

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS

ALESSANDRO RODRIGUES DOS SANTOS

POLÍTICA ANTIDROGAS E CÁRCERE NO BRASIL:

A subjetividade do §2º, do art. 28, da Lei 11.343/2006 e seus danosos efeitos no inconstitucional sistema penitenciário brasileiro.

Uberlândia

2018

ALESSANDRO RODRIGUES DOS SANTOS

POLÍTICA ANTIDROGAS E CÁRCERE NO BRASIL:

A subjetividade do §2º, do art. 28, da Lei 11.343/2006 e seus danosos efeitos no institucional sistema penitenciário brasileiro.

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia.

Orientadora: Profª. Dra. Simone Silva Prudêncio

Uberlândia

2018

ALESSANDRO RODRIGUES DOS SANTOS

POLÍTICA ANTIDROGAS E CÁRCERE NO BRASIL:

A subjetividade do §2º, do art. 28, da Lei 11.343/2006 e seus danosos efeitos no inconstitucional sistema penitenciário brasileiro.

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito, pela Universidade Federal de Uberlândia.

Orientadora: Profª. Dra. Simone Silva Prudêncio

Banca Examinadora

Profª. Dra. Simone Silva Prudêncio – UFU
Orientadora

Profª.Ma. Tharuelssy Resende Henriques – UFU
Avaliadora

Uberlândia

2018

RESUMO

O tráfico de entorpecentes movimenta centenas de bilhões de dólares anualmente, o que faz com que diversos países adotem políticas de guerra às drogas para conter o seu avanço. Com o advento da Lei 11.343/2006, 18 condutas receberam tipificação como crime de tráfico de drogas pela legislação brasileira. Além disso, o critério utilizado para diferenciar usuários de traficantes está permeado por elevado grau de subjetividade do julgador. Nesse cenário, desde o seu advento, houve aumento considerável no número de presidiários respondendo por crimes previstos na nova lei de tóxicos, agravando a já deplorável situação do sistema penitenciário brasileiro. Mais preocupante tornou-se a condição da mulher presidiária, vez que a ausência de estabelecimentos adaptados às suas necessidades específicas acabou por privar muitas de diversos direitos estabelecidos em tratados internacionais. Dessa forma, o presente trabalho pretende analisar os impactos da Lei 11.343/2006 sobre o sistema de justiça criminal do Brasil, contemplando os fundamentos constitucionais de sua edição e demonstrando a correlação entre sua emergência e o aumento massivo do encarceramento. Além disso, será examinada a maneira como alguns países ao redor do mundo lidam com a complexa questão das drogas, de modo a despertar a reflexão crítica acerca dos acertos e erros dos dispositivos legais.

Palavras-chave: Política antidrogas. Distinção entre usuários e traficantes. Sistema prisional. Encarceramento feminino.

ABSTRACT

Drug trafficking deals hundreds of millions of dollars each year, which makes several countries to adopt war on drug policies to curb its advancement. With the emergence of Lei 11.343/2006, 18 conducts have been characterized as drug trafficking by the Brazilian legislation. Furthermore, the criteria applied to distinguish users and dealers is permeated by a high degree of the judge subjectivity. In this scenario, since its inception, there has been a significant increase in the number of prisoners accused of crimes comprised by the new law, aggravating the longstanding deplorable situation of the Brazilian penitentiary system. More worrisome has become the condition of women in prison, as the lack of buildings adapted to their specific needs deprive many of some rights established by international treaties. Hence, this study intends to analyze the impacts of Lei 11.343/2006 on the Brazilian criminal justice system, looking at the constitutional basis of its edition and disclosing the correlation between its emergence and the massive increase of imprisonment. In addition, it will be examined the approach taken by some countries around the world regarding the complex problem of drugs, in order to spur a critical reflection about the rights and wrongs of the legal dispositions.

Keywords: Antidrug policy. Distinction between users and traffickers. Prison system. Female imprisonment.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS DROGAS ILÍCITAS	10
1.1 Tratamento constitucional à saúde pública	10
1.2 Previsão infraconstitucional da lei de drogas	17
2. O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO NO CONTEXTO DA LEI Nº 11.343/06	28
2.1 A equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos e o seu tratamento penal.....	28
2.2 Tráfico privilegiado na visão do Supremo	36
2.3 O estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro	40
2.4 A Lei de Execuções Penais	46
3. ENCARCERAMENTO FEMININO: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS	53
3.1 Tratamento da legislação e jurisprudência brasileira sobre o cárcere feminino e a degradante situação da mulher presidiária	53
3.2 Tratamento internacional dado ao encarceramento feminino	60
4. POLÍTICA DE DROGAS NO CENÁRIO INTERNACIONAL	64
4.1 Situação dos países que seguem o modelo de guerra às drogas	64
4.2 Situação dos países que descriminalizaram o uso	70
CONCLUSÃO.....	77
REFERÊNCIAS.....	82

INTRODUÇÃO

De acordo com dados do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, cerca de 255 milhões de pessoas entre 15 a 64 anos relataram usar algum tipo de droga ilícita em 2015. Isso corresponde a um mercado global de drogas em que os usuários superam as populações conjuntas do Brasil e da Argentina e que, segundo estimativas, movimenta anualmente cerca de 652 bilhões de dólares, valor superior ao produto interno bruto de mais de 185 das 206 nações soberanas no mundo.

Nesse cenário, as autoridades de diversos países travam desde a década de 1970 uma verdadeira guerra às drogas. No Brasil, em 2006 passou a vigorar uma nova lei de tóxicos, a qual, apesar de propor a distinção entre usuários e traficantes, continua a prever penas aos primeiros e amplificou a punição aos últimos.

Desse modo, sob a escusa de proteção à saúde pública, o Estado brasileiro é um dos que gastam bilhões de reais ao ano em diligências de busca e apreensão, persecução penal e execução de pena de crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes. Não obstante, o número de usuários não diminui e a sociedade civil continua sujeita a tiroteios entre policiais e traficantes, além de sofrer as nefastas consequências de presídios superlotados que não cumprem seu papel de ressocialização e em nada contribuem para a diminuição da reincidência.

Devido a indicadores alarmantes e a resultados decepcionantes, diversos juristas já se propuseram a contornar os efeitos perversos da nova lei, seja questionando a constitucionalidade de alguns artigos na Corte Suprema ou apresentando projetos de lei que buscam a adoção de penas alternativas à prisão.

Além de tramitar no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 635.659, em que se discute se o porte de drogas para uso pessoal pode ser penalizado, em 2015, o CNJ, em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, lançou o projeto Audiência de Custódia, que possibilita o relaxamento da prisão em flagrante ou a imposição de outras medidas

cautelares, evitando a prisão desnecessária de agentes que não se dedicam corriqueiramente a atividades criminosas.

Nesse espeque, o presente trabalho aborda no primeiro capítulo assuntos inerentes à constitucionalidade da política antidrogas adotada pelo Brasil, analisando, à luz da proteção constitucional à saúde pública, as razões de existir da nova lei e as justificativas para a contínua punição de usuários de drogas. Também será analisada a previsão infraconstitucional do tema, contemplando os crimes, as penas e sobretudo, a controversa subjetividade do §2º, do art. 28 da Lei de Drogas na separação de usuários de traficantes, em que juízes ainda demonstram grande dificuldade em utilizar critérios homogêneos para aplicar a lei.

O segundo capítulo dedica-se a examinar as condições das prisões brasileiras, sobretudo no que diz respeito à conhecida superlotação e às inúmeras violações aos direitos humanos, assim como o insuficiente efeito da prisão como método de redução da criminalidade e a influência da vigente lei de drogas e da equiparação do tráfico aos crimes hediondos na degradação da situação prisional em todo o país.

A seguir, vislumbram-se os direitos dos presidiários emanados tanto pela Constituição Federal quanto pela Lei de Execução Penal, bem como as decisões do Supremo Tribunal Federal que reconheceram a ausência de hediondez do tráfico de drogas privilegiado e o estado de coisas inconstitucional do caótico sistema penitenciário nacional.

No terceiro capítulo, as peculiaridades socioeconômicas que levam ao aprisionamento da mulher serão esmiuçadas, explicitando-se, ainda, as disposições das Regras de Bangkok para o tratamento das presas, apontando o completo descaso de algumas autoridades em respeitar as disposições legais e discutindo a histórica decisão do STF que permite a milhares de mães não reincidentes e sem histórico de crimes violentos deixar as prisões para se dedicar ao cuidado de seus filhos.

Em seguida, no quarto capítulo, serão estudadas experiências relativas às políticas de drogas adotadas ao redor do mundo, em que Estados Unidos e México revelam-se adeptos do modelo conhecido como “guerra às drogas” e

Portugal, Uruguai e Holanda mostram-se mais afeitos à liberalização do consumo para uso próprio, sem, contudo, deixar de alertar sobre os riscos dos psicotrópicos.

Assim, propondo-se a analisar os erros, acertos e perspectivas das políticas de drogas, busca-se comprovar a relação entre o advento da Lei nº 11.346 de 2006 e o aumento no número de presidiários no ineficiente sistema de justiça criminal brasileiro, tanto por meio da investigação da legislação criminal específica quanto pelo escrutínio de diversas decisões judiciais sobre o assunto.

Identificando desde a origem do modelo de “guerra às drogas”, lastreado no tratamento constitucional à saúde pública, até chegar à atual situação do sistema penitenciário nacional e sua ineficaz contenção do crime, este trabalho intenciona despertar o debate e a reflexão acerca de um tema muito controverso, mas que aflige a centenas de milhões de pessoas em todo o mundo e que, por isso, demanda atenção imediata de toda a comunidade jurídica.

1. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS DROGAS ILÍCITAS

Seja tomada como uma base concreta da organização social, como norma positiva suprema que regula a criação de outras normas, ou, ainda, como um sistema de normas que estrutura a organização do Estado e os direitos do cidadão, a Constituição é o instrumento jurídico e sóciopolítico que contempla os principais aspectos regulamentares da vida contemporânea em sociedade. É com base na *Bill of Rights* da Constituição de 1791 que americanos insistem em não abrir mão de suas armas, apesar de estarem no país desenvolvido onde mais se mata com armas de fogo. Também é por meio da Constituição de 1988 que brasileiros tentam compelir o Estado, há 30 anos, a garantir-lhes os direitos à saúde, educação, segurança e, sobretudo, a uma vida digna.

Nesse contexto, desde que foi promulgada, a Constituição da República Federativa do Brasil tem sido o arcabouço jurídico tanto daqueles que criam quanto daqueles que buscam invalidar alguma lei. Não poderia deixar de ser diferente com algumas das principais questões abordadas neste trabalho, vez que os conservadores se socorrem do dever do Estado de zelar pela saúde e segurança pública como justificativa para coibir o uso de drogas, ao passo que os progressistas entendem como abuso estatal e interferência indevida na intimidade e na vida privada a disposição do artigo 28 da Lei 11.343/2006, o que se expõe adiante.

1.1 Tratamento constitucional à saúde pública

No que pertine ao argumento conservador, a emergência da Lei de Drogas tem como um de seus fundamentos constitucionais a garantia à saúde, consoante previsão do art. 196, da Carta Magna, que traz a seguinte redação:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Segundo os defensores da criminalização, o uso contínuo de drogas, além de causar danos físicos e mentais aos seus usuários, também pode ser um dos fatores que contribui para o aumento da violência urbana que assola as cidades brasileiras, justificando, portanto, ações governamentais que desestimulem novos usuários e criminalizem os atuais, evitando, com isso, a disseminação da droga.

No escólio de Miguel Reale Jr., ex-ministro da Justiça e ex-chefe da Secretaria Nacional Antidrogas (Senad), “*O Estado entende que o indivíduo não sabe o que é bom para sua saúde e limita seu direito de decidir o que fazer. Tira a liberdade do cidadão antes que ele perca sua liberdade porque virou um viciado*”. Desse modo, ao criar uma lei que busca proteger os cidadãos de seus próprios atos, o Estado limita a vida privada em observância a supostos interesses coletivos, exercendo um poder de polícia que reduz a liberdade do indivíduo em benefício de todos.

Cumprе ressaltar que, apesar de historiadores documentarem a utilização de entorpecentes há milhares de anos, apenas recentemente o uso dessas substâncias químicas que alteram o funcionamento do cérebro humano passou a ser proibido. No início do século XX, a Comissão do Ópio de Xangai estabeleceu critérios de controle para reduzir a epidemia de abuso de ópio enfrentada na China e, com a Emenda 18, de 1919, os Estados Unidos proibiram a produção, a venda, o transporte e o comércio internacional de licores intoxicantes, representando uma vitória para grupos de protestantes que alegavam defender a moral e a saúde pública.

Malgrado a redução no consumo de álcool, a *Prohibition* americana não foi capaz de conter milhões que ainda pretendiam matar a sede com cerveja e destilados, o que criou uma indústria ilegal, cujo expoente, o gangster Al Capone, dominou as páginas policiais dos anos 1920. Em razão de sangrentos massacres causados pela disputa do comércio ilegal de licores e da necessidade de garantir novas receitas governamentais a partir do Crack da Bolsa de New York, em 1929, treze anos depois de entrar em vigor, a Emenda 18 acabou revogada.

Décadas mais tarde, em 1961, a Convenção Única das Nações Unidas sobre Entorpecentes codificou tratados multilaterais sobre o controle de drogas, objetivando limitar a posse, o uso, o comércio, a distribuição e produção de drogas apenas para fins científicos e medicinais, recomendando também a adoção de resoluções pelos signatários, dentre as quais destaca-se a seguinte, em tradução livre¹:

¹*Resolution III*
SOCIAL CONDITIONS AND PROTECTION AGAINST DRUG ADDICTION
The Conference,

Resolução III

CONDIÇÕES SOCIAIS E PROTEÇÃO CONTRA O VÍCIO EM DROGAS

(...)

Considerando que, enquanto o vício em drogas leva à degradação pessoal e à desordem social, frequentemente ocorre de as condições socioeconômicas deploráveis em que alguns indivíduos e certos grupos vivem os predispõem ao vício.

Reconhecendo que fatores sociais têm certo e por vezes preponderante influência sobre o comportamento de certos indivíduos e grupos,

Recomenda que os membros:

- 1. Considerem que o vício em drogas é frequentemente resultado de uma atmosfera social degradante em que aqueles que estão mais expostos ao perigo das drogas vivem;*
- 2. Devem fazer tudo em seu poder para combater a difusão do uso ilícito de drogas;*
- 3. Devem desenvolver programas de lazer e outras atividades condutoras da salutar saúde física e psicológica de pessoas jovens.*

Interessante notar que a resolução acima transcrita recomenda que os signatários, dentre os quais encontra-se o Brasil, entendam que a drogadição está frequentemente relacionada a ambientes socioeconômicos desfavoráveis, pelo que os Estados signatários devem combater o uso de drogas ilícitas com a promoção de atividades conducivas à boa saúde física e mental de jovens, o que não parece ter encontrado grande adesão nos países aqui abordados.

Já em 1971, a Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas da ONU promoveu discussões a respeito do uso de drogas com fins medicinais e recomendou a adoção de medidas para combater o tráfico de substâncias que causem dependência ou que estimulem ou deprimam o sistema nervoso central, causando alucinações ou distúrbios nas funções neurais.

Recalling that the Preamble to the Single Convention on Narcotic Drugs, 1961, states that the Parties to the Convention are "concerned with the health and welfare of mankind" and are "conscious of their duty to prevent and combat" the evil of drug addiction,

Considering that the discussions at the Conference have given evidence of the desire to take effective steps to prevent drug addiction,

Considering that, while drug addiction leads to personal degradation and social disruption, it happens very often that the deplorable social and economic conditions in which certain individuals and certain groups are living predispose them to drug addiction,

Recognizing that social factors have a certain and sometimes preponderant influence on the behaviour of individuals and groups,

Recommends that the Parties:

- 1. Should bear in mind that drug addiction is often the result of an unwholesome social atmosphere in which those who are most exposed to the danger of drug abuse live;*
- 2. Should do everything in their power to combat the spread of the illicit use of drugs;*
- 3. Should develop leisure and other activities conducive to the sound physical and psychological health of young people.*

Em 1988, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas formulou medidas contra o tráfico de drogas, contra a lavagem de dinheiro e sobre o controle de substâncias químicas, estabelecendo, ainda, critérios gerais para a cooperação internacional na persecução penal de traficantes. Dez anos mais tarde, a ONU voltou a discutir o tema reforçando os compromissos pactuados anteriormente.

No Brasil, a Carta Magna dispõe sobre drogas em diversos de seus dispositivos, ora abordando o tema no âmbito da repressão e proteção à saúde pública, ora sob o aspecto preventivo. Aquele é verificado no art. 5º, XLIII, LI; art. 144, §1º, II e art. 243, os quais dispõem sobre a inafiançabilidade e insuscetibilidade de graça ou anistia do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como sobre a possibilidade de extradição do naturalizado, a competência da polícia federal na repressão do tráfico de drogas e a possibilidade de expropriação de glebas onde se verifique o cultivo de plantas psicotrópicas.

Enquanto isso, no que tange às medidas preventivas, encontram expressa previsão constitucional apenas no art. 227, §3º, VII, que versa sobre a proteção especial à criança e ao adolescente dependente de drogas, o que evidencia a despreocupação com o usuário comum.

Nesse contexto, inserida num modelo mundial de guerra às drogas, a linha adotada pelo constituinte brasileiro também é mais repressiva que preventiva, pois, demonstra maior preocupação em punir aqueles encontrados com drogas do que em proporcionar-lhes acesso a métodos de tratamento adequados ao seu vício. Por conseguinte, a proteção à saúde pública sobreleva-se à garantia da saúde individual, em que a busca pela manutenção de uma coletividade sem pessoas drogadas desconsidera as peculiaridades dos usuários de substâncias psicotrópicas e criminaliza aquele que detém a posse de drogas, conforme se vê dos julgados abaixo:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL – FALTA GRAVE – Preliminares – Nulidade por ausência de fundamentação – Inocorrência – Decisão suficientemente fundamentada, ainda que de forma concisa – Nulidade por ausência de oitiva judicial do sentenciado, em violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório – Inocorrência – Procedimento de apuração da falta grave cometida pelo agravante que observou os ditames do art. 118, § 2º, da LEP – Ausência de prejuízo – Mérito – Pleito de absolvição da falta – Impossibilidade – Desnecessidade de perícia dos objetos apreendidos – Infração administrativa que dispensa laudo técnico – **Art. 28 da Lei de Drogas – Conduta não descriminalizada – Precedentes – Reconhecimento da falta mantido – Perda dos dias remidos justificada na gravidade da falta – Posse de entorpecente no interior de presídio – Ato pernicioso à saúde pública, dotado de gravidade mais acentuada diante da conduta disciplinar exigida para a**

manutenção da ordem no cárcere – Decisão incensurável – Preliminares rejeitadas e recurso desprovido.
(BRASIL; TJSP; Agravo de Execução Penal 7001763-96.2018.8.26.0482; Relator (a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - 1ª. Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 22/05/2018; Data de Registro: 24/05/2018)

Como se observa da ementa acima, o relator considerou que a posse de drogas continua tipificada como crime pela lei 11.343/2006, em seu artigo 28, e que a posse de substância entorpecente em presídio gera danos à saúde pública e perturba a ordem no ambiente prisional, o que justifica a punição ao agente infrator. Ainda, a posse de pequenas quantidades também não importa em absolvição pelo princípio da insignificância, conforme abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÂNSITO – EMBRIAGUEZ AO VOLANTE – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS OU POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – IMPOSSIBILIDADE – Materialidade e autoria do delito comprovadas. No processo pelo crime do artigo 306 da Lei nº 9.503/97 é desnecessária a comprovação de perigo concreto, uma vez que se trata de crime de perigo abstrato e de mera conduta, que se caracteriza com simples fato do agente conduzir veículo automotor em estado de embriaguez, independentemente do resultado. Réu envolvido em acidente de trânsito, sendo submetido a exame clínico, que atestou que sua capacidade psicomotora estava alterada em razão da influência de álcool. Prova testemunhal firme e coerente no sentido de que o acusado apresentava sinais de alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool, o que, por si só, já é suficiente para revelar a tipicidade da conduta, nos termos do § 1º, inciso II, artigo 306, do CTB. Condenação mantida. **POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL – PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU O RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS – NÃO ACOLHIMENTO** – Nos delitos relacionados a entorpecentes, de perigo abstrato, o que se busca é a proteção da saúde pública, não havendo que se falar na aplicação do princípio da insignificância, ainda que pequena a quantidade de droga apreendida. Política legislativa. Interesse coletivo de saúde pública que se sobrepõe ao interesse individual. Ausência de penalidade com privação de liberdade e previsão de aplicação de medidas educativas que visam alertar sobre os malefícios da droga, bem como auxiliar na prevenção e recuperação do usuário ou dependente de entorpecentes. Norma penal válida e eficaz, emanada do poder competente, em atendimento à política criminal vigente. ARTIGO 307 DO CTB – ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – ACOLHIMENTO – Tratando-se de suspensão de CNH decorrente de decisão administrativa, não resta configurado o crime de violação da suspensão de violação da suspensão ou a proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Penalidade prevista pelo legislador somente na hipótese de crimes de trânsito e, portanto, passível de aplicação apenas por determinação judicial. Atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Recurso parcialmente provido, somente para absolver o réu do delito do artigo 307 do Código de Trânsito Brasileiro, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal; e, no tocante aos demais crimes, reduzir suas penas, bem como o prazo de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor. (BRASIL; TJSP; Apelação 0010003-75.2014.8.26.0405; Relator (a): Luis Augusto de Sampaio Arruda; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osasco - 4ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 08/02/2018; Data de Registro: 20/02/2018)

Vê-se que a justificativa de tutela da saúde pública é amplamente utilizada para embasar as decisões, não se admitindo a inconstitucionalidade da conduta inculpada pelo art. 28, da Lei de Drogas, o que também é fundamento do acórdão a seguir:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO - ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE - IMPOSSIBILIDADE - PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO - AUSÊNCIA DE LESIVIDADE - NÃO CONFIGURAÇÃO - DELITO DE PERIGO ABSTRATO. 1. Não há que se falar em atipicidade da conduta do art. 28 da Lei 11.343/06 ou a sua inconstitucionalidade, porquanto o dispositivo tutela a saúde pública, sendo que houve apenas a despenalização de tal conduta, não a sua descriminalização. 2. A simples conduta do apelante de portar munição de uso permitido configura o crime do artigo 14 da Lei 10.826/03, independentemente de demonstração do perigo concreto à sociedade. (TJMG - Apelação Criminal 1.0472.15.000196-5/001, Relator(a): Des.(a) Denise Pinho da Costa Val, 6ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/03/2018, publicação da súmula em 16/03/2018)

No ensinamento de GRECO² (1996, pág.113):

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício, que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno.

Ante o exposto, observa-se que a jurisprudência predominante e parte da doutrina pátria consideram que a posse de drogas, ainda que para consumo próprio, coloca em risco a saúde coletiva, sendo o delito previsto no art. 28, da Lei de Drogas, um crime de perigo abstrato que independe de danos concretos para sua tipicidade, já que, segundo justificam, o mero uso de substâncias psicoativas por uma pessoa pode incentivar outras e colocar em risco a coesão social almejada pelo constituinte.

Todavia, essa corrente repressiva tem encontrado maior oposição a partir do início do século XXI. Até mesmo a Organização das Nações Unidas³ modificou seu entendimento e passou a defender uma postura menos combativa de

²Greco Filho, Vicente. Tóxicos: prevenção-repressão. Ed. Saraiva. 11ª ed., 1996, p. 113.

³International Narcotics Control Board. Report 2016. New York: United Nations, 2017. Disponível em:< <https://www.incb.org/incb/en/publications/annual-reports/annual-report-2016.html>>. Acesso em 27.06.2018.

seus países membros em relação às drogas. Adotando novo arcabouço jurídico que coloca as pessoas no centro das políticas globais sobre controle de drogas, a organização internacional afirma que a ênfase nos indivíduos significa adotar condutas baseadas na saúde e nos direitos humanos, promovendo a segurança de toda a sociedade por meio de medidas voltadas à promoção de um estilo de vida saudável nos mais jovens.

Além disso, o debate sobre o tema ganhou destaque em um recente episódio da vida urbana no Brasil. Em maio de 2017, centenas de usuários de crack, concentrados no centro antigo de São Paulo, foram expulsos das vias públicas por balas de borracha e bombas de efeito moral de forças policiais, sob o pretexto de combater o efervescente tráfico de drogas e o fluxo de adictos na região conhecida como Cracolândia. Durante tal operação, a Procuradoria Geral do Município de São Paulo requereu ao Judiciário paulista a concessão de tutela de urgência consistente na busca e apreensão de pessoas em situação de drogadição, a fim de submetê-las à avaliação multidisciplinar e posterior internação compulsória.

Ao revogar decisão de primeira instância favorável ao ente municipal, o desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, Ronaldo Miluzi, destacou que o pedido da prefeitura paulistana era impreciso, vago e contrastava com o Estado Democrático de Direito ao conceder carta branca à municipalidade para definir as pessoas em estado de drogadição que deveriam se submeter ao tratamento compulsório. Ainda a respeito da internação forçada, é o pensamento de PÊCEGO et. al. (2013 página 04):

Essa política mediática e simbólica para satisfazer interesses econômicos e políticos promove uma verdadeira faxina, ou melhor, exclusão social desse grupo invisível de usuários e dependentes químicos que passaram a ter visibilidade a partir do instante que criaram um espaço próprio na via pública, denominado de cracolândias, em face de suas necessidades e/ou carências, para fazer uso da droga crack. É uma promoção política que ocasiona uma falsa sensação de segurança à população e de se estar tutelando a saúde pública, quando, na verdade, se está excluindo do espaço público um grupo social que o Estado deve proteger com a concretização de seus direitos sociais previstos na Constituição e assegurar o livre exercício da cidadania, tratando das causas e não apenas dos efeitos. Com esse atuar, macula-se o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana em um Estado Democrático e Social de Direito, a liberdade e a igualdade, estes direitos humanos fundamentais de primeira dimensão que reclamam uma ação negativa do Estado que deve se abster de intervenção na esfera individual do indivíduo, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, uma vez que a internação compulsória do dependente de drogas só é possível judicialmente quando estiver sob a curatela do art. 1.767, do CC e, nos moldes que se pretende implantar, fica inviável a necessária individualização terapêutica do usuário/dependente de crack, de forma que de fato essa ação nefasta irá produzir realmente uma higienização social, o que interessa à globalização hegemônica do neoliberalismo, mas não à globalização contra-hegemônica que se

espelha no Fórum Mundial da Saúde - FMS, e não no Fórum Econômico Mundial - FEM.

De qualquer forma, o fundamento de defesa da saúde pública resta fragilizado quando se considera que o mesmo Estado que criminaliza usuários de maconha não criminaliza usuários de álcool e cigarro, os quais têm efeitos muito mais perniciosos que aquela, matando milhões⁴ de pessoas anualmente de doenças como câncer de pulmão, cirrose e inúmeros acidentes de trânsito.

Logo, assim como a política americana de combate ao álcool, nos anos 1930, não cessou o consumo da bebida e acabou por dar azo a gangsters como Al Capone, a política de guerra às drogas também fez emergir ícones do tráfico de drogas como El Chapo e Pablo Escobar, os quais, em conjunto com inúmeros outros líderes de organizações criminosas em todo o mundo, são responsáveis por milhares de mortes de traficantes, usuários e membros das comunidades onde estão inseridos. Além disso, os bilhões gastos anualmente na caçada a traficantes e perseguição penal de usuários poderiam ser melhor investidos em programas de reabilitação e profissionalização, conforme será debatido nos capítulos seguintes.

1.2 Previsão infraconstitucional da lei de drogas

A Lei 11.343/2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, define crimes e dá outras providências, entrou em vigor em 08 de outubro de 2006, revogando e substituindo uma legislação anterior editada no governo militar de Geisel e outra editada no final do governo de Fernando Henrique Cardoso.

Conhecida como Lei de Drogas, é uma norma penal em branco heterogênea⁵, necessitando de complementação por outro diploma legal para que seja possível o entendimento dos limites e das imposições nela contidos a fim de

⁴ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. Álcool mata 9 vezes mais que drogas ilícitas, diz pesquisa. Isto É. São Paulo: Editora Três, 2016. Disponível em: https://istoe.com.br/185924_ALCOOL+MATA+9+VEZES+MAIS+QUE+DROGAS+ILICITAS+DIZ+PE+SQUISA/. Acesso em 27.06.2018.

⁵ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 17ª ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2015. Pág. 97.

viabilizar sua aplicação, o que resta evidenciado pelas disposições contidas em seus artigos 1º e 66, que dispõem:

Art. 1º (...) Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998

Desse modo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, ANVISA, autarquia vinculada ao Ministério da Saúde e que tem por finalidade promover a proteção da saúde da população por meio do controle sanitário, é responsável por atualizar a Lista de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial. Anexo à Portaria 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, esse regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial é fundamentado, sobretudo, nas Convenções sobre drogas das Nações Unidas.

Nele encontram-se 167⁶ substâncias proscritas, dentre plantas que podem originar substâncias entorpecentes e/ou psicotrópicas, além de outros compostos químicos que não podem ser objeto de produção, fabricação, importação, exportação, comércio e uso, de acordo com as listas E, F1, F2, F3 e F4, destacando-se a *Cannabis sativa*, *Erythroxylum coca*, *NBOMe* e *MDMA* conhecidas popularmente como maconha, cocaína, LSD e ecstasy, respectivamente.

Convém pontuar que, apesar da proibição geral, a Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 17, de 6 de maio de 2015, da ANVISA, permite a importação de produtos que possuam as substâncias canabidiol e/ou tetrahidrocannabinol (THC), quando realizada por pessoa física, para uso próprio, para tratamento de saúde e mediante prescrição médica, tendo os tribunais pátrios adotado a excepcionalidade aqui tratada de modo restrito, mas ainda criminalizando o plantio, como se vê dos acórdãos:

APELAÇÃO CÍVEL. Plano de saúde. Negativa de cobertura do medicamento Canabidiol, recomendado para tratamento de doença de Parkinson. Sentença de

⁶ RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA - RDC Nº 227, DE 17 DE MAIO DE 2018. Disponível em:< <http://portal.anvisa.gov.br/documents/33868/3233596/62+-+RDC+N%C2%BA+227-2018-DOU.pdf/7d04b5de-8e3f-4da4-8e87-875141309903>>. Acesso em 27.06.2018.

improcedência. Recurso do autor. Caso que encerra gravidade evidente, sendo inconteste que o autor não teve sucesso ao se submeter a vários outros tipos de medicamentos para controle de sua doença. A inexistência de previsão expressa no rol da ANS (art. 10, §4º da Lei nº 9.656/98) ou o caráter experimental do medicamento não constituem justificativa aceitável para a negativa de cobertura de tratamento médico. Súmula 102 deste Tribunal. Hipótese que não trata de adoção de tratamento domiciliar em substituição de outro equivalente em regime hospitalar, por mera conveniência do paciente, não se afigurando razoável a recusa, considerando o objeto do contrato. Precedentes. Sentença reformada. **RECURSO PROVIDO**".(v.27018). (TJSP; Apelação 1105111-88.2016.8.26.0100; Relator (a): Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/02/2018; Data de Registro: 19/02/2018)

Na apelação acima, os julgadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entenderam que, ainda que o medicamento, a base de componente da maconha, requerido pelo autor não estivesse contido no rol de cobertura da Agência Nacional de Saúde, não poderia ter o plano de saúde negado o seu fornecimento ao paciente que não obtivera sucesso no tratamento de sua doença com remédios alternativos.

Similarmente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também deferiu tutela para fornecimento de medicamento com componente da maconha:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - TRATAMENTO MÉDICO - MEDICAMENTO À BASE DE CANABIDIOL - ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA - PRESENÇA DOS REQUISITOS - FIXAÇÃO DE MULTA COMINATÓRIA CONTRA O PODER PÚBLICO - RETENÇÃO DE RECEITA MÉDICA ATUALIZADA - POSSIBILIDADE. 1. A saúde é uma garantia constitucional do cidadão a cargo de todas as esferas governamentais. 2. Tendo em vista a presença de elementos que evidenciam a probabilidade do direito alegado na inicial, uma vez que os documentos apresentados pela paciente comprovam a urgência e a indispensabilidade do tratamento pleiteado e presente o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, imperiosa a manutenção da decisão que antecipou os efeitos da tutela no juízo de origem. 3. **As regras e procedimentos específicos para importação de produtos à base de canabidiol devem observar os requisitos previstos na Resolução RDC nº 17, de 06 de maio de 2015, da ANVISA, em caráter de excepcionalidade.** 4. O STJ já firmou entendimento no sentido da possibilidade de fixar multa cominatória em desfavor do Poder Público como meio coercitivo para o cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa. 5. A retenção da receita médica atualizada pelo Poder Público, quando do fornecimento do fármaco, prestigia o cumprimento racional da obrigação judicialmente imposta e impede o fornecimento indiscriminado de tratamento médico em favor da coletividade. (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0017.15.006329-9/001, Relator(a): Des.(a) Edilson Olímpio Fernandes, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/06/2016, publicação da súmula em 01/07/2016)

No entanto, a jurisprudência ainda não permite o plantio da planta usada na fabricação do medicamento, senão vejamos:

Recurso em sentido estrito. 'Habeas corpus' preventivo. **Plantio de 'Cannabis sativa' para tratamento médico. Ausência de previsão legal.** Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder. **Custo de medicamento e burocracia na importação. Justificativas inidôneas.** Recurso improvido. (TJSP; Recurso em Sentido Estrito 1023358-65.2017.8.26.0071; Relator (a): Luiz Fernando Vaggione; Órgão Julgador: 2ª Câmara de

Direito Criminal; Foro de Bauru - 3ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/01/2018; Data de Registro: 31/01/2018)

De acordo com a fundamentação do julgado acima, ainda que a finalidade do plantio seja o tratamento médico, a falta de previsão legal impede a liberação do agente para cultivar por conta própria substância proscrita em lei. Isso porque, a lei extravagante determina expressamente que o seu cultivo configura crime, conforme decisão abaixo colacionada:

EMENTA: TRÁFICO - ART. 33, §1º, II, DA LEI 11.343/06 - CULTIVO DE PLANTA QUE SE CONSTITUI MATÉRIA PRIMA À PREPARAÇÃO DE DROGA - CONDENAÇÃO MANTIDA.

- **Incorre nas penas do tráfico de drogas quem cultiva planta, no caso cannabis sativa L., em desacordo com determinação legal ou regulamentar.**
- Isenta-se do pagamento das custas processuais ao réu que, além de pobre na acepção legal, encontra-se assistido pela Defensoria Pública. Aplicação do art. 10, inciso II, da Lei nº 14.939/03. (TJMG - Apelação Criminal 1.0512.13.009101-4/001, Relator(a): Des.(a) Amauri Pinto Ferreira , 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 25/03/2015, publicação da súmula em 31/03/2015)

Uma inovação importante da Lei 11.343/2006 em relação às leis 6.368/76 e 10.409/2002 é a diferenciação entre usuários e traficantes, vez que as normas revogadas tratavam o usuário como criminoso, inclusive impondo pena de detenção de 6 meses a 2 anos a quem adquiria, guardava ou portava, para o uso próprio, substância entorpecente. Com a nova Lei de Drogas, apesar dos ajustes que ainda lhe são urgentes, ao menos o legislador tratou de distinguir aquele que consome daquele que trafica e, em tese, despenalizar o usuário.

De acordo com o vigente texto legal:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

Desta feita, resta nítida a tentativa do legislador em adotar medidas alternativas à prisão para aquele que apenas consome drogas, ora advertindo-o sobre os efeitos nocivos das drogas, ora impelindo-o a participar de programas educativos e prestar serviços à comunidade, de modo a conscientizá-lo sobre o perigo que sua conduta impõe à sua saúde.

Entretanto, em razão do elevado grau de subjetividade do §2º, do art. 28, e da falta de estabelecimento de critérios objetivos, muitos autores defendem que, na prática penal, os usuários continuam sendo punidos. Isso porque, enquanto em alguns países⁷ o mínimo de droga apreendida hábil a diferenciar usuários de traficantes varia de 3 a 200 gramas, no Brasil, caberá ao magistrado, sem o auxílio de critérios objetivos, definir se o acusado apreendido com drogas é usuário ou traficante, o que eleva sobremaneira a subjetividade de uma decisão que pode custar a liberdade e a dignidade de quem está *subjudice*.

Nesse contexto, após 11 anos de vigência da nova lei, merece atenção a evidente dificuldade que julgadores experientes ainda possuem em uniformizar critérios aptos a distinguir usuários de traficantes, em condutas praticamente idênticas. Nos acórdãos que serão expostos, enquanto os desembargadores da 6ª Câmara de Direito Criminal do TJSP mantiveram a condenação de um apelante incurso pelo crime de cultivo de plantas destinadas ao tráfico, previsto no art. 33, §1º, II, da Lei 11.343/2006, os desembargadores da 12ª Câmara de Direito Criminal do mesmo TJSP proveram o recurso de outro condenado por idêntico tipo penal.

Ora, poder-se-ia dizer que as circunstâncias fáticas são diversas, o que justificaria a distinção nas penas. Contudo, vale explicitar os dois casos para esclarecer que essa não é a hipótese mais inteligível. No primeiro, o apelante é réu primário, reside com mais 5 pessoas, trabalha como marceneiro, recebe R\$1.100,00 mensais, alegou ser usuário de maconha e foi condenado em primeira instância a 1 ano e 08 meses de reclusão, iniciada em regime fechado, após ser alvo de denúncia anônima que comprovou a posse de 1 pé e 52 vasos de maconha.

⁷PELLEGRINI, Marcelo. Sob lei espanhola, 69% dos presos por tráfico no Brasil estariam livres. Carta Capital. Seção Sociedade. São Paulo, jul. 2015. Disponível em:< <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/sob-a-lei-espanhola-69-dos-presos-por-trafico-no-brasil-estariam-livres-3087.html>>. Acesso em 23.06.2018.

Julgando o recurso de apelação, o relator da 6ª Câmara do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, decidiu manter a condenação, por entender que 1 pé e 52 vasos contendo a planta da maconha representam grande quantidade, o que indica maior reprovabilidade, consoante a seguir:

...Impossível a aplicação de regime mais brando, visto que o tráfico de drogas é crime equiparado a hediondo. O réu, ainda, realizada o plantio da droga em sua casa, onde morava junto a sua família, inclusive seu filho, o que demonstra maior ousadia e reprovabilidade na conduta. A grande quantidade de plantas também indica maior reprovabilidade, exigindo regime mais gravoso. Assim, o regime fechado é o único que se mostra suficiente para atingir a função preventiva específica da pena, que é inibir a prática de novas ações delituosas, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal.

(...)

*Portanto, expeça-se ofício ao juiz de primeiro grau **ratificatório da prisão do condenado** para tomar as providências cabíveis, após o transcurso do prazo para oferecimento de recursos ordinários. Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO ao recurso.***

Ementa: TRÁFICO – materialidade comprovada por auto de apreensão e laudo toxicológico. TRÁFICO – autoria – prova oral comprova que o material apreendido era de propriedade do réu. **TRÁFICO – desclassificação para o delito previsto no artigo 28, §1º da Lei nº 11.343/06 - quantidade de droga apreendida incompatível com a figura do usuário – dinheiro encontrado em posse do réu – denúncia que apontou traficância por parte do réu** . PENA – primeira fase da dosimetria – pena base fixada no mínimo legal – cabível a exasperação em face da maior reprovabilidade da conduta – réu que plantava dezenas de pés de maconha em sua casa onde morava com sua família, inclusive seu filho – segunda fase – reconhecida atenuante da menoridade – não computada - súmula 231 STJ - terceira fase - reconhecido a causa de diminuição, sem oposição ministerial– redução de 2/3. PENA – regime – sentença fixou o regime fechado – impossibilidade de regime mais brando – crime equiparado a hediondo – circunstâncias judiciais desfavoráveis como acima exposto – Beccaria - pena deve ter rigor suficiente para afastar o réu da senda do crime – **substituição de pena – impossibilidade pelas circunstâncias judiciais desfavoráveis – negado provimento ao recurso.** (BRASIL. TJSP; Apelação 0001749-47.2016.8.26.0663; Relator (a): Lauro Mens de Mello; Apelante: JOAO PABLO DE PAULA; Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Votorantim - Vara Criminal; Data do Julgamento: 22/02/2018; Data de Registro: 27/02/2018)

No segundo caso, o apelante também é réu primário, mas é estudante universitário, reside sozinho e afirmou ser sustentado pelos pais, os quais custeiam sua faculdade particular. Aduziu ser usuário de maconha e foi condenado pelo juízo de primeiro grau a 03 anos e 04 meses de reclusão, podendo recorrer em liberdade, após ser alvo de denúncia anônima que comprovou a posse de 42 pés e 23 mudas de maconha.

Diferentemente do outro magistrado, ao analisar o recurso de apelação, o relator da 12ª Câmara Criminal do TJSP determinou a absolvição do apelante por considerar que a existência de uma estufa, 42 pés e 23 mudas de maconha são insuficientes para supor que seriam destinadas ao tráfico, conforme trecho abaixo:

...no caso, não lhe bastaria autenticar a posse de 42 (quarenta e dois) pés e 23 (vinte e três) mudas de maconha e supô-las destinadas ao tráfico, mormente porque os elementos que assim o animavam não foram sequer autenticados. Como se sabe, para a condenação criminal, por tudo de infamante que ela acarreta, exige-se certeza absoluta da responsabilidade daquele apontado como autor do delito, não bastando meras suposições, provas contraditórias ou pouco esclarecedoras, que façam surgir ao julgador dúvida invencível, pois, no caso do processo penal, essa dúvida deve favorecer a Defesa.

(...)

*Desclassificada a traficância para o delito de posse para uso próprio, as condições pessoais do condenado, reconhecidamente primário e sem antecedentes, justificam a imposição de advertência sobre os efeitos da droga prevista no artigo 28, inciso I, da Lei nº 11.343/06. Isso dito, é de se reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, matéria de ordem pública, cognoscível ex officio em qualquer grau de jurisdição, nos exatos termos do artigo 61 do Código de Processo Penal. Isso porque o increpado acabou condenado à pena de advertência sobre os efeitos das drogas, de sorte que a prescrição se submeteria ao prazo de 2 (dois) anos, nos termos do artigo 30 da Lei nº 11.343/06. Sucede que transcorreu, desde o registro da sentença condenatória, aos 23 de março de 2015 (fl. 100), lapso superior àquele sobredito, a esvair a pretensão punitiva estatal (observando-se que o feito me veio a conclusão somente em 22 de novembro de 2017). Sendo essa questão prejudicial a todas as outras, até porque atinente à pretensão punitiva e de efeito rescisório, há de ser reconhecida como tal. Assim, **DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso defensivo para desclassificar a prática do crime descrito na exordial para a figura tipificada no parágrafo 1º do artigo 28 da Lei de Drogas, aplicando-se, por esta, a pena de advertência sobre os efeitos da droga; de ofício, JULGA-SE EXTINTA A PUNIBILIDADE do réu com fundamento nos artigos 107, inciso IV, do Código Penal, e 30 da Lei nº 11.343/06, PREJUDICADO O APELO MINISTERIAL**, que visava a cassação da substituição da corporal por restritivas de direitos, bem como o estabelecimento de regime fechado para o desconto da punição.*

Ementa: Tráfico ilícito de entorpecentes - Autoria e materialidade delitivas comprovadas pelos elementos constantes dos autos - Absolvição descabida - **Quantidade e condições de plantio da droga, a par de circunstâncias fáticas que afastam a dedicação ao comércio espúrio – Desclassificação do crime de tráfico para o delito capitulado no parágrafo 1º do art. 28 da Lei nº 11.343/06 – Admissibilidade** – Aplicação da pena de advertência sobre os efeitos da droga - Recurso defensivo parcialmente acolhido, com o reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva, causa extintiva da punibilidade, em relação ao réu, prejudicado o apelo Ministerial. (BRASIL. TJSP; Apelação 3000300-92.2013.8.26.0247; Relator (a): Marcelo Gordo; Apelante: LUIZ ANTONIO SILVA CALMON. Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ilhabela - Vara Única; Data do Julgamento: 25/04/2018; Data de Registro: 27/04/2018)

Afora as inúmeras questões de cunho ideológico que os mais críticos poderiam mencionar a respeito da distinta abordagem entre os juízes e relatores nos casos expostos, pois adotaram regimes de cumprimento de pena diversos e o *in*

dubio pro reo foi observado somente em um deles, para os fins deste trabalho, eminentemente jurídico, indaga-se o porquê de a posse de 1 pé de maconha e 52 vasos merecer reprimenda mais severa que 42 pés e 23 mudas. Além disso, como é possível seguramente determinar que um agente apreendido com 52 vasos de maconha é traficante e outro apreendido com 65 vasos da mesma planta é apenas usuário?

BIZZOTTO et. al. (2000, Pág. 07) defende que as decisões judiciais explicitem todos os critérios legais emanados do art. 28, §2º que permitiram o convencimento do magistrado acerca da classificação penal do réu. Pugna, ainda, para que o princípio da presunção da inocência prevaleça nas hipóteses em que as provas dos autos não sejam suficientes para uma decisão segura e que os antecedentes criminais somente sejam desfavoráveis nas hipóteses de prévia condenação por fatos ligados à traficância.

Uma alternativa simples para evitar as distorções judiciais é a quantificação pela lei para fins de caracterização da situação de tráfico de drogas, como já ocorre em países⁸ como Holanda, Portugal, Estados Unidos, Uruguai e Estados Unidos. Na Holanda, o porte de até 5g e o plantio de até cinco pés de maconha não são processados criminalmente. No Uruguai, os usuários podem comprar e portar até 40g de maconha por mês e ainda participar de clubes de cultivo. Na Califórnia, estado americano com 40 milhões de habitantes, desde o começo de 2018, cidadãos maiores de 21 anos podem comprar e portar até 28,5 gramas de maconha e até 6 plantas vivas. A legislação de Portugal⁹, por seu turno, determina que a aquisição e o porte para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações que não excedam a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias não constituem crime, o que equivale a 5 gramas, conforme Portaria nº94/96.

No Brasil, o Ministro Luís Roberto Barroso concedeu habeas corpus a um paciente que havia sido preso após a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça

⁸ BARBOSA, Renan. Lei de Drogas: a distinção entre usuário e traficante, o impacto nas prisões e o debate no país. Nexo. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/explicado/2017/01/14/Lei-de-Drogas-a-distin%C3%A7%C3%A3o-entre-usu%C3%A1rio-e-traficante-o-impacto-nas-pris%C3%B5es-e-o-debate-no-pa%C3%ADs>>. Acesso em 15 de junho de 2018.

⁹Lei nº 30/2000, de 29 de Novembro. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=186&tabela=leis>. Acesso em 27.06.2018.

entender que não cabia a aplicação do princípio da insignificância em relação à importação de 14 sementes de maconha e receber a denúncia pela prática do delito previsto nos artigos 33, §1º, I, c/c 40, I, da Lei 11.343/06. Em sua fundamentação, o Ministro do Supremo Tribunal Federal destacou que a conduta do paciente se amolda à previsão insculpida pelo art. 28, da Lei de Drogas, cuja constitucionalidade está sendo discutida no RE 635.659. Barroso ainda fez expressa remissão a seu voto no mencionado recurso extraordinário, no qual havia pontuado que a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é constitucional, por razões pragmáticas e jurídicas. Em suas palavras:

Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.

Naquela oportunidade, o jurista também relatou a necessidade de determinação de um parâmetro objetivo que permita a distinção entre o uso e a traficância de drogas, expondo que outros países não consideram tráfico a posse de 25 gramas de maconha e o cultivo de até 6 plantas fêmeas. Segundo concluiu, a ausência de critérios objetivos conduz à criminalização de pobres como traficantes e à desclassificação de ricos como usuários, o que, de fato, coincide com a percepção advinda de uma interpretação mais severa das decisões exibidas neste capítulo.

Noutro norte, acerca das medidas para prevenção do uso indevido estabelecidas pela Lei de Drogas, destaca-se o relevante papel atribuído ao SISNAD na articulação, integração, organização e coordenação de atividades relacionadas com a prevenção do uso indevido, as quais possuem um título dedicado nesse diploma legal. Por meio da Secretaria Nacional de Políticas Sobre Drogas, SENAD, vinculadas ao Ministério da Justiça, são executadas as políticas governamentais relacionadas à dependência química, todas pautadas, sob a defesa da ética e dos direitos humanos.

De acordo com o art. 19, da referida norma, as atividades de prevenção devem evitar a estigmatização das pessoas atendidas, buscando o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de

drogas, compartilhando responsabilidades, adotando estratégias diferenciadas e reconhecendo a política de redução de danos como um dos resultados desejáveis. Já as atividades de reinserção social dos usuários e dependentes devem observar os princípios e diretrizes elencados pelo art. 22, da referida lei, abaixo nominados:

I - respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana, os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social; II - a adoção de estratégias diferenciadas de atenção e reinserção social do usuário e do dependente de drogas e respectivos familiares que considerem as suas peculiaridades socioculturais; III - definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde; IV - atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares, sempre que possível, de forma multidisciplinar e por equipes multiprofissionais; V - observância das orientações e normas emanadas do Conad; VI - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Na prática, contudo, os entes federados encontram dificuldades em implementar políticas públicas permanentes à prevenção do uso e tratamento de viciados, posto que as inúmeras mudanças dos ocupantes dos cargos políticos redireciona o rumo dos programas adotados por líderes anteriores, conforme o gosto do eleitor. Um exemplo disso é o fim do programa de redução de danos Braços Abertos, da capital paulista. Implantado em 2014, na gestão Fernando Haddad, do PT, o programa, de acordo com pesquisa divulgada pelo jornal Folha de São Paulo¹⁰, teve impacto positivo na vida de 95% de seus beneficiários, os quais recebiam R\$ 15 por dia por serviços como varrição e reciclagem, moradia em hotéis, refeições, tratamentos de saúde e profissionalização.

Entretanto, o programa lançado pelo prefeito petista não foi bem recebido por representantes da sociedade conservadora, que o apelidaram de Bolsa Crack e fizeram com que o prefeito eleito em 2016, João Dória, do PSDB, acabasse com o antigo modelo e adotasse uma postura mais repressiva no combate às drogas, o

¹⁰ SANT'ANNA, Emilio. 2 em 3 reduziram o uso de crack após passar em ação de Haddad, diz estudo. Folha de São Paulo. Cotidiano. São Paulo. Ago.2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1808800-2-em-3-reduziram-o-uso-de-crack-apos-passar-em-acao-de-haddad-diz-estudo.shtml>. Acesso em 23.06.2018.

que culminou na controversa operação realizada na Cracolândia em maio de 2017, já abordada neste trabalho.

Por consequência, observa-se que as medidas de prevenção e tratamento previstas na lei 11.343/2006 não têm sido adotadas com a seriedade que merecem pelos entes governamentais, vez que seus representantes demonstram estar mais preocupados com a opinião do eleitorado do que com a avaliação daqueles a quem tais programas são destinados.

2. O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO NO CONTEXTO DA LEI Nº 11.343/06

Com cerca de 726 mil presidiários, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo¹¹, atrás apenas de Estados Unidos e da China. Esse elevado número decorre principalmente da entrada em vigor da Lei nº 11.346 de 2006, a Lei de Drogas, cuja linguagem vaga possibilita com que muitos usuários sejam condenados como traficantes, para os quais a referida lei prevê penas de até 15 anos de reclusão. Desde que a nova legislação passou a vigorar, o número de presos por crimes relativos à traficância de drogas aumentou¹² em 480%, passando a representar 32,6% de todos os presidiários no sistema penal brasileiro em 2016. Desse modo, a cada três presos, um está recluso por imputação de crime previsto na nova lei, o que não inibe, contudo, a escalada da violência no país, que, pela primeira vez, alcançou o infame recorde de 61.619 assassinatos em 2016.

Assim, percebe-se que, além de superlotar os presídios nacionais, a política de drogas brasileira não inibe a continuidade de homicídios relacionados ao tráfico de drogas, o qual, segundo o próprio governo¹³, consiste numa das principais causas para tornar o Brasil o campeão mundial em número absoluto de homicídios. Nesse contexto, importa verificar o tratamento penal da lei ao tráfico de drogas antes de apresentar a situação do sistema penitenciário.

2.1 A equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos e o seu tratamento penal

As penas para o tráfico de drogas estão entre as mais rigorosas nos países que adotam a política de guerra às drogas. Estudo da organização Lawyers

¹¹Disponível em: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em 23.06.2018.

¹² VELASCO, Clara et. al. Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas. G1. Política. São Paulo, Fev. 2017. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>. Acesso em 27.06.2018.

¹³ Diagnóstico dos homicídios no Brasil : subsídios para o Pacto Nacional pela Redução de Homicídios / Cíntia Liara Engel ... [et al.]. -- Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2015. Disponível em:< <http://agenciapatriagalvao.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELATORIO-HOMICIDIOS-210x297mm-MJ-1.pdf>>. Acesso em: 27.06.2018.

Collective concluiu que, em 2011, em 32 países havia a possibilidade de aplicar a pena de morte para condenados por tráfico de drogas, dentre eles os quatro mais populosos no mundo, China, Índia, Estados Unidos e Indonésia. Somente no país do sul asiático, 18 traficantes foram executados entre 2015 e 2015, sendo dois brasileiros.

No Brasil, a pena para o tráfico de drogas também é uma das mais severas da legislação criminal, podendo alcançar até 20 anos de reclusão. Ainda, a redação do art. 5º, XLIII, da Constituição Federal, equipara o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins aos crimes definidos como hediondos, o que impossibilita a concessão de graça, anistia, indulto e fiança e confere a necessidade de adoção do regime mais severo na execução penal.

Nesse diapasão, ressalvadas as circunstâncias peculiares aplicadas à dosimetria da pena, um criminoso que invada a casa de sua vítima e tente estuprá-la no meio da madrugada (art. 213, §1º, CP) ou, ainda, alguém que ofenda a integridade corporal ou a saúde de outrem, causando-lhe a morte (art. 129, §3º, do CP), pode, em tese, passar menos tempo atrás das grades do que alguém que seja preso por semear *cannabis* em sua residência (art. 33, §1º, II, da Lei de Drogas), conforme se vê das sentenças de primeira instância abaixo transcritas:

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR o réu RAFAEL IZIDRO DA SILVA, à pena de 05 (cinco) anos 05 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do delito previsto no art. 213, § 1º do Código Penal. O réu permaneceu preso durante toda a instrução e, inalterada a situação de fato, inexistente razão para a revogação da prisão preventiva, motivo pelo qual nego ao réu o direito de apelar em liberdade. Não há nos autos elementos suficientes para os fins do §2º do art. 387 do Código de Processo Penal, de forma que a viabilidade da detração e eventual progressão deverá ser analisada pelo Juízo da Execução Competente, sem prejuízo da imediata expedição de Guia de Recolhimento Provisória. Ressalto que a aplicação do citado dispositivo legal só é possível nos casos em que o regime inicial é fixado exclusivamente tendo em conta o montante de pena aplicado, o que não é o caso dos autos. Acrescento que permanece vigente o sistema progressivo de cumprimento de pena, o qual se pauta, para além da pena cumprida, no mérito do condenado, circunstância subjetiva que só pode ser aferida pelo juízo da execução. Recomende-se o réu na prisão em que se encontre. Expeça-se o necessário. Custas na forma da lei. P.R.I.C.Conchal, 17 de novembro de 2017. (BRASIL; TJSP-Processo Digital nº: 0000133-08.2017.8.26.0144; Classe - Assunto Auto de Prisão Em Flagrante – Estupro; Autor: Justiça Pública; Réu: Rafael Izidro da Silva; Juiz(a) de Direito: Dr(a). Juliana Forster Fulfaro; Comarca de Conchal; Publicado em: 24.11.2017)

No caso acima, o réu foi condenado a 5 anos, 5 meses e 10 dias de prisão, após ter invadido a residência de uma mulher e a ferido gravemente para tentar manter com ela conjunção carnal, o que merece reprimenda mais severa do

Poder Judiciário, por violar diversos direitos da personalidade da mulher e causar grande temor social. Analisemos outra decisão para posterior reflexão:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva para o fim de CONDENAR ANDERSON MENDES CAMARA, Rg. nº 34.087.603-7-SSP/SP, filho de Antonio Cabral Camara e Alice Mendes Camara, como incurso nas sanções do art. 129, § 3º, do Código Penal, aplicando-lhe a pena de 04 (quatro) anos de reclusão. Em consonância ao disposto no art. 44, inciso I, do Código Penal, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pois o crime foi praticado com violência contra a pessoa. E não obstante a referida violência, mas a se considerar a primariedade e os bons antecedentes do acusado, fixo o regime aberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade, em consonância ao disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Pelas mesmas razões favoráveis acima mencionadas e também por estar respondendo solto ao processo, permito que recorra dessa sentença em liberdade. Após o trânsito em julgado desta sentença, expeça-se mandado de prisão no regime aberto e lance-se o nome do réu no rol dos culpados. Condeno o réu ao pagamento do valor de 100 (cem) UFESPs, nos termos do art. 4º, § 9º, “a”, da Lei Estadual nº 11.608/03. P.R.I.C. São Paulo, 12 de março de 2018 (BRASIL; TJSP-Processo nº: 0009077-29.2013.8.26.0050 - Controle nº 1.419/15 Classe – Assunto: Inquérito Policial - Lesão Corporal; Autor: Justiça Pública; Réu: ANDERSON MENDES CAMARA; Juiz de Direito: Dr. Augusto Antonini; Comarca de São Paulo; Publicado em: 16.03.2018)

Aqui, o réu foi condenado a 4 anos de reclusão, com regime inicial aberto, após ter se envolvido em uma briga, da qual resultou a morte de um amigo. Passemos ao exame de mais um julgado:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para CONDENAR o réu CARLITO DO NASCIMENTO FERREIRA, pela prática do crime previsto no art. 33, §1º, inc. II da Lei 11.343/06, à pena privativa de liberdade de 06 (seis) anos, 06 (seis) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 655 (seiscentos e cinquenta e cinco) dias-multa, fixadas no valor unitário mínimo legal. Pelo teor da presente decisão, nos termos dos art. 312 e 387, §1º do Código de Processo Penal, mantenho a prisão preventiva do réu, justificando-se a custódia cautelar como garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal, nos termos da decisão antes prolatada, já que o réu possui diversas condenações anteriores e os fatos, concretamente analisados, são graves. Caberá ao Juízo da Execução, com a Guia de Recolhimento, avaliar a possibilidade de detração ou progressão. Determino a incineração das drogas apreendidas, nos termos do art. 32 da Lei 11.343/06. Custas pelos réus, na forma da Lei Estadual n.º 11.608, de 29 de dezembro de 2003, alínea “a”, do §9º, do art. 4º (100 UFESPs), observado art. 12, Lei 1.060/50, em caso de defesa pela Defensoria ou pelo Convênio. Após o trânsito em julgado, nos termos do Provimento nº 33/2012 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo, lance-se a condenação no Sistema Informatizado Oficial existente na serventia, comunicando-se ao Instituto de Identificação Ricardo Gumbleton Daunt (IIRGD); oficie-se ao TRE para aplicação do art. 15, inc. III, da Constituição Federal; expeça-se guia de execução definitiva, remetendo-a ao Juízo competente. P.R.I.C. Primavera, 19 de outubro de 2017. (BRASIL; TJSP-Processo Digital nº: 0001926-04.2015.8.26.0515; Classe - Assunto Ação Penal - Procedimento Ordinário - Tráfico de Drogas e Condutas Afins; Autor: Justiça Pública; Indiciado: CARLITO DO NASCIMENTO FERREIRA Juiz(a) de Direito: Dr. Ricardo Baréa Borges; Comarca de Primavera; Publicado em:06.11.2017)

Na hipótese acima, o réu foi condenado a 6 anos, 6 meses e 22 dias de prisão, em regime fechado, pelo cultivo de plantas, o que denota a clara distorção

do sistema de justiça criminal do Brasil em condenar a penas mais severas agentes que não praticaram crimes com grave violência ou ameaça, mas que, sob a justificativa de proteção à saúde pública e por representarem um perigo abstrato à sociedade, dela devem ficar afastados.

Portanto, pode-se dizer que o Brasil pune com mais rigor aquele que planta uma substância natural do que quem espanca uma pessoa provocando-lhe o óbito ou do que alguém que transponha obstáculos para tentar estuprar mulher que dormia na própria cama. Apesar das cautelas recomendadas, dos perigos já descobertos e de inúmeras pesquisas ainda inconclusivas, a maconha é considerada por inúmeros médicos¹⁴ e cientistas como significativamente capaz de reduzir dores de portadores de esclerose múltipla e enjôos em pacientes de quimioterapia, o que, por si só, não é suficiente para permitir seu uso indiscriminado como remédio, mas também não chancela a sua criminalização.

De qualquer modo, essas distorções penais, por mais irracionais, absurdas e incômodas que possam ser, até mesmo para aqueles que prolatam as sentenças, somente ocorrem devido à deliberada escolha do legislador, representante do povo brasileiro, que não se mostra adepto¹⁵ às tendências descriminalizantes dos países desenvolvidos.

Ao contrário, conforme será apresentado mais adiante, a aderência brasileira ao modelo de guerra às drogas, tem levado cada vez mais indivíduos às cadeias. Isso porque, a legislação vigente prevê ao menos 30 condutas tipificadas como crimes passíveis de detenção ou reclusão, dentre elas algumas que poderiam ser classificadas como evidente penalização do uso, tais como: adquirir, trazer consigo, guardar, semeia, cultiva, faz a colheita. De resto, o §3º do art. 33 é ainda mais sintomático, pois autoriza a punição até mesmo do sujeito ativo que oferece droga sem cunho lucrativo a outrem de seu convívio, senão vejamos:

¹⁴NEIGHMOND, Patti. Marijuana's Health Effects? Top Scientists Weigh In. NPR. Jan. 2017. Disponível em:< <https://www.npr.org/sections/health-shots/2017/01/12/509488977/marijuanas-health-effects-scientists-weigh-in>>. Acesso em 23.06.2018.

¹⁵ ESTARQUE, Marina. Apoio à descriminalização da maconha cresce e chega a 32%; 66% são contra. FolhadeSãoPaulo.Cotidiano.Dez2017.Disponívelem:<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/12/1946754-apoio-a-descriminalizacao-da-maconha-cresce-e-chega-a-32-66-sao-contra.shtml>. Acesso em 23.06.2018.

Art. 33 (...)

§ 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

Na lição de SILVA (2016, pág. 72), as condutas previstas no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 configuram o tipo fundamental do tráfico de drogas, tendo como objeto jurídico principal a saúde pública e como objeto material as drogas, ou seja, substâncias capazes de causar dependência física ou psíquica. Os tipos ali elencados são tidos como crimes comuns, excetuando-se o tipo emanado do núcleo prescrever, por ser próprio de médico ou dentista.

Além disso, em geral, são crimes dolosos, instantâneos, plurissubsistentes, admitem a tentativa e versam sobre um perigo abstrato e coletivo, que dispensa a verificação de perigo concreto e que busca resguardar a saúde um número indeterminado de pessoas da dependência química causada pelas substâncias entorpecentes. Novamente, vale destacar a ausência do álcool e do tabaco dentre os elementos proibidos, já que a estimativa mais recente¹⁶ é de que ambos causem problemas crônicos de saúde ou a morte de 200 a cada 10.000 usuários, tendo aquele, sozinho, matado mais de 3 milhões¹⁷ de pessoas somente em 2012.

As demais modalidades elencadas pelo art. 33, em seu parágrafo §1º, criminalizam as condutas relacionadas ao suporte para a prática do tráfico, em que os agentes destinam matéria prima, insumos e espaços físicos para a preparação de drogas e a traficância. Similarmente, o art. 34 também tipifica as condutas em que algum tipo de instrumento mecânico é destinado ao processo produtivo ligado às drogas. O art. 35, por sua vez, apesar de tratar da associação para o tráfico, não

¹⁶ PEACOCK, A. et al. Global statistics on alcohol, tobacco and illicit drug use: 2017 status report. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/29749059>>, Acesso em: 27.06.2018.

¹⁷ Agência France Presse. Número de mortes pelo álcool supera Aids, tuberculose e violência juntos. Correio Braziliense. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/mundo/2014/05/12/interna_mundo.427129/numero-de-mortes-pelo-alcool-supera-aids-tuberculose-e-violencia-juntos.shtml. Acesso em 23.06.2018.

é equiparado aos crimes hediondos, pois seu tipo difere daqueles elencados pelo art. 2º da Lei 8.072/90.

No que tange ao crime previsto no art. 36, por ser, de fato, o que enseja a traficância, além da pena base mais elevada (de 8 a 20 anos de reclusão), merece ser ressaltado que é crime autônomo que não imputa ao agente a prática concomitante da traficância em si, mas apenas o financiamento ou custeio da prática daquele. Logo, não admite o concurso de crimes com o art. 33, até mesmo porque o art. 40, VII, estabelece que o financiamento e custeio aliados à prática do crime de tráfico é causa de aumento de pena deste. Nesse sentido é a jurisprudência do Egrégio TJMG:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - FALTA DE EXAME DE DEPENDÊNCIA TOXICOLÓGICA - NULIDADE INEXISTENTE - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. AUTOFINANCIAMENTO - CONDENAÇÃO APENAS PELO CRIME DE TRÁFICO - PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO - PENA BASE - EXASPERAÇÃO - CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DO AGENTE.

- A prova contida nos autos autoriza a manutenção da condenação dos réus como incurso nas sanções do art. 33 da Lei nº 11.343/06, sendo inviável a pretendida absolvição por insuficiência probatória.
- O exame de dependência química, nos termos do art. 19 da Lei Antitóxicos, somente se justifica quando existe a fundada suspeita de ser o réu uma pessoa cuja higidez psicológica ou psiquiátrica se fez comprometida pelo uso reiterado e imoderado de drogas, o que, "in casu", não se verificou.
- A causa de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 visa beneficiar o traficante eventual. Atendidos os requisitos legalmente exigidos, deve ser reconhecida em favor do réu a referida causa especial de diminuição.
- **Pelo Princípio da Consunção, nas hipóteses de autofinanciamento, não há que se falar na ocorrência autônoma do crime previsto no art. 36 da Lei nº 11.343/06, mas sim na ocorrência de tráfico majorado, nos termos do art. 33 c/c art. 40, VII, ambos da Lei nº 11.343/06. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte.**
- Se os elementos de prova constantes dos autos maculam a conduta social e a personalidade do agente, deve a pena base ser exasperada. (BRASIL; TJMG - Apelação Criminal 1.0132.07.010503-7/001, Relator(a): Des.(a) Paulo César Dias, 3ª CÂMARA CRIMINAL, Julgamento em 05/08/2015, Publicação da súmula em 14/08/2015)

Também de caráter autônomo, o crime de colaboração como informante, emanado pelo art. 37, exige que a informação compartilhada com o grupo tenha relevância para a concretização dos crimes praticados pela associação criminosa, tendo caráter subsidiário em relação ao crime mais grave de tráfico de drogas, tendo, por isso, pena mais leve do que o principal.

O art. 38, difere dos anteriores, pois além de ser expressamente de modalidade culposa, exige como sujeito ativo alguém que detenha conhecimentos específicos e esteja apto a praticar o núcleo verbo tipificado, tal como médico ou dentista, sendo, assim, crime próprio e cuja condenação enseja a comunicação ao conselho de classe do profissional.

Por fim, o crime disposto no art. 38, assim como aqueles previstos no Código de Trânsito protegem a incolumidade pública, ou seja, a segurança coletiva, contra aqueles que pilotam embarcações ou aeronaves sem disporem das condições de saúde necessárias a garantir a integridade física da coletividade.

A Lei 11.343/2006 também tratou de disciplinar as hipóteses de aumento e diminuição da pena, estas mencionadas nos artigos 41 e 46 e aquelas no art. 40. Ainda, a legislação extravagante prevê a inimizabilidade do dependente químico, o qual deverá ser encaminhado para tratamento médico, bem como repete a proibição dos benefícios expressos na Lei 8.072/90, como se vê de seus textos.

Na Lei 11.343/2006:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no caput deste artigo, dar-se-á o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Na Lei 8.072/1990:

Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança. § 1º A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado. § 2º A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. § 3º Em caso de sentença condenatória, o juiz decidirá fundamentadamente se o réu poderá apelar em liberdade. § 4º A prisão temporária, sobre a qual dispõe a [Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989](#), nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.

A jurisprudência nacional é a seguinte:

Agravo em execução. Comutação de penas. **Tráfico de drogas. Crime assemelhado a hediondo. No entender da jurisprudência brasileira, tal como consolidada pelos tribunais superiores, faz-se tecnicamente inviável a concessão dos favores de indulto e comutação aos autores de crimes assemelhados a hediondos como o tráfico de drogas quando não dito privilegiado.** (BRASIL; TJSP; Agravo de Execução Penal 9000380-42.2017.8.26.0625; Relator (a): Sérgio Mazina Martins; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Taubaté - 1ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 21/05/2018; Data de Registro: 30/05/2018)

Do que foi apresentado, vê-se que os julgadores negaram a concessão de indulto a preso condenado por crime de tráfico de drogas, em razão de tal ser equiparado a crimes hediondos, os quais não possuem esse benefício. Entretanto, a interpretação da lei não é extensiva, pelo que as condutas não expressas em lei, ainda que explícitas na Lei de Drogas, não detém hediondez, conforme julgado abaixo:

Agravo em execução penal. Decisão judicial que homologou o cálculo efetuado sem considerar o crime de associação para o tráfico como hediondo. Recurso do Ministério Público. **O crime de associação para o tráfico (artigo 35, da Lei nº 11.343/06) não se qualifica como crime hediondo nem equiparado a tal, porquanto não se acha inserido no rol constante da Lei nº 8.072/90.** Recurso desprovido. (BRASIL; TJSP; Agravo de Execução Penal 0002673-58.2018.8.26.0026; Relator (a): Laerte Marrone; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; Bauru/DEECRIM UR3 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 3ª RAJ; Data do Julgamento: 14/06/2018; Data de Registro: 15/06/2018)

Conforme exposto anteriormente, em virtude das previsões insculpidas pela Lei de Drogas e pela Lei de Crimes Hediondos, as penas para o tráfico de drogas possuem natureza bastante austera e obstam a concessão de diversos benefícios legais, como fiança, anistia, graça, indulto, liberdade provisória, suspensão condicional da pena, conversão em penas restritivas de direitos e, até pouco tempo, a liberdade provisória, além de dilatarem o prazo mínimo para concessão do livramento condicional.

Desse modo, em que pese a evidente necessidade de penas mais rígidas para algumas condutas, a prolixidade do legislador em tipificar tantas condutas como ilícitas faz com que o magistrado deixe de ter opções menos

ásperas para punir o pequeno traficante, o que culmina por inflar ainda mais os já superlotados presídios brasileiros, cujo déficit de vagas está próximo a 300 mil e cuja situação degradante será objeto de exame ao fim deste capítulo.

2.2 Tráfico privilegiado na visão do Supremo

Um ponto positivo da Lei de Drogas refere-se à expressa possibilidade de redução da pena para os crimes previstos no caput e §1º, do art. 33, de um sexto a dois terços, quando o agente for primário, tiver bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

A hipótese de diminuição da pena emanada pelo §4º, do art. 33 é o que se denomina por tráfico privilegiado, pois concede um benefício exclusivo àqueles agentes que preencham todos os requisitos a que faz referência. Tal dispositivo legal foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, que optou por desconsiderar a previsão nele insculpida como equiparada a crime hediondo, em julgamento do HC 118.533/MS, o que possibilita que réus primários, de bons antecedentes e que não se dedicam às atividades criminosas tenham suas penas reduzidas de um sexto a dois terços e também possam iniciar o cumprimento da pena em regime menos gravoso.

Em seu voto, a Ministra Relatora Carmem Lúcia asseverou que apenas as modalidades previstas no caput e §1º, do art. 33, da Lei de Drogas são equiparadas aos crimes hediondos e que, portanto, havendo a subsunção fática à previsão do §4º do referido artigo, não há compatibilidade com a perda de benefícios estipulada pela Lei de Crimes Hediondos, reconhecendo o constrangimento ilegal de decisão judicial em que, apesar do tráfico privilegiado, foram aplicados os mesmos rigores legais destinados aos crimes hediondos e a eles equiparados.

O Ministro Ricardo Lewandowski, que também votou a favor do afastamento da hediondez nas hipóteses do tráfico privilegiado, ressaltou que o tratamento diferenciado previsto pelo dispositivo legal tem o condão de diminuir a pressão sob o superlotado sistema prisional e garantir a individualização da pena ao

agente primário cuja prisão não surtirá efeito no combate ao tráfico. Em suas palavras:

Reconhecer, pois, que essas pessoas podem receber um tratamento mais condizente com a sua situação especial e diferenciada, que as levou ao crime, configura não apenas uma medida de justiça (a qual, seguramente, trará decisivo impacto ao já saturado sistema prisional brasileira), mas desvenda também uma solução que melhor se amolda ao princípio constitucional da "individualização da pena", sobretudo como um importante instrumento de reinserção, na comunidade, de pessoas que dela se afastaram, na maior parte dos casos, compelidas pelas circunstâncias sociais desfavoráveis em que se debatiam.

Visando beneficiar o pequeno e eventual traficante e desestimular sua continuidade delitiva, a previsão do tráfico privilegiado é um direito subjetivo do réu e sua aplicação prática representa um considerável avanço na política de drogas no Brasil. Não obstante o decurso de quase dois anos da publicação do acórdão proferido pela Corte Suprema do Brasil, incumbida de zelar pela guarda da Constituição Federal de 1988, alguns membros do Judiciário brasileiro a desprezam completamente e ainda insistem em reconhecer qualquer conduta relacionada ao tráfico de drogas como crime hediondo, obstando a concessão das benesses legais a pequenos traficantes, conforme pode ser visto nos julgados a seguir:

Execução Penal – Indulto – Condenação pelo crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 – Delito equiparado ao crime hediondo São equiparados a hediondos, nos termos do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 e do art. 5º, XLIII, da CF, os crimes de tortura, de terrorismo e de "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins". Cumpre observar que esta última expressão não se restringe, contudo, ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devendo abranger, antes, todos os crimes previstos no Capítulo II, do Título IV, do mesmo diploma legal. Destaque-se não constar em nenhum dos tipos penais ali previstos qualquer rubrica referente ao "tráfico de entorpecentes" ou à conduta de "traficar", cuja menção é efetuada apenas na denominação do Título IV, de mencionada Lei n. 11.343/2006, que versa a "repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas". **A melhor interpretação do texto legal deve ser no sentido de serem todas as condutas ali descritas espécies, ou modalidades, diversas de um mesmo gênero, tráfico. Todas elas se submetem, pois, às restrições referentes aos crimes hediondos ou a estes equiparados, dentre as quais a vedação à obtenção de indulto, nos termos do art. 2º, I, da Lei n. 8.072/1990.** (BRASIL; TJSP; Agravo de Execução Penal 7011586-66.2017.8.26.0050; Relator (a): Grassi Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 2ª Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 14/06/2018; Data de Registro: 15/06/2018)

Acima, o Egrégio TJSP negou a existência de distinção entre os crimes previstos no art. 33, concluindo que todas as condutas ali previstas merecem censura equivalente à dada a quem pratica os crimes previstos na Lei 8.072/90. No mesmo sentido foi a decisão abaixo:

Agravo em execução. Indulto deferido com fulcro no Decreto 9.246/2017. Insurgência ministerial. Acolhimento. **Tráfico de drogas que é insuscetível de indulto e/ou**

comutação. Vedação constitucional da benesse ao traficante, ainda que aplicada a redução da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e independentemente da discussão acerca do caráter hediondo da conduta.

Recurso ministerial provido para cassar o benefício concedido e determinar a retificação do cálculo de penas. (BRASIL; TJSP; Agravo de Execução Penal 0001026-32.2018.8.26.0154; Relator (a): Sérgio Coelho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; São José do Rio Preto/DEECRIM UR8 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 8ª RAJ; Data do Julgamento: 07/06/2018; Data de Registro: 15/06/2018)

Em razão da equiparação aos crimes hediondos, o tribunal paulista declarou a nulidade de decreto presidencial que indultou agentes incursos na prática do tráfico privilegiado, o que se evidencia da leitura da ementa a seguir:

Agravo em Execução Penal. Decisão judicial que concedeu indulto com base no Decreto Presidencial nº 9.246/2.017. Recurso do Ministério Público. 1. O indulto é incabível aos condenados por crimes hediondos e de tráfico de drogas (artigo 2º, I, da Lei nº 8.072/90). 2. **O crime de tráfico privilegiado (artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06), no entendimento da Câmara, deve ser considerado equiparado ao hediondo.** 3. O Decreto Presidencial nº 9.246/2.017, na parte em que concede o indulto a condenados pelo crime de tráfico de drogas, com a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, par. 4º, da Lei nº 11.343/06 (artigos 1º, IV, 3º, II), é nulo por afrontar a Lei nº 8.072/90. Recurso provido. (BRASIL; TJSP; Agravo de Execução Penal 0001379-23.2018.8.26.0041; Relator (a): Laerte Marrone; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Criminal; São Paulo/DEECRIM UR1 - Unidade Regional de Departamento Estadual de Execução Criminal DEECRIM 1ª RAJ; Data do Julgamento: 14/06/2018; Data de Registro: 15/06/2018)

Diferentemente das decisões que predominam no tribunal paulista, o Colendo Tribunal de Justiça de Minas Gerais já adotou o precedente advindo do posicionamento do STF, consoante se observa em seus julgamentos mais recentes:

EMENTA: APELAÇÃO - TRÁFICO DE DROGAS - PRELIMINAR - OFENSA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - INOCORRÊNCIA - MÉRITO - CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 - APLICAÇÃO - REGIME PRISIONAL - ABRANDAMENTO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITO - AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DO TRÁFICO PRIVILEGIADO - NECESSIDADE.

1- O Princípio da Identidade Física do Juiz não é absoluto, devendo sua aplicabilidade ser mitigada nos casos em que o Magistrado, apesar de ter presidido a instrução, deixa de ter competência para o julgamento do feito em virtude de promoção. 2- **A incidência da Causa Especial de Diminuição de Pena prevista no §4º do art. 33 da Lei 11.343/06 postula a satisfação de todos os requisitos previstos em lei.** 3- **Contanto que se observem os requisitos legais (art. 33, §§ 2º e 3º, do CP), é possível ao condenado por Crime de Tráfico de Drogas o cumprimento da pena corporal em regime inicial diverso do fechado.** 4- **A pena privativa de liberdade poderá ser substituída por restritivas de direito quando presentes os requisitos legais (art. 44 do CP).** 5- **O Crime de Tráfico de Drogas, quando reconhecida a minorante do §4º do art. 33 da Lei 11.343/06, não deve ser considerado hediondo** (Precedente, Habeas Corpus 118.533/MS). (BRASIL; TJMG - Apelação Criminal 1.0024.13.246324-1/001, Relator(a): Des.(a) Octavio Augusto De Nigris Bocalini, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 05/06/2018, publicação da súmula em 15/06/2018)

Devido ao reconhecimento da não hediondez do tráfico privilegiado, o tribunal mineiro tem possibilitado a agentes primários incursos no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, o cumprimento de pena em regime inicial distinto do fechado, o que revela sensatez diante das condições indignas dos presídios brasileiros. Vejamos uma decisão que fixou como pena o regime semiaberto:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CRIME NÃO HEDIONDO. REGIME SEMIABERTO MAIS ADEQUADO À ESPÉCIE. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR OUTRAS ALTERNATIVAS. INVIABILIDADE. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL SOCIALMENTE. OFICIAR. 1. Conforme decisão, por maioria, do eg. Supremo Tribunal Federal, no HC 118.533, o chamado "tráfico privilegiado" não deve ser considerado crime de natureza hedionda. 2. O regime inicial de cumprimento de pena deve ser fixado segundo as regras do Código Penal, em observância, também, às disposições do artigo 42 da Lei 11.343/06. 3. Atento ainda aos critérios do art. 42 da Lei especial, deve ser fixado o regime inicial semiaberto na espécie, sendo inviável a substituição da reprimenda corporal por outras alternativas, por não ser a medida socialmente recomendável ao caso concreto. 4. Oficiar. (BRASIL; TJMG - Apelação Criminal 1.0079.17.013363-5/001, Relator(a): Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 30/05/2018, publicação da súmula em 08/06/2018)

Em razão dessa ausência de pacificação nacional, agentes condenados por idênticas condutas tipificadas ficam sujeitos ao alvedrio de seus julgadores e têm seus destinos traçados a partir do estado de ocorrência do crime de tráfico privilegiado. Assim, enquanto os condenados por juízes do TJMG, como incursos no art. 33, 4º, da Lei 11.343/2006, poderão ter suas penas privativas de liberdade substituídas por restritivas de direito (art. 44, do CP), ou serem favorecidos pelo livramento condicional após o cumprimento de 1/3 da pena, aqueles submetidos ao crivo de algumas câmaras da corte paulista serão mantidos na prisão e terão que esperar mais tempo para delas sair, o que os tornam presas fáceis de organizações criminosas que dominam as cadeias brasileiras¹⁸, contribuindo para o círculo vicioso da violência.

¹⁸MADEIRO, Carlos. COSTA; Flávio. Guerra do PCC com CV e facções locais leva à alta de homicídios em 3 Estados do Nordeste UOL Notícias. Ago. 2017. Disponível em:< <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/08/20/guerra-do-pcc-com-faccoes-locais-leva-a-explosao-de-homicidios-em-3-estados-do-nordeste.htm>>. Acesso em 23.06.2018.

2.3 O estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro

A cólera punitivista do brasileiro comum o leva a proferir absurdos com certo grau de altivez, como a corriqueira expressão “*bandido bom é bandido morto*”. Isso revela a grande despreocupação da sociedade, em geral, com a condição dos presos, ainda que não se possa dizer que todos aqueles que habitam os presídios nacionais sejam bandidos, já que milhares sequer foram julgados. Dessa forma, em conjunção com a falta de investigação adequada, o abarrotamento do Judiciário e a ausência de investimentos em políticas de ressocialização, o descaso do brasileiro em exigir do governo medidas adequadas lança determina aos encarcerados poucas opções de evolução social.

No que pertine aos presos por crimes de tráfico, para o defensor público Vitore André Zílio Maximiano, que já foi secretário Nacional de Políticas sobre Drogas, a má investigação policial e a falta de um critério objetivo para definir quem é usuário e quem é traficante permitem com que delegados, promotores e juízes utilizem de suas noções subjetivas para qualificar os acusados, os quais, segundo ele, quase sempre são jovens e pobres.

De fato, consoante já se viu neste mesmo trabalho, o Judiciário pode considerar um universitário de classe média, apreendido com 65 plantas de maconha, como usuário e um marceneiro, apreendido com quantidade menor, como traficante, ainda que ambos sejam réus primários. Segundo o coordenador nacional da Pastoral Carcerária, Valdir João Silveira, desde o incício da vigência da nova Lei de Drogas, a mudança no perfil dos presidiários do país é bastante perceptível:

O perfil mudou e vem mudando cada vez mais. São usuários de drogas [sendo que a lei não prevê a reclusão de usuários] e pequenos traficantes, ou mesmo pessoas que foram presas por pequenos delitos, mas que a causa é droga. Além disso, por causa das questões sociais, os presos são cada vez mais pobres e mais jovens.

A análise do último Levantamento de Informações Penitenciárias¹⁹, divulgado no final de 2017, demonstra que a taxa de ocupação nos presídios é duas vezes maior que a capacidade, existindo um déficit de 358.663 vagas. A maior falta de vagas é no sistema

¹⁹ Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização- Junho de 2016/ organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em 23.06.2018.

prisional do estado de São Paulo, onde 32% dos custodiados aguardam condenação e 8 em cada 10 sentenciados recebem penas sujeitas ao regime fechado, apesar de essa unidade federativa necessitar de 109 mil vagas adicionais para abrigar de modo humanitário todos os seus presos.

Quanto ao perfil socioeconômico, o estudo do Departamento Penitenciário Nacional revela que 64% dos presos são negros, 55% têm entre 15 a 29 anos e 75% sequer iniciou o ensino médio. Além disso, 2 em cada 5 presidiários ainda não foram sentenciados e 3 a cada 10 respondem por crimes relacionados ao tráfico de drogas.

O dado mais significativo, contudo, é extraído da Tabela 17, do INFOPEN 2016²⁰, que evidencia os tóxicos efeitos da enorme quantidade de condutas previstas pelo art. 33, da Lei de Drogas, sobre o inchaço da população carcerária. Isso porque, dentre os mais de 50 crimes por ela elencados, apenas o tipo penal do tráfico de drogas é responsável pela prisão de 134.676 indivíduos, sentenciados ou não. Somente em São Paulo²¹, estado no qual, como vimos nas seções anteriores, alguns magistrados possuem resistência em aplicar penas alternativas por crimes de tráfico de drogas, 39% dos presos respondem pelos tipos penais aqui abordados e suas condutas afins.

A consequência disso são cadeias abarrotadas de presos que sequer praticaram crimes violentos e que têm reiteradamente desrespeitados os seus direitos constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e, especialmente, a dignidade da pessoa humana. De acordo com o já mencionado relatório do INFOPEN²², somente 12% das pessoas privadas de liberdade estavam envolvidas em atividades educacionais e apenas 15% estavam trabalhando, o que configura flagrante desrespeito ao direitos constitucionais dos presos, dentre os quais destacam-se aqueles elencados pelo art. 5º, da Carta Magna:

²⁰ Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização- Junho de 2016/ organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em 23.06.2018.

²¹ Fontes: Secretaria da Administração Penitenciária do Governo do Estado de São Paulo, Coordenadorias (Coremetro, CVL, CRN, CRO, CRC, CS) Data Base: 18/06/2015

²² Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização- Junho de 2016/ organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em 23.06.2018

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

Defronte tais normas, sobressai a afronta do Estado brasileiro aos direitos acima elencados e àqueles impostos pela LEP, o que corroi as chances de reabilitação e minimiza as perspectivas de não reincidência. O cenário atual do encarceramento é tão

desalentador que até as autoridades do país reconhecem a sua gravidade. O ex Ministro da Justiça e professor da PUC de São Paulo, José Eduardo Cardoso, revelou²³ que preferia morrer a passar anos em um dos presídios brasileiros, os quais chamou de masmorras medievais.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF, nº 347, o Supremo Tribunal Federal admitiu a violação massiva, grave e persistente de inúmeros direitos constitucionais fundamentais, dada a situação degradante das penitenciárias no Brasil, caracterizando o sistema penitenciário nacional como estado de coisas inconstitucional, seguindo o voto do Ministro Relator, Marco Aurélio Melo, que decretou:

*Diante de tais relatos, a conclusão deve ser única: no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardoso, na comparação com as “masmorras medievais”. Nesse contexto, diversos dispositivos, contendo normas nucleares do programa objetivo de direitos fundamentais da Constituição Federal, são ofendidos: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º) e à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV). Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Também a legislação interna é transgredida: a Lei nº 7.210, de 1984, a chamada “Lei de Execução Penal”, na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo a cela individual salubre e com área mínima de seis metros quadrados, e a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, cujos recursos estão sendo contingenciados pela União, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro. **Importa destacar que a forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercute além das respectivas situações subjetivas, produzindo mais violência contra a própria sociedade. Segundo as palavras da professora Ana Paula de Barcellos, “o tratamento desumano***

23 MARTINS, Luísa. Presídios do País são masmorras medievais', diz ministro da Justiça. O Estado de São Paulo. São Paulo, Nov, 2015. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,presidios-brasileiros-sao-masmorras-medievais--diz-ministro-da-justica,10000001226>. Acesso em 23.06.2018.

conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência” (BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010 [Biblioteca Digital Fórum de Direito Público]). Os cárceres brasileiros não servem à ressocialização dos presos. É incontestável que implicam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública está nas altas taxas de reincidência. E o que é pior: o reincidente passa a cometer crimes ainda mais graves. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, essa taxa fica em torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas. A situação é, em síntese, assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social.

Até mesmo um dos jornais mais importantes do mundo, o The New York Times, dedicou sua primeira página para destacar²⁴ o insultuoso caos que impera nas prisões do Brasil, relatando o assassinato de 56 presidiários em Manaus, em janeiro de 2017 e remetendo o leitor ao episódio mais fúnebre da história do pandemônio penitenciário brasileiro, o Massacre do Carandiru, de 1992, quando 111 presos foram brutalmente assassinados por ordem do Coronel da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Ubiratan Guimarães, absolvido em segunda instância pelo TJSP.

Nesse quadro, continuam relevantes os trabalhos de Sergio Adorno²⁵ e Loic Wacquant²⁶, em que tanto o brasileiro, em 1991, quanto o francês, em 2001, retratam cadeias hiperlotadas, seletivas e ineficientes, vez que incapazes de ressocializar aqueles que nelas ingressam. De acordo com o primeiro, modificações substantivas no quadro atual deverão perpassar pelo enfretamento de grupos que controlam tanto as políticas penitenciárias quanto os encarcerados, ou seja, legisladores e lobistas de um lado e organizações criminosas de outro. Segundo aduz, trata-se de tarefa de considerável magnitude, pois deve intervir em agentes

²⁴ MUGGAH, Robert; CARVALHO, Ilona Szabó de. Brazil's Deadly Prison System. The New York Times. New York. Jan. 2017. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/01/04/opinion/brazils-deadly-prison-system.html>. Acesso em 23.06.2018.

²⁵ ADORNO, Sérgio. Sistema Penitenciário no Brasil: Problemas e desafios. In Revista da USP. São Paulo: USP, 1991.

²⁶ WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Tradução de André Teles. São Paulo: Coletivo Sabotagem, 2004.

produtores de concepções ideológicas sobre os presos, a criminalidade e o papel do Estado como agente de controle de ambos.

Em sua obra seminal, o pensador francês revela o caráter discriminatório do sistema penal brasileiro, o qual, em sua grande maioria, é formado por indivíduos pobres, jovens e negros, o que ele denomina por ditadura sobre os pobres. É o que se depreende da leitura dos seguintes excertos da obra de WACQUANT (2004, pág. 7):

Um terceiro fator complica gravemente o problema: o recorte da hierarquia de classes e da estratificação etnoracial e a discriminação baseada na cor, endêmica nas burocracias policial e judiciária. Sabe-se, por exemplo, que em São Paulo, como nas outras grandes cidades, os indiciados de cor "se beneficiam" de uma vigilância particular por parte da polícia, têm mais dificuldade de acesso a ajuda jurídica e, por um crime igual, são punidos com penas mais pesadas que seus comparsas brancos. E, uma vez atrás das grades, são ainda submetidos às condições de detenção mais duras e sofrem as violências mais graves. Penalizar a miséria significa aqui "tornar invisível" o problema negro e assentar a dominação racial dando-lhe um aval de Estado.

Nessas condições, o aparelho carcerário brasileiro só serve para agravar a instabilidade e a pobreza das famílias cujos membros ele seqüestra e para alimentar a criminalidade pelo desprezo escandaloso da lei, pela cultura da desconfiança dos outros e da recusa das autoridades que ele promove. Nem a expansão programada do sistema - em 1998 previa-se a duplicação do parque penitenciário com a construção de 52 novos estabelecimentos, dos quais 21 só para o estado de São Paulo - nem sua indispensável modernização, pela formação de pessoal e a introdução da informática, poderão remediar a incapacidade congênita da prisão de exercer um efeito qualquer sobre a criminalidade.

A partir dessa perspectiva avassaladora, ganha força a corrente que defende a descriminalização da posse do uso de algumas drogas, tanto para desafogar o sistema carcerário quanto para diminuir os crimes letais relacionados ao tráfico. Um dos grandes expoentes dessa vertente descriminalizante é o Ministro do STF, Luís Roberto Barroso²⁷, que, por diversas vezes, já manifestou o pernicioso caráter da política atual sobre drogas, conforme vê-se abaixo:

A crise no sistema penitenciário coloca agudamente na agenda brasileira a discussão da questão das drogas. Ela deve ser pensada de uma maneira mais profunda e abrangente do que a simples descriminalização do consumo pessoal, porque isso não resolve o problema. Um dos grandes problemas que as drogas têm gerado no Brasil é a prisão de milhares de jovens, com frequência primários e de bons antecedentes, que são jogados no sistema penitenciário. Pessoas que não são perigosas quando entram, mas que se tornam perigosas quando saem. Portanto, nós temos uma política de drogas que é contraproducente. Ela faz mal ao país.

27 VELASCO, Clara et. al. Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas. G1. Política. São Paulo. Fev. 2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em 23.06.2018.

Noutra frente, em decisão²⁸ de 2012, proferida com repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade da expressão “liberdade provisória” contida no art. 44, da Lei de Drogas, possibilitando que juízes e tribunais dispensem a prisão de acusados que preencham os demais requisitos para a concessão do benefício. Enquanto isso, está parado há mais de três anos o Projeto de Lei 7187/14, do deputado Eurico Júnior (PV-RJ), que propõe a liberação do plantio e comercialização da maconha para fins científicos, medicinais ou recreativos, assim como encontra-se suspenso no STF o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, que diz respeito à constitucionalidade do art. 28, da Lei de Drogas.

Isso posto, quer pela predileção exacerbada em punir os crimes de tráfico de entorpecentes, quer pela enorme quantidade de presos provisórios, ou pelo encarceramento em massa de negros e jovens de baixa instrução, o sistema penal brasileiro não tem se mostrado apto a diminuir os indicadores de violência, muito menos o tráfico de drogas. Seja por meio das fracassadas operações policiais nas favelas do Rio de Janeiro, da chocante paisagem da Cracolândia em São Paulo, das elevadíssimas taxas de homicídio das capitais nordestinas, ou da sombria situação dos presídios, sob qualquer ótica, a política de combate ao crime no Brasil é um fracasso de proporções monumentais e exige líderes capazes de atacar o problema em suas raízes, desviando-se das predileções sádicas daqueles que os elegem.

2.4 A Lei de Execuções Penais

A Lei nº 7.210/84, mais conhecida como LEP, tem como finalidade precípua regular a forma como ocorrerá o cumprimento da sentença penal

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (HC 104339, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012)

condenatória, proporcionando condições que culminem na harmônica integração social do condenado e do internado, de acordo com a previsão do seu art. 1º.

Destarte, a partir da publicação da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, ainda que sem trânsito em julgado, face ao entendimento mais recente²⁹³⁰ do Supremo Tribunal Federal, inicia-se a fase de execução penal, em que o Estado aplica a pena a fim de proteger os bens tutelados pelo direito material infringido pelo condenado e garantir a coesão social.

Na lição de BITENCOURT (2012, pág. 277), ao longo da humanidade, a concepção de pena passou por significativas mudanças. Enquanto no Estado Absolutista era considerada como um castigo necessário a retribuir um delito cometido no passado, sendo fundamentada na identidade entre Deus, soberano, religião e Estado, no Estado Liberal burguês passou a ser concebida como forma de restauração da ordem jurídica interrompida pelo delito, tendo como finalidade fazer valer a justiça que os homens implantaram. Ambas concepções possuem ideais liberais, individualistas e idealistas, sendo classificadas como teorias absolutas da pena e tendo como defensores mais renomados Kant e Hegel.

Já para os adeptos das teorias relativas ou preventivas da pena, como Bentham, Beccaria, Von Liszt e Sauer, apesar de a pena também poder ser tomada como um mal necessário, sua finalidade não é fazer justiça, mas sim inibir a prática de novos fatos delitivos, em que o destinatário da prevenção em sentido amplo é toda a coletividade e no sentido específico é o agente infrator.

No que pertine às modernas teorias da pena, destacam-se os trabalhos de Roxin e Jacobs enquanto representantes da corrente que defende a pena como método de prevenção geral positiva limitadora, a qual tem um caráter garantista, na medida em que prescreve uma limitação ao poder punitivo do Estado diante dos direitos fundamentais, conforme escólio do autor supracitado (BITENCOURT, 2012, pág. 331):

²⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 716: Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 717: Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

(...) a pena, como forma de castigar ou sancionar formalmente, submete-se a determinados pressupostos e limitações, aos quais não se subordinam as demais sanções. A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais.(...) A formalização do Direito Penal tem lugar através da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode — a não ser que se trate de um Estado totalitário — invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente devem ser uma realidade concreta. Esses limites referidos materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. Assim, o conceito de prevenção geral positiva será legítimo “desde que compreenda que deve integrar todos estes limites harmonizando suas eventuais contradições recíprocas: se se compreender que uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado social e democrático de Direito exige respeito às referidas limitações”.

E é justamente neste contexto que se insere a LEP, a qual deve obediência aos princípios da humanização, personalidade e individualização da pena e aos objetivos de retribuição e prevenção especial. Estes, em conjunto com os princípios constitucionais, garantem ao condenado o direito de exigir que o Estado cumpra o devido processo legal e atue de modo estritamente vinculado aos parâmetros definidos pela Carta Magna. Por conseguinte, a manutenção de prisões injustificadas, os abusos contra presos e as decisões teratológicas são manifestamente inconstitucionais e, ainda que demoradas, merecem receber a devida represália dos órgãos garantidores, consoante se vê da *decisum* a seguir colacionada:

EMENTA – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – DANO MORAL CARACTERIZADO – TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL CONJUGADA COM OMÍNIMO EXISTENCIAL – PREQUESTIONAMENTO – MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DEBATIDA E DISCUTIDA PELO ÓRGÃO COLEGIADO – RECURSO PROVIDO. O Estado será responsabilizado a indenizar quando, por ato omissivo, tenha causado dano à particular, desde que comprovada a conduta culposa ou dolosa do ente federativo. **Demonstrado que os problemas de superlotação e de falta de condições mínimas de saúde e higiene do estabelecimento penal (presídio) não foram sanados, após o decurso de um lapso temporal quando da formalização do laudo de vigilância sanitária, violando, por conseguinte, as disposições da Lei de Execução Penal, bem como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, está devidamente comprovada a conduta omissiva culposa do Estado (culpa administrativa).** Não sendo assegurado o mínimo existencial, não há falar em aplicação da teoria da reserva do possível. Recurso provido. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252/MS, Relator: Min. Alexandre de Moraes. Publicado em:16.02.17)

Nesse quadro, é possível compreender que, mesmo aqueles que tenham cometido crimes que causam extremo repúdio na sociedade, como estupro, homicídio e agressões, possuem direitos a serem garantidos pelo Estado durante a execução penal. Além da óbvia questão humanitária, sob o ponto de vista racional,

ao contrário do senso comum predominante na sociedade brasileira, o tratamento digno aos presidiários faz-se necessário para que possam se ressocializar após o cumprimento da pena, uma vez que no Brasil não há pena capital, tampouco prisão perpétua.

Recentemente, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou que as más condições dos presídios brasileiros, já descortinadas na seção anterior, trazem consequência negativas para toda a sociedade, pois, realimentam a criminalidade, impactam em altas taxas de reincidência e estigmatizam os egressos, sem embargo do elevado custo mensal³¹ de cada presidiário ao contribuinte brasileiro.

Cumprе esclarecer que a legislação atinente à execução penal em si não é ruim, posto que trata de diversos mecanismos a serem adotados pelo Estado para o alcance de seu objetivo, o qual está destacado logo em seu artigo primeiro: “*Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.*”

Os principais direitos dos presos podem ser categorizados em assistências material, jurídica, educacional, religiosa, social e à saúde, as quais destinam-se à sua preparação para o retorno à liberdade. Além desses, o detento deve ter suas integridades física e moral respeitadas, impondo-se aos agentes penitenciários, diretores de presídio e juizes da execução a observância das normas contidas na LEP. Em seu artigo 41, a referida legislação apresenta um rol exemplificativo dos direitos dos presos, dentre os quais destacam-se o direito à alimentação suficiente e vestuário, assistência material, à saúde, assistência jurídica, educacional, social e religiosa. Consigne-se que o diretor do presídio poderá restringir, mediante ato motivado, os direitos de visitação, recebimento de correspondência e tempo para realização de atividades de trabalho, recreação e descanso.

Além desses, também podem ser elencados o direito ao trabalho, que tem finalidades educativa e produtiva; o direito ao estudo e o direito à leitura,

³¹ CNJ. Cármеn Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-preso-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em 09.06.2018.

consistindo em maneiras pelas quais o detento acumula tempo de remição de pena, abreviando o tempo de prisão do apenado.

Sobre a remição, importa assentar que, ainda que seja um corolário do princípio da individualização da pena, diante do declarado estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, na prática, constitui um privilégio de uma pequena minoria dos detentos, já que, em conformidade com o que já foi aqui apontado, menos de 15% dos presidiários conseguem trabalhar e/ou estudar, o que inviabiliza a redução de parte do tempo de execução da pena.

Cumprе esclarecer que algumas questões jurídicas interferem no processo de execução, podendo modificar, reduzir ou extinguir tanto a pena quanto a medida de segurança de que tratam os artigos 96 a 99 do Código Penal. Estabelecidos pelo Título VII, da Lei 11.343/2006, os incidentes de execução consistem em conversões, excesso ou desvio, anistia e indulto.

As conversões consistem na possibilidade de modificação de uma pena por outra, seja uma mais leve para mais grave e vice-versa, desde que preenchidos os requisitos dos artigos 180 e 181 e ocorra a oitiva do Ministério Público. Nas hipóteses de modificação para uma pena mais gravosa, o acusado também deverá ser ouvido, sob pena de nulidade por infração às garantias do contraditório e da ampla defesa. Além disso, a pena privativa de liberdade também pode ser substituída por medida de segurança se sobrevier doença mental ou grave perturbação da saúde mental do agente a ela condenado, sendo a perícia médica imprescindível e o tempo da medida limitado ao do cumprimento da pena.

Quanto ao excesso ou desvio, referem-se a institutos da execução penal que distoam dos preceitos legais. No primeiro caso, o agente é submetido a um tempo maior de pena do que o inicialmente previsto, sem que tenha cometido novo crime, enquanto o desvio corresponde à aplicação de penalidade distinta daquela inicialmente estipulada, como a manutenção da prisão em regime fechado quando o agente já fazia jus à progressão ao regime semi-aberto, ainda que inexistia estabelecimento penal adequado, nos termos da Súmula Vinculante nº 56 do STF.

No que diz respeito à anistia e ao indulto, são vedados aos crimes equiparados aos hediondos, tais como o tráfico de drogas, mas passíveis de

concessão àqueles incursos em condutas típicas do tráfico privilegiado, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONCESSÃO DE INDULTO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ACENTUADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Ainda que o art. 5º, XLIII da Constituição Federal não mencione, expressamente, a impossibilidade de concessão de indulto aos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, esse benefício, por ser uma espécie do gênero "graça" (que nada mais é do que um indulto individual), está abrangido pela vedação constitucional. Por conseguinte, uma vez que há vedação expressa no texto constitucional, não pode um decreto prever a possibilidade de concessão de tal benefício aos agentes condenados pelo cometimento de tal delito. 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada em 23/6/2016, por ocasião do julgamento do HC n. 118.533/MS, concluiu que o crime de tráfico de drogas, quando objeto de redução da pena por incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (chamado "tráfico privilegiado"), não deve ser considerado crime de natureza hedionda. 3. Ao retirar o caráter hediondo do crime de tráfico de drogas nos casos em que há incidência da minorante prevista no § 4º do referido dispositivo legal, apenas foi afastada a ideia de elevado grau de reprovabilidade, por equiparação com os crimes hediondos, que é inerente aos crimes previstos no art. 33, caput e § 1º da Lei n. 11.343/2006. A conduta delituosa do agente que é beneficiado com a citada minorante continua sendo a de tráfico de drogas, porquanto o § 4º não prevê uma nova conduta típica ou um tipo penal autônomo, mas tão somente uma causa especial de diminuição de pena. 4. **Embora a conduta delituosa do agente que é beneficiado com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 continue sendo a de tráfico de drogas (haja vista que o § 4º não prevê uma nova conduta típica ou um tipo penal autônomo, mas tão somente uma causa especial de diminuição de pena), é possível favorecê-lo com a concessão de graça ou anistia (e, consequentemente, de indulto), por não existir, em sua conduta, o caráter de acentuado grau de reprovabilidade que é inerente aos crimes hediondos e aos a eles equiparados.** 5. Conquanto o tráfico de drogas, com a incidência da minorante, não deixe de ser crime de tráfico, deve-se conferir uma interpretação conforme ao inciso XLIII do art. 5º, para concluir, no que diz respeito especificamente à expressão "tráfico ilícito de entorpecentes", que a vedação constitucional alcança, tão somente, as condutas previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas) e as descritas no art. 33, § 1º, dessa lei (condutas equiparadas), em que não há a redução de pena do § 4º. 6. Se o Decreto n. 8.615/2015, ao elencar as pessoas que não seriam alcançadas com as benesses nele previstas, o fez à semelhança do rol proibitivo previsto na Constituição Federal, também é razoável a conclusão de que o rol do art. 9º não engloba aqueles indivíduos que foram condenados por tráfico de drogas e foram beneficiados com a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, tal como o ora paciente. 7. **Ordem concedida para, confirmada a liminar anteriormente deferida, afastar o impedimento de concessão de indulto ao paciente - em relação à condenação em que lhe foi imposta a pena de 4 anos, 8 meses e 4 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 33, caput e § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 0004643-70.2016.8.26.0509) -, determinando, por conseguinte, ao Juízo das Execuções Criminais que examine os demais requisitos necessários para a concessão do referido benefício.** (BRASIL; HC 411.328/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 09/10/2017)

Dessa forma, se o Congresso Nacional tiver interesse, valendo-se da atribuição constitucional proveniente do art. 48, VIII, conceder anistia aos pequenos traficantes que preenchem os requisitos do tráfico privilegiado, apagando os efeitos

secundários da condenação e permitindo um pouco de alívio nas superlotadas prisões.

O Presidente da República, por seu turno, nos termos do art. 84, XII, da Constituição Federal, também poderia contribuir para desinchar o sistema penitenciário ao indultar aqueles presos que não cometeram crimes violentos e não representam perigo direto à sociedade, similar à conduta adotada pelo americano Donald Trump³², que determinou a suspensão da pena perpétua de uma mulher de 63 anos que havia sido condenada por tráfico de drogas e não fazia jus à liberdade condicional. No entanto, dado o perfil conservador do eleitorado brasileiro, essa opção não ajudaria no aumento da popularidade dos concedentes, pelo que devem permanecer inertes.

32VEJA. Seção Mundo. São Paulo, Jun. 2018. Trump perdoa traficante condenada a pedido de Kim Kardashian. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/mundo/trump-perdoa-trafficante-condenada-a-pedido-de-kim-kardashian/>. Acesso em 23.06.2018.

3. ENCARCERAMENTO FEMININO: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

De acordo com dados do Ministério da Justiça³³, das 42 mil mulheres privadas de liberdade, 7 em cada 10 mulheres respondem por condutas relacionadas ao tráfico de drogas. Somente entre 2000 e 2014, o aumento na população carcerária feminina foi de 567,4%, o que corrobora a hipótese aqui apresentada de que o advento da lei 11.343/2006 impactou no aumento da população carcerária, sobretudo a feminina.

Entretanto, esse incremento não foi acompanhado por investimentos na construção de estabelecimentos próprios para as mulheres e nem sequer pela observância de regras mínimas de direitos humanos, contrariando a legislação nacional e os tratados internacionais sobre o assunto, conforme será exposto a seguir.

3.1 Tratamento da legislação e jurisprudência brasileira sobre o cárcere feminino e a degradante situação da mulher presidiária

Em novembro de 2007,³⁴³⁵ uma adolescente de 15 anos, 1,50m, 40 kg, foi presa por suspeita de tentativa de furto e acabou dividindo cela com 34 homens por 26 dias. Durante a clandestina prisão, deferida e cumprida por ordem de agentes do Estado, a menina foi queimada, torturada, estuprada e espancada pelos outros detentos. Esse caso, de repercussão internacional e de flagrante violação dos direitos humanos mais básicos, revelou ao mundo o total colapso e horror dos presídios brasileiros, além de demonstrar o completo despreparo e descaso de algumas autoridades para lidar não apenas com a questão do encarceramento

³³ Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização- Junho de 2016/ organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em 23.06.2018.

³⁴ MOURA, Helena de. Brazil investigates 15-year-old girl's jail horror story. CNN. Atlanta, Nov. 2007. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2007/WORLD/americas/11/23/brazil.prison/index.html>. Acesso em 23.06.2018.

³⁵ PHILLIPS, Tom. Girl 'raped and tortured' in cell with 20 men. The Guardian. London, Nov. 2007. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2007/nov/23/brazil.tomphillips>. Acesso em 23.06.2018.

feminino, mas com o sistema de justiça criminal como um todo. Até o Departamento de Estado dos Estados Unidos da América expôs³⁶ as condições deploráveis dos presídios brasileiros em um relatório de 2008.

Em que pese o amplo distanciamento da realidade fática, a Constituição Federal de 1988 e a legislação brasileira previram tratamento especial às mulheres presidiárias, reservando-lhes os direitos de terem condições adequadas para permanecer com os filhos durante a amamentação (Art. 5º, L, da CF/88), serem revistadas por outra mulher e de cumprirem pena em estabelecimento próprio (art. 37, do Código Penal), onde apenas trabalhem mulheres, a fim de que sejam observados os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal. Similarmente, o art. 766, do Código de Processo Penal disciplina que, no cumprimento da medida de segurança, a internação das mulheres será feita em estabelecimento próprio ou em seção especial.

Ademais, em atenção à determinação constitucional de proteção à maternidade, especialmente à gestante, o parágrafo único do art. 292, do CPP, veda a utilização de algemas em mulheres grávidas em procedimentos médico-hospitalares de pré-parto, parto e pós-parto. O código processualista também dispõe, no artigo 318, que a gestante e a mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos poderão ter suas penas preventivas substituídas pela domiciliar, exigindo o juiz prova idônea dos requisitos. A jurisprudência do Colendo Tribunal Regional Federal da 2ª Região negou o benefício a mulher que não comprovou os requisitos, conforme abaixo:

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELO REGIME DOMICILIAR. GESTANTES, PUÉRPERAS OU MÃES DE CRIANÇA (ATÉ 12 ANOS DOZE ANOS INCOMPLETOS). CRIME COMETIDO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. ENTENDIMENTO ESPOSADO NO HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641/SP. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HIPÓTESE DOS AUTOS NÃO ABRANGIDA POR AQUELE JULGADO. PRISÃO DECORRENTE DE PENA DEFINITIVA. PACIENTE QUE NÃO SE ENQUADRA NOS REQUISITOS. ORDEM DENEGADA. I- Habeas Corpus impetrado em favor de xxxxxxxx objetivando que o entendimento do Pretório Excelso externado no Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP seja aplicado à paciente. II- Ação constitucional coletiva que autorizou a substituição da prisão preventiva pelo regime domiciliar para todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação, que cometeram

³⁶ BRAZIL. Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor 2007. Washington, 2008. Disponível em: <https://www.state.gov/j/drl/rls/hrrpt/2007/100630.htm>. Acesso em 23.06.2018.

crimes sem violência ou grave ameaça. III- Julgado que não se aplica ao caso concreto, tendo em vista que a condenação da paciente já transitou em julgado, ou seja, está-se diante de prisão em decorrência de pena definitiva e não de custódia preventiva a autorizar a substituição do encarceramento pelo regime domiciliar. IV- **Ademais, a paciente não é gestante, puérpera ou mãe de criança ou de pessoa com deficiência. V- Denegação da ordem** (BRASIL. Tribunal Regional Federal. 1ª Região. Processo nº: 0003529-05.2018.4.02.0000; Habeas Corpus Criminal - Turma Espec. I - Penal, Previdenciário e Propriedade Industrial; Impetrante: Tassia Pereira Paz; Impetrado: Juízo da 8ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro; Magistrado: Paulo Espírito Santo; Publicado em 02.05.2018)

Em relação ao tratamento especial conferido pela Lei de Execuções Penais, decorre precipuamente da edição da Lei nº 11.942 de 2009, que assegura às mães presas e aos recém nascidos condições mínimas de assistência. Assim, com as inclusões, a LEP passou a garantir acompanhamento médico à mulher e seu recém nascido, passando a prever que os estabelecimentos destinados a mulheres sejam dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar e amamentar seus filhos, no mínimo, até 6 meses de idade. Além disso, a legislação elenca os requisitos necessários para o berçário em estabelecimentos destinado a mulheres:

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

A Justiça de São Paulo tem determinado o contato entre mãe e filhos, porém apenas nas alas especiais dentro dos presídios, conforme se vê a seguir:

HABEAS CORPUS – Execução Penal – Pleiteia prisão domiciliar, nos termos art. 117 da LEP, para que possa amamentar o filho e, subsidiariamente, seja prorrogado o período de amamentação no interior da unidade prisional até que o menor complete 02 anos ou, ao menos, 01 ano e 06 meses de idade – IMPOSSIBILIDADE – A SAP dispõe de estrutura adequada para que a paciente permaneça amamentando seu filho em unidade prisional onde há creche, sem prejuízo do cumprimento da pena imposta, tornando despropositada a concessão da prisão domiciliar. **De outro lado, a paciente faz jus à transferência para estabelecimento prisional dotado de creche, para que possa ser prorrogado o período de amamentação e convivência entre mãe e filho, nos moldes do art. 89 da LEP. Ordem parcialmente concedida.** (TJSP; Habeas Corpus 2043550-89.2015.8.26.0000; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 13/05/2015; Data de Registro: 20/05/2015)

Em muitos casos, o pedido de prisão domiciliar é indeferido em razão da não primariedade da ré, senão vejamos:

HABEAS CORPUS – Pedido de concessão de prisão domiciliar pelo fato de a paciente ser mãe de cinco filhos, sendo o último deles recém-nascido – Alegado direito à amamentação – Caso concreto, porém, em que o período de aleitamento necessário, correspondente a 06 (seis) meses (art. 83, § 2º, da LEP e art. 396, caput, da CLT) já foi francamente ultrapassado (decorrido mais de um ano) – **Paciente que se encontra presa em unidade dotada de ala materno-infantil – Contato entre mãe e filhos preservado mesmo com a paciente encarcerada – Informação, constante em relatório social, de que os filhos não estão desamparados – Paciente com histórico ininterrupto de prisões em flagrante, desde 2003, por crimes contra o patrimônio e traficância – Ordem denegada.** (BRASIL; TJSP; Habeas Corpus 2148895-44.2015.8.26.0000; Relator (a): De Paula Santos; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - Vara das Execuções Criminais; Data do Julgamento: 22/10/2015; Data de Registro: 27/10/2015)

A despeito dos avanços com a lei de 2009, a situação da mulher presidiária requer maior apreço, pois os cuidados com os filhos não se encerram após o período de amamentação nos seis primeiros meses. Estudo de DIUANA et. al. (2017)³⁷, concluiu que, além de a maior parte das presas objeto de seu estudo terem sido presas em razão da traficância auxiliar, por levarem drogas a seus filhos ou maridos na prisão ou por estarem em ambiente onde foram apreendidas tais substâncias, as práticas inerentes ao sistema penitenciário fragilizam tanto as mães quanto seus filhos, expondo ambos a sofrimentos psíquicos e morais. As autoras também apontam que 30% das pesquisadas não havia sido condenada sequer em primeiro grau, o que está em consonância com dados do Infopen Mulheres, de 2014.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias³⁸ também indica que dos 103 estabelecimentos prisionais femininos e 238 mistos, apenas 6% destes e 34% daqueles detêm instalações adequadas às gestantes e uma quantidade ainda menor possui berçário e creches. Isso é mais uma comprovação do já discutido estado de coisas inconstitucionais dos presídios brasileiros, pois, numa realidade em que 74% das presas têm ao menos um filho, conforme o mesmo

³⁷ DIUANA et. al. *Physis Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 27 [3]: 727-747, 2017

³⁸ Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização- Junho de 2016/ organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em 23.06.2018.

relatório do INFOPEN³⁹ suas prisões também impactam sobremaneira em suas famílias, que ficam sem acesso às estruturas mínimas para o estabelecimento dos vínculos maternos

Pesquisadores⁴⁰ latino americanos concluíram que, em geral, as mulheres não possuem participação relevante na indústria da droga, ficando relegadas às posições mais subalternas na estrutura do tráfico, em que têm de enrolar, guardar e transportar a droga. Essa última função, conhecida como mula, geralmente ocorre quando as mulheres escondem drogas em seus pertences e até dentro do próprio corpo para entregarem a parentes que estejam presos. Outrossim, revelam que a estrutura hierárquica do tráfico também segue as relações patriarcais predominantes na sociedade como um todo, o que contribui para que muitas mulheres se submetam às funções mais vulneráveis e mais suscetíveis de penalização pelo contexto jurídico em que predomina a guerra às drogas.

Citando estudiosa venezuelana, o Ministro do STF Ricardo Lewandowski reafirma a tese de outros pesquisadores que constataram o papel coadjuvante da mulher nos ilícitos tipificados pela Lei de Drogas. Segundo ressalta, as mulheres acabam presas por colaborarem com seus maridos, irmãos ou até mesmo por estarem no lugar errado, não representando, portanto,

Permito-me insistir: a grande maioria das mulheres em nosso País está presa por delitos relacionados ao tráfico de drogas e, o que é mais grave, quase todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, sobretudo considerada a participação de menor relevância delas nessa atividade ilícita. Muitas participam como simples “correios” ou “mulas”, ou seja, apenas transportam a droga para terceiros, ocupando-se, o mais das vezes, em mantê-la, num ambiente doméstico, em troca de alguma vantagem econômica.

CHERNICHARO⁴¹(2014, Pág. 11), considera que a perspectiva de trabalho na função de mula exige das mulheres uma atitude passiva e estratégica,

³⁹ Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN. Atualização- Junho de 2016/ organização: Thandara Santos; colaboração: Marlene Inês da Rosa et. al. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em 23.06.2018.

⁴⁰ Pancieri, Aline Cruvello; Silva, Bruna Banchik Mota; Chernicharo, Luciana Peluzio. MULHERES ENCARCERADAS, SELETIVIDADE PENAL E TRÁFICO DE DROGAS NO RIO DE JANEIRO. In: VIII Encontro da ANDHEP - Políticas Públicas para a Segurança Pública e Direitos Humanos. 28 a 30 de abril de 2014, Faculdade de Direito, USP, São Paulo, SP

⁴¹ CHERNICHARO, Luciana Peluzio. Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil / Luciana Peluzio Chernicharo – 2014.

porque seus corpos permitem a condução da droga em lugares mais arriscados e a condição de vulnerabilidade em que geralmente se encontram impedem com que delatem aqueles que verdadeiramente lucram com o comércio de drogas.

Noutro norte, a repressão massiva sobre o aprisionamento feminino também afeta as famílias das acusadas, pois, em geral, as mulheres⁴² submetidas ao cárcere por crimes relacionados à Lei de Drogas são jovens, têm filhos, proveêm o sustento familiar, detêm baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento.

Nesse cenário apocalíptico, o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos ingressou com Habeas Corpus Coletivo perante o Supremo Tribunal Federal a fim de requerer a concessão de medida liminar em favor de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar que sejam gestantes, puérperas ou mães com crianças até 12 anos de idade sob sua responsabilidade. Segundo aduziram, o sistema prisional brasileiro viola sistematicamente as disposições legais acerca dos direitos das mulheres presidiárias e que tais infrações vulneram sobremaneira os direitos constitucionais não apenas das presidiárias, mas também de seus filhos, pelo que a revogação da prisão preventiva ou a substituição pela prisão domiciliar, enquanto possibilidades expressas da lei, revelam-se mais aptas a permitir a reinserção social e o respeito à dignidade das presas.

Em julgamento do HC 143.641/SP, o Ministro relator do Supremo Tribunal afirmou que a grave falha estrutural no sistema jurídico que pune exageradamente mulheres pobres e vulneráveis. Destacou que, muitas vezes, os magistradores proferem decisões de forma mecânica e não se encarregam de analisar pormenorizadamente os casos que a eles são submetidos, o que sobrecarrega o sistema penitenciário por crimes que não aliviam o impacto da criminalidade perante a sociedade, já que, em sua grande maioria, as presas provisórias respondem por crimes de tráfico que não importam em violência nem grave ameaça.

42 LIMA, Raquel da Cruz. MULHERES E TRÁFICO DE DROGAS: UMA SENTENÇA TRIPLA – PARTE I. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania. Disponível em: < <http://itc.org.br/mulheres-e-traffic-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-i/> >. Acesso em 23.06.2018.

O relator citou ainda os documentos acostados à inicial do *Habeas Corpus* que comprovam as inúmeras atrocidades cometidas em desfavor de gestantes, mães e crianças nos presídios brasileiros, como partos em solitárias, procedimentos médicos realizados com o uso de algemas, ausência de cuidados pré-natal e afastamentos abruptos entre mães e seus filhos. Novamente, trouxe à baila o estado de coisas inconstitucional reconhecido durante a análise da ADPF 347 e que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil exigem uma postura mais séria na criação de políticas públicas que respeitem as disposições constitucionais e legais, substituindo o atual viés encarcerante.

Por fim, concluiu que as falhas estruturais de acesso à Justiça não devem ser utilizadas para ignorar as recorrentes violações de direitos, pelo que concedeu o *writ* e determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, relacionadas no HC 143.641/SP pelas autoridades competentes, estendendo a medida também, de ofício, às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas, desde que não tenham cometido crimes empregando violência ou grave ameaça e estabelecendo prazo de 60 dias para implementação de modo integral das determinações estabelecidas no presente julgamento.

Louváveis a iniciativa do grupo de advogados cidadãos, a fundamentação do voto e o dispositivo tal como prolatados pelo eminente relator, posto que, além de evidenciar o abjeto estágio em que se encontra o sistema penitenciário nacional, tratou de determinar o célere cumprimento de providências que têm o condão de aprimorar a situação de mães e filhos inseridos no exacerbado punitivismo estatal em que se encontra a sociedade brasileira. Noutro espeque, também demonstra o clarividente intuito de conscientizar os juristas de que também são responsáveis pela tomada de iniciativas que modifiquem o *status quo* do falido sistema penal brasileiro.

Por conseguinte, espera-se que essa histórica decisão retire, de modo definitivo, das penitenciárias, mulheres que ocupam posição coadjuvante no crime, seja realizando serviços de transporte de drogas ou de pequena traficância. Deve o Judiciário valer-se das disposições legais já existentes para aplicar-lhes as penas

relativas ao crime de tráfico privilegiado, facilitando a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o livramento condicional e a prisão domiciliar.

3.2 Tratamento internacional dado ao encarceramento feminino

Retratada em séries de tv como *Orange Is The New Black*, a situação das mulheres nos presídios ao redor do globo varia conforme a política criminal adotada pelo país analisado. No geral, de acordo com estudo⁴³ da organização Reforma Penal Internacional, elas estão atrás das grades por terem cometido crimes não violentos e de menor potencial ofensivo. Nascidas em famílias pobres e vulneráveis, geralmente sofreram algum tipo de abuso físico ou emocional, o que demonstra que o crescimento do aprisionamento feminino está intrinsecamente relacionado à pobreza, pois elas não conseguem arcar com fianças e serviços advocatícios.

Ademais, o estudo aponta que as mulheres prisioneiras frequentemente são as responsáveis principais ou únicas pelo cuidado com suas crianças, o que confirma o pernicioso caráter do encarceramento feminino também na vida de seus filhos, conforme já apontado na seção anterior. No mundo todo, o número de mulheres presas tem crescido nos últimos anos, sendo que somente nos Estados Unidos, desde 1985, houve um aumento de 405%, graças, principalmente, à política de guerra às drogas. Noutros países ainda mais conservadores, como Uganda e Afeganistão, a maior parte das prisioneiras recebeu penas decorrentes do adultério, o que, de acordo com a lei xaria, inclui até mesmo a contração de um novo casamento ou a fuga de casa.

Diante disso, entidades defensoras de direitos humanos têm exigido cada vez mais o cumprimento de protocolos e tratados internacionais que tratam das necessidades específicas das mulheres nas prisões. Um desses documentos é conhecido como Regras de Bangkok. A partir da submissão do governo tailandês de uma resolução ao Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, este

⁴³ Penal Reform International. Penal Reform Briefing. nº 3, 2008. Disponível em:< <https://www.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/06/brf-03-2008-women-in-prison-en.pdf>>. Acesso em: 27.06.2018.

reconheceu a vulnerabilidade das mulheres encarceradas em um sistema construído principalmente para os homens. Assim, na 65ª Assembleia Geral da ONU, em 2010, foram aprovadas as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

Tais regras são inspiradas por diversas convenções e declarações das Nações Unidas e estão em conformidade com o direito internacional vigente. Dirigem-se tanto às autoridades penitenciárias quanto aos órgãos que compõem o sistema de justiça criminal e são complementares às Regras mínimas para o tratamento de reclusos e as Regras de Tóquio. O documento da ONU contém disposições que versam sobre a administração geral das instituições, diretrizes para a reabilitação e regras para a aplicação de sanções não privativas de liberdade.

O primeiro preceito diz que o atendimento às necessidades específicas das mulheres presas não deve ser considerado discriminatório, pois objetivam alcançar a igualdade material entre os gêneros. A segunda regra estabelece que as recém ingressas deverão ter contato com seus parentes, para que possam tomar as providências necessárias em relação a seus filhos, receber orientações sobre o regime prisional e ter a possibilidade de suspensão da execução da pena nas hipóteses em que o melhor interesse das crianças exigir.

Outras normativas importantes dizem respeito: ao registro de dados dos filhos das presidiárias; à busca pela execução penal em localidades próximas de suas famílias; ao fornecimento gratuito de absorventes íntimos; ao suprimento regular de água; à realização de exame médico no ingresso que averigue a ocorrência de abuso sexual, uso de drogas e o histórico de saúde reprodutiva; à prestação de serviços médicos específicos para mulheres; aos cuidados com a saúde mental, prevenção do HIV e tratamento do consumo de drogas, prevenção ao suicídio; preferência por revistas eletrônicas e treinamento de funcionários aptos a realizá-las de modo não invasivo.

Quanto às diretrizes relacionadas à manutenção da disciplina e à imposição de sanções, as Regras de Bangkok determinam que gestantes e lactantes não fiquem isoladas, possam ter contato com suas famílias e que instrumentos de contenção como algemas deixem de ser utilizados durante o parto e o puerpério. Além disso, pugnam para que seja reconhecido o menor grau de risco

apresentado pelas mulheres e a necessidade de programas de reabilitação específicos ao seu gênero. Ocorrendo relatos de abusos, as autoridades deverão investigá-los e oferecer proteção às mulheres presas.

Noutro espeque, deverão ser criados espaços de convívio saudável entre mães e filhos e incentivadas visitas que permitam o contato prolongado com os eles, sem, contudo, estender a eles o mesmo tratamento institucional destinado às presas. Além disso, deve haver disponibilização de dieta e ambientes adequados às gestantes, lactantes, bebês e crianças, sendo que o momento de separação entre mãe e criança deve ser feito no melhor interesse desta.

Aplicando as Regras de Tóquio, ou Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas Para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade, as Regras de Bangkok incentivam a adoção de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, como prisão cautelar e instituição de albergues administrados por ONGs, a fim de que sejam disponibilizadas opções que intervenham de modo a solucionar os problemas mais comuns que levam as mulheres ao sistema penitenciário, oferecendo cursos terapêuticos e profissionalizantes.

Merecem especial destaque as Regras 61, 64 e 65, abaixo citadas:

Regra 61

Ao condenar mulheres infratoras, **os juízes terão a discricionariedade de considerar fatores atenuantes, tais como ausência de antecedentes criminais, a natureza e a não gravidade relativa da conduta criminal, considerando as responsabilidades de cuidado das mulheres e o contexto característico.**

Regra 64

Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo **melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as** e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado.

Regra 65

A institucionalização de adolescentes em conflito com a lei deverá ser evitada tanto quanto possível. A vulnerabilidade de gênero das adolescentes do sexo feminino será tomada em consideração nas decisões.

Alguns julgados mais recentes demonstram a adoção de uma postura menos punitivista dos órgãos julgadores:

Habeas Corpus. Tráfico de drogas. Alegação de ausência dos requisitos da prisão cautelar, bem como o fato de ser a paciente mãe de três crianças de 7, 4 e 2 anos de idade. Pleito objetivando a liberdade provisória, com a expedição de alvará de soltura.

Subsidiariamente, requer o cumprimento da prisão cautelar em regime domiciliar. Parcial cabimento. Hipótese prevista no artigo 318, inciso V, do CPP. Habeas corpus coletivo concedido pelo E. Supremo Tribunal Federal (HC n. 143.641). **Paciente primária e possuidora de bons antecedentes. Medida cautelar diversa da prisão. Comparecimento periódico em juízo, nos termos do artigo 319, inciso I, do Código de Processo Penal. Ordem parcialmente concedida.** (BRASIL; TJSP; Habeas Corpus 2018970-87.2018.8.26.0000; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 31ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 08/06/2018; Data de Registro: 08/06/2018)

No julgado acima, o relator e professor de direito penal, Guilherme Nucci, entendeu que a primariedade e os bons antecedentes da ré possibilitam que a ela seja determinada uma das medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, o que revela a sapiência do magistrado em valer-se de previsões legais diversas da popular, mas desnecessária em inúmeros casos, prisão.

Habeas corpus – Paciente denunciada como incurso nos artigos 33, 'caput', e 35, da Lei nº 11.343/06 – Revogação da prisão preventiva – Admissibilidade – Paciente genitora de crianças menores de 12 anos de idade – 'Habeas Corpus' coletivo concedido pelo STF – **Obediência ao princípio da proteção integral e à prioridade absoluta dos direitos das crianças – Não demonstrada a necessidade excepcional da manutenção da segregação cautelar – Substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares previstas no artigo 319, incisos I e IV, do CPP, confirmando a liminar deferida anteriormente – Constrangimento ilegal configurado – Ordem concedida.**(BRASIL; TJSP; Habeas Corpus 2099693-93.2018.8.26.0000; Relator (a): Salles Abreu; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Bauru - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 06/06/2018; Data de Registro: 06/06/2018)

Consoante visto, ainda que as Regras de Bangkok busquem uniformizar a adoção de regras específicas para a execução penal e a priorização da aplicação de penas não privativas de liberdades, a falta de cursos e treinamentos ao juízes, promotores e defensores, impede a ampla divulgação de seu conteúdo.

Desta maneira, há necessidade de que mais decisões históricas, como a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 143.641/SP, possam conscientizar os membros do Poder Judiciário e demais atuantes no sistema de justiça criminal a priorizar medidas cautelares e prisão domiciliar para infratoras de primeiro grau que não cometeram crimes violentos. Somente assim, diante da inação do Executivo em destinar recursos financeiros ao sistema prisional, o alarmante aumento do encarceramento feminino será contido e as mulheres condenadas poderão ter efetivamente chances de se reinserir de modo efetivo no corpo social.

4. POLÍTICA DE DROGAS NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Conforme já exposto no primeiro capítulo, desde o início do século XX os países tentam coibir o acesso da população às drogas. Até meados da década de 1990, predominou na maior parte dos países a corrente punitivista, que defende a proibição total do uso de entorpecentes como forma de garantir a saúde pública.

A despeito dessa proibição, não houve arrefecimento no consumo e outros modelos menos repressores começaram a surgir em diversas partes do mundo. Neste capítulo, analisa-se o modelo adotado por países que seguem uma política mais voltada à prevenção e tratamento dos usuários em contraponto ao modelo de guerra às drogas, cuja exposição se inicia a seguir.

4.1 Situação dos países que seguem o modelo de guerra às drogas

A ânsia punitivista apresentada neste trabalho decorre principalmente da política de guerra às drogas. Iniciada em 1971 pelo presidente americano Richard Nixon, que, à época, declarou que o inimigo número um dos Estados Unidos era o abuso de drogas, a guerra aos entorpecentes do governo federal americano⁴⁴ tem gasto bilhões de dólares anualmente para combater a posse de entorpecentes como a maconha, apesar de vários estados já terem leis permitindo o uso de cannabis.

Essa política proibicionista, contudo, assim como a Lei Seca da década de 1920 não diminui o consumo de substâncias psicoativas, mas teve um efeito bastante claro: fez a população carcerária dos Estados Unidos saltar de cerca de 300.000 para mais de 2 milhões em apenas 40 anos, desde 1976, o que representa 1/4 do total de presos de todo mundo, enquanto a população americana não representa nem 5% da população global, consoante dados do The Sentencing Project⁴⁵.

⁴⁴ WEGMAN, Jesse. The Injustice of Marijuana Arrests. The New York Times. New York, Jul. 2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/07/29/opinion/high-time-the-injustice-of-marijuana-arrests.html>. Acesso em 23.06.2018.

⁴⁵ The Sentencing Project. Disponível em: < <https://www.sentencingproject.org/issues/drug-policy/> >. Acesso em: 27.06.2018.

Essa ONG, formada por advogados que buscam modificar o sistema de justiça criminal americano, também possui outros estudos que mostram similaridades entre o modelo punitivista americano e o brasileiro. Assim como no Brasil, os Estados Unidos, em geral, têm preferido punir do que tratar usuários de drogas, impactando desproporcionalmente grupos desfavorecidos da sociedade. Segundo relatório⁴⁶ da referida organização, em 2005, 494 mil presos cumpriam sentenças por posse de drogas em estabelecimentos distritais, estaduais e federais, o que representa um aumento de 1100% desde 1980.

Outrossim, em 1980, o percentual de detentos nas prisões federais que cumpria penas por crimes relacionados a drogas era de 21,55%. Já em 2010, alcançou o pico de 52,43%, ou seja, passaram de 1/5 a mais da metade de todas as prisões federais do país, que continua a criminalizar em nível federal a posse de maconha, malgrado o uso da substância para fins recreativos seja legalizado em nove estados e para fins medicinais, em 46 dos 50 estados.

Da mesma maneira, o estudo aponta que apenas 4 em cada 10 desses presos têm histórico de violência ou venda de drogas em grande escala e que os negros cumprem mais tempo na prisão por tráfico e uso de drogas do que os brancos, sobretudo em razão da polêmica *100:1 ratio*. De acordo com o *Anti-Drug Abuse Act of 1986*, aprovado pelo Congresso americano, a simples posse de 5 gramas de pasta base de cocaína- crack- ensejaria uma sentença de prisão de no mínimo 5 anos, ao passo que a mesma pena somente seria aplicada aos encontrados com ao menos 0,5 kg de pó de cocaína. Dessa forma, usuários de crack, que tendem a ser mais pobres devido ao baixo valor da droga, acabaram sendo muito mais encarcerados e presos do que usuários de cocaína em pó, que tende a ser pura.

A pesquisa de BOBO/THOMPSON⁴⁷(2010 , Pág. 332) também indicou a existência de um racismo institucional do sistema de justiça criminal americano, vez que, segundo relataram, apesar de representarem 14,5% das pessoas que

⁴⁶ MAUER, Marc; KING, Ryan S. A 25-Year Quagmire: The War on Drugs and Its Impact on American Society. Washington: The Sentencing Project, 2007. Disponível em: <https://www.sentencingproject.org/publications/a-25-year-quagmire-the-war-on-drugs-and-its-impact-on-american-society/>. Acesso em 27.06.2018.

⁴⁷ BOBO, Lawrence D. and THOMPSON, Victor. *Racialized Mass Incarceration Poverty, Prejudice, and Punishment*.

admitiram o uso de drogas, os negros compunham 46% da população em prisões estaduais incursas em crimes relacionados ao uso de drogas.

Em 2010⁴⁸, reconhecendo a ausência de suporte científico que denotasse a menor periculosidade da cocaína em pó e o exagero em punir usuários pela simples posse de crack, a Comissão de Sentenças dos Estados Unidos recomendou e o Congresso acatou a revogação da sentença mínima para usuários de crack e aumentou para 28 gramas a quantidade mínima para a imputação de pena para o tráfico e fabricação de crack.

Outro indicativo do arrefecimento da política criminal americana sobre drogas é observado no caso *Moncrieffe v Holder*⁴⁹, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou que a posse sem fins lucrativos de pequena quantidade de maconha por um imigrante não tem o condão de lhe deportar a seu país de origem por não ser um delito agravado. Em voto vencedor, a juíza Sonia Sotomayor alegou que considerar como crime grave a posse de reduzida porção de droga desafia a concepção do senso comum e não se encaixa facilmente no entendimento usual de tráfico:

*Once again we hold that the Government's approach defies "the 'commonsense conception'" of these terms. Carachuri-Rosendo, 560 U. S., at ____ (slip op., at 9) (quoting Lopez, 549 U. S., at 53). **Sharing a small amount of marijuana for no remuneration, let alone possession with intent to do so, "does not fit easily into the 'everyday understanding'" of "trafficking," which "ordinarily . . . means some sort of commercial dealing."** Carachuri-Rosendo, 560 U. S., at ____ (slip op., at 9) (quoting Lopez, 549 U. S., at 53–54). Nor is it sensible that a state statute that criminalizes conduct that the CSA treats as a misdemeanor should be designated an "aggravated felony." We hold that it may not be. If a noncitizen's conviction for a marijuana distribution offense fails to establish that the offense involved either remuneration or more than a small amount of marijuana, the conviction is not for an aggravated felony under the INA. The contrary judgment of the Court of Appeals is reversed, and the case is remanded for further proceedings consistent with this opinion. It is so ordered.*

A tentativa de frear o avanço no número de usuários de drogas por meio de ofensiva militar também teve efeitos⁵⁰ devastadores no México, onde mais de

⁴⁸United States Sentencing Commission. Washington, 2010. Disponível em:< https://www.ussc.gov/sites/default/files/pdf/news/congressional-testimony-and-reports/drug-topics/201507_RtC_Fair-Sentencing-Act.pdf#page=41>. Acesso em 23.06.2018.

⁴⁹ Supreme Court of the United States. MONCRIEFFE v. HOLDER. No. 11–702. Argued October 10, 2012—Decided April 23, 2013. Disponível em:< https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/11-702_9p6b.pdf>. Acesso em 23.06.2018.

50AÑO 11 DE LA GUERRA CONTRA EL NARCO. El País. Disponível em:<<https://elpais.com/especiales/2016/guerra-narcotrafico-mexico/>>. Acesso em: 23.06.2018.

170.000 pessoas foram assassinadas desde que, em 2006, Felipe Calderón decidiu lutar contra os inúmeros cartéis que disputam o domínio do estratégico território mexicano.

Desses, o cartel de Sinaloa⁵¹ destaca-se por atuar como uma grande corporação multinacional, comprando cocaína na Colômbia e no Peru para distribuir ao México e Estados Unidos, o que o permite faturar em torno de 12 bilhões de reais ao ano. Seu líder, El Chapo, é considerado pelo governo americano como o homem mais temido do mundo, por ter transformado a fronteira sul dos Estados Unidos num dos lugares mais violentos do planeta⁵², a fim de construir um império estimado em US\$3 bilhões.

Do mesmo modo como o Brasil, o país da América Central também endureceu as penas para crimes relacionados a drogas na última década. Em 2009, a lei geral de saúde e os códigos penal e processual penal mexicanos foram reformados⁵³ para atender aos anseios da guerra às drogas recém iniciada. Logo, foram acrescentados o art. 194 ao Código Penal Federal, que conceitua fornecimento como “a transmissão de forma direta ou indireta, por qualquer meio da posse de narcótico”; e o artigo 195, que determina a imposição de pena de 5 a 15 anos de prisão em caso de posse de narcóticos destinados à prática de condutas proibidas, como a produção, transporte, tráfico, comércio e cessão.

Incluindo um capítulo inteiro para tratar de delitos relacionados ao comércio de drogas de pequena monta, intitulado por “*Delitos Contra la Salud en su modalidad de Narcomenudeo*”, a nova disposição legal definiu o sentido de comércio, narcóticos, consumidor, posse e outros vocábulos relacionados aos delitos contra a saúde. Segundo o art. 473, da *Ley General de la Salud*, consumidor é toda pessoa que consome ou utiliza estupefacientes ou psicotrópicos e que não

51 KEEFE, Patrick Radden. Cocaine Incorporated. The New York Times Magazine. New York, Jun. 2012. Disponível em: < <https://www.nytimes.com/2012/06/17/magazine/how-a-mexican-drug-cartel-makes-its-billions.html>>. Acesso em 27.06.2018.

52 WHITAKER, Bill. Behind The Arrest of Public Enemy Number One. 60 Minutes. CBS NEWS. New York, Out. 2012. Disponível em: <https://www.cbsnews.com/news/joaquin-el-chapo-guzman-drug-cartel-kingpin-behind-the-arrest-of-public-enemy-number-one/>. Acesso em 27.06.2018.

53 Diário Oficial de la Federación. Decreto de 20.08.2009. Disponível em: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5106093&fecha=20/08/2009. Acesso em: 23.06.2018.

apresente sinais ou sintomas de dependência, ao passo que comércio refere-se à venda, aquisição ou cessão de direitos de algum narcótico.

O inciso VIII do referido artigo indica que tabela corresponde à orientação de doses máximas de consumo pessoal e imediato previstas no artigo 479 da lei, que tem previsão de dose máxima de consumo pessoal e imediato para a cocaína a quantidade de 500 mg e para a cannabis sativa, 5 gramas.

Segundo dados⁵⁴ disponibilizados pelo site do governo mexicano, por meio do Instituto Nacional de Estatística e Geografia do México, a posse simples de narcóticos, a posse de narcótico com finalidade de comércio ou fornecimento e o comércio de drogas de pequena monta correspondiam a aproximadamente 12.869 dos 116.021 presos no sistema penitenciário estadual por crimes de competência da justiça comum, ao passo que 13% dos reincidentes respondem por posse ilegal de drogas.

Ademais, pesquisa de Catalina Perez Correa⁵⁵ mostrou que no período compreendido entre 2006 e 2014, 175.993 pessoas foram detidas por posse e 156.189 por consumo de drogas por instâncias federais do México e que, mesmo a posse simples enseja uma sanção de até 3 anos de prisão. Já a posse para o consumo, se distante de lugares como escolas ou prisões não é penalizada.

Cumprе ressaltar, porém, que houve um substantivo decréscimo no percentual de detidos e sondados por delitos contra a saúde investigados pela Procuradoria Geral da República do México, decaindo de 41,7% em 2010 para 8% em 2014, o que indica uma mudança de postura dos promotores mexicanos frente aos resultados da guerra às drogas.

No Brasil, a temática aqui trabalhada já foi objeto de pesquisas de diversos juristas, assim como é tema recorrente nos debates jurídicos acerca da controversa proibição do uso de drogas e da perene crise enfrentada pelo sistema carcerário brasileiro. Em sua dissertação de mestrado, o pesquisador Rogério

⁵⁵Disponível em: <http://www.senado.gob.mx/comisiones/relext_orgint/ungass/docs/presentaciones/Catalina-Perez-Correa-senado-UNGASS.pdf>. Acesso em 23.06.2018.

Tafarello⁵⁶ analisou a evolução das relações entre drogas e humanos, sob o ponto de vista jurídico, criticou a imposição do modelo proibicionista, refletiu sobre suas consequências e propôs novos paradigmas a serem seguidos pelo Brasil.

Dentre outras conclusões, o mestrando defendeu a alteração da Lei de Drogas para descriminalizar as condutas elencadas por seu artigo 33 e pugnou pela manutenção da proibição de propaganda, fiscalização permanente e controles administrativos, revelando a defesa de uma lei menos punitiva e mais tratativa, conforme trecho⁵⁷ a seguir colacionado:

Para o consumo, igualmente deve haver controles, conquanto jamais de natureza penal. Deve-se indubitavelmente restringir o consumo de drogas em locais públicos ou privados de acesso público, a exemplo da tendência atual das legislações sobre o tabaco. Ao direito penal, então, caberiam figuras realmente relevantes, como a administração ilícita a terceiros de quantidades de drogas aptas a causar graves danos à saúde: a condução de veículo automotor sob influência do uso de psicoativos; a indução, instigação ou auxílio ao consumo danoso de crianças e adolescentes.

Similarmente, Marcelo da Silveira⁵⁸ contemplou em sua pesquisa aquilo que entende por introdução de um dispositivo médico-criminal na lei 11.343/2006, em razão da busca por diferenciação entre usuários e traficantes, que vislumbra os primeiros como doentes que devem ser assistidos por instituições de saúde e os últimos como inimigos perigosos e organizados que merecem punições severas.

Em sua conclusão, o estudioso relatou que mesmo depois das modificações trazidas pela nova lei, usuários continuaram a ser taxados de traficantes e o enfoque médico proposto pela legislação novel acabou sendo eclipsado pelo enfoque punitivo do encarceramento, consoante se vê do seguinte trecho⁵⁹:

...a série temporal interrompida nos mostrou que, a partir de abril de 2007, pode-se observar um aumento cada vez maior de incriminações por tráfico de drogas e diminuição do número de incriminações por uso de drogas. No final do mesmo ano, em 2007, no trimestre outubro- dezembro temos que 81,6% incriminações por tráfico de drogas e 18,4% por uso de drogas. No último ponto –outubro-dezembro de 2009- 87,5% das pessoas foram incriminadas por tráfico de drogas e 12,5% incriminadas por uso de drogas. Ou seja, por meio da utilização de série temporal interrompida, procurei evidenciar que a principal implicação da nova lei de drogas em São Paulo

⁵⁶ TAFARELLO, Rogério Fernando. Drogas: falência do proibicionismo e alternativas de política criminal. Dissertação de mestrado- São Paulo: USP, 2009.

⁵⁷ idem. p. 144.

⁵⁸ CAMPOS, Marcelo da Silveira. Pela metade: as implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. Tese de Doutorado- São Paulo: USP, 2015.

⁵⁹ idem, p. 296.

foi justamente à rejeição do deslocamento dos usuários de drogas para o sistema médico e o envio destes para o sistema de justiça criminal, o que, por conseguinte, é colocado aqui como uma das hipóteses explicativas para a intensificação do encarceramento por drogas.

Dessa forma, pode-se concluir que, nos países que seguiram o modelo por ela proposto, a guerra às drogas não tem conseguido surtir os efeitos desejados, pois inflou os homicídios no México, superlotou as prisões americanas de pessoas pobres, negras e jovens, consumiu recursos que poderiam ser melhor utilizados em áreas como saúde e educação e não diminuiu a procura por entorpecentes. Assim, demonstrada a falência do modelo punitivista, há que se verificar se melhor sorte teve o enfoque do tratamento do usuário.

4.2 Situação dos países que descriminalizaram o uso

Afinados com a recente tendência de enfoque no usuário, diversos países têm colocado as pessoas no centro de suas políticas sobre controle de drogas, adotando protocolos mais realistas e baseados na saúde e nos direitos humanos, sem prejuízo das cautelas que tais medidas demandam. Até mesmo a ONU, que estimulou na década de 1960 o proibicionismo que hoje predomina quando se trata de entorpecentes, tem ensaiado uma mudança na forma como trata do assunto.

Por meio do Escritório Sobre Drogas e Crime, a Organização das Nações Unidas publicou um estudo⁶⁰ em que foi reconhecida a necessidade de os países passarem a se preocupar menos em sancionar e mais em tratar os usuários de drogas. Isso porque, segundo a publicação, diversos cientistas concluíram que a dependência do uso de drogas está frequentemente relacionada a diversos fatores psicossociais, dentre os quais: uma longa história de desvantagem social, traços de personalidade e temperamento, problemas no pré-natal, experiências adversas na infância, baixa educação, ausência de laços familiares e sociais e desordens psíquicas.

⁶⁰UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. From coercion to cohesion: Treating drug dependence through health care, not punishment. New York: United Nations, 2010. Disponível em: <https://www.unodc.org/docs/treatment/Coercion_Ebook.pdf> . Acesso em: 27.06.2018.

Sob essa perspectiva, resta contraproducente uma política que apenas criminalize a incessante oferta de drogas sem devotar-se a contemplar as razões que levam milhões de usuários a obstinadamente demandá-las, mesmo que isso possa levar-lhes à prisão ou à perigosa contração de dívidas com traficantes.

Assim, na Europa, Portugal, Espanha, Itália e Holanda já não mais perseguem judicialmente pequenos usuários de algumas drogas como a maconha, e a França, considerado um dos países europeus mais rígidos no tocante à posse de drogas, iniciou⁶¹ por meio do parlamento uma série de consultas públicas para discutir uma nova legislação que descriminaliza o uso da droga.

O caso de Portugal é peculiar, pois a Lei nº30/2000, que define o regime jurídico aplicável ao consumo de entorpecentes e psicotrópicos, não versa apenas sobre o uso de *cannabis* e também abrangeu a proteção sanitária e social dos usuários. Em seu artigo 2º, o referido diploma determinou que o consumo, aquisição e detenção para consumo próprio de plantas e substâncias contidas em legislação complementar passariam a constituir contra-ordenação, ressaltando que o consumo próprio não poderia exceder à quantidade necessária para o consumo individual de 10 dias, de acordo com os limites fixados pela Portaria nº94/96⁶².

Além de descriminalizar o consumo de drogas para uso pessoal, a nova lei portuguesa também retirou dos tribunais o julgamento dos ilícitos e criou Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência, CDT, que têm dentre outras responsabilidades, fazer juízo sobre a natureza e circunstâncias do consumo. Operando numa rede articulada, essas comissões substituem o trabalho do Judiciário e, pautando-se pela inovação e pelo pragmatismo, adotam estratégias realistas que valorizam as necessidades psicossociais de cada usuário a fim de aproximá-los dos serviços da área de saúde.

⁶¹Disponível em: <[http://www2.assemblee-nationale.fr/15/commissions-permanentes/commission-des-lois/missions-d-information/application-d-une-procedure-d-amende-forfaitaire-au-delit-d-usage-illicite-de-stupefiants/\(block\)/43580](http://www2.assemblee-nationale.fr/15/commissions-permanentes/commission-des-lois/missions-d-information/application-d-une-procedure-d-amende-forfaitaire-au-delit-d-usage-illicite-de-stupefiants/(block)/43580)> Acesso em 23.06.2018.

⁶²Portaria n.º 94/96, de 26 de Março. Disponível em :<http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=192&tabela=leis&so_miolo>. Acesso em 23.06.2018.

De acordo com LEMOS et al. (2014, Pág.69)⁶³, as comissões têm a suspensão provisória do processo como opção mais utilizada na cominação de usuários não reincidentes e que não demonstram toxicodependência. Entre julho de 2001 a julho de 2011, das 4.036 decisões prolatadas pelas CDTs, 86% determinaram a suspensão provisória do processo, sendo que destas, 23% lidaram com usuários toxicodependentes, os quais somente foram encaminhados a tratamentos clínicos por manifestarem vontade.

Os referidos autores também concluíram que a nova legislação permitiu um incremento no consumo de drogas, tendo a taxa de experimentação de drogas ilícitas passado de 7,8% da população adulta em 2001 para 12% em 2007, regressando a 10% em 2012, sendo a *cannabis* a droga mais utilizada. No entanto, afirmam que Portugal continua a ostentar um dos mais baixos níveis de consumo de toda a União Europeia.

Com efeito, o último Relatório Europeu Sobre Drogas⁶⁴ revela que a França é o país europeu onde mais jovens entre 15 e 34 anos consumiram *cannabis* no continente no último ano, apresentando uma incidência de 22% de uso nessa faixa etária. Seguem Itália, República Checa, Dinamarca, Espanha, Holanda e Croácia, com taxas de incidência entre 15 e 20%. Quanto à cocaína, apenas Espanha, Irlanda, Holanda e Reino Unido possuem indicadores de consumo acima de 2,5% da população de jovens adultos nos últimos 12 meses da pesquisa.

Segundo VALBOM (2015, Pág.04)⁶⁵, com a mudança da lei, muitos opositores apostaram que aumentaria o consumo de drogas e que Portugal se tornaria um destino turístico para psicotrópicos. Todavia, as previsões pessimistas não se confirmaram e a descriminalização do consumo em Portugal não elevou exageradamente o consumo de drogas no país, que continua a apresentar uma das

⁶³ LEMOS, Clécio; MARONA, Cristiano Ávila; QUINTAS, Jorge. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

⁶⁴ Relatório Europeu Sobre Drogas. Tendências e Evoluções. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2017. Disponível em: <<http://www.emcdda.europa.eu/system/files/publications/4541/TDAT17001PTN.pdf>>. Acesso em 23.06.2018.

⁶⁵ VALBOM, Mônica Sofia Teixeira. O IMPACTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS PARA AS INTERVENÇÕES DE REDUÇÃO DE RISCOS E MINIMIZAÇÃO DE DANOS: ESTUDO DE CASO DO PROJETO KOSMICARE/BOOM FESTIVAL. Dissertação de mestrado. Porto: Católica Porto, 2015.

taxas mais baixas de todo o continente e que agora aproxima os usuários do sistema de saúde, prescrevendo tratamentos aos toxicodependentes no lugar de penas inócuas.

A experiência holandesa também é diferenciada e bastante reconhecida em todo mundo. A Lei do Ópio, de 1928, prevê a ilegalidade da posse e comércio de drogas, porém a promotoria holandesa não inicia a persecução penal se atendidos determinados critérios, sob a justificativa de que o uso de algumas drogas não está associado com um inaceitável risco de saúde. Além disso, o Judiciário do país pode suspender a prisão de criminosos que sejam viciados caso eles se submetam a algum tipo de tratamento de saúde.

Com uma política de tolerância, ao distinguir drogas leves de drogas pesadas⁶⁶, o país possui medidas específicas para cada grupo de drogas e até mesmo permite a comercialização de drogas consideradas leves nas chamadas *coffee shops*. Segundo o próprio governo holandês⁶⁷, o objetivo de permitir a venda de drogas nas cafeterias tem como objetivo prevenir que usuários de drogas leves tenham contato com drogas mais pesadas.

Nesses locais, até mesmo a venda de álcool é proibida e somente pequenas quantidades de drogas derivadas da maconha podem ser transacionadas (até 5 gramas do produto pronto ou 5 pés da planta *cannabis*). De acordo com a lei holandesa, cada município decide as regras que devem ser seguidas pelos estabelecimentos, sendo que no geral, é exigido que não causem distúrbios ao público, não vendam drogas pesadas, não publicizem os produtos comercializados, não vendam grandes quantidades em uma única transação, não estejam situados nas proximidades de escolas e não vendam a menores de idade.

Entretanto, é importante observar que, desde 2013, em razão da grande atração de usuários de outros países, o governo holandês passou a exigir a comprovação de residência no país para a aquisição de drogas e fechou diversos estabelecimentos comerciais que não seguiam as regras legais. Na capital e mais

66 TAFARELLO, Rogério Fernando. Drogas: falência do proibicionismo e alternativas de política criminal. Dissertação de mestrado- São Paulo: USP, 2009. Pág. 118.

67Government of the Netherlands. Disponível em:<https://www.government.nl/topics/drugs/why-are-coffee-shops-allowed-to-sell-soft-drugs-in-the-netherlands>. Acesso em 23.06.2018.

populosa cidade do país, Amsterdam, o número de coffee shops foi reduzido⁶⁸ à metade do que era em 1999, caindo de 350 para 165 em 2017.

Além disso, o fato de a Lei do ópio continuar a proibir o cultivo da cannabis em quantidades superiores às estabelecidas pela lei dificulta a logística de comerciantes⁶⁹ que tentam obedecer as regras governamentais e estimula o narcotráfico. De acordo com a associação de policiais holandeses⁷⁰, apesar de as estatísticas oficiais indicarem redução na criminalidade, a realidade é que muitos crimes não são reportados e organizações criminosas se escondem por detrás da fachada de negócios como hotéis, agências de turismo e corretagem de imóveis, contribuindo para traficar drogas pesadas como cocaína e ecstasy, transformando a Holanda num narcoestado.

Na Espanha, considerado um dos lugares mais liberais da Europa, não há a penalização da posse para consumo pessoal de drogas como a maconha, porém, em 1992, com a aprovação da *Ley sobre Protección de Seguridad Ciudadana*, permite a aplicação de multas a consumidores que a utilizem em espaços públicos. Isso fez com que proliferassem centenas de clubes⁷¹ de *cannabis* pelo país, sob o amparo constitucional do direito à intimidade e do direito à associação.

Alarmado com a possibilidade de aumento do consumo, o governo central⁷², por meio do Ministério da Saúde, Consumo e Bem Estar Social desenvolveu uma estratégia nacional sobre adicções e um plano de ação sobre drogas. Partindo de uma política de redução de danos, que reconhece o álcool como uma droga cujo consumo excessivo é o primeiro problema de saúde pública

68 City of Amsterdam. Policy: Coffeeshops. Disponível em: <https://www.amsterdam.nl/en/policy/policy-safety/policy-coffeeshops/>. Acesso em 23.06.2018.

69 SCHUETZE, Christopher F. Solving the Dutch Paradox: Legal to buy, but Not to Grow. The New York Times. New York, Mar. 2018. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2018/03/25/world/europe/netherlands-marijuana-legalization.html>. Acesso em 23.06.2018.

70BOFFEY, Daniel. Netherlands becoming a narco-state warn Dutch police. The Guardian. London, Fev. 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2018/feb/20/netherlands-becoming-a-narco-state-warn-dutch-police>. Acesso em 23.06.2018

71 HUDSON, Russ. El futuro de los clubes de cannabis em España. VICE España. Disponível em: <https://www.vice.com/es/article/gv7v4m/futuro-club-cannabis-espana-ley-marihuana-weedweek2017>. Acesso em 23.06.2018.

72Gobierno de España. Plan Nacional sobre Drogas. Disponível em: <http://www.pnsd.msssi.gob.es/pnsd/planAccion/home.htm>>. Acesso em 23.06.2018.

do país, a Espanha pratica intervenções preventivas, que buscam reduzir fatores de risco e aumentar fatores de proteção.

Subdivididas em universais, seletivas e indicadas, as intervenções do governo espanhol aplicam diferentes estratégias para diferentes tipos de usuários de drogas, reconhecendo assim, as inúmeras causas que conduzem à drogadição. No tocante à redução de risco, a política espanhola tem como finalidade reduzir os efeitos negativos do uso de drogas, evitando que o consumo esporádico e experimental se converta em uso continuado.

Na Itália, o *Decreto del Presidente della Repubblica del 9 ottobre 1990, n. 309*⁷³ é o texto legal que disciplina as substâncias psicotrópicas e estupefacientes, regulando a prevenção, a cura e a reabilitação de toxicodependentes. A referida legislação também não prevê a punição para o uso de drogas, mas a posse para tal fim pode ser objeto de sanções administrativas, como a suspensão da carteira de motorista. Assim como na Holanda, também há uma divisão entre drogas menos perigosas e drogas mais perigosas e estas últimas têm punições por tráfico de até 20 anos, ao passo que a comercialização de cannabis atrai penas de até 6 anos de prisão.

No continente americano, Estados Unidos e Canadá há muitos anos permitem o uso medicinal de maconha em grande parte de seus territórios, ao passo que o uso recreativo converge a uma tendência crescente de legalização. Há poucos dias o Parlamento canadense aprovou e, em outubro de 2018, o país será o segundo do mundo a permitir um mercado nacional de maconha.

Com a aprovação da *Bill C- 45*⁷⁴, o governo do Canadá irá controlar e regular a produção, a distribuição e a venda da *cannabis*. A nova lei objetiva prevenir o consumo de jovens, proteger a saúde e a segurança públicas por meio do estabelecimento de padrões mínimos de qualidade e da imposição de rígidas penalidades aos que se dedicarem a atividades criminosas. Também, indo ao encontro do que já foi observado neste trabalho, visa diminuir o impacto da ilegalidade da maconha no sistema de justiça criminal canadense.

⁷³Decreto del Presidente della Repubblica del 9 ottobre 1990, n.309. Disponível em:http://www.federserd.it/files/download/drp_309_9-10-90_aggiornato.pdf. Acesso em 23.06.2018.

⁷⁴ Bill C-45. Disponível em:<https://openparliament.ca/bills/42-1/C-45/>. Acesso em 23.06.2018.

Na América do Sul, Argentina, Chile⁷⁵, Paraguai e Colômbia⁷⁶ também legalizaram o uso medicinal da cannabis e caminham a passos largos para descriminalizar a posse de maconha. O Uruguai, por sua vez, foi ainda mais longe, quando, em 2013, tornou-se o primeiro país do mundo a possibilitar que seus cidadãos comprem maconha em farmácias⁷⁷ ou a plantem em seus quintais.

No entanto, controlando desde o cultivo até a distribuição, o governo uruguaio ainda tem problemas para suprir a demanda legal da droga, pois além da resistência de parte da população e dos comerciantes em aceitar a venda da droga, posto que apenas sete farmácias de Montevideo aderiram ao programa oficial, ainda há inúmeras dificuldades⁷⁸ burocráticas no cultivo individual e estatal da droga.

À vista disso, observa-se que a legislação de vários países desenvolvidos, além de legalizar o uso medicinal, também descriminaliza o uso recreativo ou não aplica com rigor as disposições punitivas a usuários. Contudo, essa política despenalizante adota tabelas com intuito de diferenciar as drogas de acordo com seu potencial de dependência e continua a indicar métodos terapêuticos para os adictos em crises, o que revela o caráter pragmático de uma política que assume os riscos da tolerância, mas não deixa de agir com as cautelas que o tema exige.

⁷⁵ TELE 13. Diputados aprueban en general proyecto que regula el uso medicinal de la Cannabis. Disponível em: <<http://www.t13.cl/noticia/politica/diputados-aprueban-general-proyecto-regular-uso-medicinal-cannabis>> Acesso em 23.06.2018.

⁷⁶ Gobierno de Colombia. Cannabis de uso medicinal. Disponível em: <https://www.minsalud.gov.co/salud/MT/Paginas/cannabis-uso-medicinal.aspx>. Acesso em 23.06.2018.

⁷⁷ CUÉ, Carlos E.; MARTÍNEZ Magdalena. Uruguay revoluciona la política de drogas mundial con la venta de marihuana en farmacias. El País. Madrid. Jul. 2017. Disponível em: <https://elpais.com/internacional/2017/07/01/america/1498915815_792114.html>. Acesso em 23.06.2018.

⁷⁸ LA Nación. El gobierno de Uruguay busca aumentar la producción de marihuana. Jun. 2018. Disponível em: <https://www.lanacion.com.ar/2143612-el-gobierno-de-uruguay-busca-aumentar-la-produccion-de-marihuana>. Acesso em 23.06.2018.

CONCLUSÃO

Caracterizados pela doutrina como crimes de perigo abstrato que colocam em risco a saúde pública, os delitos relacionados ao uso, posse e comércio de drogas têm como justificativa a intenção do legislador em prevenir a utilização de substâncias psicoativas pela população. Sob a escusa de proteger os cidadãos de seus próprios atos ou de influenciar no vício de outrem, o Estado restringe o pleno exercício da vida privada para atender a um suposto benefício de toda a coletividade.

Essa proibição, que já alcançou outras substâncias como o álcool, nos Estados Unidos da década de 1920, está afiançada por diversas convenções da Organização das Nações Unidas, apesar de a própria ONU, mais recentemente, ter ensaiado um arrefecimento no tom punitivista. Além disso, a mesma entidade já reconheceu que a drogadição está geralmente relacionada a ambientes socioeconômicos desfavoráveis, pelo que recomenda a seus membros, desde 1961, o desenvolvimento de programas condutores à salutar condição psicofísica dos jovens para evitar que sejam impelidos ao uso de drogas.

A legislação brasileira, apesar de prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de buscar distinguir usuários de traficantes, ainda não descriminalizou a conduta de posse de substâncias entorpecentes. Por conseguinte, usuários continuam passíveis de penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas, não tendo os julgadores aceitado teses defensórias que sustentem a atipicidade, insignificância ou inconstitucionalidade da posse de drogas para uso próprio.

Outrossim, a intrincada redação do §2º do art. 28 da Lei de Drogas não prevê critérios objetivos conducentes a um maior grau de segurança no escrutínio judicial, delegando ao juiz a complexa tarefa de determinar, muitas vezes com parco acervo probatório, se o réu submetido ao seu arbítrio é usuário ou dedica-se ao tráfico de substâncias proscritas pela Portaria SVS/MS nº 344, editada desde 1998 pela Anvisa.

O resultado dessa angustiante subjetividade é a comprovada discrepância na fundamentação de julgamentos, que culminam na absolvição de acusados que detêm recursos financeiros até mesmo para plantar maconha em estufas, ao mesmo tempo em que imputam a pecha de traficantes àqueles detidos com quantidade menor de plantas psicotrópicas.

De acordo com a fundamentação de um dos julgados examinados no capítulo 2, a condenação criminal exige certeza absoluta da responsabilidade do acusado, sendo suposições e provas contraditórias insuficientes para mitigar o *in dubio pro reo*. Contudo, nem todos os magistrados seguem a mesma linha de raciocínio e sentenciam réus primários a penas privativas de liberdade apenas com base no depoimento de policiais.

Mormente por causa dessa inadequada ausência de critérios objetivos aptos a distinguir usuários de traficantes, desde sua emergência, a Lei de Drogas fez o número de presos por tráfico aumentar em quase 500%, passando a representar em torno de 33% da população carcerária. Com isso, pode-se concluir que o advento da Lei nº 11.343/2006 promove o envio de milhares de jovens, negros, pobres e não escolarizados aos desumanos presídios brasileiros, já que esse é o perfil predominante nesses estabelecimentos estatais.

Com penas de até 20 anos de reclusão, diversas condutas tipificadas pela Lei de Drogas não são suscetíveis à concessão de graça, anistia, indulto, fiança e determinam o início de cumprimento de pena em regime fechado, dada a equiparação dos crimes de tráfico de drogas aos hediondos. Desse modo, a nova lei provocou algumas teratologias penais, punindo com mais dureza o indivíduo que planta uma substância natural do que alguém que espanque ou tente estuprar alguém, consoante demonstrado no capítulo 2.

Uma vez destinados aos presídios, onde quase 135 mil presos respondem por crimes relacionados ao tráfico, réus primários, por vezes até mesmo sem qualquer sentença condenatória, convivem lado a lado com criminosos contumazes. A maioria tem de sobreviver à fatigante rotina de anos inteiros sem poder participar de atividades educativas e laborais que lhes propiciem escolhas de vida saudáveis a partir do término da pena, já que menos de 15% daqueles privados

de sua liberdade trabalham ou estudam nos presídios, o que desvela completo desrespeito às disposições constitucionais e fixadas pela Lei de Execução Penal.

Esse quadro hediondo do sistema penitenciário brasileiro foi reconhecido até mesmo pela instância máxima do Poder Judiciário, o STF. Em julgamento da ADPF nº 347, a Corte admitiu a violação grave, massiva e persistente de inúmeros direitos dos presos, como assistência educacional, assistencial e à saúde. Por conseguinte, restou assente o completo desrespeito do governo brasileiro à Lei de Execução Penal e à Constituição Federal, num estado de coisas inconstitucional que impede com que 7 em cada 10 presos deixem de reincidir em condutas criminosas.

Para as mulheres presidiárias a situação é ainda mais preocupante. Cerca de 70% delas estão presas por condutas ligadas ao tráfico de drogas, sendo em grande parte recrutadas por namorados, maridos e filho para o transporte de pequenas quantidades de drogas. Isso denota que até mesmo a estrutura hierárquica do tráfico segue o patriarcalismo predominante na sociedade como um todo, relegando à mulher as funções mais vulneráveis e suscetíveis de penalização.

Nos presídios brasileiros, também as Regras de Bangkok para o tratamento de mulheres presas são descumpridas, tendo elas de sofrer com diversos abusos. Além do afastamento compulsório de seus filhos e da ausência de ambientes salubres, até mesmo o convívio forçado com homens lhes é imposto, como restou evidenciado no caso da adolescente de 15 anos, queimada, torturada, estuprada e espancada ao ter que dividir cela com 34 homens, durante 26 dias.

Por outro lado, este trabalho também mostrou a jurisprudência positiva da Corte Constitucional brasileira ao pugnar pelo entendimento de que a conduta tipificada pelo §4º, do art.33, da Lei nº 11.343/06 não equivale às modalidades previstas no caput e §1º do referido dispositivo e, portanto, não se equipara aos crimes hediondos. Desse modo, a figura jurídica do tráfico privilegiado concede um tratamento diferenciado ao pequeno e eventual traficante, adotando o princípio da individualização da pena ao reconhecer sua vulnerabilidade e autorizar a concessão de benefícios legais afastadores da pena privativa de liberdade.

Ademais, foi destacada a auspiciosa atuação de um grupo de advogados que ajuizou o Habeas Corpus Coletivo nº 143.641 perante o Supremo Tribunal Federal. Com o deferimento desse remédio constitucional, milhares de rés primárias nas condições de gestante, puérperas e mães de crianças de até 12 anos de idade tiveram a prisão preventiva substituída pela prisão domiciliar. Isso permite não só o aprimoramento das condições de milhares de mães e filhos, como também o estímulo à adoção pelo Judiciário de medidas alternativas que contribuam para o esmorecimento da onda punitivista agravada pela Lei de Drogas.

No último capítulo, apontou-se que a abordagem repressora da complexa questão das drogas, iniciada pelo governo americano durante a presidência de Richard Nixon, não logrou êxito em cumprir seus objetivos em nenhum dos países analisados no trabalho. Ao contrário, há quase meio século em vigor, a política de guerra às drogas apenas testemunha o vertiginoso crescimento do consumo de entorpecentes e do quase trilionário mercado global de substâncias estupefacientes.

Como se não bastasse não atingir suas metas, o modelo proibicionista teve como efeitos adversos a marginalização de usuários, os quais, além de estigmatizados e sem perspectivas de receber tratamentos eficazes, ainda podem ter de cumprir longas penas se incursos também pelo crime de tráfico. De acordo com pesquisas de autores americanos, o percentual de detentos por crimes relacionados a entorpecentes nas prisões federais dos Estados Unidos saltou de 21,5% em 1980 para 52,4% em 2010, enquanto nas prisões estaduais do país o aumento foi de 1100% nas últimas décadas.

Grande parte desse incremento pode ser atribuída à previsão da lei americana que punia mais rigorosamente o possuidor de 5 gramas de crack do que aquele apreendido com até 100 vezes a mesma quantidade de cocaína. Desse modo, na opinião de alguns estudiosos, descortina-se um racismo institucional do governo federal americano, pois, até a mudança da lei antidrogas em 2010, o crack, mais usado em bairros mais pobres e com mais negros, era considerado mais perigoso que a cocaína, mais consumida pela elite.

Já no México, a luta contra os cartéis deixou mais de 170 mil assassinados, mas permitiu a construção de um império de 12 bilhões de dólares pelo líder do cartel de Sinaloa, El Chapo Guzman. Além disso, o país latino

contabilizou mais de 300 mil detidos e presos por consumo e posse de substâncias entorpecentes.

Noutro norte, ficou demonstrado no trabalho que as previsões pessimistas dos conservadores acerca do aumento exacerbado no consumo e na criminalidade, não se concretizaram em países que descriminalizaram o uso de drogas como a maconha, ao menos de acordo com cifras oficiais, cumpre ressaltar. Em Portugal, país onde desde 2000, o consumo de pequenas quantidades de substâncias entorpecentes não é crime, a taxa de experimentação de drogas entre os jovens é metade da taxa obtida na França, onde a posse continua a ser crime.

Com isso, o presente trabalho almeja ter podido expor a hipocrisia que representa a atual política de guerra às drogas da qual se perfilha o governo brasileiro. A partir da análise do relativo sucesso dos modelos descriminalizantes, como o português, que ainda adota critérios quantitativos para distinguir usuários de traficantes e das decisões do Judiciário em que a privação da liberdade foi substituída por medidas alternativas, espera-se que este texto tenha ao menos contribuído para despertar a reflexão dos agentes jurídicos e políticos na busca por medidas que priorizem o cuidado com a prevenção às drogas no lugar da popular, porém, infundamentada repressão a seu uso.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Sistema Penitenciário no Brasil: Problemas e desafios. In Revista da USP. São Paulo: USP, 1991.

ALESSI, G. Alameda, D. GALÁN, J. A bomba-relógio da população carcerária no Brasil. El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/05/politica/1483624203_712909.html>. Acesso em 03 de novembro de 2017

ALVAREZ, Marcos. Perspectivas sombrias: a violência da instituição prisional. In: HISTÓRIA DAS PRISÕES NO BRASIL, VOL. I e II Clarisse Nunes Maia, Marcos Luiz Bretas, Marcos Costa e Flávio de Sá Neto (orgs.)

BARBOSA, Renan. Lei de Drogas: a distinção entre usuário e traficante, o impacto nas prisões e o debate no país. Nexo. Disponível em:<<https://www.nexojournal.com.br/explicado/2017/01/14/Lei-de-Drogas-a-distin%C3%A7%C3%A3o-entre-usu%C3%A1rio-e-trafficante-o-impacto-nas-pris%C3%B5es-e-o-debate-no-pa%C3%ADs>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

BARROCAL, André. Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar. Carta Capital. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral, 1.17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BIZZOTTO, A.; RODRIGUES, A. de B.; QUEIROZ, P. Comentários Críticos à Lei de Drogas. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BOBO, Lawrence D. and THOMPSON, Victor. Racialized Mass Incarceration Poverty, Prejudice, and Punishment. in *Doing Race: 21 Essays for the 21st Century*, edited by Hazel R. Markus and Paula Moya. New York: Norton, 322-355.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras/ Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2017

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 03 de novembro de 2017.

BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de Julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em 03 de novembro de 2017.

BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em 29 de outubro de 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Diagnóstico dos homicídios no Brasil : subsídios para o Pacto Nacional pela Redução de Homicídios / Cíntia Liara Engel ... [et al.]. -- Brasília : Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Infopen.Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Pela metade: as implicações da nova lei de drogas no sistema de justiça criminal em São Paulo. Tese de Doutorado- São Paulo: USP, 2015.

CHERNICHARO, Luciana Peluzio. Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil / Luciana Peluzio Chernicharo – 2014.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Legislação penal especial / Victor Eduardo Rios Gonçalves, José Paulo Baltazar Junior; coordenador Pedro Lenza. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

GRECO Filho, Vicente. Manual de processo penal / Vicente Greco Filho. – 9. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. - 17. ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2015.

LEMOS, Clécio; MARONA, Cristiano Ávila; QUINTAS, Jorge. Drogas: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

LIMA, Raquel da Cruz. MULHERES E TRÁFICO DE DROGAS: UMA SENTENÇA TRIPLA – PARTE I. ITTC. Disponível em: <http://itc.org.br/mulheres-e-traffic-de-drogas-uma-sentenca-tripla-parte-i/>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal comentado / Guilherme de Souza Nucci. – 15. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OHNESORGE, Rui. A EDUCAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO, E SUA IMPORTÂNCIA NA RESSOCIALIZAÇÃO. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-educacao-no-sistema->

[penitenciario-sua-importancia-na-ressocializacao.htm](#)>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal / Eugênio Pacelli. – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

PÊCEGO, Antônio José F. de S. NETO, Zaiden Ceriage. Crack: Internação Compulsória e Cidadania. In: Revista da AJURIS - v. 40 - n. 130 - Junho/2013.

PEREIRA, Néli. Lei de drogas é 'fator chave' para aumento da população carcerária, diz ONG. BBC Brasil. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/lei-de-drogas-e-fator-chave-para-aumento-da-populacao-carceraria-diz-ong.ghtml>> Acesso em 03 de novembro de 2017.

Revista Consultor Jurídico. Para Guilherme Nucci, não há nada a comemorar nos 10 anos da Lei de Drogas. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-04/nucci-nao-nada-comemorar-10-anos-lei-drogas>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

ROTHWELL, Jonathan. Drug offenders in American prisons: The critical distinction between stock and flow. Brookings. Disponível em: <<https://www.brookings.edu/blog/social-mobility-memos/2015/11/25/drug-offenders-in-american-prisons-the-critical-distinction-between-stock-and-flow/>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

SANDOVAL, Pablo Ximenez de. A Califórnia esvazia suas prisões superlotadas. El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/13/internacional/1426283301_978120.html> . Acesso em 03 de novembro de 2017.

SILVA, César Dario Mariano da. Lei de drogas comentada. 2ª ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

TAFARELLO, Rogério Fernando. Drogas: falência do proibicionismo e alternativas de política criminal. Dissertação de mestrado- São Paulo: USP, 2009.

THE EDITORIAL BOARD. High Time: An Editorial Series on Marijuana Legalization. The New York Times. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/interactive/2014/07/27/opinion/sunday/high-time-marijuana-legalization.html>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

TORCATO, Carlos Eduardo Martins. Breve História da Proibição das Drogas no Brasil: Uma Revisão. In: Inter-Legere. Revista do PPGCS/UFRN. Natal-RN, n.15, jul./dez., p. 138–162.

VALBOM, Mônica Sofia Teixeira. O IMPACTO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIAS PSICOATIVAS PARA AS INTERVENÇÕES DE REDUÇÃO DE RISCOS E MINIMIZAÇÃO DE DANOS: ESTUDO DE CASO DO PROJETO KOSMICARE/BOOM FESTIVAL. Dissertação de mestrado. Porto: Católica Porto, 2015.

VEIRAS, José Luis. A Decade of Failure in the War on Drugs. The New York Times. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2016/10/10/opinion/a-decade-of-failure-in-the-war-on-drugs.html>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

VELASCO, Clara. D'AGOSTINO, Rosanne. REIS, Thiago Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas. G1. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-Cpresos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

WACQUANT, Loic. As prisões da miséria. Tradução de André Teles. São Paulo: Coletivo Sabotagem, 2004.

WILLIAMS, Timothy. Marijuana Arrests Outnumber Those For Violent Crimes, Study Finds. The New York Times. Nova York, 12. Out. 2016. Disponível em:<<https://www.nytimes.com/2016/10/13/us/marijuana-arrests.html>>. Acesso em 03 de novembro de 2017.

World Prison Brief. Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All>. Acesso em 03 de novembro de 2017.