



REFORMA DA LEI Nº 11.343/2006
PARECER SOBRE A INDICAÇÃO 057/2018



IAB INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
NA VANGUARDA DO DIREITO DESDE 1843



PRESIDENTE DO INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
RITA CORTEZ

PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE DIREITO PENAL
MARCIO BARANDIER

RELATORES DO PARECER
JOÃO CARLOS CASTELLAR
KÁTIA RUBINSTEIN TAVARES
RENATO NEVES TONINI

RIO DE JANEIRO
NOVEMBRO/2018



SUMÁRIO

EMENTA E PALAVRAS-CHAVE.....	4
NOTA EXPLICATIVA.....	3
PARTE I.....	6
Política Criminal para Drogas	
João Carlos Castellar	
PARTE II.....	17
Tipos Penais e Penas	
Kátia Rubinstein Tavares	
PARTE III.....	51
Processo Penal	
Renato Neves Tonini	
CONCLUSÕES.....	54



PARECER

Referência: Indicação nº 057/2018.

Contribuição acadêmica e propostas da Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros para elaboração de uma Nova Lei de Drogas.

EMENTA: O presente parecer visa contribuir para o estabelecimento de uma nova legislação para drogas no País. Inicia-se com o estudo histórico da política criminal para drogas que o Estado brasileiro vem adotando nas últimas décadas, as quais vêm mostrando-se infrutíferas quanto ao fim almejado de prevenção geral dessa modalidade criminal, pois a população carcerária vem aumentando exponencialmente, não se verificando, apesar disso, diminuição dessa incidência. São formuladas propostas para que se incluam medidas eficazes para a diminuição da carga punitiva, assim como para redução dos danos causados com o abuso de drogas, descriminalizando condutas e reduzindo penas.

Palavras-chave: Direito Penal – Direito Processual Penal – Política Criminal para drogas – propostas para alteração legislativa.



NOTA EXPLICATIVA

Este Parecer é resultado dos estudos desenvolvidos por um Grupo de Trabalho composto pelos advogados KÁTIA RUBINSTEIN TAVARES, RENATO NEVES TONINI e JOÃO CARLOS CASTELLAR, instituído no âmbito da Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros pelo seu presidente, o advogado MARCIO BARANDIER.

Os objetivos desse trabalho foram os de fornecer subsídios para elaboração de uma nova e moderna legislação para drogas no Brasil, propondo, em linhas gerais, a adoção de medidas no sentido de:

- efetivação de estabelecimentos com vistas à redução de danos relativamente a usuários dependentes livres de qualquer interferência policial, assegurando-se o anonimato;
- estabelecimento do rito processual ordinário, no qual sejam assegurados os mais amplos meios de defesa aos acusados, inclusive o juiz de garantias para emissão medidas de caráter cautelar;
- exclusão da *cannabis* da lista drogas consideradas ilícitas pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, autorizando o plantio doméstico para uso pessoal e regulamentação para seu comércio e uso;
- estabelecimento de quantidade máxima de droga para o porte lícito de uso individual;
- exclusão a conduta autônoma de “associação para o tráfico”, criando-se uma forma qualificada do tipo de tráfico para as hipóteses de coautoria, na medida em que o crime de organização criminosa está tipificado em lei própria;
- redução de penas nos tipos básicos;
- instituição de qualificadora para o tráfico internacional.



PARTE I

POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS

Por João Carlos Castellar*

Tal como nos foi imposta, a vida resulta demasiado pesada, nos fazendo deparar-nos com sofrimentos, decepções, empreendimentos impossíveis. Para poder suportá-la, não podemos prescindir de paliativos. Existem três tipos: os entretenimentos intensos, que fazem a nossa miséria parecer menor; as satisfações substitutivas, que a reduzem; e os narcóticos, que nos tornam insensíveis a ela. Qualquer um desses remédios acaba sendo indispensável.

(Sigmund Freud, *in* Mal-estar na cultura)¹

I - INTRODUÇÃO

Como sempre esteve nos últimos 90 anos, o atual discurso das autoridades brasileiras sobre política criminal para drogas está em perfeita consonância com o que é recomendado pela Organização das Nações Unidas (ONU). Este órgão, todavia, padece de indiscutível influência norte-americana, emitindo seus regramentos em submissão aos anseios internos desse país, os quais findarão por se projetar nos ordenamentos jurídicos

* O autor é advogado criminal, mestre em ciências penais (UCAM), doutor em direito constitucional e teoria do estado (PUC-Rio) e diretor cultural da Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro (SACERJ)

¹ *Apud* CESAROTTO. *Um Affair Freudiano: os escritos de Freud sobre a cocaína*. São Paulo: Iluminuras, 1989, p. 122.



positivos de cada um dos países membros, notadamente em face dos chamados países periféricos.

Conforme palavras de BERNARD AUDIT, “estamos envolvidos em um movimento chamado de mundialização, cuja iniciativa deve-se principalmente aos EUA. O aspecto principal deste movimento é a liberalização do mercado; mas em razão do peso econômico dos EUA, ele é acompanhado de uma forte influência cultural, no sentido mais amplo da palavra. No que diz respeito ao direito, isto se traduz principal e diretamente por uma implantação de práticas americanas. Mas também por fenômenos sociológicos mais amplos: uma nova propensão a invocar-se o direito e a recorrer aos tribunais².

Assim sendo, assinala ANA LYRA TAVARES, a “introdução em nosso sistema jurídico de regras, noções ou institutos pertencentes a um outro sistema”³, deveria merecer acurada atenção no ato da elaboração legislativa subsequente, na medida em que, no dizer de PIÑA ROCHEFORT, “fazer *direito comparado* é uma tarefa titânica, pois assim como fácil resulta a comparação isolada de instituições, inútil resulta comparar dois sistemas deste modo”. Ademais, lembra o autor, as consequências de se carrear “comparações descontextualizadas” de um sistema para outro podem ser extremamente perniciosas⁴.

Muito embora não se possa afirmar que a recepção de conceitos de matriz norte-americana tenha sido decorrência de atos impositivos de potências colonizadoras, mas sim de atos voluntários do Governo brasileiro, que vem assinando e promulgando as normativas internacionais que evocam a necessidade de se criminalizar com severidade cada vez maior a participação em delitos envolvendo o assim chamado “combate às drogas”.

² AUDIT, Bernard. *L'américanisation du droit. Introduction*. Paris: Dalloz, 2001, p. 7 (tradução livre por José Guilherme Bermman).

³ LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. *Estudo das Recepções de Direito*. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Haroldo Valladão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 46.

⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en le ámbito jurídico del 'Common Law'*. Granada: Editorial Colmares, 2002, p. 5 (tradução livre)



II – ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Com efeito, o tratamento político-criminal para drogas que nos últimos tempos vem sendo implementado no Brasil é remanescente da ideologia da segurança nacional, desenvolvida a partir dos anos 50 na Escola Superior de Guerra norte-americana, doutrina esta que foi expressamente adotada na legislação de defesa do Estado durante a ditadura militar, sendo intensamente vivenciada pelos operadores policiais, militares e judiciários no âmbito dos delitos políticos, mas que transbordou para o sistema penal em geral, sobrevivendo à própria guerra fria⁵.

Não custa lembrar que os interesses norte-americanos para que fossem editadas normas internacionais que obrigassem os Estados a perseguir não só o tráfico, mas qualquer forma de implicação com “drogas nocivas” vêm do início do século passado com a Convenção a Repressão de Drogas Nocivas de 1936, exatamente com essa orientação: proibir terminantemente todos os atos de comércio e também o consumo de drogas que fossem consideradas nocivas. A partir de então, para lidar com estas substâncias somente poderiam ter autorização os médicos, os farmacêuticos ou outros profissionais dotados de habilitação e autorização governamental específica. As demais hipóteses eram incumbência da polícia dar solução, a qual, ainda de acordo com a normativa internacional, deveria dispor de um serviço especializado para cuidar do assunto, formando-se aí o embrião do que mais tarde se transformou na *Drug Enforcement Administration* – a poderosa DEA.

Nas décadas que se seguiram aos anos 30, com a enorme força suplementar – tanto moral quanto econômica e militar – adquirida depois da participação em duas guerras mundiais estando sempre do lado vitorioso, os Estados Unidos continuaram mantendo sua hegemonia bélica e econômica nas relações internacionais, agindo, porém, de forma ainda mais imperativa, especialmente no que diz respeito ao controle do comércio e do consumo de substâncias psicoativas, pois participar da repressão ao tráfico

⁵ BATISTA, Nilo. *Política Criminal com Derramamento de Sangue*: Revista Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, ano 3, nº 5/6, 1998, p. 85



ao tráfico lhe permitia manter intensa proximidade com os aparelhos de segurança interna dos demais países membros.

Assim, em 1961, em plena guerra fria, quando a Organização das Nações Unidas aprovou a Convenção Única Sobre Entorpecentes (Convenção de Nova Iorque), manifestando em seu preâmbulo a preocupação com a “saúde física e moral da humanidade” e reconhecendo não só a necessidade do “uso médico dos entorpecentes”, mas também que a “toxicomania é um mal grave” que se constitui num “perigo social e econômico”, conscientizando-se, então, de que deveria “prevenir e combater esse mal”, não há dúvidas de que os Estados Unidos, indisfarçavelmente, estavam exercitando sua potência política e econômica, bem como sua supremacia militar perante aquele órgão internacional e as nações que o compunham.

Ao mesmo tempo (1962) o presidente Kennedy convocou uma conferência na Casa Branca sobre o uso indevido de drogas, criando posteriormente o “Comitê Assessor do Presidente sobre Estupefacientes e Uso Indevido de Drogas”.

Propunha-se nesta época uma diferenciação entre o usuário e o traficante, figurando-se uma “luta entre o bem e o mal”, sendo demonizados os últimos e vitimizados os primeiros, como se aqueles fossem “vampiros” que atacavam os “filhos de boa família”. O discurso jurídico enfatizava o estereótipo do criminoso, enquanto que o discurso médico difundia o estereótipo da dependência. “Deste modo, pode-se afirmar que na década de sessenta se observava um duplo discurso sobre a droga, que pode ser chamado de ‘discurso médico-jurídico’, por tratar-se de um híbrido dos modelos predominantes (...), o qual serviria para estabelecer a “ideologia da diferenciação, tão necessária para poder distinguir entre consumidor e traficante. Quer dizer, entre doente e delinquente”. Esta década, que se notabilizou pela rebeldia juvenil e pela “contracultura”, pontuada por manifestações contra a corrida armamentista, contra a guerra do Vietnam, a favor da paz e do amor livre, tinha na droga, largamente utilizada no movimento hippie, uma forma até então não usual de protesto, que necessitava, todavia, ser controlada, pois ameaçava o status quo, seja moral ou politicamente.



Tanto é assim que a Organização das Nações Unidas, na década que se seguiu, os anos setenta, não arrefeceram na sua luta contra o abuso das substâncias psicotrópicas e, expondo sua determinação em prevenir e combater este mal que vinha de atingir a saúde e o bem estar da humanidade (já não mais a moral), aprovou, em 21/02/71, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, conhecida por Convenção de Viena.

Nos mesmos moldes do que sucedera no decênio antecedente, a droga também teve uma função política nos anos setenta, com a diferença de que não mais se prestou como uma forma de contestação por parte de jovens pacifistas cabeludos e liberados sexualmente, mas sim, paradoxalmente, foi o próprio *establishment* que dela lançou mão, como uma das melhores vias para neutralizar o “inimigo interno” (representado precisamente por aqueles rebeldes psicodélicos consumidores de maconha e LSD da década anterior) e também como uma forma indireta de conservação da ordem.

Esta política só daria certo, porém, se a droga em questão implicasse numa atitude “contrarrevolucionária” e para esta finalidade, nada melhor do que a heroína, que se constitui num potente narcótico extraído do ópio, que entorpece os sentidos e induz ao sono, sedando possíveis e indesejáveis manifestações de inconformismo político. Esta cruel estratégia, que praticamente arruinou movimentos que contavam com forte apelo popular, como o dos “Black Panthers”, findou, no entanto, por implicar no aumento da criminalidade de uma maneira geral e no aparecimento de um outro inimigo: o “inimigo externo”.

Por tais motivos, ainda nos últimos anos deste período, na administração do presidente Gerald Ford implementa-se um discurso legitimando a busca, fora das fronteiras norte-americanas, dos responsáveis pelos problemas ocasionados com o desenfreado aumento do consumo de drogas, especialmente da heroína, como se este fenômeno não tivesse sido “fabricado” no próprio país. De toda sorte, nos moldes do discurso oficial, estando os produtores de droga no exterior, começou-se a difundir através dos meios de comunicação de massa que o uso e o comércio de droga estava afetando a “Segurança Nacional”, razão pela qual seu tratamento político-criminal, tanto mais externamente, deveria ser de cunho eminentemente militar.



Segundo BUSTOS RAMÍRES, a doutrina de segurança nacional implica em que o cidadão passa a ser um inimigo, o inimigo interno e, portanto, se devem aplicar relativamente a ele os princípios da guerra, isto é vencê-lo, eliminá-lo, sem consideração aos princípios democráticos que regem o sistema”⁶.

Na década de oitenta, mais do que em qualquer outro período anterior, o capitalismo se solidificou e sua radicalidade ganhou ímpeto jamais visto. Este momento histórico apresenta bem demarcadas características, que podem ser resumidas na “*transnacionalização* da economia e na sujeição férrea dos países periféricos e semiperiféricos às exigências do capitalismo multinacional e das suas instituições de suporte – o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional; na consagração mundial da lógica econômica capitalista sob a forma neoliberal e na consequente apologia do mercado, da livre iniciativa, do Estado mínimo, e da mercantilização das relações sociais; no fortalecimento sem precedentes da cultura de massas e na celebração nela de estilos de vida e de imaginários sociais individualistas, privatistas e consumistas, militantemente relapsos a pensar a possibilidade de uma sociedade alternativa ao capitalismo ou sequer a exercitar a solidariedade, a compaixão ou a revolta perante a injustiça social”⁷.

Ocorre que, desde um ponto de vista estritamente liberal, ou seja, economia de livre mercado, parece evidente que foi justamente a orientação político-criminal que propugnava pelo forte “combate” a tudo que se relacionasse com a droga que propiciou este enorme enriquecimento dos traficantes. Afinal, sendo maior a repressão, ao invés de baixar, o preço da droga irá subir. Deste modo, a proibição, mais ainda que a “guerra”, não permitiu que o preço da droga se determinasse em conformidade com a lei da oferta e da procura e isso levou uma série de efeitos que são próprios dos mercados não transparentes.

No final dos anos oitenta (1988) as Nações Unidas, lideradas pelos Estados Unidos e seguindo sua agenda política para o trato da matéria aprovaram a chamada

⁶ BUSTOS RAMÍRES, Juan. *Coca Cocaína: entre el derecho y la guerra (política para drogas em los países andinos)*. Bogotá: Editorial Themis, 1996.

⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade*. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 29



Convenção de Viena sobre *lavagem* de dinheiro, com o escopo de considerar como um delito específico a conduta de quem, num momento posterior à produção, comércio e consumo, ocultasse, dissimulasse e reingressasse nos sistema formal os ganhos aí obtidos.

Aqui, com o início da criminalização da *lavagem* de dinheiro, que antes de mais nada visa “garantir o monopólio da especulação financeira nacional e internacional e a criminalização da economia informal”⁸, tem ocorrido uma profunda modificação nas legislações dos países signatários da Convenção, os quais, mais além de tipificarem as condutas afetas ao tráfico de drogas, estenderam as recomendações constantes da normativa todos os delitos, resultando numa onda punitiva bastante intensa, mas de cunho político-criminal marcadamente simbólico.

III – POLÍTICA PARA DROGAS E DIREITO PENAL DO INIMIGO

Em meio a esse embalo punitivo, a doutrina alemã dos anos 1990, pelas mãos de GUNTHER JACKOBS, construiu para a dogmática penal o chamado “Direito Penal do Inimigo”. Seus fundamentos se pautam na necessidade de reconhecer e admitir que nas atuais sociedades, junto a um Direito penal cuja única tarefa é a de resolver, através da sanção punitiva, a vigência da norma violada pelo delinquente e a confiança dos cidadãos no Direito (segurança normativa), há um outro Direito penal, um “Direito penal do inimigo”, no qual o Estado, diante de determinados sujeitos que de forma grave e reiterada se comportam contra as normas básicas que regem a sociedade se constituem uma ameaça para a mesma, tem que reagir de forma muito mais contundente para restabelecer, não mais a segurança e a confiança normativa, senão a “segurança cognitiva”⁹.

⁸ BATISTA NILO. *Tudo é Crime Político*. Entrevista à revista Caros Amigos. São Paulo: Editora Casa Amarela Ltda., ano I, nº 77, agosto de 2003, p. 29.

⁹ JAKOBS, Günther e CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Buenos Aires: Hammurabi (José Luiz Depalma, editor), 2005, p. 99.



Na concepção de JAKOBS, para lutar eficazmente contra esse “inimigo”, o Estado pode impor penas desproporcionais e draconianas, penalizar condutas em si mesmas inócuas ou muito distantes de se constituírem numa ameaça ou perigo para um bem jurídico e, o que é mais grave, a eliminar ou reduzir ao mínimo certas garantias e direitos do imputado no processo penal, levando à obsolescência o princípio da responsabilidade individual, a ser substituído por critérios de responsabilização objetiva e consolidando a edificação de um ordenamento penal desatento aos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo do Estado, destinando-se, a olhos vistos e com assustadora exclusividade, a “punir os pobres”.

Este suposto *Estado de Guerra*¹⁰ é artificiosamente criado por meio de uma sutil “instilação do medo do ‘inimigo interno’”¹¹, que na ausência do subversivo que prega a revolução socialista, do guerrilheiro que se embrenha nas matas ou, mais recentemente, do terrorista que explode bombas, passa a ser o traficante, o delinquente comum, que com esta nova roupagem ganha *status* mais elevado, pois se supõe esteja

¹⁰ Sobre “ESTADO DE GUERRA”, veja-se MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Salienta este autor que os efeitos do ‘estado de guerra’ são múltiplos e podem se fazer sentir havendo ou não declaração de guerra e podem se dar quanto ao Estado propriamente dito, quanto aos indivíduos e quanto aos bens. Interessa-nos aqui comentar as manifestações ocorrentes quanto aos indivíduos: “em relação aos nacionais do Estado é feita a mobilização e a população é dividida em **combatente e não combatente**. As relações comerciais com estrangeiros nacionais do Estado Beligerante são geralmente proibidas. **Publicam-se lei marciais para punir mais rigorosamente certos delitos (...)**. Os nacionais do outro Estado beligerante **deverão submeter-se às leis de segurança do Estado**. Muitas vezes se dá um prazo para que eles se retirem do território estatal (...). A convenção sobre a proteção de pessoas civis (Genebra, 1949) estabelece entretanto a obrigação para o Estado de criar um Tribunal ou órgão colegiado para apreciar os recursos contra o internamento. Proíbe-se tratamento cruel, a prática de reféns, atentados humilhantes, deportações etc. e dá-se assim proteção ao civil (grifamos)”. In MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*: 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, v. 2, p. 848-9.

¹¹ Comentando um anteprojeto de lei que o Governo Espanhol aprovara, no qual, entre outras medidas, está prevista a imposição de pena de 40 anos, a ser cumprida integralmente, para algumas hipóteses de delitos de terrorismo, MUÑOZ CONDE escreveu: “parece, pues, que con este proyecto nos acercamos cada vez más a lo que un acreditado penalista alemán, Günther Jakobs, denomina como un ‘**derecho penal del enemigo**’. Con él, dice el citado penalista, el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. El problema principal que plantea este derecho penal del enemigo es su difícil compatibilidad con los principios básicos del derecho penal del Estado de derecho, porque ¿donde están las diferencias entre ciudadano y enemigo? ¿quien define al enemigo y cómo se le define? ¿es compatible esta distinción con el principio de que todos somos iguales ante la ley?” In MUÑOZ CONDE, Francisco. *¿Hacia un derecho penal del enemigo?*: El País, España, 15/01/03, p. 26.



organizado em quadrilhas hierarquicamente estruturadas, as quais, para adquirir armas, *lavar* seus lucros e até corromper autoridades governamentais, estreitam laços, aí sim, com aqueles mesmos subversivos, guerrilheiros e terroristas.

Pior que isso, no entanto, é que essa postura sob todos os aspectos intervencionista vem a público habilmente trabalhada, sendo “vendida” à população como um produto garantidor de segurança pessoal e nacional pronto para ser consumido, pois chega ao coração e à mente do comum dos mortais travestida de eficiente medida de política criminal, cientificamente elaborada por profissionais do ramo, findando por merecer seu aplauso e aprovação, sem que maiores indagações possam ser feitas.

Mas esta não é uma guerra convencional, ainda que a ela se queira dar este caráter. É uma guerra interna contra os próprios cidadãos nacionais, sendo deste modo uma guerra “suja”. Dentro desta perspectiva, se autoriza que qualquer meio de persecução penal seja lícito, mesmo que com ele se eliminem as garantias constitucionais e a proteção dos direitos humanos.

Nessa linha, nosso ordenamento jurídico é rico em leis que derrogam garantias constitucionais em nome da eficiência de investigações sobre comércio de drogas ou outros crimes considerados graves. Crimes hediondos, prisão temporária, organização criminosas (delação premiada, infiltração de agentes) e *lavagem* de capitais, estatuto do desarmamento, por exemplo, são conjuntos normativos que criam mecanismos investigatórios e estabelecem crimes e sanções que barateiam princípios universalmente cristalizados seja no que tange ao processo como também ao Direito penal: isonomia, liberdade de ir e vir, silêncio, inversão do ônus da prova; reserva legal, proporcionalidade, funções da pena.

IV – CONCLUSÃO PARCIAL

As medidas político-criminais que o Brasil vem adotando nas últimas décadas tem sido marcadamente *bélicas*. O *combate* ao tráfico de drogas e às organizações



criminosas instituídas pelos *inimigos* têm sido a marca desses tempos. Punir qualquer conduta, como se vê do fenômeno da pluralidade de núcleos que marcam a construção dos tipos penais que desde os anos 1970, assim como o aumento de penas e as restrições para a obtenção de benefícios relativamente ao seu cumprimento tem trazido resultados pífios. Os mais visíveis são o assustador e exponencial aumento da população carcerária e o número de mortos e feridos havidos nos embates entre as forças policiais e os delinquentes.

Considerando que o escopo dessa repressão visa assegurar proteção ao bem jurídico saúde pública, vê-se bem que as medidas de política criminal até então instituídas não estão mostrando resultados minimamente aceitáveis.

Países que implementam políticas menos proibicionistas e mais preocupadas com questões sociais, optando por instituir programas de redução dos danos causados pela dependência têm conseguido diminuir o número de mortes por sobre doses, obtendo, por outro lado, resultados positivos no que tange à diminuição dos ganhos auferidos pelos grupos que se dedicam ao comércio das drogas, quando facultam a usuários de algumas delas, como a maconha, produzi-la domesticamente para seu próprio consumo.

Assim, levando-se em conta que os possíveis malefícios decorrentes do consumo dessa droga não acarretam consequências mais graves do que o do tabaco ou do álcool, substâncias que são comercializadas licitamente, além, não se esqueça, da sua comprovada serventia para fins medicinais, a ideia de excluir a *cannabis* da lista de proibições da Agência de Vigilância Sanitária deve ser considerada como um grande avanço para redução dos índices de criminalidade e carcerário.

Além disso, a pouca objetividade legal no sentido de distinguir-se o porte de drogas para uso pessoal daquele destinado ao comércio tem acarretado situações dispare e não raro injustas, o que logicamente deve ser evitado. Nesse sentido, o estabelecimento de uma quantidade máxima para o porte individual de toda e qualquer droga, independentemente da forma como esteja acondicionada, norteará as autoridades no ato de classificação da conduta proibida e, igualmente, implicará em mais segurança jurídica e menor possibilidade de indesejáveis erros judiciários.



Por fim, há a imperiosa necessidade de que protocolos mais rígidos regulando a investida de agentes públicos em locais onde ocorra o comércio de drogas sejam instituídos. O número de mortos, seja daqueles que efetivamente estão comprometidos com referido comércio, de policiais e, mais que tudo, de pessoas do povo que residem nas cercanias é macabro.

Mais do que prender pessoas, devem as autoridades preocuparem-se sobretudo em apreender o objeto do crime antes que chegue aos pontos de venda a varejo. Assim, as atividades investigativas, de inteligência, devem prevalecer relativamente às de repressão. Medidas de cooperação internacional, controle de fronteiras, portos, aeroportos, rodoviárias são, certamente, mais eficazes e causam menos efeitos colaterais, como mortos, feridos, danos ao patrimônio privado etc.

Acredita-se que as propostas adiante formuladas, elaboradas com base nas sugestões resumidamente expostas nas linhas antecedentes, podem ser implementadas sem que se onere o Poder Público e sem que a sociedade se sinta desprotegida. Além disso, tais propostas, se atendidas pelo legislador, modernizarão a legislação brasileira, assemelhando-a a de países que lograram grandes avanços no sentido de reduzir os riscos atinentes ao uso, abuso e comércio de drogas.



PARTE II

TIPOS PENAIS E PENAS

Kátia Rubinstein Tavares¹²

“Para que serve as prisões no século XXI?”¹³
(Loïc Wacquant)

1. INTRODUÇÃO

A origem do problema das drogas no Brasil guarda semelhanças com os fatores já ressaltados na história do proibicionismo nos Estados Unidos.

Com o apoio da igreja, da sociedade industrial e, principalmente, a aversão da burguesia a determinados grupos étnicos e seus costumes, a proibição das drogas passou a servir inicialmente como estratégia de controle social, considerando o discurso ideológico que legitimava a preservação dos bons costumes. Como não havia ainda no Brasil a delineação de um forte discurso moralista, a visão de uma opinião pública e seus argumentos engendrados para fomentar a criminalização das drogas, pode-se dizer, foi obra exclusivamente do estamento médico, como revide às fortes pressões externas, apresentada nas primeiras legislações brasileiras.

A primeira Lei editada da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, datada de 1830, penalizava a venda e o uso do ‘pito do pango’(maconha),¹⁴ que consistia numa

¹² Advogada Criminal. Mestre em Ciências Penais. Doutoranda em Políticas Públicas e Formação Humana da UERJ. Vice-Presidente da Comissão de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros. Coordenadora da Revista Digital do IAB. Diretora Adjunta do IAB.

¹³ In: *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001. Cf. Loïc Wacquant, conferência de 21 de Outubro de 2016, com o título *The puzzling return of prisons in the 21st Century* (O estranho retorno das prisões no século XXI) na Ordem dos Advogados, em Lisboa.

¹⁴ Art. 60: *É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia. BRASIL. Código Criminal do Império, de 18 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em:*



forma de controlar socialmente a população negra do consumo da maconha, impondo aos escravos e mais pessoas que usassem a pena em 3 dias de cadeia, enquanto para o 'vendedor', geralmente brancos e comerciantes, era aplicada apenas uma sanção de multa. Registre-se, por outro lado, que o Código Criminal do Império nada mencionava sobre a proibição do comércio ou consumo de entorpecentes, cuja incriminação foi prevista no Código Penal Republicano, de 1890 que, no seu artigo 159, dispunha sobre a proibição de substâncias tidas como venenosas, e por não serem determinadas careciam de norma complementar. Em 1912, em Haia, ocorreu a Conferência Internacional do Ópio, que foi subscrita pelo Brasil, através do Decreto nº 2.861 de 1914, seguido do Decreto 11.481 de 1915, em que se passou a criminalizar o ópio, a morfina e cocaína.

Pouco a pouco se consolidava um modelo sanitário, que prevaleceu por quase meio século. O Decreto 4.294 de 1921, ao ser regulamentado determinou a criação dos sanatórios para toxiconomos. Ainda, o referido Decreto 4.294 de 1921 revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890, especificando um novo dispositivo legal com o termo entorpecente, como uma alusão a substâncias mencionadas como venenosas.

Mais tarde sobreveio o Decreto 20.930 de 1932, que foi alterado pelo Decreto 24.505 de 1934, e revogado o Decreto-Lei 891 de 1938, que conduziria ao artigo 281 do Código Penal de 1940. Esta alternância de decretos na década de 1930, segundo Nilo Batista, confirma a influência sofrida pelo Brasil nas sucessivas tendências das Convenções Internacionais, como a de Haia (1912) e as de Genebra (1925, 1931 e 1936), ressaltando a internacionalização do controle como a principal característica permanente do modelo sanitaria. As drogas estavam nas prateleiras, sob os auspícios dos boticários e farmacêuticos. As autoridades sanitárias aderiram às técnicas higienistas, tendo como instrumento as barreiras alfandegárias, concretizando-se a concepção sanitária de controle das drogas.¹⁵

15.11.2018. Cf. BARROS André. *Proibição da maconha no Brasil e suas raízes históricas escravocratas*. [file:///C:/Users/Katia/Downloads/3953-15156-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Katia/Downloads/3953-15156-1-PB%20(1).pdf) Acesso em 21.11.2018.

¹⁵ BATISTA, Nilo. *Política criminal com derramamento de sangue*. Revista Discursos Sediciosos, Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, ano 3, nº 5/6, 1998, p. 81.



Por outro lado, também se desenhava um sistema médico-policial. A toxicomania tornou-se uma doença de notificação compulsória. Os usuários, dependentes e experimentadores inicialmente não eram criminalizados. Todavia, estavam submetidos a rigoroso tratamento, que passava pela internação obrigatória (por representação da Autoridade Policial ou do Ministério Público, regulada, nos casos urgentes, em mero laudo de exame, com caráter sumário) ou facultativa (por controle familiar até o quarto grau, com projeções patrimoniais, pelo acautelamento dos bens). O hospital que recebesse toxicônomos deveria informar o fato à Autoridade Sanitária, que comunicaria à Polícia e ao Ministério Público. A saída dos internos atrelava-se ao atestado médico de cura, referente à alta concedida pela Autoridade Sanitária, que notificaria a Polícia, para efetivar a vigilância. A alta do paciente assimilava-se a um alvará de soltura e consistia em decisão judicial. O eixo médico-farmacêutico impregnou o modelo legal e imprimiu um caráter científico com a insurgência de um viés moralista.¹⁶

O Código Penal de 1940 não criminalizou o consumo próprio de drogas, mas o artigo 281 do Decreto-Lei nº 2.848/40 reprimiu o comércio clandestino e a facilitação do uso de entorpecentes, restando silente em relação ao uso, o que acarretou sua descriminalização. Entretanto, compreendem-se claramente algumas extensões que estão ligadas à construção do estereótipo da dependência e da doença. No contexto histórico da redemocratização, após o Estado Novo, foi apresentado a partir de 1946 um discurso moralizante da droga, que continuaria até 1964, inaugurando a condução de uma política criminal no Brasil, que passou a ser inserida nas sucessivas legislações. Nilo Batista retrata o tratamento das drogas no Brasil, a partir desse período, como uma “política criminal com derramamento de sangue”¹⁷.

Segundo este autor, o ano de 1964 correspondeu à baliza divisória de ruptura da política criminal, para um novo modelo médico jurídico, o bélico, que fora implantado na conjuntura da guerra fria. Especificamente, no Brasil, este modelo encontrou respaldo

¹⁶ Ob. cit, p. 80/83

¹⁷ Ob. cit. p. 92.



com a modulação da doutrina de Segurança Nacional voltada para combater a figura do inimigo interno¹⁸, colocando os comunistas nesta categoria, o que mais tarde se deslocaria para uma nova classe de inimigos internos: os traficantes de drogas. É neste contexto que se conformou uma política criminal bélica.¹⁹

Após a instalação do AI-5, a legislação mais violenta da ditadura, que cassou várias garantias constitucionais, inclusive o *Habeas Corpus*, em 26 de dezembro de 1968 o regime militar promulgou o Decreto-Lei 385 (que tem como seu fundamento o §1º do artigo 2º do AI-5), o qual altera o art. 281 do Código Penal de 1940. Destaque-se, que a repressão penal ao usuário de entorpecentes configurada nessa legislação foi uma forma de aprisionar os jovens inconformados com o regime militar, tais como: hippies, militantes de esquerda, pois se equiparava a figura do porte para consumo próprio ao tráfico de entorpecentes com penas altíssimas de um a cinco anos de reclusão.²⁰

Em seguida, a Lei 5726 de 29 de outubro de 1971 endureceu ainda mais a repressão penal em relação às drogas, demonstrando fortemente a influência da ideologia de Segurança Nacional e do “modelo bélico”. Nesse sentido, o legislador estabeleceu procedimentos sumários, colocando os crimes de uso e tráfico de drogas ao lado dos crimes contra a Segurança Nacional (para efeitos de expulsão do estrangeiro, conforme o art. 22 daquele diploma legal), mantendo a equiparação entre usuário e traficante, e ainda elevando o teto da pena para 6 (seis) anos.²¹

Nesse diapasão, esta legislação, preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereótipo de dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar sob a perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei nº 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando

¹⁸ Idem, p. 85.

¹⁹ Idem, p. ibidem.

²⁰ Idem 85/86.

²¹ Idem, p. 85/86.



o processo de alteração do modelo político-repressivo, que se consolidará com a Lei nº 6.368/76 e atingirá seu ápice na Lei nº 11.343/06.

Aprovou-se a Lei 6.368/76, que descrevia o tipo penal do artigo 12 (tráfico) valendo-se de nada menos do que 18 (dezoito) verbos, elevando-se em muito os limites máximos da pena para o tráfico: de 6 anos de reclusão da legislação anterior para nada menos do que 15 anos de detenção. Distinguiu o traficante do usuário, imputando-se penas mais brandas ao crime de “trazer consigo para uso próprio” (de 6 meses a 3 anos de reclusão), além de trazer a criminalização da “apologia”, de forma absurdamente vaga e aberta, estando o agente da “apologia” sujeito às mesmas penas do traficante. Segundo Zaffaroni: “Es obvio que la expuesta técnica legislativa es ajena a nuestra modalidad legislativa” e segundo ele, revelaria um afã de não deixar “buracos” na autoridade perseguição penal; “quien tenga “algo” que ver com un tóxico prohibido comete delito”. Ainda, conclui, o autor que esse tipo de ação típica guarda semelhança com outros dispositivos conferidos nas legislações autoritária e revelando um sintoma para determinação do “inimigo”.²²

Em suma, a Lei nº 6.368/76 consolida a sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela instauração do discurso de eliminação a qualquer custo do criminoso/traficante, o inimigo interno, cujo efeito foi intensificar a repressão ao comércio ilícito e de forma falaciosa suavizar a resposta penal aos usuários e dependentes de entorpecentes. Notadamente, após a edição respectivamente das Leis nº 9.099/95 e 11.343/06, em que se criou dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta: alta repressão ao traficante de drogas, com imposição de severo regime de privação de liberdade e o aumento da severidade das penas; além da patologização do usuário e do dependente com aplicação de sanções e outras medidas.

Nos dias atuais, o discurso punitivo contra as drogas atingiu os maiores patamares repressivos, de modo a legitimar as operações policiais de enfrentamento ao

²² Eugênio Raúl. *La Legislación Anti-Droga Latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário*. In: Drogas: Abordagem Interdisciplinar. Fascículos de Ciências Penais. Ano 3, Vol. 3. Nº 2, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor. Abr/mai./jun. 1990, p. 18-19.



tráfico de drogas, que deixou de ser compreendido como um problema diretamente relacionado à ordem econômica e social e de saúde pública, para se tornar o ponto nodal de uma política de enfrentamento e de extermínio dos vulneráveis: a população pobre e negra brasileira.

2. A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS APLICADA À LEI 11.343/2006

Cumpramos destacar que, atualmente no Brasil, o controle das drogas está submetido a uma política criminal pautada na segurança, com um inimigo declarado: o perigoso traficante consoante uma visão ideologizada e claramente maniqueísta de que este deve ser destruído a todo custo. Dessa forma, inaugurou-se a construção de uma nova categoria de inimigo: a figura do traficante de drogas, o criminoso hediondo, depravado, repugnante, cuja cidadania apenas esboçada é negativa ou pelo avesso²³ e, por isso, não se portando a eles quaisquer direitos. Assim, o processo de demonização do tráfico de drogas fortaleceu os sistemas de controle social, aprofundando seu caráter genocida dessa guerra contra as drogas, em que os traficantes costumam ser o principal alvo e cuja violência policial é sempre legitimada²⁴.

Nesse contexto, materializou-se a construção de uma política de enfrentamento em relação à guerra contra as drogas, especificamente no Estado do Rio de Janeiro, a partir de um viés ideológico de extermínio, principalmente da população negra e pobre do militarismo com as megaoperações perpetradas pelas Forças Armadas e Polícia Militar. E, por outro lado, houve o deslocamento das questões atinentes à segurança pública para a segurança nacional, utilizando-se até mesmo a repressão militarizada, crescentemente, o que desrespeita os princípios garantidores constitucionais, além de ameaçar os próprios fundamentos do Estado Democrático de

²³ Nilo Batista retrata o conceito de cidadania negativa atribuído aos segmentos vulneráveis do sistema penal brasileiro, que ontem eram impingidos aos escravos e hoje às massas marginais urbanas. "Fragmentos de um Discurso Sediciosos". In *Discurso Sedicioso. Crime. Direito e sociedade*. Instituto Carioca de Criminologia. Rio de Janeiro: Rlume-Dumará, 1996, p.69/77.

²⁴ ZAFFARONI, Raul E. e BATISTA, Nilo, *Direito Penal Brasileiro*, I, Rio de Janeiro:Revam, 2003, p. 135



Direito.

Segundo Roberta Duboc Pedrinha,²⁵ com base no Relatório da ONU realizado em 2008, sobre a política de extermínio e da criminalização da pobreza, nesta ensandecida guerra às drogas, desde as operações militares realizadas em 1994 e 1995, a partir de convênio firmado com as Forças Armadas do Governo Federal e a Polícia Militar do Governo do Estado do Rio de Janeiro, bem como as Operações realizadas em 2007 a 2008, nas favelas, morreram mais 30.000.00, aproximadamente 1.000 pessoas só até 2007.

Conforme justifica, ainda, a autora, ambas as operações com a mesma finalidade, a eliminação do tráfico de drogas das favelas da cidade e a captura de armas e criminosos. Ainda, por outro lado, em decorrência dessa política de enfrentamento, ressaltam-se as graves violações aos direitos humanos que são praticadas em virtude da violência policial, além das graves ameaças a vida de milhares de moradores, por detenções ilegais, mandados de busca generalizados, saques às residências, lesões corporais e finalmente execuções contra inocentes. Nesse sentido, finaliza: “No Rio de Janeiro, por autos de resistência, segundo os dados oficiais do instituto de Segurança Pública (ISP), em 2007 morreram 1330 pessoas; em 2008, 1.137 indivíduos; em 2009, 1.048; em 2010, 855...”²⁶

Além disso, o Brasil é o país que mais mata no século XXI. Entre 2001 e 2015 houve 786.870 homicídios, sendo que a maioria (70%) causada por arma de fogo e contra jovens negros. Os números da violência são alarmantes no maior país da América Latina e atingem dimensões ainda mais preocupantes ao se compararem com guerras internacionais deste século, tais como o conflito sírio, desde março de 2011, morreram 330.000 pessoas e a guerra de Iraque soma 268.000 mortes desde 2003. Segundo levantamento do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, as polícias brasileiras estão entre as que mais matam no mundo. No ano passado, a cada dia ao menos 9 pessoas foram

²⁵ PEDRINHA, Roberta Duboc. *Notas sobre a Política Criminal de Drogas no Brasil: Elementos para uma Reflexão Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²⁶ PEDRINHA, Roberta Duboc. A efetivação da (in) segurança pública: o combate às drogas engendrado no Brasil. In *Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: Homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 896.



mortas por policiais no Brasil, um total de 3.345 pessoas por ano. De acordo com o levantamento, quase metade (45%) dessas mortes estão concentradas nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro.²⁷

Nos dias atuais, a atual política criminal contra as drogas está atrelada à escolha de um inimigo a ser combatido com ações policiais voltadas de extermínio, que é dirigida ao jovem negro e morador das periferias, local em que se transformou num campo de guerra, impondo-se como modelo dessa política a militarização da segurança pública. E, como bem definiu o professor Nilo Batista, “é uma política criminal com derramamento de sangue.”²⁸

3. ANÁLISE DOS TIPOS PENAIIS DA LEI 11.343/2006

Em outubro de 2006, entrou em vigor no Brasil um novo diploma legal em matéria de drogas – a Lei 11.343/06 –, que veio revogar as duas anteriores legislações brasileiras – a Lei 6.368, de 1976 e a Lei 10.409, de 2002. Esse atual diploma legal em matéria de drogas, na realidade, não apresenta qualquer alteração substancial em relação às legislações anteriores por ela revogadas, pois suas regras seguem as mesmas diretrizes proibicionistas das Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário, reproduzindo os respectivos dispositivos criminalizadores, em consonância com o critério adotado da intervenção do sistema penal sobre produtores, distribuidores e consumidores das substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção, que, em razão da proibição, são qualificadas de drogas ilícitas.

A Lei de drogas 11.343 de 2006, que instituiu o SISNAD²⁹ (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), aderiu a dois modelos principais: a

²⁷ Ob, cit, e p. Ibidem.

²⁸ Idem. Ibidem

²⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm/ Acesso 21/11/2018. Vide BARROS, André. *É Racista a Criminalização da Maconha no Brasil*. <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/periferia/article/viewFile/3953/2742> Acesso em 15.11.2018.



prevenção do uso de drogas e reinserção social de usuários e dependentes; e a repressão à produção e ao tráfico de drogas. Conforme já ocorrera antes, em outras, a atual legislação lança mão do uso da norma penal em branco, para complementar a lista de drogas ou substâncias capazes de causar dependência. Dentre as drogas criminalizadas destacam-se: a maconha, a cocaína, a heroína, o crack, o ecstasy e o haxixe.

A mencionada legislação adota uma política criminal diversa para o usuário, estabelecendo um tratamento de reinserção social, associado à família, enquadrado em um planejamento terapêutico individualizado, multidisciplinar com intercessão dos serviços de saúde. Segundo, consta do seu artigo 28³⁰, não há mais previsão de pena

³⁰ Cf. Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm/ Acesso em 21.11.2018.



privativa de liberdade para os usuários, apenas uma sanção de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo máximo de 5 meses, incluindo advertência e medida educativa (admoestação verbal e multa, em que esta última variará de 40 a 100 dias multa). Portanto, a Lei 11.343/2006 não apresenta qualquer mudança significativa em relação às outras anteriores, pois ela não procedeu à descriminalização do consumo ou da posse para uso pessoal. Ao contrário.

Ressalte-se, por outro lado, a ameaça da pena é que caracteriza a criminalização. Como especifica a própria Constituição Federal não são apenas as privativas da liberdade que são consideradas como pena, mas também as restritivas da liberdade, a perda de bens, a multa, a prestação social alternativa, as suspensões ou interdições de direitos. Dessa forma, a anterior, Lei 6.368/76, que previa penas de detenção de seis meses a dois anos, a criminalização da posse para uso pessoal já se enquadrava na definição de infração penal de menor potencial ofensivo, sendo aplicável a Lei 9.099/95 dos Juizados Especiais Criminais, que prevê a imposição antecipada e negociada de penas não privativas da liberdade. Logo, os consumidores das drogas qualificadas de ilícitas já não iriam mais para a prisão.

Assim, ao manter a criminalização da posse para uso pessoal, a Lei 11.343/06 viola o princípio de lesividade, além de ofender o princípio da inviolabilidade, da intimidade e da vida privada, decorrente do princípio dignidade da pessoa humana. Tais princípios visam que o Estado deva respeitar o espaço privado de cada pessoa, partindo do pressuposto que o consumo de drogas é uma escolha pessoal. Logo, conclui-se que o indivíduo tem autonomia para fazer uso de qualquer substância, mesmo que venha acarretar um mal para sua saúde. Ainda, a liberdade individual e o respeito à vida privada estão ligados ao próprio princípio da legalidade, que é a base do Estado de Direito Democrático, no qual assegura a liberdade individual como regra geral, situando as proibições e restrições no campo da exceção e condicionando-as à garantia do livre exercício de direitos de terceiros. Portanto, a simples posse para uso pessoal das drogas qualificadas de ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, e dizem respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade e às suas



opções pessoais. O Estado não está autorizado a adentrar no âmbito da vida privada e, sobretudo, deve intervir sobre condutas de tal natureza, não podendo impor qualquer espécie de sanção, nem tratamento médico obrigatório, e sequer qualquer outra restrição à liberdade do indivíduo, enquanto não afete concreta, direta e imediatamente os direitos de terceiros.

Na realidade, a legislação em vigor optou pelo modelo de descarcerização³¹ do consumidor ocasional, visando retirar os jovens consumidores da classe média da mira policial. Entretanto, a Lei 11.343/2006 confere um poder discricionário à polícia para que esta, ao interceptar o jovem pobre comercializando pequenas quantidades de drogas ilícitas, o enquadre como traficante e abra caminho para que o judiciário impute-lhe a pena mínima de cinco anos de prisão. Por isso, a atual legislação duplicou as cifras de encarceramento de adolescentes e jovens inseridos no tráfico ilegal de drogas. A desigualdade de classe funciona como critério legitimador da violência perpetrada pelo o Estado, que é consentida pela sociedade, contra os setores vulneráveis do ponto de vista econômico, étnico e de gênero.

No caso do crime envolvendo a posse de drogas, mostra-se evidente o critério de seleção de condutas com vistas à classificação das infrações definidas genericamente pela atual Lei 11.343/06. A definição do que seja uma substância entorpecente pertence ao Estado, no âmbito de suas autoridades sanitárias, preenchendo, assim, o espaço vago das normas penais relativas às drogas, que, tecnicamente, inserem-se na classe das chamadas leis penais em branco. Tais normas definem determinada conduta considerada criminosa, necessitando, porém, de complementação por parte de ato de autoridade do Poder Executivo que irá preencher os espaços de definição do caráter danoso da conduta incriminada. O álcool e a nicotina, por exemplo, constituem substâncias químicas consideradas nocivas à saúde, que causam dependência química e física, não compondo, porém, o rol das substâncias proibidas. Quais seriam os critérios utilizados pelas autoridades administrativas para a elaboração do rol das substâncias

³¹CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil – estudo Criminológico e Dogmático*. 4. ed. R: Lumen Juris, 2007, p. 109/111.



entorpecentes que proibirão, a ensejar rigoroso tratamento repressivo para seus usuários?

Dados históricos sobre o proibicionismo das drogas são apresentados por Sebastian Scherer, ao esclarecer a ação dos Estados Unidos de combate ao ópio nas Filipinas, ocupada no final do século XIX e início do século XX, que resultou no Acordo do Ópio, ocorrido em Haia, em 1912, considerado como matriz de todas as leis contra entorpecentes no mundo inteiro. A partir daí, amplia-se, em nível mundial, o número de substâncias controladas, a incluir a cocaína, a heroína e a maconha. Neste sentido, Sebastian Scheerer denomina o gigantesco sistema de economia dirigida em termos de produção e comercialização, geradora de um não menor gigantesco mercado negro.³²

Nos tempos atuais, assistimos à funcionalidade do sistema de drogas, onde a economia liberal impulsiona o mercado de drogas, e no qual a construção do mito da droga é pulverizada pela mídia, conforme os interesses dos países capitalistas centrais. Desse modo, constata-se ao se examinar o contexto mundial que os conflitos sociais transmudam-se em conflitos criminais. Conforme especifica Rosa Del Olmo: os países do sul do planeta, pobres, são os fornecedores de drogas, identificados com os traficantes, criminosos, os quais devem ser rigorosamente apenados. Já os países do norte do planeta, ricos, são consumidores de droga, compreendidos como vítimas, dependentes e doentes³³.

Nesse contexto, a Lei 11.343/2006 apresenta-se como mais uma reforma simbólica, já que não diferenciou a figura do experimentador, ocasional consumidor ou usuário frequente de entorpecentes. O texto não deixou de criminalizar a conduta do porte para consumo pessoal, pois prevê como pena a prestação de serviços à comunidade, além de fixar medida educativa semelhante a castigo, imposta pelo juiz criminal, conforme já mencionado. Além disso, a presente legislação traz a figura duvidosa do usuário traficante, quando este divide gratuitamente o consumo do seu entorpecente com terceiro ou, na hipótese, de o usuário cultivar o plantio de maconha para seu consumo próprio. Caberá, nesses casos, à polícia exercer a repressão penal sobre o usuário, decidindo sobre

³² SHEERER, Sebastian. Economia dirigida e perspectivas da política de drogas, in *Discursos sediciosos*, nº 14, Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004, pp. 104-115.

³³ OLMO, Rosa Del. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p.69.



a capitulação inicial, permanecendo, assim, os problemas gerados pela corrupção, extorsão e truculência, inerentes à instituição.

A Lei vigente reproduz as mesmas normas que já constavam das legislações anteriores destinadas à prevenção de drogas, mas sequer chegaram a ser implantadas pelas autoridades federais ou estaduais que pudessem resultar numa efetiva adoção de política educativa. Em virtude desta omissão do Estado, seria oportuno que a matéria específica sobre o consumo próprio de drogas fosse examinada no âmbito do Ministério da Saúde e não como caso de polícia e muito menos da Justiça Criminal.

Assim, descriminalizar a conduta da posse para uso próprio é medida urgente. A proposta é de se colocar em prática a concretização de uma política educacional responsável, que já consta da atual legislação penal (Lei 11.343/2006), com orientação, conscientização e tratamento psicológico, buscando-se investimentos em projetos ou cursos para recuperação dos usuários em drogas. E que ela seja feita pelo órgão do poder público competente, o Ministério da Saúde, afastando-se a atuação de uma polícia despreparada, bem como a imposição da justiça criminal inadequada e imprópria, para tratar essa questão.

Por outro lado, tramita no Senado Federal, o PL 7.663/2010, que pretende alterar a atual legislação, no qual no seu texto original previa até cadeia ao viciado, propondo internação forçada (compulsória) do dependente químico. Este procedimento é previsto como uma espécie de medida de segurança decidida apenas por um médico, que não precisa ser perito judicial, nem mesmo psiquiatra, e sem qualquer controle do Poder Judiciário. Entretanto, a internação contra a vontade do dependente em drogas encontra-se prevista na Lei Antimanicomial (Lei Federal 10.216/2001), que dispõe sobre as várias modalidades de internação (voluntária, involuntária e compulsória). Ressalte-se que em todas elas há exigência de uma prévia avaliação multidisciplinar de profissionais de saúde e um laudo médico psiquiátrico que justifique a necessidade da internação. Todavia, mesmo entre os psiquiatras e os profissionais de saúde, é grande a controvérsia quando se deve ou não se promover a internação forçada do dependente. Como regra geral, somente é cabível este tipo de expediente nos casos gravíssimos ou quando insuficientes