

A DESPROPORCIONALIDADE DA LEI DE DROGAS: OS CUSTOS HUMANOS E ECONÔMICOS DA ATUAL POLITICA NO BRASIL¹

Por Luciana Boiteux² e João Pedro Pádua^{3 4}

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende discutir a desproporcionalidade da reação social punitiva a delitos envolvendo drogas ilícitas, tanto na perspectiva abstrata – indicação legal da escala penal e aumento das penas do crime de tráfico, comparado com outros delitos -, como na concreta – desproporcional representatividade dos condenados por tal delito no sistema penitenciário brasileiro, combinada com os custos concretos decorrentes dessa opção política, tanto econômicos quanto humanos. Serão analisadas, portanto, a racionalidade da resposta penal e as consequências da atuação do sistema penal punitivo na realidade social dos processados e condenados pelos crimes relacionados às drogas (tidas por) ilícitas.

Tal política punitiva, ao priorizar a prisão e deixar em segundo plano a prevenção e o tratamento, é apontada como responsável pelo aumento da superpopulação carcerária em quase todo o mundo, sendo o foco deste estudo a situação específica do Brasil, que não foge à regra do fenômeno observado em outros países. A relevância dessa análise está no fato de que este país, de dimensões continentais, possui a quarta maior população penitenciária do mundo, ao mesmo tempo em que pouco investe em infraestrutura prisional, tendo sofrido grande impacto das políticas criminais de drogas.

Pretende-se, assim, preencher uma lacuna existente nos estudos sobre o tema, tendo em vista que, ao contrário dos Estados Unidos, no Brasil e no restante da América Latina os dados sobre o sistema penal são escassos e pouco divulgados. Pretende-se, com isso, contribuir para uma reflexão visando à transformação do modelo atual punitivo num modelo mais humano e respeitador de direitos.

Este artigo inicia-se com a exposição da metodologia e do conceito de proporcionalidade das leis

¹ A versão em língua espanhola deste artigo foi originalmente publicada como capítulo intitulado “La desproporción de la Ley de Drogas: los costes humanos y económicos de la actual política en Brasil”. In: CORREA, Catalina Pérez. (Org.). *Justicia desmedida: Proporcionalidad y delitos de drogas en America Latina*. 1ed. Ciudad de Mexico: Fontamara, 2012, p. 71-101.

² Professora Adjunta de Direito Penal e Coordenadora do Grupo de Pesquisas em Política de Drogas e Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

³ Professor da Universidade Federal Fluminense, Diretor Jurídico da ONG Psicotropicus.

⁴ Colaboraram com esse trabalho como assistentes de pesquisa Camila Soares Lippi (Bolsista Cnpq, e bacharel em Direito pela UFRJ), Gabriel Duque Estrada (Bacharel em Direito pela UFRJ) e Nathalya Valério (Bolsista Cnpq e bacharelanda em Direito pela mesma instituição). Os autores agradecem os comentários feitos à primeira versão do texto, que permitiram o aprimoramento desse trabalho por Maurides Ribeiro, Christiano Frago, Pien Metaal e Alejandro Corda. Agradecemos também aos alunos que se incorporaram posteriormente ao grupo, e que colaboraram com a revisão dos dados e a elaboração das tabelas: Jeferson Queiroz dos Santos, Maudyr de Vaz Ribeiro, Natalia Sant’anna de Figueiredo (Bolsista UFRJ) e Vinicius Pinheiro Silveira Rosa (bolsista PIBIC/UFRJ).

em matéria penal, para, após, no capítulo seguinte, ser analisada a desproporcionalidade da pena do delito de tráfico de drogas em relação a outros crimes previstos no Código Penal, na perspectiva abstrata, em relação às penas previstas em lei para cada delito. No III capítulo, se estudará a desproporcionalidade em concreto, ou seja, como a operacionalidade seletiva e discriminatória do sistema penal atua em delitos relacionados às drogas ilícitas, seguida da análise dos custos decorrentes desta opção de política criminal punitiva, tanto em relação aos gastos penitenciárias, como também aos sensíveis custos humanos, por meio do exemplo de um usuário condenado a seis anos de prisão por portar cerca de 25g de maconha.

Pretende-se, ao final, responder, a partir dos dados e fatos analisados, a respeito da conveniência/necessidade adequação (isto é: da proporcionalidade) de criminalização desses delitos nos moldes da política atual adotada.

I. A Questão da Proporcionalidade das Leis em Matéria Penal

Este trabalho adota como metodologia a avaliação da parte penal da Lei n. 11.343/2006, com base nos parâmetros normativos dados pelo princípio da proporcionalidade. Especificamente, isso quer dizer que o trabalho se propõe a aferir de que forma tanto a criminalização de condutas pela lei, em abstrato, quanto sua aplicação e execução concreta se relacionam com a proporcionalidade que deve ser exigida em todo sistema jurídico – e, ainda mais, das leis penais, que mais gravemente atingem os direitos fundamentais do cidadão. Neste sentido, trata-se de uma investigação que trabalha a interface entre normas jurídicas e fatos concretos.

A adaptação do princípio da proporcionalidade para questões especificamente penais vem chamando a atenção dos juristas já há muitos anos. Neumann⁵ faz ampla citação da literatura jurídica na Alemanha, bem como de julgados do Tribunal Constitucional Federal Alemão que tratam da questão. Em Língua Portuguesa, Jorge de Figueiredo Dias⁶ também faz ampla discussão e uso do princípio para fins de tratar da legitimidade político-criminal dos fatos puníveis criminais, e também para propor novos esquemas analíticos para conceitos da Teoria do Crime e da Teoria da Pena.

De maneira geral, o aspecto central na utilização do princípio da proporcionalidade em matéria de Direito Penal será a de averiguar qual resposta deve ser dada às duas questões centrais do Direito Penal: a questão sobre se se deve punir, e questão de como e em que medida punir – tendo em vista,

⁵ NEUMANN, U.. O principio da proporcionalidade como principio limitador da pena. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 71, mar.-abr. 2008, p. 223.

⁶ FIGUEIREDO DIAS, J. O comportamento criminal e a sua definição: O conceito material de crime. In: _____. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999. p. 51-85. Cf, no Brasil, por todos, GOMES, Mariangela Gomes Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

de um lado, a questão da relação entre as leis penais em si, e, de outro, os efeitos sociais concretos que tais leis penais geram. Neste sentido, Neumann⁷ propõe que o princípio da proporcionalidade atue como um limite horizontal (para a questão do “se punir”) e também como um limite vertical (para a questão do “como punir”) ao Direito Penal.

Portanto, no aspecto penal, o princípio da proporcionalidade cria um teste normativo para as normas penais. Esse teste tem dois aspectos: um aspecto mais fático-empírico e um aspecto mais normativo⁸.

Em relação ao primeiro aspecto, a questão principal que uma norma penal tem de responder é se a incriminação de uma determinada conduta é necessária e conveniente em relação ao objetivo final que é o de proteger as pessoas e as comunidades de condutas sociais especialmente danosas. Em outras palavras: dado que se quer evitar determinadas condutas, o jeito mais conveniente de evitá-las seria através da criminalização?

Em relação ao segundo aspecto, a questão principal é se a incriminação de uma conduta por uma norma penal realmente protege as pessoas e as comunidades de um dano causado pela conduta criminalizada e em que medida a quantidade de pena para essa conduta está em consonância com a sua capacidade danosa. Em outras palavras: dado que se vai criminalizar uma conduta, ela realmente causa (perigo de) dano relevante às pessoas e à sociedade? E a quantidade de pena tem coerência com a capacidade dessa conduta para gerar esse (perigo de) dano?

As duas fases do teste da proporcionalidade estão intimamente imbricadas. Para responder à pergunta sobre a conveniência/necessidade de uma criminalização, é preciso responder se há um dano social a ser evitado através dessa incriminação. Por outro lado, para responder à pergunta sobre a capacidade de (perigo de) dano de uma conduta e sobre a sua gravidade, é preciso responder acerca dos efeitos sociais e da conveniência de incriminar tal conduta. A distinção, portanto, serve mais a propósitos analíticos, mas, como será visto, se mostra elucidativa no caso da Lei 11.343/2006, já que, neste caso, todas as respostas para ambas as perguntas é “não”.

II. A Desproporcionalidade da Lei n. 11.343/2006 em Abstrato: Falta de Sistemática das Incriminações e Violação à Adequação da Pena Cominada⁹

A coerência interna do sistema de normas penais incriminadoras é exigência de legitimidade imposta pelo princípio da proporcionalidade, no seu aspecto de adequação. Embora a

⁷ Op. Cit., p. 213.

⁸ BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ela (Coord.) *et alli*. *Tráfico de drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Brasília (Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça), n. 1, 2009, p. 31-34.

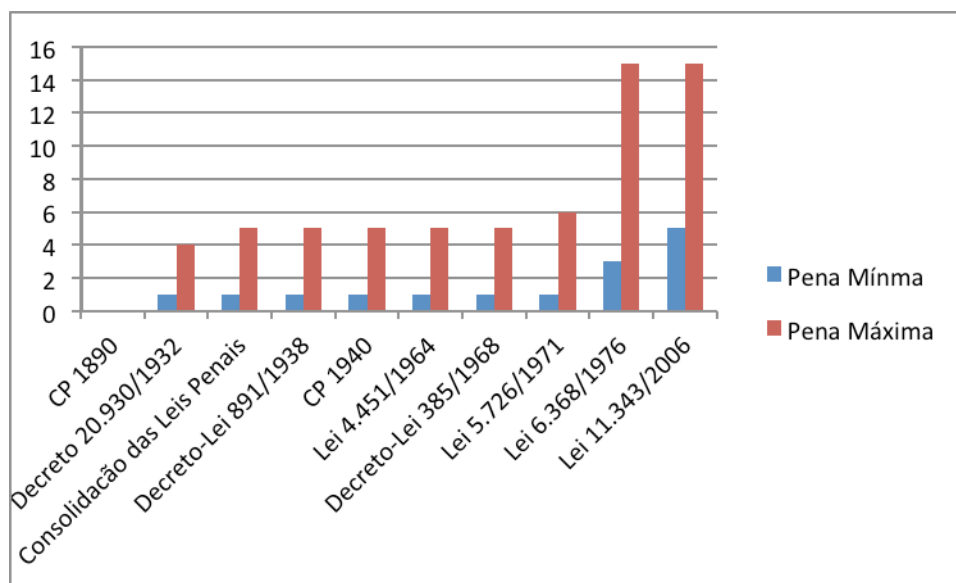
⁹ Destaca-se que está em andamento no Congresso Nacional Brasileiro uma discussão sobre a Reforma do Código Penal, tendo sido criadas duas Comissões para estudar as leis atuais e propor alterações, inclusive de crimes e penas na Parte Especial do CP.

criminalização de determinada conduta seja uma escolha legislativa, tal opção, para ser justificada, não pode ser aleatória. Ela deve obedecer a parâmetros de racionalidade tanto na seleção da conduta incriminada, quanto na escolha dos parâmetros de sanção (isto é: mínimo e máximo de pena e tipo de pena).

Uma maneira de medir essa coerência normativa interna do sistema penal é colocar lado a lado algumas normais penais incriminadoras-chaves, para o fim de considerar se tanto as incriminações quanto as quantidades de pena obedecem a alguma sistematicidade subjacente identificável. Esse tipo de medição fica ainda mais significativo quando se adiciona uma perspectiva histórica, de modo a demonstrar as variações na criminalização de condutas e na quantidade de pena associada a cada uma delas, ao longo do tempo (ou seja: em perspectiva diacrônica).

Na redação original do fato criminoso, que deu origem ao que hoje se denomina de tráfico de drogas no direito brasileiro, prevista no primeiro Código Penal da República, de 1890, ainda não havia distinção entre substâncias lícitas e ilícitas¹⁰, e a única pena prevista era a de multa. De lá para cá, foram nada menos que nove alterações legislativas (dez leis no total¹¹), em um forte movimento de aumento da quantidade de penas e adição de novas condutas à incriminação. O gráfico abaixo expressa esse desenvolvimento histórico.

Tabela I: Evolução Histórica do Crime de Tráfico de Drogas



É notável observar a grande variação na pena para tal delito, notadamente o aumento da pena máxima na Lei de 1976, justamente quando o discurso de “guerra às drogas” começa a ganhar força

¹⁰ O Código Penal de 1890, no seu art. 159, falava em “substâncias venenosas”. Para um apanhado da evolução histórica do crime de tráfico, cf. BOITEUX, Luciana. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

¹¹ Não foi inserida nesse histórico a Lei 10.409/2002. Embora ela tenha revogado grande parte da Lei 6.368/1976, a parte mais especificamente penal dela (o foco desta parte do trabalho) acabou nunca entrando em vigor, de modo que se considera desnecessária sua inclusão na série histórica das penas expostas na Tabela I.

internacionalmente, tendo sido alterada a anterior escala penal, que era de um a cinco anos de pena de prisão, para um parâmetro de três a quinze anos¹², havendo um aumento de trezentos por cento, (ou de três vezes), tanto para a pena mínima, quanto para a máxima. Destaca-se, ainda, que a mais recente alteração sofrida pelo crime de tráfico de drogas, com a vigente Lei n. 11.343/2006, aumentou ainda a pena mínima, de três para cinco anos, embora tenha mantido a pena máxima em quinze anos.

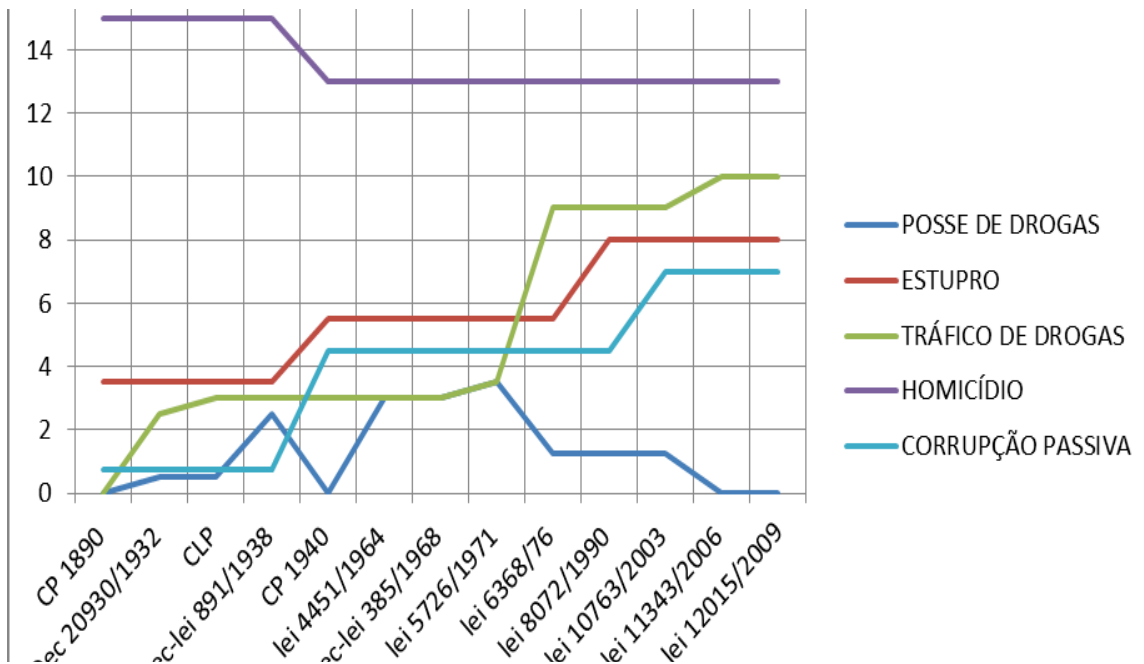
No delito de tráfico de drogas há, historicamente, uma grande variação legislativa, todas elas no sentido de aumentar ou manter os parâmetros de pena anteriores¹³. Por outro lado, se o compararmos com outros crimes, tem-se, numa perspectiva histórica, maior estabilidade na resposta penal em outros delitos, como pode ser visto na tabela abaixo. Optou-se, no gráfico, pela utilização das médias aritméticas entre as penas mínimas e máximas previstas, de modo a se ter uma visão mais geral¹⁴:

¹² Na verdade, a Lei n. 5.726/1976 tinha aumentado a pena máxima para seis anos, mas esse aumento pode ser desconsiderado para efeito de fixação da tendência.

¹³ Em que pese a Lei n. 11.343/06 tenha estabelecido uma novidade: a possibilidade de redução de pena de 1/6 a 2/3 no caso de réus primários, de bons antecedentes, não dedicados às atividades criminosas e não vinculados ao crime organizado, no parágrafo 4º. do art. 33. Para verificar como a aplicação concreta desse causa de redução de pena foi bastante reduzida na prática, vide BOITEUX, Luciana. *Trafico y Constitución: un estudio jurídico-social sobre el artículo 33 de la Ley de Drogas brasileña y su aplicación por los jueces de Río de Janeiro y Brasília*. In: II Conferência Latino Americana e I Conferência Brasileira sobre Política de Drogas, 2010, Rio de Janeiro. America Latina: Debate sobre Drogas (I y II Conferencias Latinoamericanas sobre Políticas de Drogas. Buenos Aires : Intercambios Sociedad Civil/Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, 2010. v. 1. p. 239-247.

¹⁴ Em outro texto, atualmente em fase de elaboração, se pretende aprofundar mais a questão da comparação entre as penas, incluindo-se a análise das penas mínimas e máximas. Para os objetivos desse texto, no momento, se considera suficiente a comparação das penas médias, que permitem uma análise mais geral.

Tabela II: Evolução Histórica Comparativa das Médias Aritméticas entre as penas mínimas e máximas



Como visto na tabela, é marcante a desproporcionalidade normativa do crime de tráfico de drogas em relação aos demais crimes do Direito Brasileiro, além da grande variação legislativa.

Nessa análise comparada dos tipos penais, inicia-se pelo delito de homicídio¹⁵, considerado o crime básico para a medição de índices de violência, um dos mais severamente apenados no ordenamento jurídico brasileiro, só sendo inferior ao delito de latrocínio (roubo seguido de morte)¹⁶. Ao compararmos o tipo penal de homicídio com o tráfico de drogas, nota-se que aquele não sofreu grandes alterações pontuais no período, diferentemente do outro. No tipo de homicídio, possivelmente por estar incluído no Código Penal, seus parâmetros penais pouco se alteraram (um total de três leis, contra nove no crime de tráfico). No entanto, na linha histórica, a pena média cominada para o homicídio foi reduzida a partir do Código Penal de 1940, enquanto que a pena média do crime de tráfico foi a que mais aumentou entre os delitos estudados. Nesse sentido, enquanto a pena mínima do homicídio se manteve constante (em seis anos), sua pena máxima diminuiu da Consolidação das Leis Penais de 1932 para o Código Penal de 1940 (de 24 para 20 anos).

¹⁵ Aqui, considera-se apenas o homicídio simples (art. 121, *caput*, do Código Penal), tendo em vista que a escala penal do homicídio qualificado no direito brasileiro vai de 12 a 20 anos (art. 121, parágrafo 2º. do Código Penal).

¹⁶ Art. 157, parágrafo 3º., do Código Penal Brasileiro, apenado com pena de 20 a 30 anos, no caso de roubo seguido de morte da vítima.

Além disso, ao se comparar a pena cominada ao tráfico de drogas com a do delito de estupro¹⁷, o qual se destaca pela violação sexual de uma pessoa, mediante violência ou grave ameaça, originalmente o segundo mais severamente apenado pelo direito brasileiro, percebe-se que, na avaliação da dinâmica histórica, a pena máxima para o estupro jamais passou de dez anos, um aumento de menos de cem por cento em relação à sanção máxima inicialmente prevista, enquanto que sua pena mínima aumentou significativamente.¹⁸ Ainda assim, o resultado final é uma pena mínima apenas um ano maior do que a mínima prevista para o tráfico de drogas, e uma pena máxima um terço menor (dez contra quinze anos), devendo ser destacado que, na linha histórica, a pena média para o crime de tráfico de drogas supera a prevista para o estupro.

Igualmente instrutiva é a comparação entre o delito de tráfico de drogas, que não envolve necessariamente violência¹⁹, e o crime de corrupção passiva, de notável importância atual, que também apresenta um acentuado e consistente aumento dos parâmetros sancionatórios. Enquanto o crime de tráfico passou por uma mudança mais radical na sua escala penal, transformando-se de um crime sancionado apenas com multa para um delito cuja escala vai de cinco a quinze anos de prisão, o delito de corrupção passiva no Brasil²⁰, em contraste, passou de uma pena que já era de prisão (de seis meses a um ano) para uma pena de prisão maior (de dois a doze anos), embora ainda bem menor que a pena para o tráfico de drogas (de cinco a quinze anos)²¹.

Merece ser acrescentado, ainda, um outro dado recente: a Lei de Drogas de 2006 criou um novo delito no artigo 36, denominado de “financiamento do tráfico”²², cuja pena mínima (8 anos) é superior à pena mínima do homicídio simples (6 anos), sendo idêntica a pena máxima para este crime (20 anos), o que configura um exemplo do radicalismo da resposta penal nos crimes de drogas, o que pode até vir a ser considerado inconstitucional, pela quebra da racionalidade e da proporcionalidade. Tal elemento se soma na constatação da repressiva visão do legislador brasileiro em relação aos delitos que envolvem drogas ilícitas.

¹⁷ Art. 213 do Código Penal, com redação modificada pela Lei n. 12.015/09: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”.

¹⁸ Especialmente no Código Penal de 1940 (de um para três anos) e na Lei n. 8.072/1990 (de quatro para seis anos), pena esta mantida pela última lei alteradora, Lei n. 12.015/2009.

¹⁹ E que também é considerado, na classificação da literatura do Direito Penal, um crime de perigo abstrato (quanto à estrutura do delito) e de mera atividade (quanto à exigência de resultado empírico). Como este não é propriamente um trabalho dogmático de Direito Penal, não cabem aqui digressões quanto a estas classificações e categorias. Para definições, vide SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 109-110.

²⁰ Art. 317 do Código Penal: “Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa”.

²¹ A mesma situação é observada quanto a outros crimes de funcionários públicos contra a Administração Pública, que também se inserem numa definição ampla (extrajurídica) de “corrupção”, mas não tem esse nome na lei penal. Um exemplo é o crime de peculato, definido no art. 312 do Código Penal vigente (de 1940), que também tem parâmetro sancionatório de dois a 12 anos de prisão.

²² Art. 36. “Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa”.

Em termos de ofensividade, a mensagem passada pelo legislador brasileiro, se levarmos em conta os parâmetros dados pela escala penal dos delitos, é no sentido de que a saúde pública, enquanto bem jurídico tutelado na Lei de Drogas é mais valorado do que o regular funcionamento e probidade da Administração Pública, bem tutelado no crime de corrupção. Contudo, são os desvios de verba e a venalidade dos funcionários públicos, ao reduzirem a verba total do orçamento do Estado, que vão dificultar justamente a universalização da saúde pública e o investimento em políticas de saúde e tratamento. Mas essa lógica estrutural não é incorporada nas discussões sobre a temática.

Como se verá a seguir, além de desproporcional, a reação estatal na forma de altas penas privativas de liberdades aplicada aos vendedores de drogas ilícitas ainda implica em altos custos de encarceramento de pessoas que também irão impactar o orçamento. Com essa afirmação, questiona-se a coerência na resposta estatal aos crimes de drogas, para os quais a privação da liberdade é considerada prioritária, em detrimento de outras políticas que poderiam ser muito mais eficazes na prevenção de sua ocorrência.

Por fim, em relação ao delito de posse de drogas para uso pessoal²³, crime hoje considerado no Brasil como de pequeno potencial ofensivo, eis que não mais admite pena privativa de liberdade, nota-se uma volatilidade marcante, ou seja, uma grande variação, para cima e para baixo, na linha do tempo da pena média prevista em lei. Diferentemente do delito de tráfico, a evolução histórica no Brasil reflete uma política atual menos repressiva, eis que se operou a despenalização²⁴ da conduta a partir de 2006, o que vem sendo considerado como bastante positivo²⁵. Nesse caso, a dificuldade verificada, como será demonstrado mais adiante, é a referente aos limites fluídos e incontroláveis entre as condutas de tráfico e de posse de drogas para consumo pessoal.

A análise conjunta dos dados destes gráficos, portanto, indica que os crimes relacionados a drogas (exemplificados por tráfico e posse para consumo pessoal) ganharam mais atenção do legislador do que quaisquer outros crimes no mesmo período, pelo maior número de leis editadas sobre o tema. Além do mais, no delito de tráfico de drogas, o aumento das penas ocorreu de forma mais consistente no tempo, e mais acentuado do que em todos os demais crimes analisados, incluindo alguns mais associados à violência geral e à sensação de insegurança na sociedade, como homicídio

²³ Art. 28 da Lei n. 11.343/06: “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.”

²⁴ Entende-se por despenalização a manutenção da conduta no rol dos crimes, sem previsão legal de pena privativa de liberdade, como ocorreu no artigo 28 da Lei n. 11.343/06, que previu apenas medidas alternativas à prisão.

²⁵ Para mais detalhes sobre a despenalização da posse de drogas para uso pessoal no Brasil vide BOITEUX, Luciana. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*. v. 217, p. 16-17, 2010.

e estupro. O delito de tráfico de drogas também teve maior aumento de pena do que o crime de corrupção passiva, normalmente associado a uma preocupação crescente da sociedade com maior moralidade, transparência e controle dos agentes públicos, além de ser potencialmente mais danoso para a sociedade, visto que pode ter resultados desastrosos e de longo prazo nas políticas públicas em geral e na atividade fiscalizadora do Estado.

Todos estes dados, derivados de uma análise comparativa sincrônica e diacrônica de tipos de crimes-chave no Direito Penal Brasileiro, demonstram que o crime de tráfico de drogas, em que pese enumere condutas sem violência nem dano direto a vítimas concretas, teve maior aumento de penas do que outros crimes considerados mais graves, eis que intimamente ligados à violência (homicídio, estupro), e do que delitos associados ao funcionamento básico do estado e da sociedade como um todo (corrupção) ²⁶.

Essa constatação se relaciona com o teste de adequação imposto às normas penais pelo princípio da proporcionalidade. A análise comparativa das normas demonstra que não há um critério ou parâmetro subjacente identificável nas edições de normas penais incriminadoras para condutas relacionadas a drogas (*vis à vis* outros crimes). O excesso de importância normativa dada ao crime de tráfico de drogas (e, em certo sentido, também ao crime de posse) contrasta com a pouca relevância normativa vislumbrada com relação aos demais crimes, os quais muito mais diretamente geram danos sociais concretos, com vítimas diretas duramente atacadas nos seus direitos e bens jurídicos (como no homicídio e no estupro), ou com vítimas muito mais numerosas e diversificadas, no tempo e no espaço (como na corrupção).

A essa inadequação normativa dos crimes previstos na Lei 11.343/2006, especialmente do tráfico de drogas) – isto é, desproporcionalidade em um aspecto abstrato – se liga a análise da desproporcionalidade em um aspecto mais concreto que será visto a seguir, com foco nos custos financeiros e humanos criados pela aplicação daquela lei.

III. A Desproporcionalidade da Lei n. 11.343/2006 em Concreto

Após termos visto como o aumento das penas em abstrato do delito de tráfico de drogas foi, historicamente, superior a outros delitos de maior gravidade, mesmo aqueles praticados mediante violência e como, conseqüentemente, o delito de tráfico de drogas se mostra mais gravemente apenado que graves crimes como estupro e corrupção, é essencial verificar como essa política impacta o sistema penitenciário brasileiro, ou seja, se a aplicação na prática das penas cominadas é,

²⁶ Em termos da dogmática do Direito Penal, poder-se-ia dizer que o bem jurídico saúde pública, supostamente protegido pela criminalização de condutas relacionadas a drogas ilícitas é menos afetado por tais condutas do que os bens jurídicos protegidos pelos demais crimes considerados (p. ex.: bem jurídico vida, protegido pela criminalização do homicídio).

ou não, proporcional (concretamente). Para tanto, deve ser verificado, em primeiro lugar, o impacto das condenações por tráfico na realidade das instituições carcerárias brasileiras.

3.1. Lei de Drogas e Encarceramento no Brasil

Trabalhos anteriores já trataram do tema do encarceramento pelo crime de tráfico de drogas ilícitas, nos Estados Unidos²⁷ e na América Latina²⁸. Percebe-se, na prática, uma confluência de políticas internacionais que seguem a lógica do encarceramento em massa como pretensa solução para lidar com a criminalidade relacionada à droga numa realidade carcerária já impactada. Nesse sentido, verificou-se como causa do aumento do número geral de presos na ampla maioria dos países justamente o aumento das condenações pelo delito de tráfico, como as conclusões para a América Latina verificados no estudo coordenado por Metaal e Youngers (2010).

Assim, nas estatísticas gerais que contabilizam o crescimento da população carcerária, foi visto que este decorre tanto do aumento de presos por tráfico de drogas ilícitas como também de usuários dessas substâncias, o que vem ocorrendo em diversos países.²⁹

Tal linha punitiva segue os ditames da política internacional de drogas, preconizada nas três convenções internacionais sobre o tema, que prioriza e impõe aos países a utilização de sanções privativas da liberdade como resposta à violação da norma penal, sob a inspiração da “*war on drugs*”. Além disso, na prática da aplicação das penas, a forma de operacionalização do sistema penal acarreta a maior representatividade de minorias (étnicas e mulheres) dentre os condenados, conforme já comprovado em estudos anteriores³⁰.

Especificamente quanto ao Brasil, em pesquisa anterior, comprovou-se o vertiginoso crescimento dos níveis de encarceramento de pessoas por tráfico de drogas. De forma progressiva, mas especialmente a partir de 2006, com a Lei de Drogas brasileira que, como já visto, aumentou a pena mínima de tal delito (art. 33), foi identificado um endurecimento marcante e intencional da resposta penal ao comércio de drogas, o que foi considerado um dos principais fatores para o aumento da população carcerária no país nos últimos anos³¹. Como se percebe da tabela atualizada abaixo, o

²⁷ BEWLEY-TAYLOR, D. TRACE, M. STEVENS, A. (2005). *Incarceration of drug offenders: costs and impacts*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Briefing paper Seven, BEWLEY-TAYLOR, D., HALLAM, C., ALLEN, R. (2009) *The Incarceration of Drug Offenders: An Overview*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Report Sixteen, In: http://www.idpc.net/php-bin/documents/Beckley_Report_16_2_FINAL_EN.pdf, STEVENSON, Bryan (2001). *Drug Policy, Criminal Justice and Mass Imprisonment*. Working Paper. Global Commission, Geneva, Jan. 2011.

²⁸ METAL, Pien, YOUNGERS, Coletta (Ed.). *Sistemas Sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam, Washington: TNI/WOLA, 2010.

²⁹ BEWLEY-TAYLOR, D., HALLAM, C., ALLEN, R. (2009) *The Incarceration of Drug Offenders: An Overview*. 2009.

³⁰ HUMAN RIGHTS WATCH. *Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the War on Drugs*, New York, 2000.

³¹ BOITEUX, Luciana. Drogas y prisión: la represión contra las drogas y el aumento de la población penitenciaria en Brasil. In: METAAL, Pien, YOUNGERS, Coletta. (Eds). *Sistemas Sobrecargados...* op. Cit, p. 30-39.

Brasil tem mantido um constante e progressivo aumento de sua população carcerária.

Tabela III – Brasil: Número de Presos Total por 100 mil habitantes³²

Ano	Total de Presos	Presos por 100 mil/hab
1992	114.377	74
1995	148.760	92
1997	170.602	102
2001	233.859	133
2004	336.358	183
2007	422.590	220
2010	496.251	259,17
2011	514.582	269,79
2012	548.003	287,31

A partir dessa realidade comparada, mostra-se importante refletir sobre as características desse crescimento exponencial do número de presos no Brasil, país que possui a maior população carcerária da América Latina, tanto em números absolutos, quanto no número de presos por cem mil habitantes.

É bastante representativo verificarmos que o grande crescimento da população carcerária no Brasil, superior até, em termos percentuais, àquela verificada no mesmo período nos Estados Unidos, considerado o país com a maior população encarcerada do mundo, que teve um aumento (entre 1992 e 2007) de cerca de 51,3 por cento da sua taxa de encarceramento por cem mil habitantes.³³ Caso se considere o crescimento do número de presos no Brasil entre 1992 e 2011, o número relativo de presos mais do que triplicou. Em termos de superpopulação carcerária, a estadunidense é menos expressiva (110,1%), especialmente se comparada com Bolívia (185,1%), Peru (179,6%) e Brasil (165,7%).³⁴

Na América Latina, entre 1992-2008, segundo Japiassu³⁵, muitos países duplicaram, ou quase, suas taxas de encarceramento (Argentina, Colômbia, Costa Rica, Chile, El Salvador, México, Panamá, Peru e Uruguai), enquanto que outros estiveram próximos de fazê-lo, como Equador e Nicarágua. É interessante notar que as únicas exceções a esse quadro na região são a Venezuela, que reduziu o número de presos, e o Brasil, que mais que triplicou o número de encarcerados.

³² Fonte: International Centre for Prison Studies, considerando os dados mais recentes divulgados pelo Infopen e uma população nacional de 199,8 milhões em dezembro de 2012 (dados obtidos do CELADE). Disponível em: http://www.prisonstudies.org/info/worldbrief/wpb_country.php?country=214. World Prison Brief supplied by the International Centre for Prison Studies, maintained by Roy Walmsley.

³³ Os EUA passaram de 501 presos por cem mil habitantes em 1992, para 758 em 2007, segundo o ICPS.

³⁴ Fonte: International Center for Prison Studies.

³⁵ JAPIASSU, Carlos Eduardo. Palestra intitulada “Expansão do direito penal e Superencarceramento” proferida no Seminário Internacional do IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo-SP, em agosto de 2011.

Por ser marcante, entende-se que caso do Brasil merece ser objeto de análise mais aprofundada, constatado que o ritmo de crescimento da população carcerária nos últimos vinte anos não encontra paralelo, assim como cresce o déficit de vagas, ou seja, se está encarcerando mais do que se tem condições de aprisionar. No quadro geral de incremento da população penitenciária, determinados tipos penais geraram um aumento ainda maior, como é o caso do tráfico de drogas, que teve um crescimento constante, desde 2005, quando alcançou o primeiro registro superior a todos os demais delitos. Nesse sentido, ao comparar esses anos, se verifica que o número de presos por tráfico mais do que triplicou no Brasil, onde se verificou um aumento registrado de 320,31% do número de presos por tráfico entre 2005 e 2012, conforme indicado na tabela abaixo:

Tabela IV - População Carcerária Brasileira: total de presos e percentual de condenados por tráfico (2005/2012)

Ano	Presos Total	Presos Tráfico	% presos tráfico
2005	361.402	32.880	9,10%
2006	383.480	47.472	12,38%
2007	422.373	65.494	15,50%
2008	451.219	77.371	17,50%
2009	473.626	91.037	19,22%
2010	496.251	106.491	21,46%
2011	514.582	125.744	24,43%
2012	548.003	138.198	25,21%

Fonte: Infopen/Ministério da Justiça

Aprofundando essa análise, na comparação entre os crimes mais representativos no sistema penitenciário brasileiro, o que se verifica é que o crescimento do número de presos por tráfico continua superando de longe o percentual de crescimento em relação a todos os outros delitos, como se vê na tabela abaixo. O número de presos por tráfico no Brasil quase dobrou em três anos, o que é bastante significativo.

Tabela V – Crescimento de Presos por crimes no Brasil: comparação entre 2007 e 2012

	Dez/2007	Dez/2012	Varição
Tráfico de drogas	65.494	138.198	+111,00%
Furto³⁶	57.442	77.873	+35,57%
Estupro	9.754	12.954	+32,80%
Homicídio³⁷	48.761	63.066	+29,33%
Roubo³⁸	120.079	148.067	+23,30%

³⁶ Foram considerados, em 2012, tanto os furtos simples (38.027), quanto os qualificados (39.846), assim como em 2007 (26.673 e 30.769, respectivamente). Fonte: Infopen, Ministério da Justiça.

³⁷ Foram considerados, em 2012, tanto os homicídios simples (27.410), quanto os qualificados (35.656), assim como em 2007 (17.310 e 31.451, respectivamente). Fonte: Infopen, Ministério da Justiça.

Latrocínio	13.258	15.415	+16,27%
-------------------	--------	--------	---------

Fonte: Infopen/Ministério da Justiça

A razão para esse crescimento dos presos por tal delito nos últimos anos é atribuída à política repressiva prevista na Lei de Drogas de 2006, como já dito, ao aumentar a pena mínima prevista para tal delito, ao mesmo tempo em que despenalizou a posse de drogas para uso pessoal. Esse fator explica o grande aumento no contingente carcerário, pois as pessoas condenadas por tráfico passaram a ficar mais tempo presas, além da hipótese de que muitos usuários possam estar sendo condenados por tráfico pela nova lei, diante da falta de critérios claros de diferenciação entre tais condutas, como dados empíricos já indicaram.³⁹

A população carcerária brasileira total é composta por 6,4% por cento de presas mulheres.⁴⁰ Não obstante foi constatado nos números oficiais que o crescimento dos presos por tráfico de drogas é ainda maior quando se destaca o caso de mulheres presas por tal delito, cujo percentual de aumento foi de 77,12% entre 2007 e 2012, como se vê abaixo:

Tabela VI – Crescimento dos presos por tráfico de drogas por sexo (2007- 2011)

	2007	2012	Varição
Masculino	57.610 (87,96%)	117.404 (89,37%)	+103,79%
Feminino	7.884 (12,03%)	13.964 (10,63%)	+77,12%
Total	65.494	131.368	+100,58%

Fonte: Infopen/Ministério da Justiça

Tabela VII - indiciados pela Polícia Federal por tráfico de drogas por gênero

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Masculino	83,2%	81,7%	79,8%	76,9%	75,5%	76,4%	76%
Feminino	13,9%	16,8%	17%	19,6%	21,4%	20%	19,5%
Ignorado	2,9%	1,5%	3,2%	3,5%	3,1%	3,6%	4,5%

Fonte: Secretaria Nacional de Segurança Pública / Departamento de Polícia Federal. Relatório Brasileiro sobre drogas SENAD 2009.

Em termos do percentual de crescimento, deve ser registrado que, embora em termos absolutos haja mais homens presos por tráfico de drogas, em termos relativos, as mulheres estão super-representadas dentre os condenados por esse crime. A análise da questão do gênero no tráfico de drogas é um tema bastante sensível, sendo relevante destacar que o aumento desproporcional do encarceramento feminino por crimes ligados a drogas é observado em vários países, inclusive nos EUA, onde foram realizados estudos específicos

³⁸ Levou-se em consideração nesse item tanto os roubos simples (48.572), quanto os qualificados (84.527), assim como em 2007 (36.523 e 83.826, respectivamente). Fonte: Infopen, Ministério da Justiça.

³⁹ Cf. BOITEUX, L. *et alli. Tráfico de drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Brasília (Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça), 2009.

⁴⁰ Fonte: Infopen, dados mais recentes de Dezembro de 2012.

sobre o tema.⁴¹

Além disso, o crime de tráfico de drogas ilícitas é o que mais encarcera mulheres, sendo o maior percentual das condenadas por tal crime (10,63%), seguido pelo dos crimes contra a fé pública, nos quais 5,11% apenas são de condenadas do sexo feminino, como se verifica da tabela abaixo.

Tabela VIII – Percentual de presos por crime e por sexo (2012)

	Homens	Mulheres	Total
Tráfico de drogas	117.404 (89,37%)	13.964 (10,63%)	131.368
Crimes contra a Fé Pública	4.468 (94,88%)	241 (5,11%)	4.709
Crimes contra a Paz Pública	9.331 (96,11%)	377 (3,88%)	9.708
Crimes contra a pessoa	63.071 (97,42%)	1.665 (2,57%)	64.736
Crimes contra o Patrimônio	261.780 (97,68%)	6.195 (2,31%)	267.975
Crimes contra os costumes	21.290 (99,04%)	214 (0,99%)	21.504

Fonte: Infopen/Ministério da Justiça

Cumprir destacar que, geralmente, as mulheres, no tráfico de drogas, estão numa posição inferior, não se encontrando na cadeia de comando, mas sim ligadas a essa atividade em função de ligações familiares ou afetivas. O tráfico de drogas como em qualquer mercado, apresenta uma divisão sexual do trabalho, com risco de discriminação da mulher. Muitas delas são apenas mulas, e transportam uma mercadoria, ou levam drogas ilícitas para seus parceiros nas penitenciárias. A maioria delas não oferece qualquer risco à sociedade, mas estas são apenas com penas privativas de liberdade e excluídas da sociedade e separadas de seus filhos. As mulas não podem ser comparadas nem mesmo aos “aviões” do tráfico carioca, eis que não tentam em momento algum vender a droga, mas tão somente transportá-las.

Além disso, essas mulheres adicionam a vulnerabilidade de gênero à vulnerabilidade geral observada em relação à maioria dos presos por tráfico de drogas. São mulheres pobres, do continente mais pobre do mundo, trabalhavam em bicos mal remunerados e trabalhos degradantes e/ou perigosos. É esse o perfil e a cara da maioria das mulheres que o sistema penal alcança ao condená-las pelo crime de tráfico de drogas.⁴²

⁴¹ BUSH-BASKETTE, S. R. The ‘War on Drugs.’ A War Against Women? In Cook, S., & Davies, S., (Eds). *Harsh Punishment: International Experiences of Women’s Imprisonment*. Boston: Northeastern University Press, 1999.

⁴² Sobre encarceramento de mulheres no Brasil vide: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sexo e gênero: a mulher e o feminino na criminologia e no sistema de justiça criminal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.11, n.137, p. 2, abr. 2004, ESPINOZA, Olga. *A mulher encarcerada em face do poder punitivo*. São Paulo: IBCCRIM, 2004. FRINHANI, Fernanda de Magalhães Dias; SOUZA, Lídio de. Mulheres encarceradas e espaço prisional:

Assim, no Brasil, o grande aumento de sua população carcerária registrado nos últimos anos vem trazendo graves consequências, tanto econômicas, em relação ao aumento de gastos penitenciários, como humanas, já que um maior número de pessoas são submetidas a péssimas condições de vida carcerária. A partir dessa realidade, será analisada, em seguida, a desproporcionalidade da lei de drogas, em seus custos humanos e econômicos.

3.2. Os custos econômicos da aplicação concreta da Lei de Drogas no Brasil

Diante das limitações desse estudo⁴³, no levantamento dos custos econômicos da aplicação da Lei de Drogas no Brasil, serão considerados aqui apenas os gastos com a execução da pena privativa de liberdade para os crimes de tráfico de drogas ilícitas, tendo em vista que o delito de posse de droga para uso pessoal, pela lei brasileira, não autoriza a privação da liberdade.⁴⁴ Para tanto, a partir do número oficial de encarcerados, será feito um cálculo do gasto público, a partir de uma estimativa média oficial do custo individual do preso no sistema penitenciário brasileiro.⁴⁵

Objetivamente, portanto, o Estado Brasileiro gasta anualmente com seus 548.003 presos o

uma análise de representações sociais. *Psicologia: Teoria e prática*. São Paulo, v. 7, n. 1, jun. 2005, LEMGRUBER, Julita. *Cemitério dos vivos: análise sociológica de uma prisão de mulheres*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1999, SECRETARIA ESPECIAL DE POLITICAS PARA MULHERES. *Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial sobre a Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino*. Brasília, 2008, SOARES, Bárbara Musumeci, SILVA, Iara Ilgenfritz. *Prisioneiras: vida e violência atrás das grades*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

⁴³ O levantamento completo a respeito dos custos econômicos, ou seja, da quantidade de dinheiro dispendida pelos Governos estadual e federal na aplicação da Lei de drogas brasileira demandaria efetivamente que fossem considerados todos os gastos, incluindo as despesas com pessoal (Policia e Justiça), administrativa (custos da máquina, incluindo equipamentos: viaturas e armamentos, dentre outros), além dos custos penitenciários e de saúde (tratamento, internações, remédios, serviço social, etc.). Contudo, tais informações não são disponibilizadas de forma destacada nos orçamentos públicos dos ministérios, o que não permitiu ao estudo trazer essas informações para uma análise mais ampla. Não obstante, buscou-se focar nos custos penitenciários estimados dos presos por crimes de drogas, cujos dados estão disponíveis, para se trazer à discussão. Como o aumento da população carcerária relacionada ao crime de tráfico de drogas é o maior aumento relativo, é possível conjecturar que grande parte do aumento dos gastos com segurança pública deriva de uma maior utilização de recursos para este tipo de crime, embora a comprovação dessa afirmativa demande uma investigação específica.

⁴⁴ Portanto, intencionalmente, por falta de fontes seguras, se deixará de colacionar os gastos com as demais fases da persecução criminal, quais sejam, investigação preliminar, realizada pela polícia e a etapa Fase Judicial (processo), que se refere aos custos do processamento e julgamento das ações penais, sendo analisada apenas da última fase, a da execução das penas (privativas de liberdade).

⁴⁵ Equilibrando as diferenças regionais, se indicará como fonte os valores informados pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário do Congresso Nacional que, em julho de 2008, com base em dados oficiais, indicou como média nacional o custo mensal por preso de R\$ 1.031,92 (hum mil e trinta e um reais e noventa e dois centavos). Fonte: *Relatório da CPI do Sistema Penitenciário*. Congresso Nacional, Brasília, 2008, p. 367. Neste, são apontadas divergências, sendo determinado em relação ao Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, o custo mensal por cada preso de R\$1.800,00 (hum mil e oitocentos reais), sendo este o maior valor em relação a todas as demais unidades federativas. Em São Paulo, o estado que abriga quarenta por cento dos presos brasileiros apresenta custo médio mensal de R\$ 775,00 (setecentos e setenta e cinco reais). Foram encontradas também referências aos custos por mês de um preso em penitenciárias de segurança máxima de R\$ 4.500,00 (quatro mil e quinhentos reais), mas estes não foram levados em consideração nesse cálculo.

valor aproximado de R\$ 6.785 bilhões, dos quais R\$ 1.626 bilhões somente com os presos por tráfico de drogas, considerando o valor mensal aproximado por preso estabelecido como parâmetro pelo Congresso Nacional.

Trata-se de um custo muito alto arcado pelo Estado Brasileiro⁴⁶ que, tradicionalmente, não consegue melhorar as condições de suas prisões, o que já levou, inclusive, a uma denúncia perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com relação às terríveis condições da Penitenciária conhecida como “Urso Branco”, no Acre, região norte do Brasil, onde mais de 100 presos foram assassinados no interior do presídio, sob a tutela do Estado, entre os anos de 2000 e 2008. A descrição oficial das condições gerais do sistema penitenciário nacional é a seguinte:

A quase totalidade dos presos é pobre, originários da periferia, com baixa escolaridade e sem ou com pouca renda. No ato da prisão, o aparelho policial age sempre com prepotência, abuso de poder, sonegação de direitos e, não raro, com violência. A CPI ouviu muitas denúncias de flagrantes forjados – em especial no que se refere às drogas – bem como de maus-tratos praticados pelos agentes policiais.⁴⁷

Em que pese o alto gasto oficial brasileiro, este não é suficiente para alterar a situação de superlotação, violência e tortura nos estabelecimentos penitenciários brasileiros, além das graves deficiências de assistência médica, social, jurídica e educacional, na alimentação e no vestuário, e dos relatos de descontrole, por parte do Estado e de domínio de organizações criminosas no interior de alguns presídios. Uma boa parte dos presos não deveriam estar nas penitenciárias, sendo esse atraso decorrente de ausência ou insuficiência de assistência jurídica, o que faz com que muitos fiquem presos mais tempo do que suas penas previam. A opção pela pena privativa de liberdade ao invés de medidas alternativas também impacta este quadro.

Em relação ao crime de tráfico que, como visto, é um fator preponderante da superlotação carcerária, a redação original do parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas reforçava a opção pela pena de prisão. Ao mesmo tempo em que permitia uma redução de pena de até dois terços, se o acusado for primário, de bons antecedentes, e não tiver envolvimento com o crime organizado, vedava a substituição da pena privativa de liberdade unicamente para este crime, mesmo se a pena fosse inferior a quatro anos. Apenas recentemente, por decisão do Supremo Tribunal Federal, que considerou inconstitucional tal vedação, passou-se a admitir essa

⁴⁶ Embora a metodologia utilizada não seja uniforme, o que dificulta a comparação entre os estados, consta desse relatório acima citado a indicação de que, na época, o custo mensal de um preso no Brasil seria o equivalente a US\$ 670,00 o que colocaria o país como um dos que mais gasta por preso na América Latina, superando Costa Rica (custo de US\$ 299,00) e Argentina (US\$ 284,00).

⁴⁷ Relatório da CPI, *op. Cit.*, p. 214.

substituição⁴⁸.

Diante das condições insalubres da maioria das prisões, e o fato de que a grande maioria dos detentos são pessoas pertencentes aos estratos mais desfavorecidos da sociedade, e também a estimativa que a maioria dos presos por tráfico sejam de pequenos traficantes, sem nenhuma importância na cadeia comercial de venda das substâncias ilícitas, tem-se que uma grande quantidade de dinheiro, que poderia estar sendo utilizada como investimentos em saúde, educação e infraestrutura, esteja sendo desperdiçada para conter pessoas que vão sair dali em piores condições do que chegaram, conforme apontam diversos estudos sobre o sistema prisional, no Brasil e internacionalmente⁴⁹.

Se formos comparar esse gasto com o investimento público em educação no Brasil, o contraste é marcante. Considerando que as estimativas oficiais apontam que o gasto público oficial anual por aluno no Ensino Médio no Brasil, no ano de 2008, foi R\$ 2.122,00 (dois mil, cento e vinte e dois reais)⁵⁰, enquanto que cada preso, em condições insalubres, custava anualmente, nesse mesmo ano de 2008, R\$ 12.383,04, ou seja, quase seis vezes mais, percebe-se logo quão irracional se mostra essa política de encarceramento, ainda mais num país como o Brasil, com tantas deficiências nas áreas de educação e saúde. Se gasta cerca de seis vezes mais com um preso do que com um aluno na escola. É claro que há um subinvestimento em educação no Brasil, e se deveria investir muito mais, porém essa verba vem sendo destinada a manter pessoas encarceradas.

Porém, mesmo nos EUA, essa comparação implica em dizer que, segundo foi calculado em 1996, o custo de um preso naquele país por ano superava o gasto anual de um estudante em Harvard, incluindo ensino, moradia e os gastos diários com alimentação.⁵¹

Destaque-se que aqui se está apenas considerando o custo do encarceramento, não levando em conta as demais fases do processo judicial, o que elevaria ainda mais o custo desta política de

⁴⁸ A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 97.256, traficantes considerados de pequeno porte agora fazem jus à substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direito, tendo o Senado Federal editado a Resolução nº. 2, em 15 de fevereiro de 2012, para riscar da Lei n. 11.343 (Lei de Drogas) a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, considerada inconstitucional. A medida também poderá beneficiar sentenciados que se encontrem presos, pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. O artigo 44 do Código Penal prevê a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direito quando aquela não supere 4 anos e o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, e essa regra genérica não era aplicada ao tráfico devido à vedação de substituição imposta pelo artigo 33, parágrafo 4º da Lei n. 11.343.

⁴⁹ Para uma ampla revisão de literatura, vide CERVINI, R. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002; para estudos sobre a realidade brasileira, CARVALHO, Salo. (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁵⁰ Fonte: INEP, disponível em

http://portal.inep.gov.br/c/journal/view_article_content?groupId=10157&articleId=24543&version=1.0, consulta em 13.07.13.

⁵¹ Segundo o economista de Harvard, Jeffrey Miron (2008), referente aos custos apurados no início dos anos 90. *apud The Incarceration of Drug Offenders: An Overview*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Report Sixteen, p. 12.

drogas ainda mais.

No caso do crime de tráfico, a situação é ainda mais gritante pois, em que pese o alto índice de encarceramento, o consumo, a circulação e a venda de drogas não são reduzidas nem contidas, ou seja, apenas se “enxuga gelo”: prendem-se muitas pessoas ao mesmo tempo em que há muitas outras disponíveis para ocupar esse espaço. Muitos usuários estão presos, sem acesso a tratamento, e continuando a fazer uso de substâncias ilícitas e o contribuinte é quem paga por isso.

Em termos comparativos, com relação à área de saúde, verifica-se que, em 2011, o Brasil gastou no ano com programas de saúde mental um total de R\$ 1.812,77 milhões⁵², o que vem sendo considerado insuficiente, significando que, em termos totais, gasta-se mais com prisão do que com saúde mental, setor este que recebe muitas demandas de atenção social e tratamento contra a dependência de drogas em geral e outros transtornos mentais, mas que o governo não vem sendo capaz de oferecer a todos. Nesse sentido, entende-se que os altos gastos com repressão e encarceramento (especialmente daqueles pequenos traficantes) poderiam estar sendo mais bem utilizados para a prevenção.

Contudo, para além dos altos custos econômicos, devem ser destacados os custos humanos, ou seja, as situações absurdas e injustas, além de desproporcionais, a que são submetidas pessoas que sofrendo na pele as contradições da Lei de drogas, como se verá a seguir.

3.3. Os Custos Humanos da Lei de Drogas no Brasil

O Brasil é um país de contrastes, onde a aplicação da lei penal se mostra seletiva e discriminatória. Nesse momento, serão realizados três breves estudos de casos.

Nestes casos, se procura demonstrar, finalmente, que a inconveniência e a desnecessidade da criminalização das condutas relacionadas a drogas se relacionam com a disfunção social que essa criminalização gera, a despeito do fim declaradamente perseguido de melhora ou proteção da saúde pública. Do ponto de vista normativo, essa disfunção se traduz na vulneração de bens jurídicos / direitos fundamentais, sem qualquer contrapartida de proteção de outros bens de equivalente relevância.

⁵² Ref. Recursos do SUS destinados a hospitais psiquiátricos e aos serviços extra-hospitalares em 2011. Subsecretaria de Planejamento e Orçamento/SPO/MS, DATASUS, Coordenação de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas/DAPES/SAS/MS. In: Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. Saúde Mental em Dados 10. Ano VII, nº 10, março de 2012. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/mentaldados10.pdf>.

Os estudos de caso a seguir fornecerão evidências sobre essa interface entre falha empírica e falha normativa da criminalização de condutas relacionadas a drogas, com um foco nos perigos especiais da criminalização de condutas relacionadas ao uso de drogas.

O usuário condenado por tráfico a uma pena de seis anos por portar 25g de maconha⁵³

Maurício⁵⁴, que tinha 23 anos quando foi preso, é um exemplo da desproporcionalidade e da irracionalidade da aplicação concreta da lei de drogas. Usuário de *cannabis*, estudou até a sexta Série e é pai de três filhos, responde a um processo preso, como traficante, resultado das contradições de uma legislação penal de drogas falha, do ponto de vista técnico, e tendenciosa, por fazer parte de uma política criminal repressora. Os crimes de tráfico de drogas e posse para uso próprio compartilham diversas condutas típicas, com ônus do réu em provar a intenção de cometer o crime mais leve.

Além disso, devido à carência de critérios claros e objetivos na lei de drogas, estabeleceu-se, na prática, a figura do policial como determinante na diferenciação entre tráfico e uso próprio, posto que a grande maioria das prisões envolvendo drogas ocorre em flagrante, sem uma prévia investigação. Desta forma, é o policial o primeiro a entrar em contato com o réu, e sua palavra tem grande peso diante do juiz.

Maurício trabalhava descarregando peixe na cidade portuária de Angra dos Reis, sul do Estado do Rio de Janeiro, recebendo R\$ 40,00 (quarenta reais) a cada oito toneladas descarregadas, possuindo renda variável, dependendo da maré, que determinava a quantidade do pescado. Sustentava sua família, juntamente com seu padrasto, que recebia aposentadoria pelo INSS.

As únicas drogas que consumia eram álcool e maconha. Começou a fumar aos 15 anos, por curiosidade e por incentivo de amigos. Relata que passou a fumar maconha todos os dias: *“De manhã, depois que acordava, eu fumava. Às vezes, antes de almoçar. À noite eu fumava uns dois ou três cigarros de maconha, antes de dormir. Sozinho ou com meus amigos. Já fazia parte do meu costume”*.

Antes de ser preso por tráfico, possuía um antecedente criminal por porte ilegal de arma, pelo qual permaneceu preso durante 4 meses e teve de prestar serviços comunitários. Afirma que assumiu a autoria do crime para livrar um amigo de ser reincidente.

⁵³ Os dados para a narrativa e a descrição do caso foram extraídos dos autos do processo a que responde o acusado, e de entrevista semiestruturada de pesquisa, feita em novembro de 2010, na penitenciária onde ele está preso até hoje. Um extrato da pesquisa está disponível no site do TNI: <http://www.druglawreform.info/en/publications/the-human-face>.

⁵⁴ Nome fictício.

Em setembro de 2009, por volta das 12h20, ele descia de uma comunidade, acompanhado por sua companheira, quando passou por uma viatura da polícia militar e foi abordado pelos policiais. Estes procederam a uma revista, mas antes que se realizasse, ele confessou estar em posse de maconha e não esboçou qualquer reação de fuga. O policial encontrou no bolso de sua calça doze “sacolés” de maconha, no total de 25,96g. Em juízo, o policial que encontrou a droga afirmou que “já tinha ouvido falar do réu como sendo traficante.” A tese da defesa foi de que a droga destinava-se a uso, corroborada pelo depoimento da parceira do réu, mas a sentença de primeiro grau condenou-o por tráfico de drogas, a uma pena de seis anos de reclusão inteiramente fundamentada nos depoimentos dos policiais:

Quanto à autoria, apesar da negativa sustentada pelo acusado em seu interrogatório, restou demonstrada pelos depoimentos dos policiais militares que efetuaram a sua prisão em flagrante, que inclusive afirmaram em Juízo que tinham notícias que o acusado realizava a venda de substâncias entorpecentes no cais existente no Centro da cidade, o que afasta a tese defensiva de que o material apreendido seria destinado ao próprio consumo do acusado, não podendo no presente caso concreto, ser realizada a pretendida desclassificação do delito.

Vale ressaltar que os relatos da testemunha Flávia não são suficientes a afastar a credibilidade dos depoimentos dos milicianos que prenderam o acusado, haja vista que a mesma é a companheira do réu, pelo que tem interesse direto no desfecho da causa em seu favor.

Ademais, como os policiais não conheciam o acusado e este não conhecia aqueles, não há razão para que os milicianos pudessem inventar a estória de forma a incriminar uma pessoa que saberiam ser inocente.

Como se pode ver, a juíza defendeu o depoimento dos policiais no sentido de serem sinceros, porém absteve-se de analisar a veracidade das informações. Contentou-se em terem sido apresentadas por policiais, o que mostra a importância dada em juízo a eles.

A Defensoria Pública apelou da decisão, e em acórdão, o órgão da segunda instância (Câmara Criminal) manteve a condenação por maioria de votos, cabendo ainda mais um recurso, tendo em vista que um dos juízes de segundo grau desclassificava a conduta dele para posse de drogas e o colocava em liberdade.

Dois aspectos chamam mais atenção no caso de Mauricio. O primeiro é o valor que é dado em juízo ao depoimento de policiais. Nenhum dos dois policiais tinha conhecimento direto de Mauricio como sendo traficante. Eles ouviram boatos e passaram estes boatos adiante em juízo. Uma presunção de veracidade conferida a seus depoimentos foi utilizada para conferir status de certeza a boatos.

No voto vencido no julgamento de 2ª instância, o desembargador⁵⁵ ataca justamente a capacidade probatória dos depoimentos dos policiais. Afirma que o conhecimento dos policiais de que Mauricio era traficante baseavam-se em meros boatos, sem identificação de origem ou de quem fosse o autor da divulgação, e que, portanto, não possuem credibilidade nem força probatória. Afirma em seu voto que “A credibilidade do depoimento da testemunha depende de se demonstrar como o depoente obteve o conhecimento”.

No acórdão, porém, houve uma fundamentação mais extensa, onde a desembargadora-relatora afirmou que a condição de usuário não necessariamente afasta a autoria, pois se pode tratar de um usuário-traficante, e que o réu não poderia ter condições de pagar pela droga (R\$ 50,00) para uso próprio, devido ao baixo salário como descarregador. Com base nestes argumentos e nos depoimentos dos policiais, a desembargadora entendeu que os 25g de maconha destinavam-se ao tráfico. Ou seja: além de preso como traficante, ainda teve essa condição justificada como base na sua pobreza.

O segundo aspecto que chama a atenção no caso é que Maurício, na vez em que foi condenado por porte de arma de fogo, uma ação que pode colocar em risco a coletividade, a consequência jurídica dessa condenação foi a de quatro meses de prisão e serviços comunitários. No entanto, quando condenado por crime relacionado a drogas, sem qualquer risco a terceiros, ele já está preso há quase três anos e pode ficar ainda muito mais tempo.

Tendo cumprido mais de um terço da pena a que restou condenado, ainda aguarda o resultado do recurso preso longe de sua família, que enfrenta dificuldades em visitá-lo devido à distância. Sua mãe já tentou visitá-lo, porém problemas no seu cadastramento a impediram. Em fevereiro de 2010 seu padrasto faleceu e sua família, que já não podia contar com sua ajuda financeira, permaneceu totalmente sem renda até que sua mãe começou a receber pensão do INSS.

Ainda há possibilidades recursais, e as fragilidades dos fundamentos condenatórios dão alguma chance de desclassificação para o crime de posse para uso próprio. Só que mesmo neste cenário favorável, o rapaz já terá passado diversos anos na cadeia, funcionando contra ele a presunção de culpabilidade que é reflexo da prisão preventiva obrigatória.

A condenação de uma pessoa a seis anos de prisão por portar cerca de 25g de maconha é claramente desproporcional, sendo esta a pena prevista no Código Penal Brasileiro para o crime de homicídio, ainda mais quando se trata de usuário, tratado como traficante por sua condição social. Nesse sentido, quanto irá custar ao erário público, ao final de seis anos, o encarceramento de Maurício em condições inadequadas numa penitenciária do Rio de Janeiro? Utilizando a média nacional mensal por preso, acima referida, chega-se a um valor

⁵⁵ Nome dado ao juiz de apelação, ou de segunda instância.

total de R\$ 111.447,36 (cento e onze mil, quatrocentos e quarenta e sete reais) pela pena de seis anos a ele aplicada, que poderia ser muito melhor utilizado para auxiliar Maurício e sua família em termos de assistência social e prevenção ao uso de drogas.⁵⁶

Considerações Finais

Este trabalho tinha por objetivo responder à pergunta principal: é proporcional a criminalização de condutas relacionadas a algumas drogas (arbitrariamente) consideradas ilícitas? Para responder esta questão, deu-se uma definição do princípio da proporcionalidade como um instrumento jurídico de teste de legitimidade das normas penais incriminadoras.

Em seguida, mostrou-se a prioridade legislativa dada às condutas relacionadas a drogas, para efeito de criminalização, bem como o resultado disso: penas sistematicamente mais altas (absoluta ou relativamente) para o crime de tráfico de drogas do que para outros crimes bem mais danosos para a sociedade, que, inclusive, podem culminar com a destruição da vida de uma pessoa inocente – é perfeitamente possível e muitas vezes efetivo que um acusado por crime de homicídio receba pena menor do que um acusado por tráfico de drogas.

Depois desta parte mais abstrata, o trabalho assumiu uma perspectiva concreta e demonstrou que: (i) a maior parte do crescimento do encarceramento no Brasil, de 2007 a 2011 – que continua aumentando e já representa a quarta maior população carcerária do mundo – se deve a um vertiginoso aumento da prisão de pessoas condenadas por tráfico de drogas – situação ainda mais grave entre as mulheres; (ii) por consequência, o Brasil tem um custo crescente com encarceramento, em grande parte por causa do encarceramento por tráfico de drogas; (iii) o governo brasileiro gasta seis vezes mais, em média, para manter um preso do que para manter um aluno no ensino médio, ou seja: se gasta mais para prender uma pessoa do que para investir em uma política pública que a tornaria menos vulnerável socialmente, inclusive para o abuso e dependência de drogas, ou para o emprego em atividades criminosas; (iv) o perfil dos presos como traficantes envolvem, na maioria das vezes, pessoas que têm vidas difíceis, vulneráveis sociais, que adicionam às suas dificuldades de vida a sentença de morte social de terem sido condenadas por tráfico de drogas, forçadas a abandonar as suas famílias e a deixá-las sem sustento; (v) quando eventualmente uma pessoa não tão vulnerável é presa por tráfico, ela tem a sua vida totalmente revirada, é retirada da sua casa, do seu trabalho e da sua família, demorando muito tempo para retomar pelo menos algumas das tarefas normais e cotidianas que ela fazia e trazendo memórias traumáticas para o resto da vida.

⁵⁶ Registre-se que, algum tempo depois da publicação da versão original desse artigo em espanhol, se teve notícia que esse personagem cuja estória foi aqui contada teve seu caso julgado em sede de embargos infringentes e, depois de cumprir quase toda a pena a que restou condenado teve sua conduta desclassificada para posse de drogas (art. 28), pelo fato de não haver nenhuma de tráfico, tendo os Desembargadores determinado sua imediata soltura.

De todas as constatações deste trabalho, está claro, agora, que as leis de drogas no Brasil, e a Lei 11.343/2006 em especial, são completamente desproporcionais, seja abstratamente, seja concretamente. A concepção jurídica da lei representa um desastre normativo e a sua aplicação um ainda maior desastre social. Mais do que qualquer outra lei penal, a Lei de Drogas é seletiva, estigmatizante, ambígua e autoritária. Ela atinge especialmente pessoas já pobres e vulneráveis e aplica a estas pessoas penas mais graves do que aquelas aplicadas a estupradores, corruptos e, em alguns casos, até homicidas. Enquanto faz isso, ela destrói famílias, casas, vidas e ainda gera uma sangria injustificável nos cofres públicos, destinada a sustentar um aparato prisional que nada traz de bom para a vida dos condenados. Esse dinheiro, concentrado num investimento podre, deixa de ser aplicado em investimentos claramente frutíferos para a sociedade, tais como colocação e manutenção de crianças no ensino fundamental.

É hora de toda a sociedade se perguntar por que ainda se gasta tanto dinheiro com a encarceramento em geral, em especial em relação ao delito de tráfico de drogas ilícitas, sem que com isso tenha conseguido reduzir o consumo, a venda de drogas ou a violência em torno deste mercado ilícito.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*. v. 16, n. 12, p. 131-140, jun. 2003.

_____. On balancing and subsumption. A structural comparison. *Ratio Juris*. v. 16, n. 4, p. 433-49, dec. 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BEWLEY-TAYLOR, D. TRACE, M. STEVENS, A. *Incarceration of drug offenders: costs and impacts*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Briefing paper Seven, 2005.

BEWLEY-TAYLOR, D., HALLAM, C., ALLEN, R. *The Incarceration of Drug Offenders: An Overview*. The Beckley Foundation Drug Policy Programme Report Sixteen, 2009. In: http://www.idpc.net/php-bin/documents/Beckley_Report_16_2_FINAL_EN.pdf.

BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ela (Coord.) et alli. *Tráfico de drogas e Constituição*. Série Pensando o Direito. Brasília (Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça), n. 1, 2009.

BOITEUX, Luciana. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2006.

_____. Drogas y prisión: la represión contra las drogas y el aumento de la población penitenciaria en Brasil. In: METAAL, Pien, YOUNGERS, Coletta. (Eds). *Sistemas Sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam, Washington: TNI/WOLA, 2010, p. 30-39.

_____. *Trafico y Constitución: un estudio jurídico-social sobre el artículo 33 de la Ley de Drogas brasileña y su aplicación por los jueces de Río de Janeiro y Brasília*. In: II Conferência Latino Americana e I Conferência Brasileira sobre Política de Drogas, 2010, Rio de Janeiro. *America Latina: Debate sobre Drogas (I y II Conferencias Latinoamericanas sobre Políticas de Drogas*. Buenos Aires : Intercambios Sociedad Civil/Facultad de Ciencias Sociales de la UBA, 2010. v. 1. p. 239-247.

_____. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)*. v. 217, p. 16-17, 2010.

BUSH-BASKETTE, S. R. The 'War on Drugs'. A War Against Women? In Cook, S., & Davies, S., (Eds). *Harsh Punishment: International Experiences of Women's Imprisonment*. Boston: Northeastern University Press, 1999.

CARVALHO, Salo de. (Coord.). *Crítica à execução penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CERVINI, R. *Os processos de descriminalização*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

CHRISTIE, Nils. *A indústria de controle do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário brasileiro de segurança pública*. São Paulo, ano 5, 2011.

GOMES, Mariangela Gomes Magalhães. *Princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the War on Drugs*. New York, 2000.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. *Saúde Mental em Dados 10*. Ano VII, nº 10, março de 2012

MENDES, G. F. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: _____. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 2ª ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e Celso Bastos, 1999. p. 71-87.

METAAL, Pien, YOUNGERS, Coletta (Ed.). *Sistemas Sobrecargados: Leyes de drogas y cárceles en América Latina*. Amsterdam, Washington: TNI/WOLA, 2010.

NEUMANN, U. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 71, p. 205-232, mar.-abr. 2008.

RELATÓRIO DA CPI DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. Congresso Nacional. Brasília, 2008.

SANTOS, D. L. S. O princípio da proporcionalidade. In: PEIXINHO, M. M.; GUERRA, I; F.; NASCIMENTO FILHO, F. *Os princípios na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: 2001. p. 359-82.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STEVENSON, Bryan. *Drug Policy, Criminal Justice and Mass Imprisonment*. Working Paper. Global Commission, Geneva, Jan. 2011.

ZAFFARONI, E. R. *et alli. Direito Penal Brasileiro – I.* Rio de Janeiro: Revan, 2003.