



WOLA

Reformas a las leyes de drogas en América Latina

Documento de trabajo, capítulo Brasil

LEYES DE DROGAS Y CÁRCELES EN AMÉRICA LATINA

Drogas e Cárcere: a repressão às drogas e o aumento da população penitenciária brasileira

Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues

Mayo de 2010

Drogas e Cárcere: a repressão às drogas e o aumento da população penitenciária brasileira

Por Luciana Boiteux – Mestre (UERJ) e Doutora em Direito (USP), Professora Adjunta de Direito Penal e Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro¹

A correlação entre o incremento da repressão às drogas e o aumento da população penitenciária, desde a década de 90 até os dias é hoje, é um tema que vem sendo investigado em todo o mundo. No caso do Brasil, os dados confirmam essa hipótese, conforme se verá no presente texto, no qual se fará um breve histórico das leis de droga, sua evolução legislativa e adequação às convenções internacionais para, ao final, analisar como a política repressiva às drogas pode ser apontada como um dos fatores preponderantes no grande aumento da população carcerária no Brasil, especialmente nos últimos dez a vinte anos.

Histórico da legislação brasileira sobre drogas

A legislação brasileira sobre drogas foi fortemente influenciada pelas Convenções das Nações Unidas, todas elas incorporadas ao ordenamento jurídico nacional, tendo o Brasil se comprometido a combater o tráfico, reduzir o consumo e a demanda com todos os meios disponíveis, inclusive mediante o mais drásticos de todos, o controle penal. Para além do comprometimento oficial com o sistema internacional de controle de drogas, as estreitas ligações diplomáticas e comerciais entre o Brasil e os Estados Unidos levaram à adoção de um proibicionismo fortemente influenciado pelo modelo norte-americano de combate às drogas.

Na busca das origens do controle sobre as drogas, tanto no Brasil como na maioria dos países ocidentais, se constata estarem estas diretamente ligadas à consolidação da atividade médica profissional.² Os médicos brasileiros detinham a exclusividade no manejo de políticas de saúde pública e, especialmente, os legistas e os psiquiatras justificavam, então, o controle médico e criminal das drogas, em prol da eugenia³. Porém, de maneira um pouco diferente do que aconteceu nos EUA, onde a criminalização do uso e do comércio de drogas decorreu de uma “ação preventiva” promovida por grupos específicos, em especial juristas, políticos e religiosos que ficaram à frente da política proibicionista, no Brasil o grupo que mais pressionou pelo controle penal das drogas foi marcadamente o dos médicos legistas e psiquiatras.

¹ Este estudo contou com o apoio dos seguintes alunos pesquisadores do Grupo de Pesquisa em Política de Drogas e Direitos Humanos da FND/UFRJ (GPPDDH): Camila Soares Lippi e Gabriel Duque Estrada (bolsistas PIBIC), Déborah Vidal Vasconcellos, Ricardo Luis Gomes de Menezes e Ricardo Corradi Junior.

² MORAIS, Paulo César de Campos. *Mitos e omissões: repercussões da legislação sobre entorpecentes na região metropolitana de Belo Horizonte*. Disponível em: www.crisp.ufmg.br/mitonis.pdf, p. 1.

³ Idem, p. 4.

A primeira legislação penal do Brasil que mencionava determinadas drogas trazia a proibição de ter em casa ou vender ópio ou outro material venenoso, “sem ser boticário ou pessoa autorizada a tanto”⁴, porém, posteriormente, tal delito não foi previsto no primeiro Código Criminal do Império de 1830⁵. Em 1890, com a edição do primeiro Código Penal Republicano foi tipificado no artigo 159 o crime de “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem autorização e sem as formalidades exigidas pela lei”, punido apenas com multa. Manteve-se o monopólio de vendas dessas substâncias pelos boticários, que somente podiam revendê-las aos médicos e cirurgiões, enquanto o uso próprio das substâncias ainda não constituía delito.

A criação de normas penais mais repressivas no Brasil, e a imposição de pena de prisão ao comércio de drogas somente ocorreu alguns anos depois, com o aumento da percepção pública do uso hedonista de drogas, no início do século XX, notadamente de cocaína e ópio, por parte de intelectuais e das camadas sociais mais altas, em locais chamados *fumeries*, enquanto o consumo de maconha estava mais restrito às classes mais baixas⁶. Em 1915, quando da promulgação no país da Convenção da Haia sobre Ópio de 1912⁷, a reação penal oficial deu início à configuração do que Nilo Batista chama de *modelo sanitário*⁸, que preconizava a criminalização das drogas, o que prevaleceria por mais meio século.

Sob essa influência, foi editado o Decreto n. 4.294/21, que revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890. Pela primeira vez, no Brasil, fez-se referência a uma substância entorpecente, com citação expressa da cocaína, do ópio e seus derivados. Por tal lei, aquele que vendesse, expusesse à venda ou ministrasse tais substâncias sem autorização, e sem as formalidades prescritas, estaria sujeito à pena de prisão de um a quatro anos. No Rio de Janeiro, capital do país na época, os médicos intensificaram a campanha contra as drogas, exigindo fiscalização das farmácias e repressão policial sobre vendedores e toxicômanos, que, a partir daí, passaram a frequentar as cadeias e os tribunais. Destaque-se que a edição do decreto acima referido deu-se durante a vigência da Lei Seca nos EUA (1919-1933), o que pode ter influenciado as autoridades brasileiras no aumento do controle sobre o álcool e outras drogas, já que a legislação nacional passou a impor um maior controle social, inclusive sobre o álcool⁹.

⁴ As Ordenações Filipinas foram a primeira lei penal a vigorar no Brasil, e tal delito estava previsto no título 89, passível da pena de “perda de sua fazenda e degradação para a África”.

⁵ Tal Código foi elaborado nos moldes liberais e teria sido influenciado pelo discurso contratualista europeu. Cf. LUISI, Luiz. A legislação penal brasileira sobre entorpecentes: notícia histórica. *Fascículos de Ciências Penais*. Ano 3. v. 3. n. 2. abr./mai./jun. 1990, p. 152.

⁶ Segundo HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense V. IX, 1959, p. 138, a maconha era utilizada “por gente de macumbas ou da boêmia do *troisième dessous*...”.

⁷ O Decreto nº 11.481, de 10.02.1915, promulgou a Convenção Internacional do Ópio e seu respectivo protocolo de encerramento, assinados na Haia, em 23.01.1912.

⁸ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos*. Ano 3. ns. 5-6, 1-2. sem. 1998, p. 79.

⁹ Era punido aquele que se apresentasse publicamente em estado de embriaguez escandalosa, ou se embriagasse por

Alguns anos depois, durante o Governo de Getúlio Vargas, foi editado o Decreto n. 20.930/32¹⁰, que previu expressamente o rol das substâncias tidas como “entorpecentes”, incluindo o ópio, a cocaína e a *cannabis*, dentre outras. Em seu art. 25, foram tipificadas as ações de vender e induzir ao uso, tendo sido incluídos alguns outros verbos ao tipo básico do tráfico, sancionado com pena de um a cinco anos de prisão e multa¹¹. A partir desse momento, percebe-se o fenômeno que Zaffaroni depois vai chamar de “multiplicação dos verbos”¹², característico das legislações de drogas latino-americanas sob a influência da política de drogas dos EUA. Foi ainda previsto expressamente, no art. 26, o delito de posse ilícita de entorpecentes sem receita médica, ou em quantidade superior à terapêutica determinada, com penas de três a nove meses de prisão, além da inafiançabilidade do tráfico e da importação irregular de drogas (art. 33)¹³. Pelo detalhamento de tais decretos da década de 30, nota-se a grande influência dos médicos na sua elaboração, e o aumento do controle médico-sanitário sobre a vida da população, o que Nilo Batista chama de um sistema médico-policia¹⁴. O viciado era tratado como doente, tendo sido aproveitados saberes e técnicas higienistas na montagem das estratégias de controle, com a inclusão da *drogadição* em doença de notificação compulsória¹⁵. Pela lei, os viciados estavam sujeitos à internação facultativa ou obrigatória, a pedido do interessado ou de sua família, sendo proibido o tratamento domiciliar¹⁶. Esse controle médico fazia depender o término da internação de um atestado médico “de cura”, passando o dependente de drogas a estar sujeito a um controle social-médico intenso, bem adequado ao modelo sanitário da época.

Apenas dois anos depois, em 14.12.1932, foi feita outra alteração na legislação, com a edição da Consolidação das Leis Penais (CLP), antes mesmo da elaboração da nova Constituição de 1934¹⁷.

hábito e fosse perigoso, a si próprio ou à ordem pública, bem como para aquele que fornecesse bebida ou substância *inebriante*, com o fim de embriagar, a quem já estivesse embriagado. Distinguiu-se a embriaguez escandalosa da habitual, que era punida com a internação de três meses a um ano em “estabelecimento correccional adequado”.

¹⁰ Em 1934, com a edição do Decreto n. 24.505, foi alterado o Decreto n. 20.930, com poucas modificações.

¹¹ O artigo 25 do Decreto n. 20.930/32 tipificava as seguintes ações: “vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias”.

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La legislación “antidroga” latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário. In: *Fascículos de Ciências Penais*. Edição especial. *Drogas: abordagem interdisciplinar*. v. 3, n. 2, abr./mai./jun., 1990, p. 18.

¹³ Além dessas, estavam tipificadas em lei a prestação de local para uso de drogas (art. 27), e a prescrição fictícia por parte do médico (art. 28), que consistia num crime de perigo presumido, na modalidade de norma penal em branco (“prescrever o uso de *qualquer* substância entorpecente, como preterição de formalidade necessária”). Cf. BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos*. Ano 3. ns. 5-6, 1-2. sem. 1998, p. 83.

¹⁴ Idem, p. 81.

¹⁵ Confira o art. 44 do Decreto n. 20.930/32.

¹⁶ Cf. o art. 28 do Decreto n. 891, de 17.08.38.

¹⁷ Na Consolidação das Leis Penais, o delito de comércio clandestino de substâncias entorpecentes, previsto no artigo 159, manteve o mesmo texto e penas do decreto anterior, mas fazendo depender a ocorrência do crime da falta “das formalidades prescritas pelo Departamento Nacional de Saúde Pública”.

Muito embora não criminalizasse diretamente o uso de drogas, o artigo 159 da CLP previa como crime “ter em casa, ou sob sua guarda, qualquer substância tóxica de natureza analgésica ou entorpecente, sem prescrição médica, que era punida com pena de prisão de 3 a 9 meses”¹⁸. Foi prevista na lei a internação do infrator toxicômano, assim declarado por meio de laudo médico, que teria a pena substituída pela internação em estabelecimento hospitalar para fins de tratamento (§ 12).¹⁹ A tentativa era equiparada ao crime consumado (§ 8º.) e as penas seriam aplicadas em dobro em caso de reincidência (§ 9º.). Dando continuidade ao movimento de “internacionalização do controle de drogas”²⁰, em 1933, o Brasil ratificou a Segunda Convenção sobre Ópio de 1925²¹ e, no ano seguinte, a 1ª. Convenção de Genebra de 1931²².

Algum tempo mais tarde, logo após o golpe de Estado de 1937, deu-se início ao Estado Novo no Brasil, fase ditatorial do Governo Vargas, momento caracterizado pela censura e ausência de liberdades individuais, com a outorga da Carta de 1937 e o fechamento do Congresso. Com esse espírito, após alguns anos de legislação penal consolidada, optou-se por um retorno às leis especiais, sendo mantidas a maior parte das disposições da lei anterior. Sob inspiração autoritária, foi editada a “Lei de Fiscalização de Entorpecentes” (Decreto-lei n. 891/38)²³, inspirada na 2ª Convenção de Genebra de 1936, que estabeleceu restrições à produção e ao tráfico, detalhou regras para internação e a interdição civil de toxicômanos. Como em outras épocas ditatoriais, houve o endurecimento da legislação, com criminalização do consumo de entorpecentes (art. 33), com pena de um a cinco anos de prisão; e a proibição do *sursis* e do livramento condicional para os condenados por crimes de entorpecentes, característica essa que seria seguida pelas legislações nas décadas seguintes. Pela primeira vez foram enumeradas e descritas todas as substâncias sob controle e fiscalização administrativa. Passemos ao período seguinte.

¹⁸ O § 1º. do art. 159 da CLP estabelecia que: “Quem fôr encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substancia toxica, de natureza analgesica ou entorpecente, seus saes, congeneres, compostos e derivados, inclusive especialidades pharmaceuticas correlatas, como taes consideradas pelo Departamento Nacional de Saude Publica, em dose superior á therapeutica determinada pelo mesmo Departamento, e sem expressa prescrição medica ou de cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substancias”. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 352.

¹⁹ Uma peculiaridade digna de nota, por reforçar o caráter estigmatizante e excludente do controle penal sobre o dependente de drogas, está na circunstância de que este poderia ser sancionado com a “exclusão e trancamento da matrícula pelo tempo da pena, e mais um ano, de alunos de qualquer estabelecimento de ensino, condenado pela prática de entorpecente” (§ 7º. do art. 159).

²⁰ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos*. Ano 3. ns. 5-6, 1-2. sem. 1998, p. 80, e CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 20.

²¹ A 2ª. Convenção de Ópio de 1925 foi ratificada pelo Brasil em 1933, por meio do decreto nº 22.950.

²² A 1ª. Convenção de Genebra de 1931 foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 113/34, de 13.10.34.

²³ Este decreto alterou o Decreto n. 20.930/32.

A década de quarenta no Brasil é marcada pela edição de um novo Código Penal, em 1940, editado ainda na vigência da Carta outorgada de 1937, com o Congresso Nacional fechado. Nessa época, a droga não tinha destaque na mídia nem era objeto de preocupação social, pois o Brasil ainda era uma sociedade predominantemente rural, com pequenas cidades, e a criminalidade registrada era essencialmente de crimes de homicídio, furto, apropriação indébita e estelionato²⁴.

Em termos de técnica legislativa, à época, se optou por um retorno à codificação das leis penais, e o delito de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes foi previsto no art. 281 do Código Penal²⁵, mantendo-se a pena no mesmo patamar das legislações anteriores, ou seja, reclusão de um a cinco anos e multa. Porém, seguia uma linha mais equilibrada, com a descriminalização do consumo de drogas e a redução do número de verbos, em comparação com a legislação precedente²⁶. O legislador da época retomou a técnica da norma penal em branco nas leis de drogas, o que denota a intenção de impor um controle mais rígido sobre o comércio de drogas ilícitas, por meio da utilização de fórmulas genéricas e termos imprecisos, ampliando seu significado.

Com a redação do artigo 281 do CP surgiram algumas discussões, doutrinárias e jurisprudenciais, sobre a possibilidade de responsabilização penal do usuário. O Supremo Tribunal Federal, na época, decidiu que consumidor não estava abrangido pelo artigo 281, tendo havido uma descriminalização do uso, operada pela via jurisprudencial²⁷. Na vigência do Código de 1940 prevaleceu uma visão médica da figura do adicto, visto como um doente que necessitava de tratamento e não deveria ser enviado para a prisão, ao mesmo tempo em que se intensificava o controle penal sobre o comércio de drogas, com a crescente utilização do direito penal como forma de controle social. Tal Código, que vigora até hoje, com algumas alterações, acompanhou a redemocratização do Brasil, em 1946, tendo se passado algum tempo sem que tenha havido uma maior percepção da questão das drogas, razão pela qual não se alterou a legislação no período, o que se deu somente com o retorno à ditadura, após o golpe militar de 1964.

²⁴ REALE JÚNIOR, Miguel. *Mens legis insana, corpo estranho*. In: DOTTI, René et al. *Penas Restritivas de Direitos: críticas e comentários às penas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 26.

²⁵ Na parte da fiscalização, o artigo 281 do CP foi completado pelo Decreto-lei nº 3.114/41, tendo o Decreto-lei nº 4.720/42 fixado normas gerais para cultivo de plantas entorpecentes, extração, transformação e purificação de seus princípios ativos-terapêuticos. Tal artigo tinha a seguinte redação: “importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, ministrar, guardar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização legal ou regulamentar”.

²⁶ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos*. Ano 3. ns. 5-6, 1-2. sem. 1998, p. 84.

²⁷ O Supremo Tribunal Federal do Brasil decidiu que “não é partícipe do crime, em hipótese alguma, a pessoa que usa ou a que é aplicado ou destinado o entorpecente... o crime é o contribuir para o desastroso vício atual ou eventual de outrem (que a lei protege, ainda que contra sua própria vontade). O viciado atual (já toxicômano ou simples intoxicado habitual) é um doente que precisa de tratamento, e não de punição... Cf. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. v. 9. Rio de Janeiro: Forense V. IX, 1959, p. 139.

O período entre 1964-1971 marca uma fase conturbada no Brasil, quando, sobre a égide da ideologia da segurança nacional²⁸, foram criados tribunais de exceção e inquéritos militares, para prender, punir e conter os “subversivos”, oponentes da Ditadura Militar. Instaurou-se, assim, um sistema penal autoritário com prisões políticas, tortura, censura, violência policial e supressão de direitos humanos e garantias individuais, como o *habeas corpus*. O ano de 1964 é considerado o “marco divisório entre o modelo sanitário e o modelo bélico de política criminal para drogas”²⁹, mesmo ano em que foi promulgada no Brasil a Convenção Única de Entorpecentes de 1961³⁰, o que significou o ingresso definitivo do país no cenário internacional de combate às drogas por meio da intensificação da repressão. Não por acaso o momento coincide com o golpe de estado que criou condições propícias ao aumento da repressão, ao reduzir as liberdades democráticas.

Apesar das transformações na política criminal de drogas observadas no período, percebe-se a manutenção do modelo sanitário, ainda que de forma residual, gerando um discurso duplo. Segundo Rosa Del Olmo, esse “duplo discurso sobre a droga (...) pode ser conceituado como modelo médico-jurídico, tentando estabelecer ideologia de diferenciação”, que possui como característica principal a distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre *doente e delinquente*. O primeiro, em razão de sua condição social, estaria absorvido pelo *discurso médico*, consolidado pelo *modelo médico-sanitário* em voga desde a década de cinquenta, que representava o estereótipo da *dependência*, enquanto que o traficante era o *criminoso, o corruptor da sociedade*³¹. No Brasil, tal mudança de rumos deve ser compreendida dentro do regime de exceção instaurado pelos militares, com a implementação de um novo tipo de intervenção penal, com aumento da repressão política.

No primeiro momento do regime militar, foram editados a Lei n. 4.451/66, que incluiu o plantio de espécies produtivas de drogas ilícitas no rol dos crimes, e o Decreto-lei n. 159/67, que estendeu a proibição legal às anfetaminas e alucinógenos. O segundo momento ficou marcado pela promulgação do Ato Institucional nº. 5 (AI-5), de 13.12.68, pelo novo Presidente, General Costa e

²⁸ A ideologia da segurança nacional foi trazida para a América Latina após a Guerra da Argélia, por autores franceses, e preconizava a existência de uma guerra entre o comunismo e o resto do mundo, e propunha a instrumentalização para o aniquilamento do “perigo vermelho” através de uma militarização da sociedade, com a preponderância do bem jurídico “segurança nacional”, sobre os demais bens jurídicos e sobre os direitos do homem. O ordenamento jurídico serve de instrumento para esta “guerra interna”. O sacrifício da liberdade e dos direitos humanos era o instrumento da garantia da “ordem”, contra o inimigo comum a ser combatido nesta guerra interna: o dissidente político. In: ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997, p. 363.

²⁹ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Discursos Sediciosos*. Ano 3. ns. 5-6, 1-2. sem. 1998, p. 84.

³⁰ Por meio do Decreto nº 54.216, de 22.08.64.

³¹ DEL OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 34, apud CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

Silva, institucionalizando o regime ditatorial, fechando o Congresso e suspendendo direitos e garantias individuais. Nesse instante peculiar, foi editada a nova legislação de drogas, o Decreto-lei n. 385, de 26.12.68, treze dias depois da edição do AI-5, com o Congresso ainda fechado. Considerada bastante repressiva, a nova legislação de drogas não só criminalizou a conduta do usuário como também o equiparou ao traficante, com penas de um a cinco anos de prisão, e multa³². No Código Penal, dentre outros elementos, passou-se a punir o incentivo à difusão do uso de entorpecentes, tendo sido incluídos os verbos “preparar” e “produzir” no *caput* do artigo 281, tendo havido, ainda, um aumento considerável da pena pecuniária. Manteve-se a opção pela técnica legislativa do uso das leis penais em branco, remetendo-se a uma norma extravagante a definição de “entorpecente”. Destaca-se, no período, um “rompimento com o discurso oficial fundamentado pela ideologia da diferenciação entre traficante e usuário”³³, visto que se passou a ignorar a situação dos dependentes, os quais eram equiparados a traficantes.

Enquanto anteriormente o usuário era visto sob o ponto de vista clínico e não penal, a mudança drástica de política criminal provocou a indignação de juristas e alguns magistrados. No entanto, o espírito repressor da época contagiou alguns juízes, defensores da criminalização do usuário como forma de combater o tráfico, por meio de um discurso repressivo alinhado às convenções internacionais.³⁴ A absurda legislação que equiparou o usuário ao traficante era mais uma tentativa de aumentar o controle social sobre a população que contestava o regime, por meio do aumento da repressão ao consumo de drogas.

No Brasil, assim como nos EUA, o uso de drogas ilícitas envolvia um componente de manifestação política, protesto e oposição à Guerra do Vietnã, que saiu dos guetos e alcançou a classe média³⁵, eram novos tempos e sob o impacto da revolução nos costumes, os protestos estudantis e a oposição política, a juventude marcou uma posição divergente, inclusive quanto à popularização do uso de drogas. A reação do *status quo*, portanto, foi a de impor um tratamento cada vez mais repressivo, por meio do discurso da *demonização* da droga como estratégia política das agências de poder em sua segurança interna.³⁶

³² Por meio da inclusão de um parágrafo único ao art. 281 do Código Penal, o usuário passou a estar sujeito à mesma pena prevista no *caput*, pela conduta de “trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

³³ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 25-26.

³⁴ Como se nota dos comentários datados de 1972, por parte do então Juiz de Direito da 13ª. Vara Criminal de São Paulo: “o Dec.-lei nº 385/68 apresenta outro mérito que é o de alcançar, na proibição legal, a figura do próprio consumidor das substâncias proibidas... E nada mais lógico uma vez que, combatida e restringida a classe dos viciados, evidentemente, por via oblíqua, também se combateria a traficância. Não havendo quem compre, não haverá quem venda. É a velha lei da oferta e da procura...”. Cf. GOMES, Geraldo. *Os alucinógenos e o direito: LSD*. São Paulo: Juriscred, 1972, p. 26.

³⁵ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 21.

³⁶ *Idem*, p. 24.

No Brasil, em 1969, a presidência do General Emílio Médici personificou o mais violento momento da ditadura, com uma política de brutal repressão e tortura a presos políticos. O *natimorto* Código Penal de 1969, imposto pela Ditadura Militar, foi modificado antes mesmo de entrar em vigência³⁷, e previa o crime de comércio, posse ou uso de entorpecentes, sem estabelecer pena mínima, com pena máxima de prisão até seis anos (art. 311). Nesse panorama conturbado, a política de drogas não ficou imune aos acontecimentos políticos do país e, após três anos da entrada em vigor do Decreto Lei n. 385/64, editou-se a Lei n. 5.726/71, que alterou novamente o artigo 281 do Código Penal, dando à matéria uma disciplina mais ampla³⁸.

O modelo bélico ainda se manteve na década de 70, muito embora a nova legislação tenha se mostrado um pouco menos repressiva do que a antecedente, e mais afinada com as orientações internacionais, tendo sido retomado o discurso médico-jurídico anterior. Todavia, a posse de substâncias ilícitas por usuário eventual não dependente continuava equiparada a tráfico ilícito, de acordo com o inciso III do parágrafo primeiro do artigo 281, cuja escala penal única, para usuário e traficante, teve a pena máxima aumentada para seis anos³⁹.

Na realidade o que mudou com a Lei n. 5.726/71 foi a previsão de medida de segurança para a “recuperação do infrator viciado”, mediante a determinação judicial de internação para tratamento psiquiátrico (art. 9º. e 10), podendo ser atenuada a pena em caso de diminuição de capacidade de entendimento. Caso houvesse a “recuperação completa”, poderia ser declarada a extinção da punibilidade, sendo, desta forma, o viciado não mais punido como traficante. A lógica da legislação de drogas impunha a colaboração de todos no combate ao tráfico e ao uso de entorpecentes, e os diretores de colégios eram obrigados a delatarem alunos suspeitos de uso de drogas (art. 7º, § único). Tal legislação previa um procedimento sumário, alterava as regras para expulsão de estrangeiros, e situava o tráfico e uso de drogas ao lado dos crimes contra a segurança nacional, com hipóteses de investigação sumária no prazo de cinco dias, o que reforça a correlação entre usuários de drogas e opositores ao regime, ambos considerados os *inimigos internos*, na concepção da ideologia de segurança nacional⁴⁰. Passado o período sombrio da ditadura, outras mudanças

³⁷ REALE JÚNIOR, Miguel. *Mens legis insana, corpo estranho*. In: DOTI, René Ariel et al. *Penas Restritivas de Direitos: críticas e comentários às penas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 27.

³⁸ Com a Lei n. 5.726/71, o artigo 281 do CP, *caput*, ficou assim redigido: “Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, guardar ou ministrar, ou entregar de qualquer forma ao consumo substância entorpecente ou que determine dependência”. Pena: um a seis anos de reclusão e multa de 500 a 100 vezes o maior salário mínimo do país.

³⁹ A lei punia criminalmente o plantio ou cultivo de plantas entorpecentes, a prescrição fictícia e a indução ao uso e ao tráfico de entorpecentes, assim como a associação para fins de cometer qualquer delito de tóxicos, com escala penal de dois a três anos de reclusão.

⁴⁰ Cf. CASTELLAR, João Carlos: *Origens históricas da política criminal de drogas*. Mimeo, p. 09. Tal equiparação até hoje consta do artigo 71 da Lei n. 6.815/80 - Estatuto do Estrangeiro.

substanciais do controle de drogas no Brasil deram-se em uma terceira etapa, com a inserção completa do país no controle internacional das drogas.

No final da década de 70, o Brasil passava por uma fase de transição, que culminou com a edição da Lei n. 6.368/76, elaborada em meio à abertura política, que foi considerada exemplar na adequação às normas e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e continua ainda em vigor, com poucas alterações. A chamada “Lei de Tóxicos”, de 1976, substituiu a legislação de 1971, revogou o artigo 281 do Código Penal e compilou as leis de drogas em uma só lei especial. Seus pressupostos básicos eram: o uso e o tráfico de substâncias ilícitas deveriam ser prevenidos e reprimidos pois representariam perigo abstrato, ou presumido, para a saúde pública. O primeiro capítulo desta Lei tratava da prevenção por meio da imposição de deveres e penas a pessoas jurídicas, visando à prevenção do tráfico e do uso indevido de drogas. Ao estabelecer as condições de tratamento contra a dependência trouxe um discurso médico que defendia o tratamento obrigatório como pena, aludindo ao “perigo social da droga”. A concepção autoritária de tal legislação pode ser identificada também na possibilidade de imposição de tratamento, ainda que a pessoa não tenha cometido crime algum⁴¹, o que reflete a preponderância de uma visão médica antiquada, que via o adicto como um fraco, sem vontade própria, atribuindo ao tratamento forçado a possibilidade de curá-lo. Foi mantida a causa específica de inimputabilidade no artigo 19 da lei de drogas⁴², dispositivo quase idêntico ao art. 26 (antigo 22) do Código Penal de 1940. A dependência de drogas foi tratada pela lei como um tipo de doença mental e o reconhecimento da inimputabilidade implicaria na imposição de medida de segurança para tratamento da dependência, enquanto que a “semi-dependência”, prevista no parágrafo único do artigo, levava à redução da pena.

O sistema processual previsto na legislação de 1976 foi simplificado para dar maior agilidade ao processo e aumentar a repressão, limitando os direitos de defesa na redução de garantias, como a proibição do réu apelar sem se recolher à prisão (art. 35)⁴³. Com relação ao tipo de sanção, se manteve a previsão da prisão como pena principal, inclusive para o usuário, além de terem sido aumentadas as penas para o delito de tráfico, cuja escala penal foi fixada em 3 a 15 anos, mantida a descrição dos tipos incriminadores. Na parte dos crimes, a descrição do delito de “tráfico de entorpecentes”, no artigo 12, dava-se por meio de dezoito verbos, sem diferenciar de forma

⁴¹ Sobre esse aspecto, justifica GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 67, que “A Organização Mundial de Saúde (...) admite como princípio estabelecido o tratamento compulsório ou quarentena (...) dos portadores ou expostos à moléstia contagiosa, assemelhando esta à toxicomania”.

⁴² Art. 19 da Lei n. 6.368/76: “É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica proveniente de caso fortuito ou de força maior era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

⁴³ LUISI, Luiz. A legislação penal brasileira sobre entorpecentes: notícia histórica. *Fascículos de Ciências Penais*. Ano 3. v. 3. n. 2. abr./mai./jun. 1990, p. 157.

qualitativa ou quantitativa suas diferentes espécies, sob a influência da Convenção Internacional de 1961⁴⁴. O alcance da norma penal foi estendido, em comparação com a redação anterior, pois o legislador não indicou nenhum elemento subjetivo do tipo (fim de lucro), o que permitiu o alargamento da tipificação no delito mais grave. Esse elemento subjetivo, contudo, constou do artigo 16, que incriminava a posse de drogas, que previu a expressão “para uso próprio”. O artigo 12 e seus parágrafos estabeleciam como crimes consumados atos meramente preparatórios, com o intuito de aumentar a repressão. Mesmo o cultivo de plantas destinadas à preparação de drogas foi tipificado como crime.

O parágrafo segundo do artigo 12 da referida lei previa ainda outras condutas equiparadas ao tráfico de entorpecentes, na forma de tipos abertos, sem descrição típica precisa. Punia-se a instigação, induzimento ou auxílio ao uso de entorpecentes, a utilização de local para uso de substância entorpecente e qualquer tipo de contribuição ao incentivo ou à difusão do uso ou do tráfico de entorpecentes. A lei generalizava e não definia o que seria “contribuição de qualquer tipo”, sendo que essa amplitude do dispositivo legal acabou servindo de base à persecução penal dos primeiros operadores dos programas de prevenção de danos no Brasil do início da década de 90 que, ao distribuírem seringas limpas aos usuários de drogas injetáveis, foram acusados de incentivar o uso de drogas. Já o seu artigo 14 previa a associação para o tráfico como crime autônomo, punido com a escala de 3 a 10 anos, sendo que, pela letra da lei, estaria caracterizado o delito pela mera associação eventual de duas pessoas, o que levava a simples associação de duas pessoas para o tráfico a ser apenada com pena superior ao bando ou quadrilha composto por quatro pessoas para a prática de roubo⁴⁵. Em 1990 a pena máxima do referido artigo 14 foi reduzida para seis anos.

Contudo, a grande mudança trazida por essa lei foi a criação do delito autônomo de posse de entorpecentes para uso próprio (art. 16), cuja pena de seis meses a dois anos, e multa, foi diferenciada da escala de tráfico. Isso constituiu um marco na mudança de rumos da política de drogas no Brasil, muito embora ainda tenha mantido o controle penal sobre os usuários por meio da imposição de pena ou tratamento. As substâncias proibidas não foram indicadas na Lei, que se referia apenas a “entorpecentes ou substâncias que determinem dependência física ou psíquica, sem

⁴⁴ O artigo 36 da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961 prevê a obrigação de os Estados adotarem “as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, por contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação da liberdade”.

⁴⁵ A jurisprudência, no entanto, temperou essa linha radical prevista pelo legislador, pois considera necessário o vínculo associativo, e exclui o crime no caso de convergência ocasional de vontades, quando então se aplica a causa de aumento do art. 18, III. Nesse sentido GRECO FILHO, op. cit., p. 109-111; e JESUS, Damásio de. *Lei antitóxicos anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 14-15; e RT 549/294.

autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, constituindo uma norma penal em branco, que a ser completada por portaria do Ministério da Saúde (conforme artigos 6º e 36).

Pouco tempo depois, em 1977, foi promulgada no Brasil a Convenção das Nações Unidas sobre Drogas Psicotrópicas, de 1971⁴⁶, que impunha aos países a punição de delitos de tóxicos mediante a “sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade”⁴⁷, muito embora admitisse como alternativa à pena o tratamento, ainda que forçado⁴⁸, o que completou o arcabouço jurídico e determinou a inserção total do Brasil no modelo internacional de controle de drogas. Esse modelo político-criminal traçou “novos estereótipos e nova legitimação repressiva” com a estigmatização do “inimigo interno”, que seria o traficante de drogas, ao mesmo tempo em que flexibilizou a punição do usuário, o que constitui a marca do controle penal sobre drogas no Brasil daí por diante.

Como visto, o final da década de 70 marca o período em que o direito penal se consolidou no Brasil como a forma estratégica oficial tida como a mais adequada para lidar com a questão da droga. Não obstante os pífios resultados alcançados, diante do aumento do consumo de drogas e dos conflitos decorrentes da estratégia policial de segurança pública nas décadas seguintes, a resposta oficial se manteve a mesma. Na transição para a abertura democrática, pouco se alterou na legislação de drogas, embora amplas e positivas reformas tenham sido feitas no Código Penal.⁴⁹

Em meados da década de 80, a ampla Reforma Penal de 1984 alterou a parte geral do Código de 1940, ao mesmo tempo em que foi editada a Lei de Execuções Penais (7.210/84), que positivou direitos e deu garantias aos presos. Porém, ao mesmo tempo em que foi bem recebida, essa reforma penal foi considerada cautelosa e tímida por alguns, em face da manutenção do drama da prisão.

Passados quatro anos, com o retorno da democracia e a edição da Constituição Democrática de 1988, paradoxalmente, percebe-se um movimento de endurecimento da política criminal, com a inclusão no texto constitucional do conceito de crime *hediondo*, no mesmo capítulo dedicado aos

⁴⁶ Promulgada no Brasil em 14.03.1977, por meio do Decreto n. 79.383.

⁴⁷ O artigo 22 da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 estabelece, em seu artigo 22, que cada parte “tratará como delito punível qualquer ato contrário a uma lei ou regulamento adotado em cumprimento às obrigações oriundas da presente Convenção, quando cometido intencionalmente, e cuidará que delitos graves sejam passíveis de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade”.

⁴⁸ Dispõe o artigo 22, I, b da Convenção da ONU de 1971 que: “quando dependentes de substâncias psicotrópicas houverem cometido tais delitos, as partes poderão tomar providências para que, como uma alternativa à condenação, pena ou como complemento à pena, tais dependentes sejam submetidos a medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social, em conformidade com o parágrafo 1 do artigo 20”.

⁴⁹ Em especial no sistema de penas, foram criados regimes penitenciários na forma progressiva em 1977 e a suspensão condicional da pena não superior a dois anos, o que acabou, ainda que indiretamente, beneficiando o usuário que respondia pelo art. 16 da Lei de Tóxicos, humanizando um pouco o sistema de cumprimento de penas no Brasil. Destaque-se que a progressão de regime prisional foi aplicada para o delito de tráfico de drogas até 1990.

direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º., XLIII). Logo a seguir, em uma onda de criminalização crescente, diversas leis foram editadas, reduzindo garantias processuais e criando novos tipos penais, com redações altamente defeituosas. Com base em tal dispositivo, constitucional, foi editada a chamada Lei dos Crimes Hediondos de 1990 (Lei n. 8.072/90)⁵⁰ que previa a obrigatoriedade da prisão cautelar, proibia fiança, liberdade provisória, graça, anistia e indulto, além de ter sido vetado o recurso do acusado em liberdade, a progressão de regime prisional e aumentado o prazo do livramento condicional.

Com nova roupagem, a velha “ideologia da segurança nacional” tornou-se “ideologia da segurança urbana”, com a importação pelo Brasil do modelo norte-americano de controle do crime, que prega o reforço do controle social sobre as classes mais baixas mediante o aumento do número de presos. A consequência da implementação desse modelo no País foi, claramente, a potencialização dos graves problemas do sistema penitenciário brasileiro, sem que se tivesse conseguido resolver o problema da criminalidade, uma vez que foram ignoradas as raízes sociais e econômicas da maioria dos crimes registrados no Brasil.

O impacto no sistema penitenciário de tal lei foi imenso, como se verá mais adiante neste estudo. O aumento do número de presos por tráfico de drogas nas prisões decorreu, em primeiro lugar do aumento da escala penal para tal delito, que passou do mínimo de um ano, até 1976, quando a lei aumentou esse limite, para três anos, segundo o artigo 12. Além disso, a partir de 1990, os condenados por tal delito permaneceriam presos por mais tempo, especialmente diante da proibição da progressão de regime, e do aumento do tempo para a obtenção da liberdade condicional.

Com a Lei n. 8.072/90, reforçaram-se as diferenças legais entre usuários e traficantes, pois a simples capitulação no artigo 12, em vez do artigo 16 (da Lei n. 6.368/76), fazia com que o acusado não tivesse direito a diversos benefícios.⁵¹ Uma vez rotulado formalmente como traficante no registro de ocorrência ou no momento da prisão em flagrante, o acusado seria preso, mesmo primário e de bons antecedentes, e nessa condição responderia ao processo.

Na época, vários doutrinadores questionaram a constitucionalidade de tal lei, em especial quanto à vedação da progressão de regime, diante do princípio constitucional da individualização da pena, mas a jurisprudência reiteradamente se posicionou de forma contrária, e o Supremo Tribunal

⁵⁰ Pela Lei n. 8.072/90, os crimes hediondos são os seguintes: latrocínio (art. 157, § 3º *in fine*); extorsão qualificada (art. 158, § 2º); extorsão mediante seqüestro e qualificada (art. 159, *caput*); estupro (art. 213, *caput* e § ún.); atentado violento ao pudor (art. 214); epidemia com morte (art. 267, § 1º); envenenamento qualificado (art.270 c/c art. 285), todos do Código Penal; e genocídio (arts. 1º a 3º, Lei n. 2889/56).

⁵¹ A Lei 8072/90 alterou o artigo 83 do Código Penal, e incluiu o inciso V, que dispunha que somente teria direito ao livramento condicional o preso que tivesse “cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.”. Tal prazo é superior ao previsto para os demais crimes, que é de um terço ou metade, se o condenado for reincidente.

Federal, por maioria, a considerava constitucional. Contudo, em abril de 2006, finalmente, após quinze anos de vigência da lei, a nova composição do STF alterou esse entendimento⁵².

Quase ao mesmo tempo, em 1991, consolida-se a adesão do país ao modelo atualizado de controle internacional de drogas, com a promulgação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988⁵³, instrumento repressivo que, pela primeira vez, relacionou a questão da droga à organização de traficantes. O texto da convenção serviu de base para a elaboração de leis especiais que modificaram o sistema penal brasileiro nos anos seguintes⁵⁴. A partir daí, nota-se a cada vez maior ligação discursiva entre política de drogas e crime organizado, conceito que ganha autonomia e serve como justificativa para a desconsideração de direitos e garantias individuais.

Por outro lado, em 1995, uma nova reforma legislativa trouxe inovações despenalizadoras, que se aplicaram ao delito de “uso de entorpecentes”, para o qual passou a ser admitida a suspensão condicional do processo, o que constituiu um pequeno avanço, pelo fato de a suspensão do processo não ser geradora de reincidência e permitir a extinção da punibilidade após o cumprimento integral das condições determinadas.

Contudo, o que seria uma solução aparentemente benéfica ao usuário de drogas eventual, pouco acrescentava ao dependente de drogas que, sem condições de controlar o seu vício, caso aceitasse a suspensão do processo, deveria permanecer sob controle judicial por um período determinado, ocasião em que, caso fosse preso de novo, teria o seu benefício suspenso. Em se tratando de um viciado, isso acabava acontecendo com frequência. Manteve-se, contudo, o controle penal sobre o usuário, apesar da aparente liberalidade da lei, que podia ser preso em flagrante.

Ainda na década de 90, um outro marco desse movimento “despenalizador” até certo ponto, foi a edição da Lei n. 9.714/98, que aumentou a aplicação de medidas penais alternativas para os crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena até quatro anos, e para os delitos culposos. Nesse rol, no entanto, não se encaixavam os condenados por tráfico, que não podiam ter

⁵² No julgamento pelo Plenário do *Habeas Corpus* n. 82.959/SP foi declarada a inconstitucionalidade de tal legislação em 23.02.06, quando o Supremo Tribunal Federal, por maioria, declarou, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a possibilidade de progressão do regime de cumprimento da pena nos crimes hediondos... Entendeu-se que a vedação de progressão de regime prevista na norma impugnada afronta o direito à individualização da pena (CF, art. 5º, LXVI), já que, ao não permitir que se considerem as particularidades de cada pessoa, a sua capacidade de reintegração social e os esforços aplicados com vistas à ressocialização, acaba tornando inócua a garantia constitucional. Ressaltou-se, também, que o dispositivo impugnado apresenta incoerência, porquanto impede a progressividade, mas admite o livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena (Lei 8.072/90, art. 5º). Vencidos os Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Nelson Jobim, que indeferiram a ordem, mantendo a orientação até então fixada pela Corte no sentido da constitucionalidade da norma atacada. Vide Informativo STF n. 418, de 06 a 10 de março de 2006.

⁵³ A Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988 foi promulgada pelo Brasil por meio do Decreto n° 154, de 26.06.91.

⁵⁴ Podem ser citadas as Leis n. 8.257/91 (expropriação de terras de culturas ilegais de psicotrópicos); n. 10.357/91 (regulamentada pelo Decreto n. 4.262/02); n. 9.034/95 (crime organizado); n. 9.296/96 (interceptação telefônica); n. 9.613/98 (lavagem de dinheiro); e finalmente a Lei n. 9.807/99 (proteção a testemunhas).

suas penas de prisão convertidas em penas alternativas, muito embora a interpretação literal desta lei assim o garantisse⁵⁵. Apesar de terem sido identificadas algumas decisões isoladas de juízes autorizando a aplicação de penas não-privativas de liberdade estendidas aos pequenos traficantes, condenados à pena mínima, com alta representação no contingente penitenciário, a aplicação desse novo dispositivo foi negada pela jurisprudência para os condenados por tráfico.

A substituição da pena poderia ter trazido reflexos significativos de redução do contingente carcerário, principalmente a longo prazo, diante da alta percentagem de condenados por “mini-delitos” de tóxicos (mini-trafficantes, primários, condenados a penas iguais inferiores a quatro anos). Porém, o entendimento majoritário à época, inclusive do Supremo Tribunal Federal, foi no sentido de negar aos condenados por tráfico a possibilidade de substituição por penas alternativas, apesar de não haver qualquer vedação legal expressa.

Conclui-se, assim, que o panorama das estratégias penais do Brasil, no final da década de 90, desenvolveram-se no sentido de aumentar a repressão penal para os crimes classificados como graves ou hediondos, dentre eles o tráfico de drogas. Por outro lado, foram despenalizadas condutas como o uso de drogas e outros delitos considerados como de pequeno potencial ofensivo, como a lesão corporal. A estratégia de adaptação do discurso de “lei e ordem” no País foi clara, e seguiu um padrão coerente, com o endurecimento da resposta penal nos delitos classificados por *hediondos*, que lotam as prisões, e a despenalização de infrações menores, de pouca representação estatística. No campo específico da política de drogas, reforçou-se ainda mais a divisão entre o sistema aplicável ao consumidor de drogas da classe média, que tem dinheiro para pagar pelo seu vício, e o consumidor-trafficante, que precisa vender a droga para sustentar suas necessidades. No Brasil, o século XX terminou com a marca de uma legislação que agravou as condições de cumprimento de penas nas penitenciárias, ao mesmo tempo em que o movimento despenalizador só atingiu delitos considerados mais leves, dentre eles o uso de drogas.

A legislação de drogas brasileira apenas repete e reforça o grande abismo na resposta penal para as camadas mais altas e mais baixas da população. Para os traficantes, mesmo os de pequeno porte ou viciados, pertencentes aos estratos mais desfavorecidos da sociedade, a resposta penal é sempre a prisão fechada, agravando ainda mais as terríveis condições das superlotadas e infectas prisões brasileiras. Aos usuários de drogas sem antecedentes, não-viciados, que possuem condições de comprar droga sem trafficar, houve a redução da resposta penal.

Em 2006, trinta anos após, foi editada a nova Lei de Drogas, de n. 11.343, após longo caminho percorrido pelos projetos de leis de drogas no Congresso Nacional. Trata-se de legislação

⁵⁵ Cf. TOLEDO, Francisco de Assis. Aplicação da pena: pena alternativa ou substitutiva. In: DOTTI, René Ariel et al. *Penas Restritivas de Direitos: críticas e comentários às penas alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 146-147.

considerada mais avançada e equilibrada, que inovou, de forma positiva, a política de drogas brasileira, com a criação do SISNAD - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, rompendo com a política anterior, indicando o foco na prevenção ao uso indevido de drogas, embora também tratasse da repressão ao tráfico com destaque, como se verá a seguir.

Dentre os maiores destaques da nova Lei está a previsão expressa de princípios como “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e liberdade” (art. 4º, I), o reconhecimento da diversidade (art. 4º, II), a adoção de abordagem multidisciplinar (inciso IX), além de serem fixadas diretrizes destinadas à prevenção do uso de drogas, por meio do “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas” (art. 19, III), e o reconhecimento de que “reconhecimento da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva” (inc. VI). Considera-se a previsão legislativa de tais princípios como essencial, por refletir uma nova abordagem, na linha do proibicionismo moderado, especialmente com a adoção da redução de danos como política oficial. Com relação ao uso de drogas, importante mudança foi a despenalização do uso, e a rejeição de sanções privativas da liberdade ao usuário, nem em caso de reincidência⁵⁶ por meio da redação do artigo 28 que somente prevê medidas alternativas como pena:

“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”.

Além disso, há ainda outros aspectos positivos, como a equiparação ao delito de uso da conduta do *grower*, ou seja, o cultivador de plantas para consumo pessoal, como dispõe o art. 28, § 1º.⁵⁷, a redução da pena para a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33, § 3º).⁵⁸, quando a entrega é eventual, feita a alguém do relacionamento do sujeito e sem objetivo de lucro, hipótese diferenciada da traficância profissional, justificando-se o abrandamento da sanção, conduta esta que era antes equiparada ao tráfico na lei anterior. Com relação ao usuário, portanto, considera-se as mudanças como positivas, por ter havido uma redução do controle penal, e uma certa diferenciação entre as condutas.

Em que pese tais avanços, contudo, persiste na lei a ausência de uma diferenciação clara entre uso e

⁵⁶ Cf. BOITEUX, Luciana. A nova lei de drogas e o aumento de pena do tráfico de entorpecentes. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 14, n. 167. Outubro 2006, p. 8-9.

⁵⁷ Art. 28, § 1º. da Lei n. 11.343/06: “Às mesmas penas 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”.

⁵⁸ Art. 33, § 3º. “Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento para juntos a consumirem. Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa...”.

tráfico. Pelos critérios legais, esta deve se dar levando-se em conta a quantidade, natureza (ou qualidade) da droga, além de outros elementos, como lugar e demais circunstâncias objetivas, além de subjetivas, como antecedentes, circunstâncias sociais e pessoais (tal como previsto no art. 28, § 2º). Com tais critérios extremamente vagos, e de difícil aplicação, a distinção no caso concreto é feita pela autoridade, sem a possibilidade de uma distinção legal apriorística, o que prejudica a defesa do acusado, prevalecendo sempre a visão subjetiva da autoridade, sendo excessivamente ampla a discricionariedade do policial que primeiro tem contato com o caso. Considera-se bastante questionável essa opção legislativa, justamente pela ausência de garantias legais que limitem a intervenção estatal com relação ao usuário.

No que tange, porém, ao tráfico de drogas, a nova lei deu tratamento penal bastante rigoroso ao delito, tendo sido aumentada a pena mínima de três para cinco anos, embora com a previsão de uma hipótese de redução de pena. O delito de tráfico tem, hoje, a seguinte redação:

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

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

No § 1º, deste mesmo art. 33 estão ainda previstas três figuras equiparadas, ou assemelhadas, ao tráfico, com o intuito de abranger toda a cadeia produtiva da droga, na forma dos incisos I, II e III.⁵⁹ Percebe-se com clareza que a pretensão da lei é a de abranger todas as hipóteses de conduta que tenham qualquer relação com o processo de produção, distribuição, comércio e consumo de droga. Porém, o alvo das maiores críticas dos especialistas foi o aumento da pena mínima de tal delito, o que foi justificado pelo legislador pela necessidade de “endurecimento no combate ao tráfico”. Para autores como Salo de Carvalho, tal dispositivo deve ser criticado pela disparidade entre a quantidade de pena, e a inexistência de tipos penais intermediários com graduações proporcionais, destacando a zona cinzenta entre o mínimo e o máximo da resposta penal, a despeito das várias condutas previstas no art. 33.⁶⁰ Assim, apesar das significativas diferenças entre as ações típicas, e da distinta lesão ao bem jurídico tutelado (saúde pública), além de não se exigir o propósito de

⁵⁹ Art. 33, § 1º. Nas mesmas penas incorre quem: I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II – semeia, cultiva ou faz colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

⁶⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 189.

comercio ou fim de lucro, a a escala penal é única, o que pode dar margem a punições injustas. Assim, com a nova lei, foi ampliada a diferença legal entre usuários, sujeitos apenas a medidas alternativas, e traficantes, com altas penas de prisão previstas, sem que a lei tenha definido de forma estrita quem pode ser enquadrado em cada uma dessas categorias. Embora a lei tenha avançado em relação à anterior, por certo que ainda está longe do ideal.

Atualmente, a possibilidade legal de moderação da pena do delito de tráfico de drogas está prevista no § 4º do art. 33, que prevê uma causa especial de redução de pena, aplicável a réus primários, sem maior envolvimento com o crime organizado. Trata-se de um tipo privilegiado em relação ao *caput*, com a seguinte redação:

§ 4º. Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa.

Tal redução, caso aplicada em seu máximo, pode fazer com que a pena de um traficante seja fixada em um ano e oito meses, no mínimo, porém, a falha técnica na redação de tal dispositivo, na prática, tem impedido, ou dificultado sua aplicação, o que foi recentemente comprovado por pesquisa empírica⁶¹ em sentenças judiciais do Rio de Janeiro e Brasília.

Na investigação realizada, foi questionado se tal hipótese de moderação de pena seria suficiente para se distinguir entre as diversas condutas ilícitas da rede de comercialização de drogas. A conclusão a que se chegou foi que, na prática, houve uma diferença de interpretação entre os juízes na sua aplicação, dificultando a redução das penas, mesmo no caso de réus primários, especialmente na Justiça Estadual⁶². Por outro lado, foi detectado que, na Justiça Federal do Rio de Janeiro, houve maior redução da pena para os acusados presos como “mulas” (transportadores de drogas), na maioria dos casos estrangeiros, enquanto que os Juízes Estaduais aplicaram bem menos tal redução, ainda que, em tese, tal redução pudesse ser aplicada aos pequenos traficantes atuantes no varejo nas cidades, maioria dos acusados desse tipo de crime.

Segundo as conclusões da investigação realizada, no Rio de Janeiro, a maioria dos condenados por

⁶¹ BOITEUX, Luciana, WIECKO, Ela, *et alli*. *Tráfico de Drogas e Constituição: um estudo jurídico-social do artigo 33 da Lei de Drogas e sua adequação aos princípios constitucionais penais*. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2009. A pesquisa acima citada teve como fonte as sentenças de primeiro grau condenatórias pelo crime de tráfico, na cidade do Rio de Janeiro (foro central estadual e federal) e nas varas especializadas do Distrito Federal, no período compreendido entre 7 de outubro de 2006 e 31 de maio de 2008, e essa amostra tem condições de permitir a compreensão de como a lei de drogas brasileira é aplicada, na prática.

⁶² No Brasil, a competência das Justiças Estaduais é determinada por exclusão, ou seja, os casos em que não envolvem situações de interesse federal são julgados pelos juízes estaduais. Nesse sentido, a Justiça Federal julga crimes internacionais, quando há questões de fronteira, como dispõe o art. 109, inciso V da Constituição Federal Brasileira de 1988. No caso, o tráfico internacional de drogas é de competência da Justiça Federal, enquanto que o tráfico interno é julgado pela Justiça Estadual.

tráfico de drogas (61,5%) respondem individualmente ao processo, ou seja, foram presos sozinhos, 66,4% são primários, com relativamente baixas quantidades de droga, sendo que os traficantes condenados atuam, em sua maioria, de forma individual – ou, pelo menos, foram presos nessa situação. Os dados são eloquentes no sentido de revelar que, à diferença da ideia difundida pelo senso comum, a maioria dos traficantes condenados não é, “por definição”, integrante de “organização criminosa”, nem atua, necessariamente, em associação. Assim, na minoria dos casos em que o acusado não atuou sozinho, ou seja, em 46,9% destes, foram presas duas pessoas agindo juntas. Em 58,05% dos casos, nessa cidade, os condenados por tráfico receberam penas de cinco anos de prisão ou acima do mínimo legal, sendo a pena aplicada abaixo do mínimo em 41% dos casos.

Chamou a atenção dos pesquisadores a quantidade de processos nos quais o juiz presume que o réu se dedique a atividades criminosas ou integre organizações criminosas, com base em meras suspeitas, ou seja, quando presume a sua culpabilidade para o fim de negar a redução das penas, o que foi constatado em cerca de 40% dos casos. Diante disso, tudo indica que um número significativo de pessoas não tiveram sua pena reduzida, pelo fato de alguns juízes terem rejeitado a aplicação da forma privilegiada do parágrafo 4o. do artigo 33, situação essa altamente questionável do ponto de vista da legalidade e da constitucionalidade. Nota-se no Brasil, de forma clara, a seletividade da atuação do sistema penal. Embora haja diversos graus de importância na hierarquia do tráfico de drogas, a atuação das autoridades parecem estar direcionadas às camadas mais desfavorecidas da sociedade, que possuem alta representatividade nas prisões brasileiras.

Destaque-se que, mesmo nos países centrais, é mais fácil para os agentes da lei capturarem os revendedores das ruas, ou *street dealers*, que são os varejistas, mais numerosos e fáceis de serem alcançados, do que os traficantes (atacadistas)”. Assim a pergunta “por que somente os pequenos e (alguns poucos médios) traficantes estão presos?” pode ser respondida no Rio de Janeiro pela atuação seletiva do sistema penal brasileiro, que criminaliza a pobreza e os pobres e vulneráveis, e a política repressiva de drogas só agrava essa situação.

Portanto, diante de tudo o que foi dito até agora pode-se concluir que o Brasil segue o modelo de controle penal de drogas inspirado nas convenções internacionais, mas sua legislação é caracterizada, por um lado, pelo enfoque progressista e humanitário dado ao usuário, na linha da despenalização, com reconhecimento das políticas de redução de danos, consideradas muito avançada e, por outro, destaca-se o tratamento punitivo exacerbado ao traficante de drogas, sujeito a penas altas, sem que haja uma distinção legal clara entre essas duas figuras, levando a uma maior representatividade dos pequenos varejistas nas prisões brasileiras.

Assim, o sistema brasileiro atual de controle de drogas, apesar de democrático, atua de forma

autoritária, pois não limita o poder punitivo, pelo contrário, deixa de estabelecer limites e contornos diferenciadores exatos para as figuras do usuário, do pequeno, médio e grande traficante, e atribui às autoridades, no caso concreto, uma ampla margem de discricionariedade, o que acarreta uma aplicação injusta da lei.

A seguir, se analisará qual é o impacto desse tipo de política na realidade do sistema penitenciário brasileiro.

2. Política de Drogas e Sistema Penitenciário no Brasil

O sistema penitenciário brasileiro está (ou sempre foi) superlotado, tendo hoje um deficit de vagas de 170.000 presos, o que acarreta péssimas condições de vida aos internos, além de ter uma característica bastante comum aos países latino-americanos: o excesso de presos provisórios, ou seja, de pessoas privadas de sua liberdade ainda não definitivamente condenadas, cujo percentual nacional atual é de cerca de 45%. As péssimas condições do sistema prisional no Brasil, inclusive, foram recentemente denunciadas por relatório da International Bar Association, no qual se afirma que “superlotação extrema, condições sanitárias precárias, violência entre gangues e motins deterioram o sistema penal, onde os maus tratos, incluindo agressões físicas e tortura são comuns”.⁶³ A taxa atual de 245 presos por 100 mil habitantes coloca o Brasil na 47a. posição no *ranking* mundial dos países com as maiores taxas de encarceramento⁶⁴, sendo que, em termos de população total, o país está na 4a. posição, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, China e Rússia.⁶⁵ O custo mensal de uma população carcerária dessa magnitude é altíssimo, e ainda mais alto é o valor que precisa ser investido na abertura de novas vagas. A estimativa das autoridades é a de que “para a abertura de 60.000 vagas no sistema seriam necessários 1.800.000.000 (um milhão e oitocentos mil reais), aproximadamente, fora o custeio mensal dessas vagas”.⁶⁶

Segundo dados mais recentes, de dezembro de 2009, o Brasil possui um total de 473.626 presos em seu sistema penitenciário, incluindo os detidos em delegacias.⁶⁷ Em termos de evolução histórica da população carcerária brasileira desde 1990, destaca-se o fato de que o país aumentou a sua população carcerária, de 1992 a 2009, em cerca de 314%. Essa tendência de crescimento do encarceramento é confirmada pelos números e reflete os efeitos de uma política criminal baseada no

⁶³ O relatório é intitulado: “The crisis in Brazil’s prisons and criminal justice system” e pode ser acessado em http://www.huffingtonpost.com/juan-e-m/ring-the-alarm-brazils-pr_b_483744.html.

⁶⁴ Cf. http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/wpb_stats.php?area=all&category=wb_poprte

⁶⁵ Cf. http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/worldbrief/wpb_stats.php?area=all&category=wb_poptotal

⁶⁶ Fonte: Panorama do Sistema Penitenciário do CNJ, disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/apresentacao%20mutirao%20-%20jun%202009%20x.pdf>

⁶⁷ Fonte: Infopen. In: www.mj.gov.br.

endurecimento legislativo, relativização de garantias e foco na repressão. Em dez anos (de 2000 a 2009), a população carcerária dobrou, passando de cerca de 233 mil para mais de 473 mil detentos, como se vê nas tabelas abaixo.

Tabela 1 – Total de Presos no Brasil 1992-2004 (Fonte: Ministério da Justiça - Infopen)

Ano	No. de presos
1992	114377
1995	148760
1999	194074
2000	232755
2001	233859
2002	239345
2003	308304
2004	336358

Diante desse panorama geral, ganha importância a verificação da representatividade dos condenados por tráfico de drogas nesse total, diante da constatação de que tal crime tem, hoje, a segunda maior incidência de presos (91.037) no sistema, ficando atrás apenas dos crimes patrimoniais (217.762)⁶⁸, que tradicionalmente ocupam a primeira posição.

Somente a partir de 2005 foi possível encontrar dados mais específicos sobre os condenados por tráfico de drogas em relação ao contingente carcerário total. Na Tabela 2, abaixo, destaca-se o aumento percentual da representação relativa dos condenados por tráfico no sistema penitenciário brasileiro, o que permite afirmar que o aumento da repressão ao tráfico de drogas tem contribuído para o aumento do número de presos no Brasil.

Tabela 2 - Populacional Carcerária Brasileira: total e condenados por tráfico (2005 – 2009) – Fonte: Infopen

Ano	No. de Presos Total	No. presos Tráfico	% presos tráfico
2005	361402	32880	9,10%
2006	383480	47472	12,38%
2007	422590	65494	15,50%
2008	451219	77371	17,50%
2009	473626	91037	19,22%

Na análise dos dados, percebe-se que, na vigência da Lei de Drogas n. 6.368/76, ou seja, até o final de 2006, o percentual de condenados por tráfico de drogas era de 12,38%, sendo que esse índice aumentou para 19,22% no final de 2009, ou seja, o número de condenados por tal delito quase

⁶⁸ Fonte: Infopen – cf. [Www.mj.gov.br](http://www.mj.gov.br), dados de dezembro de 2009.

dobrou desde a entrada em vigor da Lei n. 11.343/06. Se já era alto o número de pessoas encarceradas pelo delito de tráfico de drogas, esse número parece continuar crescendo, de acordo com as estatísticas verificadas.

Em âmbito mais restrito, cabe ainda analisar os dados referentes ao envolvimento de menores de idade nos delitos de drogas. Tomando como exemplo o número total de menores que deram entrada na 2ª Vara da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, e a divisão por delitos praticados, se confirma ainda outro dado relevante: que a população mais jovem é a que proporcionalmente mais sofre do encarceramento por tráfico de drogas. Se, de 1991 a 1994, o trafico ou uso de drogas era responsável por 8% a 13% dos recolhimentos de menores aos institutos de detenção, já em 1995 este índice salta para 24% e, no ano seguinte, para 36%, tomando dos crimes contra o patrimônio a primeira posição da lista. Se compararmos os valores absolutos de 1991 (204 menores) e 1997 (1648 menores), trata-se de um aumento de 800%, conforme se constata na tabela abaixo. Infelizmente, não foram localizados dados nacionais da condenação de menores para que se pudesse fazer uma comparação mais ampla.

Tabela 3 - Entrada de menores na 2ª Vara da Infância e da Juventude da Comarca do Rio de Janeiro - Capital⁶⁹

	1991	1992	1993	1994
Contra o patrimônio	2016 (76,8%)	2041 (76,9%)	1504 (73,5%)	1632 (71,3%)
Entorpecentes	204 (7,8%)	280 (10,5%)	196 (9,6%)	303 (13,2%)
Contra a pessoa	184	170	181	194
Contravenção	186	115	93	92
Contra os costumes	14	23	34	39
Outros	20	26	38	27
TOTAL	2624 (100%)	2655 (100%)	2046 (100%)	2287 (100%)

	1995	1996	1997
Contra o patrimônio	1430 (57,6%)	1506 (49,3%)	1345 (26,8%)
Entorpecentes	610 (24,6%)	1108 (36,3%)	1648 (32,8%)
Contra a pessoa	250	232	299
Contravenção	120	134	186
Contra os costumes	26	48	49
Outros	45	24	1484
TOTAL	2481 (100%)	3052 (100%)	5011 (100%)

Conclusão

⁶⁹ Dados obtidos na 2a. Vara da Infância e da Juventude da Comarca da Capital do Rio de Janeiro-RJ.

O objetivo do presente texto foi o de analisar a correlação entre política de drogas no Brasil e o aumento de sua população carcerária, razão pela qual se fez um histórico das leis e dos dados da população carcerária brasileira nos últimos anos. Ao se avaliar a legislação de drogas no Brasil puderam ser destacados alguns momentos importantes, tais como o ano de 1976, com a edição da chamada “Lei de Tóxicos”, quando a pena mínima do crime de tráfico foi aumentada de um para três anos, o advento da Constituição Federal de 1988, e posterior aprovação da Lei n. 8.072/90, que reduziu a aplicação de benefícios para os condenados por tráfico de drogas, crime que foi equiparado a hediondo, vindo vedada a progressão de regime e aumentado o prazo para a obtenção do livramento condicional. Nesse mesmo momento, começam a aumentar o percentual de presos por tal delito no sistema carcerário. Finalmente, em 2006, a nova Lei de Drogas trouxe um novo aumento da pena mínima para tal delito, que foi fixada em cinco anos de reclusão, em que pese a causa de redução de pena prevista, tendo sido dada continuidade ao aumento percentual dos detentos presos por tráfico.

Tais momentos legislativos apontam para um endurecimento gradativo e intencional da resposta penal ao comércio de drogas, o que pode ser considerado como um dos principais fatores para o aumento da população carcerária no Brasil nos últimos 20 anos, sem que com isso se tenha conseguido resolver a questão da oferta e consumo de drogas ilícitas. Os cárceres brasileiros, tradicionalmente habitados, em sua maioria, por pessoas condenadas por crimes patrimoniais, passaram a compartilhar os espaços carcerários com os condenados por tráfico, na maioria dos casos pequenos varejistas pertencentes às camadas mais pobres da sociedade, mantendo o sistema seletivo e injusto de atuação do sistema penal. A relação entre política de drogas e cárcere é um reflexo da insistência dos governos em adotarem políticas já destinadas a falharem em seus objetivos declarados, ou, então, do sucesso destas com relação a objetivos ocultos, ou não declarados, de ampliação do controle social repressivo sobre as camadas mais pobres da população, que são submetidos a violações de direitos e tratamentos degradantes nos cárceres brasileiros e latino-americanos. Se o objetivo da política de drogas tiver sido aumentar o número de presos pode-se dizer que tal meta foi alcançada, sem que, no entanto, se tenha conseguido controlar ou reduzir o consumo ou a venda de drogas ilícitas.