

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

PAULA GABRIELLE TRACZ

Política Criminal de Drogas: uma comparação entre os modelos brasileiro e português segundo a perspectiva de Alessandro Baratta.

CURITIBA

2016

PAULA GABRIELLE TRACZ

Política Criminal de Drogas: uma comparação entre os modelos brasileiro e português segundo a perspectiva de Alessandro Baratta.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná como requisito à obtenção do título do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Rui Carlo
Dissenha

CURITIBA

2016

SUMÁRIO

SUMÁRIO	3
1. INTRODUÇÃO	8
2. POLÍTICA CRIMINAL	10
2.1 Definição de Política Criminal	10
2.2 Direito Penal e Política Criminal	11
2.3 Diretrizes para construção de uma política criminal pautada pelos direitos humanos ..	13
2.4 Política Criminal de Drogas	21
3. POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL	24
3.1 Breve Histórico	24
3.2 O modelo implantado pela Lei de Drogas de 1976	25
3.3 A Política Criminal de Drogas após o advento da Lei 11.343/2006	27
3.3.1 A despenalização da posse para uso pessoal	29
3.3.2 Outras alterações e problematizações que acompanham a Lei 11.343/2006	37
3.4 Análise da política de drogas brasileira sob a ótica minimalista ideal de Baratta	42
4. A POLÍTICA DE DROGAS EM PORTUGAL	46
4.1 Breves comentários históricos que resultaram na criação da Lei 30/2000	46
4.2 A política portuguesa de 2001	48
4.3 Efeitos da mudança de lei em Portugal	53
4.4 Avaliação dos critérios de Baratta na política criminal portuguesa	58
5. ANÁLISE COMPARADA DOS REGIMES E SUA INTERAÇÃO COM A POLÍTICA IDEAL DE BARATTA	62
5.1 Da comparação das duas políticas criminais	62
5.2 Enquadramento na ótica minimalista de Baratta	67
5.3 Análise prática da aplicação do modelo português no Brasil	72
6. CONCLUSÃO	74
7. REFERÊNCIAS	77
8. ANEXOS	82

AGRADECIMENTOS

Aqueles que nos acompanham nos períodos mais difíceis são aqueles que devemos levar conosco pra sempre.

Durante esses cinco longos anos, que passaram tão depressa, tive a impressão de viver toda uma vida. Foram tantos que passaram por ela e muitos que marcaram esse período. Tantos agradecimentos, seja pela companhia, pelo desabafo, pelo choro amigo, pelas risadas, pelos bares, pela saudade.

Alguns entraram, se fizeram presentes, intensos, e se foram. Alguns sempre estiveram ao meu lado, mesmo com a distância de quilômetros nos separando. Alguns estavam bem ali, ao lado. Fato é que de uma forma ou outra estavam presentes.

São tantas pessoas a agradecer, chega a confundir os sentimentos, as ideias, os momentos. Logo de início e acima de todos, quero agradecer a Deus, que me permitiu chegar até aqui, lutando pelo que desejo, que me abriu portas e por diversas vezes as fechou também. Essencialmente por colocar em minha vida tantas pessoas para agradecer a ponto de ser necessária mais de uma página para cumprir a missão.

Devo agradecer ainda as pessoas que sempre me apoiaram, sempre se orgulharam do caminho que tracei e, com certeza, hoje, dessa vitória, minha mãe Laura e meu pai Antônio. Não podia ser diferente.

Do jeito deles, da forma como foi possível, ainda que poucos tenham sido os momentos juntos, aos amigos Luiz Ricardo Mokfa e Massimo Karly por deixarem essas poucas oportunidades darem leveza à caminhada, por saber que sempre poderia contar com vocês e mesmo após meses sem nos falar, tudo estaria exatamente igual como a sete anos atrás.

Ao parceiro de boa parte dessa caminhada, que tanto apoio me deu nas horas mais difíceis, o melhor conselheiro, até na hora de “puxar a orelha”, o melhor ouvido na hora de desabafar e o melhor exemplo de dedicação e determinação que eu pude ter nos momentos de dúvida, Bernardo Régis Borges.

Das formas mais inacreditáveis surgem presentes que não podem ser mensurados ou avaliados de nenhuma forma humanamente conhecida. Há cinco anos, em um ligeirinho, já tarde da noite, três pessoas em um ato de simpatia e altruísmo,

entraram na minha vida e se tornaram três dos mais preciosos companheiros de jornada, Ane Ramiro, André Eduardo e Gabriel Felipe.

Aqueles amigos que aos poucos foram entrando e ficando durante esses cinco anos, nos trabalhos de sala, nas fugidas das aulas mais chatas, nas conversas de corredores e festas do subsolo. Que choraram comigo, sorriram comigo, sofreram comigo a cada prova e cada aprovação, mas não só isso, também deixaram um pouquinho de si para o crescimento do eu, Ana Carolina Ribas, Natália Graton, Amanda Camboim, Fernanda Gonsalves, Leonardo Nichel, Lucas Cavassin.

Um agradecimento especial ao eterno amigo João Rocco que me fez entender um pouco melhor sobre a saudade e sobre a efemeridade do que temos nessa vida. Que demonstrou a importância de viver cada dia como o último e cada momento como o melhor que ele puder ser. Seu tempo conosco foi pouco, mas foi um dos mais intensos, sem dúvida.

Alguns laços de amizade nascem de lugares pouco prováveis, de momentos em que nos aventuramos e descobrimos pessoas maravilhosas, as quais desejamos sigam um caminho paralelo ao nosso. Os aprendizados, experiências, momentos que a memória guarda, pessoas que o tempo não apaga, assim, agradeço aos amigos Antônio Gouveia, Ruy Barros, Guilherme Rezende, Rodrigo Zem, Lucas Zapater, Carolina Soares, Sérgio Beggiato, Rodrigo Foggiato, Giovana Shin-Ike e Antônio Seixas, pelo tempo que dividimos a fim de somar.

Ainda teria muitos outros a agradecer, alguns fazem outros fizeram parte disso tudo. Indiscutivelmente, para serem lembrados, contribuíram de alguma maneira para construção desse momento. Barbará Ferraz e o pequeno presentinho de Deus em nossas vidas, Catarina. Thuana Bronholo, Débora Almeida, Natália Alves, Luciano Duma e Washington Saito.

Por fim, agradeço imensamente ao professor Rui Carlo Dissenha por toda orientação, pelos conselhos e, principalmente, pelas palavras de conforto em meus momentos de desespero com a realização do trabalho.

RESUMO

O presente trabalho pretende estudar o fenômeno da política criminal, tomando por base o ideal de política criminal minimalista elaborada por Alessandro Baratta em 1985. Desde aquela época, o autor percebia a necessidade de se criar uma política de mínima intervenção estatal e na qual o Estado somente agisse nos casos de graves ofensas aos Direitos Humanos. A fim de construir tal modelo de política criminal, Baratta formulou diversos princípios, os quais podem ser divididos em duas grandes categorias, subdivididas em outras cinco estruturas de normas, quais sejam, os princípios das limitações formais, funcionais e pessoais; e, ainda, os de descriminalização e da metodologia de construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais. Esses princípios perpassam desde a criação e aplicação da lei, prevendo medidas de prevenção e otimização da estrutura administrativa. O foco do trabalho foram as políticas criminais relacionadas ao problema das drogas, presente hoje em praticamente todos os países do mundo. Optou-se por desenvolver uma análise comparada do Direito Brasileiro e Português, em razão das semelhanças culturais e econômicas entre os dois territórios, ainda que em relação a área espacial, Portugal possa ter imensas vantagens quando comparado ao Brasil para aplicação de políticas criminais. Tentou-se então, aplicar os critérios e princípios de Baratta a ambas as políticas hoje vigentes nos dois países e desse estudo concluir qual dos dois se aproximaria mais do ideal de política criminal para um Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: política criminal; direitos humanos; drogas; Brasil; Portugal.

ABSTRACT

The present work intends to study the phenomenon of criminal policies, based on the ideal of minimalist criminal policy elaborated by Alessandro Baratta in 1985. Since then, the author realized the necessity of creating a policy of minimal state intervention, in which the State only acted in cases of serious offenses against Human Rights. In order to construct such a model of criminal policy, Baratta formulated several principles, which can be divided into two broad categories, subdivided into five other norms structures, the principles of formal, functional and personal limitations; and also those of: decriminalization and the methodology of alternative construction of conflicts and social problems. These principles range from the creation and application of the law, providing measures to prevent and optimize the administrative structure. The focus of the work was the criminal policies related to the drug problem, present in practically every country in the world nowadays. It was decided to develop a comparative analysis of the Brazilian and Portuguese policy, due to the cultural and economic similarities between the two territories, although that in relation to the spatial area, Portugal could have immense advantages when compared to Brazil for the application of these criminal policies. Attempts were made to apply Baratta's criteria and principles to both policies and from that study, to conclude on which of the two would be closer to the ideal of criminal policy for a Democratic State of Law.

Key-Words: criminal policies; Human Rights; drugs; Brazil, Portugal.

1. INTRODUÇÃO

Uma das estruturas mais fundamentais da vida em sociedade são as chamadas políticas estatais, sejam elas criminais, sociais, educativas ou quaisquer outras. Uma política pública serve essencialmente para gerir o meio social e criar mecanismos de organização e manutenção da vida conjunta.

Nesse sentido, uma política criminal visa, em suma, coordenar e gerir a aplicação e a formulação das leis penais e, mais do que isso, definir o tratamento dado pela sociedade às infrações ocorridas às normas criminais. Na concepção aceita por Nilo Batista, uma política criminal teria papel de destaque na modificação da realidade social¹.

O presente trabalho buscou estabelecer como marco teórico a política criminal idealizada por Alessandro Baratta, no século XX, tendo em vista sua preocupação singular com os direitos humanos e a preocupação no respeito ao Estado Democrático. Os princípios idealizados pelo autor italiano vão desde a criação da norma pelo legislador, passando pela sua interpretação e aplicação na realidade das sociedades e a participação popular durante todo este percurso.

Elegeu-se a política criminal de drogas para, partindo das premissas de Baratta, determinar se há ou não o enquadramento em uma política criminal minimalista e atenta aos direitos dos cidadãos. Para tanto foram escolhidos dois países, Brasil e Portugal, considerando as semelhanças culturais entre eles.

Ao tempo em que Portugal adota uma política criminal onde a intervenção estatal busca ocorrer somente quando estritamente necessária, descriminalizando e retirando do âmbito penal condutas de agentes, usuários de drogas, que apenas prejudicam e criam reflexos em suas próprias vidas, o Brasil continua discutindo a melhor forma de combater o fenômeno das substâncias ilícitas, partindo do proibicionismo e da repressão total.

1 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 34.

Após detida análise das políticas criminais de drogas de ambos os países, principalmente no que diz respeito aos usuários, considerando a gritante diferença entre os sistemas, buscou-se concluir qual teria maior proximidade com as propostas de Baratta e, desta forma, seria mais adequado a um Estado Democrático de Direito.

2. POLÍTICA CRIMINAL

2.1 Definição de Política Criminal

Uma política criminal pode ter diversas concepções conforme a época e a ideologia vivida pelo seu autor. Para Feurbach, o grande mentor da ideia de política criminal, ela seria “o conjunto dos procedimentos repressivos pelos quais o Estado reage contra o crime”². Mireille Delmas-Marty atualiza este conceito, descrevendo-o não somente como reação do Estado, mas como “conjunto dos procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”³.

Nilo Batista conceitua política criminal como “princípios e recomendações” que surgem das inovações e avanços do sistema penal e suas instituições e vão desta forma, ditando como transformar a legislação penal e os órgãos que são responsáveis pela aplicação do direito penal⁴. Segundo esta teoria, a política criminal tem papel essencial na alteração da realidade e na modificação da sociedade na qual está implantada.

Desta forma, não nos parece que ainda haja espaço para se falar de política criminal como mera ciência de estudo dos delinquentes ou, ainda, ciência que indicaria quais condutas deveriam ser criminalizadas e perseguidas pelo Direito Penal, como pretendeu Von Liszt por algum tempo⁵.

A percepção de política criminal também varia de acordo com a linha teórica defendida em cada caso. Ela pode assumir características absolutistas, garantistas, de intervenção mínima ou máxima do Direito Penal, entre outras, dependendo da teoria criminológica a ser seguida.

2 DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. (Tradução Denise Radanovic Vieira) Barueri, São Paulo: Manole, 2004. p. 3.

3 DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. (Tradução Denise Radanovic Vieira) Barueri, São Paulo: Manole, 2004. p. 3.

4 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 34.

5 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 35.

Todavia, por mais diversas que sejam as políticas criminais existentes, por razões eminentemente históricas, o respeito e a garantia dos direitos humanos universais estão presentes em praticamente todas elas⁶.

Uma política criminal ideal é aquela, como observa Rui Dissenha⁷, que não deixa de repreender e reprimir atos conflituosos com o ordenamento jurídico, mas o faz tendo por base dois importantes enunciados. O primeiro deles, “é que a repressão seja sempre contida e limitada de forma a se manter em absoluta consonância com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos; o segundo, é que a proposta penal não se limite apenas a uma versão repressiva, mas assuma uma perspectiva prospectiva de efetiva prevenção”⁸. Uma política criminal, portanto, que se preste a agir não somente sobre o pós delito, mas também nas suas causas⁹.

2.2 Direito Penal e Política Criminal

Apesar de estarem profundamente conectados e possuírem ligações extremamente abrangentes, o Direito Penal e a Política Criminal não se confundem. Tampouco o fazem uma política criminal com uma política de características estritamente penais.

Na definição de Roxin¹⁰, enquanto a política criminal é uma parte do direito penal que possui um fim social, o Direito Penal, em sentido jurídico, serviria para assegurar a correta e sistemática aplicação da lei.

Entretanto, o Direito Penal mais do que assegurar a aplicação da lei, é um instrumento do Estado com papel essencial de manter o controle sobre a população e

6 DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma Política Penal Universal: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013. p. 294-295

7 DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma Política Penal Universal: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013. p. 303-305.

8 DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma Política Penal Universal: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013. p. 290.

9 DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma Política Penal Universal: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013. p. 302-302.

10 ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. (Tradução: Luis Greco) - Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 2-3.

garantir a manutenção da ordem vigente¹¹. É por meio do mecanismo da criminalização que se determinam quais condutas são permitidas e reprovadas no interior de uma sociedade, fazendo *jus à persecução penal*. Contudo, é a escolha política que determina quais consequências incidirão sobre cada comportamento e, principalmente, qual a natureza dessas consequências.

A política criminal é, portanto, como já visto, o conjunto de reações empregadas em face do fenômeno criminológico, e como tal abrange não somente a resposta penal ao crime, mas também medidas administrativas, socioculturais e principalmente preventivas aos delitos. Enquanto uma política pautada, apenas, pelo Direito Penal, olvida os demais campos de reação, principalmente o da prevenção, respondendo as infrações cotidianas com punições que, isoladas, garantem o fracasso do sistema.

Entende-se que uma política penal tem como principais elementos a repressão e a privação de liberdade, utiliza-se delas como respostas a todo e qualquer conflito social, sem observância das causas do fenômeno criminológico, agindo simplesmente no *post factum*.

O ideal de uma política criminal é que ela aja para além do Direito Penal, envolva interesses não exclusivos da classe dominante e do Estado e seja autônoma, a fim de que represente um processo de avaliação da própria estrutura¹². Inicialmente, uma política criminal sempre visará a garantia da coesão e a sobrevivência do corpo social¹³ no qual está instalada. Contudo, sua função essencial é limitar o uso do Direito Penal e fazê-lo respeitar os direitos humanos, fazê-lo ser um instrumento de limitação da força do Estado e das instituições jurídicas¹⁴, tornar o Direito Penal justo e democrático.

Seguindo essa linha de pensamento, a reação estatal de caráter penal só

11 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 21-22.

12 DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma Política Penal Universal: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013. p. 292-294.

13 DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. (Tradução Denise Radanovic Vieira) Barueri, São Paulo: Manole, 2004. p. 44.

14 DELMAS-MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de política criminal**. (Tradução Denise Radanovic Vieira) Barueri, São Paulo: Manole, 2004. p. 22.

deveria agir em fatos específicos tão graves que justifiquem a sua incidência¹⁵, em outros casos, muitas vezes a resolução administrativa ou mesmo civil é suficiente ao autor e mais adequada à vítima.

Conclui-se a partir dessas premissas que é importante que qualquer aplicação do direito seja orientada pelo respeito aos direitos humanos e seja limitada, de forma a garantir um Direito Penal mínimo e a aplicação da pena como *ultima ratio* somente¹⁶.

Em um segundo plano, para além desse aspecto limitador, deve-se possuir um aspecto prospectivo na política criminal, como já dito anteriormente, criando métodos investigativos para colher informações a cerca das razões que permitem e dão causa aos crimes e quais os meios de evitar que elas aconteçam¹⁷.

Logo, a política criminal é o método de aplicação do Direito Penal vigente, que leva em conta a realidade da população destinatária de tal política, considerando os estudos realizados no campo da criminologia, a fim de garantir uma utilização justa e racional das penas e sanções alternativas.

2.3 Diretrizes para construção de uma política criminal pautada pelos direitos humanos

Ainda que as linhas teóricas e ideológicas influentes no processo de construção de uma política criminal sejam diversas, há um ponto de partida constante aos pensadores do Direito, os direitos humanos.

Nessa perspectiva, o modelo organizado por Alessandro Baratta, em 1985, tem especial destaque dentre as diretrizes que coordenam a estruturação de uma política criminal que se pautem na busca de respeito e garantia dos direitos humanos, em razão da importância e amplitude que atribui aos direitos fundamentais do homem¹⁸.

15 BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 85.

16 DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma Política Penal Universal: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013. p. 336-338.

17 DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma Política Penal Universal: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013. p. 338-339.

18 DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma Política Penal Universal: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013. p. 294-295.

Inicialmente, adequado realizar uma sintética consideração do papel de destaque que os direitos humanos ocupam nessa formação do Direito Penal e da política de aplicação deste. Segundo Salo de Carvalho¹⁹ a valorização dos direitos humanos, ao mesmo passo que traz consequências positivistas de proteção e respeito, implica também uma maior legitimidade para criminalizar e punir os sujeitos considerados desviantes, pois cria bens jurídicos passíveis de proteção pelo poder estatal, gerando uma “inversão ideológica dos Direitos Humanos”.

O que ocorre é que se delimita uma hierarquização de direitos, na qual o Estado sempre coloca seus interesses, ditos coletivos e transindividuais, acima daqueles particulares, legitimando a preferência na defesa dos primeiros em detrimento dos segundos²⁰.

Nessa perspectiva, e seguindo a ideia de que uma política criminal para ser eficiente e correta deve atuar de duas perspectivas diversas, Baratta elabora “indicações estratégicas”²¹ a serem seguidas para se chegar a essa política humana de intervenção mínima do Estado e proteção dos indivíduos. São, como ele denomina, “Principi del diritto penale minimo”²².

O presente trabalho pretende analisar tais premissas e princípios organizados por Alessandro Baratta, apresentando-os de forma detalhada, explicando cada um deles, para em um segundo momento analisar as políticas criminais de drogas efetivamente aplicadas em dois países, Brasil e Portugal.

A primeira divisão ocorre entre dois grandes grupos: i) intra-sistêmico, indica o requisito para entrada e manutenção do tipo penal na lei; ii) extra-sistêmico, é o critério político e metodológico para descriminalização e construção dos problemas e conflitos sociais com alternativas além da penal²³.

19 CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 2ª ed. Editora Lumen Juris, 2008. p. 101.

20 CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. 2ª ed. Editora Lumen Juris, 2008. p. 9 e 10.

21 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 200.

22 BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti dela legge penale**. In__ Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Anno III – nº 3, settembre-dicembre , 1985 - Università del Saarland (p. 443-473) p. 443 (tradução livre).

23 BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti dela legge penale**. In__ Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici

O princípio intra-sistêmico se subdivide em limitação formal, funcional e pessoal. O extra-sistêmico em de descriminalização e de metodologia da construção alternativa dos conflitos e problemas sociais.

Juntos esses princípios representam a atuação do Estado em duas frentes distintas, a de criminalização e punição de condutas observando os direitos humanos e a de descriminalização com ações alternativas e preventivas.

O princípio da limitação formal²⁴ pode ser enunciado em diversos outros princípios, são eles:

a) princípio da reserva legal: prevê a aplicação de um limite no exercício da função punitiva. Somente pode existir uma punição à conduta desviante se houver, na lei, indicação expressa proibindo aquele comportamento anteriormente a prática pelo seu autor. A reserva legal é um dos mais fundamentais critérios para aplicação do ordenamento penal.

b) princípio da taxatividade: a pena só poderá ser aplicada no caso de a conduta praticada estar prevista em lei nos exatos termos em que ocorreu, com total correspondência dos seus elementos normativos e descritivos, proibindo aplicação analógica da lei penal.

c) princípio da irretroatividade: proíbe que condições mais gravosas retroajam atingindo o imputado, apenas inovações que beneficiem o sentenciado podem influenciar na sua sanção. Assegura a previsibilidade da consequência jurídica negativa para o comportamento inadequado.

d) princípio da primazia da lei penal substancial: assegura a extensão da garantia do princípio da legalidade a todos os subsistemas que aplicam a lei penal. A limitação na liberdade do indivíduo deve estar de acordo ao disposto no ordenamento penal desde que ele passa pelo órgão de polícia, até a execução de sua pena pelos institutos administrativos do Estado.

sulla questione criminale. Anno III – nº 3, settembre-dicembre , 1985 - Università del Saarland (p. 443-473) p. 447 (tradução livre).

24 BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti dela legge penale.** In__ Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Anno III – nº 3, settembre-dicembre , 1985 - Università del Saarland (p. 443-473) p. 448-451 (tradução livre).

e) princípio da representação popular: representa uma das características do modelo de Estado Democrático de Direito e se dá principalmente no procedimento de formação da lei penal e da vontade legislativa, que deve refletir a vontade do povo por meio das eleições diretas e secretas e pelos partidos políticos e sua organização.

Princípio da limitação funcional, por sua vez, se subdivide em outros oito princípios²⁵:

a) princípio da resposta não contingente: a resposta penal, dada por meio da criação de uma lei que criminaliza um ato ou conduta dos indivíduos, deve advir de um contexto de reflexão e estudo, de um debate exauriente sobre a matéria com toda população, não podendo ser uma criação administrativa de urgência. Esse princípio busca impedir que se criem normas criminalizadoras dentro de contextos momentâneos, de situações atípicas e excepcionais²⁶.

b) princípio da proporcionalidade abstrata: em razão da agressividade e força que possui a sanção penal, ela somente deve ser utilizada para aqueles casos de violação grave aos direitos humanos e em uma razão diretamente proporcional ao dano social causado pela conduta delituosa.

c) princípio da idoneidade: este princípio estabelece outra condição para a inserção de tipos penais no ordenamento jurídico. Segundo ele, o legislador deve proceder a um estudo detalhado dos efeitos que a pena terá na sociedade, fazer comparações com outras localidades na qual a punição daquele tipo de conduta foi efetivada, promover verdadeiras pesquisas empíricas para ter noção real dos efeitos que sucederão a criminalização. O objetivo é se certificar de que o estabelecimento do tipo penal não irá ofender de forma alguma os direitos humanos.

d) princípio da subsidiariedade: a lei penal só deve ser aplicada nos casos em que não possa ser substituída por nenhum outro tipo de intervenção de menor custo social. Sempre que possível, é preferível a aplicação de sanções administrativas, civis e

25 BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti della legge penale.** In__ Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Anno III – nº 3, settembre-dicembre , 1985 - Università del Saarland (p. 443-473) p. 451-458 (tradução livre).

26 NASPOLINI, Samyra Haydêe. **O Minimalismo Penal como Política Criminal de Contenção da Violência Punitiva.** Tese de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, 1995. p. 62-63.

de natureza alternativa, no sentido de concretizar a intervenção mínima do Estado.

e) princípio da proporcionalidade concreta: é o princípio da adequação do custo social. Não se analisa de um ponto de vista matemático, mas sim da incidência negativa que a pena exerce sobre o indivíduo que se torna objeto dela, sua família, e toda sociedade.

Deste ângulo de visão se torna mais fácil perceber que a violência trazida pela pena, muitas vezes aumenta e reproduz problemas sociais nas áreas em que atua. Exemplo das drogas, no qual a criminalização apenas faz com que exista um mercado paralelo sem controle, com criminalidade organizada e prejudicial aos consumidores.

Outro fator observável, são as diferenças entre aqueles detentos advindos de famílias com maior ou menor condição financeira. Ex-detentos mais pobres tendem a permanecer “marcados” e seguir trajetórias nas camadas mais baixas da sociedade, enquanto os mais ricos, depois de certo tempo, retornam a suas vidas normais.

A ideia principal deste princípio é portanto, introduzir no regulamento medidas e benefícios que minimizem essas desigualdades sociais e deem equilíbrio ao sistema punitivo.

f) princípio da implementação administrativa da lei: o Direito Penal sofre um processo de seletividade em sua aplicação, causando diversas desigualdades e possuindo um determinado estereótipo como seu “cliente”. Todavia, esta não é a única causa da falta de linearidade do sistema de justiça criminal. Há também as dificuldades estruturais, decorrentes da discrepância entre os recursos administrativos disponíveis e as previsões dos legisladores.

Existem duas alternativas para mitigar essa diversidade encontrada no destino da lei criminal. A primeira é adequar os recursos administrativos àqueles propostos no ordenamento jurídico, o que seria inviável pelo custo econômico e social que traria; a segunda, reduzir drasticamente a aplicação do direito penal, levando sua intervenção ao mínimo possível. Na visão de Baratta, não há dúvidas de que a melhor alternativa de política criminal seja a segunda.

g) princípio do respeito pela autonomia cultural: esse princípio prega a necessidade de se observar as diversas culturas e subcultura componentes da sociedade, a fim de haver o máximo de respeito com as diferenças de concepção dos

comportamentos humanos e as diferentes formas de se observar a realidade. É necessário dar a essa diversidade o máximo de espaço de forma compatível com a exigência mínima do corpo social. Por exemplo, nas comunidades indígenas existem condutas que são tidas como normais, ainda que, para nós, represente uma ofensa aos direitos individuais de cada sujeito.

h) princípio da primazia da vítima: demonstra a essencialidade de se aumentar a participação da vítima, substituindo em parte o direito punitivo pelo direito restitutivo. Devolver a vítima certa autonomia e controle sobre seus interesses, distanciando-se do contrato social pelo qual o Estado pretendeu trazer para si a proteção dos bens jurídicos mais importantes. Desta forma, se reduz a intervenção penal e diminui o custo social da pena. Ex: indenização prestada à vítima quando essa se mostrar suficiente para reparar o dano causado e punição proporcional o delito cometido.

Finalmente, dentro do grupo dos princípios intra-sistêmicos, temos os princípios para limitação pessoal²⁷:

a) imputação pessoal ou pessoalidade: significa que cada indivíduo somente pode ser punido pelas suas ações físicas das quais é responsável. Fica vedada, portanto, a incriminação por responsabilidade objetiva e também a responsabilização de empresas e agências morais como tal. Para estas será previsto uma outra forma de punição mais eficaz do que a penal.

b) princípio da responsabilidade pelo fato: por este princípio Baratta rejeita qualquer forma de Direito Penal do autor, e nega toda punição penal que seja baseada nas características e na periculosidade do agente. Esse princípio se estende a todos os ramos do Direito e importa em uma redefinição do conceito de responsabilidade penal. Nenhum sujeito pode ser submetido a formas coercitivas, com duração indeterminada, devendo haver limites claros para as consequências dos atos que praticam.

Essa medida pretende eliminar tanto o sistema paralelo de sanção para os doentes, indivíduos que sofrem com transtornos mentais, quanto aos menores de idade,

27 BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti dela legge penale.** In__ Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Anno III – nº 3, settembre-dicembre , 1985 - Università del Saarland (p. 443-473) p. 458-463 (tradução livre).

penalmente incapazes, devendo ser submetidos as técnicas comuns, voltadas a educação, assistência social e preservação da pessoa humana.

c) princípio da exigibilidade social do comportamento conforme a lei: esse princípio tem como ponto de partida o instituto da culpabilidade. Em termos simplificados é a exigência de se definir um plano técnico-jurídico pelo qual se adequem os requisitos normativos à atribuição de responsabilidade penal. Em uma construção dogmática baseada na situação da ação seriam os seguintes requisitos normativos: i) inexigibilidade de conduta diversa; ii) critério de valorização do espaço de comportamentos alternativos disponíveis ao sujeito na situação-problema.

Em outro vértice, com a proposta de agir alternativamente nos conflitos sociais, de forma preventiva, Baratta elenca ainda, dois subgrupos dentre os princípios extra-sistêmicos da mínima intervenção penal. O primeiro denominado de princípios de descriminalização, e o segundo, princípios metodológicos de construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais. Esse grupo de diretrizes busca agir fora do âmbito penal, dando complementariedade para política criminal ideal do autor.

Dentro dos princípios de descriminalização²⁸, há uma subdivisão em quatro princípios diversos:

a) não intervenção útil: uma política alternativa à criminalização deve assegurar o maior espaço de liberdade individual possível, preservando as diversidades, na medida em que essas sejam compatíveis com uma ordem jurídica justa. O que é proposto por este princípio é a minimização das formas de controle social pelo Estado para que a sociedade possa crescer e se desenvolver de forma livre e igualitária.

b) privatização do conflito: tem profunda referência nos princípios da primazia da vítima e da proporcionalidade concreta antes abordados. Significa uma reapropriação do conflito pelos particulares, substituindo a intervenção penal, por técnicas restitutivas de reconciliação e mediação.

c) politização do conflito: ao mesmo tempo que é complementar, é inversa ao

28 BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti dela legge penale.** In__ Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Anno III – nº 3, settembre-dicembre , 1985 - Università del Saarland (p. 443-473) p. 464-466 (tradução livre).

princípio da privatização. O sistema penal age reprimindo o conflito e acaba, desta forma, privando muitos desses conflitos da realidade política que possuem. Se trata, portanto, de restituir a dimensão política do conflito e tratá-lo administrativamente, sem deixar de assegurar a participação e o controle popular nessa gestão do sistema político.

d) conservação da garantia formal: com a descriminalização e a aposta da resolução dos conflitos fora do âmbito penal, surge a preocupação de se garantir a mesma proteção e respeito aos direitos humanos para além dos limites penais. Este princípio enuncia, justamente que, em caso de um conflito ser analisado fora do campo de intervenção do direito criminal, como por exemplo, no campo administrativo, o sujeito investigado tenha os mesmos direitos, e as mesmas garantias mínimas, não podendo ser colocado em posição inferior do que aquela prevista pelo Direito Penal.

Em contrapartida, o segundo grupo dos princípios extra-sistêmicos, chamados: da metodologia de construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais²⁹, são:

a) princípio da subtração metodológica do conceito de criminalidade e de pena: propõe a subtração ou invalidação dos conceitos de pena e criminalidade por determinado período de tempo, a fim de que a sociedade use sua imaginação na tentativa de reinterpretar os conflitos, sem os inscrever em uma ótica estritamente punitiva.

b) princípio da especificação do conflito e do problema: Baratta considera o sistema penal como um “aglomerado de objetos heterogêneos”, não havendo nada de comum entre os elementos criminalizados, além da resposta punitiva. Elabora então a proposta de, hipoteticamente, prescindirmos deste sistema e criarmos outras soluções de acordo com novos agrupamentos mais homogêneos e mais produtivos, com respostas diferenciadas e adequadas a cada conflito segundo sua natureza.

c) princípio geral de prevenção: trata de trocar o controle repressivo do Estado, que age sobre os efeitos da criminalidade, pelo controle preventivo, agindo sobre as

29 BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti dela legge penale.** In__ Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Anno III – nº 3, settembre-dicembre , 1985 - Università del Saarland (p. 443-473) p. 467-469 (tradução livre).

causas dos delitos. A intervenção penal, sem uma frente voltada à prevenção acaba agravando os problemas sociais em vez de resolvê-los. A política preventiva, busca a satisfação das necessidades reais do corpo social, respeito aos direitos humanos e, assim, alcança a justiça social. Nas palavras de Baratta “*O princípio da prevenção geral corresponde então à estratégia do controle democrático da violência.*”³⁰

d) princípio da articularização autônoma do conflito e das necessidades reais: esta talvez seja a principal diretriz dentre os princípios extra-sistêmicos. Impõe que para construção de um verdadeiro Estado de Direito, com respeito aos direitos humanos, é necessário que os indivíduos na sociedade, portadores desses direitos e das necessidades reais, deixem de ser passivos perante o tratamento institucional burocrático que recebem e passem a ser ativos na definição do conflito, que implica na definição da forma e do instrumento de intervenção institucional idôneo.

A ideia pregada aqui, está estritamente ligada com os movimentos de participação popular e com a representação que o povo deve ter perante os governantes. Pauta-se na soberania popular e no dever de os atos do Estado refletirem a vontade social.

Expostos os princípios que buscam dar uma diretriz estratégica a construção de uma política criminal mais humana e voltada a preservação das classes subalternas³¹, nota-se que a construção de Baratta vem marcada por uma ideologia da luta de classes e pela época em que foi formulada. Contudo, não deixa de ser aplicável a toda e qualquer sociedade que busque repensar a reação aos conflitos sociais e se constitua em um Estado Democrático de Direito, pautado na lógica dos direitos humanos³².

2.4 Política Criminal de Drogas

Dentre as variadas políticas de organização e manutenção da sociedade,

30 NASPOLINI, Samyra Haydêe. **O Minimalismo Penal como Política Criminal de Contenção da Violência Punitiva**. Tese de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, 1995. p. 84.

31 BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 200.

32 DISSENHA, Rui Carlo. **Por uma Política Penal Universal: Uma Crítica aos Tribunais Penais Internacionais**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2013. p. 295.

criadas pelos governantes, tais como, políticas ambientais, políticas de trânsito, políticas administrativas, uma em especial vem atraindo a atenção pública, a Política Criminal de Drogas.

Cada país tem sua própria forma de compreender e reagir à problemática da drogadição no interior de seu território. Inúmeros são os exemplos de políticas de controle e de uso de substâncias psicoativas ao redor do mundo, como a Indonésia, voltada a uma política mais repressiva³³ e a Holanda, símbolo de liberalidade e descriminalização de substâncias psicoativas³⁴.

Apesar de a ideologia repressiva continuar dominando as políticas criminais de drogas por todo mundo, é incontestável a onda de visões alternativas, com propostas progressistas que vêm surgindo com o reconhecimento da falência do sistema proibicionista³⁵.

Diante do cenário mundial apresentado, com o aumento do número de usuários e as condições gerais relacionadas ao tráfico e uso de drogas se agravando, fez-se iminente a necessidade de repensar as respostas e reações empregadas na “guerra contra as drogas”³⁶.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais traduziu a crise do sistema de punição às drogas, tanto em países desenvolvidos, quanto nos países em desenvolvimento de forma admirável:

Sob o ponto de vista dos países desenvolvidos, o saldo de quase cem anos de proibicionismo pode ser resumido da seguinte forma: a oferta de drogas não foi reduzida, o consumo aumentou, a situação da saúde pública agravou-se, o sistema prisional está superlotado e próximo à falência, aumentou a corrupção, e os grandes traficantes continuam soltos; os lucros nunca foram tão altos, e a circulação de dinheiro sujo não diminuiu; novas drogas estão disponíveis nos mercados, as drogas naturais foram geneticamente modificadas e estão cada vez mais potentes.

No Brasil, em especial, a espiral de crescimento da violência está intimamente relacionada com o aumento da repressão ao tráfico de drogas, e à alta lucratividade do comércio ilícito. Nos países em desenvolvimento, onde o

33 IBDCCRIM. **Política de Drogas, Cultura do Controle e Propostas Alternativas.**

34 ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das Drogas.** São Paulo: Leya, 2012. p. 248.

35 COMISSÃO Brasileira sobre Drogas e Democracia. **Política de drogas: novas práticas pelo mundo.** Rio de Janeiro, 2011. p. 4.

36 ARGUELLO, Katie. **O fenômeno das drogas como um problema de política criminal.** In__ Revista de Direito UFPR. Vol 56, 2012. p. 180.

mercado ilícito é marcado pela violência e pela exclusão social em níveis alarmantes, os efeitos perversos são ainda mais visíveis: as prisões estão cheias de dependentes de drogas que se transformam em criminosos para sustentar seu vício, e a violência na resolução dos conflitos ligados ao tráfico é generalizada³⁷.

Conclui-se, desta forma, que as políticas penais de criminalização e repressão às drogas, causam ainda mais malefícios e mais prejuízos a saúde pública e as condições de vida da população, do que a permissão de uso regulamentado e controlado. Também acabam por refletir no aumento das criminalidades paralelas, como a corrupção e os crimes patrimoniais cometidos em decorrência do mercado negro das drogas.

Diante da precariedade em que se encontram as políticas criminais de entorpecentes, que mais se assemelham a políticas penais de repressão, como a brasileira, imprescindível a reestruturação e reforma do sistema.

Por esta razão, dentre as diversas políticas criminais que envolvem nossa sociedade e organizam os sistemas de convívio interpessoal, elegeu-se para o estudo e para a comparação com os ideais minimalistas de Baratta, a política criminal de drogas, pois verifica-se a precariedade e inconsistência com que tal política tem sido tratada no Brasil.

37 IBDCCRIM. **Política de Drogas, Cultura do Controle e Propostas Alternativas.**

3. POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

3.1 Breve Histórico

O Brasil sempre sofreu grande influência norte-americana na construção de sua política de combate às drogas. A ideologia do “War on Drugs”, da década de setenta, se fez presente nas decisões políticas e legislativas brasileiras. No entanto, é no século XX, após a Convenção de Haia sobre Ópio, que surge o primeiro Decreto brasileiro criminalizando especificamente as substâncias entorpecentes como cocaína, ópio e derivados³⁸.

A partir de então as políticas brasileiras ficaram mais repressivas e amplas, criminalizando um número cada vez maior de condutas. Surgiram leis, decretos e projetos³⁹ que propunham uma repressão crescente por parte do Estado. Nesse processo, os núcleos do tipo penal “Tráfico Ilícito” passaram de três para dezoito verbos.

No cenário internacional, o combate rígido e sistematizado se intensificou com a Convenção Única sobre Drogas Narcóticas da ONU de 61 e suas irmãs, Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 71 e Convenção sobre o Tráfico Ilícito de Drogas de 88, que ratificaram as propostas anteriores e estenderam seus efeitos às drogas sintéticas, até então deixadas de lado da lógica punitivista e, por fim, estabeleceram o combate ao crime organizado⁴⁰.

Acompanhando a tendência estrangeira, a situação brasileira foi agravada durante o período militar, no qual houve a equiparação entre traficantes e usuários e foram feitas diversas modificações repressivas na política criminal de drogas

38 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle Penal sobre Drogas Ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. São Paulo, 2006 p. 137

39 Decreto 4.294/21; Decreto 20.930/32; Consolidação das leis penais Decreto 22.213/32; Segunda Convenção de Ópio de 1925; Primeira Convenção de Genebra de 1931; Decreto-Lei 891/38; Código Penal de 1940.

40 SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre a política de drogas. In__**Drogas sob uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.p. 237.

brasileira⁴¹. Passou-se de um modelo sanitaria, que via os usuários como doentes, para um modelo bélico⁴², voltado ao combate armado contra aqueles que estivessem envolvidos com a droga.

Os movimentos reivindicatórios e liberais que demonstravam a insatisfação com a época vivida, por diversas vezes se utilizavam das drogas como meio de protestar e se voltar contra o sistema que havia se instalado, e por esta razão, traficantes passaram a corresponder à imagem de inimigos da nação, “monstros” que desvirtuavam os bons filhos de famílias e deveriam ser combatidos. Transmitiu-se ao traficante e a droga o estereótipo de “o mal a ser derrotado”, os corruptores dos jovens.

Durante a fase de transição em que o Brasil se encontrava no final do século 70, surgiu a Lei nº 6.368/1976, reestruturando a política de drogas até então existente e dividindo opiniões sobre seus efeitos na abordagem empregada às drogas no país. Essa política, segundo Luciana Boiteux adequou o modelo brasileiro as políticas internacionais que então se mostravam avançadas com relação as anteriores⁴³.

3.2 O modelo implantado pela Lei de Drogas de 1976

A lei brasileira, supostamente, teria como objetivo a proteção da saúde pública e da integridade social do meio. A proibição não tem como objetivo proteger individualmente cada cidadão e sua saúde física ou mental, pois tal conduta seria inadequada, levando em conta que a autolesão não é bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

Os pressupostos básicos para se analisar a antiga lei de entorpecentes⁴⁴ são: a) o combate em duas frentes, repressão e prevenção utilizadas conjuntamente para garantir melhores efeitos; b) a proibição das drogas deve ser vista como uma ação do Estado contra o mal comum, o inimigo da sociedade, uma luta de dois polos, bem x

41 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle Penal sobre Drogas Ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. São Paulo, 2006. p. 142 - 144.

42 Histórico das drogas no Brasil. Senado Federal, Brasília, [s.d].

43 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle Penal sobre Drogas Ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. São Paulo, 2006. p. 147.

44 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle Penal sobre Drogas Ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. São Paulo, 2006. p. 147.

mal; c) e por fim, que nossos ideais de política eram fortemente influenciados pelas definições estadunidenses.

Assim como na lei atual, a revogada lei também continha inúmeros verbos na tipificação penal, sendo que qualquer deles poderia justificar a prisão e o enquadramento criminal do sujeito. Além disso, a conduta descrita em qualquer desses verbos é argumento suficiente a justificar a infração, não sendo exigido efetivo dano ou sequer potencial em causá-lo, o que faz do crime de tráfico um crime formal altamente encarcerador.

Nesse sentido, já eram punidos pela lei de 76 os atos meramente preparatórios, sendo uma nítida violação à ofensividade que as condutas reprimidas pelo Direito Penal devem possuir e aumentando significativamente o “alcance da esfera repressiva”⁴⁵.

Apesar de a legislação de 1976 prever em seu texto a diferenciação entre usuário e traficante, acrescentando às condutas do art. 16 o elemento subjetivo diverso do dolo, especial fim de fazer uso próprio, a essa conduta também era atribuída pena privativa de liberdade, conquanto fosse em menor escala. Outrossim, o uso e a dependência deveriam ser comprovados mediante laudo médico.

Para além disso, o art. 10 do referido diploma penal estabelecia a obrigatoriedade de o indivíduo ser submetido a tratamento em internação hospitalar, caso sua situação clínica e suas manifestações indicassem a necessidade de tal procedimento. Esse entendimento tem como premissa a incapacidade do usuário de se determinar, fazer suas escolhas e optar pelo caminho que deseja seguir. É um ato de extrema violência, apenas a concretização de uma outra forma de privar o indivíduo de sua liberdade, porém, por tempo indeterminado.

Usuários e dependentes de drogas são encarados como sujeitos que apresentam alto risco de periculosidade⁴⁶, justificando a redução de suas garantias, a aplicação de penas de privação de liberdade por tempo indeterminado (medidas de segurança) e principalmente a afronta à dignidade da pessoa, que parecia ser

45 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle Penal sobre Drogas Ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. São Paulo, 2006. p. 150.

46 CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 78-80.

“coisificada” pela lei de drogas.

Com essa lei em vigência no início dos anos 80, a natureza do discurso político envolvendo as drogas e o seu comércio fazia, segundo Luciana Boiteux, um entrelaçado entre a ideologia da defesa social e a da segurança nacional⁴⁷, implantada pelo regime militar durante a Ditadura.

A lei de 1976 já apresentava diversas problemáticas em suas definições, por exemplo, como sustentar a ideia de não criminalização do uso, se quaisquer condutas que possibilitariam a utilização da droga são reprimidas, inclusive o “trazer consigo” ou “produzir”? Se o indivíduo que faz uso não pode produzir, a única saída para ter acesso a droga são os traficantes. Esse impasse se manteve com a nova lei, somente havendo discussões mais efetivas sobre a matéria em anos bem mais recentes de nossa história, com o evidente crescimento da lógica de descriminalização.

Outrossim, as leis nunca trouxeram diferenciação entre grandes e pequenos traficantes, normalmente pessoas pobres recrutadas apenas para distribuição em última escala, tem tratamento não muito diverso dos chefes do crime organizado. A pena de 3 a 15 anos era a mesma independente da quantidade de droga apreendida. Fica restrito ao juiz determinar qual será a aplicação dada ao caso concreto. Essa discricionariedade judicial acabou se revelando trágica para pequenos traficantes, como se verá adiante.

3.3 A Política Criminal de Drogas após o advento da Lei 11.343/2006

A Lei atual, nº 11.343/06 começou a ser estruturada já em 2002, quando a Lei 10.409 reformou a parte processual da antiga lei de 1976, mantendo apenas o direito material dessa. Sua ideologia é a mesma que norteou a construção a Lei 6.368 e as mais diversas normas e decretos criados posteriormente para incrementar a luta contra o principal inimigo da boa moral, mantendo inclusive diversos problemas das legislações anteriores.

47 RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle Penal sobre Drogas Ilícitas: O impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade.** São Paulo, 2006. p. 153

Apesar de possuir algumas diferenças, a nova lei reforçou as medidas repressivas e ressaltou ainda mais a existência dos discursos médico-jurídico e jurídico-político dentro da mesma lei, reconhecendo a necessidade de tratamento dos usuários/dependentes e maximizando o tratamento punitivo do traficante, em uma nova sistematização dada à “guerra interna”⁴⁸.

Cabível neste momento, uma reflexão acerca da amplitude que possui tal norma penal. Em um primeiro momento, ela possui, no art. 28, a descrição de um crime de menor potencial ofensivo, processado e julgado pelos Juizados Especiais Criminais e de outro, no art. 33, descreve a conduta do tráfico ilícito, que tem penas semelhantes ao homicídio e integra a lista de crimes hediondos da Lei 8.072/1990.

Coexistem, portanto, duas situações opostas na atual lei de drogas, uma prevendo a intervenção máxima e outra, a intervenção mínima do Estado. Em alguns momentos a resposta penal esperada é fortemente repressiva e, em outros, ela se mantém a menos invasiva possível, sendo possibilitada, inclusive, a transação penal disciplinada na Lei 9.099/95, por exemplo, para o crime do art. 38 da Lei 11.343/06⁴⁹.

Apesar de se propor, em sua ideologia de criação, a desenvolver uma política de redução de danos e prevenção, a lei não estabelece normas e regras procedimentais para instalação e funcionamento deste sistema preventivo⁵⁰. Diante da ausência de normas programáticas, essas previsões acabam não sendo concretizadas e se restringem ao campo teórico-discursivo.

A lógica proibicionista e a clandestinidade imposta pelo modelo dificultam sobremaneira qualquer ação para redução de danos, pois marginalizam o usuário e o impõe condição desfavorável de socialização. Ela desestimula o sujeito dependente a procurar ajuda estatal, vez que para solicitar auxílio ele estaria confessando a prática de um crime. Além disso, não é possível exercer um controle sobre a qualidade na produção das drogas ou ao menos uma fiscalização dos meios produtivos, deixando um

48 CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 117-120.

49 Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.

50 CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 239- 247.

caminho aberto para diversas fraudes e expondo o usuário a um prejuízo ainda maior de sua saúde, pois os fatores de risco são potencializados.

3.3.1 A despenalização da posse para uso pessoal

A primeira grande alteração que pode ser verificada entre as leis de 1976 e de 2006, é a despenalização⁵¹ dos atos de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas, desde que com finalidade de uso pessoal. Ao contrário do que pregava a antiga lei, não há mais previsão de sanção privativa de liberdade para essas condutas quando elas tenham a finalidade de utilização do entorpecente.

A Lei 11.343 de 2006 destina ao sujeito que tem a intenção de fazer uso da droga sanções administrativas e medidas de auxílio à dependência. Conforme atentam Paulo Rangel e Carlos Bacila “A Lei procurou acertadamente não estigmatizar o possuidor de droga para consumo pessoal e, principalmente, tornar acessível um tratamento voluntário.”⁵², ainda que essa expressão “tratamento voluntário” venha carregada de contradições e questionamentos que serão em breve abordados.

Diversas críticas são formuladas em relação à “não penalização” dos usuários, teoricamente, dada pela nova lei de drogas. Alguns doutrinadores sustentam que apesar de retirar a pena de privação de liberdade dos usuários, prevê a possibilidade de destiná-lo a uma medida de internação para tratamento, sem sua anuência, o que também teria caráter privativo⁵³.

Adiciona-se, desta forma, à já não criminalizada conduta de usar drogas, a extinção da pena privativa de liberdade para aqueles que apesar de serem flagrados com a droga em momento anterior ao seu uso, tenham a finalidade de fazê-lo.

Contudo, o que aparenta ser uma evolução ao tratamento dos usuários de drogas se mostra bastante ineficiente na medida em que não há determinação de

51 CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172-175.

52 BACILA, Carlos Roberto. RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais a lei de drogas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 52.

53 LEMOS, Clécio. Internações Forçadas: entre o cachimbo e a grade. In **Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 21.

critérios objetivos para segregar usuários e traficantes, ficando a critério da autoridade o enquadramento penal no tipo que lhe parecer mais adequado, possibilitando extensa discriminação e seletivização do sistema punitivo.

Sem a previsão de elementos objetivos que diferenciem as condutas dos artigos 33 e 28, a garantia de medidas administrativas para usuários acaba se esvaziando e perdendo aplicação prática. Na realidade a situação é por diversas vezes agravada, pois a repressão e o preconceito vigentes acabam por condenar todo aquele que for pego com droga, sob o estigma de “inimigo público”⁵⁴.

O Superior Tribunal de Justiça segue subjetivamente o art. 42 da lei de entorpecentes, levando em consideração a quantidade de drogas e a forma de acondicionamento dada ao material para evidenciar a prática da traficância.

Quantidade da droga e forma de acondicionamento que evidenciam a prática da traficância.⁵⁵

Hipótese em que a prisão preventiva foi decretada para a garantia da ordem pública, tendo em vista a periculosidade do acusado, consubstanciada não apenas na quantidade de droga apreendida e sua forma de acondicionamento, típica da traficância, mas também no fato de que o acusado possui um histórico delitivo, inclusive tendo sido denunciado anteriormente pelo crime de tráfico de drogas, justificando-se, nesse contexto, a segregação cautelar como forma de resguardar a ordem pública e de conter a reiteração delitiva⁵⁶.

A princípio o que parece ser um critério bastante justo, acaba por se desconstituir diante da subjetividade empregada nos parâmetros legislativos, havendo diversas decisões, principalmente em primeiro grau, de condenação por tráfico, ainda que o indivíduo estivesse portando pequena quantidade de droga.

APELAÇÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS - DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE USO - POSSIBILIDADE - PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL NÃO CONFIRMADA EM JUÍZO - PRESENÇA EM LOCAL DE TRÁFICO PRATICADA TAMBÉM POR USUÁRIOS - RECURSO PROVIDO. - Havendo dúvidas razoáveis sobre a finalidade mercantil da substância

54 FIORE, Mauricio. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. In__ **Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 149.

55 STJ -HABEAS CORPUS Nº 352.071 - SP (2016/0075765-0) RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO Dje. 17/05/2016

56 STJ - HC 341.407/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 10/05/2016

entorpecente apreendida, e sendo verossímil a versão apresentada pelo réu, impõe-se a desclassificação do crime de tráfico de drogas para a conduta tipificada no art. 28, da Lei nº 11.343/06, em homenagem ao consagrado princípio do *in dubio pro reo*. (TJ-MG - APR: 10334140000293001 MG, Relator: Amauri Pinto Ferreira (JD CONVOCADO), Data de Julgamento: 27/01/2015, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 04/02/2015)

APELAÇÃO CRIME Nº 1.486.587-9, DE CIANORTE - VARA CRIMINAL
RELATOR : DES. GAMALIEL SEME SCAFF APELANTE : LUCAS TEODORO DO SANTOS E OUTRO APELADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
APELAÇÃO CRIME - TRÁFICO DE DROGAS - CONDENAÇÃO PELO DISPOSTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI DE DROGAS - CASAL DE USUÁRIOS QUE ACOLHEM TERCEIRO MORADOR EM SUA CASA - ACUSAÇÃO DE TRÁFICO DE DROGAS - AUTORIA E MATERIALIDADE NÃO COMPROVADAS NOS AUTOS NO QUE TOCA À HIPÓTESE DO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI DE DROGAS - PARCA QUANTIDADE DE DROGA ENCONTRADA - 02 (DUAS) GRAMAS - AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS FIRMES QUE DIRECIONEM À TRAFICÂNCIA - PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 (USO PRÓPRIO) - POSSIBILIDADE À DOIS DOS RÉUS, NO CASO, O CASAL INQUILINO DA RESIDÊNCIA - QUANTO AO TERCEIRO, PELA AUSÊNCIA SEQUER DE INDÍCIOS SOBRE USO DE DROGAS, NECESSÁRIA A ABSOLVIÇÃO. APELAÇÃO CRIME PROVIDA. Apelação Crime nº 1.486.587-9 Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1486587-9 - Cianorte - Rel.: Gamaliel Seme Scaff - Unânime - - J. 22.09.2016)

Ademais, a repressão e o proibicionismo têm efeitos perversos e são geradores de outros inúmeros problemas sociais e criminais. A corrupção é um bom exemplo, pois se faz intensamente presente nas instituições públicas que lidam direta ou indiretamente com o tráfico de drogas, ganhando destaque na polícia⁵⁷. Outro delito frequentemente conexo ao tráfico de drogas é a lavagem de dinheiro e, ainda, o tráfico de armas.

Como referido, já na lei de 1976, o fato de não haver condutas intermediárias previstas em lei, com penas proporcionais, é um problema. A pessoa que porta droga ou será enquadrada como usuário, não recebendo sanção no cárcere, ou será considerada traficante, cometendo crime hediondo com pena mínima de 5 anos. Entre as duas opções, a segunda é notoriamente mais utilizada.

Ao fim, fica a critério do poder do Estado determinar quem vai para cadeia por tráfico e quem é considerado apenas usuário. A seletividade do sistema fica evidente,

57 MARONNA, Cristiano Avila. Os Novos Rumos da Política de Drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In__ **Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 47.

as camadas mais pobres e marginalizadas da sociedade são taxados como os traficantes, enquanto classes mais altas são apenas usuários. Cristiano Ávila Maronna descreve com precisão essa lógica.

A ausência de critério objetivo previsto em lei capaz de reduzir a larga margem de discricionariedade que caracteriza a classificação jurídica da conduta de alguém flagrado na posse de drogas ilegais confere aos operadores do direito, em especial os juízes, uma larga margem de discricionariedade, que se resolve no mais das vezes pelo critério censitário.

Essa ausência de critério objetivo transforma mais pobres em traficantes potenciais, ao passo em que os mais ricos tendem a ser enquadrados como usuários⁵⁸.

Dentre as condutas que caracterizam o tráfico existem diversas que acabam se igualando às do tipo penal do usuário, como guardar, transportar, trazer consigo; a linha limítrofe entre o tráfico e o uso, como já mencionado, é dado apenas pela finalidade de uso, que, sendo fator subjetivo do agente, é de difícil comprovação.

A lei brasileira não possui objetivamente nenhum critério para separar usuário, traficante e pequeno traficante, entre os dois primeiros cabe unicamente às autoridades, influenciadas pelas suas concepções privadas e sentimentos, determinar em qual artigo penal insere-se o autor, conforme se observa do parágrafo segundo do art. 28 da Lei⁵⁹. Já entre a segunda e terceira opções não há dúvida quanto ao tipo penal, mas a subjetividade e a discricionariedade continuam presentes para determinar quanto é pouco e quanto é muito em relação às drogas.

Essa é uma das mais duras críticas feitas ao sistema brasileiro de política criminal de drogas. A discricionariedade dada às autoridades causa sérios problemas de ofensa às garantias do cidadão. Basta perceber a possibilidade de qualquer pessoa

58 MARONNA, Cristiano Avila. Os Novos Rumos da Política de Drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In__ Drogas uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p.50

59 Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: § 2^o Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

ser parada e revistada na rua, caso haja suspeita de estar traficando drogas⁶⁰. O fato é que os réus de tráfico de entorpecentes não são julgados exclusivamente pela sua conduta, mas sim por uma série de fatores políticos, morais e pela conjuntura social.

O que a lei de drogas faz é retirar das ruas e criminalizar os pequenos e médios traficantes, muitas vezes apenas usuários, mantendo o sistema e os seus gestores livres de qualquer ação do Estado, pois a droga e os varejistas que são apreendidos, não interferem na realidade da organização criminosa.

Ademais, o enquadramento como traficante causa problemas que não se limitam apenas à maior penalização, ao caráter carcerizador, ou a forte estigmatização que recai sobre o agente, por ser admitido como crime equiparado aos hediondos, insere-se na lei Lei 8.072/90 a qual em seu art. 2º, declara como insuscetíveis de graça, indulto ou anistia os crimes nela tipificados.

Antes da análise pelo STF do *Habeas Corpus* nº 82.959-7/SP de relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicado em fevereiro de 2006, também era vetada aos crimes hediondos e equiparados a progressão de regime, devendo toda pena ser cumprida em regime fechado. Após longos debates, a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade do dispositivo que previa tal impedimento, tendo em vista o dever de individualização da pena e a necessidade de reintegração do sujeito condenado à sociedade⁶¹.

Contudo, sobreveio a Lei 11.464/2007 estabelecendo a obrigatoriedade do regime inicial fechado e prazos majorados para progressão de regime dos condenados por crime hediondo primários 2/5 de sua pena ou 3/5 em caso de reincidência. Desta forma, é aplicado ao traficante de drogas critério mais rigoroso do que para os crimes comuns. Sendo novamente remodelada a lei pelo STF no que se refere à obrigatoriedade da pena se iniciar em regime fechado, possibilitando a adequação do regime com os critérios infraconstitucionais. Nesse sentido:

Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da

60 VALOIS, Luís Carlos. O direito à prova violado nos processos de tráfico de entorpecentes. In___ **Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 109.

61 STF - HC 82.959-7/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.02.2006.

pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1o do art. 2o da Lei no 8.072/90, com a redação dada pela Lei no 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito **ex nunc**, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado⁶².

O STJ vem decidindo, com base nesse entendimento do STF, pela modificação do regime inicial, possibilitando regime menos gravoso quando a condenação menor que 8 (oito) anos:

Hipótese em que o paciente, primário, foi condenado à pena privativa de liberdade superior a 4 e não excedente a 8 anos, com análise favorável das circunstâncias judiciais, razão pela qual faz jus ao regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, "b", e 3º, do Código Penal⁶³.

À pena aplicada (3 anos e 4 meses de reclusão), mesmo ante o mais gravoso regime possível pela natureza da droga apreendida (crack), há fundamento concreto para a fixação no máximo em regime semiaberto⁶⁴.

Para além de o usuário poder ser enquadrado como traficante, a discricionariedade e a ausência de conduta intermediária que preveja menor sanção para aqueles traficantes-usuários, os quais vendem a droga apenas para sustentar seu vício ou para a grande maioria dos presos por tráfico – que representam o comércio varejista, sendo facilmente substituídos⁶⁵ –, acaba legitimando um sistema desumano que trata o vendedor de rua ou o chefe do tráfico como merecedores da mesma punição.

Outra distinção relevante, é quanto à resposta dada ao usuário. Na medida em que não são mais impostas penas de privação de liberdade, outras formas de controle e

62 STF - HABEAS CORPUS 111.840 ESPÍRITO SANTO - RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI DJ 14/06/2012.

63 STJ - HC 349.799/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 12/05/2016.

64 STJ - HC 309.801/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016.

65 TEIXEIRA, Paulo. Uma nova estratégia para a política de drogas. In__ **Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 132-133.

limitação são implementadas. De acordo com a lei são elas: advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviço à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo⁶⁶.

Interessante notar que a lei não dispõe sobre o prazo mínimo para cumprimento ou prestação dessas medidas alternativas, sendo o máximo 5 (cinco) meses nos casos primários e 10 (dez) quando reincidentes.

Ainda, com a lei de 2006, deixa de existir a obrigatoriedade no tratamento médico, como impunha a lei de 76, na qual, inclusive, poderia ser determinado o internamento do paciente⁶⁷. Assim, a política criminal brasileira perde um pouco do seu caráter autoritário e permite que o juiz determine no caso concreto a melhor solução, podendo, se julgar estritamente necessário, indicar a realização de tratamento médico.

A determinação judicial de internamento é tão criticável quanto era a obrigatoriedade legal, pois em termos práticos tem o mesmo efeito. Trata-se de privação da liberdade do sujeito por meio de internação compulsória refletindo a mesma ineficiência da política de guerra às drogas. Além disso, com a complicação de ser uma privação de caráter não penal, mas administrativo, tendo certamente menos legitimidade para tal procedimento⁶⁸ visto que não possui a lógica e as garantias do processo penal.

A grande falha da política brasileira no que dispõe sobre o tratamento é que se considera o sujeito viciado como um incapaz, sem opinião e vontade próprias. Estudiosos apontam com frequência a necessidade de se ouvir o dependente, de haver a aceitação dele para se sujeitar ao tratamento, sendo ineficaz as medidas que visam a forçar o sujeito a se adequar aos padrões desejados⁶⁹.

Ocorre que o tratamento oferecido aos dependentes, ao menos no discurso, é medida de proteção ao sujeito que necessita de atenção e cuidados. No entanto, é procedimento que visa a anulação, eliminação de uma classe problemática e

66 Art. 28 da Lei 11.343/06.

67 CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 207-209

68 LEMOS, Clécio. *Internações Forçadas: entre o cachimbo e a grade*. In **__Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 23.

69 CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 419

indesejável na sociedade. Como sabiamente aponta Clécio Lemos, é posto em prática o raciocínio da “exclusão como meio de tratamento e o tratamento como meio de exclusão”⁷⁰.

Ainda com relação à lógica de tratamento empregada pelo sistema proibicionista, a busca pela extinção da droga como ideal para o indivíduo que se submete ao tratamento, esperando dele a abstenção total no uso de substâncias ilícitas⁷¹, é premissa desarrazoada. Falta considerar que muitos desses sujeitos não têm vontade de parar com o uso e não estão dispostos a se abster. Ainda, aqueles que desejam parar, podem eventualmente ter recaídas durante o processo e isso não pode ser tido como um fracasso definitivo.

Para criar uma verdadeira política de redução de danos o Conselho Federal de Enfermagem - COFEN delimita princípios e estratégias para o oferecimento de tratamentos e terapias, para os quais o pré-requisito é a vontade do adicto em participar⁷². O tratamento deveria ser baseado no desenvolvimento de autoestima, criatividade, acolhimento, integração dos dependentes, como prevê a política antimanicomial⁷³.

Para a redução de danos tem que se ter em mente que o paciente é dono de si e deveria determinar a quais intervenções médicas deseja se submeter. Nesse sentido, a política voltada à redução de danos visa minimizar os prejuízos que são causados pelo uso da droga, reconhecendo que sua erradicação é inalcançável. A ideia é prevenir os riscos provenientes do uso e não o próprio uso, pois isso estaria fadado ao fracasso⁷⁴.

70 ILEMOS, Clécio. Internações Forçadas: entre o cachimbo e a grade. In__**Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 26.

71 MARONNA, Cristiano Avila. Os Novos Rumos da Política de Drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In__ **Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 54

72 CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 239-247

73 MARONNA, Cristiano Avila. Os Novos Rumos da Política de Drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In__ **Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 58.

74 MORAIS, Renato Watanabe. LEITE, Ricardo Savignani Alvares. VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política criminal de drogas. In__ **Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 187-188.

3.3.2 Outras alterações e problematizações que acompanham a Lei 11.343/2006

Apesar de não possuir previsão para a redução de danos, a lei de 76 previa como pena mínima em abstrato para o traficante de drogas 3 (três) anos. Isso possuía uma consequência benéfica aos réus, pois possibilitava a substituição da pena por restritivas de direitos quando próximo ao mínimo penal e respeitados os critérios do art. 44 do Código Penal.

Já com a nova lei, a pena abstrata passou a ter um mínimo de 5 (anos), ampliando a sanção punitiva e, ainda, impossibilitando qualquer substituição de pena por restritiva de direitos, pois a aplicação estaria sempre acima dos 4 (quatro) anos exigidos pela lei. A única possibilidade de não recair nesse impedimento seriam os casos de incidência da minorante do parágrafo 4º do art. 33, da lei 11.343/06, nos quais o total de pena, se inferior a 4 anos, permitiria a substituição.

Observa-se, no entanto, como bem apontado por Salo de Carvalho, que a proibição inscrita na lei de drogas (art. 44) trata unicamente da conversão de penas e não da substituição dessas⁷⁵. Cabe aqui fazer a diferenciação entre conversão e substituição de penas, referindo-se a primeira, ao ato do magistrado em sede de execução penal e o segundo ao ato do magistrado no momento em que firma seu entendimento e profere a sentença.

Portanto, o que estaria vedado pela lei penal seria a conversão das penas privativas em restritivas de direitos pelo Juízo da execução penal, e não a imposição de medida restritiva no momento do pronunciamento da sentença.

A não substituição das penas, mesmo após a declaração de inconstitucionalidade da norma pela STF, é mantida nos casos concretos, pois dificilmente a jurisprudência aplica a substituição por não considerarem preenchidos os critérios necessários, já que estes são totalmente subjetivos, incluindo a presunção de ligação com organizações criminosas⁷⁶.

75 CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 340-348.

76 BOITEUX, Luciana. Drogas e Cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In__ **Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 89-91.

A valoração negativa da quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constitui fator suficiente para a determinação de regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade mais gravoso, bem como para obstar a respectiva substituição por pena restritiva de direitos⁷⁷.

Desta forma, esta discricionariedade e subjetividade para julgar as demandas, acaba sendo um dos fatores que concorrem para o crescente número de indivíduos encarcerados no Brasil. Segundo Cristiano Avila Moronna, em 2005 apenas 11% dos presos no país eram decorrentes de crimes relacionados à droga, sendo que em 2012 esse número aumentou para 25% da população carcerária⁷⁸.

Ainda, sobre a minorante do §4º, ela não é aplicável como uma espécie de tráfico privilegiado, mas apenas busca reduzir a pena para aqueles que são considerados primários e com bons antecedentes quando não houver participação no crime organizado, de acordo com a lei. Lembrando que para caracterização de associação, nos termos do art. 35 da mesma lei, seria necessária a configuração do *animus associativo*, conforme jurisprudência do STJ, e não o simples fato de estarem reunidos mais de um agente.

Para a configuração do delito de associação para o tráfico de drogas, é necessário o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião de duas ou mais pessoas sem o animus associativo não se subsume ao tipo do art. 35 da Lei n. 11.343/2006⁷⁹.

A lei nº 11.343/06, assim como já fazia a 6.368/76, traz consigo um arcabouço de expressões abertas e crimes em branco que necessitam da complementação da norma penal por outro órgão, normalmente administrativo. Expressões como “substâncias entorpecentes”, de “qualquer forma”, “doses excessivas” são claras violações à reserva legal e à clareza que deve permear as normas penais. Representam, ainda, uma quebra nos processos democráticos de criação das leis que,

77 STJ - HC 349.800/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2016, DJe 12/05/2016.

78 MARONNA, Cristiano Avila. Os Novos Rumos da Política de Drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In__ **Drogas uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 50.

79 STJ - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 349.837 - SC (20130161918-6) RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO - DJe: 30/04/2015.

em tese, devem possuir debate parlamentar exaustivo para flexibilizar o monopólio legislativo⁸⁰.

Para aplicação dessas regras é necessária a criação ou referência a critérios e matérias externos ao direito penal ou mesmo ao ramo de estudo do Direito, como por exemplo, a definição do que são substâncias entorpecentes, os efeitos que essas têm em nosso organismo, a quantidade possível de uso diário pelo ser humano, entre outras.

Além disso, algumas dessas expressões geram insegurança jurídica, pois não dão um cenário completo de quais são as proibições da lei. Por exemplo, o art. 33 quando prevê “em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, não especifica que regulamentações e determinações são essas, não havendo clara definição penal do que poderia ensejar o enquadramento no citado delito.

Outra ofensa aos princípios norteadores do Direito Penal pode ser verificada nos dispositivos 40, I e VII da Lei 11.343/06, que impõe a majoração de pena nos casos de transnacionalidade e no caso de custeio e financiamento do tráfico, respectivamente.

Observa-se que a importação e a exportação são condutas que estão inclusas no tipo penal do art. 33, para que se efetive o delito é necessário que haja a transnacionalidade do produto, não podendo haver agravante da pena por ação idêntica. O mesmo ocorre com o crime de financiamento e custeio do tráfico que é autônomo na Lei nº 11.343/06, não podendo incidir duplamente, sob pena de incorrer em *bis in idem*, razão pela qual a interpretação correta é de que não há concurso, e sim agravante do art. 36⁸¹.

Importante ressaltar que quando o legislador trouxe o custeio e financiamento dos crimes de tráfico como crime autônomo, ele pretendeu diferenciar aqueles que apenas financiam e aqueles que além de participar do tráfico custeiam sua manutenção. Agindo como agravante no segundo caso e crime independente no primeiro, não havendo a possibilidade, reitera-se, de haver concurso entre os dois tipos

80 CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 272 – 277.

81 CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 332-334.

penais.

HABEAS CORPUS. FINANCIAMENTO OU CUSTEIO AO TRÁFICO DE DROGAS.

CONDUTA AUTÔNOMA. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO, EM CONCURSO MATERIAL, PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NO ART. 33, CAPUT, E NO ART. 36 DA LEI DE DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O art. 36 da Lei n. 11.343/2006 diz respeito a crime praticado por agente que não se envolve nas condutas de traficância, ou seja, que financia ou custeia os crimes a que se referem os arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei n. 11.343/2006, sem, contudo, ser autor ou partícipe (art. 29 do Código Penal) das condutas ali descritas.

2. Em relação aos casos de tráfico de drogas cumulado com o financiamento ou custeio da prática do crime, o legislador previu, de maneira expressa, a causa especial de aumento de pena prevista no inciso VII do art. 40 da Lei n. 11.343/2006.

3. O agente que atua diretamente na traficância - executando, pessoalmente, as condutas tipificadas no art. 33 da legislação de regência - e que também financia ou custeia a aquisição das drogas, deve responder pelo crime previsto no art. 33 com a incidência causa de aumento prevista no art. 40, VII, da Lei n. 11.343/2006 (por financiar ou custear a prática do crime), afastando-se, por conseguinte, a conduta autônoma prevista no art. 36 da referida legislação⁸².

Outra característica disposta na lei de drogas atual é o estabelecimento de inimputabilidade àqueles que cometam crimes sob efeito de substância ilícita desde que o uso seja involuntário, ou seja, esse dispositivo se aplica ao uso fortuito e de força maior ou no caso de dependentes químicos. Importante esclarecer que o que fica excluído na aplicação dos artigos 45 e 46 da referida lei, é a culpabilidade do agente, pois considera-se que ele não possuía discernimento para entender o caráter ilícito de sua conduta.

Conquanto ainda sejam criminalizados na Lei de Drogas Ilícitas atos preparatórios, como nos artigos 34 e 35, a indução, instigação ou auxílio ao uso de drogas (art. 33, §2º), a ausência de potencial lesivo dessas condutas é evidente até que o ato se concretize. A lei penal não possui legitimidade para punir atos preparatórios pois não violam de forma alguma qualquer bem da vida tutelado por ele. Não há lesividade ou ao menos potencial de dano nas condutas descritas nesses artigos. Tal qual o suicídio, é imprescindível que haja resultado para possibilitar a ação punitiva do

82 STJ - HC 306.136/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 19/11/2015.

Estado.

A alegação de que os crimes da Lei 11.343/06 são vagos e de perigo abstrato, não podem justificar a aplicação de sanções penais à condutas meramente preparatórias. Inclusive, até que a ação seja concretizada ou ao menos entre na fase de execução, a intenção do agente permanece no campo das ideias, sendo impossível a previsão do que realmente pretendia e, desta forma, é fase do *iter criminis* que não pode sofrer persecução penal, pois interna aos sentidos e pensamentos abstratos do indivíduo.

No sistema penal pátrio, os atos preparatórios não são puníveis, salvo se configurarem crimes autônomos. No caso vertente, em que pese a investigação policial tenha chegado a um grupo organizado e envolvido com tráfico de entorpecentes, certo é que os atos externados pelo ora paciente, ao menos inicialmente, não ultrapassaram meros atos de cogitação ou de preparação, tampouco expuseram a perigo real o bem jurídico protegido pela norma penal⁸³.

Salo de Carvalho tece duras críticas⁸⁴ à abertura, amplitude e imprecisão do tipo penal do art. 33, parágrafo 2º, citando casos como as primeiras medidas de redução de danos realizadas na cidade de Santos/SP, nas quais eram distribuídas seringas a fim de minimizar os casos de Aids, porém foram taxadas de incentivo ao uso dos entorpecentes; a marcha da maconha vista por alguns como apologia às drogas, apesar do caráter pacífico e político que possui o movimento; cantores e rappers que refletem em suas músicas alguma situação relacionada à droga e passam a ser considerados criminosos por instigar a procura por substâncias e práticas ilícitas.

Desde 2015 está em debate no Supremo Tribunal Federal a constitucionalidade da criminalização de drogas para uso pessoal, no Recurso Extraordinário 635659 SP, os Ministros discutem se seria possível criminalizar e punir essa conduta por meio do Direito Penal. O processo encontra-se suspenso, tendo até o momento três votos, dos Ministros Edson Fachin, Gilmar Mendes e Roberto Barroso a favor da descriminalização

83 STJ - HC 306.101/RO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 02/02/2016.

84 CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p 355-368.

da maconha. Inclusive, Barroso propõe um parâmetro de 25g e até seis plantas para caracterização de uso pessoal, o que representa um grande avanço nesse cenário⁸⁵.

3.4 Análise da política de drogas brasileira sob a ótica minimalista ideal de Baratta

Diante da apresentação da lei brasileira sobre substâncias ilícitas, ficam claras diversas violações aos princípios elencados por Baratta para a construção de uma política criminal de mínima intervenção estatal expostos no primeiro capítulo.

Dentro dos critérios intra-sistêmicos, são separados critérios formais, funcionais e pessoais. Os critérios formais, diretamente ligados a lei, sua formação e descrição, são essenciais à boa política criminal e alguns se aplicam, inclusive, para além do Direito Penal, como a reserva legal que pode ser observada em outros ramos das ciências jurídicas.

Com a análise formulada no tópico anterior, nota-se que nem todos os critérios formais de uma política criminal ideal são desrespeitados pela Lei 11.343/06, afinal se trata de uma legislação democraticamente formulada por representantes eleitos pelo povo e não é aplicada retroativamente, a não ser em benefício do próprio réu.

Contudo, no que se refere à reserva legal e à primazia da lei penal substancial, não se pode alegar o mesmo. Como indicado, a lei de drogas possui diversas expressões não determinadas e amplas, bem como condutas penais em branco que necessitam do complemento por outras áreas do saber, que não o Direito Penal e algumas vezes não do Direito.

Assim, torna-se difícil prever a amplitude que a lei e suas consequências podem ter. Ainda, com a tipificação de dezoito condutas, o tipo penal do tráfico pode enquadrar qualquer cidadão, não necessariamente traficante, voltando ao problema da discricionariedade das autoridades policiais e magistrados.

⁸⁵ Supremo Tribunal Federal. Notícias STF – Suspenso julgamento sobre porte de drogas para consumo próprio. Setembro de 2015.

O art. 33 traz como tráfico algumas condutas que nem poderiam ser tidas como tal, por não representarem necessariamente a conduta do traficante. Expressões como “trazer consigo” e “guardar”, por exemplo, em nada indicam o exercício da traficância.

Seria necessário uma melhor elucidação e limitação das condutas delitivas do tipo penal de tráfico, já que suas consequências se mostram extremamente graves aos agentes condenados.

Também resta prejudicado o princípio da primazia da lei penal, pois as garantias criminais, obviamente, não são estendidas ao pré e ao pós julgamento penal. Os órgãos policiais usam de violência e têm permissão para parar e revistar todo aquele que julgar possível suspeito do tráfico de drogas. Sem contar que a definição e o enquadramento penal será feito, primeiramente, segundo suas convicções, normalmente bastante parciais e influenciadas pelo discurso proibicionista.

Nos princípios funcionais, que dizem respeito à forma como a lei penal deve ser aplicada, talvez possamos verificar o maior distanciamento entre a lei de drogas brasileira e a política criminal proposta por Baratta.

Esse segundo grupo de princípios exigem que o Direito Penal seja reservado a hipóteses bem pensadas, nas quais haja dano real a terceiros e aos direitos humanos, o que como demonstrado no decorrer do capítulo não ocorre com o usuário de drogas, ainda que sua conduta esteja tipificada de maneira indireta ou mesmo com o traficante, pois nenhum direito pessoal é violado.

Contudo, a penalização e a criminalização das drogas em geral é afronta direta aos princípios da proporcionalidade, da subsidiariedade, da idoneidade, do respeito as diversas culturas, entre outros.

Nota-se que a sanção penal é medida completamente descabida em diversos casos, sendo que a punição administrativa poderia obter resultados muito mais satisfatórios. Também não se verifica nenhum grave dano ou lesão aos direitos humanos a justificar a aplicação da lei penal, o que ocorre em verdade, é a violação dos direitos humanos ao se aplicar a atual política antitóxicos brasileira.

Ainda, como ofensa aos critérios funcionais, observa-se que a estrutura do sistema penal não é suficiente para atender todas as suas proposições. A estrutura

administrativa de presídios e as condições sempre precárias dentro das instituições carcerárias são exemplos dessa ausência de equilíbrio entre a norma e a aplicação.

Entretanto, o aspecto que se julga mais prejudicado para adequação à política criminal de Baratta se encontra no princípio da proporcionalidade concreta. Esse critério busca avaliar comparativamente os danos que são causados pelo crime, no caso tráfico de drogas, e aqueles provenientes da pena aplicada, do sistema em funcionamento.

Como restou claro, o custo social que a “Guerra as Drogas” carrega é elemento amplificador da violência e dos problemas sociais de tal forma que se torna mais perigoso até mesmo do que o crime em si. O proibicionismo e as meta-regras impostas por esse sistema, possibilitam uma série de outros delitos correlatos, como a corrupção, o tráfico de armas, a lavagem de dinheiro, as organizações criminosas, bem como expõem o dependente a situações degradantes de sua própria imagem.

Ainda se tratando dos critérios intrínsecos de Baratta, merecem atenção os critérios pessoais nos princípios da imputação pessoal e da responsabilidade pelo fato, na medida em que cada indivíduo deveria ser sancionado apenas por suas próprias ações, sendo vedada em uma política criminal adequada, generalizações. Por exemplo, aplica-se a pena para tráfico entre 5 e 15 anos, independente de ser o sujeito o “aviãozinho” ou o chefe do tráfico sem que haja critérios formais e objetivos para distinguir cada conduta, inclusive a do usuário, que por diversas vezes é taxado de traficante.

No que se refere a responsabilidade pelo fato, Baratta prega a impossibilidade de sujeitar um indivíduo a formas coercitivas de sanção que não tenham prévia determinação de duração ou consequências. Isto é, não pode haver política criminal adequada com sanções penais por períodos indeterminados. É vedado basear as sanções e medidas coercitivas pelas características pessoais do agente e sua periculosidade. Importante, portanto, que a política criminal não tenha por base o direito penal do inimigo.

Resta, assim, comprovada a ausência de diversos princípios intra-sistêmicos da política criminal idealizada por Baratta. A política criminal brasileira de drogas, é extremamente invasiva e autoritária, não se adequando a um modelo de mínima intervenção estatal.

Os tratamentos compulsivos aos usuários/dependentes e a total discricionariedade do poder estatal para determinar o enquadramento na lei penal atestam em desfavor da nossa política e comprovam a ineficácia do sistema adotado.

No campo externo ao Direito Penal, uma política criminal adequada, segundo critérios elencados por Baratta, deve se propor a descriminalizar o maior número de condutas quanto seja possível, se atentando apenas aqueles que realmente devem ser tuteladas pelo Estado. Diante de todo exposto neste capítulo, resta clara a convicção de que a política criminal de drogas brasileira não atende a esses critérios, pois criminaliza condutas desnecessárias que poderiam receber tratamento diverso do penal e, também, algumas que nem deveriam ser sancionadas como, por exemplo, o porte, transporte, guarda e afins para uso privado.

Ainda, deve haver intensa participação popular em defesa de seus interesses e em estabelecer os instrumentos legítimos para intervir na sociedade. O que ocorre, ainda, na lei de drogas, é a aceitação e a massificação de dados irreais que são difundidos entre os cidadãos que acreditam ser a droga um inimigo a ser combatido, ilimitadamente.

Uma verdadeira política criminal formulada em um Estado Democrático de Direito deveria se preocupar muito mais com a prevenção e com os mecanismos voltados a evitar os conflitos sociais e a necessidade de intervenção estatal, do que agir sobre os efeitos, havendo novamente uma falha no que se refere a nossa política de substâncias ilícitas.

4. A POLÍTICA DE DROGAS EM PORTUGAL

4.1 Breves comentários históricos que resultaram na criação da Lei 30/2000

Portugal sempre foi um país com origens católicas fortes e após o início da guerra fria, viveu um regime governamental autocrata, conservador e ditatorial sob o comando de António Salazar, período no qual a Igreja Católica ganhou ainda mais força na sociedade portuguesa⁸⁶. Nessas condições, Portugal se tornou um país fechado e, em grande parte, alheio aos movimentos e acontecimentos externos ao território português.

Com o fim desse regime autoritário, na década de 70, é que as influências do restante da Europa começaram a ingressar no país, e com elas, as drogas. Estudiosos indicam que um dos principais meios pelos quais as drogas foram inseridas em Portugal foram os cidadãos que haviam fixado residência em outras regiões durante a ditadura e quando retornaram ao país trouxeram experiências dos locais em que moraram, como a plantação de *cannabis*⁸⁷.

Rapidamente, com a falta de informação e consciência sobre as substâncias entorpecentes que pairava sobre a população portuguesa, o uso ganhou força e as drogas que antes permaneciam restritas a grupos pequenos, se espalharam pelo país, vindas da Holanda e de outros territórios estrangeiros.

Com a chegada dos anos 90, Portugal se encontrava em estado de alerta em relação as drogas, a situação estava piorando. Houve um aumento no número de usuários e no de pessoas com doenças transmissíveis por seringas e uso compartilhado de drogas, com mortes relacionadas ao abuso de entorpecentes⁸⁸. O medo de buscar tratamento por saber que se estava cometendo um crime, bem como a dificuldade em realizar medidas de redução da danos, pois eram vistas como auxílio a

86 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. p. 19.

87 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. p. 19.

88 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. p. 22

efetivação desse mesmo crime, obstaculizavam as melhorias. Em 1998, tiveram início os debates e discussões sobre as possibilidades e alternativas para o combate às drogas, percebendo-se que a maior barreira era justamente o regime de criminalização⁸⁹.

Em 1999, durante a primeira Estratégia Nacional de Luta contra a droga e a toxicod dependência, o governo português organizou uma comissão contendo psicólogos, juristas, assistentes sociais, médicos e outros com a finalidade de encontrar uma solução ao problema da droga. Ao invés de reforçar a política de tolerância zero, criando leis emergenciais de reação, e fortificar a guerra às drogas, como se via pelo mundo afora, a comissão portuguesa chegou a conclusão de que o melhor caminho para “combater” as drogas, seria a descriminalização e, juntamente a ela, investimentos em tratamento, educação, conscientização, medidas de redução de danos⁹⁰.

Percebeu-se que a criminalização apenas afastava alguns viciados de procurarem voluntariamente tratamento, e que, apesar de não ser positivo, o uso de drogas não justificava a aplicação da lei penal. Esta era medida desproporcional para uma conduta que não causa mal a terceiros, se não ao próprio usuário.

O governo, em 1999, acatou praticamente todas as recomendações feitas pela Comissão para Estratégia Nacional de Combate as Drogas, como focar na prevenção primária, estender e melhorar o tratamento para viciados em drogas, ao mesmo tempo, possibilitar que todos aqueles que desejarem tenham acesso ao tratamento adequado e garantir mecanismos alternativos para os adictos ao invés da prisão⁹¹. Em 2000 o Parlamento emitiu legislação implementando as recomendações da comissão e a descriminalização, que passou a ter efeitos em julho de 2001.

Pesquisadores e estudiosos da política criminal portuguesa, reforçam que o que foi criado em Portugal, a partir da Lei 30/2000, foi um regime de descriminalização de todo e qualquer tipo de droga entorpecente, diferenciando esse instituto das medidas

89 GREENWALD, Glenn. Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for creating fair and successful drug policies. Cato Institute: Massachusetts, 2009. p. 06.

90 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l.], 2011. p. 23.

91 GREENWALD, Glenn. Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for creating fair and successful drug policies. Cato Institute: Massachusetts, 2009. p. 07.

de despenalização, tal como feito no Brasil e da legalização, total liberdade em relação as substâncias entorpecentes.

4.2 A política portuguesa de 2001

Com a implementação da nova lei os casos de usuários de drogas saíram do âmbito de competência do Ministério da Justiça português, para fazer parte do Ministério da Saúde. Assim, indivíduos que fazem uso de drogas não são mais vistos como criminosos, delinquentes, mas sim, eventualmente, como pessoas doentes e necessitadas de auxílio especializado⁹².

A lei de drogas em Portugal descriminalizou não somente o uso de drogas, mas também o seu porte, até certo limite objetivo, e a aquisição dessas substâncias estupefacientes, em clara indicação de que não é o uso que deve ser punido, mas sim comercialização ilegal de tais produtos.

A primeira medida adotada pela lei foi criar comissões denominadas Comissões para Dissuasão da Toxicodependência. São dezoito comissões, uma para cada distrito do país⁹³. Cada uma é composta por três profissionais de diferentes áreas, sendo um jurista, indicado pelo Ministério da Justiça, e os demais, assistentes sociais, psicólogos, médicos, entre outros das áreas da saúde e das áreas sociais⁹⁴. Esse é o órgão responsável por avaliar e julgar os casos de sujeitos que são flagrados fazendo uso ou portanto drogas.

Uma primeira observação que deve ser feita é quanto à forma de trabalho desses profissionais. A fim de criar um contexto diferente, de confiança e colaboração, os membros da comissão se diferenciam do antigo regime desde as roupas utilizadas, as quais são vestimentas comuns, como calças jeans e camisetas, até mesmo quanto ao vocabulário utilizado, que é informal, adequado para o indivíduo ao qual está sendo

92 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. p. 25.

93 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. p. 26.

94 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. p. 26.

direcionado. Ainda, tanto os membros da comissão quanto o usuário sentam-se no mesmo nível e conversam como se amigos, colegas fossem buscando evitar qualquer representação de superioridade, comando, por parte dos profissionais⁹⁵.

Toda essa estrutura e organização é feita no sentido de manter os indivíduos confiantes e confortáveis em falar sobre seus problemas e suas condições de vida com os médicos, psicólogos e assistentes. A principal ideia da comissão, como o nome sugere, é verificar quais são as dificuldades da vida daquela pessoa, o que a leva a fazer uso da substância entorpecente, quais as necessidades dela, sua situação familiar e econômica e, por fim, tentar dissuadi-la do uso de drogas⁹⁶.

O que ocorre na prática é que os indivíduos que são pegos fazendo uso ou/e portando drogas dentro do limite estabelecido em lei, recebem uma espécie de “aviso” escrito para que compareçam perante a Comissão. Caso a pessoa se ausente, ela pode receber uma sanção administrativa, conforme aponta Arthur Domostawski⁹⁷.

Normalmente na primeira vez que um indivíduo, não dependente, é levado à frente da Comissão, ele sai de lá apenas com uma advertência, boa conversa e razões para se afastar do uso de drogas⁹⁸. Caso reincida, pode receber sanção administrativa, as quais são previstas no art. 17 da lei portuguesa e são: proibição de praticar alguma licença de profissão, como médica, advogado, motorista; proibição de frequentar casas noturnas ou ter contato com determinados indivíduos; reportar-se periodicamente à Comissão de Dissuasão para se certificar de que não está havendo abuso ou adição por parte do indivíduo; proibições de viagens; extinção de benefícios e subsídios públicos; e advertência.

As sanções pecuniárias ou coimas, como são chamadas, dispostas no artigo 16 da lei 30/2000 (Portugal), podem variar de 25 euros até um salário mínimo, a depender da substância e das condições que a comissão avaliar para impor essa sanção e

95 Glenn Greenwald – Política de Drogas em Portugal - “Drogas: Legalização + Controle”. - LEAP Brasil. YouTube Brasil.

96 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. p. 27.

97 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. p. 34.

98 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. p. 32.

podem ser elevadas na medida em que o sujeito seja reincidente. Essa pena nunca é aplicável aos toxicodependentes, aos quais somente são impostas penas não financeiras⁹⁹.

Apesar da lei prever a possibilidade de aplicação de penas administrativas que não a pecuniária para os dependentes, segundo Arthur Domostawski, as comissões evitam punir de qualquer forma o usuário compulsivo a fim de convencê-lo a se dispor ao tratamento¹⁰⁰, tendo em vista que a pessoa somente é encaminhada para fazer tratamento, caso ela aceite, não havendo modalidade obrigatória.

Para se ter uma noção em termos de sanções impostas, em 2005 haviam cerca de 3.192 casos sendo analisados e julgados pelas Comissões, dos quais 83% foram suspensos, 15% tiveram sanções de alguma natureza imposta e 2.5% foram absolvidos. Esses eram dados que vinham se mantendo até a realização da pesquisa, em 2008/2009. Das punições impostas, a esmagadora maioria consistiu na pena administrativa de se reportar à Comissão com determinada frequência¹⁰¹.

As comissões mantêm registros informatizados de todos os casos que atendem e das pessoas que passam por elas. Há um cuidado especial com relação à intimidade e privacidade dos usuários, salvo se houver expressa permissão, correspondências nunca são enviadas à casa da pessoa, mantendo todo o processo em máximo sigilo.

Com o processo suspenso ou a sanção cumprida, não há mais o que se fazer e se procede o arquivamento daquele caso.

A lei portuguesa criou, a fim de facilitar e ver respeitada a isonomia e a dignidade da pessoa nos casos concretos, parâmetros objetivos para determinar quais casos seriam enquadrados como tráfico e quais seriam desclassificados para mero uso. Dessa forma, foi criada uma tabela contendo, para cada entorpecente, a quantidade que seria utilizada em média por uma pessoa, por dez dias. Esse é o limite objetivo português: quantidade/ pessoa/ dez dias. Diz o artigo segundo da lei: “Para efeitos da

99 Lei 30/2000 Portugal, Artigo 15º, número 2 - Aos consumidores toxicodependentes são aplicáveis sanções não pecuniárias.

100 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l.], 2011. p. 33.

101 GREENWALD, Glenn. Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for creating fair and successful drug policies. Cato Institute: Massachusetts, 2009. p. 06.

presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias”.

No entanto, a lei também estabelece, no art. 15, que sejam levados em consideração outros fatores, como a natureza e as circunstâncias do consumo, dentre eles, tipo de substâncias, se o uso era feito em local público ou privado e a situação financeira do consumidor. Caso sua posse ultrapasse os limites objetivos e subjetivos do chamado “consumo próprio”, o sujeito pode ser indiciado por tráfico e nesta classificação irá sofrer a persecução penal e as sanções penais correspondentes.

Para além das comissões e das ações policiais que localizam e levam esses usuários para iniciar o procedimento, Portugal investiu em outras áreas que são tão, ou mais, importantes. A conscientização, educação, prevenção são outros focos da política adotada no país. Por fim, ainda há preocupação com o pós tratamento e a reinserção do ex-dependente na sociedade.

Como esquemas de educação e prevenção, Portugal, além de fazer campanhas nacionais voltadas ao público em geral, fez estudos de quais seriam os grupos mais críticos, mais propensos a experimentarem e se envolverem com drogas, desenvolvendo métodos específicos e voltados para cada um desses grupos de risco¹⁰².

Assim, pessoas treinadas vão a festas e conversam com jovens, tentam dissuadi-los de fazer uso de drogas e, principalmente, a não experimentarem. Da mesma forma, policiais à paisana fazem rondas próximas a escolas evitando a aproximação de traficantes das crianças e adolescentes que ainda estão em fase de formação.

Ainda, não sendo suficientes as medidas preventivas e as Comissões de Dissuasão, Portugal emprega equipes que são responsáveis por fazer com que aqueles que persistem no uso de drogas tenham o menor dano possível incidindo em sua saúde. Existiam no território português, já em 2004, cerca de 69 projetos de redução de

102 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l.], 2011. p. 30.

danos¹⁰³ com ações como troca de seringas, distribuição de kits e camisinhas, por exemplo, as quais também na medida do possível tentam conversar e conscientizar esses usuários da importância do tratamento.

Para aqueles dependentes que aceitam se tratar após a conversa com a Comissão de Dissuasão ou mesmo para aqueles que procuram voluntariamente o governo para se inscrever em programas e tratamentos, é disponibilizado um período de até duas semanas de desintoxicação, após o qual, membros das equipes de combate auxiliam na procura de empregos ou estágios. Para aqueles que não possuem família ou residência, o Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências possui Centros de Acolhimento e Centros de Abrigo com inclusão de equipes técnicas na área das dependências.

Após o período de desintoxicação, os dependentes devem continuar o tratamento, seja em instituição privada ou pública as comissões mantêm controle sobre os casos que passam por ela, sendo estabelecido em lei que as instituições de tratamento devem informar a cada três meses sobre a continuidade do tratamento pelo paciente¹⁰⁴.

Ainda, existem outras medidas pós tratamento, que consistem em agir no meio social para o qual o ex dependente pretende voltar. Conversar e conscientizar a família, parentes, pessoas dos lugares de convívio diário para quebrar a ideia de estigmatização e prepará-las, sem, é claro, citar nomes dos indivíduos que se submeteram a tratamento¹⁰⁵.

Até 2011 todo esse sistema de atividades de combate a toxicod dependência era realizado pelo Instituto da Droga e Toxicod dependência. Em dezembro de 2011, foi criado por meio do Decreto Lei 124/2011, o SICAD, Serviço de Intervenção nos Comportamento Aditivos e nas Dependências, para dar continuidade à política portuguesa, passando as ações de atuação concentrada, local, para as Administrações Regionais de Saúde.

103 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l.], 2011. p. 35.

104 Lei 30/2000 Portugal, Artigo 12, número 3.

105 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l.], 2011. p. 38.

4.3 Efeitos da mudança de lei em Portugal

Inicialmente, com o anúncio da proposta e da elaboração da Lei de Drogas nos anos 2000, parte da população estava receosa e haviam críticos da nova política, defendendo que a descriminalização de drogas multiplicaria o número de usuários e transformaria o país em um paraíso psicotrópico para pessoas do mundo todo irem e fazerem uso de substâncias entorpecentes sem maiores consequências legais¹⁰⁶.

Contudo, estudos realizados demonstram que a taxa de usuários estrangeiros é mínima, os índices de uso diminuíram ou estabilizaram¹⁰⁷, não havendo concretização das previsões negativas que foram feitas.

Alguns agentes oficiais da polícia acreditavam, ainda, que além de perderem informantes preciosos na investigação de traficantes, teriam alto dispêndio de tempo e dinheiro nas ações de dissuasão e prevenção. Hoje quase toda corporação considera a descriminalização a melhor forma de tratar do assunto das drogas¹⁰⁸.

Outro efeito que advém, sem dúvidas, da descriminalização, e que inclusive era tido como um objetivo a ser alcançado pela política portuguesa, é a quebra de um modelo de estigmatização dos indivíduos usuários de drogas. Mudar não somente o tratamento dado a essas pessoas, mas também a forma como a sociedade encara o problema, investindo na ideia de que se trata de uma doença e não em uma forma de criminalidade, e que os sujeitos dependentes não seriam ameaças contínuas à população, como normalmente presumem os cidadãos.

Contudo, os maiores ganhos portugueses, foram sem dúvidas os avanços e as melhorias nas questões de saúde pública e segurança.

Os números de pessoas internadas ou em tratamento de toxicod dependência, desde a mudança da lei são crescentes. Isso se deve, principalmente, à mudança de

106 GREENWALD, Glenn. Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for creating fair and successful drug policies. Cato Institute: Massachusetts, 2009. p. 06.

107 GREENWALD, Glenn. Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for creating fair and successful drug policies. Cato Institute: Massachusetts, 2009. p. 06.

108 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l.], 2011. p. 39-40.

mentalidade da sociedade portuguesa, na medida em que utilizar substâncias entorpecentes não mais é considerado um crime. Todo aquele que sente necessidade e tem vontade de se tratar, tem a seu alcance medidas públicas de tratamento e tem a certeza de não ser indiciado e sofrer persecução penal pela sua doença.

Os últimos dados oficiais do SICAD, são do ano de 2014, e apontam que em referido ano haviam cerca de 27.689 pessoas em tratamento na rede pública de saúde¹⁰⁹. O consumo de drogas injetáveis e o compartilhamento de materiais utilizados para aplicação desse tipo de droga tiveram um decréscimo significativo, o que consequentemente faz haver uma redução nos índices de pessoas contaminadas com doenças infecciosas, como HIV, Hepatites e outras¹¹⁰. Segundo os dados do antigo Instituto de Drogas e Toxicodependência de Portugal, em 2000 haviam 2.785 novos casos de HIV, sendo 1.430 em consumidores de drogas (52%), em 2008 eram 352 dos 1.774 casos totais e no início de 2010, 164 dos 1.107 (16%) novos casos de HIV¹¹¹.

Quanto à mortalidade, os dados podem ser confusos e não precisos, há mais de um medidor de mortalidade e cada um deles tem critérios diferentes havendo substancial diversidade entre as informações. A princípio, os órgãos oficiais informam que houve queda até o ano de 2005, com um pequeno aumento entre os anos de 2007 e 2009, voltando a decair e partir daí, houveram oscilações, sem a manutenção de um padrão determinado¹¹² (ANEXO I).

As chamadas “contra-ordenações”, ou seja, situações em que usuários são flagrados e encaminhados as Comissões de Dissuasão, também obtiveram uma majoração em termos de números absolutos, o que não necessariamente significa maior números de usuários, mas sim de pessoas interessadas em participar de tratamentos. No entanto, as decisões e julgamentos pelas comissões cresceram da

109 Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências. Ministério da Saúde – Portugal. Sinopse Estatística Portugal 2014. p. 14.

110 Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências. Ministério da Saúde – Portugal. Sinopse Estatística Portugal 2014. p 15

111 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. p. 42.

112 Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências. Ministério da Saúde – Portugal. Sinopse Estatística Portugal 2014. p 16

mesma forma, verificando-se uma maior “capacidade decisória”¹¹³.

Conforme apontou o relatório elaborado pelo SICAD com relação ao ano de 2014:

Entre as decisões proferidas uma vez mais predominaram as suspensões provisórias dos processos de consumidores não toxicodependentes (72%), seguindo-se-lhes as suspensões dos processos de consumidores toxicodependentes que aceitaram submeter-se a tratamento (11%).

Arthur Domostawski apontou ainda como consequência da alteração na política de drogas de Portugal, a diminuição nos níveis de criminalidade pequena, de rua, patrimonial, ligada diretamente ao tráfico de substâncias, diz ele, fazendo referência a outro estudo sobre o tratamento feito com metadona:

Uma das consequências notadas – ou talvez coincidências – da descriminalização foi a queda da taxa de crimes relacionados com o consumo de drogas, especialmente a pequena criminalidade por parte de consumidores por forma a obter dinheiro para a sua próxima dose. Como um dos entrevistados do IDT notou, os toxicodependentes ao sentirem os efeitos da ressaca já não precisam de roubar porque podem dirigir-se a um dos centros onde lhes será administrada terapêutica de substituição por metadona. De facto, o efeito da disponibilização de tratamento por metadona nas taxas de crime está bem documentado em vários países e é consistente com a experiência portuguesa¹¹⁴.

Casos de uso de drogas problemáticos e overdoses também tiveram queda como consequências das frequentes ações de redução de danos empregadas pelos responsáveis pelo combate as drogas em Portugal¹¹⁵.

Há também uma mudança no foco dos investimentos estatais quando se procede a descriminalização. Notadamente, recursos econômicos que antes eram utilizados para persecução penal e cumprimento das penas dos usuários, podem agora ser investidos em tratamento, prevenção e medidas de combate ao tráfico.

Dos gráficos apresentados no Relatório Anual de 2014, observa-se que de 2001

113 Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências. Ministério da Saúde – Portugal. Sinopse Estatística Portugal 2014. p 16

114 DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. p. 41.

115 Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências. Serviço Nacional de Saúde. In__Política Portuguesa.

a 2007 houve um aumento no número de indivíduos que já haviam experimentado alguma substância entorpecente ao menos uma vez durante sua vida, ainda que os danos tenham sido minorados. Já com relação a 2007 e 2012 observou-se uma queda nesses percentuais na população de 15 a 64 anos (ANEXO II).

Estudos demonstraram também que a taxa de pessoas que após a experimentação permaneceram fazendo uso de substâncias ilícitas sofreu um constante decréscimo desde 2001 até 2012 (ANEXO III).

Isso pode significar que conquanto tenha havido, a princípio, um interesse da população pela experimentação das substâncias ilícitas, em um curto/médio período de tempo houve a regressão desses índices.

Com a descriminalização, portanto, Portugal estimulou seus cidadãos a procurarem tratamento para o vício, diminuiu consideravelmente o número de doenças relacionadas ao uso de drogas, bem como as mortes por overdose, e conseguiu em alguma medida estabilizar ou até mitigar o número de usuários, multiplicando o de pessoas em tratamento. Além disso, os investimentos estatais em prisões e persecução penal, hoje, estão voltados a tratar e recuperar indivíduos.

Observou-se na população em geral e nos legisladores portugueses a satisfação com a nova política. Glenn Greenwald afirma “não há mais propostas sérias de voltar a criminalização de drogas em Portugal e o modelo Português passou a servir de exemplo a países por todo o mundo”¹¹⁶.

Da mesma forma que o Brasil, Portugal é signatário dos tratados da ONU sobre substâncias psicotrópicas e combate o tráfico de drogas, tendo passado por diversas atualizações em suas legislações no sentido de adequar as políticas internacionais e limitar, fiscalizar e controlar os produtos utilizados como estupefacientes¹¹⁷.

Assim sendo, Portugal possui uma segunda lei que trata especificamente do regime do tráfico, prescrições médicas, fiscalização, autorizações e demais crimes

116 GREENWALD, Glenn. Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for creating fair and successful drug policies. Cato Institute: Massachusetts, 2009. p. 28.

117 Exposição de Motivos. Decreto Lei nº 15 de 22 de janeiro de 1993 – Procuradoria Distrital de Lisboa/Portugal.

relacionados à matéria. Trata-se do Decreto-Lei nº 15/93¹¹⁸, o qual já foi editado cerca de vinte e três vezes para se adequar a realidade do país.

Segundo este decreto-lei, o tráfico comum, é punido com penas de 4 a 12 anos (art. 21¹¹⁹). Em comparação com a lei brasileira, observa-se que também há um número altíssimo de verbos que consistem o núcleo do tipo e caracterizam o delito, entretanto, ao contrário do que é visto em nosso país, estão previstas condutas específicas para o pequeno traficante (art. 25¹²⁰), assim como para o traficante que exerce a atividade ilegal apenas em função de sustentar seu próprio vício (art. 26¹²¹). Nesses casos a pena pode ser bastante reduzida, de um a cinco anos ou de até um ano, com possibilidade de multa de 120 dias, respectivamente.

Verifica-se pois, que Portugal tratou da questão das drogas com maior proporcionalidade e buscando no caso concreto, em sua realidade qual a melhor forma de prevenir e combater a utilização e comércio de drogas. Do texto da exposição de motivos do decreto-lei 15/93, tem-se que: “A gradação das penas aplicáveis ao tráfico

118 Decreto Lei nº 15 de 22 de janeiro de 1993 – Procuradoria Distrital de Lisboa/Portugal.

119 **Artigo 21.º Tráfico e outras actividades ilícitas** 1 - Quem, sem para tal se encontrar autorizado, cultivar, produzir, fabricar, extrair, preparar, oferecer, puser à venda, vender, distribuir, comprar, ceder ou por qualquer título receber, proporcionar a outrem, transportar, importar, exportar, fizer transitar ou ilicitamente detiver, fora dos casos previstos no artigo 40.º, plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos. 2 - Quem, agindo em contrário de autorização concedida nos termos do capítulo II, ilicitamente ceder, introduzir ou diligenciar por que outrem introduza no comércio plantas, substâncias ou preparações referidas no número anterior é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos.

3 - Na pena prevista no número anterior incorre aquele que cultivar plantas, produzir ou fabricar substâncias ou preparações diversas das que constam do título de autorização.

4 - Se se tratar de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV, a pena é a de prisão de um a cinco anos.

120 **Artigo 25.º Tráfico de menor gravidade** Se, nos casos dos artigos 21.º e 22.º, a ilicitude do facto se mostrar consideravelmente diminuída, tendo em conta nomeadamente os meios utilizados, a modalidade ou as circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, substâncias ou preparações, a pena é de: a) Prisão de um a cinco anos, se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, V e VI; b) Prisão até 2 anos ou multa até 240 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV.

121 **Artigo 26. Traficante-consumidor** 1 - Quando, pela prática de algum dos factos referidos no artigo 21.º, o agente tiver por finalidade exclusiva conseguir plantas, substâncias ou preparações para uso pessoal, a pena é de prisão até três anos ou multa, se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, ou de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV. 2 - A tentativa é punível. 3 - Não é aplicável o disposto no n.º 1 quando o agente detiver plantas, substâncias ou preparações em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de cinco dias.

tendo em conta a real perigosidade das respectivas drogas afigura-se ser a posição mais compatível com a ideia de proporcionalidade.”¹²²

4.4 Avaliação dos critérios de Baratta na política criminal portuguesa

Se compararmos com a política brasileira apresentada no capítulo segundo deste trabalho, a política criminal de drogas de Portugal tem diversas nuances que a tornam mais humana e próxima ao modelo ideal de Baratta.

Voltando a análise feita no início desta pesquisa, vimos que Baratta separou elementos de uma política estatal de mínima intervenção em dois grandes grupos, os intra e os extra-sistêmicos.

Quanto aos critérios intra-sistêmicos formais, assim como o Brasil, Portugal possui um vasto rol de condutas que se enquadram na tipificação do tráfico, são os mesmo dezoito verbos, o que como explicado no capítulo 2, é uma afronta a reserva legal pela amplitude e vastidão que o tipo penal apresenta. Já no que diz respeito ao critério da taxatividade, por descrever na norma legal exatamente a conduta proibida ao sujeito, e mais do que a lei brasileira, estabelecer critérios objetivos para separar traficantes e usuários de drogas, considera-se preenchido tal requisito.

Quanto aos princípios da primazia da lei penal e a da representação popular, não restam dúvidas quanto ao seu preenchimento, uma vez que se trata de República Democrática, na qual o povo escolhe seus representantes e legisladores e que a própria lei de drogas, objeto deste trabalho, é quase como uma lei administrativa, regida por órgãos administrativos, com fuga do campo penal, sendo evidente as garantias daquela matéria no tratamento de usuários de drogas.

Já dentre o grupo de critérios funcionais fornecidos por Baratta, vê-se a necessidade de estudos aprofundados e amplos antes da criação de qualquer lei. No caso da lei portuguesa, verifica-se que houveram debates e análises exaustivas das possibilidades de política de drogas no país, sendo designada comissão com fim

122 Exposição de Motivos. Decreto Lei nº 15 de 22 de janeiro de 1993 – Procuradoria Distrital de Lisboa/Portugal.

específico de realizar esses estudos e não fornecer apenas respostas contingentes.

Ao descriminalizar as drogas, Portugal agiu em contrário senso da grande maioria de países europeus e das grandes potências mundiais que pregavam a criminalização e repressão máxima como única forma de controlar o “mal das drogas”

¹²³.

Um dos pontos mais altos da lei portuguesa, talvez, esteja nos critérios funcionais intra-sistêmicos. Os princípios da proporcionalidade abstrata e concreta, e da subsidiariedade da lei penal, são homenageados de maneira incomparável nesse ordenamento.

De fato, os portugueses colocam o Direito Penal em um segundo plano, atingindo somente aquelas condutas que sejam consideradas danosas não apenas ao usuário, mas tentam retirar desse agente as punições desumanas e desproporcionais para alguém que só está causando dano à própria saúde, na maioria das vezes, por razões médicas e não criminais.

Portugal percebeu muito antes de outros países que o custo envolvido na persecução e na manutenção de usuários no sistema penal do país estava sendo prejudicial não somente aos diretamente atingidos por essa política, mas também a toda sociedade que arcava com altíssimos custos, em vão.

A nova política portuguesa não trouxe somente mais saúde e mais esperança para aqueles que se envolvem com entorpecentes, como para toda população, com a queda nos níveis de mortes, de infecções, crimes patrimoniais e maior segurança.

Outra medida memorável e, talvez, isso se deva ao tamanho do território português, foi a adequação das estruturas previstas em leis, das comissões, dos médicos, assistentes sociais, e da realidade. Portugal implementou a política de drogas e junto a ela trouxe toda uma nova estrutura de agências e órgãos estatais, em pleno funcionamento.

Nos requisitos pessoais, Baratta elenca o princípio da responsabilidade pelo fato, pelo qual diz que só podem ser culpados e punidos indivíduos considerando as condições das condutas diretamente praticadas, sem considerar potencial

123 MARTINS, Vera Lúcia. A política de Descriminalização de Drogas em Portugal. São Paulo, 2013.

periculosidade ou sistemas punitivos paralelos.

Usuários de drogas não poderiam, nesse sentido, serem obrigados a sofrer tratamento ou internação sem seu consentimento. A Lei 30/200 em Portugal prevê que usuários se apresentem perante uma comissão que os irá ouvir e “julgar”, decidindo qual sanção administrativa pode ser mais efetiva. No caso de dependentes, estes podem ser enviados para tratamento em clínica de sua preferência somente se concordarem com essa hipótese, não havendo, de forma alguma, tratamento compulsório, tal qual no Brasil.

Devemos passar agora para análise da política criminal de drogas em Portugal segundo os princípios extra-sistêmicos de Baratta, que são a descriminalização e a metodologia para construção alternativa dos conflitos.

No que diz respeito à não intervenção útil, Portugal se mostra um exemplo a ser seguido. O país definiu em sua política que somente serão feitas intervenções no tema uso de drogas, caso assim desejem os dependentes. Conquanto sejam previstas multas e outras sanções restritivas de direitos àqueles que fazem uso de drogas, observa-se a postura do país em somente aplicá-las em caso de “reincidência” e para aqueles que não são dependentes das substâncias. A esses últimos é indicado e disponibilizado tratamento, se assim o desejar, ou apenas uma boa conversa no intuito de dissuadi-lo do uso.

O mais importante aqui é perceber que Portugal não impôs intervenção penal do Estado a não ser em casos objetivamente considerados como tráfico de drogas, havendo um respeito aos que desejam fazer uso desses entorpecentes ou, por razões médicas, não conseguem deixar de fazer.

A politização do conflito está presente na medida em que apesar de se terem ações governamentais, ou seja, ser implementada política de tratamento e redução de danos, não se retira totalmente das mãos do indivíduo usuário o poder de decidir o que pretende fazer. Há uma privatização, no momento em que a escolha de se tratar, ou não, é repassada aos cidadãos envolvidos.

Por fim, no que se refere aos princípios de construção alternativa, tem-se que

Portugal retira do “aglomerado de objetos heterogêneos”¹²⁴, o usuário de drogas para encaixá-lo em um novo agrupamento mais semelhante a si, qual seja, o das políticas públicas de saúde. A conduta de utilizar drogas deixa de ser considerada infração penal passando a ser um problema social e de saúde que necessita certa atenção não penal do Estado.

Nesse sentido são elaboradas diversas medidas preventivas, de educação e conscientização da população, agindo anteriormente ao fato e buscando evitar a experimentação da droga, não somente punindo criminalmente as falhas do sistema. “A política preventiva, busca a satisfação das necessidades reais do corpo social, respeito aos direitos humanos e, assim, alcança a justiça social”¹²⁵.

Nota-se que os indivíduos portugueses deixam de ser apenas espectadores da política institucional de drogas e começam a fazer parte dela, com voz para determinar a destinação que será dada ao usuário.

Assim, conclui-se que a política criminal de drogas portuguesa satisfaz aos critérios elaborados por Baratta para intervenção mínima do Estado, assim como a punição proporcional é empregada. Há respeito aos indivíduos, suas características e particularidades, somente havendo ação estatal quando necessário, em razão dos tratados e convenções internacionais assinadas pelo país.

124 BARATTA, Alessandro. **Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti dela legge penale.** In__ Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Anno III – nº 3, settembre-dicembre , 1985 - Università del Saarland (p. 443-473) p. 467 (tradução livre).

125 NASPOLINI, Samyra Haydêe. **O Minimalismo Penal como Política Criminal de Contenção da Violência Punitiva.** Tese de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, 1995. p. 84.

5. ANÁLISE COMPARADA DOS REGIMES E SUA INTERAÇÃO COM A POLÍTICA IDEAL DE BARATTA

5.1 Da comparação das duas políticas criminais

Analisando detidamente as duas políticas de combate às drogas, no que diz respeito ao tratamento empregado para traficantes e, principalmente, naquele destinado aos usuários dos entorpecentes, podemos notar diversas diferenças, assim como algumas semelhanças.

Primeiramente quanto aos crimes relacionados à droga, tanto na Lei 11.343/06, quanto no Decreto-Lei 15/93, vê-se que as penas cominadas ao tráfico de entorpecentes são extremamente altas, demonstrando a rejeição e o perigo atribuídos a essa conduta. Independente da política adotada no país, o ato de vender, produzir, fornecer essas substâncias a terceiros é altamente reprovável.

Contudo, apesar da semelhança na quantidade de pena atribuída ao crime, a lei portuguesa tem seu lado humanitário mais elevado, uma política mais completa, tratando cada tipo de delito de forma diferenciada e aplicando a cada conduta uma punição proporcional ao dano que causa ou seria capaz de causar. Já a lei brasileira, conforme estudado no segundo capítulo, tem como um de seus maiores defeitos a ausência de distinção entre pequenos, médios e grandes traficantes.

Essa é uma crítica muito frequente ao nosso sistema, o qual não faz essas distinções nem mesmo entre traficantes e usuários por algum método objetivo. Há nítida falta de equilíbrio entre as circunstâncias do delito e do agente delituoso e das penas aplicadas a cada um.

A política brasileira, apesar de contar com as condutas de tráfico e de usuário de forma separada e, ainda, possuir previsão de minoração da pena para tráficos cometidos por réus primários e de bons antecedentes, não pode ser considerada tão complexa e comprometida com a proporcionalidade das sanções como Portugal, pois une todos os tipos de tráfico em um só tipo penal, como se todos pudessem ser analisados e punidos de forma igualitária. Dessa forma, a política criminal de drogas brasileira se esquia de uma política realmente preocupada com a recuperação dos

seus agentes, preocupando-se mais com o punir, do que com o tratar.

O fato de chefes do tráfico serem tratados da mesma forma que os chamados “aviõezinhos”, os quais apenas repassam a droga no último degrau da organização é, sem dúvida, uma afronta aos princípios de Baratta da proporcionalidade, idoneidade, subsidiariedade, pessoalidade e até mesmo o da intervenção não útil, isso porque desconsidera qualquer parâmetro objetivo para punir e avaliar a conduta criminosa.

Já na lei estrangeira, há tipificação legal para cada tipo de tráfico, levando em consideração as diversas formas de se cometer o crime e reconhecendo que não se pode igualar o grande traficante, àquele do final da escala de distribuição que não possui qualquer poder ou domínio sobre a atividade.

Ainda, a lei portuguesa busca diferenciar indivíduos que se envolvem no crime com a única finalidade de sustentar o próprio vício. Nesses casos o tratamento adequado é suficiente para que haja a ressocialização do indivíduo.

Em torno dessa matéria não restam dúvidas sobre a superioridade humanitária da lei portuguesa, eis que possui diversas condutas que buscam diferenciar pequenos e grandes traficantes, levando em consideração até mesmo a razão pela qual foram levados a participar do crime, como no caso dos traficantes-usuários.

Além disso, é dispensada lei específica para tratar de usuários e quais as formas de tratamento e punição a eles, não havendo generalização das condutas e deixando ela de fora do rol dos “crimes” relacionados às drogas. Como demonstrado, no país ibérico, o fim de fazer uso das drogas e não vendê-las é excludente da ação criminosa, que passa a ter mera intervenção administrativa, se assim desejar o paciente.

Isso nos remete a um outro grande problema brasileiro, a discricionariedade dada aos juízes e delegados para efetuar prisões, flagrantes, e caracterizar qual a tipificação legal do crime cometido. Verifica-se que a destinação de cada indivíduo é muito subjetiva e vai depender das impressões pessoais do responsável pela decisão¹²⁶.

126 Ver a possibilidade de adicionar jurisprudências em ambos os sentidos.

PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO VERIFICADO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS HARMÔNICOS E CONSISTENTES COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA ERIGIDOS NO CURSO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL SOB O MANTO DO CONTRADITÓRIO JUDICIAL. CONFISSÃO DO RECORRENTE NA FASE INQUISTORIAL. **QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. IRRELEVANTE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO.** QUANTIDADE ENCONTRADA DESPROPORCIONAL PARA CARCTERIZAR USO DE DROGAS. 2. Não merece guarida a tese de que a pequena quantidade de droga enseja a atipicidade material do delito. **O presente delito é de perigo abstrato, objetivando a proteção da saúde pública, sendo suficiente a periculosidade da conduta praticada.** (TJ-PI - APR: 00020466920118180140 PI 201200010033287, Relator: Des. José Francisco do Nascimento, Data de Julgamento: 29/01/2013, 1ª Câmara Especializada Criminal, Data de Publicação: 01/02/2013)

TRÁFICO "PRIVILEGIADO" - **QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA - REGIME PRISIONAL ABERTO - MAIS ADEQUADO PARA O CASO - SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS - POSSIBILIDADE.** - Nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, tratando-se de pequena quantidade de droga, porém de natureza altamente lesiva, o quantum de redução pela benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não pode ser em seu patamar máximo e nem em seu patamar mínimo, todavia, deve se aproximar daquele, sendo também conveniente a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena corporal por restritivas de direitos. (TJ-MG - APR: 10040130016047001 MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 26/06/2014, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 04/07/2014)

Já em alguns casos, o próprio delegado, presente no momento da apreensão do sujeito, determina que ele seja colocado no cárcere, semelhante ao regime fechado, ainda que sem os requisitos previstos no Código de Processo Penal para prisão preventiva.

HABEAS CORPUS - TRÁFICO DE DROGAS - **PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP - PERICULOSIDADE NÃO DEMONSTRADA - QUANTIDADE PEQUENA DE DROGAS QUE NÃO EVIDENCIA GRAVIDADE CONCRETA - PACIENTE PRIMÁRIO - PREVISÃO CONCRETA DE INCIDÊNCIA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06 - POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE - DESPROPORCIONALIDADE DA MEDIDA EXTREMA - LIBERDADE PROVISÓRIA - POSSIBILIDADE - ORDEM CONCEDIDA.** - No caso, verifica-se, ainda, ser desarrazoada e desproporcional a manutenção da prisão processual do paciente que **é primário e teve quantidade pequena de drogas apreendidas em sua posse**, já que provavelmente terá a pena privativa de liberdade substituída, em especial diante da previsão concreta de incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. (TJ-MG - HC: 10000150055580000 MG, Relator: Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento: 10/03/2015, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 20/03/2015)

Apesar de haver aspectos a serem analisados na hora de uma caracterização criminal, observa-se que a falta de critérios objetivos que auxiliem os magistrados em sua tarefa, acaba por deixar a escolha à mercê das opiniões pessoais e parciais de um juiz. Como bastante tratado no capítulo dois, referente à política de drogas brasileira, definir um parâmetro numérico de quanto seria tráfico, quanto seria considerado droga pra uso pessoal, é extremamente importante.

Nesse quesito, podemos usar de exemplo a própria lei portuguesa que dispõem, após pesquisas e estudos na área, de uma quantidade específica de cada entorpecente que é possível o agente estar portando. É utilizada a razão de uma porção que seja suficiente para dez dias de uso. Assim, por exemplo, a posse de maconha é diversa da de cocaína, porque os efeitos e as quantidades de uso de cada droga são distintos e tudo isso é previsto em tabelas oficiais.

Isso garante ao usuário maior segurança jurídica, certeza que de não será preso e tratado como traficante em razão de possuir um vício do qual, muitas vezes, não teve oportunidade de se tratar.

Os critérios objetivos também garantem um maior equilíbrio nas sanções aplicadas. Quando se tem um parâmetro numérico do que seria considerado porte para uso pessoal, se a quantidade com a qual o indivíduo é flagrado, apesar de superior a esse patamar, está muito próximo a ele, é possível valorar a pena cominada de forma suficiente a satisfazer aquele caso, não sendo mais tão livre ao magistrado que arbitre penas desproporcionais.

Outra diferença gritante entre os sistemas de política criminal português e brasileiro, é quanto à forma de ver e pensar o usuário de drogas. Como exaustivamente abordado neste trabalho, a lei de Portugal não considera o uso de drogas como crime, sendo apenas passível de medidas administrativas, muitas das quais precisam ser aceitas pelo paciente para serem aplicadas.

O usuário de drogas tem acesso a medidas de tratamento, internação, se necessário, psicólogos e médicos que auxiliam no encerramento do problema. O usuário de drogas não é criminoso, não está oferecendo risco a terceiros, se não a sua própria saúde e por isso não pode ser punido. Não há espaço para privação da liberdade daquele indivíduo. Em casos específicos podem ser atribuídas penas de

multa, mas isso se o sujeito não for considerado toxico-dependente.

Enquanto isso, na política brasileira, apesar de o uso de drogas não ser objeto alcançado pelo Direito Penal, as condutas que possibilitam esse uso, são. Tanto as condutas de portar, transportar, ter em depósito, etc, do artigo 28, são consideradas crimes que estão previstas no capítulo destinado a tratar deles. O que se observa é que há uma despenalização feita pelo legislador, apenas não sendo arbitradas penas privativas de liberdade.

Os efeitos de uma condenação criminal vão muito além da, possível, privação de liberdade ou restrição de direitos. Há que se considerar a a criação de antecedentes criminais para o sujeito, a estigmatização e discriminação que sofrem aqueles que são condenados sejam como traficantes ou usuários de drogas.

A mera despenalização, portanto, não se faz suficiente, na medida em que as consequências do processo penal são muitas e atingem a todos que passam por ele, principalmente os condenados, das mais diversas formas, sendo a privação de liberdade apenas uma delas.

No julgamento do RE 635659 SP, que discute a descriminalização das drogas no Brasil, foi levantada uma questão de extrema importância. Como se pretende descriminalizar o uso das drogas, se permanecemos punindo todas as condutas necessárias a esse uso, como comprar, transportar, possuir, etc? Se a lei proíbe a compra e a plantação, ainda que em pequenas quantidades, qual a lógica de permitir o uso?

Essas são questões a serem analisadas de forma mais contida e com maiores estudos, pois as consequências podem trazer mudanças radicais a todo sistema e forma de pensar brasileira.

As duas leis possuem sistemas distintos tanto de julgamento como de aplicação de sanções. As precisões da lei de usuários portuguesa é um demonstrativo disso. Na lei foi criada toda uma estrutura administrativa, composta de médicos, psicólogos, assistentes sociais, que efetivamente atuam para tentar efetivar as medidas do legislador.

As comissões de discernimento são efetivas, assim como a procura por elas e pelo seu trabalho, tudo disponibilizado pelo governo. Já na lei brasileira, como um todo,

nota-se a distinção e o grande abismo que há entre aquilo que está previsto na lei e a estrutura administrativa que atende as necessidades dos sentenciados.

5.2 Enquadramento na ótica minimalista de Baratta

Após essa breve comparação das principais divergências entre as duas leis estudadas neste trabalho, voltemos ao nosso marco inicial para realizar uma comparação de ambas as leis segundo os critérios de mínima intervenção de Baratta.

Vamos iniciar pelos princípios da limitação formal. Em sua grande maioria os princípios deste aglomerado são cumpridos pelas duas políticas eis que ambas adotam um sistema baseado na reserva legal, na taxatividade das suas leis, na irretroatividade, na representação popular, tratando-se de duas repúblicas democráticas. Alguma discussão poderia girar em torno do princípio da primazia da lei penal substancial, mas acredita-se que os dois sistemas preenchem também esse requisito para uma política minimalista penal.

Quanto à limitação funcional não há a mesma coincidência, por exemplo, para política criminal adequada, a resposta penal não pode ser criada em um momento de urgência, sem todo um contexto de estudos, pesquisas e reflexão. A lei brasileira, ainda que não tenha sido criada de um momento para outro, tendo diversas atualizações, não pode ser considerada uma lei que exauriu todo campo de pesquisas e análise crítica de suas consequências, conforme se extrai da própria exposição de motivos da lei 11.343/06.

Finalmente, levado à sanção governamental, recebeu o projeto extenso veto, entrando em vigor, portanto, apenas alguns de seus dispositivos. Em consequência, **fez-se urgente a produção de normas** que, substituindo as vetadas, permitissem a formação de um todo cujas partes guardassem a necessária coerência entre si.¹²⁷

Ademais, a exposição de motivos não faz qualquer referência à pesquisas, estudos ou análises aprofundadas do tema em questão para sua elaboração. Já a lei

127 MATTA, Magno. MARTINS, Wanderley. Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada -Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Exposição de Motivos. Brasília, 2002.

portuguesa parece muito mais assemelhada com esse critério, vez que houve todo um estudo complexo, principalmente no que se trata de usuários de drogas, prevendo as melhores alternativas para um combate sério e efetivo.

Sem dúvidas não se pode dizer que a política brasileira respeite o princípio da idoneidade de Baratta, uma vez que esse estabelece a necessidade de analisar outros locais, outros países, os reflexos que as medidas penais terão sobre a população, bem como os efeitos consequentes na criminalização. Em contrário senso, Portugal é modelo a ser seguido no que tange esse aspecto, vez que para definir a forma de tratamento dos usuários, buscou os melhores sistemas e tentar entender todas as consequências negativas da criminalização.

O país mediterrâneo parte na frente quando se fala da proporcionalidade das leis e na subsidiariedade delas. O Direito Penal deve ser usado em último caso, em afrontas graves aos Direitos Humanos. A previsão de condutas separadas para cada tipo de tráfico, assim como uma política totalmente diferenciada para os usuários, que nem mesmo estão na mesma legislação, para que não se confunda uso com crime, é medida de excelência. Pune-se o tráfico organizado de uma forma, o pequeno traficante de outra e ao usuário são disponibilizados tratamento e apoio.

Ao contrário do Brasil, Portugal pensou sua política pensando nas consequências que a criminalização traria a sociedade. Aplicando sanções administrativas àqueles que não ofendem a nenhum bem de terceiro, se não sua própria saúde. Há, evidentemente, uma análise do custo social que a criminalização, a marginalização do sujeito envolvido com drogas, traz para ele mesmo e para toda sociedade ao seu redor.

Por fim, dentro dos princípios intrassistêmicos, temos os de limitação pessoal, que buscam limitar a política a agir sobre o indivíduo de forma particularizada, apenas sobre a sua conduta no momento de delito, e afastam o Direito penal do autor.

Analisando os primeiros princípios elencados nessa categoria, da imputação pessoal e responsabilidade pelo fato, tem-se que as duas leis deixam um pouco a desejar, em relação à punição dos atos preparatórios do tráfico, pois efetivamente ainda nenhum resultado foi gerado, não há prejuízo real e concreto, mas há punição penal aos agentes que o praticam.

Ainda assim, a lei portuguesa, novamente, tem destaque em razão da separação existente entre os tipos de tráfico e pela previsão de penas mais eficazes que a penal, como as administrativas.

Aqui também merece ressaltar um dos principais diferenciais entre as leis e os tratamentos disponibilizados aos usuários de drogas. Enquanto no Brasil a internação é compulsória e determinada pelo juiz, por tempo incerto, em Portugal, o tratamento, apesar de disponibilizado, somente é aplicado com expresse consentimento do paciente. Esse é um princípio extremamente caro à política de Baratta, pois não se pode punir ninguém de forma não exatamente determinada anteriormente e ainda menos se a pessoa, em razão de sua tóxico-dependência, for incapaz de se determinar de acordo com a legislação.

A internação, ainda que seja medida de tratamento e não pena de prisão, tem por base o mesmo princípio, pois limita a liberdade do indivíduo e o priva da vida em sociedade por certo período de tempo. Dessa forma, não poderia ser feita sem a autorização do sujeito dependente, como ocorre no Brasil.

Quando se trata de usuários de drogas, principalmente aqueles doentes que não têm mais discernimento, mas agem pela necessidade física e psíquica, não se pode falar em exigência de conduta diversa. A política brasileira, muitas vezes desconsidera essa impossibilidade e pune com igual rigor o traficante e o toxicodependente.

Esses são os princípios intrasistêmicos de Baratta, que analisam e limitam a atuação, criação das leis. Ao lado destes temos, como já visto, os princípios extrasistêmicos, que são externos à construção da lei, começando pelos de descriminalização, que justamente tentam retirar das mãos do Direito Penal as sanções à determinadas condutas.

Todos os princípios aqui tratam, em maior ou menor grau, sobre como reduzir ao máximo o campo de aplicação do Direito Penal. Como limitá-lo de forma que apenas seja aplicado nos casos em que seja extremamente necessário a garantir uma ordem social justa para todos, com respeito aos direitos humanos.

A não intervenção útil é o primeiro desses princípios e estabelece justamente que a sociedade deve se desenvolver mais, sem a utilização do Direito Penal. Quando

se fala em lei de drogas, facilmente se percebe que a lei brasileira, ao contrário do que preza o princípio, está presente em todos os aspectos, criminalizando e determinando as punições numa lei super ampla e rígida.

Já a lei portuguesa, ainda que puna qualquer tipo de comercialização, tráfico, deixa de fora do âmbito penal as condutas que não têm poder de lesar terceiros, deixando com que eles definam como devem agir, apenas prestando auxílio e orientação para aqueles que desejam.

Em ambas as leis a opção é politizada, atende ao que a maioria da população acredita ser o necessário, ainda que em Portugal, inicialmente, não tenha sido assim. Após a descriminalização, feita sem o consentimento de toda população que temia que a situação piorasse, Portugal provou ter feito o melhor em questão de escolha de política criminal contra drogas. Hoje, segundo informações, a população apoia e reconhece a importância de uma intervenção em escala reduzida.

No Brasil, apesar de não haver descriminalização, também não haveria o apoio da população, que a despeito de algumas exceções, permanece fechada e contrária a descriminalização ou legalização de entorpecentes.

Pesquisas realizadas pelo IBOPE _ instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – revelaram no final de 2014 que 79% da população do país é contrária a legalização da maconha¹²⁸. Outras pesquisas, não oficiais, realizadas, cerca de um ano depois, pela Hello Research, indicaram que 58% da população brasileira seria contrária a descriminalização, e que este índice aumentaria até 65% quando se incluem outras drogas¹²⁹.

Após a descriminalização os sujeitos devem ter os mesmos direitos respeitados, ainda que fora do âmbito penal. No Brasil essa é uma análise que resta prejudicada, considerando que não há tratamento externo ao jurídico criminal na lei de drogas. Já em Portugal, sem dúvida é um princípio observado e seguido pelos aplicadores do direito e funcionários da administração.

O mesmo ocorre com o primeiro princípio da metodologia de construção

128 IBOPE inteligência. 83% da população é a favor da redução da maioridade penal. 2014.

129 247. 58% são contra descriminalização da maconha. In__Brasil, 08/2015.

alternativa dos conflitos e dos problemas sociais. No Brasil há certa dificuldade em analisá-lo, pois não se excluem os conceitos de criminalidade e pena da população. No entanto, em Portugal após a descriminalização, a extração desses conceitos e desses instrumentos para os usuários de drogas, pelo menos, teve resultados satisfatórios, deixando de haver a estigmatização e preconceito contra esses sujeitos que são, atualmente, vistos como doentes e não criminosos.

No que trata especificamente da política de drogas, o próximo princípio também é atendido apenas pelo Direito português. A diferenciação entre os tipos de tráfico e principalmente entre o tráfico e as condutas necessárias ao uso é essencial, sem agrupamentos heterogêneos, mas reconhecendo a extrema diversidade entre essas ações.

Como descrito no capítulo três, além de separar melhor cada conduta e buscar punir cada uma proporcionalmente ao seu dano na sociedade, a política portuguesa tem especial preocupação com a prevenção. As medidas preventivas, como visitas a escolas, festas, desenvolvimento de políticas voltadas a um público especial, são demonstrações do princípio geral da prevenção.

No Brasil essa prevenção é feita em grau muito menor. Apesar de não ser inexistente, aparentemente não é tão bem estudada e formulada, havendo algumas propagandas contrárias ao uso de modo geral e instrução em algumas escolas de alguns lugares no país, como o grupo PROERD¹³⁰.

Quanto ao último princípio, ainda que de forma lenta, o Brasil começa a construí-lo, podendo serem vistos movimentos e grupos que estudam e defendem abertamente a descriminalização das drogas para usuários e outros que são contrários. No entanto, o mais importante é que a população passe a se fazer ouvir, a se manifestar e ser mais ativa na definição das políticas sociais e criminais existentes no seu país.

130 Programa Educacional de Resistência às Drogas - PROERD - é a adaptação brasileira do programa norte-americano Drug Abuse Resistance Education - D.A.R.E., surgido em 1983. É um projeto onde os policiais militares, fardados e devidamente treinados e com material próprio, desenvolvem um curso de prevenção às drogas e a violência na sala de aula de escolas públicas e particulares de todo Brasil.

5.3 Análise prática da aplicação do modelo português no Brasil

Com a análise de todos os princípios de Baratta e acreditando ser ele o modelo ideal de política criminal que deveria ser adotada por todos países no que se refere às drogas, abandonando um modelo repressivo e buscando uma intervenção mínima, entre os dois países analisados percebemos que Portugal se encontra muito mais próximo desta política minimalista do que o Brasil.

A questão aqui é se seria possível a aplicação do modelo português em território nacional brasileiro. Apesar de possuir uma diferença gritante em relação ao tamanho do território de cada país, sendo o Brasil cerca de 92 vezes maior que Portugal¹³¹, com quase 19 vezes o número de habitantes dele¹³², algumas características nos levam a acreditar que com certas alterações o modelo português poderia funcionar no Brasil.

A cultura das populações dos dois países pode ser considerada parecidas, já que nossos costumes e tradições vêm em grande parte de Portugal. A colonização deixou impressa nos brasileiros características portuguesas, como a predominância da religião e o idioma, por exemplo. Ainda, considerando o índice de desenvolvimento humano, os números dos dois países não estão tão distantes em 2014, sendo de 0,755 para o Brasil¹³³ e 0,830 para Portugal¹³⁴. Já em relação ao PIB há uma diferença considerável.

Acredita-se, no entanto, que o maior obstáculo brasileiro à implementação de uma política assemelhada a Portuguesa no Brasil seja em relação à área dos países. Sem dúvidas implantar e controlar um sistema em um país pequeno tem um nível de dificuldade muito menor do que em um país imenso, como o Brasil.

A solução encontrada seria passar o controle e fiscalização das comissões de dissuasão, das patrulhas policiais, da cobrança das multas, e julgamentos aos Estados, mantendo em poder do executivo federal apenas o que comporta as campanhas de

131 SuaPesquisa.com. In__países/Portugal e SuaPesquisa.com. In__países/Brasil.

132 IBGE – países olímpicos. Brasil – Indicadores Sociais. e PORDATA – Base de Dados de Portugal Contemporâneo. Portugal – BI de Portugal.

133 IBGE – países olímpicos. Brasil – Indicadores Sociais.

134 SuaPesquisa.com. In__países/Portugal

prevenção e conscientização da população.

Quanto à questão financeira, os recursos viriam em parte da União, dos impostos cobrados e da receita estadual, que ao invés de ser dispensada na apreensão e manutenção de usuários e pequenos traficantes na cadeia, seria gasto nos programas educacionais e nos tratamentos da nova política de drogas. Ainda, acredita-se ser dispensável a apreensão de pequenos traficantes, sendo suficiente as sanções administrativas e a imposição de restrição de alguns direitos, se primários.

Assim, reduz-se o dispêndio com patrulhas, flagrantes, prisões desnecessárias, manutenção de presos na carceragem, medidas que dispensam elevadas montas de dinheiro, podendo ser investido na aplicação e construção de uma política criminal mais humana. Tendo por base que o problema com as drogas não é necessariamente um problema penal, mas muito mais de educação e saúde pública.

Com essa nova visão e forma de entender o fenômeno das drogas, acredita-se ser possível a implantação de uma política mais humana e justa no território brasileiro, que não puna com exclusividade jovens pobres e usuários, mas se dedique a combater de fato o crime organizado em seus altos escalões, tendo a consciência de que aqueles usuários precisam de tratamento adequado e investimentos públicos para melhorar suas qualidades de vida.

O encarceramento apenas traz mais problemas para as vidas da maior parte desses indivíduos que, sem trabalho, educação, e grande parte das vezes assumido pelo vício em substâncias ilegais, acaba se envolvendo em crimes patrimoniais de pequenos como maneira de sustentar ao vício e a própria vida.

Assim, a aplicação da política minimalista penal de Baratta, não só garante o respeito aos direitos humanos como, a exemplo de Portugal, modifica totalmente a forma de encarar o fenômeno das drogas dando novo substrato para o combate mais presente no mundo atual.

6. CONCLUSÃO

A pesquisa se propôs a analisar a ideia de política criminal segundo o Direito Penal mínimo, proposta por Alessandro Baratta, a partir de seu texto de 1985 “Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti dela legge penale”. A partir do reconhecimento de que uma política ideal para um Estado, que se diz Democrático de Direito deve ter por princípios a intervenção penal subsidiária, de que a lei penal não pode abranger fenômenos que podem ser resolvidos de qualquer outra forma, sendo sempre utilizado como *ultima ratio* e, ainda, deve contar com a participação popular, buscou-se analisar as políticas de drogas brasileira e portuguesa com o fim de determinar qual das duas estaria mais próxima à construção do autor.

A política de Baratta se propõe a ser mais humanitária e tem como principal fundamento o respeito aos direitos humanos, por esta razão foi o marco teórico eleito para o trabalho científico realizado.

No que diz respeito a lei brasileira verificam-se grandes problemas, principalmente no se refere aos critérios de diferenciação entre traficantes e usuários de drogas. A ausência de um parâmetro objetivo que auxilie juízes e outras autoridades nessa diferenciação é problemática, pois imprime total discricionariedade aos julgadores de acordo com as crenças de cada um, dando instabilidade ao sistema.

Outro grande empecilho da lei brasileira indicada por diversos autores é quanto à violência e a dissipação de pequenos crimes patrimoniais. A forma de combate ao tráfico e a sua grande rentabilidade criam uma rede de corrupção, violência e encarceramento negativos à sociedade. Outrossim, a estigmatização e a cultura da delinquência ligada às drogas põe à margem grupos de pessoas que não possuem condições de abandonar o vício e nem bancá-lo, culminando em crimes patrimoniais de pequeno porte por todo o país.

Ainda, na lei brasileira outros problemas puderam ser indicado, tal qual a ausência de estudos aprofundados anteriormente a criação da lei, sem pesquisas empíricas ou que trouxessem exemplos de países contrários a criminalização que deram certo. A própria exposição de motivos da lei 11.343/2006 afirma que parte da lei

foi produzida com urgência, deixando algumas contradições e questionamentos para serem interpretados pelos juristas.

Um exemplo do exposto, é a majorante de pena prevista no inciso I do artigo 40 da lei, o qual determina que a transnacionalidade do delito de tráfico tenha aumento de um sexto a dois terços da pena, contudo, tem-se do *caput* do art. 33 a previsão das condutas de importar e exportar, sendo lógico que tais modalidades somente podem ocorrer com a transnacionalidade, devendo a doutrina e a jurisprudência encontrar forma de aplicar a lei sem que acarrete em dupla punição pelo mesmo fato.

Entretanto, a lei brasileira nº 11.343/2006, trouxe também inovações como a despenalização dos usuários de drogas, ainda que se possa discutir a descriminalização, vez que o artigo continua previsto no título “Dos Crimes”.

Já a lei portuguesa, se mostrou mais íntima da política idealizada por Baratta vez que, não somente busca diferenciar objetivamente traficante e usuário, mas cria leis específicas para o tratamento deste último, e cria categorias para o enquadramento daqueles que forem considerados traficantes, retirando a subjetividade que existe na lei brasileira em que grandes e pequenos comerciantes de drogas são punidos de maneira idêntica.

Uma política de drogas que se volte a proteção e tratamento dos usuários, agindo, essencialmente, na prevenção, como forma de evitar o envolvimento com substâncias entorpecentes e em outro vértice se preste a combater o uso, entendendo o usuário como doente e não como delinquente, comprovadamente tem maiores chances de sucesso do que a política que vemos hoje na grande maioria dos países. O padrão atual é voltado ao combate armado e violento do fenômeno das drogas, que por sua vez, traz ainda mais violência e criminalidade para o seio da sociedade.

Portugal não deixou de criminalizar o tráfico em si, mas propôs-se a estudar e pesquisar o assunto e desvendar qual a melhor alternativa para conter e trabalhar com o fenômeno das drogas, criando, inclusive, comissão especializada no assunto. Somente com parecer desta comissão é que se deu a criação da lei portuguesa, investiu-se em tratamentos e paulatinamente modificou-se o pensamento da população.

Por fim, as duas leis contiveram diversas semelhanças com a política pensada por Baratta no século passado e algumas divergências, restando claro, no entanto, a

prevalência da lei portuguesa, justamente por se pautar em um Direito Penal de mínima intervenção, atuando quando necessário para garantir os direitos de terceiros e para tutelar condutas realmente prejudiciais à sociedade, retirando do aparato penal condutas individuais que interferem apenas no próprio agente.

Assim, dentro os dois modelos de política criminal de drogas abordados neste trabalho acadêmico, tendo por base a busca pela política de menor intervenção penal, comparou-se Brasil e Portugal, concluindo-se pela descriminalização como melhor alternativa quando oposta a criminalização.

7. REFERÊNCIAS

ARAUJO, Tarso. Almanaque das drogas. São Paulo: Leya, 2012.

ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como um problema de política criminal. Revista da Faculdade de Direito UFPR, [S.l.], v. 56, set. 2013. ISSN 2236- 7284. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/33496>

ARRUDA, Eloísa de Souza; SILVA, César Dario Mariano da. A Lei dos crimes Hediondos após a alteração do seu artigo 2º. **Conamp**. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/403-a-lei-dos-crimes-hediondos-apos-a-alteracao-de-seu-artigo-2.html>. Acesso em junho de 2016.

BACILA, Carlos Roberto. RANGEL, Paulo. Comentários penais e processuais penais a lei de drogas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Terceira edição. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002

_____. **Principi del diritto penale minimo. Per una teoria del diritti umani come oggetti e limiti dela legge penale**. In__ Dei Delitti e Delle Pene: Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale. Anno III – nº 3, settembre-dicembre , 1985 - Università del Saarland (p. 443- 473) p. 467 (tradução livre).

BARRETO, Tobias. **Fundamentos do direito de punir**. In: **Estudos de direito**. Rio de Janeiro: Laemmert & C. Editora, 1892 (p. 131-179). Republicado em **Revista dos Tribunais**, ano 85, volume n. 727, maio de 1996 (p. 639-650)

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Décima primeira

edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007

BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Presidência da República: Casa Civil, Brasília, 2006.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. Terceira edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____. A política criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes sistemas de Política Criminal**. Barueri: Manole, 2004

DIAS, Lúcia Nunes. As drogas em Portugal: O fenómeno e os factos jurídico- políticos de 1970 a 2004. [s.l] [s.d]

DISSENHA, Rui Carlo. Por uma Política Criminal Universal. In__ Por uma Política Criminal Universal: Uma crítica aos Tribunais Penais Internacionais. São Paulo: USP, 2013, p. 276-340.

DOMOSTAWSKI, Artur. Política de Droga em Portugal. Os benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas. Open Society Foundations: [s.l], 2011. Disponível em: https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/drug-policy-in-portugal-portuguese-20111206_0.pdf Acesso em junho de 2016.

FIORE, Mauricio. O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. In__ Drogas uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

GALVÃO, Patrícia de Souza. A Lei nº 11.343 de 2006 e suas inovações no tratamento penal ao usuário de drogas. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-lei-no-11343-de-2006-e-suas-inovacoes-no>

tratamento-penal-ao-usuario-de-drogas,46426.html. Acesso em: junho de 2016.

GREENWALD, Glenn. Política de Drogas em Portugal: “Drogas: Legalização + Controle”. - LEAP Brasil. YouTube Brasil. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ykTRHAIgu4U>. Acesso em: novembro de 2015 _____ . Drug Decriminalization in Portugal: Lessons for creating fair and successful drug policies. Cato Institute: Massachusetts, 2009.

LACERDA JR, Marcos José de. Política Criminal de Drogas. Curitiba: UFPR, 2014.

LEMOS, Clécio. MARONA, Cristiano Avila. QUINTAS, Jorge. Drogas: uma Nova perspectiva. Organização: Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: IBCCRIM, 2014. _____ . Internações Forçadas: entre o cachimbo e a grade. In__Drogas uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MARTINS, Vera Lúcia. A política de Descriminalização de Drogas em Portugal. São Paulo, _____ 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282013000200007#9a Acessado em: maio de 2016.

MATTA, Magno. MARTINS, Wanderley. Câmara dos Deputados. Legislação Informatizada -Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Exposição de Motivos. Brasília, 2002.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia: uma introdução a seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 275-277.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. O Minimalismo Penal como Política Criminal de Contenção da Violência Punitiva. Florianópolis: UFSC, 1995

PACHECO FILHO, Vilmar Velho. THUMS, Gilberto. Leis Antitóxicos: crimes,

investigação e processo. Análise comparativa da leis 6.368/76 e 1.409/2002. 2ªed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

Países Olímpicos. Brasil – Indicadores Sociais. Rio de Janeiro, IBGE, [s.d]. Disponível em: <http://paises.ibge.gov.br/#/pt/pais/brasil/info/sintese>. Acesso em: outubro de 2016

PORDATA – Base de Dados de Portugal Contemporâneo. Portugal acesso em outubro de 2016.

Revista Dependências. Portugal, IDT, 2011. Disponível em: http://www.dependencias.pt/ficheiros/noticias/1325246680Dep_Dez.pdf. Acesso em: agosto de 2016.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle Penal sobre Drogas Ilícitas. São Paulo, 2006.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

Senado Federal: Histórico das drogas no Brasil. [s.l]. [s.d] Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx> Acesso em junho de 2016.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre a política de drogas. In__Drogas sob uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014

Sua Pesquisa.com. BRASIL. [s.l] [s.d]. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/paises/brasil/>. Acesso em: outubro de 2016

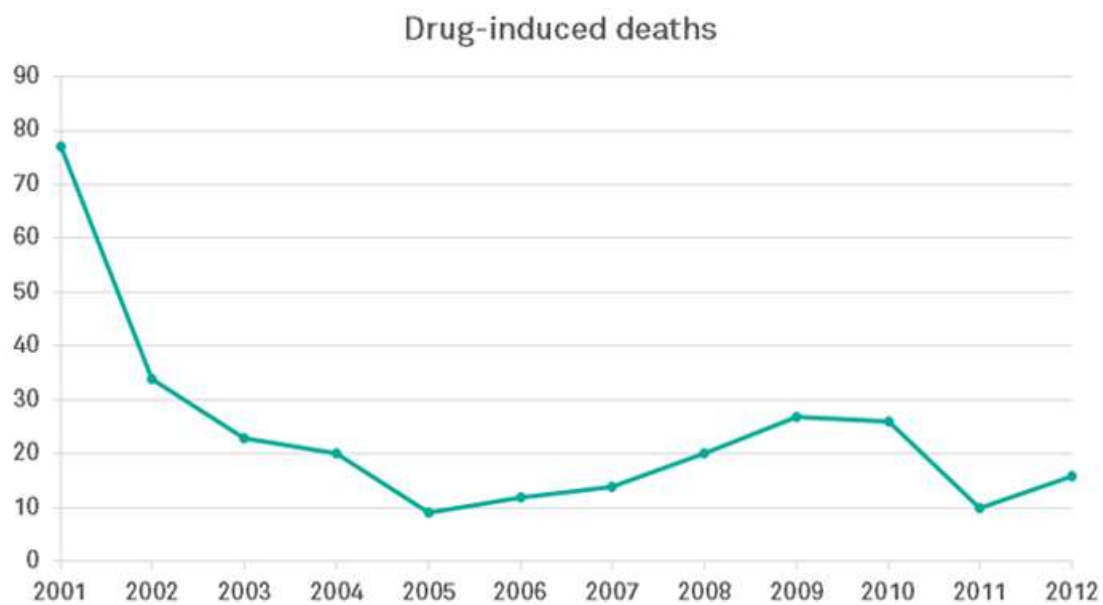
THORNTON Mark. A Experiência de Portugal com a descriminalização das drogas.

Instituto Ludwig Von Mises Brasil. [s.l], 2015. Disponível em: <http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2141>. Acesso em: agosto de 2016.

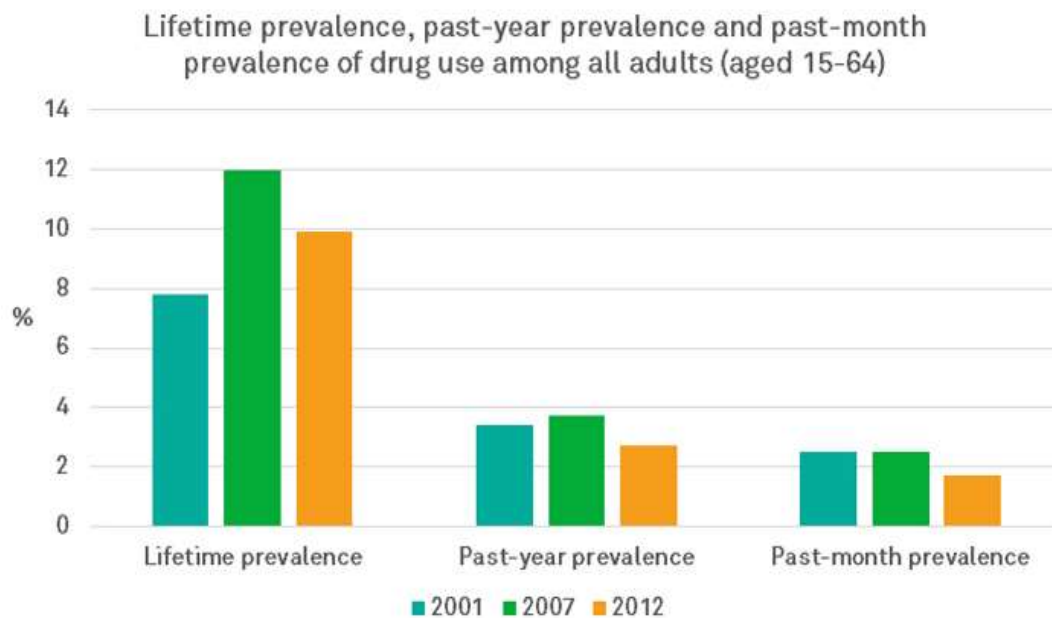
THUMS, Gilberto. PACHECO FILHO, Vilmar Velho. Leis Antitóxicos: crimes, investigação e Processo. 2^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

8. ANEXOS

Anexo I



Anexo II



Anexo III

Rates of continuation of drug use among all adults
(aged 15-64)

