



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAMILA SOUZA DE OLIVEIRA

**A POLÍTICA CRIMINAL NACIONAL PARA DROGAS E O
DIREITO PENAL DO INIMIGO: O TRATAMENTO DO
PEQUENO TRAFICANTE**

Salvador
2017

CAMILA SOUZA DE OLIVEIRA

**A POLÍTICA CRIMINAL NACIONAL PARA DROGAS E O
DIREITO PENAL DO INIMIGO: O TRATAMENTO DO
PEQUENO TRAFICANTE**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Selma Pereira de Santana

Salvador
2017

Para você, Raquel Lourenço de Souza de Oliveira, a mulher mais incrível que existe e que, para a minha imensurável sorte, calhou de ser a minha mãe. Para você que me deu tudo, todas as ferramentas que me tornaram quem eu já sou, mas que, sobretudo, possibilitarão o todo que eu puder ser. Para você que me ensinou o que é o pertencimento, a família e o amor. Para você, com todo o meu amor. E será, sempre, para você.

“Se podes olhar, vê. Se podes ver, repara”
(SARAMAGO, 1995)

RESUMO

O presente trabalho se propôs a analisar o tratamento do pequeno traficante no âmbito da relação da teoria do “Direito Penal do inimigo” com a atual política criminal nacional bélica para drogas. Dessa maneira, procurou-se esboçar no primeiro capítulo a “Teoria do Direito Penal do inimigo”, tomando propositalmente como base os textos originais do seu teorizador. Posteriormente, para o delineamento de um histórico da política criminal para drogas, foram elencados os elementos fulcrais das legislações anteriores voltadas para o tratamento da questão das substâncias entorpecentes. Lançou-se, então, ao exame da presente política de repressão às drogas, ficando, contudo, a exposição adstrita a evidenciar os seus fundamentos essenciais e verificar o relacionamento dessa política criminal com a teoria do “Direito Penal do inimigo”. Com essas bases devidamente colocadas, pôde-se voltar, detidamente, dentro do âmbito dessa relação, ao estudo da condição social e jurídica do traficante. Constatou-se que a política bélica criminal para drogas, criminalizando, sobretudo, a parte mais vulnerabilizada economicamente da população, faz com que a voraz incidência desse sistema seja direcionada ao pequeno traficante. Assim, verificado ser o pequeno traficante o principal alvo do sistema de repressão às drogas, foi demonstrado que o propósito do presente trabalho acadêmico, analisar o tratamento dessa figura, é primordial. Foi realizada a investigação de como ocorre o tratamento do pequeno traficante. O exame concluiu que os efeitos da política criminal bélica nacional para drogas são o genocídio e o encarceramento. E que esses são sentidos, sobretudo, pelos pequenos traficantes. Verificou-se que esse é o primeiro tratamento dessa figura no sistema repressivo às drogas. Voltando-se a investigação para o tratamento jurídico do pequeno traficante, encontrou-se uma forma de disciplinar que, não delimitando, claramente, a distinção entre o pequeno e o grande traficante, leva, na maior parte dos casos, a fazer incidir, indiscriminadamente, os efeitos da guerra às drogas na esfera jurídica à figura que tem o menor grau de atuação do outro lado da trincheira.

Palavras-chave: Direito Penal do inimigo. Política criminal para drogas. Traficante. Pequeno traficante.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	4
2. CONTORNOS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	6
3. UMA BREVE EXPOSIÇÃO DO HISTÓRICO DA POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA	15
3.1 O DENOMINADO MODELO SANITARISTA DA POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS	16
3.2 O INTITULADO PERÍODO BÉLICO DA POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS.....	18
4. A ATUAL POLÍTICA CRIMINAL NACIONAL PARA DROGAS: A CONTINUAÇÃO E O AGRAVAMENTO DA LÓGICA BÉLICA	26
4.1 OS DIVERSOS DIPLOMAS NORMATIVOS QUE COMPÕEM A ATUAL POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS	27
4.2 A LEI Nº 11.343/2006: DOIS DIPLOMAS E O APROFUNDAMENTO DO VELHO.	31
4.3 A ELEVAÇÃO DO DISCURSO BÉLICO COM A INCORPORAÇÃO DO “DIREITO PENAL DO INIMIGO”	34
5. O INIMIGO PÚBLICO PARA O QUAL A ATUAL POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS EM COMBATE SE VOLTA	39
5.1. QUEM É JURIDICAMENTE O TRAFICANTE?	39
5.2. QUEM É SOCIALMENTE O TRAFICANTE?	48
6. O TRATAMENTO DO PEQUENO TRAFICANTE	57
6.1 O “PEQUENO” INIMIGO SELECIONADO PARA SOFRER OS EFEITOS DE UMA GUERRA REAL.....	57
6.2 O INEFICIENTE TRATAMENTO JURÍDICO DO PEQUENO TRAFICANTE	64
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	71

1. INTRODUÇÃO

Desde o começo, as políticas de repressão às drogas mostram uma ligação com fatores econômicos. Aliás, válido ressaltar que os primeiros confrontos relacionados às substâncias psicoativas, além de já terem sido, de fato, bélicos, estavam associados ao choque de interesses econômicos de grandes potências europeias, especialmente a Inglaterra, com os interesses do Império Chinês (RODRIGUES, 2012).

Esses primeiros embates, no entanto, ao contrário do que se imaginaria, tendo em vista a forte política bélica atual de repressão aos entorpecentes, ou da proibição nesse âmbito realizada inclusive por países que participaram desses primeiros confrontos, ocorreram com o intuito de que o comércio de drogas fosse mantido, não reprimido.

Ocorre que, operando sobre interesses mercantilistas, dissimulados por um discurso moralista, os EUA, visando obstruir o comércio de ópio realizado pelas potências europeias com a China, e circunscrições vizinhas, encabeçou a convocação da Conferência de Haia para tentar realizar um controle sobre essa substância (D'ELIA FILHO, 2011).

Inicia-se, então, no começo do século passado, por interesses econômicos, e carregando, desde o início, como se verá nesse estudo, um discurso moralizador, estigmatizante e discriminatório, uma política internacional criminal de repressão às drogas.

Em 1972, o combate às substâncias psicoativas é acirrado e, declaradamente, passa a ser chamado de guerra. É a escolha política adotada pelo Governo Americano, nomeadamente pelo Governo Nixon, elegendo as drogas como inimigo público dos EUA, bem como atribuindo culpa aos países menos desenvolvidos pelo consumo dessas substâncias em seu território (CARVALHO, 2016). Essa decisão, como se abordará, vai produzir diversos efeitos na política criminal nacional para drogas, dentre eles, influenciar a criação da atual política bélica nacional criminal para drogas.

Declarada, internamente, uma guerra às drogas, logo se notará que essa guerra é, igualmente a todas as outras guerras, um combate a pessoas, não a coisas

(KARAM, 2012). Todavia, não é um combate feito indistintamente. Como se demonstrará ao longo desse trabalho, é um enfrentamento que incide mais diretamente sobre as pessoas vulnerabilizadas, os inimigos dessa guerra são os mais pobres e, assim, sobretudo, os pequenos traficantes.

Como se verá do histórico da política criminal nacional para drogas, os órgãos oficiais de repressão, permeados por essa lógica belicista, gerarão um sistema viciado a persistentes destruições das garantias oriundas da legalidade (CARVALHO, 2016). Sendo as consequências do modelo bélico instituído nacionalmente, sobretudo, o encarceramento e o genocídio.

Ainda assim, mesmo a política criminal nacional para drogas não necessitando de mais uma teoria de exceção, ela incorpora a Teoria do “Direito Penal do inimigo”. O presente trabalho se propõe a analisar, então, o tratamento da figura alvo da repressão, o pequeno traficante, dentro do âmbito da relação da teoria do “Direito Penal do inimigo” com a atual política bélica nacional criminal para drogas.

2. CONTORNOS DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Surge, em 1985, a teoria do Direito Penal do inimigo, quando seu criador, o jurista alemão Günther Jakobs, a exteriorizou na Revista de Ciência Penal – ZStW, nº 97, 1985, p 753 e ss. A concepção teórica formulada por este autor traça uma linha divisória no Direito Penal, repartindo-o em dois. De um lado, assenta a categoria denominada de Direito Penal do cidadão, e do outro a parte nomeada de Direito Penal do inimigo (JAKOBS, 2015).

Para traçar essa linha, a construção teórica parte da ideia de que existem indivíduos que transgridem a ordem jurídica social e, assim, a violam, todavia, não demonstram, com seus comportamentos, um rompimento de fato com a sociedade à qual pertencem (JAKOBS, 2015).

Outros, entretanto, com as suas condutas de atentar contra a permanência e as instituições da sociedade, e/ou de não oferecerem a garantia de que permanecerão fieis ao ordenamento jurídico, indicariam uma ruptura com a comunidade que integraram (JAKOBS, 2015).

O ponto fulcral dessa concepção está embasado, então, na fidelidade que o indivíduo tem à norma jurídica.¹ De modo que, a indicação de lealdade será usada para a categorização deste como um cidadão e, de forma oposta, o indício de ausência de fidelidade o qualificará como um inimigo (JAKOBS, 2015).

A identificação de qual o tipo de autor que se apresenta à esfera do Direito Penal, definirá, por sua vez, qual das mencionadas parcelas deste deve ser aplicada ao caso. O agente de um ilícito típico que oferecer a segurança de que não se desligará da comunidade da qual é integrante, deverá ser mantido dentro do ordenamento legal, sendo-lhe dado o direito de voltar a reintegrar-se com a sociedade através da reparação da lesão que provocou (JAKOBS, 2015).

¹ Nesse ponto, deve-se ressaltar o grande relevo da norma jurídica na concepção do jurista alemão acerca da teoria geral do Direito Penal, uma vez que para ele a função do Direito Penal é garantir a vigência da norma, não proteger bens jurídicos. Para o criminalista, isso não quer dizer que de forma reflexa o Direito Penal não tutele de algum modo os bens jurídicos, no entanto, essa não é a sua principal função, até mesmo porque essa via reflexa só seria alcançada através de normas que estipulem comportamentos proibitivos para garantir a expectativa geral de que não sejam realizados ataques aos bens jurídicos (JAKOBS, 2000).

Com esse objetivo, é coercitivamente chamado, através da pena, a reparar a perturbação que causou com o seu rompimento da ordem jurídica. É convocado, no entanto, na forma de cidadão, sendo-lhe assegurado, em decorrência disto, os direitos intrínsecos ao *status* de pessoa jurídica, ou seja, sendo-lhe aplicado o Direito Penal do cidadão (JAKOBS, 2015).

A proposta teórica é distinta para lidar com àquele que, nas palavras do autor da teoria, “[...] não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa” (JAKOBS, 2015, p. 34). Este indivíduo, figura oposta ao cidadão, o inimigo, será, portanto, quem indicar ter se afastado da ordem jurídica de maneira deliberada e, em um juízo de probabilidade, de modo permanente (JAKOBS, 2015).

Sendo este o caso, o Estado não mais estará diante de uma pessoa de direito, mas de alguém que, ao quebrar, ainda que cognitivamente, seu vínculo com a sociedade, não deverá continuar a ser tratado como membro desta, pelo contrário, terá de ser tratado como alguém que se transformou em inimigo público (JAKOBS, 2015).

Para essa linha teórica, autores de delitos econômicos, terroristas, criminosos associados, infratores de tipos penais sexuais, agentes de infrações penais graves, assim como transgressores recorrentes da ordem jurídica, por exemplo, poderiam ser considerados como destinatários do Direito Penal do inimigo (JAKOBS, 2015).

A teoria delineada pelo jurista alemão não se apresenta como inovadora, longe disso, os seus conceitos se remetem às concepções jusfilosóficas de alguns autores contratualistas como Hobbes e Kant. De fato, sobre esse ponto, observe-se o alinhamento das ideias apresentadas com os pensamentos “kantianos” (JAKOBS, 2015, p. 27):

Na construção de Kant, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã. Imediatamente, coloca-se a seguinte questão: o que diz Kant àqueles que não se deixam obrigar? Em seu escrito <<Sobre a paz eterna>>, dedica uma extensa nota, ao pé de página, ao problema de quando se pode legitimamente proceder de modo hostil contra um ser humano, expondo o seguinte: <<Entretanto, aquele ser humano ou povo que se encontra em um mero estado de natureza, priva... [da] segurança [necessária], e lesiona, já por esse estado, aquele que está ao seu lado, embora não de maneira ativa (ato), mas sim pela ausência de legalidade de seu estado (statu iniusto), que ameaça constantemente; por isso, posso obrigar que, ou entre comigo em um estado comunitário-legal ou abandone minha vizinhança>>. Conseqüentemente, quem não participa na

vida em um <<estado comunitário-legal>> deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser <<tratado>> como anota expressamente Kant, <<como um inimigo>>.

A concepção teórica do Direito Penal do inimigo alicerça suas bases filosóficas nas noções do contratualismo ao partir da assunção, das já preceituadas ideias, de que as pessoas se enlaçam umas às outras através de um liame jurídico, formando um contrato social, com o fim de se resguardarem do estado de anomia, marcado pela violência (JAKOBS, 2015).

De tal modo que, ao segmentar os indivíduos em duas frações com base na fidelidade que estes teriam à norma, dividindo-os em cidadãos e inimigos, a teoria está a transladar para si a noção de obediência, ou não, ao pacto social (JAKOBS, 2015).

Assim, em notório reflexo dessa base jusfilosófica, aos que rescindem o contrato social é retirado o seu *status* de pessoa, posto que, nas palavras do criminalista alemão, "(...) um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa." (JAKOBS, 2015, p. 35). O rompimento do contrato social acarreta, portanto, a perda do vínculo de direito que essa pessoa possuía com os demais componentes da sociedade e, dessa forma, ela não mais é pessoa jurídica perante esse Estado.

Considerar que a recusa de pactuar com a comunidade é, *per sí*, um perigo a ser combatido é, também, uma reverberação das noções juscontratualistas. Em razão do Estado constituir-se através do contrato, a posição do indivíduo que rompe com a comunidade é ilegal, tornando-o um perigo, uma vez que, com isso, já anunciaria que não respeitará as normas e os bens jurídicos dessa sociedade. Assim, o inimigo público pela sua desobediência ao pacto social, já viola a comunidade, antes mesmo de praticar contra ela qualquer ato (JAKOBS, 2015).

Para a inocuização desse perigo, a teoria do Direito Penal do inimigo defende o adiantamento da punibilidade para a seara da preparação dos possíveis atos delitivos, propondo um modelo de combate a atos futuros, em detrimento da repressão a tipos ilícitos apenas após o seu cometimento. Nas palavras de Jakobs (2015, p. 36):

[...] o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. Um exemplo do primeiro tipo pode constituir o tratamento dado a um homicida, que, se é processado por autoria individual só começa a ser punível quando se dispõe imediatamente a realizar o tipo (p. 22, 21 StGB), um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado ao cabeça (chefe) ou quem está por trás (independentemente de quem quer que seja) de uma associação terrorista, ao que alcança uma pena só levemente mais reduzida do que a correspondente ao autor de uma tentativa de homicídio, já quando funda a associação ou leva a cabo atividades dentro desta (p 129 a StGB), isto é, eventualmente anos antes de um fato previsto com maior ou menor imprecisão. Materialmente, é possível pensar que se trata de uma custódia de segurança antecipada que se denomina <<pena>>.

Com essa teoria, o indivíduo passará a adentrar o pórtico do Direito Penal, então, de duas formas, ou como cidadão que feriu o ordenamento jurídico e é chamado a reparar a lesão que provocou com seu ato, ou como “não cidadão”, “não pessoa”, alguém que não mais integra o pacto social, um indivíduo que representa um risco à sociedade.

O traço marcante da concepção teórica formulada pelo jurista alemão será, indubitavelmente, voltar-se para o enfretamento de riscos de lesões futuras à sociedade. Uma preocupação com a segurança da comunidade, assumindo a característica do poder de polícia do Estado, que a fará voltar sua atenção para lidar com o que considera uma especial periculosidade apresentada por certos indivíduos (JAKOBS, 2015).

A partir dessa construção, o objetivo da sanção aplicada ao considerado inimigo público não é, portanto, a reintegração desse à sociedade. Conforme preceituado, desde a sua categorização como “não cidadão”, o indivíduo é excluído juridicamente do Estado. A pena a ele destinada servirá ao mesmo propósito, à sua neutralização, através do seu afastamento do sistema social (JAKOBS, 2015).

Para tanto, a linha teórica propõe que seja aplicada em face desse indivíduo uma “custódia de segurança” (JAKOBS, 2015, p. 60), através de uma pena privativa de liberdade, cuja duração deve ser suficientemente extensa para garantir a proteção da sociedade frente a ameaça representada por ele (JAKOBS, 2015).

O problema colocado pela teoria, no entanto, é de que a custódia de segurança imposta ao considerado inimigo não será suficiente para sanar o risco de atos

delitivos, nos casos em que esse indivíduo fizer parte de uma associação criminosa. Nessa hipótese, pondera que a neutralização de apenas um componente da associação, não eliminará, de fato, o risco de lesão à sociedade. Explicado através de um exemplo, a concepção teórica alude que (JAKOBS, 2015, p. 64-65):

[...] quando o autor de uma série de ações delituosas é custodiado de modo seguro, a série é interrompida –, enquanto que, por um lado, certamente é pouco frequente que o autor terrorista esteja isolado e, por outro, a associação terrorista (ou outra organização criminal) não será desmembrada quando se neutraliza um membro isoladamente. Portanto, no caso da custódia de segurança, é fácil limitar-se à privação da liberdade, pois não é preciso nada mais para que se atinja o objetivo buscado. Porém, no caso do terrorista (ou outro sujeito criminalmente organizado), esta limitação não é evidente, como é possível perceber através do exemplo que é, provavelmente, o caso mais delicado: o interrogatório além dos limites estabelecidos no § 136^a StPO. O fato de que este caso afeta uma problemática do direito de polícia não é empecilho: é impossível excluí-lo do Direito Penal do inimigo.

Esse cenário, o combate ao risco gerado à sociedade por agentes associados para fins delitivos, levará a Teoria do Direito Penal do inimigo a defender que o Estado, para além da imposição da custódia de segurança a esses indivíduos, deve usar todos os meios lícitos e indicados ao caso para fazer serem revelados os riscos corridos pela comunidade.

A proposta teórica não indica quais seriam os meios que deveriam ser utilizados para tal propósito. Traz à análise, no entanto, a situação de que após o atentado terrorista às Torres Gêmeas nos EUA, foi colocado no ordenamento jurídico alemão, na Lei de Segurança Aérea, um dispositivo legal permitindo que uma aeronave, que pretendesse ser utilizada para atentado contra vidas humanas, pudesse ser abatida (JAKOBS, 2015).²

Reflete a teoria, através desse caso, que, se o direito postulado diante de uma legítima defesa de terceiros permite que se lance mão de um meio tão extremo como causar a morte de cidadãos para barrar um perigo que se mostra iminente e mais gravoso, esse mesmo ordenamento, para impedir que riscos como esses sejam

² Conforme se exporá mais à frente, foi também incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro essa Lei de Abate a Aeronaves, aqui, no entanto, essa previsão normativa, para além desse propósito da segurança pública nacional, como se abordará, é o maior exemplar do modelo bélico da política criminal para drogas.

criados em primeiro lugar, pouca barreira deve colocar quanto às medidas que se poderá empregar (JAKOBS, 2015).

Dessa forma, a concepção teórica, ponderando sobre como deve se dar a sua própria aplicação, assevera que o Direito Penal do inimigo deve ser utilizado de forma restrita apenas à necessidade, assim, os meios que sejam aptos a atingir o interesse público no caso encontrariam limitação apenas na avaliação da sua necessidade (JAKOBS, 2015).

Se o parâmetro usado pela teoria para ponderar os meios lícitos indicados para fazer serem revelados os riscos corridos pela comunidade estabelece, como base de comparação, uma medida tão extrema quanto à mencionada providência adotada em legítima defesa de terceiros, é coerente deduzir que a concepção teórica poderá ser utilizada para justificar as mais diversas mitigações no Direito Material Penal e no Direito Processual Penal para contenção de riscos, desde que atendido o critério de necessidade.

Para a teoria criada pelo jurista alemão, os meios que o Estado encontrará dentro do Direito Penal do inimigo para lidar com os riscos que o ameaçam não geram uma preocupação teórica, estas medidas são meios de combate, que atendem à necessidade da comunidade, aplicados, por conseguinte, à inimigos públicos (JAKOBS, 2015).

O grande perigo, de acordo com essa concepção teórica, e que, portanto, para ela deveria ser observado com atenção pela sociedade, é a ausência de linha delimitadora entre Direito Penal do cidadão e Direito Penal do inimigo. Ou seja, o uso do Direito Penal do inimigo, como se Direito Penal do cidadão fosse.

Defende a teoria que a existência dessas duas esferas do Direito Penal no ordenamento jurídico concomitantemente, porém bem delineadas, seria justamente o que garantiria um Estado de Direito concreto e não apenas idealizado, uma vez que o Direito Penal do inimigo permitiria ao Estado lidar com seus inimigos sem contaminar o Direito Penal que dirige a seus cidadãos (JAKOBS, 2015). Nas palavras de Jakobs (2015, p. 69-70):

[...] quando o Estado estabelece uma regulamentação, deveria distinguir com clareza entre aquilo que está dirigido somente ao terrorista ou outro sujeito que dissinta ativamente e de modo grave e permanente, e aquele que

também se dirige ao cidadão, visto que ao contrário, o Direito Penal do inimigo contamina o Direito Penal do cidadão. Porém, essa separação de esferas pressupõe que o Estado possa identificar e lidar abertamente com aqueles autores, em diferenciação dos que – ao menos em um âmbito de grande importância – não se possa manter a presunção de uma conduta que esteja de acordo com o Direito como o que são, quer dizer, como inimigos, ao menos setoriais. Até dez anos de pena de privação da liberdade simplesmente por pertencer a uma organização terrorista, a serviços secretos, implantar escutas indiscriminadas, ou a prisão preventiva por risco de reiteração delituosa, e outros fatos, não são per se ataques ao Estado de Direito, mas sim, somente serão assim considerados se vierem disfarçados de um Direito Penal do cidadão e da culpabilidade, ou de processo penal ordinário. No entanto, quem somente reconhece – *sit venia verbo* – o Estado de Direito permanente com bons olhos, induz o Estado real a encobrir as exceções irremediáveis para sua sobrevivência em um mundo desonesto, como regras, esmaecendo os limites entre o que é regra e o que é exceção. Em outras palavras, o Estado de Direito imperfeito se representa como perfeito através de um léxico ideológico. Esta subestimação da complexidade da realidade estatal é perigosa, visto que obstrui a visão de quando o Direito Penal está sobre o solo seguro do Direito Penal do inimigo, e quando está sobre o terreno movediço do Direito Penal do inimigo.

O jurista alemão não apenas defende o uso dessa teoria como uma forma de garantir um real Estado de Direito, o que ele assevera, através do exemplo da Lei de Segurança Aérea, e de outras legislações citadas, em sua maioria, criadas após o atentado terrorista às Torres Gêmeas, é que a concepção teórica já está sendo utilizada nos diplomas normativos, tendo o legislador passado a realizar um papel beligerante através da criação de normas (JAKOBS, 2015). No caso da política criminal nacional para drogas, como se verá, essa afirmação é factual.

Procurou-se aqui depreender e esboçar a teoria do Direito Penal do inimigo, da forma mais fidedigna possível, tomando como base para tanto, conseqüentemente, os textos originais do seu teorizador, o professor Günther Jakobs, afastando-se, propositalmente, daquilo que se tem dito a respeito dessa teoria por diversos autores que já fizeram esse trabalho interpretativo.

Como no âmbito dos crimes de terrorismo o uso dessa concepção teórica é manifesto e emblemático, uma vez que a ocorrência de atentados nos últimos anos acabou por amplificar a incidência dessa teoria, é pertinente, a título de observância de como a teoria do Direito Penal do inimigo pode ser encontrada na prática, trazer à baila um caso recente, um exemplar apenas, em um rol de diversos casos semelhantes, em que se percebe o seu emprego.

Em julho de 2017, um jovem, Haroon Syed, de dezenove anos de idade, foi condenado à prisão perpétua por um tribunal londrino. Syed era britânico, do oeste de

Londres, e se declarou culpado de arquitetar um atentado terrorista que seria executado entre o mês de abril e de setembro do ano 2016. Possivelmente, o ataque seria realizado na ocasião da realização de um show do cantor Elton John, em Londres (G1, 2017).

A pena a ele imposta determinou, ainda, a sua reclusão mínima por dezesseis anos e meio, em regime de cumprimento de pena fechado, antes que ele possa pleitear a progressão da forma de cumprimento da sanção para um regime de execução diverso (G1, 2017).

Sobre esse caso, uma declaração da vice-diretora da Divisão de Contraterrorismo de Londres, Deb Walsh, dada ao Jornal, chama a atenção, em razão dessa apontar o tal conceito de periculosidade do indivíduo usado pela concepção teórica aqui esboçada para considerar a pessoa como um inimigo.

Ao meio de comunicação, ela afirmou que Haroon Syed era manifestamente um perigo para a sociedade em geral, uma vez que ele estava preparado para realizar ataques indistintamente contra os cidadãos inocentes (G1, 2017).

Em uma observação apenas externa e perfunctória desse caso, pode-se constatar que há uma contraposição entre a figura de Syed, como uma fonte de perigo, e a das pessoas inocentes, como foi pontuado na supracitada enunciação, bem análogo ao paralelo realizado pela concepção teórica do inimigo e do cidadão.

Verifica-se também, em consonância com o quanto defendido pela teoria do Direito Penal do inimigo, a antecipação da punibilidade para os atos preparatórios do crime, nesse caso, o planejamento de um atentado, assim como, ainda nos moldes dessa teoria, a aplicação de uma pena suficientemente extensa para garantir a proteção da sociedade frente a ameaça representada por esse indivíduo.

Com tudo isso, ainda que não se adentre nos pormenores do caso, parece adequado concluir que esse fato subsume-se à teoria do Direito Penal do inimigo. E, conforme mencionado, no âmbito dos crimes de terrorismo, trata-se apenas de um exemplar em um rol que já conta com diversas decisões como essa.

Um estudo voltado para aplicação da concepção teórica esboçada na esfera do terrorismo delinear, de modo adequado, o seu vasto uso nesse campo. O presente trabalho acadêmico, no entanto, é voltado para a análise da relação entre a teoria do Direito Penal do inimigo e a política criminal nacional para drogas, precisamente

quanto à possível incidência dessa associação naquilo que se definirá como a figura do pequeno traficante de drogas. Desse modo, o esboço construído aqui como ponto de partida do estudo atende ao propósito determinado de permitir, satisfatoriamente, essa investigação.

3. UMA BREVE EXPOSIÇÃO DO HISTÓRICO DA POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Deve-se ressaltar, desde logo, que o histórico da política criminal para drogas na legislação nacional não segue uma orientação linear. Pelo contrário, por muitas vezes, as leis que se sucedem na abordagem das substâncias tóxicas entorpecentes entram no ordenamento para disciplinar algum ponto de forma distinta do modo que a lei anterior regulamentava, para algum tempo depois ser sucedida por nova lei que retorna à forma de regulamentação que havia sido superada.

Para melhor elucidação, é o caso, por exemplo, da criminalização do uso de substâncias entorpecentes durante o denominado modelo sanitário da política criminal para drogas. Nesse modelo, como logo se abordará, na maior parte do período em que prevaleceu, o consumo de substâncias tóxicas entorpecentes não foi tipificado penalmente, recebendo a questão do uso abordagem na esfera médica, traço tão marcante que foi utilizado de inspiração para o nome do sistema (BATISTA, 1997).

Contudo, na sucessão de legislações do período, nota-se exemplo da mencionada quebra da linearidade neste ponto. Enquanto o conjunto normativo promulgado através do Decreto nº 20.930, de 11 de janeiro de 1932, não previa a ilicitude do uso de drogas, o Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938, criminalizou o consumo das substâncias ilícitas. O Código Penal de 1940, no entanto, retorna ao tratamento dado pelo Decreto de 1932, descriminalizando a conduta (BATISTA, 1997).

Esse encadeamento de promulgação e revogação, na forma de disciplinar a matéria, a descodificação da temática, que contribuiu para a sequência de diversas legislações ao longo do tempo, bem como as inúmeras regulamentações internacionais referentes às substâncias tóxicas entorpecentes elaboradas ao longo da história, e que tiveram larga influência nas produções legislativas internas, tornam mais complexa a tarefa de realizar uma breve exposição do histórico da política criminal para drogas.

O histórico da matéria certamente faz jus a um olhar mais minucioso debruçado sobre os meandros de todas as legislações estabelecidas ao longo do tempo. Para os objetivos desse estudo, contudo, um olhar mais amplo sobre a sequência temporal da

questão, com a apreensão dos traços mais gerais que assim se pode notar, já representará base satisfatória para os objetivos pretendidos.

3.1 O DENOMINADO MODELO SANITARISTA DA POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS

O início da abordagem legal sobre a temática das drogas, no ordenamento jurídico pátrio, remete às Ordenações Filipinas, que vigoraram no território nacional de 1603 a 1830 (CARVALHO, 2016). Entretanto, nesse diploma jurídico, bem como nas demais legislações que vigoraram até 1914, não se consegue avistar ainda um direcionamento próprio de política criminal para drogas. Tratavam-se apenas de leis pontuais que começavam, de modo bastante incipiente, a disciplinar a questão (BATISTA, 1997).

A subscrição do Brasil ao protocolo suplementar de assinaturas da Conferência Internacional do Ópio, ocorrida em Haia em 1912, que adentra o ordenamento jurídico em 1914 com a aprovação do Congresso Nacional, inicia uma embrionária política criminal nacional para drogas com o denominado modelo sanitário, sistema que prevalecerá por cerca de cinquenta anos (BATISTA, 1997).

Dessa forma, desde o início, a política criminal pátria para substâncias entorpecentes se apresenta conectada às regulamentações internacionais sobre o tema. A ligação é tão manifesta que a criminóloga venezuelana Rosa del Olmo afirmará ainda mais, assevera que: “A história das leis de drogas da América Latina, no presente século, demonstra que todas foram promulgadas para adequarem-se à regulamentação internacional [...]” (DEL OLMO, 1992, p. 125).

A denominação dada ao período inicial da política criminal para drogas vem, sobretudo, da utilização nessa fase de aparatos higienistas para lidar com a questão das substâncias tóxicas entorpecentes. O traço marcante desse sistema, refletido na sua nomeação, era o fato de que os usuários dessas substâncias, nessa época, não entravam na seara penal, eram considerados doentes (BATISTA, 1997).

Em consequência disso, as medidas estabelecidas para estes se davam no âmbito médico-hospitalar com a determinação de internação compulsória, e a

previsão da opção de internação facultativa, podendo estas terem tempos delimitados ou indefinidos (BATISTA, 1997).

Outro motivo para essa fase ser considerada sanitaria é que as leis do período, como se estivessem a lidar com uma doença epidêmica, utilizavam-se da regulamentação de barreiras alfandegárias para reter a entrada das substâncias ilícitas no território nacional (BATISTA, 1997). A ilustrar um exemplo disto, nas palavras do professor Nilo Batista (1997, p. 81): “não por acaso, o decreto nº 20.930, de 11.jun.32, converteu a drogadição em doença de notificação compulsória (art. 44) [...]”.

O sistema sanitário prepondera em uma época em que as substâncias tóxicas entorpecentes circuladas praticamente se encontravam restritas aos opiáceos e à cocaína e o consumo destas era protagonizado, sobretudo, pela pequena parcela abastada da população, e ainda assim, apenas por uma pequena parte de representantes desse círculo (CARVALHO, 2016). Desse modo, em sentido mercadológico, nesse momento, ainda não havia impacto econômico significativo na comercialização das drogas (BATISTA, 1997).

Nesse momento histórico, até mesmo os que eram responsáveis pela difusão das substâncias entorpecentes tinham alguma ligação com o âmbito médico-hospitalar. Esses agentes pertenciam, principalmente, aos grupos de médicos, farmacêuticos e boticários, em razão de nesses locais estas substâncias estarem disponíveis, mas ainda, poderiam ser funcionários da alfândega e empregados de fábricas que utilizavam na sua produção essas substâncias, locais em que o acesso, portanto, também era possível (BATISTA, 1997).

Diferentemente dos consumidores, que na posição de usuários não eram criminalizados, os fornecedores dessas substâncias, nas legislações para drogas desse período, eram alvo de sanções na esfera penal. As previsões sancionatórias ao tráfico, nesse momento, eram de penas de multa, prisão, de seis meses a dois anos, perda de cargo, no caso de funcionários públicos, expulsão de instituições de ensino, no caso de estudantes, e até a expulsão do país, no caso de estrangeiros. Os profissionais ligados à saúde ainda poderiam ser punidos no exercício de suas profissões, podendo, por exemplo, serem suspensos da atividade destas (BATISTA, 1997).

Nesse período de cinquenta anos, diversas foram as legislações esparsas editadas, e conforme anteriormente alertado, essas nem sempre em suas especificidades foram completamente consonantes com os ideais atribuídos ao sistema sanitarista, aqui expostos. Como o mencionado exemplo do Decreto nº 891, de 25 de novembro de 1938 que, por um breve lapso temporal, criminalizou o consumo das substâncias ilícitas dentro dessa fase (BATISTA, 1997).

Contudo, ainda que a exposição não tenha especificado os diplomas normativos editados ao longo do período, bem como as diversas regulamentações internacionais e os tratados ratificados pelo Brasil, cuja influência nas produções legislativas já foi anteriormente apontada, os pontos gerais elencados abarcam as características fundamentais desse momento histórico, permitindo, de uma maneira satisfatória, a sua apreensão.

3.2 O INTITULADO PERÍODO BÉLICO DA POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS

O Golpe Militar de 1964, que carrega em si reflexos das mudanças geopolíticas internacionais, transformará tão significativamente a conjuntura interna nacional em seus aspectos políticos, econômicos, sociais e jurídicos, que, de tal modo, será escolhido como o marco simbólico do início da fase que sucederá o período sanitarista da política criminal para drogas, marcando o começo do denominado período belicista (BATISTA, 1997).

Nesse momento histórico, aponta o professor Nilo Batista (1997) que as concepções políticas e econômicas do período chamado de “Guerra Fria” procuravam produzir em todos os países uma militarização voltada para a política externa destes, mas não só, também direcionada ao âmbito interno das nações.

Tratava-se de um momento de polarização mundial, em que os países, considerados como zona de influência pelos EUA e pela União Soviética, eram agrupados em dois grandes eixos, capitalista e comunista, respectivamente, e tinham em seus territórios colocado em confronto político, militar, tecnológico, econômico e ideológico os valores de cada polo. É em razão desse enfrentamento que a militarização é uma das características mais expressivas do período.

A partir de 1960, então, em reflexo ao momento político internacional, na América Latina passam a vigorar diversos aforismos sobre a temática da segurança nacional direcionados a lidar internamente com os inimigos do eixo capitalista da guerra fria, os subversivos comunistas (CARVALHO, 2016).

No Brasil, esse postulado corresponde a autoritária doutrina da segurança nacional, elaborado em território nacional pela Escola Superior de Guerra (BATISTA, 1997). Todavia, essa doutrina, inicialmente construída para implementar os meios bélicos no combate ao inimigo específico do polo capitalista, passará a ser usada no enfrentamento da criminalidade ordinária. O Estado declarará guerra irrestrita ao crime (CARVALHO, 2016). A esse respeito, nas palavras do professor Nilo Batista (1997, p. 85):

O autoritarismo da doutrina da segurança nacional, expressamente adotada na legislação de defesa do Estado durante a ditadura militar, bem como a efetividade de seus porões, ultrapassam os objetivos desse estudo, porém é preciso recolher um de seus conceitos – o de “inimigo interno” – que, intensamente vivenciado pelos operadores policiais, militares e judiciários no âmbito dos delitos políticos, transbordará para o sistema penal em geral, e sobreviverá à própria guerra fria.

Antes mesmo de o Estado militarizado alargar sua guerra para voltar-se contra o crime em geral, alerta o professor Nilo Batista (1997) que a questão das substâncias psicoativas, ao ser vista nessa época como uma tática do comunismo para a destruição dos valores ocidentais, acabou por causar o direcionamento dos métodos bélicos para a política criminal para drogas.

Em oposição à conjuntura política nacional e internacional, bem como às medidas bélicas que eram implantadas no país, eclodem diversos movimentos sociais nacionais de contestação. Como se estivessem a desafiar o *status quo* ao qual se opunham, indica o professor Salo de Carvalho (2016) que nesses movimentos parece haver uma vinculação do consumo de drogas, como a maconha e o LSD, às posturas de reivindicação e libertação. De tal modo que o uso de substâncias tóxicas entorpecentes, afirma este, se converterá, juntamente com outras manifestações culturais, em um elemento de protesto.

O fato é que durante o período bélico da política criminal para drogas se percebe uma popularização destas substâncias, cujo consumo passará a ocupar os espaços

públicos. Dentro do mencionado contexto político, o pânico moral desencadeado por esta difusão acarretará como resposta uma convulsão legislativa penal na temática (CARVALHO, 2016).

Assim, em 26 de dezembro de 1968, em espantosa dissonância com as regulamentações internacionais, para fins de recrudescer o enfrentamento das drogas no âmbito interno, o Decreto-Lei nº 385 equiparava a pena do usuário de substâncias ilícitas ao traficante, sancionando-os com uma pena privativa de liberdade de um a cinco anos e multa (BATISTA, 1997).

Em 1971, a Lei nº 5.726 não só mantinha a equiparação promovida pelo decreto anterior, como ainda agravava a pena de reclusão imposta aos delitos de consumo e de mercancia para uma pena privativa de liberdade de um a seis anos e multa (BATISTA, 1997).

Ademais, em seu artigo primeiro, asseverava essa lei ser dever de toda pessoa física e jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes (BRASIL, 1971). Desse modo, essa legislação impôs a toda a sociedade um dever jurídico de se comprometer com o confronto que a política criminal para drogas estabelecia a essas substâncias no período, tornando ilícita a não participação dos indivíduos na postura de enfrentamento adotada (BATISTA, 1997).

Embora trate-se de um período pautado no uso de meios belicistas, as ideias da fase sanitaria não foram de todo abandonadas. Segundo a Lei nº 5.726/71, aos usuários de substâncias tóxicas entorpecentes que fossem considerados estarem no estado de inimputabilidade, determinar-se-ia uma medida de internação, cujo tempo estaria condicionada à recuperação destes. É a permanência, ainda que em um grau diminuto, da lógica médico-hospitalar (BATISTA, 1997).

A Lei de 1971 mantém da antiga fase, ainda, a possibilidade da expulsão dos estrangeiros do país, quando esses forem os protagonistas de práticas delitivas relacionadas às drogas, colocando a comercialização e o uso de substâncias entorpecentes ao lado de crimes contra a segurança nacional (BATISTA, 1997).

O contexto político internacional nos anos 70, no entanto, se altera. Apesar das políticas transnacionais de regulamentação penal sobre as substâncias ilícitas, os órgãos oficiais, principalmente dos Estados Unidos, apontavam que a questão das drogas se agravava (CARVALHO, 2016).

Diante disso, a escolha política adotada pelo Governo Americano, nomeadamente pelo Governo Nixon, foi a de declarar guerra internacional às drogas, elegendo essas como inimigo público nacional, bem como atribuindo culpa aos países menos desenvolvidos pelo consumo dessas substâncias em seu território (CARVALHO, 2016).

O alerta realizado de que os métodos bélicos de combate ao inimigo político se voltariam ao criminoso comum, quer porque a questão das substâncias entorpecentes seria vista como uma tática do eixo comunista contra as sociedades ocidentais, quer porque o Estado transmutaria seu combate aos oponentes da guerra fria em um enfrentamento irrestrito ao crime, se confirma quando a Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que sucedeu a Lei de 1971, intensifica a política criminal militarizada de combate às drogas, voltando-se a um inimigo interno projetado na figura do traficante (CARVALHO, 2016).

É evidente que o recrudescimento da política criminal bélica para drogas na Lei nº 6.368/76 é um alinhamento com as transformações internacionais mencionadas e com as decisões políticas transnacionais adotadas em decorrência dessas (CARVALHO, 2016).

A Lei de 1976, então, mantém de forma semelhante a previsão legal instituída pelo diploma anterior, continuando a determinar à toda a sociedade o dever jurídico de colaborar com a política preventiva e repressiva estabelecida para a mercancia e uso de substâncias entorpecentes (BATISTA, 1997).

A nova legislação sobe vertiginosamente a pena determinada ao crime de tráfico para uma pena de privação de liberdade de três a quinze anos e multa. Ainda mais, institui que a pessoa condenada por esse ilícito típico não pode recorrer da decisão sem que antes começasse o cumprimento de sua pena (BATISTA, 1997).

O diploma normativo torna a associação para o tráfico um crime autônomo, determinando a este tipo penal a sanção de reclusão de três a dez anos, que em razão da possibilidade de concurso de crimes com o delito de tráfico, poderia levar a uma exasperação da pena determinada (CARVALHO, 2016).

Ademais, são criadas previsões de causas especiais de aumento de pena para o crime de mercancia de entorpecentes, tais como, a título exemplificativo, a majoração da sanção em caso de tráfico internacional, quando a prática delitiva

ocorresse em razão do exercício de função pública destinada à repressão de entorpecentes, bem como em caso de comércio ou porte de substâncias ilícitas em estabelecimentos de ensino (CARVALHO, 2016).

Mas a tônica da Lei de 1976 não é só o aprofundamento dos métodos bélicos. Novamente, os princípios da fase sanitaria subsistem às mudanças conjunturais e nesse diploma são postos em prática de forma ainda mais patente (CARVALHO, 2016). Aponta o professor Salo de Carvalho (2016, p. 47) que “o estatuto repressivo deixa nítida a dicotomização entre usuário/dependente e traficantes, aprimorando os instrumentos de distribuição formal dos estereótipos proporcionados pelos discursos médico-jurídico e jurídico-político.”.

Assim, na acentuação dos moldes sanitaria, a Lei nº 6.368/76 determina o tratamento médico a todos os dependentes de substâncias tóxicas entorpecentes, mesmo que estes não tenham, através da prática de algum delito, entrado na esfera penal (CARVALHO, 2016). Passa, contudo, a prever, além da medida de internação, a possibilidade de estes receberem tratamento fora do ambiente hospitalar, através da assistência ambulatorial (BATISTA, 1997).

É, justamente em vista disso, que se conclui que os ideais do modelo sanitaria, para além de permanecerem no modelo bélico da política criminal, foram realçados (CARVALHO, 2016). Novamente, nas palavras de Salo de Carvalho (2016, p. 49):

A obrigatoriedade terapêutica aos drogaditos, a partir do entendimento da toxicod dependência como fator criminógeno revelador de intensa periculosidade social, determina a solidificação do discurso médico-jurídico sanitaria na medida e que (a) associa dependência-delito, (b) abandona a ideia de voluntariedade no tratamento, e, subliminarmente, (c) amplia as possibilidades de identificação do usuário como dependente.

O usuário, todavia, antagonicamente aos moldes da fase sanitaria, por meio da criminalização da posse para o uso próprio, foi sancionado pela Lei nº 6.368/76 com a pena privativa de liberdade de seis meses a dois anos (BATISTA, 1997). Ao menos, a equiparação de penas que a lei anterior determinava entre estes e os traficantes de substâncias entorpecentes foi abandonada.

Nessa breve exposição da história da política criminal nacional para drogas, delonga-se mais na apresentação da Lei de 1976, porque essa servirá de base para

o atual diploma normativo, e, ainda, como se abordará, será em muito continuada pela vigente legislação. Assim, a adequada compreensão, ainda que em linhas gerais, do modelo de 1976 é indispensável para a devida apreensão da atual política criminal para drogas.

Por esse motivo, bem como em razão da grande amplitude das penas privativas de liberdade previstas por esse diploma ao crime de mercancia de substâncias entorpecentes, é que apenas no momento da abordagem dessa legislação será possível se debruçar sobre o tratamento dispensado por essa Lei ao pequeno traficante, tópico de maior interesse para os fins desse trabalho.

Contudo, esse empenho é frustrado. Não há, na Lei nº 6.368/76, qualquer previsão específica direcionada ao pequeno comerciante de drogas. A legislação não distingue graus de mercancia. Na amplitude prevista para a pena privativa de liberdade cominada ao tráfico é que a sanção seria dosada ao tipo de comerciante que se apresentasse, tendo em vista os elementos do caso.

Todavia, em verdade, na prática, a aplicação dessa lei ocorria determinando, indiscriminadamente, penas altas aos sentenciados, acabando por gerar, assim, a equiparação do pequeno ao grande comércio (CARVALHO, 2016). Nas palavras do professor Salo de Carvalho (2016, p. 51):

[...] A prática forense acabou por revelar aplicação genérica de penalidades severas, sem a diferenciação do pequeno e do grande comerciante de drogas, sobretudo porque a população-alvo da incidência das agências de controle penal acaba sendo, invariavelmente, a juventude pobre recrutada para a prática do pequeno varejo.

Evidenciados os principais pontos do sistema que implantou as bases beligerantes da política criminal para drogas, que, como se verá, foram continuadas e agravadas ao longo do tempo, assim como as características fundamentais das legislações que compuseram essa fase, pode-se trazer à baila algumas críticas possíveis de serem realizadas ao modelo desse momento histórico.

Nesse período, como mencionado, a ideologia da segurança nacional passará a ser utilizada como justificativa para o enfrentamento da criminalidade comum, redirecionando o Estado os seus aparatos militares ao crime como um todo (CARVALHO, 2016).

Esse combate militarizado ao criminoso ordinário, que passará a ser considerado um inimigo interno, resultará na utilização de uma exacerbada, e habitual, violência por parte do Estado. Isso porque, a segurança nacional é um conceito extenso demais, que possibilitaria o cometimento das mais diversas arbitrariedades pelos agentes estatais em nome do seu alcance (CARVALHO, 2016).

Assim, os órgãos oficiais de repressão, permeados por essa lógica belicista, como se verá ao longo desse trabalho, no âmbito da política criminal para drogas gerarão um sistema viciado a persistentes destruições das garantias oriundas da legalidade (CARVALHO, 2016). A consequência do modelo bélico para o futuro da política criminal, dirá o professor Salo de Carvalho (2016, p. 61), “será o estabelecimento de programação genocida na América Latina.”

A permanência do emprego dos ideais do modelo sanitarista é também suscetível de uma dura análise, uma vez que criará uma lógica seletiva a ser aplicada pelo sistema de repressão às drogas. Com a subsistência do estereótipo médico dessa fase, que coexistirá com o rótulo do criminoso como inimigo interno, oriundo da lógica militarista, o Estado poderá lançar mão, de modo seletivo, vinculado à identidade socioeconômica do agente que se apresenta, de um desses modelos, aplicando, de maneira tendenciosa, a sua política criminal (MALAGUTI, 2003).

Demonstrando esse quadro, a socióloga Vera Malaguti (2003, p. 105-111), em análise ao tratamento dispensado aos adolescentes do Rio de Janeiro que, de alguma forma, foram alcançados pela política criminal para drogas, pontua:

Como contrapartida à seletividade da *atitude suspeita* e à *via crucis* da autolesão criminalizada, constata-se uma estratégia bem diferente se o jovem objeto do flagrante policial é branco e/ou de classe média ou alta. No universo total dos cento e oitenta processos estudados, apenas 11,1% são referentes a meninos de classe média. O conteúdo do processo e o local de moradia atestam o padrão de renda familiar: apartamentos, coberturas e casas na zona sul. Todos são brancos, a maioria frequenta a escola e foi pega usando ou comprando drogas. A esses jovens consumidores da zona sul é imediatamente aplicado o “estereótipo médico”, através da estratégia dos atestados médicos particulares que garantem a pena fora dos reformatórios. [...]

Ou seja, nos processos escolhidos aleatoriamente entre 1968 e 1988 apenas jovens pobres e não brancos são institucionalizados por portarem pequenas quantidades de droga para consumo próprio. Se compararmos com os casos de classe média ou alta em que até reincidentes são entregues imediatamente ao país, podemos concluir que o que determina a institucionalização não é a droga ou a infração em si, mas as condições materiais de existência e a etnia dos adolescentes envolvidos.

No início da década de 90, surgem diversas movimentações legislativas com o objetivo de reformar a Lei nº 6.368/76. Desses esforços, é criada a Lei nº 10.409/2002. Ocorre que, a parte dessa legislação referente ao âmbito material penal da política criminal para drogas não é sancionada pelo Presidente da República, reformando este diploma legal a regulamentação das substâncias ilícitas apenas na sua parte processual (CARVALHO, 2016).

É, por essa razão que, com o término da exposição da Lei de 1976, pode-se considerar, tendo todos os aspectos aqui apresentados em vista, que, em sua face material penal, os pontos mais fundamentais do histórico da política criminal para drogas na legislação nacional estão elencados. Desse modo, com essa base, torna-se possível prosseguir para uma análise mais adequada da atual política criminal para drogas, um dos objetos de estudo do presente trabalho acadêmico.

4. A ATUAL POLÍTICA CRIMINAL NACIONAL PARA DROGAS: A CONTINUAÇÃO E O AGRAVAMENTO DA LÓGICA BÉLICA

O presente trabalho se propõe a analisar o tratamento dispensado ao pequeno traficante, dentro do âmbito da relação da teoria do “Direito Penal do inimigo” com a atual política criminal para drogas. Era indispensável, portanto, para se atingir o objetivo do estudo, que se fizesse, previamente, a exposição das bases dessa teoria penal.

Dessa maneira, procurou-se esboçar no primeiro capítulo essa concepção teórica, tomando propositalmente como base os textos originais do seu teorizador, para, assim, trazer à baila, da forma mais fidedigna possível, os seus pontos fundamentais.

Posteriormente, foram elencados os elementos fulcrais das legislações anteriores voltadas para o tratamento da questão das substâncias entorpecentes, em especial do diploma normativo de 1976, norma precedente, no âmbito material penal, da vigente Lei nº 11.343/2006, para o delineamento de um histórico da política criminal para drogas. Essa narrativa histórica era imprescindível para a adequada compreensão da atual política.

Pode-se, assim, lançar-se ao exame da presente política de repressão às drogas, que, como será abordado nesse capítulo e nos próximos, perpetuou e agravou a lógica beligerante iniciada na fase bélica do sistema de repressão às substâncias psicoativas.

Deve-se ter em mente, no entanto, que a exposição desse sistema deverá ficar adstrita, novamente, a evidenciar os fundamentos essenciais dele, uma vez que esses já atendem ao propósito de possibilitar a análise do âmbito de relação dessa política criminal para drogas com a teoria do “Direito Penal do inimigo”.

Então, com essas bases devidamente colocadas, lançar-se-á, detidamente, dentro do âmbito da relação desse sistema com essa teoria, ao estudo da condição jurídica penal do comerciante de entorpecentes, investigando-se nessa condição o tratamento dispensado ao pequeno traficante.

4.1 OS DIVERSOS DIPLOMAS NORMATIVOS QUE COMPÕEM A ATUAL POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS

Embora a Lei nº 10.409/2002, conforme mencionado anteriormente, não tenha obtido sucesso em reformar a parte material penal disciplinada pela Lei nº 6.368/76, ela já anunciava com seu texto uma orientação legislativa no sentido de promulgação de uma nova lei para drogas que endurecesse ainda mais as sanções ao tráfico de entorpecentes e mantivesse os moldes sanitaristas ao caso dos usuários dessas substâncias (CARVALHO, 2016).

Todavia, a política criminal nacional para drogas não permaneceu inalterada à espera dessa legislação própria sobre a temática para reformar os preceitos colocados pela Lei nº 6.368/76. Alterações no âmbito criminalizador das substâncias tóxicas entorpecentes começaram a ser realizadas com a nova Constituição Federal, a Constituição de 1988, bem como com a introdução no ordenamento jurídico das chamadas leis de emergência, nomeadamente a Lei do Crime Organizado, a lei que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado e a Lei do Abate de Aeronaves (CARVALHO, 2016).

A Carta Magna de 1988 determinou que os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias afins, o terrorismo, e aqueles definidos como crimes hediondos não são afiançáveis, nem suscetíveis de graça ou anistia. Além da incidência direta dessas novas previsões na política criminal para drogas, com essa forma de disciplinar, equiparou a Constituição o ilícito típico do tráfico aos delitos de natureza hedionda, passando a mercancia de substâncias entorpecentes, portanto, a ser atingida pelas leis que disciplinariam esses delitos (SHECAIRA e ANDRADE, 2007).

A Lei nº 8.072/1990, primeira legislação a regulamentar os crimes hediondos e equiparados, vedou aos que incidissem no delito de tráfico de entorpecentes e substâncias afins a possibilidade de progressão de regime de cumprimento de pena, ponto posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e alterado, definitivamente, pela Lei nº 11.464/2007, bem como estabeleceu, ainda, requisitos mais duros para a concessão do livramento condicional (SHECAIRA e ANDRADE, 2007).

A Lei de combate ao crime organizado nº 9.034/95, por sua vez, nasce, sobretudo, direcionada a organizações criminosas voltadas a mercancia de entorpecentes (CARVALHO, 2016). Sobre a incidência dessa legislação na política criminal para drogas, dirá o professor Salo de Carvalho (2016, p. 69):

É na densificação da estrutura processual inquisitória, porém, que a Lei 9.034/95 fomenta a reestruturação do processo penal relativo ao tráfico de entorpecentes. Ingrediente decisivo desta trágica experiência é a recriação do juiz inquisidor, na definição não apenas da gestão da prova, mas da sua produção, em diligência pessoal e sigilosa (art. 3º), em qualquer fase da persecução criminal (investigação e cognição) (art. 2º).

Aliada à marca inquisitória no principal elemento de caracterização dos sistemas processuais (gestão da prova), a Lei 9.034/95 institui o retardamento do flagrante com a ação controlada (art. 2º, II), cria possibilidades amplas de acesso aos dados fiscais, bancários, financeiros e eleitorais (art. 2º, III), possibilita interceptação ambiental e de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos (art. 2º, IV) e autoriza a infiltração de agentes da polícia nas organizações (art. 2º, V). Outrossim, determina a identificação criminal compulsória (art. 5º), premia a delação (art. 6º), proíbe a liberdade provisória com ou sem fiança (art. 7º) e nega a possibilidade de apelar em liberdade.

Não se aprofundará na exposição desse diploma normativo, contudo, ainda que apenas apontadas as suas características principais que acarretaram alterações no âmbito da política criminal para drogas, nota-se tratar de legislação permeada pela referida lógica belicista penal, método que ocasiona uma lei criticada por ser considerada questionável do ponto de vista dos direitos e garantias constitucionais dos cidadãos (CARVALHO, 2016).

A Lei nº 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, inova a forma de execução do cumprimento da pena, reafirmando essa preocupação política, legislativa, e social, voltada para as organizações criminosas, em especial aquelas relacionadas ao tráfico de drogas (CARVALHO, 2016).

A introdução do novo regime no ordenamento pátrio foi impulsionada por uma portaria que o Governo de São Paulo havia instaurado para lidar com diversos episódios de insurgência na esfera prisional do estado, mormente uma grande rebelião que teria sido provocada pela organização criminosa nomeada de Primeiro Comando da Capital (PCC) em 2002 (CARVALHO, 2016).

Esse diploma legislativo determinava que o preso, condenado ou provisório, que praticasse falta grave que ocasionasse subversão da ordem ou disciplina internas,

que apresentasse alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, ou sob o qual recaísse fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, estava sujeito ao regime disciplinar diferenciado, sem prejuízo das sanções penais cabíveis (BRASIL, 2003).

Estar sujeito ao novo regime disciplinar, que poderia durar trezentos e sessenta dias, significava recolhimento em cela individual, apenas com direito a saída diária da cela por duas horas para banho de sol e a visita semanal de duas pessoas, não contabilizada crianças, também por duas horas (BRASIL, 2003).

Na prática, esse diploma normativo serviria para segregar e isolar o custodiado que fosse reconhecido como parte de organização criminosa voltada ao tráfico de substâncias entorpecentes em razão de sua, atribuída, periculosidade (CARVALHO, 2016).

O enfrentamento ao crime organizado voltado à mercancia de substâncias entorpecentes é acirrado, ainda, em 2004, através do Decreto nº 5.144, que disciplina modos de atuação belicista frente a aeronaves sobre a qual recaia suspeita de estarem realizando transporte de drogas (CARVALHO, 2016).

A aeronave, tratada nesse caso como uma ameaça à segurança pública, após realizados os procedimentos profiláticos previstos, caso não respondesse aos comandos prévios dados pela autoridade aérea brasileira, poderia ser considerada hostil, estando sujeita a ser abatida (CARVALHO, 2016).

Essa previsão normativa pode ser considerada o maior exemplar do modelo bélico da política criminal para drogas e da própria segurança pública nacional (CARVALHO, 2016). Válido notar a observação feita sobre o assunto pelo professor Salo de Carvalho (2016, p. 73):

A regulamentação dos meios operacionais de destruição de aeronaves suspeitas através de procedimentos administrativos que impõe sanção mais grave que as penalmente previstas na Constituição (v.g. art. 5º, XLVI e XLVII) revela a densificação, por parte das agências repressivas, do modelo belicista de repressão às drogas. A harmonização dos meios operacionais das agências punitivas brasileiras à política transnacional de guerra às drogas legitima medidas de coação direta típicas de períodos de exceção nos quais se manifesta o terrorismo de Estado. A constatação é absolutamente pertinente se observarmos que atos desta natureza – v.g. eliminação de

suspeitos, supressão de incômodos e proscricção de inimigos – são próprios de confrontos armados.

Ressalte-se que essa lógica bélica, como anteriormente mencionado, foi observada pelo jurista alemão Jakobs em um dispositivo bastante semelhante introduzido na “Lei de Segurança Aérea da Alemanha” que permitia que uma aeronave que pretendesse ser utilizada para atentar contra vidas humanas pudesse ser abatida. E, justamente por esse método belicista, foi apontado por ele como um modelo exemplar de aplicação da “Teoria do Direito Penal do inimigo”. A aproximação, cada vez mais notória, dessa concepção teórica com a política criminal para drogas nacional será abordada mais à frente, em tópico próprio.

A previsão legal que tornou possível que a Força Aérea pudesse abater aeronaves acabou por aumentar o envolvimento das Forças Armadas no enfrentamento ao tráfico de drogas. Essa atuação, contudo, alcançou um nível extraordinário em 2010 (RODRIGUES, 2012).

Em agosto de 2010, entrou no ordenamento jurídico a Lei Complementar nº 136, regulamentando o envolvimento das Forças Armadas em operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO). Esse diploma normativo tornou possível que os governadores dos estados, em casos em que a ordem pública estivesse gravemente ameaçada, solicitassem ao Governo Federal o suporte do exército, da Força Nacional e da polícia federal. Nesses casos, seria designado pelo Presidente da República um oficial militar para chefiar as operações a serem realizadas nos estados (RODRIGUES, 2012).

Dois meses depois, essa legislação foi colocada em prática. O Governo do Rio de Janeiro, em face de diversas ações delitivas, investidas criminosas contra policiais, ônibus e carros, supostamente, realizadas por traficantes, solicitou o apoio das Forças Armadas. Desse modo, em novembro de 2010, oficiais do Exército e da Marinha, policiais, rodoviários, civis, federais e militares, e integrantes da Força Nacional, agindo conjuntamente, ocuparam o denominado Complexo do Alemão (RODRIGUES, 2012).

Os oficiais militares estiveram presentes esse local por dois anos, só sendo retirados, portanto, em 2012, quando foram instaladas as Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs), programa policial que visa a ocupação de favelas pelas

autoridades de repressão, instalando nesses lugares bases policiais (RODRIGUES, 2012).

Esses são os diplomas normativos que, incidindo sobre a forma de repressão às drogas, passaram a integrar o atual sistema criminal para substâncias psicoativas. Após tantas legislações alteradoras do sistema criminal para drogas e passados trinta anos da promulgação da Lei nº 6.368/76, uma reforma mostrava-se imprescindível para, ao menos, reunir a regulamentação do combate às drogas em lei própria novamente. E, como se verá, tratou-se mesmo de uma reorganização da disposição da disciplina, mas também houve um aprofundamento dos parâmetros que já estavam colocados.

Embora a Lei nº 11.343/2006 vá ser abordada em tópico próprio porque condensa grande parte do tratamento penal dado à questão das substâncias psicoativas, é forçosa a percepção, ante todo o exposto, de que a adequada leitura da política criminal para drogas nacional só pode ser realizada se essa política for compreendida como o todo formado por essa lei somada aos diversos diplomas legais aqui explicitados.

4.2 A LEI Nº 11.343/2006: DOIS DIPLOMAS E O APROFUNDAMENTO DO VELHO

Em 23 de agosto de 2006, entrou no ordenamento jurídico pátrio a vigente lei nacional para drogas. Nessa nova legislação, de forma preponderante, a lógica de disciplinar a questão utilizada pela Lei de 1976 foi mantida e aprofundada (CARVALHO, 2016).

Aos moldes do denominado doutrinariamente discurso da diferenciação, que aplica o modelo bélico da política criminal para drogas ao traficante e o médico, sanitário e jurídico ao usuário, essa lei determinou ainda mais duras sanções ao comércio de substâncias entorpecentes e medidas profiláticas aos que portavam essas substâncias para uso próprio (CARVALHO, 2016).

Dessa forma, é como se dentro de uma mesma legislação existissem dois diplomas normativos independentes, lidando com usuários e traficantes através de

óticas e princípios distintos e, em decorrência, aplicando sanções completamente diversas aos casos (CARVALHO, 2016).

O crime de tráfico, e condutas equiparadas, passou a ser mais severamente punido, tendo sua pena mínima majorada de três para cinco anos de reclusão, permanecendo a sua máxima em quinze anos. Aos que incidem nesse ilícito típico foi vedada fiança, *sursis*, graça, indulto, anistia, liberdade provisória e substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direito (MARONNA, 2006).

Ao menos, essa lei tornou possível a redução dessas sanções penais, nas proporções de um sexto a dois terços, no caso de imputado primário, com bons antecedentes, não dedicado ao cometimento de atividades ilícitas, nem integrante de associação criminosa, situação denominada como tráfico privilegiado. Continuou vedando, contudo, mesmo a esse caso, a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direito, ponto declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, como logo veremos (BOITEUX, 2014).

Foram criados novos tipos penais relacionados ao tráfico, como a figura do informante colaborador da mercancia de substâncias entorpecentes, penalizado com a sanção privativa de liberdade de dois a seis anos e o agente financiador do tráfico, ao qual foi determinado a pena de reclusão de oito a vinte anos (MARONNA, 2006).

Quanto ao usuário, através do art. 28, o diploma normativo manteve a ilicitude penal da conduta, todavia, não mais aplicou ao tipo penas privativas de liberdade, passa a punir o ato com penas restritivas de direito e medidas de segurança inominadas, como medidas educativas (CARVALHO, 2016).³

A não previsão de pena de detenção ao porte de drogas para uso próprio que, a *priori*, poderia ser considerada um avanço, na verdade não representa grande inovação por parte dessa legislação. Essa situação já havia sido consolidada no ordenamento pátrio desde que o porte para consumo foi incorporado aos delitos de

³ Discute-se, desde 2015, no Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 635.659, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, tipo penal que, como se abordará mais adiante, torna ilícita a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização, ou em desacordo com determinação legal. Embora o julgamento ainda não tenha sido concluído, pelos votos até então proferidos, nota-se que a tendência da Corte é pela inconstitucionalidade dessa norma e, conseqüentemente, pela descriminalização da conduta. Já há, no entanto, discordância se a descriminalização será referente a todas as drogas ou se só ocorrerá quanto a substância popularmente nomeada de maconha (ELPAÍS, 2017).

menor potencial ofensivo. Assim, já era possível a transação penal, o *sursis* e a aplicação de penas restritivas de direito a esse ilícito típico (MARONNA, 2006).

A modificação legal vem, de fato, na impossibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, ainda que nos casos de reincidência desse delito. Outras importantes alterações realizadas nesse tópico são a equiparação daquele que planta e cultiva drogas para uso pessoal às mesmas penas do usuário e a grande redução da sanção para a conduta de consumo compartilhado de substância entorpecentes, que antes era equiparada ao crime de tráfico de drogas (BOITEUX, 2006).

A legislação indica, ainda, a adoção da postura de redução da incidência da esfera criminal sobre o usuário ao fazer previsão em seu texto, no art. 19, inciso III, que a prevenção do uso indevido de substâncias ilícitas deve seguir a diretriz de fortalecer a autonomia e a responsabilidade individual em relação a essa conduta. Novamente o faz ao reconhecer como princípio do “Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas”, em seu artigo 4º, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa, nomeadamente quanto à sua autonomia e à sua liberdade (BOITEUX, 2006).

O significado dessa nova legislação para a política criminal nacional para drogas, no entanto, é adequadamente sintetizado pelo advogado e diretor do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Cristiano Avila Maronna, quando este assevera que se trata de um “retrocesso travestido de avanço” (MARONNA, 2006, p. 4).

Com efeito, apesar de não mais ser prevista pena privativa de liberdade ao usuário, em um claro movimento de descarcerização, o recrudescimento à repressão ao tráfico de drogas foi a tônica do novo diploma. Em tão alto grau que o Supremo Tribunal Federal, através de seus julgados, manifestou-se contrariamente a diversas disposições trazidas pela lei (MARONNA, 2006).

Em 2010, o *Habeas Corpus* nº 97.256, da relatoria do Ministro Ayres Britto, declarou inconstitucionais os dispositivos da Lei nº 11.343/2006 que proibiam a conversão da pena privativa de liberdade em sanção restritiva de direitos, as denominadas penas alternativas, para os condenados por tráfico de drogas (STF, 2010).

Em 2012, através do *Habeas Corpus* nº 104.339, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, asseverou a Corte que o delito de tráfico de substâncias entorpecentes não é incompatível com o instituto da liberdade provisória (STF, 2012). Por meio do

Habeas Corpus nº 111.840, da relatoria do Ministro Dias Toffoli, o Tribunal decidiu, ainda, não ser obrigatório a imposição do regime inicial de cumprimento de pena fechado ao ilícito de comercialização de drogas (STF, 2012a).

Em 2016, com o *Habeas Corpus* nº 118.533, o plenário do Supremo Tribunal Federal consolidou que o tráfico privilegiado, aquele no qual o agente é primário, possuidor de bons antecedentes, não se dedica às atividades criminosas, nem integra organização criminosa, não pode ser considerado crime de caráter hediondo, de tal forma que o agente incurso nesse tipo faz jus ao direito de progressão de pena (MIGALHAS, 2016).

Expostos todos os principais pontos da atual política criminal nacional para drogas, bem como o histórico que permite o entendimento de como ela foi construída, já se nota a aproximação do modelo criminal sanitário-belicista dessa atual política com a teoria do “Direito Penal do inimigo”, ainda que não se tenha, diretamente, explicitado em que aspectos.

4.3 A ELEVAÇÃO DO DISCURSO BÉLICO COM A INCORPORAÇÃO DO “DIREITO PENAL DO INIMIGO”

Tendo em vista o quanto esboçado no primeiro tópico desse trabalho, é possível agora perceber que o “Direito Penal do inimigo” pode ser sintetizado em três pilares básicos. Primeiro, vislumbra-se nele uma grande antecipação da punibilidade, tratando-se de uma concepção teórica que se volta para o futuro (MELIÁ, 2015).

Como uma segunda característica elementar, observa-se que as sanções penais cominadas por ele são excessivamente grandes, não levando em consideração esse direito a antecipação da punibilidade realizada. Por fim, nota-se que as garantias penais são flexibilizadas ou até mesmo retiradas através da aplicação desta teoria (MELIÁ, 2015).

É um direito seletivo, uma vez que se propõe a tratar de forma diferente determinados indivíduos que se apresentam à esfera penal, deixando de assegurar a esses algumas garantias legais ou aplicando essas garantias de modo flexibilizado. O “Direito Penal do inimigo” não é, no entanto, um sistema penal próprio, mas sim um

conceito que pode ser encontrado em leis penais esparsas do ordenamento jurídico, geralmente em diplomas normativos especiais (GOMES, 2006).

Desse modo, quando legislações que compõem a política criminal para drogas se voltam a um grupo específico de supostos agentes delitivos, visando ampliar a penalização desses agentes ao custo da flexibilização ou da retirada de direitos e garantias penais, criando, assim, um direito de emergência permanente, sem resguardar os postulados do Estado de Direito, elas se tornam “Direito Penal do inimigo” (GOMES, 2006).

Enquanto que na política criminal internacional o direito excepcional vem alcançando *status* de permanente com o movimento de reação dos ordenamentos penais, sobretudo, ao terrorismo. Na América Latina o pretexto do estado de emergência foi reiteradamente utilizado pela política criminal para drogas como forma de legitimar uma guerra às substâncias psicoativas, tornando as associações criminosas relacionadas aos entorpecentes inimigos a serem confrontados (CARVALHO, 2006).

O enorme aumento de ocorrências criminais, ou a prática de crimes que evidenciam que a sociedade se encontra suscetível a sofrer graves atos de violência, muitas vezes, imprevisíveis, gera uma crise nas noções de segurança. A sociedade passa a se enxergar como uma iminente vítima e os órgãos de repressão passam a ter sua capacidade de garantir a segurança questionada (CARVALHO, 2006).

Nesse contexto, as soluções que propõe a expansão da punibilidade se tornam atraentes, vistas como um meio de retomar e garantir a ordem pública. E, ainda que causem restrições a direitos e garantias assegurados pela lei, passam a ser vistas como um valor aceitável a ser pago para recobrar a segurança. A admissão dessas soluções ocorre ainda mais facilmente se as limitações propostas forem realizadas na esfera jurídica de indivíduos vistos como perigosos, como outros, como um empecilho à ordem, como inimigos (CARVALHO, 2006).

Aliás, o autoritarismo atual pode ser entendido como o estabelecimento, por meio de um estado de emergência, de uma guerra interna assegurada pelo direito que autoriza a neutralização de categorias de pessoas que, por qualquer que seja o critério, são apontadas como não agregáveis à ordem política. E é perceptível,

contemporaneamente, uma tendência dos Estados de instaurarem esses estados de emergência permanentes (AGAMBEN, 2004).

Essa tendência de tornar natural a excepcionalidade, flexibilizando, ou retirando, direitos e garantias penais de determinadas pessoas, assume traços patentemente punitivos e, assim, avança para a esfera penal, alterando a lógica desse âmbito. Com efeito, a função do Direito Penal de conter o poder punitivo estatal acaba sendo subvertida, sendo o sistema penal transformado em um instrumento belicista (CARVALHO, 2006).

De fato, observe-se que, conforme abordado, para a concepção teórica formulada pelo jurista alemão, o Direito Penal, no caso, do inimigo, deve preocupar-se com a segurança da comunidade, assumindo uma característica do poder de polícia do Estado, voltando sua atenção para lidar com o que considera uma especial periculosidade apresentada por certos indivíduos (JAKOBS, 2015).

A política criminal nacional para drogas não necessitava de mais uma teoria de exceção, como visto no tópico que tratou sobre o seu histórico, a sua denominada fase bélica já tinha realizado o papel de tornar beligerante essa parte do ordenamento jurídico penal. Ainda assim, a teoria do “Direito Penal do inimigo” é incorporada por essa política criminal bélica.

E assim sendo, a ideia de inimigo, que antes já permeava a política criminal para drogas, torna-se um conceito que, declaradamente, passa a orientar a produção, a leitura e a cominação do Direito Penal na guerra às substâncias psicoativas (CARVALHO, 2006).

Desse modo, quando a Lei nº 8.072/1990, primeira legislação a regulamentar os crimes hediondos e equiparados, determinou que aqueles que incidissem no delito de tráfico de drogas deveriam cumprir o total de suas penas em regime de cumprimento fechado, ponto que, inclusive, posteriormente foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, estava a aplicar as concepções do “Direito Penal do inimigo”, selecionando uma parcela de indivíduos para sancionar de forma desproporcional, retirando desse grupo um direito penal.

O mesmo ocorre com a Lei nº 10.792/2003, que instituiu o Regime Disciplinar Diferenciado, quando essa estabelece que o preso que apresente alto risco para a ordem e para a segurança do estabelecimento penal, ou da sociedade, ou, ainda, sob

o qual recaísse fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando, estava sujeito ao regime disciplinar diferenciado.

Esse diploma normativo que, na prática, como mencionado, acabaria servindo para segregar e isolar o custodiado que fosse reconhecido como parte de organização criminosa voltada ao tráfico, substancializa o “Direito Penal do Inimigo”, antecipando a punibilidade, cominando sanções severas, bem como retirando e flexibilizando diversos direitos e garantias penais em razão da periculosidade atribuída aos indivíduos ao qual se destina.

Em verdade, o “Direito Penal do inimigo” foi vastamente visto e pontuado ao longo dos tópicos anteriores em diversos diplomas normativos, como nas abordadas leis de emergência que foram introduzidas no ordenamento jurídico penal, as supramencionadas, e a Lei do Crime Organizado, a Lei do Abate de Aeronaves e a Lei Complementar nº 136. Naquele momento ele só não foi especificamente indicado com essa denominação.

Ele foi encontrado, ainda, especialmente, em diversos pontos da Lei nº 11.343/2006, que foram devidamente detalhados e analisados no tópico que se destinou a tratar dessa legislação, sobretudo, por conta dos tratamentos extremamente desproporcionais notados e o enquadramento realizado diversas vezes por esse diploma de muitas condutas distintas como um mesmo ilícito típico.

É possível, agora, após todo o quanto exposto, realizada a leitura dos diversos componentes da política criminal bélica para as drogas, perceber que nela está sendo utilizada, nomeadamente, a “Teoria do Direito Penal do inimigo”.

Constatado o seu uso, no entanto, a análise não deve parar aí, falta, conforme assevera o professor Salo de Carvalho (2006), realizar o questionamento de se há, de fato, necessidade de dividir o âmbito penal em dois para se tentar atingir a segurança pública, estabelecendo um modo de atuação para os considerados cidadãos, e outro para os não cidadãos, os inimigos, justamente em um país onde a cidadania é um *status* tão difícil de ser alcançado.

Em suas palavras: “[...] não se estaria relegando ao grande contingente populacional o papel de incômodos a serem eliminados pela força bélica das agências de punitividade?” (CARVALHO, 2006, p. 265). É uma questão que, por tudo que se

observou e se verificará, aos que se debruçam ao estudo da política criminal nacional para drogas, esse sistema parece legar.

5. O INIMIGO PÚBLICO PARA O QUAL A ATUAL POLÍTICA CRIMINAL PARA DROGAS EM COMBATE SE VOLTA

5.1. QUEM É JURIDICAMENTE O TRAFICANTE?

A definição jurídica do traficante, por pressuposto, o agente que incide no tipo ilícito do tráfico de entorpecentes e substâncias afins, é uma questão conceitualmente intrincada. De antemão, porque inexistia no Diploma Normativo nº 11.343/2006, ou sequer na antiga Lei nº 6.368/76, delito especificado com esse *nomen iuris* (SHECAIRA e ANDRADE, 2007).

De fato, essa denominação foi realizada pela Carta Magna de 1988 quando, conforme abordado no tópico anterior, o texto constitucional equiparou os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias afins e o terrorismo aos crimes hediondos (FRANCO, 1992).

Além de determinar, de imediato, que esses crimes não eram afiançáveis, nem suscetíveis de graça ou anistia, esses delitos, com a equiparação realizada, passariam a sofrer a incidência da disciplina feita pelas leis que, a partir de então, começariam a tratar dos delitos hediondos (FRANCO, 1992).

A Lei nº 8.072/1990, primeira legislação a versar sobre os crimes hediondos e equiparados, seguindo a determinação dada pela Constituição, e consoante a denominação utilizada pela redação constitucional, regulamentou em texto próprio a equiparação, que já havia sido realizada, do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias afins aos delitos de natureza hedionda (FRANCO, 1992).

Desconsiderou, no entanto, que para além da previsão no texto constitucional do *nomen iuris* tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias afins, um crime com esse título jurídico inexistia na legislação penal tipificadora dos crimes relacionados a drogas, à época, a Lei de 1976, e, atualmente, a situação se repete na vigente Lei nº 11.343/2006 (FRANCO, 1992).

Em decorrência dessa ausência se fez necessário, e ainda se faz, portanto, a busca do que se deve entender como tráfico de substâncias tóxicas entorpecentes na

legislação criminal para drogas, nas suas figuras tipificadoras, e na doutrina sobre essa temática (FRANCO, 1992).

Perscrutando-se na doutrina, encontra-se, nas lições do professor Salo de Carvalho (2016, p. 200), que:

A chave interpretativa que melhor possibilita a constrição do horizonte de punitividade é aquela que qualifica como tráfico apenas os comportamentos cuja natureza identifica ato comercial, basicamente os de importação, exportação, venda e exposição à venda de substâncias entorpecentes. Todos os demais, inclusive aqueles relacionados à produção, não se compatibilizam com a noção constitucional de tráfico de drogas, estando blindados pelo princípio da legalidade dos efeitos da Lei 8.072/90.

No entanto, demonstrando a citada esfericidade da questão de definição conceitual, quando se volta para a legislação de drogas, constata-se que o tipo penal que estabelece como crime as quatro condutas indicativas de comercialização, os núcleos verbais importação, exportação, venda e exposição à venda de substâncias entorpecentes, o artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, o faz em conjunto com a previsão de mais catorze ações que não significam um do ato de mercancia (CARVALHO, 2016).

De fato, observe-se o texto legal do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006, grifo nosso):

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

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

Contudo, ainda que as dezoito condutas tenham sido elencadas juntas, no mesmo artigo penal, tendo as mesmas penas previstas, o legislador não atribuiu a esse tipo o nome constitucionalmente designado de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Impondo, assim, a ponderação de que não se pode entender indiscriminadamente todas essas condutas como o crime equiparado a natureza hedionda pela Constituição e pela Lei de crimes hediondos, ainda que o dolo do agente ao praticar uma dessas condutas seja a mercancia, posto que catorze atos elencados não são indicativos da ação de comercializar (CARVALHO, 2016).

A interpretação seguida por esse trabalho, se coadunando à posição do professor Salo de Carvalho (2016), do que se deve considerar como tráfico de drogas para os efeitos de delito equiparado aos crimes hediondos é, então, gramatical restritiva, vinculando a caracterização desse ato ilícito típico apenas aos correspondentes verbais da ação de mercancia, os núcleos de ação, portanto, vender, expor à venda, exportar e importar.

Assim, se tratando de dolo genérico, por não haver previsão de desígnio específico de comercialização no *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, qualquer dessas dezoito condutas configuram o crime desse tipo e acarretam nas penas por ele cominadas.

Contudo, as condutas remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, não indicativas de um ato de mercancia, ao não se moldarem ao critério gramatical adotado, não configurarão o crime de tráfico para fins de equiparação a crime hediondo.

Essa consideração, para além de fazer a necessária delimitação jurídica conceitual não realizada pela legislação, é essencial para limitar que atos devem, de fato, estar suscetíveis a todos os efeitos legais agravados, decorrentes da equiparação das condutas a natureza de delito hediondo.

Interpretação diversa da que se expõe, levaria a penalização de condutas como comércio de drogas que, em verdade, são ações que até podem contribuir para o consumo, mas, repisa-se, não são atos de mercancia, ampliar-se-ia, se assim se compreendesse, os casos de sancionamento subsumidos ao crime de natureza hedionda (CARVALHO, 2016).

O tratamento de atos diferentes como se fossem equivalentes, outrossim, geraria ainda uma inconstitucional desproporcionalidade pela equiparação penal de hipóteses

que, em razão de sua natureza diversa, lesam o bem jurídico tutelado, nos crimes relacionados a drogas, a saúde pública, em graus diferentes (CARVALHO, 2016).

Mas a complexidade da tipificação do delito de tráfico de drogas e afins não reside apenas no *caput* do art. 33 da atual Lei de Drogas. Corroborando a necessidade de uma interpretação restritiva quando ao que deve ser considerado crime de comercialização de entorpecentes, para além dos referidos catorze núcleos verbais do seu *caput*, esse mesmo tipo penal ainda faz previsão de diversas outras condutas ilícitas não equivalentes a atos de comércio nos seus parágrafos e incisos (CARVALHO, 2016).

Com efeito, note-se, agora, o restante do conteúdo legal disposto pelo art. 33 da Lei que se está analisando (BRASIL, 2006, grifo nosso):

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

§ 2º **Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga**: (Vide ADI nº 4.274)

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

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

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

§ 4º Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, ~~vedada a conversão em penas restritivas de direitos~~, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)

Constata-se que se tratam de previsões legais concernentes a preparação de drogas, ao cultivo de plantas, a utilização de local para o tráfico de entorpecentes, ou

o auxílio de quem consente que um local seja utilizado para essa finalidade, bem como tocantes a instigação e ao compartilhamento eventual de substâncias tóxicas entorpecentes, sem finalidade lucrativa.

O raciocínio interpretativo exposto até então também deve ser utilizado em relação ao art. 34 da Lei nº 11.343/2006, uma vez que se pode verificar que esse tipo penal igualmente está voltado para a previsão de atos relacionados a preparação de substâncias tóxicas entorpecentes. Observe-se (BRASIL, 2006, grifo nosso):

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto **destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas**, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Em que pese o presente trabalho, como mencionado anteriormente, se coadune com a interpretação restritiva elaborada pelo professor Salo de Carvalho (2016) para delimitar o conceito e a punibilidade do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins às condutas que, de fato, equivalem a um ato de comércio.

Tentando-se, com isso, evitar os agravados efeitos legais da natureza hedionda, atribuída pela Constituição e pela Lei nº 8.072/1990 ao crime de tráfico de drogas, a diversas hipóteses tipificadas em conjunto com os atos de mercancia, mas que não representam de fato uma ação de comercialização.

Considera-se esse esforço interpretativo frustrado, uma vez que o legislador incorporou os gravosos efeitos jurídicos da hediondez dos delitos ao art. 44 da Legislação de Drogas. Note-se, *in verbis*, o art. 44 da Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006):

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

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

Assim, embora as condutas previstas pelos artigos a que o tipo acima se refere não se subsumam ao conceito exposto de tráfico de drogas, causem lesões ao bem jurídico tutelado pelos artigos em graus diversos, o legislador, como se observa, indubitavelmente optou por equiparar as punições a elas às sanções previstas aos crimes hediondos.

Deve-se, então, manter a noção de que o art. 44 remete a tipos penais que fazem a previsão de diversas hipóteses que não são de mercancia de entorpecentes, e, portanto, não estão submetidas a equiparação realizada pela Constituição, materializada pela Lei de Crimes Hediondos, a natureza de delitos hediondos, mas a política criminal para drogas, passando por cima disso, efetivamente, com essa previsão, cominou as mesmas implicações legais.

O professor Salo de Carvalho (2016) não considera prejudicado o raciocínio interpretativo formulado, aduzindo que a interpretação restritiva deve incidir também sobre o art. 44 para afastar a aplicação das suas previsões quando as hipóteses em caso não forem equivalentes ao comércio.

Parte do pressuposto para tanto que a redação normativa do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006 é decorrente da equiparação constitucional, e da disciplina da Lei nº 8.072/1990, do tráfico aos crimes hediondos. Assim, em suas palavras (CARVALHO, 2016, p. 201):

Excetuando-se a progressão de regime, cuja vedação fora julgada inconstitucional pelo STF, todas as demais restrições foram retomadas. Acontece que a jurisprudência nacional havia limitado os efeitos da equiparação constitucional do tráfico aos crimes hediondos tão somente àquelas condutas de natureza eminentemente comercial, estabelecendo tratamento diferenciado entre as distintas ações do art. 12 da Lei 6.368/76.

No entanto, em sendo o tipo penal revogado reincorporado ao cenário jurídico pelo art. 33 da Lei 11.343/06, inegável a necessidade de distinção entre as condutas, como fizeram anteriormente os Tribunais nacionais, sob pena de ofensa ao princípio da proporcionalidade. E não há outra forma de diferenciar senão eximindo as ações diversas da atividade comercial da incidência do art. 44, *caput* e parágrafo único, e do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos.

A realização desse controle de constitucionalidade sobre o art. 44, por tudo o exposto, parece, certamente, ser o posicionamento mais adequado. Contudo, não se pode ignorar que aquele que não partir de uma interpretação gramatical restritiva

desse artigo, mas de uma perspectiva literal, por exemplo, fará a aplicação das previsões desse indiscriminadamente às diversas condutas que estão sob sua égide.

O analisado artigo 33 da atual Lei de Drogas já fere o princípio da proporcionalidade ao tipificar ações diversas com a mesma sanção penal (CARVALHO, 2006). O art. 44, ao atribuir penalização mais gravosa a condutas novamente diversas, aos moldes do Direito Penal do inimigo, indica estar a reiterar a sua opção política criminal para drogas de sancionar todos os atos que circundam o tráfico com a mesma gravidade deste. Embora não se possa concordar com isso, é o que está posto.

A esfericidade da tipificação do tráfico de drogas, no entanto, não se restringe só a questão exposta até agora. O dolo genérico do art. 33 e, mais uma vez, a pluralidade de núcleos verbais usada na sua redação normativa geram mais um meandro conceitual quando cotejado esse tipo penal com o art. 28 da mesma Lei. Isso porque as condutas adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo, previstas pelo art. 33, são também elementares do art. 28.

Observe-se o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 (BRASIL, 2006):

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

A diferença determinante, no caso desses verbos previstos por ambos os tipos, que subsumirá a conduta em análise em um artigo, ou em outro, e determinará se o agente está a cometer um crime de menor potencial ofensivo, ou um delito tratado com a rigidez de crime hediondo, é o dolo, que no caso do art. 28 não é genérico, nele

é exigido pela norma incriminadora o desígnio específico do agente de agir para consumo pessoal.

Enquanto que no art. 33, como já referido, não há exigência de dolo específico, desligado da finalidade de comercialização, o cometimento de qualquer uma das condutas previstas já seria suficiente para configurar o ilícito tipificado.

Ocorre que, essa forma de construção legislativa dos tipos em comento geraria a anômala situação de não ter o Órgão Acusatorial, ao imputar um fato descrito pelo art. 33, que também seja previsto pelo art. 28, a obrigação de demonstrar que a destinação, no caso imputado, não é para o consumo pessoal, porque o genérico dolo do art. 33 assim o permitiria. Acabaria, na prática, então, ao acusado, em uma inversão do ônus probatório, ter que provar a finalidade para consumo ao se defender da acusação (CARVALHO, 2016).

Para que uma inconstitucional inversão probatória não ocorra, em se tratando dos núcleos verbais previstos pelos dois tipos referidos, assim como há previsão de dolo para consumo no art. 28, deveria ser pressuposto da imputação ao art. 33 o desígnio mercantil (CARVALHO, 2016).

Do contrário, caso não houvesse a demonstração desse desidério específico do agente ao praticar o ato, ou restando dúvida que a conduta tenha tido finalidade comercial, seria imprescindível a desclassificação do fato atribuído para aqueles previstos pelo art. 28 (CARVALHO, 2016).

Dessa forma, em que pese o § 2º do art. 28 elenque elementos para a determinação de se a droga se destinava ao consumo pessoal, essas circunstâncias não devem definir o tipo penal que está *in casu*, precisam ser entendidas como elementos que sugestionam o tipo. O enquadramento penal, obrigatoriamente, deveria ser aferido no dolo da ação (CARVALHO, 2016).

Nesse ponto, uma importante ponderação merece ser notada, nas palavras do professor Salo de Carvalho (2016, p. 188):

Igualmente na questão das drogas: quantidade elevada, acondicionamento em embalagens distintas, antecedentes, entre outras inúmeras circunstâncias fáticas, podem revelar tanto situação de mercancia como de uso próprio – *v.g.* sujeito preso em flagrante com quantidade elevada de droga, disposta em recipientes distintos, gera apenas indício de comércio, não podendo ser descartada, de plano, a hipótese de porte para consumo,

visto o fato de poder ter adquirido o produto exatamente nestas condições. O problema não está, frise-se vez mais, nos dados externos da conduta, mas no aspecto cognitivo e volitivo do agir.

Nesse sentido, encontra-se o posicionamento da professora Luciana Boiteux (2014), para qual a ausência no texto legal de uma definição capaz de diferenciar aprioristicamente o uso do tráfico de entorpecentes lesaria princípios constitucionais, como os da legalidade e da proporcionalidade, bem como causaria danos às possibilidades de defesa do imputado. Considera a jurista, assim, não ser constitucional a vagueza da legislação penal, mormente pela nefasta consequência de não conter a repressão penal sobre os indivíduos que fazem uso de drogas.

Outra questão que chama atenção na análise da tipificação do tráfico de entorpecentes é a figura daquele que oferece, eventualmente, drogas para consumo compartilhado, sem intenção lucrativa, a pessoa de seu relacionamento, hipótese prevista pelo § 3º do art. 33 da atual Lei de Drogas.

A inexistência de finalidade mercantil na ação, o objetivo de consumo compartilhado, a sanção privativa de liberdade prevista para esse delito, detenção de seis meses a um ano, que o tornam um crime de menor potencial ofensivo, notoriamente, afastam essa previsão penal do art. 33, no qual esse parágrafo se encontra, do próprio art. 33 (CARVALHO, 2016).

Isso porque, conforme já exposto, é nesse tipo que se encontram previstas algumas condutas de tráfico, preparação e afins, aos quais são determinadas a sanção privativa de liberdade de cinco a quinze anos e tratamento tão rígido quanto o de crimes hediondos.

Nota-se, portanto, que o comportamento definido como ilícito penal por esse parágrafo está mais próximo do art. 28, que, como visto, tipifica como crime condutas cuja finalidade específica é o consumo pessoal, e que também é um delito de menor potencial ofensivo. Reforça-se, assim, a ideia, anteriormente analisada, que o art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não pode ser lido como se tratasse exclusivamente do tráfico de drogas (CARVALHO, 2006).

Ante todo o exposto, mostra-se, então, que a definição jurídica do traficante, por pressuposto, o agente que incide no tipo ilícito do tráfico de entorpecentes e substâncias afins, é, de fato, uma questão conceitualmente intrincada, devendo-se ter

em mente todas essas ponderações realizadas, posto que um erro de leitura conceitual acarretará danosos efeitos no campo da punibilidade das condutas dos indivíduos que se apresentam à esfera penal.

5.2. QUEM É SOCIALMENTE O TRAFICANTE?

A dificuldade de delimitar juridicamente o que é incidir sobre o tráfico de drogas e, em decorrência, o conceito jurídico do traficante, não se repete quando se lança na busca de quem representa na sociedade essa figura.

Na abertura da Comissão de Narcóticos das Nações Unidas, em 2014, informou o subsecretário geral da Organização das Nações Unidas, da ONU, que as drogas representam uma ameaça mundial, que faz circular cerca de 750 bilhões de reais por ano, negócio esse que estaria mantendo essa cifra de forma estável desde o ano de 2009 (FOLHA, 2014).

No controle desse imenso segmento mercadológico, estaria a figura do traficante, que teria uma imagem, construída pelos meios oficiais e de notícias, de ser um poderoso indivíduo atrelado a organizações criminosas, que utiliza meios violentos na sua atuação criminosa, e que é substancialmente beneficiado economicamente em razão de operar com o mercado das drogas (D'ELIA FILHO, 2011).

É para essa figura que a política criminal para drogas, em combate, se volta (D'ELIA FILHO, 2011). Em tal grau, que “um em cada três presos no país responde hoje por tráfico de drogas” (G1, 2017).

O Jornal G1, em fevereiro de 2017, realizou um grande levantamento de dados, junto aos Tribunais de Justiça e Governo dos Estados, referentes a população encarcerada no país pela política criminal para drogas. Conseguiu obter sobre a questão informações em vinte e dois Estados. Estados como a Bahia e o Rio de Janeiro, e outros três, no entanto, teriam alegado não dispor desses dados, ficando de fora dos números apresentados pela matéria.

Uma apuração realizada por esse meio de informação, em 2015, já havia revelado que com a entrada da Lei nº 11.343/2006 no ordenamento pátrio, o número de presos por tráfico de drogas aumentou cerca de 340% no período de 2005 a 2013.

Até o presente ano, contudo, o número teria ficado ainda maior, o aumento de prisões por esse crime teria sido de 480%, após um pouco mais de uma década de aplicação da atual Lei de Drogas (G1, 2017).

A Secretaria de Estado de Segurança Pública e Administração Penitenciária alerta que essas estimativas podem não ser tão corretas assim, uma vez que ao longo do tempo as informações sobre o âmbito carcerário estariam sendo divulgadas de maneira mais acurada, o que não ocorria antes por questões burocráticas (G1, 2017).

Em número bruto, em outubro de 2016, quando entrou em vigor a nova Lei de Drogas, a população carcerária em decorrência do crime de tráfico era de 45.133 (quarenta e cinco mil e cento e trinta e três). Em 2017, trata-se de um contingente de 182.799 (cento e oitenta e dois mil e setecentos e noventa e nove) (G1, 2017).

Tendo sido destrinchado no tópico anterior as complexidades jurídicas que permeiam o enquadramento da tipificação das condutas na Lei nº 11.343/2006, uma declaração dada por um Defensor Público, que já ocupou o cargo de secretário Nacional de Políticas sobre Drogas, ao Jornal, deve ser trazida à baila.

Manifestando-se sobre o aumento das prisões por tráfico, apontou duas questões que julga contributivas para tanto. Para ele, há falhas na investigação dos crimes relacionados as drogas, bem como faltaria um critério objetivo para a definição do usuário e do traficante, ausência que acabaria transferindo ao policial e ao juiz o dever de suprimir essa lacuna (MAXIMIANO apud G1, 2017).

A verdadeira imagem social de todo esse grande número de pessoas presas como traficante de drogas, no entanto, é bem diversa daquela imputada pelos meios oficiais e de notícias e pelo que podem indicar essas bilionárias cifras monetárias aduzidas.

O delegado de polícia no Estado do Rio de Janeiro, Orlando Zaccone (2011), diz que sua profissão o mostrou uma realidade completamente diferente. Em suas palavras, os indivíduos presos diariamente nas circunscrições policiais pelas diversas condutas sancionadas como tráfico de drogas são “[...] homens e mulheres extremamente pobres, com baixa escolaridade e, na grande maioria dos casos, detidos com drogas sem portar nenhuma arma. Desprovidos do apoio de qualquer ‘organização’ [...]” (D’ELIA FILHO, 2011, p. 11-12).

A semelhante constatação aduz a professora Luciana Boiteux (2014) ter chegado mediante a realização de uma pesquisa nas sentenças da primeira instância do Rio de Janeiro e do Distrito Federal. Revelou essa investigação que cerca de sessenta por cento dos sentenciados pelo crime de tráfico de substâncias entorpecentes responderam ao processo sozinhos e aproximadamente sessenta e cinco por cento eram primários e foram encontrados com pouca quantidade de drogas.

Pondera a jurista, assim, que os números noticiam, contrariamente a imagem construída pelos meios oficiais e de notícias, que a maior parte dos traficantes de drogas não atuam de modo conjunto e nem obrigatoriamente compõem associações criminosas (BOITEUX, 2014).

Em 1995, o Cel. Romeu A. Ferreira desenvolveu a Teoria dos 3 Níveis ou do *Iceberg* Invertido, que passou a ser adotada pela Subsecretaria de Inteligência da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. Essa concepção teórica aponta que há três níveis de atuação no caso do delito de tráfico de drogas, que seriam adequadamente representados dispostos em um formato de um *iceberg* invertido (D'ELIA FILHO, 2011).

A extremidade superior da geleira, nesse caso sua enorme base, é a que ficaria visível, sofreria a maior parte da incidência da repressão penal e é onde se encontraria o maior número de indivíduos que atuam no delito de tráfico. Trata-se do comércio de entorpecentes nas favelas, o varejo do tráfico de drogas, a mercancia em pequena quantidade. Todavia, esse é apenas o nível mais baixo, é o nível três da forma de atuação desse crime (D'ELIA FILHO, 2011).

As pessoas enriquecidas com esse mercado, aqueles que não tem sua imagem sequer relacionada a esse delito, os grandes produtores, os grandes empresários, os fornecedores de altas quantidades de substâncias entorpecentes atuariam de forma oculta nos níveis dois e três, patamares de maior poder no crime de tráfico de drogas, mas que não estariam aparentes e não seriam efetivamente atingidos pelos órgãos de repressão, encontrar-se-iam na parte submersa do *iceberg* (D'ELIA FILHO, 2011).

Percepção semelhante é apresentada pela juíza de direito aposentada, Maria Lúcia Karam (2012). No capítulo de sua autoria, “‘Guerra às drogas’ e criminalização da pobreza”, que compõe o livro “Estudos Críticos sobre o Sistema Penal”, assevera que a guerra contra as substâncias consideradas ilícitas arbitrariamente no começo

do século passado, que foi declarada oficialmente pela primeira vez, em 1971, pelos Estados Unidos durante o Governo Nixon, é, igualmente a todas as outras guerras, um combate a pessoas, não a coisas.

Um enfrentamento, portanto, aos que comercializam, produzem e consomem essas substâncias. Todavia, assevera que não é um combate feito indistintamente. É um enfrentamento que incide mais diretamente sobre as pessoas vulnerabilizadas, “os ‘inimigos’ nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os desprovidos de poder.” (KARAM, 2012, p. 685).

A rara penalização de um criminoso apontado como rico ou importante no âmbito do tráfico, afirmará, ainda, a jurista, não modifica a lógica seletiva de punir da política criminal nacional para drogas. Essa exceção cumpre a função de legitimar um sistema que vem sendo utilizado como forma de dominar, segregar e discriminar a parcela mais pobre da população (KARAM, 2012).

O criminalista Augusto Thompson (2007) apontará em seu livro, “Quem São os Criminosos? O Crime e o Criminoso: Entes Políticos”, quatro fatores determinantes para a seletividade punitiva. Apesar desse livro ter sido publicado pela primeira vez em 1983, ao menos três desses fatores mostram-se atuais e pertinentes para o estudo que se realiza, razão pela qual devem ser trazidos para a análise.

Primeiro, dirá esse autor que os crimes são mais aparentes quando perpetrados nos locais onde a polícia mais facilmente pode ter acesso. Esses seriam os lugares públicos, ou nos quais há uma facilidade de entrada, a exemplo dos estabelecimentos populares, como mercados e bares, bem como as favelas, cuja a frágil estrutura física a torna facilmente penetrável (THOMPSON, 2007).

De forma oposta, os crimes seriam menos expostos, aponta o jurista, quando praticados em locais onde o acesso não é facultado a todos, tais como casas, prédios, condomínios e lojas voltadas para público de classes econômicas mais abastadas (THOMPSON, 2007).

Desse modo, afirma, de antemão, que a parte da população mais favorecida financeiramente se beneficia da proteção e da privacidade propiciada por sua condição econômica e por suas propriedades privadas. Enquanto que, os menos abastados, por ocuparem mais os espaços públicos, teriam os seus ilícitos mais visíveis ao órgão repressor policial (THOMPSON, 2007).

O segundo fator apontado para a seletividade punitiva é que teria sido construído na ideologia dominante uma associação entre o crime e a escassez de recursos, gerando uma imagem estereotipada do criminoso como alguém pertencente a uma classe social baixa (THOMPSON, 2007).

Essa preconceção discriminatória, que teria resquícios das ideias lombrosianas, aduz o criminalista, é reforçada justamente pelo supracitado ponto de ser maior a exposição dos delitos da parcela mais pobre da população. Criando, assim, um ciclo vicioso, esse preconceito fundamentará a maior incidência da polícia sobre o segmento social mais pobre, o que, em consequência, aumentará a estatística do cometimento de crimes por essa parcela, reforçando a discriminação (THOMPSON, 2007).

Na formação dessa imagem estereotipada do criminoso atuaria, ainda, a ideia, inspirada nas noções do contrato social, de que aqueles que incidem nos preceitos penais, desrespeitando o contrato estabelecido com a sociedade, portanto, são indivíduos que fogem à normalidade do restante do agrupamento social e passarão a ser, por isso, pensados como uma categoria à parte (THOMPSON, 2007).

Dos membros desse segmento apartado do grupo, que passará a ser identificado como de criminosos, em mais uma concepção generalizadora e discriminatória, passaria a ser esperado pela sociedade uma predisposição desses para o cometimento de novos delitos (THOMPSON, 2007).

É por conta dessa preconceção que, nas palavras do professor Augusto Thompson (2007, p. 68):

[...] mesmo sem dispormos de informações convincentes acerca da prática, por parte de dado indivíduo, de um fato preciso, contemplado como típico pela lei penal, reconhecê-lo-emos como delinquente se: pertencendo à classe inferior [...] apresenta registros policiais.

A provável maior visibilidade dos crimes cometidos pela parte menos abastada economicamente da população e o estereótipo discriminatório do criminoso que teria sido construído pela ideologia dominante são dois pontos, dos quatro fatores apontados pelo jurista como determinantes para a seletividade punitiva, que, como exposto acima, se retroalimentariam. Além disso, esses dois pontos gerariam ainda diversos efeitos subsequentes (THOMPSON, 2007).

Um desses, como assevera o criminalista, é que, de modo velado, à atividade jurisdicional criminal passaria a importar não apenas o fato em si praticado, mas, também, chamaria a sua atenção aquele que o praticou. E, ao encontrar um indivíduo proveniente de uma classe social mais baixa, que já tenha registros de ocorrências criminais anteriores, esses elementos, ainda que dissimuladamente, e de modo subjetivo, influiriam para a formação do juízo do caso (THOMPSON, 2007).

Mais um efeito decorrente, dirá o autor, é que essa imagem estereotipada concebida do criminoso influenciaria na decisão da vítima, e daqueles que tomam conhecimento de um crime, de denunciar, ou não, os fatos delituosos aos órgãos de repressão. Assim, frente aos mesmos fatos, assevera o jurista, haverá uma maior probabilidade de uma notícia crime ser prestada se aquele que os tiver praticado corresponder a esse estereótipo discriminatório de criminoso, do que quando perpetradas por em quem não se vislumbra essa imagem (THOMPSON, 2007).

Sobre aquele que se enxerga como igual haveria uma relutância de se colocar um rótulo de delinquente (THOMPSON, 2007). De modo que, “[...] a tendência será perdoar, esquecer ou resolver a questão em outra sede que não a policial.” (THOMPSON, 2007, p. 70).

Esse seria também mais um fator que determinaria que nos números dos órgãos oficiais apareça uma maior quantidade de casos delituosos praticados por pessoas mais pobres, o que, novamente, reforçaria o estereótipo preconceituoso que teria sido construído pela ideologia dominante (THOMPSON, 2007).

A atividade policial, por sua vez, faria também a sua seletividade, realizando, dentre os inúmeros crimes que se apresentam a ela, um filtro quanto aos delitos que deve, ou não, apurar. E a seleção a ser realizada também se pautará na noção discriminatória ideológica esboçada (THOMPSON, 2007).

Desse modo, ponderará o professor Thompson (2007) que quando se apresentarem à atividade policial duas condutas ilícitas, uma praticada por um morador do morro dos Macacos, e outra perpetrada por um indivíduo com graduação em curso universitário, “[...] haverá grandes possibilidades de – sinceramente – considerar o primeiro como um crime merecedor de punição e o segundo como uma mera escorregadela, suscetível de ser tratada com boa vontade e compreensão.” (THOMPSON, 2007, p. 73).

É exatamente a essa percepção que o delegado de polícia no Estado do Rio de Janeiro, Orlando Zaccone (2011), aduz ter chegado quando, depois de ter atuado na 41ª Delegacia de Polícia, em Jacarepaguá, foi transferido para a 16ª, na Barra da Tijuca. Relata que em Jacarepaguá, a circunscrição policial, que incluía a favela Cidade de Deus e o Morro do São José Operário, a cada dia, fazia, pelo menos, uma prisão em flagrante por tráfico de drogas. Contudo, na Barra da Tijuca, cerca de um ano depois de sua transferência, teria atuado apenas uma constrição flagrancial relacionada a prática desse crime.

Assim, assevera que alguém se debruçando sobre esse quadro, observando os números da atividade policial no Estado do Rio de Janeiro, concluiria pela inexistência do delito de tráfico de substâncias entorpecentes no bairro da Barra da Tijuca. Quando a inferência que, de fato, deveria realizar é de que os números mostram que a política criminal para drogas está a selecionar aqueles que serão alvo de sua punição (D'ELIA FILHO, 2011).

Sobre essa seletividade realizada pelo órgão policial, segundo o jurista Augusto Thompson (2007), a maior parte da seletividade punitiva é realizada por este órgão. E em decorrência disso, seria a atividade policial que balizaria a atividade judicial, no sentido de que esta estaria largamente adstrita ao quanto fornecido pela polícia.

Outrossim, aponta que interessa a um mecanismo de punição seletivo a existência de uma polícia corruptível, que possa ser influenciada. E esse seria justamente o terceiro fator que o autor aduz como responsável para que a sanção seja aplicada de forma selecionada, é que também apenas aqueles com poder e, ou, dinheiro podem tirar proveito de um desonesto instituto de repressão (THOMPSON, 2007).

A mesma lógica apontará, ainda, no importante papel da presença dos advogados na instância da delegacia que, dando uma maior proteção frente a possíveis práticas de arbitrariedades, ou até mesmo garantindo um tratamento mais privilegiado ao suspeito, por ser facultado na fase inquisitorial, é um fator, em si, também seletivo (THOMPSON, 2007).

Isso porque, esse defensor só se encontrará atuando nessa sede quando se tratar de acusados que tenham condição material de arcar com seu custo, unindo-se,

assim, aos fatores de seletividade em razão da condição financeira do indivíduo (THOMPSON, 2007).

Sobre esse terceiro pilar do sistema seletivo punitivo, deve-se notar a reflexão realizada pelo advogado criminalista: “Trata-se de mais uma sacudidela na joeira da discriminação. A polícia está podre? A justiça está podre? Não, o sistema está atingindo os seus objetivos.” (THOMPSON, 2007, p. 79).

Apesar de, como se demonstrou ao longo do tópico, ser notória a existência de diferentes graus de atuação dentro do conjunto das diversas condutas sancionadas como tráfico de drogas, diferentes níveis dispostos na forma de um *iceberg* invertido, aquele que “dispara fogos de artifício para avisar da chegada da polícia” (D’ELIA FILHO, 2011, p. 12) é penalmente inscrito no mesmo tipo penal “de quem tem o comando do negócio no varejo, bem como dos grandes produtores e daqueles respeitáveis empresários que financiam a produção e o comércio destas substâncias” (D’ELIA FILHO, 2011, p. 12-13).

Para além da já analisada manifesta desproporcionalidade na tipificação das ações relacionadas ao tráfico de substâncias psicoativas, com o que foi visto nesse tópico, o que é forçoso perceber é que a forma seletiva de atuação dos órgãos de repressão acaba por criminalizar a pobreza.

E com isso, termina por direcionar a aplicação da política criminal para drogas, sobretudo, aos pequenos traficantes, “[...] conhecidos como ‘esticas’, ‘mulas’, ‘aviões’, ou seja, aqueles jovens (e até idosos) pobres das favelas e periferias cariocas, responsáveis pela venda de drogas no varejo, alvos fáceis da repressão policial [...]” (D’ELIA FILHO, 2011, p. 12).

De fato, como mencionado, a rara penalização de um criminoso apontado como importante no âmbito do tráfico não modifica a lógica seletiva da política criminal que acabou sendo construída, uma vez que “[...] ‘grandes’ traficantes, como *Fernandinho Beira Mar*, e pouco mais de uma dezena de nomes [...]” (D’ELIA FILHO, 2011, p. 12) servem apenas para legitimar um discriminatório sistema que para cada grande traficante preso encarcera, superlotando um já caótico sistema prisional, “milhares de ‘fogueteiros’, ‘endoladores’ e ‘esticas’ [...]” (D’ELIA FILHO, 2011, p. 12).

Por todo o exposto, deve-se concluir que a política criminal nacional bélica para drogas, ao criminalizar a pobreza, acaba por incidir mais incisivamente sobre os

pequenos traficantes. É por isso que a presente investigação do tratamento dispensado a essa figura selecionada para ser o alvo principal desse sistema é tão primordial, é necessário apurar como aqueles que mais sofrem a incidência da repressão bélica para as drogas são tratados por esse sistema.

6. O TRATAMENTO DO PEQUENO TRAFICANTE

6.1. O “PEQUENO” INIMIGO SELECIONADO PARA SOFRER OS EFEITOS DE UMA GUERRA REAL

A ideia de combate aos entorpecentes não é simbólica ou fortuita, ao menos não na parte referente ao embate. O discurso formal, no entanto, de que seria um enfrentamento a coisas, no caso, a drogas, encobriria os verdadeiros objetivos da política criminal beligerante em prática (BARRETO, 2017).

Desde o começo, as políticas de repressão às drogas mostram uma ligação com fatores econômicos. Aliás, válido ressaltar que os primeiros confrontos relacionados às substâncias psicoativas, além de já terem sido bélicos, estavam associados ao choque de interesses econômicos de grandes potências europeias, especialmente a Inglaterra, com os interesses do Império Chinês (RODRIGUES, 2012).

Denominadas como as “Guerras do Ópio”, surpreendentemente, esses embates se trataram da oposição entre as potências coloniais, que forneciam o ópio para o mercado consumidor chinês, e queriam continuar com a comercialização, e o governo desse Império, que intencionava diminuir o consumo de drogas realizado por sua população (RODRIGUES, 2012).

A parte excepcional desses primeiros choques advém do fato de que, ao contrário do que se imaginaria, tendo em vista a forte política bélica atual de repressão aos entorpecentes, ou da proibição nesse âmbito realizada inclusive por países que participaram desses primeiros confrontos, esses embates inaugurais ocorreram com o intuito de que o comércio de drogas fosse mantido, não reprimido.

O retorno do desejo de controlar o ópio volta à cena com o impulso dos EUA, sendo realizada, em 1909, a Conferência de Xangai, que reuniu os países europeus, representantes do governo chinês e do estado norte-americano. Nessa ocasião, foi pactuado que, a partir de então, a fabricação e a comercialização dessa substância, bem como das que dela provém, se voltariam apenas ao suprimento das demandas medicinais existentes nos países (RODRIGUES, 2012).

A Conferência Internacional do Ópio, ocorrida em Haia, em 1912, mencionada anteriormente como o início da política criminal nacional para drogas, continuando na vertente econômica que permeia a regulação dessas substâncias, carregava forte, possivelmente até preponderante, interesse financeiro (D'ELIA FILHO, 2011).

Operando sobre interesses mercantilistas, dissimulados por um discurso moralista, os EUA, visando obstruir o comércio de ópio realizado pelas potências europeias com a China, e circunscrições vizinhas, encabeçou a convocação da Conferência de Haia, no intuito de reafirmar o controle que já tinha sido realizado sobre essa substância na Comissão de Xangai, mas que até então não tinha surtido efeito (D'ELIA FILHO, 2011).

A principal prejudicada com a restrição comercial do ópio, a Inglaterra, tentando fazer com que os efeitos econômicos recaíssem também sobre atividades comerciais desenvolvidas por outros países no âmbito das drogas, vinculou sua presença na Conferência à inserção no evento da discussão sobre a proibição de outros psicoativos como a cocaína e outras substâncias provenientes do próprio ópio. As alterações propostas foram incorporadas à convenção, podendo essa Conferência ser apontada como o real começo da restrição internacional sobre às drogas, nascido, como se constata, principalmente, em razão de interesses econômicos (D'ELIA FILHO, 2011).

Em razão disso, mas impulsionado também por um discurso conservador e moralista, em 1914, o Estado norte-americano aprovou em seu território a *Harrison Narcotic Act*. Os Estados Unidos restringiram com essa lei o uso sem finalidade médica de qualquer droga, criando a figura do traficante, indivíduo que deveria ser penalizado na seara penal, e do viciado, pessoa vista como um doente a ser tratado. Dessa forma, conseqüentemente, sob a ótica do ordenamento jurídico, foi criado o tráfico de drogas como um ilícito típico (RODRIGUES, 2012).

Paralelo ao discurso moralista realizado sobre a temática nessa época, era construída a concepção de que havia uma ligação entre o uso de determinadas drogas e a parcela pobre, ou de alguma forma estigmatizada, da população, como os hispânicos, negros, chineses e irlandeses, fazendo com que sobre essas minorias houvesse uma maior incidência dos rótulos criminais, moralizadores e sanitaristas relacionados às drogas (RODRIGUES, 2012).

Com essa associação, esses grupos, em razão dessa suposta ligação com as drogas, passavam a ser vistos como perigosos e, assim, eram olhados com desconfiança pelas autoridades oficiais de repressão, tornando-se, desse modo, os principais alvos das políticas de controle social (RODRIGUES, 2012).

O auge repressor nos EUA foi alcançado, em 1919, com a aprovação da nomeada “Lei Seca”. Essa legislação, atendendo aos anseios dos segmentos proibicionistas e conservadores da população, aboliu todas as formas de fabricação, circulação, armazenamento e venda de substâncias alcóolicas no país. O resultado de tal política não foi, como era de esperar, a diminuição do consumo de bebidas, o que ocorreu foi o crescimento da prática de crimes, uma vez que associações criminosas surgiram para atender a demanda mercadológica que continuava existindo, mas que não mais, licitamente, podia ser atendida (RODRIGUES, 2012).

Em 1936, através da Conferência de Genebra, o modelo norte-americano é expandido para outros países, é imposto às nações signatárias o dever de criação de departamentos específicos para reprimir o tráfico de psicoativos, no formato dos órgãos que já haviam sido criados pelos EUA em seu território (D’ELIA FILHO, 2011).

Em 1950, descrevendo-se o panorama geopolítico das drogas, de maneira geral, poder-se-ia dizer que os países desenvolvidos, os EUA e as nações ocidentais europeias, se encontravam de um lado, demandando uma maior restrição ao ópio, seus derivados, à maconha e à cocaína, mas desejando pouca regulamentação sobre as drogas sintética produzidas por suas grandes farmacêuticas (RODRIGUES, 2012).

Enquanto que, no outro extremo, estariam os países menos industrializados, defendendo as suas produções internas de ópio e de coca ou, caso essas fossem proibidas, pleiteando que a repressão legal alcançasse também as substâncias psicoativas produzidas em laboratório. A política de controle às drogas, no entanto, parecia preferir incidir sobre as substâncias psicoativas produzidas pelos países mais pobres (RODRIGUES, 2012).

Na década de 50, no mercado consumidor norte-americano, o uso da heroína, substância derivada do ópio, é popularizado, sobretudo na parcela mais excluída da população, ou seja, naquela época, principalmente entre as pessoas negras. Reforçando, em um tempo em que esse país praticava a segregação racial, o estigma

sobre essa parcela. Os ambientes frequentados pelas pessoas negras passaram a ser ligados à locais de uso de drogas (RODRIGUES, 2012).

Esse contexto propiciou a produção legislativa na temática das drogas. Os dois novos diplomas normativos no assunto, que surgiram nessa década, estabeleceram duras penas para o ilícito típico do tráfico, como cinco anos de pena privativa de liberdade ao traficante que não fosse reincidente e a pena capital àqueles que comercializassem substâncias psicoativas com jovens menores que dezoito anos (RODRIGUES, 2012).

Em 1961, o mundo se reúne, novamente, para a discussão do tema, produzindo a Convenção Única sobre Drogas, que determinava aos países o incremento da regulamentação sobre a comercialização de substâncias psicoativas para fins medicinais, bem como o aumento da repressão ao tráfico e ao cultivo ilegal. Um importante aspecto a ser pontuado dessa convenção é que ela tornou mais burocrática e técnica a regulamentação internacional sobre os psicoativos (RODRIGUES, 2012).

Em 1972, um adendo a essa convenção é realizado, incorporando novas drogas até então não reguladas. A identificação das drogas se dava através da sua disposição em listas, sendo uma lista para as substâncias alucinógenas, uma para as anfetaminas e duas para barbitúricos. Pelo método da permissão do uso dessas substâncias apenas para finalidade medicinal, só as drogas previstas na lista de alucinógenos não eram de forma alguma toleradas (RODRIGUES, 2012).

Contraditoriamente, essas não eram necessariamente as que representavam maiores riscos à saúde, em muitos casos sendo até menos tóxicas que outras permitidas. Deve-se notar que, em verdade, esse critério acabava servindo ao propósito de tornar ilícitas as substâncias que eram utilizadas para fins recreativos (RODRIGUES, 2012).

O ano de 1972 chega e com ele uma declaração do governo norte-americano de guerra às drogas. E, como já mencionamos anteriormente, a escolha política adotada pelo Governo Americano, nomeadamente pelo Governo Nixon, foi a de eleger as drogas como inimigo público dos EUA, bem como atribuir culpa aos países menos desenvolvidos pelo consumo dessas substâncias em seu território (CARVALHO, 2016).

A mudança de maior relevo nesse país na década de 80 é que nela a questão das drogas passou a ser entendida como um problema de segurança nacional. Os aforismos sobre a temática da segurança nacional passam a ser direcionados para lidar com o tráfico de entorpecentes, a questão passa a ser colocada em termos de segurança e de inimigo, nesse caso, no entanto, um inimigo no exterior (DEL OLMO, 1990).

A tal ponto que, a título exemplificativo do que significou essa mudança política, em dezembro de 1989, treze mil soldados americanos, executando a “Operação Causa Justa”, invadiram o Panamá para realizar a captura do governante do país, Manuel Noriega, após este ter sido condenado nos Estados Unidos pelo crime de tráfico de drogas. A operação obteve êxito, o sentenciado foi levado para o território norte-americano e passou a, nesse país, cumprir pena (RODRIGUES, 2012).

A América Latina, seguindo essa tendência, assim como o Brasil, como já abordado anteriormente no tópico que descreve a fase bélica da política criminal para drogas, se arma, adotando diversas providências para também entrar na guerra contra as substâncias psicoativas (DEL OLMO, 1990).

Os mecanismos criados pelo ordenamento nacional para compor sua artilharia já foram descritos anteriormente e aqueles que são selecionados para serem considerados os inimigos dessa guerra, também. Nesse tópico que se propõe a analisar essa guerra às drogas e seus efeitos sobre o seu alvo principal, o pequeno traficante, de antemão, contata-se, através desse breve relato sobre alguns momentos, no plano internacional, da criminalização das drogas, que a narrativa dessa proibição carrega muitos outros aspectos para além dos jurídicos.

A análise dessa guerra, portanto, deve, obrigatoriamente, levar em consideração os aspectos ocultos do seu discurso. Deve ponderar as questões econômicas que levaram as Nações a criminalizarem determinadas substâncias, bem como aquelas que levam milhares de pessoas a se integrarem em atividades relacionadas às substâncias psicoativas. E, ainda, os aspectos políticos, os interesses por trás das medidas criadas para lidar com a questão (DEL OLMO, 1990).

Deve considerar, portanto, que o tratamento dispensado às drogas carrega, como se mostrou, desde o seu início, uma visão que estigmatiza as parcelas mais vulneráveis economicamente da população, as minorias e os países mais pobres.

Exercendo, assim, em verdade, uma política de controle penal sobre a pobreza. Declarando, então, guerra, a esse inimigo que selecionou. Uma guerra, no entanto, não simbólica, mas sim, real.

As Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) mostram a realidade da guerra às drogas de controle penal sobre os mais pobres. Essa forma de policiamento traduz-se em impor a presença da polícia fortemente armada nas favelas, como se esses locais fossem campos de batalha a serem retomados (KARAM, 2012).

Em uma cena emblemática, a demonstrar o não simbolismo dessa guerra, em diversos casos, no momento em que a polícia consegue consolidar sua “conquista” é hasteada a bandeira do Brasil, exprimindo uma clara ideia de que uma zona inimiga foi dominada (KARAM, 2012).

Essa presença das forças policiais nas favelas, por sua vez, impõe aos indivíduos que nesses locais residem uma política de permanente fiscalização, tornando constante as abordagens pessoais e as buscas, com e sem mandados, em seus domicílios, ficando estes, portanto, mais expostos aos diversos abusos de autoridade. É a imposição, dessa forma, de um Estado de exceção contínuo aos mais pobres (KARAM, 2012).

No tópico anterior foi abordado como a política criminal nacional para drogas, especialmente com a entrada da Lei nº 11.343/2006 no ordenamento jurídico, provocou um enorme aumento de prisões. Contudo, esse não é o único efeito da guerra às drogas. Como todas as guerras reais, o combate às substâncias psicoativas é um enfrentamento físico ao dito inimigo, um combate perpetrado pelo Estado, na figura dos agentes policiais, aos “bandidos”, ocasionando, assim, mortes.

No Rio de Janeiro, nos últimos cinco anos, a contar de 2015, quase vinte por cento do número de mortes dessa capital teria sido provocado pela atuação das autoridades policiais no enfrentamento às drogas, sendo a maior parte das vítimas feitas nas favelas. Esse padrão de vítimas já seria, no entanto, observado há décadas (CARTACAPITAL, 2012). E não poderia ser diferente, como foi abordado anteriormente, o período bélico da política criminal para drogas iniciou-se em 1964, e, desde então, lançou uma dura base repressora.

Por outro lado, como é esperado, igualmente a todas as guerras, o combate às drogas tem suas baixas. O inimigo criado pela política criminal bélica para drogas,

comportando-se como tal, como o antagonista que o incumbiram de ser, revida, é assassinado, mas também mata.

Em 2016, nos confrontos entre policiais e “bandidos” ocorridos nesse ano, a maioria relacionados ao enfretamento das drogas, cerca de setecentos e um inimigos morreram frente a, aproximadamente, um número de trinta policiais militares. Ou seja, a cada vinte e três mortes no lado do inimigo, um policial morre no lado do Estado (ELPAÍS, 2017).

O bem jurídico que a política criminal para drogas almeja tutelar, como já referido, é a saúde pública, no entanto, contraditoriamente, os efeitos da guerra às drogas ocasionam graves lesões e riscos de lesões a esse mesmo bem (KARAM, 2012).

Como já apontava o professor Nilo Batista, em 1997, se um pesquisador se voltasse para a análise do combate às substâncias psicoativas no Brasil, e, em especial, no Rio de Janeiro, comparando a quantidade de pessoas mortas pelos efeitos das drogas, ou seja, por overdose, ou por qualquer outra razão ligada a sua toxicidade, com o número de vítimas da guerra aos entorpecentes, seria levado a conclusão de que a política criminal para drogas está, deliberadamente, praticando um genocídio da sua população.

Além disso, deve-se notar que, com a criminalização dos psicoativos, é deixado a cargo dos indivíduos que atuam no mercado clandestino das drogas a decisão de quais substâncias serão comercializadas, qual o grau de toxicidade que terão, com que outras drogas serão combinadas e a que pessoas serão mercanciadas (KARAM, 2012).

A política de proibição, paradoxalmente, acarreta uma ausência de controle sobre as drogas. E, com isso, os riscos das substâncias psicoativas são potencialmente incrementados, é maior o risco dessas drogas serem comercializadas adulteradas, ou com impurezas, ou com o grau de toxicidade desconhecido, aumentando, assim, as chances de ocorrência de *overdoses* (KARAM, 2012).

A política criminal nacional para as drogas é, há muitos anos, bélica e, como a, irrepreensivelmente, descreve o professor Nilo Batista (1997, p. 92):

A substituição de um modelo sanitário por um modelo bélico de política criminal, no Brasil, não representa uma metáfora acadêmica, e sim a intervenção dura e frequentemente inconstitucional de princípios de guerra no funcionamento do sistema penal [...]. Neste sentido, podemos concluir que, em nosso país, temos para as drogas uma política criminal com derramamento de sangue.

Os efeitos “dessa política criminal com derramamento de sangue” são o genocídio e o encarceramento. E esses são sentidos, conforme tudo o que se expôs, sobretudo, pelos pequenos traficantes. Esse é o primeiro tratamento dessa figura no sistema repressivo às drogas.

6.2 O INEFICIENTE TRATAMENTO JURÍDICO DO PEQUENO TRAFICANTE

A comercialização de substâncias psicoativas tem a sua divisão de trabalho, contando com diferentes graus de atuação e de patamares de poder na sua lógica de organização. Engloba desde participações individuais desimportantes àquelas que executam ações de grande relevância para a atividade fim (BOITEUX, 2009).

Contudo, como visto ao longo do estudo, a política bélica criminal nacional para drogas, aos moldes do “Direito Penal do inimigo”, expande a sua punibilidade, disciplinando igualmente, e duramente, diversas condutas distintas, atuando, manifestamente, de forma desproporcional na tipificação das ações relacionadas ao tráfico de drogas, passando por cima do fato de que existe uma complexa rede de atuações compondo essa atividade.

Assim, tendo sido analisada a política criminal bélica nacional para drogas, o seu histórico, as legislações que a compõem, o emprego que essa política faz do “Direito Penal do inimigo”, a figura jurídica e social do traficante, já foi possível notar que esse sistema realiza uma exígua abordagem legal da figura do pequeno traficante.

De antemão, nota-se que assim como não há na Lei nº 11.343/2006 o *nomen iuris* tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias afins, também não se encontra nela, especificamente, a definição de uma figura intermediária entre o usuário de substâncias psicoativas e o traficante, não se podendo vislumbrar nesse diploma normativo, diretamente, a diferenciação de tipos de comerciantes.

Contudo, o Relator do Projeto de Lei nº 7.134/2002, que deu origem à Lei nº 11.343/2006, da Comissão de Constituição e Justiça, Deputado Paulo Pimenta, exarou parecer consignando que a Comissão não negligenciou a distinção que existe entre pequenos e grandes traficantes. Asseverou que para cotejar essa diferença foi mantida uma causa especial de diminuição da pena para o agente primário, de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa (BRASIL, 2004).

Essa causa de diminuição de pena, como já mencionado, é encontrada no § 4º da Lei nº 11.343/2006 e convencionou-se denominá-la de hipótese de tráfico privilegiado. Deve-se investigar, então, se, e de que forma, o tratamento jurídico do pequeno traficante é realizado através dessa causa de diminuição.

Analisando se essa previsão legal seria bastante para diferenciar, de fato, o “pequeno” tráfico de drogas do “grande”, se é suficiente para aplacar os efeitos da beligerante política criminal nacional para drogas, ao retirar da malha desse sistema voltado para um inimigo, ao menos, a figura do pequeno traficante, de modo a assegurar a esse uma proporcionalidade na resposta penal (BOITEUX, 2009).

Não tendo sido encontrada uma grande abordagem desse tratamento na legislação que compõe a política criminal nacional para drogas, ou mesmo amplo tratamento dessa questão na doutrina, resta, então, perscrutar a jurisprudência em busca dessas respostas.

A professora Luciana Boiteux (2009) realizou uma grande pesquisa na jurisprudência, selecionando para um estudo setecentas e trinta sentenças condenatórias, todas baseadas na Lei nº 11.343/2006, prolatadas pela primeira instância do Rio de Janeiro e do Distrito Federal, entre 7 de outubro de 2006 e 31 de maio de 2008. Os dados alcançados por esse exame servem à análise que se propõe.

A maior parte dos sentenciados pelo crime de tráfico de substâncias entorpecentes, entre sessenta e um por cento e setenta por cento, variação ocasionada pela Justiça Estadual e Federal, responderam aos processos sozinhos. E, nos casos em que não foram presos sozinhos, foram encontrados apenas dois indivíduos operando conjuntamente (BOITEUX, 2009).

Levando à lógica, e já abordada, conclusão, de que, contrariamente a imagem construída pelos meios oficiais e de notícias, a maior parte dos traficantes de drogas

não atuam de modo conjunto e nem necessariamente fazem parte de associações criminosas.

Quanto à quantidade de droga encontrada com esses indivíduos, em Brasília, em quase setenta por cento dos casos foi encontrada a droga comumente denominada de maconha, em quantidades menores que cem gramas. No Rio de Janeiro, em cinquenta por cento dos casos a quantidade de maconha apreendida foi em faixa similar, até cento e quatro gramas (BOITEUX, 2009).

Quanto à cocaína, em Brasília, em cerca de trinta por cento das apreensões, foi obtido o montante entre cem gramas e um quilo e, em aproximadamente cinquenta por cento dos casos, foi encontrada uma quantidade de até cem gramas (BOITEUX, 2009).

Nota-se dessa pesquisa que cerca de noventa por cento dos feitos penais iniciaram-se em razão da prisão em flagrante dos condenados. No Rio de Janeiro, na Justiça Federal, no período estudado, todos os casos foram começados em razão da custódia flagrancial. Chama a atenção, ainda, que a maior parte dos sentenciados eram primários (BOITEUX, 2009). Na maior parte dos casos, contudo, a sanção cominada não foi inferior ao patamar mínimo estabelecido para o crime de tráfico.

A questão que mais interessa é auferir como se deu a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º da Lei nº 11.343/2006. Em pouco mais da metade das sentenças prolatadas, a causa de diminuição de pena do § 4º da Lei nº 11.343/2006 não foi aplicada (BOITEUX, 2009).

Nas decisões dadas no Distrito Federal, em cerca de quarenta por cento dos casos os Juízes não apresentaram qualquer justificativa para a não aplicação. E em, novamente, aproximadamente quarenta por cento, foi indicado que o condenado não possuía bons antecedentes (BOITEUX, 2009).

No Rio de Janeiro, a porcentagem de decisões que não apresentaram justificativa para a não incidência da hipótese de tráfico privilegiado foi aproximadamente a mesma. Contudo, vinte por cento dos juízes nessa capital asseveraram que não era possível a aplicação da previsão legal em razão do condenado dedicar-se a atividades criminosas, ainda que esses não tivessem em seu desfavor qualquer sentença condenatória anterior. E, mais vinte por cento, apontaram não ser possível a utilização em razão da não primariedade dos agentes.

Importante notar, contudo, a diferente atuação realizada pela Justiça Estadual e Federal. No Rio de Janeiro, a maioria dos indivíduos condenados por juízes federais não são brasileiros, foram presos com quantidades, substancialmente, maiores de drogas do que nos casos analisados pelos juízes estaduais, em mais de setenta por cento dos processos da Justiça Federal do Rio, por exemplo, o montante de cocaína encontrado foi de um a dez quilos. Todavia, as sanções cominadas pelos juízes federais foram inferiores aos julgadores da esfera estadual, tendo aqueles realizado a aplicação da hipótese de tráfico privilegiado na maioria dos seus procedimentos (BOITEUX, 2009).

Desse modo, os condenados pela Justiça Federal, em geral, estrangeiros que transportam internacionalmente substâncias psicoativas, acabam por receber penas mais baixas que aqueles sentenciados pela Justiça Estadual, em geral, moradores das favelas presos com baixas quantidades de droga (BOITEUX, 2009).

A seletividade da política criminal nacional para drogas que, doutrinariamente, foi abordada anteriormente, estatisticamente, restou comprovada. É a parte mais pobre da população, e nela, os pequenos traficantes, que é o alvo preferencial da punibilidade desse sistema. A pesquisa realizada concluiu empiricamente que a maior parte dos sentenciados por tráfico de drogas são os elementos com menor importância na complexa rede estrutural do comércio de substâncias psicoativas (BOITEUX, 2009).

E, para além de ter sido notado que não há adequação ou proporcionalidade entre a sanção imposta ao agente e o papel que esse desempenha na atividade do tráfico, a quantidade de droga apreendida e qual foi a substância em causa só foram vistos sendo ponderados para serem valorados negativamente, ou seja, para elevar a sanção (BOITEUX, 2009).

Para a investigação feita pela professora Luciana Boiteux (2009), para que se alcance uma efetiva proporcionalidade na determinação do tráfico de drogas, é necessário ser levado em conta a quantidade de droga encontrada e o grau de atuação do indivíduo na atividade mercantil dessa substância. Os critérios previstos pelo § 4º da Lei nº 11.343/2006 não são suficientes e, ainda, com a sua forma redacional, deixam a critério do julgador a incidência dessa causa de diminuição.

A investigação realizada propõe um ajustamento na redação dessa previsão normativa para que seja, de modo mais preciso, definido a figura do pequeno traficante, sugerindo que a previsão deva ser formulada para um indivíduo “[...] primário, que atua sem violência, e não possui comprovada vinculação com a rede do tráfico, para o qual se admitiria expressamente as penas alternativas à prisão, na forma prevista na parte geral do Código Penal, para condenações até quatro anos.” (BOITEUX, 2009, p. 24).

As construções normativas abertas utilizadas pela política bélica criminal nacional para drogas acabam por segregar penalmente, sobretudo, jovens da parcela mais pobre da população que, na sua maioria, são usuários de substâncias psicoativas e/ou pequenos traficantes, sendo exceções os casos em que “grande” traficantes são alcançados pelo sistema e apenados (CARVALHO, 2015).

Ou seja, o tratamento jurídico dado pelo sistema, não delimitando, claramente, a distinção entre o pequeno e o grande traficante, leva, na maior parte dos casos, a fazer incidir, indiscriminadamente, os efeitos da guerra às drogas na esfera jurídica à figura que tem o menor grau de atuação do outro lado da trincheira.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a analisar o tratamento do pequeno traficante no âmbito da relação da teoria do “Direito Penal do inimigo” com a atual política criminal nacional bélica para drogas. Era indispensável, portanto, para se atingir o objetivo do estudo, que se fizesse, previamente, a exposição das bases da teoria penal formulada pelo jurista alemão Günther Jakobs.

Dessa maneira, procurou-se esboçar no primeiro capítulo essa concepção teórica, tomando propositalmente como base os textos originais do seu teorizador, para, assim, trazer ao trabalho, da forma mais fidedigna possível, os seus pontos fundamentais.

Posteriormente, para o delineamento de um histórico da política criminal para drogas, foram elencados os elementos fulcrais das legislações anteriores voltadas para o tratamento da questão das substâncias entorpecentes, em especial do diploma normativo de 1976, norma precedente, no âmbito material penal, da vigente Lei nº 11.343/2006. Essa narrativa histórica era imprescindível para a adequada compreensão da atual política.

Lançou-se, então, ao exame da presente política de repressão às drogas, que, como foi demonstrado, é composta por diversos diplomas normativos e entrelaça-se à “Teoria do Direito Penal do inimigo”. Contudo, o estudo pormenorizado dessa política fugia aos propósitos do trabalho. A exposição ficou adstrita a evidenciar os seus fundamentos essenciais e verificar o relacionamento dessa política criminal com a teoria do “Direito Penal do inimigo”.

Com essas bases devidamente colocadas, pôde-se se voltar, detidamente, dentro do âmbito dessa relação, ao estudo da condição jurídica penal do comerciante de entorpecentes. Constatou-se que a política bélica criminal para drogas, criminaliza, sobretudo, a parte mais vulnerabilizada economicamente da população e, assim, faz com que a voraz incidência dessa política seja direcionada ao pequeno traficante.

Verificado ser o pequeno traficante o principal alvo do sistema de repressão às drogas, demonstrou-se que o propósito do presente trabalho acadêmico, analisar o tratamento dessa figura, é primordial.

Foi realizada a investigação de como ocorre o tratamento do pequeno traficante. O exame concluiu que os efeitos “dessa política criminal com derramamento de sangue” são o genocídio e o encarceramento. E esses são sentidos, conforme tudo o que se expôs, sobretudo, pelos pequenos traficantes. Esse é o primeiro tratamento recebido por essa figura no sistema repressivo às drogas.

Voltando-se a investigação para o tratamento jurídico do pequeno traficante, encontrou-se uma forma de disciplinar que, não delimitando, claramente, a distinção entre o pequeno e o grande traficante, leva, na maior parte dos casos, a fazer incidir, indiscriminadamente, os efeitos da guerra às drogas na esfera jurídica à figura que tem o menor grau de atuação do outro lado da trincheira.

REFERÊNCIAS

_____. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003.** Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/529732.pdf> . Acesso em: 13 jul 2017.

_____. **Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971.** Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5726-29-outubro-1971-358075-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 13 jul. 2017

_____. **O Encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: A decisiva contribuição do poder judiciário.** Rev. Fac. Direito UFMG. Belo Horizonte, n. 67, pp. 623 - 652, jul./dez. 2015.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** SP: Boitempo, 2004.

BARRETO, Ana Luisa Leão De Aquino. **Urgência Punitiva E Tráfico De Drogas: As Prisões Cautelares Entre Práticas E Discursos Nas Varas De Tóxicos De Salvador.** Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS, FACULDADE NACIONAL DE DIREITO, UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. Rio de Janeiro. 2017.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue.** Revista IBCCRIM Nº 20. Artigo. 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BOITEUX, L. Drogas e Cárcere: **Repressão às Drogas, Aumento da População Penitenciária Brasileira e Alternativas.** In: SHECAIRA, S. S. (org.). **Drogas uma Nova Perspectiva.** Monografia Nº 66. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

BOITEUX, L. **Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas.** Rev. Jur., Brasília, v. 11, n. 94, p.1-29, jun./set. 2009. Disponível em: www.planaltogov.br/revistajuridica. Acesso em: 04 set.2017.

BOITEUX, Luciana. **A nova lei antidrogas e aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes.** Boletim IBCCRIM – ANO 14 – Nº 167 – outubro – 2006.

BRASIL. **Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer do Relator pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação deste, do Substitutivo da Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, Violência e Narcotráfico e do PL 6108/2002, apensado, com substitutivo; e pela constitucionalidade, injuridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela rejeição da Emenda apresentada em Plenário ao PL 6108/2002, apensado.** 2004. Relator: Dep. Paulo Pimenta. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=FB82ED59E78C8AD8BF8575B409887070.proposicoesWebExterno2?codteor=197758&filename=Tramitacao-PL+7134/2002. Acesso em: 02 set. 2017.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06** – Salo de Carvalho. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo :Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. **Política de guerra às drogas na América Latina entre o direito penal do inimigo e o estado de exceção permanente** – Revista Crítica Jurídica – N°. 25 – Jul/Dic 2006.

D'ÉLIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas.** – Rio de Janeiro: Revan, 2007. 3º edição, agosto de 2011.

DEL OLMO, Rosa. **A face oculta da droga.** tradução de Teresa Ottoni. - Rio de Janeiro: Revan, 1990.

DEL OLMO, Rosa. **O estado na América Latina: mito e realidades na legislação de drogas.** Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, v. 5, n. 2, p. 125-132. abr./jun. 1992.

EFE. **“Drogas são ameaça que movimentam R\$ 750 bi por ano”**, diz ONU. FOLHA. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/03/1424768-drogas-sao-ameaca-que-movimentam-r-750-bi-por-ano-diz-onu.shtml>. 13 Mar. 2014. Acesso em: 12 ago. 2017.

FRANCO, Alberto Silva. **Lei de crimes hediondos na perspectiva do Legislador Penal e do Juiz Criminal.** Fasc. De Ciênc. Penais. Porto Alegre, v.5, n.2, p. 43-57, abr/mai/jun, 1992.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Direito penal do inimigo e os inimigos do direito penal.** Revista Ultima Ratio, Rio de Janeiro, v. 1, n. 0, p. 329-356., 2006.

GUZMÁN RODRIGUEZ, Esther *et all.* (2012). **La adicción punitiva: la desproporción de las leyes de drogas em América Latina.** Colômbia: De Justicia. Disponível em: <https://www.dejusticia.org/en/publication/addicted-to-punishment-the-disproportionality-of-drug-laws-in-latin-america/>. 5 december,2014. Acesso em: 04 ago. 2017.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas.** Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 6. Ed., 2. tir. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

JAKOBS, Günther. **¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?.** In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **El sistema funcionalista del derecho penal: ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal.** Lima, 29, 31 de agosto y 01 de setiembre del 2000. Lima: Grijley / Universidad de Piura, 2000. (Biblioteca de autores extranjeros). p. 43-60.

KARAM, Maria Lúcia. **"Guerra às drogas" e criminalização da pobreza.** In: **ESTUDOS críticos sobre o sistema penal.** Organização de Jacson Luiz ZILIO, Fábio da Silva BOZZA. Curitiba: LedZe, 2012. p. 679-697.

MARONNA, Cristiano Avila. **Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço.** Boletim IBCCRIM. ANO 14. N° 167. Out. 2006.

MARTÍN, Maria. **No Rio, a polícia que mais mata é também a que mais morre.** 10 abr. 2017. Disponível em:https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/04/politica/1491332481_132999.html. Acesso em: 31 ago. 2017.

REUTERS, G1 Globo – Mundo. **Adolescente é condenado à prisão perpétua por planejar ataque com bomba em show de Elton John em 2016.** Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/adolescente-e-condenado-por-planejar-ataque-com-bomba-em-show-de-elton-john-em-2016.ghtml>. 4 jul. 2017. Acesso em: 13 jun. 2017.

RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico: uma guerra na guerra. São Paulo: Desativo, 2003.

ROSSI, Marina. **Três votos, 25g e seis plantas fêmeas para a descriminalização da maconha.** Estadão. Set. 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/09/10/politica/1441919224_438796.html. 11 set. 2015. Acesso em: 20 ago. 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão e ANDRADE, Pedro Luiz Bueno de. **A lei de drogas e o crime de tráfico.** Boletim IBCCRIM – ANO 15 – Nº 177 – agosto – 2007.

STF: Crime de tráfico privilegiado não tem natureza hedionda. MIGALHAS. Informativo nº 4190. 16 jun. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI241278,51045-STF+crime+de+tráfico+privilegiado+nao+tem+natureza+hedionda>. Acesso em: 5 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Jurisprudência – **aplicação das súmulas no STF.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1271>. Acesso em: 5 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Notícias STF. **Regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas é inconstitucional.** STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=207130>. Acesso em: 5 ago. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Notícias STF. **STF declara inconstitucionais dispositivos da lei de drogas que impedem pena alternativa**. STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=160358>. Acesso em: 5 ago. 2017.

THOMPSON, Augusto. **Quem São os Criminosos? O Crime e o Criminoso: Entes Políticos.** Rio de Janeiro: EDITORA LUMEN JURIS, 2007. 2º Edição.

VELASCO, Clara; D'AGOSTINO, Rosanne e REIS, Thiago. **Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas.** G1. 3 fev. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acesso em: 12 ago. 2017.

WELLE, Deutsche. **Polícia do Rio mata em excesso, indica relatório da Anistia Internacional.** 13 ago. 2015. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/policia-do-rio-mata-em-excesso-indica-relatorio-da-anistia-internacional-5670.html>. Acesso em: 31 ago. 2017.