



**UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS HUMANAS - CAMPUS IV  
CURSO DE DIREITO  
JOÃO BATISTA DE PAIVA JÚNIOR**

**A ATUAL LEI DE DROGAS E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL:  
ATUAÇÃO SELETIVA DO ESTADO E SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA.**

Jacobina-BA  
2018

**JOÃO BATISTA DE PAIVA JÚNIOR**

**A ATUAL LEI DE DROGAS E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL:  
ATUAÇÃO SELETIVA DO ESTADO E SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA.**

**Trabalho apresentado como requisito  
para a conclusão do curso Bacharelado  
em Direito pela Universidade do Estado  
da Bahia, sob a orientação do Professor  
Mestre Valmir Lacerda Cardoso Júnior.**

Jacobina-BA  
2018

**JOÃO BATISTA DE PAIVA JÚNIOR**

**A ATUAL LEI DE DROGAS E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL:  
ATUAÇÃO SELETIVA DO ESTADO E SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA.**

Trabalho de conclusão de curso,  
apresentado à Universidade do Estado da  
Bahia, como parte das exigências para a  
obtenção do título de graduação do  
Bacharelado no Curso de Direito.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Mestre Valmir Lacerda Cardoso Júnior  
Orientador - Universidade do Estado da Bahia

---

Professor Mestre Rodrigo Ribeiro Guerra  
Avaliador - Universidade do Estado da Bahia

---

Professor Especialista José Fábio Andrade Sapucaia  
Avaliador - Universidade do Estado da Bahia

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a tudo que possa ter, direta ou indiretamente, contribuído para minha formação pessoal que possibilitou a entrada no curso de Direito com possibilidades de reflexões outras, e dele sair com a ampliação deste horizonte.

Agradeço imensamente à minha família, Fabrícia e Luiza, pelo entendimento nos momentos de ausências reflexivas. Sem essa consonância não seria possível o estudo, tampouco a escrita.

## RESUMO

O presente trabalho intenta traçar relações entre a cultura do encarceramento no Brasil, a superlotação do sistema carcerário e a atual Lei de drogas, a 11.343/2006. Para tanto, inicialmente é feita uma análise histórica sobre a relação da humanidade com as drogas, questões relacionadas ao proibicionismo. Segue-se, com base nos dados do INFOPEN (2016), focando na cultura do encarceramento no Brasil, evidenciando a superlotação carcerária e o perfil da população carcerária. Neste bojo, com fundamento em autores clássicos e contemporâneos, aborda-se as facetas do controle social punitivo institucionalizado e sua seletividade geral, bem como nas questões relacionadas à drogas. Na sequência faz-se um apanhado normativo que parte do panorama internacional em direção à legislação brasileira, analisando especificidade da referida lei, sobretudo os seus artigos 28 e 33. Desta forma chega-se à conclusão de que a referida lei é um instrumento eficaz no processo de controle social, gerador de superlotação do sistema a carcerário brasileiro.

**Palavras-chave:** Drogas – Prisões – Superlotação – Lei de Drogas – Controle Social

## **ABSTRACT**

The present work tries to draw relations between the culture of the incarceration in Brazil, the overcrowding of the prison system and the current Drug Law, to 11.343 / 2006. For this, a historical analysis is initially made of the relationship between humanity and drugs, issues related to prohibitionism. It follows, based on data from INFOPEN (2016), focusing on the culture of incarceration in Brazil, showing the prison overcrowding and the profile of the prison population. Based on classical and contemporary authors, this paper addresses the facets of institutionalized punitive social control and its general selectivity, as well as drug-related issues. Following is a normative survey that departs from the international panorama towards the Brazilian legislation, analyzing the specificity of said law, especially its articles 28 and 33. Thus, it is concluded that said law is an effective instrument in the process of social control, generator of overcrowding of the Brazilian prison system.

**Key-words:** Drugs – Prisons – Over crowded – Drug law – Social Control

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 – A RELAÇÃO DA HUMANIDADE COM AS DROGAS E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL.</b> .....	12
1.1 – Psicotropicamente: Assim caminha a humanidade .....	12
1.2 – Aspectos originários da leva proibicionista .....	13
1.3 – Evolução e perfil da população carcerária brasileira .....	17
1.4 -A superlotação evidente .....	25
<b>2 – FACETAS DO CONTROLE SOCIAL PUNITIVO INSTITUCIONALIZADO</b> --	28
2.1 – Mundo Penal, Sistema Penal e Direito Penal .....	28
2.2 – O exercício do controle social pela punição .....	29
2.3 – O controle social forma e sua seletividade .....	30
<b>3 – APANHADO NORMATIVO SOBRE DROGAS: DO PANORAMA GERAL À LEGISÇÃO BRASILEIRA</b> .....	33
3.1 - Formas de regulação das drogas no mundo .....	33
3.2 - Inalcançáveis finalidades da pena: a reprovação e a prevenção do crime no Brasil .....	35
3.3 – Droga. O que é isso para a incidência penal? .....	36
3.4 – Efeitos da atual Lei de drogas n. 11.343/2006 no encarceramento. ....	37
3.5 – Considerações sobre o artigo 28 da lei n. 11.343/2006: penas alternativa e questão da reincidência .....	39
3.6 - Usuário ou traficante? .....	41
3.7 - Considerações sobre o artigo 33 da lei n. 11.343/2006: Tráfico! .....	44
<b>4 - CONCLUSÃO</b> .....	49
<b>5 - REFERÊNCIAS</b> .....	51

## INTRODUÇÃO

Defender uma atuação mais branda, ou ausência do Estado Penal no trato às questões relacionadas às drogas não significa levantar a bandeira estimulante do uso delas. As drogas acompanham e, ao que parece, sempre acompanharão a humanidade. Ademais, os mais diversos estudos apontam para a falência das experiências que objetivam a extinção das relações das pessoas com as drogas, por meio da sujeição penal.

Muitos países a exemplo de Uruguai, Portugal, Holanda, alguns estados dos Estados Unidos da América, e mais recentemente o Canadá, passaram a modificar suas políticas públicas sobre drogas, cada um em sua realidade, visando tirar o foco penal da atuação estatal, em geral à questão do uso, adentrando assim a uma perspectiva de preocupação com a saúde pública.

O presente trabalho intenta traçar relações entre a cultura do encarceramento no Brasil, a superlotação do sistema carcerário e a atual Lei de drogas, a 11.343/2006. É fato que há superlotação do sistema carcerário brasileiro e que a mesma advenha de uma cultura do encarceramento existente e reforçada pela atual lei de drogas?

Compreender os meandros destas discussões é imprescindível, tanto para operacionalização jurídico-penal, quanto para a reflexão sobre a política de encarceramento adotada no Brasil. Não deixa de ser, também, um endosso às possíveis proposições e caminhos a serem trilhados na busca pela implementação de uma efetiva justiça material.

Tal empreitada justifica-se, inicialmente, pelo fato de o Brasil destacar-se no mundo com índices elevados de aumento da população carcerária absoluta, bem como da taxa de aprisionamento, o que lhe confere posição de destaque, no *ranking* mundial, ficando atrás somente dos EUA, China. Tal *status* reflete a lógica criminal adotada pelo Estado brasileiro, que, com a força do seu aparato penal, impõe sua autoridade sobre as pessoas privando-as de liberdade.

Ademais, no atual contexto de incessantes debates sobre o Estado Democrático de Direito, debruçar o olhar sobre questões como estas, tem a sua importância ao contribuir com a constante luta pelo fim das injustiças perpetradas e executadas pelo próprio Estado contra seu povo.

Várias são as condutas tipificadas no arcabouço normativo penal, sobretudo no Código Penal, que apesar das suas reformas, data de 1940. Não obstante o rol de condutas criminosas no nosso aparato legal penal, dirigido à toda sociedade, os dados do Ministério da Justiça revelam que, historicamente, o encarceramento objetiva uma parcela específica da nossa população, sobretudo, negros, pobres e de baixa escolaridade.

Neste sentido, diversas tipificações criminais figuram como motivos para o encarceramento, originando superlotação e déficit carcerário. Na prática, parece que o foco repousa mais na pessoa que pratica a conduta do que na própria conduta tipificada. Diferentes olhares para diferentes agentes. Neste diapasão, mais de um quarto dos presos brasileiros respondem por tráfico de drogas contribuindo com o quadro de superlotação atual.

Diante dos números dispostos neste trabalho, não é demasiado afirmar que a Lei n. 11.343/2006, a atual lei de drogas, tem sido um instrumento eficaz do processo de privação da liberdade de parte da população brasileira, como já dito, sobretudo de pobres, negros, e de baixa escolarização, enquadrados com traficantes.

A produção e comercialização de drogas ilícitas no mundo movimenta cerca de 320 bilhões de dólares, segundo relatório da *Global Financial Integrity* (GFI), divulgado em 2016, alocando essa atividade entre as ilícitas mais rentáveis para seus operadores, sobretudo os mais inalcançáveis pelo sistema penal. No Brasil as cifras não são diferentes, guardadas as devidas proporções. Apesar do aparato normativo proibitivo, parcela considerável da população, de todas as camadas sociais, servem-se de drogas, lícitas e ilícitas, para alterarem suas consciências de forma recreativa, medical ou religiosa.

À alguns praticantes de tais condutas consideradas proibidas, chega o Estado com sua força penal avassaladora. Ao verificar o retrato das pessoas presas, dentre elas as enquadradas como traficantes no Brasil, percebe-se que há um estereótipo preferencial. Tal cenário permite concluir, com facilidade, a existência de uma operacionalização seletiva do Sistema Penal em geral, bem como na questão das drogas. A vulnerabilidade aqui é muito bem explorada pelo Estado.

Traficantes ricos presos no Brasil, os verdadeiros donos dos exorbitantes lucros das negociatas ilícitas, possivelmente conta-se nos dedos das mãos. Por

outro lado, a prisão de pessoas estigmatizadas e vulneradas, sobretudo através da tipificação de tráfico, é comum no sistema penal brasileiro, apresentando-se, nesta ceara, como mais um fator propiciador da superlotação do sistema carcerário.

A atual Lei de drogas, a de n. 11.343/2006, protagoniza esse cenário contribuindo consideravelmente para o agravamento do quadro a ser analisado. Após doze anos de sua vigência, o que se vê é um vertiginoso encarceramento de pessoas sob a tipificação de tráfico de substâncias entorpecentes, enquanto que a atividade do tráfico parece se fortalecer cada vez mais.

Um dos avanços formais da Lei n. 11.343/2006, com relação à legislação anterior de drogas, de n. 6.368/76, é que houve a "desencarcerização" da conduta de porte de drogas para consumo próprio e, na contra mão, uma explosão de aprisionamentos por tráfico. Houve um "abrandamento" para o usuário e avolumou-se as prisões por tráfico, com penas mais duras, com mínima de cinco anos.

Neste senda, a reflexão aqui primará por apresentar um cenário que possa servir a outras reflexões na busca por alternativas viáveis, dentro do Estado Democrático de Direito, para diminuição da população carcerária. Uma das alternativas que se apontam, dentre outras, é justamente a descriminalização das condutas relacionadas às drogas. Uma outra medida seria adotar meios de resolução da situação dos 40% de presos provisórios do sistema prisional atual. A primeira aproxima-se mais da ideia deste trabalho.

Metodologicamente, será realizado um estudo bibliográfico e documental, analisando de forma quantitativa e qualitativa o tema. Partindo dos dados estatísticos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, de junho de 2016, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), vinculado ao Ministério da Justiça, buscar-se-á traçar uma discussão acerca da manutenção e do fortalecimento da cultura do aprisionamento no Brasil durante vigência da Lei nº 11.343/06, conhecida na doutrina como "Nova Lei de Drogas" e aqui chamada de atual lei de drogas.

No primeiro capítulo busca-se traçar uma relação histórica da humanidade com as drogas. É uma espécie de reflexão ao devaneio de se imaginar um mundo onde as pessoas se abstenham das drogas por esse ou aquele motivo. Na sequência, o capítulo adentrará à discussão de aspectos gerais da origem do proibicionismo no mundo e seus reflexos no Brasil, revelando o prisma histórico do

paradigma proibicionista e suas motivações econômicas. E, para concluir esta etapa, far-se-á uma abordagem analítica sobre a evolução e o perfil da população carcerária brasileira, enfatizando a problemática da superlotação.

No capítulo seguinte traça-se uma conceituação de mundo penal, sistema penal e direito penal, numa perspectiva de evidenciar o controle social punitivo institucionalizado incidente, no geral, bem como na questão das drogas. Aqui, faz-se imprescindível a análise do caráter seletivo desse controle social formal realizado pelo Estado, alçado pelas diversas tipificações, sobretudo o tráfico de drogas.

O terceiro, em um primeiro momento, se arvora a apresentar um panorama geral de formas de regulação das drogas implementadas por alguns países atualmente. Na sequência, reflete-se a questão das drogas na lei, lançando o olhar para o artigo 28 e o 33 da atual lei de drogas, e suas especificidades jurídicas.

## **1 – A RELAÇÃO DA HUMANIDADE COM AS DROGAS E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO NO BRASIL.**

### **1.1 - Psicotropicamente: assim caminha a humanidade**

Perpassa milênios o uso de substâncias psicoativas pela humanidade. Ao redor do mundo as mais diversas culturas fizeram e fazem uso de drogas com distintas formas de utilização e multiplicidade de finalidades. Nesta obra, Filho, Fidalgo e Nikobin (2018), ao fazerem uma abordagem na perspectiva histórico-social das políticas públicas proibicionistas sobre entorpecentes, afirmam que o uso de drogas é visto imbuído de um caráter universal, enquanto fenômeno social, na medida em que pouquíssimas são as culturas que não se valerem, ou atualmente não se valem, de tais substâncias (p. 108).

Ainda para Filho, Fidalgo e Nikobin (2018), o ato de fazer uso de drogas é intrínseco à nossa condição animal. Enfatizam que tal característica não é exclusividade da humanidade, sendo compartilhada por outras espécies como primatas e roedores. Para reforçar tal tese os autores lançam mão do pensamento do psicofarmacologista dos Estados Unidos, Ronald Siegel e afirmam que a necessidade do uso de substâncias psicoativas poderia ser considerado tão importante para a humanidade como as mais básicas necessidades como a fome, a sede e o sexo (p. 108).

É evidente a universalidade do uso de drogas. No afã de apresentarem estudos antropológicos que relatem tal cultura, em diversos espaços e contextos históricos, Filho, Fidalgo e Nikobin (2018) evidenciam o uso de opióides pelos sumérios em 6.000 a.C., não somente para fins medicinais. Na Mesopotâmia, antigos ideogramas encontrados em escavações dão conta de que a papoula era chamada de planta da felicidade ou planta da alegria (p. 108). Já na América pré-colombiana, a folha de coca (*Erythroxylon coca*) chegou a ser utilizada pelos Incas como moeda de troca em função de seu valor (p. 109).

e ainda fazem utilização de drogas, de diversas maneiras e para os mais diversificados fins. Sobre isso, Diorio (2018) afirma que

"Os exemplos são inúmeros, assim como vasta a produção científica a respeito, dando conta das muitas maneiras pelas quais as substâncias potencialmente alteradoras da consciência humana foram e são cultivadas, sintetizadas, consumidas e significadas por diferentes grupos ao longo da história (DIORIO, 2018, p. 210)"

A dinâmica social histórica conviveu com a constante necessidade do uso de substâncias que tivessem o condão de alteração de consciência humana. O trato dado à questão também varia de acordo com a complexidade do desenvolvimento da própria sociabilidade.

### 1.2 - Aspectos originários da leva proibicionista

Como vimos, o uso de drogas nem sempre foi visto como ameaça social, tampouco nasceram as drogas imbuídas de motivos para serem proibidas. A proibição é produto de uma série de fatores, dentre os quais, os discursos, a economia, a moral e as movimentações políticas e geopolíticas ganham destaque. Neste diapasão, Valois (2018) aduz que

as drogas não nasceram proibidas. A cocaína, por exemplo, foi ingrediente da Coca-Cola de 1886 a 1990, e a grande indústria farmacêutica Bayer foi criadora da heroína, daí o nome estilo comercial relacionado aos seus efeitos heróicos no combate à tosse, no ano de 1898. Toda via, a história da proibição é desconhecida, acontece nos bastidores mais sórdidos da política, onde interesses comerciais se misturam com preconceitos e manipulação de dados. (VALOIS, 2018, p. 186-187)

Assim como a cocaína e a heroína já serviam às indústrias multinacionais de bebida e farmacêutica, a *cannabis* era vendida livremente nas farmácias do Brasil até a década de 1930. Denominadas Cigarrilhas Grimault (ou Cigarros Índios) e importadas da França para o consumo da aristocracia, serviam ao uso terapêutico e medicinal.

#### CIGARROS INDIOS: CANNABIS DA INDIA



FONTE: <http://maryjuana.com.br/2012/06/baseado-na-farmacia-saiba-mais-sobre-as-cigarrilhas-grimault/>

Conforme anúncio da época, o potencial dos cigarros índios era enorme, indicados para asma, expectorante de catarros e insônia. Vale ressaltar que, neste contexto, a II Conferência Internacional Contra o Ópio (1924) já havia também decidido pelo combate à *cannabis*. Somente em 1932 é que o Brasil, através do Decreto 20.930, positiva no seu ordenamento jurídico a determinação da proibição e a sua inclusão na lista de substâncias proibidas.

Como se sabe, a repressão às drogas nasce das disputas comerciais referentes ao ópio. A China era grande produtora e consumidora e a Inglaterra, passando a também produzir, na Índia, abriu concorrência e adentrou ao mercado interno da chinês, o que desagradou os orientais. A rusga entre essas nações levou a China a proibir a importação do ópio e orientar seu povo a abandonar a referida droga. Tal instabilidade, aliada a outros fatores históricos, levaram Inglaterra e China a duas guerras entre 1839 e 1860 (Guerra do Ópio).

Em 1839 o ópio foi proibido na China imperial. A ideia da proibição não nasce aqui atrelado a questões de saúde pública, de a droga fazer bem ou mal ao povo chinês. O objetivo encontrava-se no cerne de uma disputa comercial internacional. Tal proibição, nesta perspectiva, fez com que a Inglaterra se utilizasse do seu poderio militar, vencendo a China em 1842. Portas abertas para a comercialização, sobretudo do ópio.

Um outro conflito entre as mesmas nações se configura a partir de 1856. Para Magri (2007), um incidente ocorrido com um navio inglês aportado na China, carregado com a droga, fez a Inglaterra declarar a segunda guerra do ópio (p. 5). Vencida pela Inglaterra, que passou a prosperar economicamente através do domínio deste comércio, e impôs ao país oriental a compra da droga, a China mais uma vez se vê sob os ditames dos ingleses. É justamente esse crescimento econômico da Inglaterra que irá chamar a atenção de outras nações.

Neste contexto a china passa a produzir mais e mais ópio e ganha destaque no mundo. outras preocupações derivam dessa disputa. Para Nicolas Perfeito (2018),

depois dos acontecimentos do período, a China ultrapassou a Índia e Bengala como o maior produtor mundial de ópio. Em 1906, cerca de um quarto da população chinesa masculina

adulta era dependente de ópio, o que significou a maior epidemia de abuso de drogas já enfrentada por um país em toda a história (PERFEITO, 2018, p.22).

A partir desses conflitos e cenário resultante, inicia-se uma guinada internacional, envolvendo diversos países, no sentido de expandir o debate sobre drogas. Tal assunto passa a ser inserido na agenda das diversas nações e os encontros e convenções passam a reordenar o trato dos países com as drogas.

Segundo Fernandes e Fuzinato (2012), a efetiva proibição às drogas ocorre em 1909, com a Convenção de Xangai (p. 3). Para eles, é neste momento que se inicia a construção de restrições à livre produção, venda e consumo do opiáceos (ópio, heroína e morfina), bem como outras drogas como a cocaína. A grande evidência restante é a de que o primeiro aceno de proibição das droga foi balizado pela perspectiva comercial e não tanto por questões de saúde.

Antes mesmo da ONU ser criada, quando ainda era Liga das Nações, os países membros iniciam uma discussão internacional mais consistente sobre o controle o ópio. Afinal, o século XIX havia passado e as lembranças das guerras anglo-chinesas por conta do ópio ainda perduravam, bem como aumentava-se o poderio inglês. Já em 1912 um importante passo para o aprofundamento do debate foi dado com a assinatura, pelos Estados signatários, da Convenção Internacional sobre o Ópio, na Holanda. Pouco depois eclode a primeira Guerra Mundial e as discussões são interrompidas nesse início do século XX.

É exatamente neste contexto de rigidez e proibicionismo que, em 1919, é implementada a "lei seca" nos EUA, com relação ao álcool. A 18ª emenda à Constituição estadunidense estabelece a proibição da produção, do transporte, da importação e exportação de bebidas alcoólicas em todo o país. Tal realidade modifica-se em 1933, após ser revogada a "lei seca". Este período de quase 15 anos de proibição foi o suficiente para o desenvolvimento de vários fenômenos sociais antes não vivenciados.

Lá, como em todo lugar, a proibição criou o tráfico. Saciar o desejo de usufruir das bebidas alcoólicas neste primeiro quarto do século XX, nos EUA, só era possível, mediante o envolvimento, de alguma forma, com o tráfico. Terreno fértil

para o surgimento e fortalecimento de máfias, lideradas por personalidades como "Al Capone", em Chicago.

O fenômeno proibicionista ganha contornos claros na segunda metade do século XX, balizado por convenções da Organização das Nações Unidas. Segundo Karam (2017), houve

a Convenção Única sobre entorpecentes, em 1961, que revogou as convenções anteriores e foi revista através de um protocolo de 1972; o convênio sobre substâncias psicotrópicas, de 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena). Suas diretrizes alimentam a formulação das leis internas sobre a matéria nos mais diversos Estados Nacionais (KARAM, 2017, p. 214)

Ainda para ela, os dispositivos incriminadores dessas convenções e da Lei 11.343/2006, vigente atualmente no Brasil, soam como fontes de violação de princípios assegurados pelas declarações internacionais de direitos humanos e pelas constituições democráticas (p. 214). Karam (2017) segue chamando atenção para o fato de determinadas substâncias psicoativas serem selecionadas para figurarem como ilícitas, e outras, de mesma natureza, não. No seu raciocínio, tal seleção fere, o princípio constitucional da isonomia (p. 214).

Ao conceituar o proibicionismo, relacionando-o com a perspectiva ideológica, Karam (2009) entende o fenômeno como

um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos como negativos através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal, sem deixar espaço para as escolhas individuais (KARAM, 2009, p.1)

A autora aborda a temática de forma bastante crítica, e rebate o proibicionismo relacionado à questão das drogas afirmando que

não podem ser objetos de criminalização, por constituir essa criminalização uma inautorizada intervenção do Estado sobre a liberdade individual, a liberdade e a vida privada. A nocividade individual de uma conduta privada poderá ser uma boa razão para ponderações ou persuasões, mas nunca para que o supostamente prejudicado seja obrigado a deixar de praticá-la (KARAM, 2000, p. 154)

Obviamente, a cultura do proibicionismo que se estruturou no mundo, liderada pelos Estados Unidos, chegou também ao Brasil. Para Carvalho (2010)

no caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras ( Decretos 780/30 e 2.953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes (CARVALHO, 2010, p.12).

Como é de notório conhecimento, a formação da sociedade brasileira é lastreada em relações de escravidão e, conseqüentemente, na discriminação racial. É prudente imaginar, e há uma vasta literatura específica sobre a temática, que tais premissas também permeiam as relações políticas proibicionistas. No entanto, apesar de não se pretender o aprofundamento nesta discussão, é pertinente traçar o referido esboço normativo que norteou o proibicionismo nas terras brasileiras.

É exatamente a proibição que vem, até os dias atuais, com a Lei n. 11.343/2006, justificando o aprisionamento de pessoas, de forma massiva, e contribuindo para o agravamento da superlotação carcerária brasileira.

### **1.3 – Evolução e perfil da população carcerária brasileira;**

O Brasil é um país adepto à cultura do aprisionamento em massa. No mundo inteiro destaca-se com índices elevados de aumento da população carcerária, posicionando-se no *ranking*, em números absolutos, atrás somente dos EUA e China. Segundo o levantamento do Ministério da Justiça (INFOPEN, 2016, p. 7), o Brasil conta com uma população prisional composta por 726.712 (Setecentas e vinte e seis mil, setecentas e doze) pessoas, apresentando-se ao mundo com índices elevados de aumento da população carcerária.

No bojo do afã aprisionante, o motivo preponderante de perda de liberdade hoje no Brasil é o tráfico de drogas. Partindo dos dados estatísticos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, de junho de 2016, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), vinculado ao Ministério da Justiça, será traçada uma discussão acerca da manutenção e do fortalecimento da cultura do aprisionamento no Brasil, sobretudo durante vigência da Lei nº 11.343/06,

a atual Lei de Drogas. A referida lei é uma das principais responsáveis por parte considerável da superlotação das unidades prisionais.

Como visto, o Brasil figura entre os países que mais subjagam sua população ao encarceramento. Tal cenário é um reflexo da lógica criminal implementada pelo Estado brasileiro, que, valendo-se da força do seu aparato penal, impõe sua autoridade sobre as pessoas privando-as de um dos mais importantes direitos fundamentais, qual seja, a liberdade.

Informações do Ministério da Justiça (INFOPEN, 2016, p.9) dão conta de que a população carcerária brasileira cresce consideravelmente, em números absolutos, há décadas. Tal realidade é um disparate e, como dito, fere gravemente a liberdade, um dos pilares do Estado Democrático de Direito conferido pela Constituição Federal de 1988.

**Evolução das pessoas privadas de liberdade entre 1990 e 2016<sup>12</sup>**



FONTE: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN, junho/2016

Os dados revelam que não há interrupção na variação crescente do número de pessoas privadas de liberdade após a promulgação da dita Constituição Cidadã.

O espaço temporal ilustrado pelo gráfico acima permite o traçar de uma relação com as forças políticas executivas comandantes dos rumos do país. De 1990 a 2016 tivemos cinco ocupantes do cargo presidencial da república, sendo Fernando Collor de Mello (1990-1992), Itamar Franco (1992 a 1995), Fernando Henrique Cardoso (1995-1998) e (1998-2002), Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2006), (2007-2010), e, Dilma Russeff (2011-2014) e (2015-2016). Dos cinco, três foram reeleitos, e o Estado brasileiro seguiu o seu curso encarcerador, independente do viés ideológico ocupante do máximo poder executivo.

<b>Evolução da População Residente 1991-2010</b>			
<b>Brasil e Grandes Regiões</b>	<b>1991</b>	<b>2000</b>	<b>2010</b>
<i>Brasil</i>	146 825 475	169 799 170	190 755 799
<i>Norte</i>	10 030 556	12 900 704	15 864 454
<i>Nordeste</i>	42 497 540	47 741 711	53 081 950
<i>Sudeste</i>	62 740 401	72 412 411	80 364 410
<i>Sul</i>	22 129 377	25 107 616	27 386 891
<i>Centro-Oeste</i>	9 427 601	11 636 728	14 058 094
<b>Fonte: IBGE - Censos Demográficos 1991, 2000 e 2010</b>			

Há um aumento de mais de 30% no crescimento populacional nas três décadas dispostas na tabela acima. A população do Brasil saiu da casa dos 140 milhões em 1991 e repousou na casa dos 190 milhões em 2010. Um aumento de cerca de 50 milhões de pessoas. Nesse mesmo período a população carcerária aumentou algo em torno de 4.5 vezes, passando de 90 mil para mais 496 mil presos no nosso sistema carcerário.

Tal magnitude numérica prisional nos confere, também, segundo dados do *World PrisonBrief*, o terceiro lugar no *ranking* dos países que mais encarceram no mundo. Somos superados apenas pelos Estados Unidos (2.121.600) e China (1.649.804). Neste universo, a expressividade dos números ainda se dispõe à fundamentação de discursos cujos objetivos giram em torno da expansão do aparato repressivo do Estado brasileiro.

O *World PrisonBrief* é um banco de dados on-line que oferece informações sobre os sistemas prisionais em todo o mundo, ligado ao Instituto de Pesquisa em Políticas Criminais e à Faculdade de Direito da Universidade de Londres. Tal ambiente virtual apresenta dados emanados de diversos grupos de pesquisa e os disponibiliza para que possam ser estudados e até auxiliem na construção de políticas públicas atinentes às questões prisionais.

A taxa de aprisionamento, que é a quantidade de pessoas presas para cada 100.000 (cem mil) habitantes, também é muito alta no Brasil. Analisando por esse prisma, estamos na vigésima sexta posição, entre os mais de duzentos país elencados, conforme disposição dos dados a seguir.

**TAXA DE POPULAÇÃO PRISIONAL NO MUNDO (por 100 mil habitantes)**

RANKIN	PAÍS	TAXA DE APRISINAMENTO
1º	EUA	655
16º	RÚSSIA	402
26º	BRASIL	324
134º	CHINA	118

Fonte: *World PrisonBrief*, 2016

Seguindo a análise dos dados internacionais, ao compararmos o Brasil com outros países da América do Sul, ainda com relação à taxa de aprisionamento, percebe-se uma efetiva liderança diante dos seus vizinhos.

**TAXA DE POPULAÇÃO PRISIONAL NO MUNDO E NA AMÉRICA DO SUL**

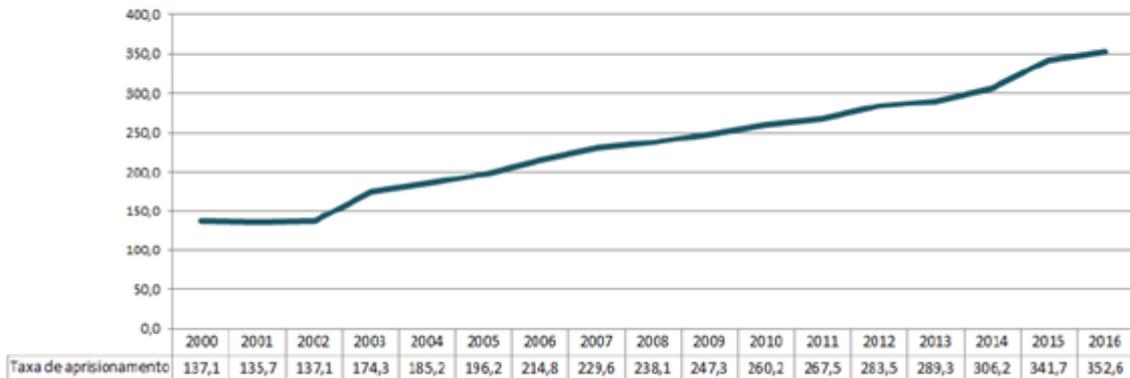
RANKING MUNDO	RANKING A. SUL	PAÍS	TAXA DE APRISINAMENTO
26º	1º	BRASIL	324
27º	2º	URUGUAI	321
37º	3º	GUIANA	283
42º	4º	PERU	270
48º	5º	COLOMBIA	240
55º	6º	CHILE	233
58º	7º	EQUADOR	222
70º	8º	PARAGUAI	199
82º	9º	ARGENTINA	186
84º	10º	SURINAME	183
88º	11º	VENEZUELA	178
101º	12º	BOLÍVIA	156

Fonte: *World PrisonBrief*, 2016

Como visto, e sem fazer uso de dados absolutos, a taxa de aprisionamento reflete a postura de cada Estado diante de políticas criminais e aprisionamento das suas populações. Na América do Sul, o Brasil ostenta o seu apetite por prender em massa o seu povo. Alguns países como Uruguai, Guiana e Peru também apresentam altas taxas de aprisionamento.

Já na perspectiva nacional, informações do Ministério da Justiça (INFOPEN, 2016, p.12), entre 2000 e 2016 a taxa de aprisionamento do Brasil cresceu 157%, chegando a 352.6 para cada cem mil habitantes.

### Evolução da taxa de aprisionamento no Brasil entre 2000 e 2016



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, dezembro de cada ano; DATASUS.

Ao debruçar-se sobre os dados acima é possível perceber que, assim como os números absolutos da população carcerária brasileira, a taxa de aprisionamento também segue em insistente crescente e, sem dúvida, com a colaboração, sobretudo, da atual lei de drogas.

No Brasil, cada vez que se dá uma nova entrada no sistema prisional, reforça-se as estatísticas do *déficit* carcerário. Assim acontece por agravar e contribuir diretamente com a superlotação existente atualmente tida como crônica pelos especialistas.

### Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2016<sup>8</sup>

Brasil - Junho de 2016	
<b>População prisional</b>	<b>726.712</b>
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
<b>Vagas</b>	<b>368.049</b>
<b>Déficit de vagas</b>	<b>358.663</b>
<b>Taxa de ocupação</b>	<b>197,4%</b>
<b>Taxa de aprisionamento</b>	<b>352,6</b>

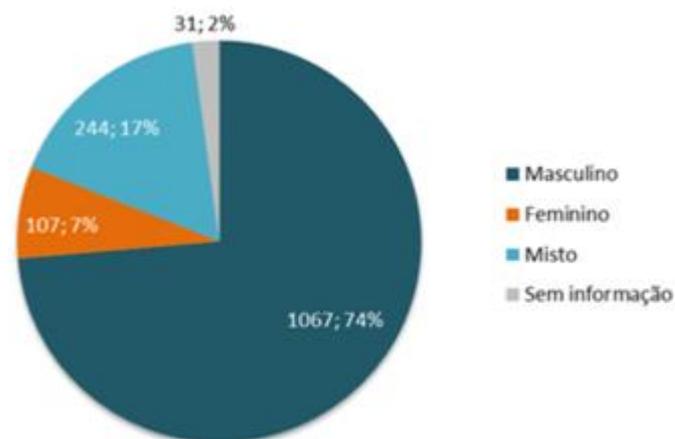
Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

Como apontado, o *déficit* de vagas carcerárias apresentado hoje é de 358.663 (Trezentos e cinquenta e oito mil, seiscentos e sessenta e três) vagas. Significa a diferença entre o número de vagas no sistema carcerário, 368.049 (Trezentos e sessenta e oito mil e quarenta e nove) e o número total da população carcerária, 726.712 (Setecentos e vinte e seis mil, setecentos e doze) (INFOPEN, 2016, p. 7). Quanto mais *déficit*, mais necessidade de vagas prisionais. Quanto mais vagas se abrem, mais necessidade de ocupação que justifique os objetivos e investimentos.

O perfil geral do preso brasileiro é bem nítido: Homem, jovem, negro e com formação máxima de ensino fundamental completo, em regra, pobre. A força do Estado que alimenta de pessoas os estabelecimentos prisionais recai sobre uma parcela populacional específica. Os dados disponíveis em relatório no INFOPEN (2016) permitem o traçar desse retrato geral dos encarcerados do Brasil, sob diversas variáveis.

Praticamente, a cada quatro pessoas presas no Brasil, três são homens INFOPEN (2016, p. 19).

Destinação dos estabelecimentos penais de acordo com o gênero

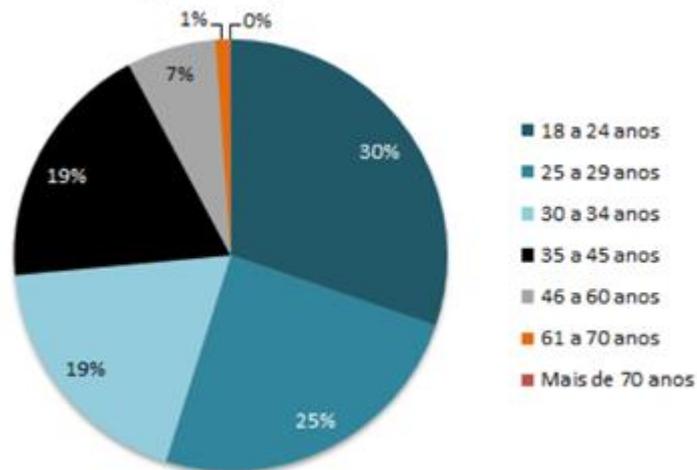


Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Basta ver a destinação dos estabelecimentos prisionais de acordo com o gênero para logo se concluir que os homens formam a imensa maioria. As vagas masculinas preponderam e representam 74%, enquanto que 7% é destinada às mulheres. Outros 17% dos estabelecimentos, destinados a homens e mulheres, de forma mista.

Com relação à idade das pessoas presas no Brasil, segundo os dados do Ministério da Justiça (INFOPEN, 2016, p.30), baseado em dados do PNUD 2015, tem-se uma outra importante vertente de análise.

**Faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil**



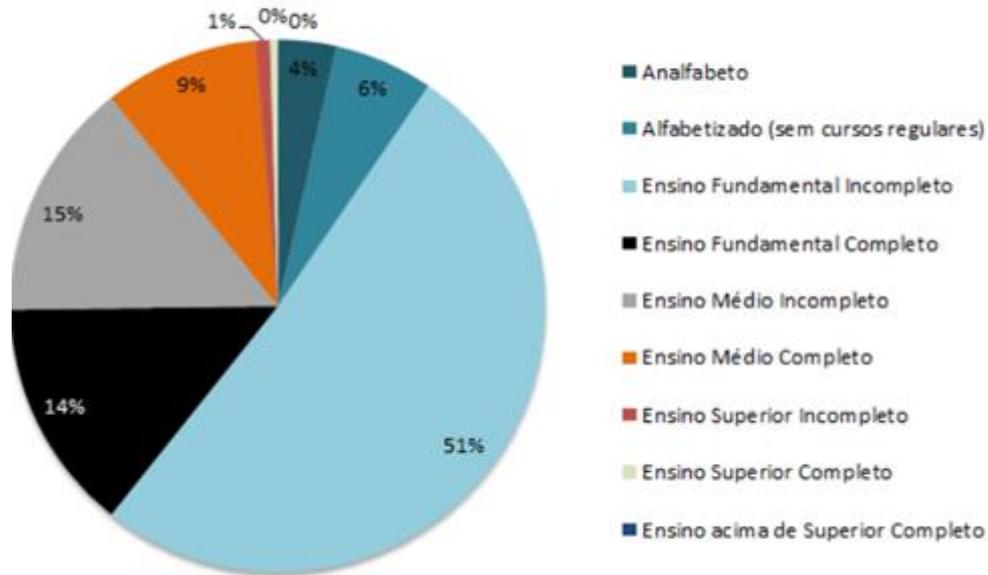
Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Na perspectiva etária observa-se que mais de 280 mil jovens estão presos(as). Consta dos dados que população com idade entre 18 e 29 anos representa 18% da população geral do Brasil. No entanto, a representação deste grupo trancafiada no sistema prisional é de 55%. Ressalta-se, que a Lei n. 12.852/2013 (Estatuto da Juventude), delimita como jovens as pessoas até os 29 anos de idade. Assim, pode-se afirmar que é o grupo da juventude o principal alvejado pelo sistema penal.

O aprisionamento da juventude brasileira é um fenômeno notório em todas as Unidades da Federação. Conforme dados do INFOPEN (2016, p. 31), Mato Grosso do Sul e Rio Grande do Sul que apresentam os menores números do país, registram 47% de jovens dentre os cerceados de liberdade. Santa Catarina registra 48% e os demais, todos, acima de 50%.

Se considerar o grau de instrução, constata-se que 75% situam-se entre analfabetos e escolarizados até o ensino fundamental completo.

### Escolaridade das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Pode-se dividir os dados em três blocos, quais sejam, o dos analfabetos e com até o ensino fundamental completo, o dos que cursam ou cursaram o ensino médio, e o dos que possuem instrução superior e suas gradações seguintes. Como se vê, ter concluído o ensino superior é quase um pressuposto para não ser preso no Brasil.

Quando parte-se para análise do perfil de raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade os dados também são alarmantes e denunciam uma seletividade, nestes parâmetros, existente no sistema penal brasileiro. Mais de trezentas mil pessoas negras encontram-se trancafiadas no conjunto de unidades prisionais espalhadas por todo o país.

### Raça, cor ou etnia das pessoas privadas de liberdade e da população total



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016; PNAD, 2015.

A população negra representa 53% da população total do Brasil, no entanto, representa 60% de toda a população prisional. Por outro lado, a população declarada branca, sendo 46% do povo brasileiro, representa, à menor, 35% no sistema prisional. Ser negro no Brasil significa exponenciar as possibilidades de ser preso.

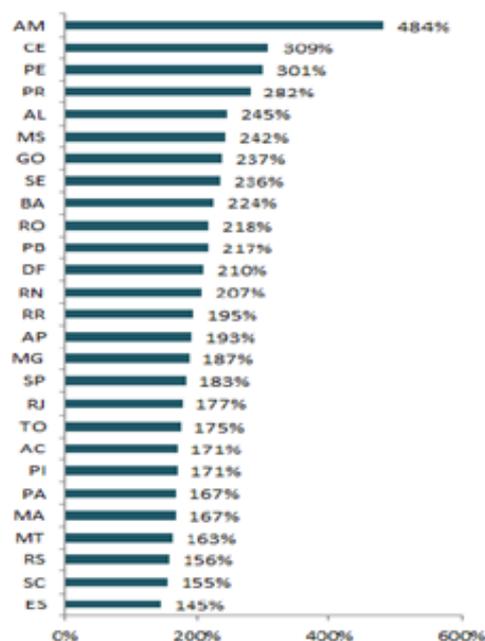
Como visto, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, de junho de 2016, da Secretaria Nacional de Segurança Pública e do Ministério da Justiça, sistematizou o mais atual perfil da população carcerária brasileira, desnudando suas facetas e inclinações.

#### 1.4 – A superlotação evidente

O sistema prisional brasileiro está em colapso. A taxa de ocupação constante dos dados do INFOPEN (2016, p. 26) é de 197,8%. Significa que o número de presos supera em muito o número de vagas. Desta forma, unidades lotadas e em condições deploráveis, transformam-se em ambientes propícios à revolta e ao envolvimento com facções do crime, em busca da própria sobrevivência.

Os dados das taxas de ocupação por unidade da federação permitem uma análise mais individualizada.

Taxa de ocupação no sistema prisional por Unidade da Federação

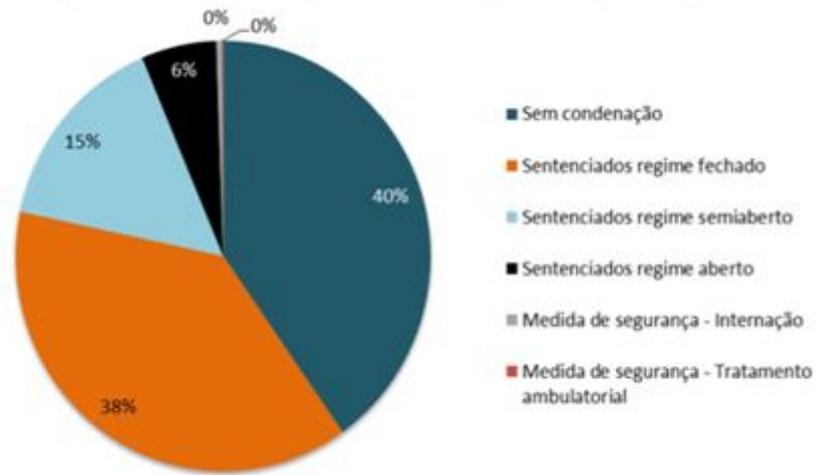


Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Todas as unidades da federação apresentam taxas de ocupação acima de 100%. Destaque para o estado do Amazonas, com a maior taxa (484%), e para o Espírito Santo, com a menor, ostentando nada mais nada menos que 145%. Dentre todos os estados, temos doze deles (AM, CE, PE, PR, AL, MS, GO, SE, BA, RO, PB, RN) e o Distrito Federal, com taxas acima da média nacional.

Um dado não menos alarmante é que, neste contexto, cerca de 40% do total geral de presos no Brasil sequer teve sentença prolatada. Tal situação também reflete a morosidade, por vários motivos e interesses, do Poder Judiciário brasileiro.

Pessoas privadas de liberdade por natureza da prisão e tipo de regime



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

A realidade apresentada é uma afronta ao estado democrático de Direito. Quase trezentas mil pessoas encontram-se presas sem ao menos terem sido julgadas e condenadas. Obviamente, o teor seletivo desse sistema penal não se omite ao construir cenário tão distante de uma efetiva justiça material.

Como visto neste capítulo, as drogas sempre estiveram à disposição da humanidade. O ato de atribuir a algumas o caráter ilícito enquanto outras, de mesma ou maior intensidade, circulam livremente, está conectado às mais diversas disputas políticas e econômicas. O aspecto jurídico reveste de formalidades tal processo.

No caso do Brasil, com toda a sua carga histórica, de relações baseadas na escravização, assistimos a uma evolução constante no número de aprisionamentos, sobretudo de parte específica da população. Os dados apresentados revelam que tanto na análise dos números absolutos, quanto dos relativos, o Brasil é destaque.

Parece haver um demasiado apreço pela produção da superlotação do sistema carcerário.

## **2 - FACETAS DO CONTROLE SOCIAL PUNITIVO INSTITUCIONALIZADO**

### **2.1 - Mundo Penal, Sistema Penal e Direito Penal**

Ter como intento discorrer sobre o controle social punitivo institucionalizado, faz-se necessária uma abordagem inicial sobre o mundo penal, sistema penal, e direito pena. É, de pronto, realizar um esforço para as devidas diferenciações. O terceiro é componente do segundo, e ambos, integram uma estrutura mais ampla e complexa, são espécies de um gênero, qual seja, mundo penal.

Pugliese (2011) conceitua o mundo penal enfatizando o seu caráter de abrangência ao passo em que alerta para o viés excludente do sistema penal (p. 92). Assevera ainda que "o mundo penal deve ser compreendido como o atuar humano, dentro de uma perspectiva de falhas e equívocos, de cifras ocultas."(PUGLIESE, 2011, p.93). Diante do que expõe o autor, o mundo penal é sorrateiro e indulgente, opera-se no limite da invisibilidade, enquanto o sistema penal, para si avoca o manto da regra rígida, pretensa à infalibilidade.

O mundo penal seria aqui uma válvula de escape, uma espécie de suspiro. É nele que se opera o extermínio, a tortura procedimental, a droga plantada e diversas outras práticas aparentemente proibidas, sempre ávidas à nutrição material do sistema penal que mantêm a dinâmica do controle.

Nesta marcha, alguns grupos são tragados e outros agraciados com o privilégio de permanecerem distantes da pretensão punitiva estatal. A prática de um crime por um jovem pobre e negro da periferia é quase sempre a escolhida e capturada pela "mão invisível" do sistema penal. Por outro lado, os que não se encaixam nesse perfil são dignos de outro tratamento. Portar tais características estigmatizadas como negritude, pobreza e residir na periferia é um grande perigo no Brasil.

Em regra, parece haver uma sintonia entre as agências que operam o Sistema Penal. As atividades cotidianas das suas instituições são bastante vastas e complexas, abordando, inclusive, a atuação geral do Ministério Público e do Poder Judiciário. Contudo, por diversos motivos, a exemplo das abordagens midiáticas e a proximidade das pessoas com as atuações dos agentes da polícia, resta mais evidente à população as práticas das forças policiais.

Em meio a essa dinâmica, o Direito Penal é fundamental para todo esse funcionamento. É uma engrenagem do Sistema Penal, que, por sua vez, opera-se no interior de um Mundo Penal. A lição de Zaffaroni (2011), ao contextualizar a discussão na ideia de controle social, oportuniza a compreensão das diversas facetas desse social, sendo algumas estruturas operadas de forma difusa e extra penal, a exemplo meios de comunicação de massa, da família e da religião, dentre outras, bem como as formas de controle explícitas e institucionalizadas, no caso do sistema penal (p.63).

O produto de todo esse processo nos é apresentado quando se lança o olhar para a massa carcerária e analisa sua evolução histórica, conforme abordagem no capítulo anterior.

## **2.2 - O exercício do Controle Social pela punição**

Como visto, nesta perspectiva, o conceito de controle social assume dimensão muito ampla no contexto da sociedade. Zaffaroni (2011) introduz tal entendimento partindo da ideia de que a sociedade é composta pela junção dos agrupamentos de homens, e mulheres, que, na dinâmica social divergem ou convergem, constantemente, em interesses e expectativas. Obviamente, os conflitos permeiam as relações sociais antagônicas e, ao serem resolvidos, "configuram a estrutura de poder de uma sociedade, que é em parte institucionalizada e em parte difusa"(ZAFFARONI, 2011, p.62), conforme apontado acima.

Nesta senda, Zaffaroni (2011, p.62) parte do pressuposto de que toda sociedade configura sua estrutura de poder na dinâmica social. A configuração dessa estrutura produz grupos que exercem o domínio e grupos que são dominados. Alguns têm íntimas relações com os centros de decisões políticas e econômicas, enquanto outros são marginalizados dessa participação, desse exercício de poder.

A uns, o exercício do controle, a outros, as restrições. Os grupos que preponderam na tomada das decisões políticas e/ou auferem lucros exorbitantes dominam os demais grupos que sujeitam-se às regras impostas e sobrevivência com poucos recursos, somada à indiferença do Estado. Para a manutenção de suas condições, os dominadores utilizam-se de mecanismos institucionais de controle social. Logicamente, os poderosos determinam as formas e o *modus operandi* de

regular as suas próprias condutas, e, sobretudo, condutas das pessoas desprovidas desses poderes que influenciam na decisão dos rumos do todo social.

Assim, o sistema penal é um meio explícito e institucionalizado de controle social. Ele, sistematicamente, alveja, de forma preponderante, os grupos sociais historicamente marginalizados das estruturas decisórias do poder. No Brasil tais premissas soam muito forte ao se observar o perfil da população carcerária, com sua maioria negra, pobre e de baixa escolaridade. Essas são algumas características básicas dos principais destinatários desse controle social punitivo, operado por instituições estatais, sobretudo as do sistema penal.

Zaffaroni (2011), em seus ensinamentos ainda traz que o sistema penal pode ser analisado a partir de uma perspectiva mais ampla, funcionando como "um controle social punitivo institucionalizado, nele se incluem ações controladoras e repressoras que aparentemente nada têm a ver com sistema penal." (p.70).

Em uma ideia geral e limitada, o sistema penal é compreendido pelo autor como um caminho, que,

na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, perpassando uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação", assim, "engloba a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juizes, promotores e funcionários e da execução penal.(ZAFFARONI, 2011, p.70)

Em suma, seja uma ou outra abordagem, compõem o sistema penal procedimentos, faculdades e violações a direitos humanos fundamentais. Para ele, há de se levar em consideração que fazem parte do sistema penal "os procedimentos contravencionais de controle de setores marginalizados da população, as faculdades sancionatórias policiais arbitrárias, as penas sem processo, as execuções sem processo etc." (ZAFFARONI, 2011, p.70).

### **2.3 - O controle social formal e sua seletividade**

Segundo a perspectiva criminológica de Viana (2018), há que se falar em controle social formal e informal. Como já apontada aqui a existência do controle informal, as atenções se voltam, neste trabalho, ao controle social formal, que assim é entendido pelo referido autor:

"O controle social formal (ou controle regulatório) é formado pelo cabedal de instâncias das quais o estado pode lançar mão para controlar a criminalidade: polícia, administração penitenciária, ministério público, juiz." (VIANA, 2018, p. 183)

Esse controle regulatório, logicamente é administrado, quase que exclusivamente, pelos detentores de grandes poderes econômicos, que os conduzem aos postos de decisões políticas. Um exemplo disso, desse controle regulatório exercido por determinados grupos sociais, é a composição legislativa histórica e atual da Câmara dos Deputados, onde as bancadas empresarial, das empreiteiras e construtoras, dos grandes latifundiários, dentre outras, conduzem tal regulação normativa.

Chamando a atenção para o papel do sistema penal, enquanto controle formal, e enfatizando o caráter desigual desta atuação, Zaffaroni (2011) assevera que o sistema penal atua seletivamente na sociedade, e aparenta o fazer colocando na centralidade muito mais as condições das pessoas do que a própria ação praticada. Neste sentido, aduz que "na realidade, apesar do discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais do que contra certas ações" (p. 70).

Neste diapasão, continua a afirmar que "apenas determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas" (apud BATISTA, 2007, P. 26). Completa que, as exceções nada mais fazem do que corroborar a regra e são constantemente utilizadas no intuito do convencimento de um caráter igualitário inexistente. Há uma clara predileção do Estado em transformar, como canta Edson Gomes, em "inquilinos das prisões", uma determinado "tipo" de pessoa. Há uma verdadeira estigmatização.

Na concretude da vida, aqui acolá nos dão notícias de proprietários de grandes fortunas e/ou detentores de poder político sendo alcançados pelo sistema penal. Casos raros, mas necessários ao próprio sistema no constante esforço de aparentar uma ideia de tratamento igualitário. No Brasil, a depender da condição social, da escolaridade e do local onde mora, estará apto ou não a ingressar no sistema penal, fígado pela incidência da norma do direito penal.

Dentro deste emaranhado punitivo, o direito penal é um elemento essencial ao referido funcionamento. Neste sentido, de uma forma mais sistematizada, Batista

(2007) nos auxilia na devida compreensão. Direito penal é compreendido aqui como sendo o conjunto de normas jurídicas, dentre as quais encontram-se aquelas que expressam condutas criminosas e cominam sanções, bem como as que satisfazem a suas aplicações e execuções.( p. 24)

Conclui-se ser o sistema penal um instrumento seletivo de controle social. Na prática, atrai para seu interior determinadas parcelas da população, fragilizadas socialmente, destoando assim do discurso jurídico de igualdade. Para isso chama a atenção Batista (2007) ao asseverar que:

não pode o jurista encerrar-se no estudo - necessário, importante e específico, sem dúvida - de um mundo normativo, ignorando a contradição entre as linhas programáticas legais e o real funcionamento das instituições que as executam". (BATISTA, 2007, p. 26)

Operar o direito de forma abstrata, na frieza da norma, e partindo do pressuposto de que é verdadeira tal igualdade discursada, é mais do que consentir, é atuar para a perpetuação desse modelo de sistema penal seletivo e excludente vigente no Brasil.

### 3 - APANHADO NORMATIVO SOBRE DROGAS: DO PANORAMA GERAL À LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

#### 3.1 - Formas de regulação das drogas no mundo

O processo de proibição ou liberação desta ou daquela droga, neste ou naquele tempo histórico, aqui e acolá, é também produto da própria configuração da organização social.

Lemos e Carvalho (2018), ao tratarem sobre a sociedade punitiva contra a sedução dos vícios morais, apontam que

Inegavelmente, do ponto de vista histórico, a relação entre proibição das drogas e moralismo sempre forjou políticas radicais de controle de determinadas substâncias consideradas demoníacas e dos grupos sociais a ela relacionados. Desde a cultura clássica, vê-se uma profunda ambiguidade nas construções sociais que visa definir e difundir valores da ebriedade ou da abstinência.(LEMOS E CARVALHO, 2018, p. 56).

De fato, o que vemos hoje é uma predileção pela difusão de determinadas drogas, como o álcool, e, por outro lado, a criminalização do uso de outras tantas. Quais fatores explicam hoje o fato de temos drogas consideradas ilícitas, enquanto outras, tão prejudiciais quanto, são consideradas lícitas e até estimuladas através de pomposas propagandas nos diversos meios de comunicação? Obviamente tal reflexão demandaria um estudo mais específico, o que não é objetivo deste trabalho.

Maronna (2018), ao abordar sobre a política de drogas e alguns modelos regulatórios existentes nos mais diversos países, traz algumas categorias pra análise. A primeira delas é a **proibição total**, caso da Suécia e do Japão. Aqui, a posse para uso pessoal, bem como o tráfico de drogas, são incriminados e a punição respectiva é a pena privativa de liberdade. A segunda categoria é a **despenalização**. Nesta a posse de drogas para consumo pessoal é considerada crime, contudo, a pena não perpassa pelo encarceramento (p. 76). Para o autor, esse é o caso do Brasil.

Contudo, ao analisar o termo "despenalização", o mesmo não parece tão adequado para a realidade brasileira, haja vista que em nossa legislação atual, a posse de drogas para uso pessoal é considerada crime e conta com a cominação de pena, ainda que restritiva de direito. A pena para o usuário continua a existir, contudo, não mais se permite a prisão nesses casos.

Voltando às categorias elencadas por Maronna (2018), temos também a **descriminalização**, onde a posse de drogas para uso pessoal deixa de ser considerada uma conduta criminosa e o tráfico de drogas continua sendo crime, como é o caso de Portugal (p. 76). O caso mais recente de opção por esse caminho, no caso da *cannabis*, é o Canadá, que optou, em agosto de 2018, pela descriminalização do uso recreativo.

Temos ainda, no leque das categorias a **legalização de facto**, onde

a posse de drogas para consumo pessoal é formalmente proibida pela lei penal, mas por uma opção político-criminal, na prática tolera-se o consumo dentro de certos parâmetros (é o caso da Holanda em relação à *cannabis*, onde o tráfico de drogas, inclusive da *cannabis*, permanece proibida) (MARONNA, 2018, p. 76)

Uma outra categoria é a **legalização de jure**, na qual observa-se que

a produção, distribuição, comercialização e posse de drogas para uso pessoal é permitida e regulada, nos moldes do que ocorre com bebidas alcóolicas, tabaco e farmacos (é o caso do Uruguai e de alguns estados dos Estados Unidos em relação à *cannabis*) (MARONNA, 2018, p. 76).

Nessa perspectiva, há a permissão acompanhada da regulação feita pelo Estado. No Brasil isso não é tão estranho, haja vista que convivemos com tal realidade no tocando ao álcool e o tabaco. Vale ressaltar que em ambos os casos, sobretudo na questão do tabaco, o Estado não criminaliza e faz a regulação sem necessitar utilizar-se da sua força penal. Dados disponíveis no portal do Ministério da Saúde mostram que, no geral, o percentual de fumantes diários no País diminuiu, passando de 15,7% em 2006, para 10,1% em 2017.

Por último, limitando-se à classificação anterior, temos a questão do uso de drogas para fins **medicinal e religioso**. Seguindo o raciocínio de Maronna (2018)

"nos tratados internacionais (e também nas leis internas de cada país) há expressa previsão de que o uso medicinal e religioso de drogas proibidas pode ser autorizado, como é o caso da *cannabis* nos Estados Unidos, na República Tcheca e em Israel e da *ayahuasca* no Brasil" (MARONNA, 2018, p. 76)

Neste sentido a Lei 11.343/2006, traz em seu artigo 2º, ao proibir as drogas em todo território nacional, vedação expressa ao plantio, à cultura, à colheita e à exploração de vegetais e substratos com potencial para a extração de drogas. No entanto, essa proibição comporta uma ressalva. É que, por força da Convenção de

Viena, das Nações Unidas, em 1971, o legislador brasileiro trouxe o parágrafo único do referido artigo, que expressa a possibilidade de a União poder autorizar o plantio, a cultura e a colheita para fins medicinais ou científicos, desde que em locais e tempos estabelecidos, sujeito à fiscalização.

Diante do exposto, faz-se importante salientar que os muitos países, com suas experiências alternativas à proibição, hodiernamente fornecem dados importantes a estudos comparativos para tomadas de decisões na ceara da política de drogas mundo a fora. Obviamente, o viés político interno de cada país para adoção de qualquer dos modelos é o que prepondera, e, em muitos casos, na contra mão de nítidas evoluções no plano internacional.

### **3.2 - Inalcançáveis finalidades da pena: a reprovação e a prevenção do crime no Brasil;**

É evidente que qualquer pena deve ter uma razão, uma função. Ao aplicá-la, vislumbra-se que algo se transforme a partir dos efeitos por ela provocados. No ordenamento jurídico brasileiro, o artigo 59 do Código Penal, o tratar da aplicação e fixação, elenca duas finalidades da pena. Uma é a reprovação é a outra e a prevenção de crimes. *In verbis*:

Art.59. O juiz atendendo a culpabilidade, aos antecedentes conduta social a personalidade do agente, aos motivos as circunstancias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime** (CPB, 1940. grifo nosso).

No caso, a pena precisa estimular a atmosfera de reprovação do crime, mas também obriga-se a preveni-los. Obviamente demandaria um recorte especial para discutir os dados do sistema prisional, e não é o propósito deste trabalho, averiguando se tais finalidades são alcançadas e em qual medida. Será mesmo que a aplicação de pena no Brasil consegue estabelecer essa reprovação e prevenir o cometimento de crimes, sobretudo o de tráfico de drogas?

No que concerne aos crimes relacionados as drogas, tais finalidades parecem inatingíveis. Dados apontam que o recrudescimento da legislação, no aspeto do aumento de pena, e o aprisionamento massivo, parecem não terem conseguido prevenir a produção e comercialização e uso de drogas. Segundo dados do INFOPEN (2016, p. 42), 176.691(Cento e setenta e seis mil seiscentas e noventa e

uma) pessoas estão presas por condutas tipificadas na anterior e na atual lei de drogas. Percentualmente, 28% do total de presos no Brasil estão trancafiados por alguma relação com drogas, enquanto o tráfico e o uso se difundem.

Deste contingente supracitado, há 151.782 (Cento e cinquenta e um mil, setecentos e oitenta e dois) enquadramentos por tráfico de drogas. Tal tipificação, expressa no artigo 12 da Lei anterior, a 6.368/76, hoje contemplada no artigo 33 da Lei n. 11343/06, responde pelo maior número de aprisionamentos no Brasil. Supera crimes como furto simples (art. 155, CPB) e qualificado (art. 155, § 4º e 5º, CPB), que juntos somam 73.781 casos; roubo qualificado (art. 155, § 2º), 102.068 casos, e todos os crimes contra a pessoa (a partir do art. 121, CPB), representado pelo homicídio, aborto, lesão corporal, violência doméstica e outras ( 84.686 casos).

Vale ressaltar que mulheres presas como traficantes representam mais que o dobro percentual dos homens, 62% a 26%, para tal tipificação por gênero. O aprisionamento feminino é um fenômeno que requer estudos específicos e aprofundados para uma melhor compreensão. O dados supõem uma "aptidão" das mulheres ao delito do tráfico de drogas ou uma desproporção entre condutas isoladas, sem envolvimento direto, e as penas aplicadas pela força da lei.

O que é de conhecimento, através da mídia de massa e dos diversos debates acadêmicos e jurídicos, é que muitas mulheres são flagradas tentando entrar com drogas para seus parceiros presos, numa demonstração de completa ingenuidade perante os sistemas de segurança das unidades prisionais.

### **3.3 - Droga. O que é isso para a incidência penal?**

Inicialmente, vale ressaltar que, do ponto de vista normativo e da exegese jurídica, há uma vasta literatura doutrinária na perspectiva constitucional no que tange a lei de drogas. Ainda que não seja pretensão deste trabalho adentrar na ceara constitucional, muito se tem discutido a respeito de violações de direitos fundamentais na aplicação do referido diploma legal, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da lesividade e o princípio da isonomia.

Neste sentido, a efeito de exemplo dessa discussão na senda constitucional, Maria Lucia Karam (2018) chama a atenção para o fato de determinadas substâncias psicoativas serem selecionadas para figurarem como ilícitas, e outras,

de mesma natureza, não. No seu raciocínio, tal seleção fere, o princípio constitucional da isonomia (p. 214).

Tecidas as abreviadas linha sobre a relação do tema com a essência constitucional, resta adentrar no questionamento inicial. Para não deixar dúvidas, a Lei n. 11.343/2006, ainda nas suas disposições preliminares, traz no parágrafo único do seu primeiro artigo, o conceito de droga para os seus fins. Drogas são as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Cabe enfatizar que apesar da formulação conceitual do que seja "droga", no referido diploma legal, este, em momento algum elenca quaisquer substância ou produto objetivando tal caracterização. Trata-se de uma norma penal em branco, ou seja, demanda um complemento para seu sentido se perfaça e seus efeitos jurídicos sejam produzidos.

Especificamente, é uma norma penal em branco heterogênea, pois seu complemento advém de uma fonte normativa diversa, qual seja, a ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Em outras palavras, é a ANVISA, através da portaria 344, que estipula o que é droga, complementando assim a essência da norma penal.

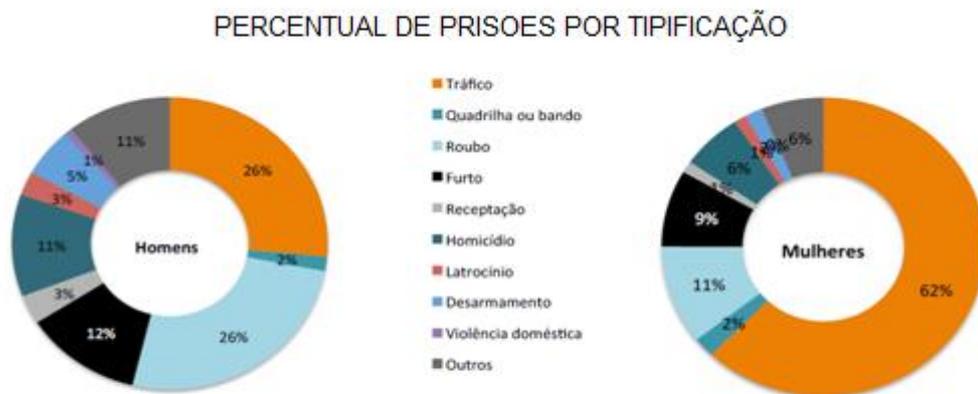
### **3.4 – Efeitos da atual Lei de drogas n. 11.343/2006 no encarceramento.**

Neste momento do capítulo faz-se imprescindível discutir alguns aspectos da cultura do aprisionamento que marca o Estado brasileiro e traçar sua relação com Lei n. 11.343/2006, responsável por boa parte das prisões hoje no Brasil. A atual lei de drogas, tem sido um instrumento eficaz do processo de privação da liberdade da população brasileira, sobretudo, como já dito, de pobres, negros, e de baixa escolarização, enquadrados com traficantes.

Antes da Lei n. 11.434/2006 permaneciam as leis 6.368/76 e 4.513/02 regulando penalmente as questões relacionadas às drogas. Os textos legais anteriores foram revogados por um mais brando no tocante à incidência sobre os usuários. No entanto, observa-se que desde 2006 nunca se aprisionou tanto no

Brasil por crime de tráfico de drogas. Ou o número de traficantes realmente cresceu no país ou equivocadas tipificações robusteceram os índices.

O atual panorama prisional do nosso país evidencia o aumento das prisões por tráfico à luz da atual lei de drogas. Em sua vigência de doze anos observa-se um aumento vertiginoso das prisões nela fundamentadas. Entre os anos de 2006 e 2016 o crime de "tráfico" assumiu a liderança, juntamente com o de "roubo", como tipificação recaída sobre os cerceados de liberdade, conforme dados INFOPEN (2016) abaixo:



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Os dados revelam que o motivo preponderante para a perda de liberdade hoje no Brasil é o tráfico de drogas. O referido tipo penal encontra-se expressamente no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006. Estatisticamente a referida tipificação penal responde por 26% do total. Segundo dados do INFOPEN (2016), há hoje 176.691 mil pessoas presas por conta de algum envolvimento com drogas no nosso país. O sistema prisional encontra aqui um ponto de nutrição eficaz.

## NÚMERO DE PRISÕES RELACIONADAS ÀS LEIS DE DROGAS

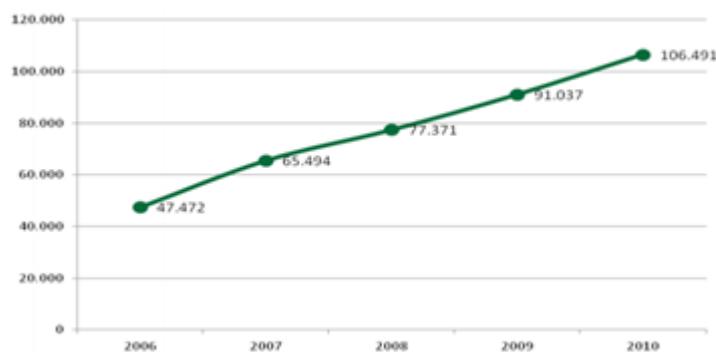
Grupo: Legislação específica	193.042	22.049	215.091
<b>Grupo: Drogas (Lei 6.368/76 e Lei 11.343/06)</b>	<b>155.669</b>	<b>21.022</b>	<b>176.691</b>
Tráfico de drogas (Art. 12 da Lei 6.368/76 e Art. 33 da Lei 11.343/06)	134.676	17.106	151.782
Associação para o tráfico (Art. 14 da Lei 6.368/76 e Art. 35 da Lei 11.343/06)	16.724	3.409	20.133
Tráfico internacional de drogas (Art. 18 da Lei 6.368/76 e Art. 33 e 40, inciso I da Lei 11.343/06)	4.269	507	4.776

Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

O carro chefe do aprisionamento é, sem dúvida, o artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, que substituiu o artigo 12 da anterior lei de drogas. O impacto desta lei de drogas é considerável no sistema prisional, com mais de 150.000 pessoas privadas de liberdade. Destas, 88% são homens, totalizando mais de 134 mil, e cerca de 10% são mulheres, equivalendo a mais de 17 mil casos.

Ainda que as mudanças formais tenham sido consideradas avançadas no novo texto legal, como a previsão no artigo 28 de medidas sócio educativas e não mais prisões para os usuários, houve o aprisionamento de quase 60 mil pessoas por tráfico em apenas quatro anos de vigência da nova lei de drogas, como nos revelam os dados.

PRESOS POR CRIME DE TRÁFICO, BRASIL, 2006-2010.



Fonte: Infopen – Ministério da Justiça

Cada vez mais pessoas passaram a ser capturadas e apresentadas nas delegacias como traficantes em flagrante de delito. Vale ressaltar que a atual lei, promulgada em 2006, prevê a criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e a prescrição de medidas para a prevenção de uso indevido, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, sem abdicar da

repressão à produção não autorizada e ao tráfico e ao uso de drogas ilícitas. Esta última medida, na prática, parece ter recebido maior atenção estatal.

### **3.5 - Considerações sobre o artigo 28 da lei n. 11.343/2006: penas alternativa e questão da reincidência**

Na antiga Lei, a de n. 6.368/76, não havia clara distinção entre traficantes e usuários, constando em seu artigo 16 a previsão de prisão de 6 meses a 2 anos para quem, ainda que para uso próprio, adquirisse, guardasse, ou portasse substâncias entorpecentes. Como já dito, uma das mudanças trazidas pela atual lei em relação à anterior foi a não punição do usuário com pena de privação de liberdade. Ao invés da prisão, a lei trouxe uma série de outras penas descritas em seu artigo 28, como advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas ou curso educativo.

É prudente ressaltar que não houve a descriminalização da conduta para os usuários de drogas. Embora a nova lei tenha abrandado as penas, portar droga para uso próprio continuou e continua a ser crime, gerando reincidência, conforme expresso no §4º do artigo 28 da nova legislação. Para Zaffaroni e Pierangelli (2011), ao tratar do instituto da reincidência do Código Penal, asseveram que

Quanto aos efeitos da reincidência, esta não somente se limita a agravar a pena, dentro dos limites da cominação pertinente, mas também impede a concessão da *sursis*, ou suspensão condicional da pena (art. 77, I, do CP), aumenta, de um terço a metade, o prazo de efetiva privação de liberdade para o livramento condicional (art. 83, II, do CP), interrompe a prescrição (art. 117, VI, do CP), impede a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (art. 44, II, do CP), pode provocar a conversão da pena substitutiva por uma privativa de liberdade (art. 44, §4º, do CP). (ZAFFARONI e PIERANGELLI, 2011, p. 722).

Desta forma, no ordenamento jurídico brasileiro, a reincidência configura-se como fator agravante não somente da pena de um possível novo delito como interfere na viabilização de outros benefícios legais, como elencados acima.

Ainda sobre a questão da reincidência, no tocante à lei de drogas, Luiz Flavio Gomes (2013, p. 148) chama atenção para o conceito de reincidência no Código Penal, afirmando ser reincidente quem , já condenado em definitivo por outro fato anterior, pratica nova infração. Entretanto, o mesmo autor adverte para a diferença

conceitual de reincidência na ceara da atual lei de drogas. Referindo-se ao artigo 28, aduz o seguinte:

Mas, a palavra reincidência utilizada no §4º não tem correspondência com o sentido técnico do Código Penal. Significa, tão somente, reincidir (incidir novamente) na infração do art. 28 (ou seja: ser surpreendido novamente como usuário) (GOMES, 2013, p. 148).

Tal observação faz sentido, haja vista que não há mais cabimento de pena de prisão para as condutas tipificadas no artigo 28 da atual lei de drogas. As penas para as pessoas enquadradas no referido artigo limitam-se à advertência sobre os efeitos das drogas, à prestação de serviços à comunidade e à medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, sendo as duas últimas, aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. Desta forma, os efeitos negativos da reincidência específica aqui se limitam a dobrar o prazo máximo de aplicação, fixando-o em 10 (dez) meses.

Atualmente há em curso no STF uma votação, com repercussão geral, da possível inconstitucionalidade do artigo 28 da lei 11.434/2006. O placar segue com três votos a zero pela inconstitucionalidade. Considerá-lo inconstitucional, apenas, não resolverá os problemas aqui relacionados, haja vista que o seu abrandamento penal parece ter sobrecarregado o artigo 33. Faz-se necessário um amplo debate e reconfiguração do olhar que o Estado e a sociedade têm sobre a questão das drogas. Sua rotulação como perigo social move e legitima ações, do braço armado estatal, que ferem os direitos fundamentais, quando não letais.

### **3.6 – Usuário ou traficante?**

Não há, na atual lei de drogas, um critério objetivo, de quantidade, por exemplo, para se definir quem é traficante e quem é usuário quando das abordagens. Na prática, a depender das circunstâncias da abordagem o usuário pode transformar-se em traficante e traficante em usuário.

Nos casos de apreensões de quantidades não exageradas, plenamente admissíveis como destinadas a consumo próprio, é muito provável que haja uma seletividade social no processo de enquadramento no artigo 28 (usuário) ou no 33 (traficante) da Lei n. 11.434/2006. A atual lei antidrogas traz expressamente no § 2º do artigo 28 os devidos critérios para que se possa diferenciar o traficante do

usuário, ou seja, se a pessoa apreendida portando drogas a destinaria a uso próprio ou ao tráfico. Assim expressa:

§ 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.

O fator de materialidade do delito diz respeito à quantidade e natureza da substância apreendida. Os fatores geográfico e circunstancial dizem respeito ao local e às condições da apreensão. Por último, os fatores social e pessoal referem-se ao agente do fato, o que possibilita um leque de subjetivas interpretações, apesar dos parâmetros objetivamente legais.

Neste sentido, Luiz Flávio Gomes (2013), afirma que:

Há dois sistemas legais para se decidir sobre se o agente (que está envolvido com a posse ou porte de droga) é usuário ou traficante: (a) sistema da quantificação legal (fixa-se, nesse caso, um *quantum* diário para o consumo pessoal; até esse limite legal não há que se falar em tráfico); (b) sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico). A última palavra é a judicial, de qualquer modo, é certo que a autoridade policial (quando o fato chega ao seu conhecimento) deve fazer a distinção entre o usuário e o traficante. (GOMES, 2013, p. 146)

As etapas deste processo de cerceamento da liberdade das pessoas, motivado pelo tráfico de drogas, nos casos de flagrante de delito, perpassa pela abordagem, apreensão, averiguação de testemunhas e provas, e enquadramento ou subsunção do fato ao tipo penal.

O enquadramento da conduta ao tipo penal, a *priori*, fica a critério da autoridade policial, a depender do seu “livre” convencimento que é formulado e referenciado principalmente pela visão do(s) agentes policiais e da materialidade apresentada. Obviamente, por conta da complexidade, não serão abordadas, especificamente, as minúcias das atuações do Ministério Público e do Poder Judiciário nesta dinâmica. Contudo, serão analisados procedimentos atinentes às atividades policiais.

Um policial militar quando conduz um determinado suspeito à delegacia, o apresenta à autoridade policial competente, o Delegado de Polícia.

A abordagem ostensiva da polícia, sobretudo a militar, corresponde ao ato primeiro, estatal, de inserção de uma pessoa no sistema penal. O depoimento do policial é o instrumento, formal, de apresentação. Primeiramente, a versão da polícia, devendo nela constar o relato do(s) policial(ais) condutor(es) sobre as circunstâncias e procedimentos da abordagem. A notícia do crime assim chega à autoridade competente.

A lei assegura que os próprios policiais condutores possam ser também testemunhas, na falta destas. **O artigo 304 do Código de Processo Penal, ao tratar da prisão em flagrante, expressa:**

Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005)

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste. (Redação dada pela Lei nº 11.113, de 2005)

A princípio presume-se verdadeiro o depoimento do policial. O teor de veracidade se fortalece na concretude da apresentação dos objetos que, de fato, sustentam a materialidade do delito. É na versão do policial que está contida a presunção da verdade, pois o mesmo, investido de cargo público, é o agente da segurança pública do Estado.

Ao acusado resta aguardar seu momento de depor e apresentar sua versão que, na prática, torna-se frágil diante da força formal revestida de legalidade, constituída pela operacionalização do policial militar e do delegado, lavrado a termo

pelo escrivão, detentor de fé pública. Todos os depoimentos e documentos vão sendo juntados e lastrearão a abertura do inquérito policial. Este se constitui um ato administrativo, tem caráter inquisitório e não possibilita o contraditório. Na prática, o preso em flagrante só tem ao seu dispor, o seu depoimento, prestado por último.

O ato de negar ou afirmar podem levá-lo ao mesmo destino: a perda da liberdade. No interrogatório, suas respostas às perguntas formuladas com base nos depoimentos anteriores devem ser precisas para influenciar no convencimento da autoridade policial. Ainda sem grandes possibilidades de se defender, o acusado é levado como objeto pelo transcurso da formalidade na construção documental que chegará ao Judiciário e ao Ministério Público.

Depois disso, em liberdade provisória ou ainda preso, o imputado poderá se valer de um advogado particular ou dos serviços para Defensoria Pública para fazer uso do seu direito de ampla defesa e do contraditório, fora do seu alcance até então.

Da prisão em flagrante por tráfico de drogas ao inquérito, do inquérito à sentença ocorre uma cadeia de "livres" convencimentos das autoridades, que quase sempre culminam em encarceramentos cujos fundamentos têm referências iniciais no depoimento do condutor, que, como já mencionado, geralmente é um policial militar.

O Formalismo do processo é marcado pela desigualdade de forças. Nele os procedimentos colocam o acusado em situação de desvantagem ao lidar unicamente com a possibilidade de tentar, através do seu interrogatório, apresentar sua versão à autoridade policial competente. O policial depõe e o acusado é interrogado com base no referido depoimento. Desde o princípio, é a versão do Estado, nas palavras do policial condutor, que norteia os passos seguintes até que se conclua o trabalho da polícia judiciária, no final do inquérito policial. O Ministério Público e o juiz provavelmente seguirão a mesma lógica, as mesmas referências, a mesma desigualdade.

### **3.7 - Considerações sobre o artigo 33 da lei n. 11.343/2006: Tráfico!**

O tipo penal do artigo 33 é robusto. Em seu *caput*, na busca pela caracterização do crime de tráfico, traz 18 (dezoito) verbos nucleares. Em outras

palavras, há três dúzias de possibilidades de se incorrer no crime de tráfico de drogas. *In verbis*:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: (grifo nosso)

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Os incisos de I a III, do § 1º, trazem as equiparações. Detalham e elencam outras possibilidades e condutas passíveis de se incorrer no crime de tráfico. No inciso I observa-se que a caracterização do crime de tráfico de drogas não necessita de um critério mercadológico para se consumar. A prática de alguma das condutas elencadas no inciso supracitado, ainda que gratuitamente, incorre-se nas mesmas penas do *caput*.

A disposição do § 4º, ainda do artigo 33, apresenta uma espécie de tráfico diminuto, denominado pela doutrina de "tráfico privilegiado". Conforme assevera Gomes (2013), que prefere a denominação de "tráfico com causa de diminuição de pena"

No delito de tráfico (art. 33, *Caput*) e nas formas equiparadas (§ 1º), as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário (não reincidente), de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (traficante, agindo de modo individual e ocasional). Os requisitos são subjetivos e cumulativos, isto é, faltando um deles inviável a benesse legal. (GOMES, 2013, p. 178). (grifo nosso)

Assim, se o agente de alguma das condutas que ensejam tráfico de drogas, ostentar todos os requisitos elencados no § 4º do artigo 33, e sublinhados, poderá ser agraciado com a diminuição de pena de um sexto a dois terços.

Importante mencionar que é defeso, por força da Súmula 444 do STJ, ao magistrado, considerar Ações Penais em curso e Inquéritos Policiais existentes, para agravar a pena-base no momento do prolatar da sentença. Contudo, para efeito de aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º, o juízo pode sim considerar Ações Penais em curso e Inquéritos Policiais para concluir se o agente se dedica ou não à atividade criminosa.

Desta forma determinou a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.431.091-SP, de relatoria do Ministro Felix Fischer, julgado em 14 de dezembro de 2016, definindo que

É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. (REsp 1.431.091-SP, DJe 01/02/2017).

Para parte da doutrina, soa no mínimo estranho tal decisão, pois o objetivo da Súmula 444 é exatamente priorizar a presunção de inocência, sendo esta relativização acima, um tanto quanto desapropriada. Para alguns, se não se pode usar Ações Penais e Inquéritos Policiais para um possível aumento de pena-base, não se deveria usá-los para afastar o benefício legal de diminuição de pena prescrito no § 4º do artigo 33.

Um outro ponto de discussão importante na perspectiva de aplicação ou não da causa de diminuição de pena, supramencionada, é se o agente que atua na simples função de "mula" ou "avião" do tráfico, posto totalmente substituível, é por si

só, integrante de organização criminosa e conseqüentemente afasta a possibilidade de se enquadrar na tipificação de tráfico com causa de diminuição de pena até aqui abordada.

Tanto o STJ quanto o STF se pautam pelo entendimento de que o exercício da função de "mula" do tráfico, por si só, não caracteriza o agente como integrante de organização criminosa. Neste sentido as decisões vão sendo fundamentadas, como se vê na recente decisão do STF de agosto de 2017.

INTERNACIONAL DE DROGAS. APREENSÃO 6.453g DE COCAÍNA. "MULA". REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM ESPECIAL. TRÁFICO APLICADO PELO TRIBUNAL A QUO NA FRAÇÃO DE 1/6. CONTRIBUIÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A escolha da fração de 1/6 para reduzir a pena por incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 encontra-se justificada e está dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando as peculiaridades da conduta criminosa ressaltadas pelo acórdão recorrido, em atenção ao grau de auxílio prestado pela agravante ao tráfico internacional.
2. Maiores considerações a respeito, para o fim de reduzir ou aumentar a fração da benesse aplicada pelo Tribunal a quo encontra óbice na Súmula 7 desta Corte. Precedentes.
3. De qualquer forma, em situação análoga, o colendo STF considerou pertinente o percentual de redução da pena em apenas 1/6. Fixação em atenção ao grau de auxílio prestado pelo paciente ao tráfico internacional (HC 134597, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-166 DIVULG 08-08-2016 PUBLIC 09-08-2016).
4. Agravo regimental desprovido.”

Há inúmeros outros exemplos jurisprudenciais. A primeira turma do STF, em sede de Habeas Corpus, n. 12.9449, de relatoria da Ministra Rosa Weber, realizou julgamento neste sentido em 14/02/2017. A Segunda Turma, também do STF, HC n. 139327, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 18/04/2017. Já no STJ, a quinta e sexta turmas, ambas em Agravo Regimental nos AREsp n. 606.431, de 01/06/2017, e n. 802.657, de 31/10/2017, respectivamente.

Diante dessa construção jurisprudencial, "mula" ou o "avião" muitas vezes é um agente esporádico, que, por alguma necessidade, sujeita-se a portar drogas, não conhecendo sequer os "cabeças" da organização, não compreendendo a sua estrutura hierárquica e de funcionamento. Pode ser alguém que jamais teve contato

com drogas ou com a prática de outros crimes. Por isso, para que se considere integrante de organização criminosa, ser "mula" ou "avião" não é o bastante, tal caracterização carece de outras provas.

Como visto ao longo do capítulo, uma série de elementos formais e procedimentais são colocados à disposição para outros aprofundamentos analíticos. Pelo mundo, ha uma gama de normativas sobre drogas sendo experimentadas, enquanto por aqui insistimos no modelo do combate. Combate esse que acaba por ser uma guerra às pessoas, ao menos algumas, que se envolvem com as drogas ilícitas.

Será mesmo que tal postura estatal tem conseguido reprovav e prevenir tal crime no Brasil? Em que pese o "desencarceramento", formalizado no artigo 28 da atual Lei de drogas, para os que consigam provar a destinação para uso próprio, muita gente tem ido para a prisão tipificada como traficante. Neste cenário, ha uma significativa contribuição da referida lei na manutenção do teor encarcerador do Estado brasileiro, produzindo cada vez mais superlotação e violações a direitos.

## CONCLUSÃO

Os dados e fontes apresentados neste trabalho permitem uma compreensão crítica da atuação penal do Estado brasileiro em geral, bem como nas questões relacionadas às drogas. A crescente dos números de prisões é constante e perpassa por décadas. Somos o terceiro maior país em número absoluto de população carcerária, assim como lideramos as taxas de aprisionamentos na América Latina. Há uma verdadeira cultura do encarceramento massivo por aqui.

Tal cenário é fruto do vigoroso caráter punitivo caracterizado no Estado brasileiro. A população carcerária cresce em progressão geométrica, comparado ao crescimento populacional geral. Nesta senda, a atual Lei de drogas cumpre o seu papel, contribuindo com parte significativa destes aprisionamentos, sintonizada com a perspectiva do controle social formal e seletivo, típico do referido sistema penal.

De um lado este afã aprisionante arraigado no Estado, e de outro, a evidente superlotação nas unidades prisionais existentes no Brasil. Não bastasse tal realidade, evidencia-se que o processo de cerceamento de liberdade opera-se, notoriamente, pautado na seletividade. Na questão das drogas a regra se mantém e, por este motivo, mais de um quarto dos presos incorreram no crime de tráfico.

Para a lei, o ato de traficar drogas ilícitas não se resume somente à comercialização para auferir lucros. O tipo penal do artigo 33 da Lei n. 11.343.2006 é mais amplo do que se pensa. Assim, um traficante que comanda vastas áreas de comércio, sobretudo nas grandes cidades, não se diferencia daquele que é capturado portando droga e não consegue provar que destinava-se ao consumo próprio.

A ofensiva penal do Estado diante da questão das drogas esta longe de solucionar o que é tido como problema. Os termos “guerra as drogas” ou “combate as drogas” são muito frequentes e suas operacionalizações trazem uma carga demasiadamente ofensiva, causando danos sociais tão ou mais prejudiciais do que os próprios efeitos das drogas.

É clarividente que há uma superlotação no sistema carcerário brasileiro. Tal cenário ergue-se através da atuação seletiva do Estado, por meio do Sistema penal,

tendo como importante fator de nutrição, a atual lei de drogas. Esta, sobretudo através do seu artigo 33, tem cumprido um papel preponderante no processos de cerceamento de liberdades.

O Estado brasileiro precisa, urgentemente, romper com esse olhar punitivo e seletivo com relação às drogas escolhidas, por ele próprio, para a criminalização. A descriminalização das drogas e a atenção do Estado, com outras agências que não as penais, talvez seja o menos danoso caminho a ser seguido.

## REFERÊNCIAS:

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 11<sup>a</sup>ed., 2007.

BRASIL, Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Vade Mecum**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

\_\_\_\_\_. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016**. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Junho/2016; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, dezembro/2015; IBGE, 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em: 17 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm) >. Acesso em: 17 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2018.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil** (Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.434/2006). 5<sup>a</sup> Edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERNANDES, Vagner Ribeiro e FUZINATO, Aline Mattos. **Drogas: proibição, criminalização da pobreza e mídia**. Artigo publicado no 1<sup>o</sup> congresso internacional de direito e contemporaneidade, UFMS, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches da; OLIVEIRA, William Terra de, **Nova Lei de Drogas Comentada**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas e Direitos Humanos, reflexão em tempos de guerra às drogas**. Porto Alegre. Rede Unida, 2018 (ajeitar isso)

KARAM, Maria Lúcia. **Legislação Brasileira sobre Drogas: História Recente. A Criminalização da Diferença** - In: ACSELRAD, Gilberta (org.). **A Vesos do Prazer: Drogas, AIDS e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro. Fiocruz, 2000.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e engan**os. Rio de Janeiro. Lumens Juris, 2009.

MAGRI, Marco Sayão. **Os discursos da política de drogas brasileira**. Trabalho de Conclusão de Curso. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

PERFEITO, Nicolas. **A influência das convenções internacionais e o proibicionismo na política de drogas incorporada pela legislação brasileira**. Universidade Federal de Santa Catarina, 2018.

Portal **BBC**, disponível em : <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160331\\_atividades\\_crime\\_organizado\\_fn](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160331_atividades_crime_organizado_fn)>. Acesso em 28 de novembro de 2018.

Portal da **UNDOC**, disponível em : <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/relatorio-mundial-sobre-drogas.html>>. Acesso em 28 de novembro de 2018.

Portal **Maryjuana**, disponível em : <<http://maryjuana.com.br/2012/06/baseado-na-farmacia-saiba-mais-sobre-as-cigarrilhas-grimault/>>. Acesso em 28 de novembro de 2018.

Portal **PrisonStudies**, disponível em : <[http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison\\_population\\_rate?field\\_region\\_taxonomy\\_tid=All](http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All)>. Acesso em 28 de novembro de 2018.

**PUGLIESE**, Urbano Félix. **Uma nova visão do princípio da intervenção mínima no direito penal**. Salvador: Ômnira, 2011.

RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese de Doutorado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1998.

VALOIS, Luis Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte, D'Placido, 2017.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. Criminologia 6. ed. – Salvador: Juspodivm, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.