

WALTER NUNES DA SILVA JÚNIOR
OLAVO HAMILTON



DROGAS E PUNITIVISMO
SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA, AUMENTO DA CRIMINALIDADE E
FOMENTO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS



DROGAS E PUNITIVISMO
Superlotação carcerária, aumento da criminalidade e
fomento das organizações criminosas

Walter Nunes da Silva Júnior
Olavo Hamilton
(Organizadores)

DROGAS E PUNITIVISMO
Superlotação carcerária, aumento da criminalidade e
fomento das organizações criminosas

Arthur Gabriel de Freitas Pereira
Beatriz Amâncio de Paiva Freitas
Diego Alves Bezerra
Dulcerita Soares Alves
Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo
Gustavo Henrique de Araújo Oliveira
Hebert Orleans de Melo
Heloísa Teixeira Araújo da Silva
Heloyze Raquel Pinheiro de Souza
Henyhévery Cardoso Cabral
Ivinna Ellionay Alves dos Santos
João Lucas de Araújo
José Carlos L. W. M. Neves de Almeida
José Luciano da Silva Cruz

Lara Moreira Brito da Silva
Lavinia Cavalcante da Silva
Leonardo Oliveira Freire
Marcela Cardoso L. Oliveira Lima
Maria Eduarda Lima Queiroz de Souza
Matheus Nunes de Figueiredo
Milena da Silva Claudino
Nathália Leite de Medeiros
Olavo Hamilton
Raphaela Jéssica Reinaldo Cortez
Rodrigo Cavalcanti
Romildson Farias Uchôa
Sophia Fátima Morquecho Nôga
Walter Nunes da Silva Júnior



Copyright © 2024
All rights reserved.

OWL – EDITORA JURÍDICA

editora@owl.etc.br • www.owl.etc.br

CONSELHO EDITORIAL

Carlos Wagner Dias Ferreira
Edilson Pereira Nobre Júnior
Francisco Barros Dias
Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti
José Orlando Ribeiro Rosário
Hallyson Rêgo Bezerra
Leonardo Oliveira Freire
Marcelo Alves Dias de Souza
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas
Marcelo Pinto da Costa Neves
Marco Bruno Miranda Clementino
Maria dos Remédios Fontes Silva
Olavo Hamilton Ayres Freire de Andrade
Paulo Afonso Linhares
Thiago Oliveira Moreira
Walter Nunes da Silva Júnior

Drogas e punitivismo: superlotação carcerária, aumento da criminalidade e fomento das organizações criminosas /
Walter Nunes da Silva Júnior, Olavo Hamilton (orgs.) – Natal :
OWL, 2024.
500p.

ISBN: 9798883464934

1. Drogas. 2. Punitivismo.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
<i>Walter Nunes da Silva Júnior.....</i>	<i>11</i>
CAPÍTULO 1	25
PERFIL PRISIONAL DOS ENCARCERADOS POR TRÁFICO E ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO AO PROBLEMA DAS DROGAS	25
<i>Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo.....</i>	<i>25</i>
<i>Ívinnia Ellionay Alves dos Santos</i>	<i>25</i>
<i>João Lucas de Araújo.....</i>	<i>25</i>
<i>Matheus Nunes de Figueiredo.....</i>	<i>25</i>
<i>Romilson Farias Uchôa</i>	<i>25</i>
Introdução.....	25
1. Metodologia e fontes de pesquisa	30
1.1 Primeira etapa da pesquisa.....	31
1.2 Segunda etapa da pesquisa.....	33
2. Diagnóstico sobre o perfil do encarcerado por tráfico e associação para o tráfico de drogas: faixa etária, raça, escolaridade, filhos e pertencimento a organizações criminosas.....	33
3. Análise dos dados: debate sobre ferramentas de prevenção.....	42
3.1 Seletividade Penal como um alerta metodológico.....	42
3.2 Rotas do tráfico: alta previsibilidade associada à utilização de rodovias como forma de distribuição de entorpecentes.....	43
3.3 Fatores socioeconômicos do narcotráfico e o perfil médio do condenado por crimes de tráfico.....	45
Considerações finais do capítulo.....	47
Referências	50
CAPÍTULO 2	53
GUERRA ÀS DROGAS: OS DESAFIOS DA PERSECUÇÃO CRIMINAL A PARTIR DE DADOS DO PRESÍDIO ESTADUAL DE ALCAÇUZ E DO COMPLEXO PENAL DR. JOÃO CHAVES.....	53
<i>Arthur Gabriel de Freitas Pereira</i>	<i>53</i>
<i>Dulcerita Soares Alves.....</i>	<i>53</i>
<i>Nathália Leite de Medeiros</i>	<i>53</i>
Introdução.....	53
1. Caracteres sociais: entendendo o entorno para compreender o problema.....	57
2. A predominância da prisão em flagrante, a discussão em torno da fundada suspeita e a difícil distinção entre uso e tráfico de drogas	61
3. A duração razoável do processo como direito constitucional: análise dos dados referentes ao recorte temporal para oferecimento da denúncia e entre o oferecimento da denúncia e a sentença	65
Considerações finais do capítulo.....	70
Referências	72
CAPÍTULO 3	75
O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS: ANÁLISE A PARTIR DOS APENADOS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE.....	75
<i>Beatriz Amâncio de Paiva Freitas.....</i>	<i>75</i>
<i>Gustavo Henrique de Araújo Oliveira</i>	<i>75</i>
<i>Heloísa Teixeira Araújo da Silva</i>	<i>75</i>
<i>Henryhévery Cardoso Cabral.....</i>	<i>75</i>
Introdução.....	75

1. Apresentação dos dados	77
1.1 Duração do processo	78
1.2 Aplicação da pena	79
1.3 Dilação probatória e da prisão preventiva	80
2. A duração razoável do processo como direito fundamental	81
3. Análise dos dados coletados	83
3.1 A duração razoável do processo	84
3.2 Análise do procedimento	85
3.3 O instituto da prisão preventiva nos delitos de tráfico de drogas	87
4. As perspectivas da alteração no procedimento no anteprojeto de reforma da Lei nº 11.343, de 2006	88
4.1 A ausência de requisitos objetivos necessários à distinção prática dos tipos penais dos artigos 28 e 33 e sua projeção na duração razoável do processo	89
4.2 Análise pormenorizada dos dados auferidos da pesquisa com os apenados da Penitenciária Estadual Dr. Francisco Nogueira Fernandes, Alcaçuz, e as apenadas do Complexo Penal Dr. João Chaves	91
4.3 Alterações propostas pelo anteprojeto da Lei n.º 11.343, de 2006 e os seus potenciais reflexos na realidade carcerária do Rio Grande do Norte	93
Considerações finais do capítulo	94
Referências	96
CAPÍTULO 4	97
ESTUDO SOBRE A EXECUÇÃO PENAL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE: A PREDOMINÂNCIA DA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO NOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS.....	97
<i>Heloyze Raquel Pinheiro de Souza</i>	97
<i>Lara Moreira Brito da Silva</i>	97
<i>Lavinia Cavalcante da Silva</i>	97
<i>Maria Eduarda Lima Queiroz de Souza</i>	97
<i>Raphaella Jéssica Reinaldo Cortez</i>	97
Introdução	97
1. Considerações sobre a metodologia e fontes de pesquisa.....	99
2. Apresentação dos índices sobre execução penal dos crimes de tráfico de drogas no estado do Rio Grande do Norte.....	101
3. A predominância do regime fechado no cumprimento inicial da pena e o limiar da sua (des)proporcionalidade	105
Considerações finais do capítulo	112
Referências.....	113
CAPÍTULO 5	115
POLÍTICA CRIMINAL REFERENTE ÀS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES DE ACORDO COM A DOCTRINA DA REDUÇÃO DE DANOS: PERSECUÇÃO CRIMINAL COM FOCO NAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E NA ELIMINAÇÃO DO LUCRO COM O TRÁFICO.....	115
<i>Walter Nunes da Silva Júnior</i>	115
Introdução	115
1. Sistema Nacional de Política sobre Drogas (SENAD)	116
1.1 Crime de drogas para consumo próprio (art. 28, caput e § 1º) e de tráfico de drogas (art. 33, caput e § 1º, I).....	130
1.2 Ausência de critério objetivo na distinção entre os crimes de drogas para consumo e o de tráfico	135
1.3 Efeitos da política de encarceramento: aumento da criminalidade violenta e superlotação carcerária	141
2. Nova política criminal sobre as drogas: redução de danos e critério objetivo para a definição do crime de tráfico	150

2.1 Inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas para fins recreativos	154
2.2 Persecução criminal do lucro obtido com o tráfico ilícito	157
Considerações finais do capítulo	165
Referências	168
CAPÍTULO 6	171
PANORAMA DO PROBLEMA DAS DROGAS NO BRASIL: PARADIGMAS, ASPECTOS LEGAIS E TENDÊNCIAS.	171
<i>Romildson Farias Uchôa</i>	171
<i>Beatriz Amâncio de Paiva Freitas</i>	171
Introdução.....	171
1. O uso de drogas e o paradigma proibicionista: tendências e desafios.....	174
1.1 Marcos legais internacionais sobre entorpecentes	176
1.2 A legislação de drogas brasileira	178
2. O mercado ilícito de drogas como um negócio global.....	193
2.1 A ineficácia da guerra às drogas no Brasil e no mundo.....	196
2.3 Anteprojeto da nova Lei de Drogas e o Supremo Tribunal Federal	203
Considerações finais do capítulo	205
Referências	207
CAPÍTULO 7	211
SISTEMA PRISIONAL E ALTERNATIVA PENAL: A APAC COMO EFICIENTE POLÍTICA DE ENFRENTAMENTO DA CRISE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO, NOTADAMENTE ANTE O CRESCENTE ENCARCERAMENTO PROVENIENTE DA APLICAÇÃO DA LEI DE DROGAS.....	211
<i>Hebert Orleans de Melo</i>	211
Introdução.....	211
1. A crise do sistema prisional.....	214
1.1 Breves considerações sobre o <i>ius puniendi</i> e direitos fundamentais	214
1.2 A ADPF 347 e o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.	217
1.3 Agravamento do quadro: o encarceramento decorrente da aplicação da Lei de Drogas	222
2. A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC	226
2.1 A participação social e o dever de proteção	228
2.2 A metodologia APAC – A valorização humana como base.....	230
2.3 A eficiência e os desafios da APAC	235
Considerações finais do capítulo	242
Referências	243
CAPÍTULO 8	247
RELAÇÃO ENTRE A LEI DE DROGAS E O SISTEMA PRISIONAL COM BASE EM CRITÉRIOS EPISTEMOLÓGICOS.....	247
<i>José Carlos da Luz Wanderley Macedo Neves de Almeida</i>	247
<i>Leonardo Oliveira Freire</i>	247
Introdução.....	247
1. Os fundamentos da criminalização das drogas.....	253
1.1 Colonização e contracolônização.....	254
1.1.1 desconstruindo os ruídos e ressignificando as ideias	255
1.1.3 Perseguição de práticas culturais afro-ameríndias.....	260
1.2 Um contexto de crise e a estética das drogas como fenômeno da violência.	262
1.2.1 Sistema prisional e o universo da droga - caleidoscópio e antinomias.....	265
1.2.2 As cores do caleidoscópio.....	269
1.3 Normativa proibicionista	270
1.3.1 Normativa internacional	271
1.3.2 Política Nacional de Drogas: uma questão de segurança ou de saúde pública?	272
1.4 Síntese do tópico.....	274

2. Fundamentos epistemológicos e as ranhuras do atual	276
2.1.1 Produções dominantes de verdade e supressão epistêmica	278
2.2 Novo paradigma científico do pensamento sistêmico: reflexos das conclusões da física quântica na definição dos pressupostos da ciência – epistemologia, teoria e prática	280
2.2.1 O problema lógico	282
2.2.2 O problema da incerteza (objetividade)	282
2.2.3 O princípio da instabilidade	283
2.3 Confluências	284
2.3.1 Semântica novo-paradigmática	284
2.4 Síntese do tópico	286
3. Confluências	286
3.1 Transpondo as bases	287
3.2 Pensamento sistêmico: democracia, epistemologias nativas, epistemicídio e a dignidade da pessoa humana	290
3.3 Apontamentos metodológicos para a criação de políticas públicas	293
Considerações finais do capítulo	294
Referências	298
CAPÍTULO 9	303
A FIGURA FEMININA NO TRÁFICO DE DROGAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A LEI Nº 11.343, DE 2006, A PARTIR DE UM ESTUDO NO COMPLEXO PENAL DR. JOÃO CHAVES (RN).....	303
<i>Beatriz Amâncio de Paiva Freitas</i>	303
<i>Milena da Silva Claudino</i>	303
Introdução	303
2. Gênero, crime e cárcere: o encarceramento feminino em massa e a criminalização simbólica das drogas	305
2.1. A criminalização simbólica das drogas e encarceramento	306
2.2. A vulnerabilidade da mulher frente às prisões por tráfico de drogas	309
3. Prisões de mulheres no Rio Grande do Norte	311
3.1 O triplo sentenciamento da mulher encarcerada	311
3.2 Diagnóstico sobre o cárcere feminino por tráfico de drogas no Rio Grande do Norte	314
4. Alternativas à redação da Lei de Drogas a partir dos dados obtidos no Complexo Penal Dr. João Chaves (RN).....	322
Considerações finais do capítulo	327
Referências	328
CAPÍTULO 10	331
A SELETIVIDADE PENAL EM MEIO À GUERRA ÀS DROGAS: A DESIGUALDADE SOCIAL COMO PONTAPÉ PARA O RECRUTAMENTO DE PESSOAS PARA O CRIME.....	331
<i>Nathália Leite de Medeiros</i>	331
Introdução	331
1. A teoria do <i>labelling approach</i> e o sistema carcerário brasileiro	333
2. O perfil do processado e a produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas: um estudo comparado entre os dados produzidos ao longo da pesquisa e os presentes no relatório do IPEA e do Ministério da Justiça e Segurança Pública.....	338
3. A radiografia da seletividade do sistema de justiça penal brasileiro a partir da análise de dados.....	342
Considerações finais do capítulo	345
Referências.....	347
CAPÍTULO 11	351
A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E O TRÁFICO DE DROGAS: A APLICAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA E LIBERDADE PROVISÓRIA NOS CRIMES DA LEI N.º 11.343, DE 2006.....	351

<i>Sophia Fátima Morquecho Nôga</i>	351
Introdução	351
1. A prisão preventiva no tráfico de entorpecentes e seus impactos	355
1.1 A aplicação de cautelares diversas da prisão nos crimes de tráfico de entorpecentes	359
1.2 O princípio da homogeneidade no juízo de aplicação da prisão preventiva	363
1.3 Os critérios da prisão preventiva com as alterações da lei n.º 13.964/2019, sob o viés da Lei n.º 11.343, de 2006	366
2. A aplicabilidade da liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes	368
2.1 A previsão na Lei n.º 11.343, de 2006	369
2.2 Possibilidades e critérios para a concessão da liberdade provisória	371
3. A contribuição do crime de tráfico de drogas para um estado de coisas inconstitucional	372
3.1 O estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro	374
3.2 A interferência do tráfico de entorpecentes na superlotação carcerária	376
Considerações finais do capítulo	378
Referências	379
CAPÍTULO 12	383
PROVAS DIGITAIS E A CONDENAÇÃO POR TRÁFICO: UMA ANÁLISE SOBRE A FIABILIDADE DA PROVA VIRTUAL NA GUERRA ÀS DROGAS....	383
<i>Diego Alves Bezerra</i>	383
<i>Rodrigo Cavalcanti</i>	383
Introdução	383
1. Aspectos sobre a verdade e o processo penal	386
2. Cadeia de custódia da prova digital	389
2.1 A construção da prova no processo penal	390
2.2 Introdução às provas digitais	395
2.3 Cadeia de custódia da prova digital e seu <i>Hash</i>	397
3. Fiabilidade da prova digital e a condenação por tráfico de drogas	403
3.1 Fiabilidade: conceito, posição interna e externa	406
3.2 Extração e uso das provas digitais e precedentes judiciais	408
Considerações finais do capítulo	415
Referências	416
CAPÍTULO 13	423
A PLURALIDADE DE AGENTES NOS DELITOS DA LEI N.º 11.343, DE 2006: ANÁLISE DA TIPICIDADE DOS ILÍCITOS ASSOCIATIVOS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE	423
<i>Gustavo Henrique de Araújo Oliveira</i>	423
<i>Marcela Cardoso Linhares Oliveira Lima</i>	423
Introdução	423
1. Apresentação dos dados	425
2. Tipicidade do delito de associação para o tráfico	426
3. A razoabilidade, proporcionalidade e o devido processo legal	429
3.1 A prova da tipificação do delito de associação para o tráfico	432
3.1.1 Da associação para o tráfico na coabitação	433
3.1.2 Da organização criminosa	434
3.2 Indicativo de ocorrência de <i>bis in idem</i>	435
4. Associação para o tráfico no anteprojeto de reforma da Lei n.º 11.343, de 2006	439
Considerações finais do capítulo	441
Referências	443
CAPÍTULO 14	447
TÓPICOS INTERDISCIPLINARES SOBRE DEPENDÊNCIA DE DROGAS NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO HISTÓRICA,	

IMPUTABILIDADE PENAL E ANÁLISE DO ARTIGO 45 DA LEI DE DROGAS.

.....	447
<i>José Luciano da Silva Cruz</i>	447
Introdução	447
1. Tratamento jurídico da dependência de drogas no Brasil: uma análise histórica do artigo 45 da Lei n.º 11.343, de 2006	450
1.1 Imputabilidade penal no contexto jurídico brasileiro: uma análise comparativa entre o Código Penal e a Lei de Droga	453
1.2 Imputabilidade penal e dependência de drogas: interfaces legais e humanitárias sob o prisma do artigo 45 da Lei de Drogas	455
1.3 Dependência de drogas e exclusão de imputabilidade penal: uma abordagem da complexidade sob o prisma jurídico	459
1.4 Aplicação da isenção de pena da legislação antidrogas: critérios e procedimentos na exclusão de imputabilidade	461
2. O artigo 45 da Lei de Drogas na prática jurídica: uma análise das decisões judiciais sobre a excludente de imputabilidade.....	464
Considerações finais do capítulo	467
Referências.....	469
CAPÍTULO 15	473
LEI DE DROGAS: FUNDAMENTAÇÃO, DESPROTEÇÃO E FRACASSO	473
<i>Olavo Hamilton</i>	473
Introdução	473
1. O inimigo como fundamento do direito penal das drogas	476
2. A desproteção do bem jurídico sob tutela.....	479
3. O fracasso da criminalização das drogas	488
Considerações finais do capítulo	496
Referências.....	497

APRESENTAÇÃO

Walter Nunes da Silva Júnior

Os direitos fundamentais, mercê da sua *multifuncionalidade*, para além da perspectiva subjetiva, possuem, igualmente, uma dimensão objetiva, advindo daí o que a doutrina denomina *dever de proteção*. Em razão da dupla face dessa classe de direitos inerentes à condição humana, sem embargo de ter de respeitar os direitos da pessoa investigada ou acusada, o Estado possui o *dever de proteção*, o que há de ser perquirido por meio de políticas públicas traçando *diretrizes, estratégias e ações* adequadas para atingir esse fim.

É a transcendência da *proteção contra* o Estado para a *proteção pelo* Estado, do *Estado inimigo*, do qual se precisa proteger, para o *Estado amigo*, que deve prover as necessidades das pessoas, no caso do Brasil, por expressa dicção constitucional, mediante a garantia “... aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País (d)a inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade...” (art. 5º caput, da Constituição).

Estreme de dúvidas, o ponto ótimo dos planos institucionais tendentes a adimplir o dever de proteção do Estado é quanto à edificação de *políticas eficientes* voltadas para a *prevenção de crimes*, no escopo de reduzir, ao máximo, a criminalidade, protegendo a vida, a liberdade, a segurança e a propriedade de todos, notadamente em relação à *criminalidade violenta*. Sem se descurar, claro, em preceituar os instrumentos necessários para a persecução criminal no afã de lograr êxito no tratamento da questão criminal, o que não se confunde com iniciativas voltadas exclusivamente à punição, fomentadas na crença de que o remédio é a prisão, como infelizmente se pauta, desde sempre, a política nacional relacionada às drogas.

Cabe agregar que esse *dever de proteção* confiado ao Estado, a ser cumprido por meio de políticas públicas direcionadas ao tratamento da criminalidade, não se restringe com a missão que é da alçada do Estado-membro. O termo Estado, empregado na primeira parte do caput do art. 144, da Constituição, quer dizer *todos* os órgãos estatais, das 3 (três) esferas de poder – Legislativo, Executivo e Judiciário.

Portanto, não se trata de dever ínsito apenas ao Estado estrito senso, pois o caput do art. 144, interpretado em consonância com o caput do art. 5º, ambos da Constituição, impõe o entendimento de que essa tarefa deve ser desempenhada, de forma harmônica, pela União, como órgão central e formulador da política nacional, pelos Estados-membros e Municípios, assim como, pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. De mais a mais, tal como consta do final do art. 144 (“... dever do *Estado*, direito e *responsabilidade de todos*...”), a segurança pública é da *responsabilidade de todos*, o que inclui, portanto, até mesmo as pessoas físicas e jurídicas de direito privado (SILVA JÚNIOR; HAMILTON 2020, p. 9).

Pascoetto, com fulcro na teoria comportamental, adverte que, na quadra atual, não cabe exclusivamente ao *Estado* desenvolver ações no sentido de evitar a criminalidade, mas a *todos*, especialmente no propósito de conferir maior valor aos aspectos morais e de destacar os benefícios de se adotar o comportamento correto, dado que a vida em comunidade exige a colaboração dos componentes do grupo social para a consecução do bem comum (PASCOETTO, 2017). Essa compreensão serve de fundamento, inclusive, para a colaboração premiada (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 571-575)¹, para o *ombudsman* e o *compliance* nos programas das corporações (PASCOETTO, 2017, p. 157).

¹ A esse respeito, é correto afirmar que a colaboração premiada é um *incentivo* para o agente manifestar o seu arrependimento pelo agir ilícito, comprometendo-se a não mais delinquir, ao tempo em que constitui “uma forma de colaboração com a sociedade em si, na dimensão do art. 144, caput, da Constituição, que preceitua ser da responsabilidade de todos a

Nessa passada, a Lei n.º 13.675, de 11 de junho de 2018, a par de organizar o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, criou e definiu a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), instituindo o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP). Conforme as diretrizes do PNSPDS, a atuação na área da segurança pública deve ser de forma integrada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, desempenhada por meio de ações e políticas transversais para a preservação da vida, do meio ambiente e da dignidade da pessoa humana (art. 5º, IV, da Lei n.º 13.675, de 2018).

Diante desse novo arcabouço, em 17 de setembro de 2018, de forma pioneira em nosso meio, foi aprovado o *Plano Nacional de Segurança Pública*, o qual detalhou as competências, *princípios, objetivos, estratégias, meios e instrumentos* que norteiam o agir do Estado na área de segurança pública.

O foco das políticas de segurança pública e criminal, parece evidente, deve ser no sentido de direcionar as ações para o cumprimento com algum grau de eficiência do *dever de proteção*, pautando-se naquilo que mais aflige todo e qualquer cidadão brasileiro, que tem sido privado do direito de sentir-se em segurança, sujeitando-se a levar uma vida sem paz, com receio de sair à rua para o trabalho ou o lazer e não voltar ao seu lar ou a rever os seus familiares e amigos.

Isso porque é senso comum que o sentimento de insegurança da sociedade decorre da criminalidade violenta, representada fundamentalmente pelos crimes de homicídio e roubo, os quais, via de regra, são subprodutos dos delitos de tráfico de entorpecentes, *negócio*, segundo dados da Organização das Nações Unidas – ONU, que promove uma arrecadação ao redor do mundo em torno de US\$ 400 bilhões de dólares ao ano.

preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 572-573).

O alicerce financeiro propiciado com o tráfico de entorpecentes fomenta o surgimento de organizações criminosas sofisticadas, com alto poderio econômico-financeiro, a ponto de desafiar o próprio Estado, estabelecendo um poder paralelo, não apenas com a prática de ações subvertendo a ordem pública, mas, até mesmo, por meio da realização de atividades assistencialistas às famílias dos integrantes das facções, especialmente dos que estão presos.

Esse fenômeno está bem presente no Brasil. As facções criminosas que comandam a criminalidade possuem como suporte financeiro os recursos oriundos do tráfico de drogas e de atividades afins, foram criadas dentro dos presídios estaduais e fazem destes o seu *home office*, de onde exercem suas lideranças, atividades ilícitas e fortalecem os seus laços de poder.

As considerações acima revelam o equívoco da política criminal relacionada às drogas pautada na ideia punitivista germinada da *war on drugs*. Essa política, adotada em solo nacional desde sempre, e encampada pela Lei nº 11.343, de 2006, parte da crença da prisão como solução, trazendo como consequência o crescimento exponencial da população carcerária, ao tempo em que criminaliza o problema gerado pelo consumo de substâncias entorpecentes, atingindo especialmente as camadas sociais mais carentes, tratando-o como *caso de polícia* e não questão concernente à *saúde pública*, esquecendo, por outro lado, de se ocupar da rentabilidade das organizações financeiras, permitindo que a atividade criminosa por elas levada a efeito proporcione riqueza e poder.

A experiência e os estudos evidenciam que a preocupação em eliminar os ganhos financeiros com a comercialização de drogas ilícitas é tão ou mais importante quanto cuidar dos tipos penais pertinentes a essa modalidade de criminalidade. Até porque a finalidade com o tráfico de entorpecentes é a obtenção de lucro. Ir à prisão, mas conservar os ganhos financeiros com a atividade ilícita, em certo sentido, compensa o crime,

serve para que a pessoa, mesmo encarcerada, permaneça na criminalidade e tenha poder de liderança. Ademais, esse volume de recursos monetiza as organizações criminosas, conferindo-lhes o suporte financeiro para a sustentação de sua estrutura e financiamento de suas ações.

O estudo aqui apresentado em livro, realizado pelo Projeto de Pesquisa *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte*, gestado no âmbito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e por mim coordenado, levou em consideração essas nuances. Faz uma análise crítica sobre a população carcerária no estado do Rio Grande do Norte, em relação a quem imputada a prática de delito plasmado na legislação de drogas. Para tanto, seguiu as 4 (quatro) linhas que lhe dão alicerce, as quais coincidem com os 4 (quatro) pilares do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2020-2023: (a) prevenção; (b) investigação; (c) processamento; (f) execução da pena e reintegração social ou restauração.

Aqui cabe uma pequena digressão: este Projeto de Pesquisa é anterior à elaboração do PNPCP 2020-2023, editado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Na qualidade de conselheiro do CNPCP, sugeri que o plano em referência adotasse essas 4 (quatro) diretrizes, o que foi acolhido. Por conseguinte, a pesquisa foi guiada por essas 4 (quatro) linhas, articulando a análise dos dados quantitativos e qualitativos referentes ao perfil da população carcerária do Estado do Rio Grande do Norte, oriunda da prática de crimes estampados na Lei de Drogas.

Nesse desiderato, o Grupo 1 do projeto de pesquisa se ocupou de apontar reflexões sobre estratégias de prevenção ao problema das drogas; o Grupo 2, os desafios da persecução criminal; o Grupo 3, o processamento e o julgamentos dos delitos de tráfico; e o Grupo 4, a questão do regime fechado para o início de cumprimento da pena quanto a esses crimes. Os dados foram coletados com base em questionário previamente elaborado, respondidos mediante pesquisas nos sistemas processuais eletrônicos, os

quais foram analisados e criticados nos capítulos 1, 2, 3 e 4. Os demais capítulos foram concebidos tendo como ponto de partida os dados colhidos nos 4 (quatro) primeiros capítulos.

Para melhor conhecimento dos conteúdos dos capítulos delineados no parágrafo acima, eis as resenhas de cada um deles:

Capítulo 1: *Perfil prisional dos encarcerados por tráfico e estratégias de prevenção ao problema das drogas*, elaborado por Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo, Ívina Ellionay Alves dos Santos, João Lucas de Araújo, Matheus Nunes de Figueiredo e Romildson Farias Uchôa. Aqui é tratado o perfil dos condenados e condenadas por delitos de tráfico de drogas do ponto de vista da prevenção no estado do Rio Grande do Norte. A pesquisa foi realizada a partir de dados coletados por amostragem de presos no presídio de Alcaçuz e presas no Complexo Penal Dr. João Chaves. Por meio de questionários que foram preenchidos pelos integrantes do grupo, relativos aos processos dos apenados, traçou o perfil sócio econômico, educacional, etário e mediante outros critérios de modo a verificar a existência de padrões que permitam inferir possíveis estratégias de prevenção ao problema das drogas. Após identificar o perfil dos apenados por esse tipo de crime no Estado, confirmou as hipóteses do liame entre o perfil do encarcerado e baixos índices socioeconômicos, educacionais e laborais. As conclusões sobre o perfil traçado e as circunstâncias nas quais se deram as prisões, a maioria em flagrante delito, sem investigações prévias e sem um direcionamento a pessoas de estrato mais elevado na cadeia do tráfico, evidenciam a necessidade do redirecionamento da abordagem do problema, com duas vertentes, sendo a primeira delas o investimento massivo na polícia judiciária estadual e a segunda no sentido de focar na repressão às organizações criminosas, respeitadas as atribuições de cada instituição.

Capítulo 2: *Guerra às drogas: os desafios da persecução criminal a partir de dados do presídio estadual de Alcaçuz e do Complexo Penal Dr. João Chaves*, escrito por Arthur Gabriel de Freitas Pereira, Dulcerita Soares Alves e Nathália Leite de Medeiros. Essa parte do texto retrata a realidade da guerra às drogas e os desafios da persecução criminal a partir de dados retirados de pesquisa empírica. O estudo foi realizado com base nos dados do Presídio Estadual de Alcaçuz e do Complexo Penal Dr. João Chaves, sendo examinados por amostragem os processos de 162 (cento e sessenta e dois) presos do Presídio de Alcaçuz e 26 (vinte e seis) detentas da Cadeia Pública Dr. João Chaves. Analisa os

caracteres sociais dos apenados, delimitando-os por faixa etária, grau de instrução, dentre outros aspectos, para, assim, identificar o perfil dos presos em razão da Lei de Drogas. Revela a predominância da prisão em flagrante e a prática de buscas pessoais sob o argumento da fundada suspeita e a difícil distinção entre os crimes de uso e tráfico de drogas. Aborda a questão da duração das investigações e fornece ao leitor uma radiografia da *guerra* às drogas pela justiça potiguar.

Capítulo 3: *O processamento e o julgamento dos delitos de tráfico de drogas: análise a partir dos apenados do estado do Rio Grande do Norte*, escrito por Beatriz Amâncio de Paiva Freitas, Gustavo Henrique de Araújo Oliveira, Heloísa Teixeira Araújo da Silva e Henyhévery Cardoso Cabral. Este capítulo se ocupa em analisar os dados coletados na Penitenciária Dr. Francisco Nogueira Fernandes (Penitenciária Estadual de Alcaçuz) e no Complexo Penal Dr. João Chaves, sob a perspectiva da *duração razoável do processo* e o seu reflexo nos crimes de tráfico de drogas. Para tanto, delimita o perfil das pessoas privadas do direito de liberdade que cumprem pena por crimes tipificados na Lei de Drogas, e faz constatações sobre a realidade das tramitações processuais que envolvem os esses delitos.

Capítulo 4: *Estudo sobre a execução penal no estado do Rio Grande do Norte: a predominância da fixação do regime inicial fechado nos crimes de tráfico de drogas*, escrito por Heloyze Raquel Pinheiro de Souza, Lara Moreira Brito da Silva, Lavinia Cavalcante da Silva, Maria Eduarda Lima Queiroz de Souza e Raphaela Jéssica Reinaldo Cortez. O foco aqui é quanto à análise da (des)proporcionalidade da aplicação do regime fechado no cumprimento inicial da pena em casos de sentença condenatória pelo delito de tráfico de drogas. Para verificar as implicações que impactam o regime de execução da pena, utilizou-se tanto método quantitativo, quanto o qualitativo, visando articular o levantamento de dados estatísticos, obtidos através do Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU), com os aspectos teóricos. Aponta que a predominância da aplicação do regime fechado no cumprimento inicial da pena se mostra inadequada, não estando em sintonia com as alterações legislativas que afastaram a obrigatoriedade da aplicação inicial desse regime aos condenados pelo delito de tráfico de drogas.

Capítulo 5: *Política criminal referente às substâncias entorpecentes de acordo com a doutrina da redução de danos: perseguição criminal com foco nas organizações criminosas e na eliminação do lucro com o tráfico*, elaborado por Walter Nunes da Silva Júnior. Promove o exame crítico acerca da política de drogas adotada no Brasil desde a edição da Lei n.º 5.726, de 1971, revelando que a Lei n.º 11.343, de 2006, reproduziu o pensamento punitivista embutido na

chamada *war on drugs*, tratando como crime tanto o tráfico quanto o consumo próprio, deixando ao alvedrio do intérprete dos fatos, especialmente da autoridade policial, a definição quanto à tipificação da conduta do agente flagrado com substância entorpecente. Destaca o equívoco de se tratar o *usuário* como caso de polícia, e não como questão afeta à *saúde pública*. Aponta que essa postura, para além de aprofundar as desigualdades sociais, tem o condão de criminalizar a população mais carente, fator determinante para o *estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro*, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, linha de ação, portanto, ineficiente para prevenir ou reprimir o consumo e o tráfico de entorpecentes. São apresentadas sugestões para a alteração da Lei n.º 11.343, de 2006, sob a diretriz da política da *redução de danos*, focada na prevenção, definição de critério objetivo para a distinção entre o consumo e o tráfico de drogas, a descriminalização do consumo e a persecução criminal centralizada em coartar o lucro obtido com o tráfico.

Capítulo 6: *Panorama do problema das drogas no Brasil: paradigmas, aspectos legais e tendências*, elaborado por Romildson Farias Uchôa e Beatriz Amâncio de Paiva Freitas. Apresenta uma visão panorâmica do problema das drogas no Brasil, abordando os paradigmas proibicionistas seguidos pelo país, passando pelos aspectos legais, e as atuais tendências para o futuro da questão. Debruça sobre os diferentes aspectos que permeiam a política repressiva de drogas (médico, moral e punitivista), bem como a sua influência no encarceramento em massa da população marginalizada. Conclui, com base em diagnóstico trazido pela pesquisa, que o Brasil adotou a linha proibitiva mundial, com matriz estadunidense, convivendo na esfera pública visões belicistas, proibicionistas e liberatórias em relação ao tema. Assevera, ainda, que a atual Lei de Drogas contribuiu para a elevação da população carcerária, desacompanhada da esperada diminuição do consumo ou tráfico de drogas.

Capítulo 7: *Sistema prisional e alternativa penal: a APAC como eficiente política de enfrentamento da crise do sistema penitenciário brasileiro, notadamente ante o crescente encarceramento proveniente da aplicação da Lei de Drogas*, elaborado por Hebert Orleans de Melo. Examina a crise do sistema penitenciário brasileiro, cujo estado de coisas inconstitucional foi reconhecido pelo STF na ADPF 347, apresentando a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) como uma alternativa a ser utilizada no conjunto de ações que visam superar o quadro de violação massiva dos direitos fundamentais dos presos. Demonstra que, quando o sistema prisional deixa de receber a merecida

atenção por parte do Estado e da sociedade, a função da pena se desfigura e, em vez de proporcionar proteção, as prisões passam a funcionar como escolas do crime, propiciando cada vez mais violência. Apresenta a APAC como um modelo alternativo humanizado de cumprimento de pena privativa de liberdade com as finalidades precípuas de recuperar o preso, proteger a sociedade, socorrer a vítima e promover justiça restaurativa. Assevera que, centrada na valorização humana e na recuperação do preso, o modelo das APACs é substancialmente mais eficiente do que o do sistema prisional comum, em especial por apresentar um custo *per capita* 3 (três) vezes menor e um índice de reincidência inferior a 15% (quinze por cento). Arremata que o método APAC apresenta-se como uma alternativa a ser adotada.

Capítulo 8: *Relação entre a Lei de Drogas e o sistema prisional com base em critérios epistemológicos*, elaborado por José Carlos da Luz Wanderley Macedo Neves de Almeida e Leonardo Oliveira Freire. Esta parte do livro mergulha na epistemologia da transição do pensamento mecânico para o sistêmico com base nas conclusões da física quântica, explorando como a intersubjetividade, complexidade e dinâmica, assim como, a superação dos alicerces da objetividade, simplicidade e estabilidade, corroboram o abandono da *cosmofobia* em prol da adoção de uma abordagem sistêmica inclusiva conectada às cosmovisões indígenas e quilombolas. Questiona a história oficial, analisando perspectivas coloniais e a contracolônização, investigando a transformação da concepção de nação e humanidade no Antropoceno. Evidencia que a estrutura de poder do encarceramento massificado, por meio de uma linguagem firmada na tradição, cria um verdadeiro abismo para a compreensão sobre a realidade mesma, divergente com suas complexidades, que não parte das contingências do individualismo, mas se firma em bases múltiplas de um caleidoscópio plurissignificativo, que constituem uma compreensão mais ampla sobre os direitos fundamentais rompendo o modelo isolado na dominação no *antropoceno*. Conclui que o encarceramento firmado nesta lógica instrumentalizada em máxima da cultura dominante retira a autonomia dos seres e cria uma artificialidade que no *sistema de justiça*, na esfera penitenciária, criminaliza e coloniza a sociedade dentro de sua lógica excludente.

Capítulo 9: *A figura feminina no tráfico de drogas: considerações sobre a Lei n.º 11.343, de 2006, a partir de um estudo no Complexo Penal Dr. João Chaves (RN)*, elaborado por Beatriz Amâncio de Paiva Freitas e Milena da Silva Claudino. Analisa os aspectos que permeiam a prisão de mulheres em decorrência do cometimento do crime de tráfico de entorpecentes (art. 33, Lei n.º 11.343, de

2006) no Rio Grande do Norte, especificamente no Complexo Penal Dr. João Chaves. Demonstra a influência dos marcadores sociais de gênero, raça e classe no processo de inserção no tráfico de drogas e o processo de criminalização dessas mulheres pelo sistema de justiça criminal, bem como sua intersecção com a política repressiva de drogas. Destaca que a teoria do triplo sentenciamento feminino, cunhada por Corina Giacomello, se aplica, na prática, às mulheres potiguares presas por tráfico de drogas. Propõe alterações na Lei de Drogas vigente, sobretudo no que tange ao fenômeno de multiplicação dos verbos, observado no caput do artigo 33 da lei, bem como alternativas para superação das violências estruturais relacionadas ao sistema de justiça criminal.

Capítulo 10: *A seletividade penal em meio à guerra às drogas: a desigualdade social como pontapé para o recrutamento de pessoas para o crime*, elaborado por Nathália Leite de Medeiros. Aborda a seletividade penal que circunda a guerra às drogas, sinalizando o perfil dos processados em razão da Lei n.º 11.343, de 2006, e sobre a forma com que o preconceito arraigado no sistema de justiça interfere nesse âmbito, uma vez que pesquisas apontam que a maioria dos condenados começa a ser investigada a partir de abordagens policiais a pessoas consideradas suspeitas. Demonstra a incidência da teoria do *labelling approach* e o cenário encontrado no sistema carcerário. Por meio de pesquisa bibliográfica e de uma análise jurimétrica, aborda a seletividade penal do sistema de justiça penal brasileiro a partir dos dados existentes e dos produzidos ao longo da pesquisa, acentuando que as desigualdades sociais favorecem o recrutamento de pessoas para o cometimento de delitos. Finaliza afirmando que o perfil predominante dos réus nos crimes da Lei n.º 11.346, de 2006, tanto na pesquisa nacional quanto na elaborada em cenário potiguar, é de jovens pobres e de baixa escolaridade.

Capítulo 11: *A superlotação carcerária e o tráfico de drogas: a aplicação da prisão preventiva e liberdade provisória nos crimes da Lei n.º 11.343, de 2006*, elaborado por Sophia Fátima Morquecho Nôga. Investiga os institutos da liberdade provisória e da prisão preventiva, com fulcro no que dispõe a Lei n.º 11.343, de 2006 (Lei de Drogas). Faz comparação dessa legislação penal especial com o fixado no Código de Processo Penal. Tudo isso, sem olvidar de realizar uma interpretação sistemática com a Constituição Federal. Afirma que os dados revelam o viés punitivista da Lei de Drogas, trazendo como consequência a política de encarceramento, colaborando para a superlotação carcerária que, em última instância, é um verdadeiro estado de coisas inconstitucional. A partir da compreensão de que o sistema carcerário brasileiro vive um estado de coisas

inconstitucional e que existem medidas cautelares diversas da prisão eficazes, salienta a necessidade de evitar, no limite, a decretação de prisão preventiva nos crimes relacionados a drogas.

Capítulo 12: *Provas digitais e a condenação por tráfico: uma análise sobre a fiabilidade da prova virtual na guerra às drogas*, elaborado por Diego Alves Bezerra e Rodrigo Cavalcanti. Aborda a busca da verdade por meio da prova sob a perspectiva do avanço tecnológico e a fluidez dos dados, a verdade tomou aspectos transitórios que põem em dúvidas sua própria existência. Analisa a obediência à cadeia de custódia da prova nas condenações por tráfico de drogas como um fator de manutenção da fiabilidade da prova que possibilita ao magistrado uma decisão mais aproximada da garantia da verdade no processo, haja vista ser a prova no processo penal o elemento capaz de retratar os fatos juridicamente relevantes. Nesse passo, considerando a guerra que ora se promove às drogas, vislumbra a extrema necessidade de se obedecer, em um Estado Democrático de Direito, a cadeia de custódia da prova digital como forma de preservar e garantir os direitos fundamentais dos cidadãos contra as falsas e infundadas acusações. Considerando ainda que em grande parte das condenações por tráfico de drogas há fundamentação em elementos obtidos mediante captura de conversas ou dados digitais, a cadeia de custódia da prova digital serve para evidenciar sua integralidade como requisito mínimo para a sua valoração, o que pode ser feito, por exemplo, com a obtenção do código *hash*.

Capítulo 13: *A pluralidade de agentes nos delitos da Lei n.º 11.343, de 2006: análise da tipicidade dos ilícitos associativos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte*, elaborado por Gustavo Henrique de Araújo Oliveira e Marcela Cardoso Linhares Oliveira Lima. Indica que a tutela dos delitos associativos na Lei n.º 11.343, de 2006, não acompanhou as mudanças legislativas atinentes aos crimes associativos, permitindo uma pluralidade de tipificações para uma mesma conduta e ensejando a aplicação de penas médias de 10 (dez) anos de reclusão. A partir da margem de dúvida na aplicação dos tipos penais associativos, examina o *standard* probatório e traça prognósticos com a proposta do anteprojeto de lei de reforma da Lei n.º 11.343, de 2006. Constata um número representativo de processos nos quais a condenação dos delitos associativos é desacompanhada de acervo probatório robusto, evidenciando a ausência de proporcionalidade na aplicação das sanções, além de suscitar a existência de *bis in idem* entre as condenações, cenário que não se projeta nas tipificações sugeridas no anteprojeto de lei de reforma da Lei n.º 11.343, de 2006.

Capítulo 14: *Tópicos interdisciplinares sobre dependência de drogas no contexto jurídico brasileiro: evolução histórica, imputabilidade penal e análise do artigo 45 da Lei de Drogas*, elaborado por José Luciano da Silva Cruz. Examina a problemática da dependência química no contexto da Lei de Drogas (Lei n.º 11.343, de 2006), oferecendo uma análise abrangente do histórico legislativo que envolve essa legislação. Aborda minuciosamente os critérios estabelecidos para o reconhecimento da inimputabilidade, destacando elementos cruciais como a comprovação da dependência, a contemporaneidade com a infração penal e a completa incapacidade do agente. Explora, de maneira detalhada, os parâmetros clínicos presentes na CID-10 e no DSM-IV para identificação da dependência, além de discutir os procedimentos legais em situações de incerteza quanto à integridade mental, incluindo a solicitação de exame médico-legal e a possibilidade de internação. Analisa o processo de avaliação da insanidade mental nos termos dos artigos 149 a 154 do Código de Processo Penal, abordando temas como a medida de segurança e a absolvição imprópria. O estudo inclui a exploração das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, com destaque para precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN). Ademais, investiga casos que envolvem o reconhecimento da dependência química como causa da infração penal. Ressalta a distinção entre usuário e dependente e frisa a necessidade de um tratamento humanitário do toxicômano e sugere perspectivas futuras para políticas públicas nessa área.

Capítulo 15: *Lei de drogas: fundamentação, desproteção e fracasso*, elaborado por Olavo Hamilton. Investiga se a criminalização das drogas encontra correspondência no “direito penal do inimigo”, segundo o qual o Estado pode, em situações que exponham a coletividade a grave perigo, negar a determinada categoria de criminosos (os inimigos) as garantias inerentes ao que chama de “direito penal do cidadão”, cabendo-lhes apenas a coação estatal. Depois aborda se a proibição e criminalização do uso de substâncias psicoativas, na medida em que pretende proteger a saúde do indivíduo e resgatar sua dignidade enquanto ser humano, supostamente violadas pela autolesão consciente, consubstanciada na mera conduta de usar droga, atende às restrições impostas ao alcance do bem jurídico tutelável por meio do direito penal. Por fim, evidencia o fracasso da criminalização das drogas, porquanto mesmo tendo consumido vastos recursos financeiros e a vida de centenas de milhares de pessoas, além de ter encarcerado aos milhões, pode-se afirmar que a intervenção penal para o problema das drogas,

assim também a estratégia de guerra que lhe é decorrente, não reduziu a oferta de substâncias consideradas ilícitas, nem sua demanda, muito menos mitigou os danos que lhes são intrínsecos. Na verdade, produziu o efeito inverso, posto que tornou o mercado ilegal mais lucrativo, a demanda mais estável e incrementou o problema de saúde pública relacionado ao consumo abusivo.

Como se vê, o livro traz análise crítica da política de drogas adotada no Brasil, com supedâneo em dados que evidenciam a necessidade de se descartar a ideia de *guerra*, para dar lugar a uma atuação com foco no *tratamento* da questão social subjacente ao uso de substâncias entorpecentes, a ser adotada em consonância com a *política de redução de danos*, em que o usuário é tratado sob a perspectiva de problema afeto à saúde pública, sem embargo de apontar a necessidade de concentrar a persecução criminal na desconstrução financeira das organizações criminosas que exploram o tráfico de entorpecentes.

Fazemos votos de que o conteúdo deste livro sirva para a reflexão sobre a temática e para subsidiar iniciativas legislativas quanto à alteração ou mudança de rumos da política de drogas adotada no Brasil, encartada na Lei nº 11.343, de 2006.

Boa leitura!!!

Capítulo 1

Perfil prisional dos encarcerados por tráfico e estratégias de prevenção ao problema das drogas

*Guilherme de Negreiros Diógenes Reinaldo*²

*Ívinnia Ellionay Alves dos Santos*³

*João Lucas de Araújo*⁴

*Matheus Nunes de Figueiredo*⁵

*Romildson Farias Uchôa*⁶

Introdução

O presente capítulo é resultado das análises de dados coletados pelo projeto de pesquisa “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”, da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, cujo foco, nesta oportunidade, é a análise de dados sobre custodiados e custodiadas e suas respectivas condenações

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisador no grupo “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”. Paralegal em Walsh LLP. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4903-7344>.

³ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisadora no grupo “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”. Assessora Jurídica Ministerial (MPRN). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4098-0096>.

⁴ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista de iniciação científica no projeto de pesquisa “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte” e pesquisador no projeto “Direito processual em movimento: ótica constitucional do processo criminal”. Membro do “Núcleo de Direito Criminal da Universidade Federal do Rio Grande do Norte” (NUCRIM). Monitor da disciplina de Direito Processual Penal I (UFRN). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1298-9445>.

⁵ Graduando em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisador no grupo “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”. Estagiário Jurídico em André Elali Advogados. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-6328-4811>.

⁶ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Segurança Pública pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Agente de Polícia Federal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9489-3580>.

por tráfico de drogas e associação para o tráfico, com o fim de obter conclusões úteis à questão da prevenção de crimes.

A motivação deste estudo reside na percepção compartilhada entre os autores de que é explícito que a Administração Pública não pauta o seu comportamento sobre o que seria o ideal, isto é, equilibrando prevenção, repressão às organizações criminosas (e não ao pequeno traficante, como vem ocorrendo) e tratamento da dependência e/ou uso abusivo.

Esta percepção é endossada pela Estratégia do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) para os anos de 2021–2025, que prevê como resposta ao problema mundial de drogas: a) o aperfeiçoamento da prevenção, tratamento e cuidados; b) respostas mais efetivas da justiça criminal ao tráfico; c) maior acesso à medicação controlada aos necessitados; d) alternativas sustentáveis ao cultivo de drogas ilícitas; e) fortalecimento da cooperação policial Internacional; f) melhor compreensão e monitoramento dos mercados de drogas ilícitas (UNODC, 2021, p. 03).

Tal estratégia toma por base o contexto de crescente consumo de entorpecentes, considerando que o número de usuários de drogas, no mundo, gira em torno de 192 milhões de pessoas (canábis), 58 milhões (opioides e opiáceos), 27 milhões (anfetaminas e estimulantes de prescrição), 21 milhões (ecstasy) e 19 milhões (cocaína), conforme o Relatório Mundial de Drogas (UNODC, 2020).

Números indicam que o mercado ilícito de drogas, envolvendo produção, oferta, circulação e o consumo, representam, anualmente, valores estimados de US\$ 426 a US\$ 652 bilhões (GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY, 2017), indicando um dos maiores mercados ilícitos em escala global.

Segundo dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública, de janeiro a junho de 2020, as polícias Estaduais/Distrital, Federal e Rodoviária Federal, apreenderam 1,2 mil toneladas (1.253.000 kg) de maconha e

aproximadamente 92,5 toneladas (92.587 kg) de cocaína. Outras, como crack (3.389,10 kg), pasta base (8.800,62 kg) e ecstasy (66.254 comprimidos) também foram apreendidos neste período. Não existe registro consolidado dos anos de 2018 e 2019, com quantitativo de drogas apreendidas e unidades de medida que sejam equivalentes, para a construção de indicadores. Assim, o órgão optou por levantar dados da Polícia Federal, cruzando-os com dados do SINESP, o qual é o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública (CONAD/MJSP, 2021).

Em que pese este cenário, o Estado brasileiro, por meio dos órgãos policiais, adentra comunidades carentes para reprimir eventuais crimes, apreender drogas nas “bocas”, com o vendedor final, e embora haja investigações e operações pontuais contra organizações criminosas, os números mostram que a maioria dos presos está na ponta do processo. Os números, coletados na pesquisa e adiante apresentados, demonstram que a estratégia policial, em regra, é reativa e repressiva, concentrando-se a maioria das prisões sobre os traficantes na ponta da distribuição da droga, por meio de abordagens aleatórias, por “comportamentos suspeitos” ou a partir de denúncias anônimas, com ingresso em domicílio sem mandados em decorrência da fundada suspeita ou situação de flagrância.

As recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tendem a restringir esse quadro, obrigando os órgãos de Segurança Pública a repensar e reorientar suas estratégias, mas os resultados da política descrita acima já vêm sendo sentidos e deixaram marcas indeléveis em nossa juventude.

Esse modelo “produz crime”, pois ao retirar um vendedor (a) de droga ilícita das ruas para o sistema prisional, o lugar ocupado pelo indivíduo nesse mercado será ocupado por outro, e, assim, passa-se a ter um preso e outro esperando para ser preso, e a seguir, dois presos, e outro no tráfico, aguardando para ser preso, sendo essa uma dinâmica que acabou por fortalecer um verdadeiro exército de membros de facções, conforme estudos

de Gabriel Feltran (2021, p. 241) reforçados em entrevistas a veículos de imprensa (VIANNA, 2019, n. p). Ao mesmo tempo, as polícias, conforme se apresenta a legislação sobre drogas, obrigam-se a realizar prisões, principalmente quando se deparam com a situação flagrancial, especialmente nas áreas de maior incidência de tais ilícitos.

Estudos indicam, inclusive, que essa alta taxa de encarceramento, exasperada com a atual lei de drogas, editada no ano de 2006, contribuiu significativamente para a expansão de facções criminosas. Tais agremiações, espécie de organizações criminosas ou associações criminosas (a depender de sua estrutura) pela lei brasileira, mas sem consenso doutrinário e definição legal, podem ser conceituadas como grupos criminosos de origem prisional e que expandiram suas atividades *extramuros*, com estatutos, ideologia, hierarquia próprios, similares ao que se convencionou chamar nos Estados Unidos da América e em outros países como *gang* (UCHÔA, 2023a, p. 112–113).

O efeito das prisões, no maior das vezes por flagrante delito, sem investigação, tendo como alvo microtraficantes, logo substituídos, gerou o resultado de aumentar a população carcerária e fornecer mão de obra e terreno fértil às facções criminosas, pois, na maioria das vezes, trata-se de indivíduos desvalidos de estrutura social mínima (UCHÔA, 2023b, p. 28–29). Além disso, cria-se o estigma da perda de primariedade e do encarceramento, empurrando-o novamente à situação de vulnerabilidade anterior que resultou em sua prisão, e durante ou após o cumprimento da pena, já recrutado ou com laços com indivíduos perigosos e/ou faccionados, tem dificuldade ainda maior de romper esse ciclo (USP, 2021).

Também se pode observar que um foco maior no crime organizado demanda uma estrutura da persecução criminal, iniciando pela Polícia Civil na fase investigativa, que o Estado brasileiro relega a segundo plano, e que é explícito no Rio Grande do Norte, ao se verificar os números relacionados ao efetivo da Polícia Civil do Rio Grande do Norte, que no ano de 2021 era

de mil, duzentos e oitenta e quatro policiais, dos cinco mil, cento e cinquenta previstos por lei (Lei Complementar n.º 417, de 31 de março de 2010), representando um déficit maior que *setenta e cinco* por cento. Esses dados constam no Caderno 1 dos diagnósticos do Plano Estadual de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Norte (p. 11).

As ações sociais e estruturantes têm se mostrado insuficientes para evitar que mais jovens adiram ao tráfico. Falta o pleno emprego, escolas em tempo integral e renda mínima para permitir a constituição de uma estrutura básica que apresente perspectivas em contraposição ao que o movimento do tráfico oferece.

Um norte para os entes federativos poderia ser os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Organização das Nações Unidas (ONU). Com eles, o poder público, teria uma fonte permanente de avaliação de ações, bem como efetivamente ações para evitar a adesão de jovens (faixa etária onde se concentram grande parte dos encarcerados e integrantes do mercado de drogas ilícitas).

Os ODS são um plano orientador do desenvolvimento dos países até o ano de 2030, que foi ratificado em 2015 por 193 países membros da ONU. Também chamado Agenda 2030, compõe-se de 17 objetivos e 169 metas e os pactuantes se comprometem a contribuir para seu alcance. No preâmbulo, o documento reconhece a erradicação da pobreza em todas as suas formas como o maior desafio global, indispensável para o desenvolvimento sustentável. O processo é tridimensional, constituído pela dimensão econômica, social e ambiental (NAÇÕES UNIDAS, 2015, p. 01-49).

Os números verificados na pesquisa, e adiante expostos, confirmam um perfil de destinatários do direito penal com pessoas de baixa renda, com pequenas quantidades de drogas, presos sem prévia e elaborada investigação, com prova dependente do testemunho policial e apresentação

de elementos flagranciais, entre outros aspectos que serão melhor detalhados.

Inicialmente será descrita a metodologia e um passo a passo de como foi realizada a pesquisa, seguida do diagnóstico do perfil dos encarcerados, seguida de uma análise dos dados com sugestões e boas práticas estatais.

1. Metodologia e fontes de pesquisa

A pesquisa sobre a criminalidade relativa ao tráfico de drogas encontra, já num primeiro momento, pela sua natureza, imensa dificuldade de se mensurar os dados reais e fidedignos sobre a quantidade de droga em circulação e consumida por grupo de habitantes.

Há, conforme diversos estudos (UNODC, 2020; UNODC, 2021), estimativas sobre o consumo por métodos estatísticos e tomada de informações acerca do uso, e, também por meio das apreensões realizadas, se tenta estimar o volume de drogas comercializado no país, e também o que é exportado, a partir das interdições de carregamentos para o exterior ou mesmo os realizados já em trânsito em outros países, ou ainda, no destino final. Destacam-se algumas rotas que transitam pelo Brasil, e isso gera um efeito de segunda ordem: se o Brasil efetivamente é uma das grandes rotas mundiais de passagem, essa estrutura logística permite que as drogas também permaneçam nesse caminho, para consumo interno, e isso certamente contribui para o país ser apontado, já há alguns anos, como o maior consumidor de crack e segundo maior de cocaína do mundo (INPAD/UNIFESP, 2012).

Havia um velho adágio e senso comum entre agentes de aplicação da lei que a cada quilograma apreendido, haveria dez outros que passariam incólumes, circulando no mercado consumidor. Nada mais aleatório que isso. Não há ainda uma metodologia consolidada para esse cálculo na literatura especializada.

Outra dificuldade que se nota de plano, e isso restou confirmado na presente pesquisa, é a obtenção de dados sobre apenados e presos por tráfico. O próprio sistema prisional e as polícias não possuem os dados estruturados para que se possa extrair informações que permitam esboçar diagnóstico e perfil das pessoas privadas de liberdade em razão desse tipo penal. Não foi possível, à guisa de exemplo, determinar com precisão quantos apenados no estado estão presos por tráfico de drogas, a partir dos dados recebidos da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária (SEAP), nem esses dados encontram-se públicos, a exemplo dos disponibilizados pela Secretaria Nacional de Políticas Públicas Penais (SENAPEN).

1.1 Primeira etapa da pesquisa

Inicialmente foram compiladas listas de presos no sistema prisional do Rio Grande do Norte, em sua grande maioria já apenados, mas também havia os que eram presos provisórios ou, embora presos em cumprimento de pena por outros crimes, mas respondiam a processos criminais por tráfico ou associação.

A partir dessas listas, dividiram-se grupos entre os pesquisadores para analisar, entre os reclusos nas principais unidades do Estado (João Chaves, com presas femininas, e Alcaçuz, com masculinos). Dos presos que se identificou condenações por tráfico de drogas ou associação para o tráfico escolheu-se um universo mais restrito para escrutinar cada um dos processos para extrair dados para um questionário convencionado entre o grupo de pesquisa.

De pronto se verificou que o próprio sistema prisional não sabia informar por qual crime cada um de seus presos respondia e bem como outros dados biográficos a seu respeito.

Sendo assim, foi necessário acessar o Processo Judicial Eletrônico (PJe)⁷ do TJRN e o Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU)⁸, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e buscar nos respectivos processos as informações. Assim, foi traçado um perfil de cada um dos presos escolhidos de modo aleatório em um universo maior e com a premissa básica que fossem apenados por tráfico ou associação.

Muitos dos processos haviam sido digitalizados com formato de *PDF* foto, o que não permite buscas com ferramenta de busca, demandando a leitura de cada folha do processo. Alguns deles também não estavam acompanhados do Inquérito Policial, onde de regra há informações biográficas dos investigados/presos, tais como profissão, estado civil, número de filhos, etc.

Da constatação dessas dificuldades surgiu a ideia do Prof. Walter Nunes de propor um modelo de Sistema informatizado que permita a extração de tais informações, além de ser um modelo gerencial para a Execução penal e estratégico para a tomada de decisão dos gestores da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária (SEAP), o que atualmente está em fase de tratativas entre pesquisadores do projeto de pesquisa com gestores da pasta da administração penitenciária.

Deve-se observar que o órgão possui um ótimo sistema informatizado (Infopen) com dados dos apenados, porém, não permite a extração dos dados estruturadamente e como se faz necessário numa pesquisa como a que aqui se trata, um sistema com a completude do que está em proposta não foi encontrado nas dezenas de Unidades da federação

⁷Consulta pública em <https://pje1gconsulta.tjrn.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/listView.seam>. E em consulta restrita, mediante cadastro: <https://pje1g.tjrn.jus.br/pje/login.seam;jsessionid=yFNKr5vhEh2cp2h4se09Xq6ciC3C12ZyP1O-FhcP.pje1g-44-dmlwh?loginComCertificado=false&cid=17588>.

⁸ Disponível, com acesso restrito, em <https://seeu.pje.jus.br/seeu/>.

consultadas. A integração de tal sistema com o SEEU e PJe também é uma solução tecnologicamente possível.

1.2 Segunda etapa da pesquisa

A análise descritiva dos dados do questionário por cada grupo temático, sendo este responsável pela linha de prevenção. Especificamente, foram divididos os grupos de respostas, e os analisados da seguinte forma: para cada grupo de respostas, atribuiu-se um subtópico do relatório, descrevendo os eixos: 1) os resultados; 2) análise crítica/perfil do encarcerado e 3) debater alguma medida/solução associada, que foram melhor divididos em capítulos. Ao final foram enviados reciprocamente, para uma revisão final.

Os dados descritos pormenorizadamente permitiram um diagnóstico em cada um dos capítulos seguintes, atinentes aos temas respectivos.

2. Diagnóstico sobre o perfil do encarcerado por tráfico e associação para o tráfico de drogas: faixa etária, raça, escolaridade, filhos e pertencimento a organizações criminosas

A seletividade e o estereótipo padrão de apenados, no âmbito da execução das penas, é um objeto de estudo pertinente ao campo acadêmico. Tal assertiva se deve ao fato de que reduzir a pesquisa a um aspecto meramente legalista e de revisões bibliográficas conduz a uma visão limitada do objeto de estudo analisado, de maneira que, muitas vezes, a pesquisa não reflete os dados concretos e atuais da realidade.

Assim, deve-se compreender, de forma macro, o contexto político-social que permeia a Execução Penal, analisando o porquê de o Brasil ser um país tão rico em raças e etnias e, ao contrário do senso comum, apresentar, como perfil padrão de apenados, uma maioria de indivíduos semelhantes

fisicamente (raça, idade e outros elementos) e no que se refere ao nível de escolaridade, renda e até mesmo número de filhos.

Sobre tal contexto, Drauzio Varella (2005, p. 198) aponta que o perfil dos presos brasileiros é delineado com fulcro no preconceito e violência, elementos esses preponderantes para a inserção de minorias sociais, como pobres e pretos, dentro das prisões. Narrando a história de Nego-Preto, o estudioso exemplifica o ciclo de aprisionamento que acomete, muitas vezes, integrantes de uma mesma família: “O passado de Nego-Preto era semelhante ao dos outros, a infância nas ruas de terra da periferia, muitos irmãos e más companhias. Na década de 70, o pai esteve preso por nove anos na Detenção, e quando saiu não era o mesmo: — Devido que ficou transtornado” (VARELLA, 2005, p. 198).

Posteriormente, Nego-Preto se deparou com a chegada do seu próprio filho à prisão (VARELLA, 2005, p. 257). Logo, a narração de Drauzio Varella, pautada em dados reais, revela que o aprisionamento alcançou ao menos três gerações de uma mesma família: o pai de Nego-Preto, ele próprio e o seu filho. E o que eles tinham em comum? A cor escura da pele, a baixa escolaridade e a situação de pobreza.

Nessa perspectiva, considerando que a presente pesquisa, como salientado no tópico anterior, tem como foco geográfico o estado do Rio Grande do Norte, precisamente a Penitenciária Estadual de Alcaçuz (PEA) e o Complexo Penal Dr. João Chaves (CPJC), busca-se estudar não apenas a teoria, mas dados concretos que, mesmo por meio de amostragem, representam o perfil do encarcerado por tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas no estado potiguar.

Desta feita, em relação ao Complexo Penal Dr. João Chaves, que contém pessoas apenas do sexo feminino, nota-se uma aparente incongruência quando se observa que a maioria das pessoas aprisionadas, 73,1% (setenta e três vírgula um por cento), possuem de 22 a 40 anos, isto é, uma idade propícia ao desempenho de atividades laborais e de

investimento na educação e crescimento profissional, ao mesmo tempo, a contrário senso, 53,8% (cinquenta e três vírgula oito por cento) do total de presas estavam desempregadas à época da prisão e 100% (cem por cento) delas não possuía ensino superior completo.

Sendo assim, as mulheres desempregadas e sem ensino superior completo, jovens e adultas, estão suscetíveis ao envolvimento com o crime de tráfico de drogas. Aliás, os presos da Penitenciária Estadual de Alcaçuz seguem o mesmo padrão: a maioria dos apenados, 74% (setenta e quatro por cento), possuem de 22 a 40 anos, percentual este que é um pouco superior ao de mulheres, de 73,1% (setenta e três vírgula um por cento). Além disso, 59,3% (cinquenta e nove vírgula três por cento) estavam desempregados à época da prisão, nenhum deles possuindo ensino superior completo.

Em comparação aos públicos masculino e feminino, vê-se que, à época da prisão, mais da metade dos homens e das mulheres estavam desempregados, mas o quantitativo de homens sem emprego superou o número de mulheres em tal situação, posto ter alcançado aproximadamente a marca de 60% (sessenta por cento) de desempregados.

A quantidade de pessoas desempregadas e condenadas por tráfico de drogas e associação para o tráfico de drogas é um indicativo de que os indivíduos, sem meios legais e oportunidades efetivas de emprego e, por consequência, de uma vida digna, fazem das referidas práticas ilícitas o seu meio de subsistência.

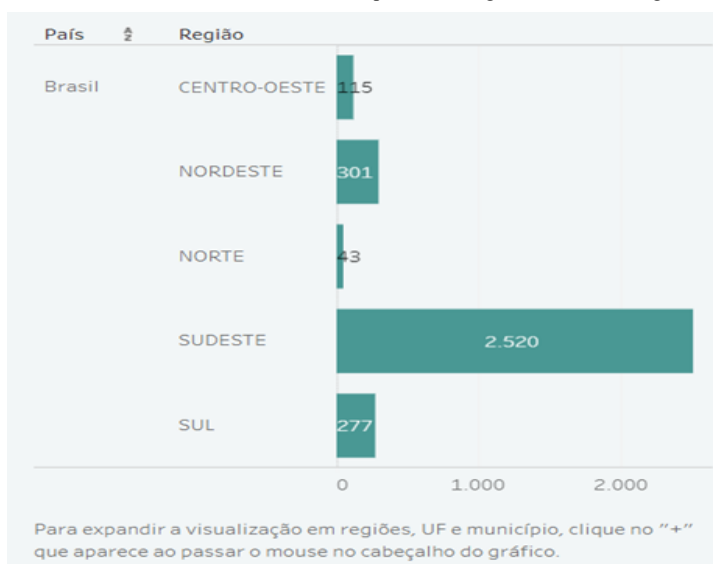
Os quesitos da educação, idade e profissionalização revelam semelhanças numéricas entre os públicos feminino e masculino em situação de cárcere. Daqui se extrai que a ausência de políticas públicas voltadas ao acesso à educação e ao emprego contribui para que, sem perspectivas futuras de aperfeiçoamento do currículo educacional e profissional na comunidade em que vivem, os jovens e adultos se voltem cada vez mais cedo à prática “lucrativa” do tráfico de drogas.

No que se refere à quantidade de filhos, 46,2% (quarenta e seis vírgula dois por cento) do total de mulheres possuem filhos, a maioria, precisamente 84,6% (oitenta e quatro vírgula seis por cento) com até 12 anos. Logo, crianças e adolescentes acabam sendo inseridos em contextos de vulnerabilidade e estereotipagem social.

Inclusive, chama atenção que 53,8% (cinquenta e três vírgula oito por cento) dos crimes de tráfico de drogas, praticados por mulheres, ocorreram no ambiente doméstico. Tal informação reforça a ideia de inserção do núcleo familiar na prática delitiva em comento, o que pode facilitar a inclusão precoce das crianças e adolescentes nos cenários de crime.

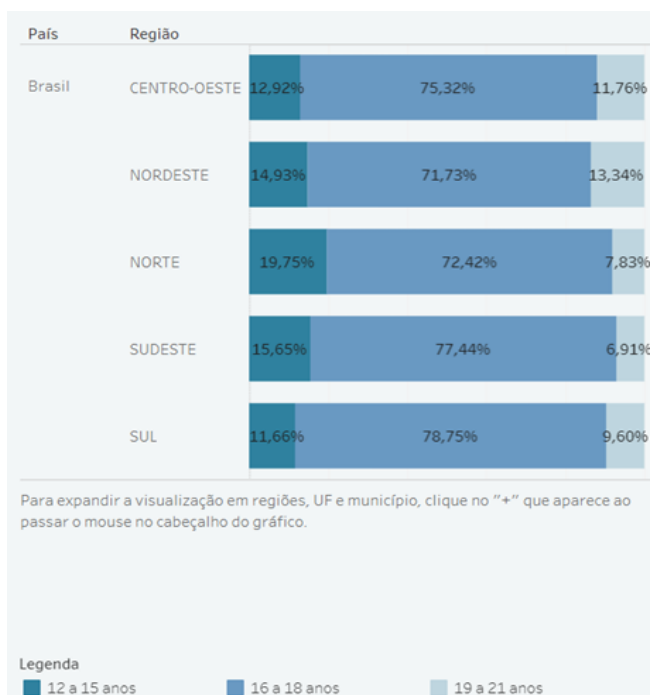
A Comissão da Infância, Juventude e Educação (CIJE) do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em levantamento realizado sobre o sistema socioeducativo nacional quanto à prática infracional análoga ao tráfico de drogas, apontou que a região Sudeste, seguida da região Nordeste, apresentam os maiores índices de adolescentes envolvidos em tais atos infracionais, a maioria tendo entre 16 e 18 anos:

Gráfico 1 - Quantidade de internos sentenciados por ato análogo ao tráfico de drogas



Fonte: CNMP (2022, on-line).

Gráfico 2 - Região e faixa etária dos internos



Fonte: CNMP (2022, *on-line*).

A semelhança no perfil dos apenados demonstra que indivíduos com condição social e econômica vulnerável, além da baixa escolaridade e situação de desemprego, ingressam em maior número no cárcere. Contudo, as Regras de Mandela preceituam que o princípio da não discriminação deve ser colocado em prática no ambiente carcerário, eliminando as formas de discriminação baseadas na raça, cor, sexo, idioma, religião e outros aspectos. A Regra 2 do referido diploma internacional, que se divide nos pontos 1 e 2, estabelece o seguinte:

Regra 2

1. Estas Regras devem ser aplicadas com imparcialidade. Não haverá discriminação baseada em raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, propriedades, nascimento ou qualquer outra condição. As crenças religiosas e os preceitos morais dos presos serão respeitados.

2. Para que o princípio da não discriminação seja posto em prática, as administrações prisionais devem considerar as necessidades individuais dos presos, particularmente daqueles em situação de maior vulnerabilidade. Medidas para proteger e promover os direitos dos presos portadores

de necessidades especiais são necessárias e não serão consideradas discriminatórias (Brasil, 2016).

As Regras de Mandela também elencam a necessidade de respeito à condição humana dos presos, frisando, nos termos da Regra 4, que o cumprimento da pena de prisão objetiva, principalmente, proteger a sociedade contra a criminalidade, reduzindo a reincidência. Para tanto, conforme a Regra 4.2, as administrações prisionais e demais autoridades deverão “oferecer educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, inclusive aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, esportiva e de saúde” (Brasil, 2016).

Em razão disso, pode-se tratar da prevenção sobre dois aspectos gerais, quais sejam: o primeiro deles com o intuito de se prevenir o próprio ingresso do indivíduo no mundo do crime; o segundo deles sob a perspectiva da ressocialização ou recuperação, isto é, criando e implementando medidas com o intuito de se prevenir a reincidência criminal.

No que toca ao primeiro ponto, diversamente da prática corriqueira de se buscar resolver todos os dilemas sociais com o direito repressivo, por meio da prisão, o poder público deve investir em políticas públicas que alcancem as comunidades carentes, por meio do acesso efetivo à educação, a cursos profissionalizantes e outros meios para efetivação de outros direitos fundamentais.

A título de exemplo, o aperfeiçoamento da política de cotas para ingresso em Universidades Públicas, somado ao investimento em bolsas de pesquisa e de trabalho técnico, pode fomentar não só o interesse, mas a possibilidade de cursar o ensino superior e de ter uma renda capaz de suprir ao menos parte das suas necessidades (por meio dos auxílios de transporte, alimento e moradia, bem como bolsas de pesquisa, bolsas de apoio técnico e outros).

Nesse escopo também tem espaço o papel do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte (IFRN), que por meio da sua interiorização, permite o acesso de jovens ao ensino de qualidade e que também prepara por meio do ensino técnico ao mercado profissional, sem precisarem se deslocar para as capitais. A política preventiva de educação e emprego é pertinente também sob o viés de prevenção a novos delitos, enquanto faceta inerente à ressocialização: não é suficiente e/ou eficaz permitir aos presos o desempenho de atividades meramente repetitivas e que não estimulem e desenvolvam competências profissionais que lhes gerem, após o término da pena, chances de auferir ocupação e renda digna na sociedade, sob pena da sua inutilidade sob o viés da restauração/ressocialização.

Ainda no que toca ao papel da instituição acima, consta em andamento o Edital n.º 59, de 2023, em que são ofertadas vagas para os Cursos Superiores de Tecnologia em Gestão Ambiental e Gestão Pública exclusivamente para Pessoas Privadas de Liberdade, na modalidade a distância, em parceria com a Universidade Aberta do Brasil — UAB, com ingresso para o segundo semestre letivo de 2023 (Portal IFRN, 2023, *online*).

Some-se ao exposto que o perfil dos presos por tráfico de drogas também requer um olhar atento sobre o seu pertencimento ou envolvimento com facções criminosas. Sobre tal ponto, em pesquisa divulgada pelo Fórum de Segurança Pública do estado norte-rio-grandense, no ano de 2018, em 90% (noventa por cento) do estado potiguar o comércio ilegal de drogas era comandado pela facção intitulada de Sindicato do Crime do Rio Grande do Norte, com no mínimo 4.200 (quatro mil e duzentos) integrantes espalhados pelo referido estado (Barbosa, 2018, *online*).

Já a facção rival, o Primeiro Comando da Capital (PCC), possuía cerca de 900 (novecentos) membros no Rio Grande do Norte. Todavia, ainda que com menor número de integrantes, o PCC já apresentava um

poder econômico superior ao do Sindicato do Crime, uma vez que já possuía rotas de distribuição de drogas nacional e internacionalmente (Barbosa, 2018, *online*).

Sobre os dados acima, a constatação de que o domínio do comércio ilegal de drogas pela facção Sindicato do Crime era de 90% (noventa por cento) no estado potiguar permite inferir a ligação direta existente entre o crime organizado, por meio de facções, e a atividade ilícita do comércio de drogas. Daí surgem duas conclusões:

a) a primeira delas se refere ao fato de que tal quantitativo, expressivo, é destoante daquele obtido na presente pesquisa, pois, ao se analisar se os presos e presas foram condenados por associação para o tráfico ou por integrar organização criminosa, em João Chaves, apenas 3,8% (três vírgula oito por cento) das presas foram condenadas por pertencer à organização criminosa. Igualmente, em Alcaçuz, o percentual de presos condenados por integrar organização criminosa também foi inexpressivo;

b) a segunda constatação diz respeito ao fato de que uma condenação por integrar organização criminosa, nos termos definidos pelo art. 1º, § 1º da Lei n.º 12.850, de 2013 (Lei do Crime Organizado), exige uma investigação apurada, com técnicas de planejamento e inteligência que são destoantes das meras prisões em flagrante, sem apuração prévia. Sendo assim, o número inexpressivo de presos e presas que foram condenados por tráfico e por pertencer a uma organização criminosa está diretamente ligado ao fato de que em João Chaves e em Alcaçuz, nesta ordem, 80,8% (oitenta vírgula oito por cento) e 73,5% (setenta e três vírgula cinco por cento) das prisões ocorreram por meio de flagrante e não por meio de investigação prévia.

Além disso, as pessoas encarceradas, durante a audiência de custódia, interrogatório ou outras oportunidades durante o processo, podem negar pertencer a uma facção criminosa por receio das consequências legais e, dentro da prisão, por medo das represálias de faccionados pertencentes a

outras facções diversas da sua. Com isso, na prática, revela-se ainda mais urgente a necessidade de investigações mais apuradas a respeito do pertencimento de tais indivíduos a uma organização criminosa.

Isso aponta para a falta de investimentos em políticas preventivas e de inteligência para as investigações, de maneira que as prisões em flagrante tanto podem acarretar maiores riscos à integridade dos profissionais envolvidos, como podem se resumir ao ato de *enxugar*, prendendo pequenos traficantes facilmente substituídos por outros na engrenagem do tráfico de drogas, como também deixando de aprofundar as apurações no que concerne ao combate ao crime organizado e a desarticulação de facções criminosas.

A despeito da constatação acima, é sabido que as facções criminosas possuem o comércio ilícito de drogas como uma das principais atividades lucrativas e que permitem a expansão das organizações criminosas. Ademais, são várias as razões que fazem com que, desde a época do surgimento do Comando Vermelho — primeira facção, nos moldes conhecidos atualmente —, os líderes das facções se fortaleçam nas favelas e morros, conquistando novos integrantes e expandindo as suas atividades.

A escolha geográfica voltada para tais locais se deve a alguns pontos (Manso; Dias, 2018, p. 156): 1. Moradores da comunidade, especialmente jovens ligados ao tráfico, exercem as funções de *olheiros*, observando do alto do morro a chegada de policiais e anunciando tal evento; 2. Nas favelas as moradias são construídas entre becos e vielas estreitas, sem estradas, impossibilitando a passagem de viaturas da polícia; 3. Os líderes de cada morro buscam exercer relações clientelistas, prestando favores e conquistando a simpatia da comunidade para, assim, evitar denúncias às autoridades.

Ocorre que, “não é válido, no entanto, recorrer a ideias deterministas de que o meio social obrigatoriamente fará nascer o criminoso, pois isso somente estaria contribuindo para a estigmatização

social de que todo pobre é *bandido*” (Santos, 2023, p. 138). Pelo contrário, o que se defende, nesta pesquisa, “é que a falta de atuação do Estado em locais periféricos está entre um dos elementos que contribui para o aumento da desigualdade e da atuação das facções criminosas e das milícias” (Santos, 2023, p. 138).

O movimento de criminalização das favelas e a atuação por vezes truculenta da polícia em tais espaços, é pautado no estereótipo de que a pobreza está aliada ao crime, como que em um conceito determinista que enquadra indivíduos com determinado perfil (pretos, pobres, com baixa escolaridade) na figura de suspeitos.

3. Análise dos dados: debate sobre ferramentas de prevenção

Diante da delimitação da metodologia da pesquisa, feita no tópico 02, e da descrição do contexto social e antropológico que antecede o desenvolvimento das conclusões, realizada no tópico 03, este capítulo se engaja, a partir da análise dos dados obtidos, na exposição de proposições úteis à prevenção de crimes, o que se dará, em síntese, nos três subtópicos seguintes, que representam as principais premissas extraídas da análise das respostas aos questionários aplicados.

3.1 Seletividade Penal como um alerta metodológico

Nos debates realizados no âmbito da redação deste capítulo, a primeira conclusão que exsurge dos dados coletados foi, ao mesmo tempo, uma premissa interpretativa para análise dos padrões existentes nas categorias informacionais associadas às demais conclusões que serão debatidas nos subtópicos seguintes (3.2 e 3.3).

Isto porque, a demonstração da seletividade penal por meio de padrões associados a espaços geográficos, grau de escolaridade e a idade dos agentes, prisões em flagrante de pequenos traficantes, dentre outras

nuances, evidencia uma realidade de violações sistemática a Direitos Fundamentais que funcionam, tanto como um alerta metodológico, como um limite ético a qualquer tipo de proposta a ser debatida.

Por exemplo, algumas constatações — como as de que mais de 60% dos custodiados foram condenados por condutas consumadas nas regiões de menor renda *per capita* da capital (Natal/RN); ou que tais apreensões, em regra, são de entorpecentes de menor valor econômico (aproximadamente 70% das apreensões entre homens e mulheres foram de maconha) — podem, em um primeiro momento, e a partir de uma leitura fria e equivocada dos dados, sugerir que o aumento da vigilância sobre regiões pobres, por meio de sistemas de videomonitoramento e intensificação do patrulhamento policial, potencialmente seria útil à prevenção e repressão de crimes.

Todavia, a partir de um olhar atento à seletividade penal inerente ao sistema, torna-se evidente que medidas desta natureza terão como único efeito fortalecer os processos de estigmatização já em curso na sociedade.

De modo que ao se aceitar a seletividade penal como uma realidade inerente ao sistema, elimina-se um obstáculo epistemológico relevante, a premissa, quase que mística, adotada pelo sistema de repressão penal brasileiro, pela qual todos são punidos igualmente, tornando-se assim mais fácil de se identificar os riscos metodológicos inerentes à tarefa de propor ferramentas úteis à prevenção de crimes, sem incorrer em violação aos próprios Direitos Fundamentais que em última análise, busca-se defender.

Feito o alerta metodológico, o capítulo iniciará o debate sobre como os dados produzidos podem jogar luz ao problema da prevenção de crimes no Rio Grande do Norte.

3.2 Rotas do tráfico: alta previsibilidade associada à utilização de rodovias como forma de distribuição de entorpecentes

Dentro deste escopo de cautela para apresentação de ferramentas compatíveis com as premissas associadas à vida em um Estado Democrático

de Direito, exsurge dos dados coletados que, no tocante ao crime de tráfico de drogas, o fortalecimento da fiscalização em rodovias estaduais e federais, nas regiões do Leste e no Agreste potiguar — que correspondem juntas a mais de 90% das apreensões que resultaram em condenações para os apenados analisados —, é potencialmente benéfico.

Isto porque, apesar da quantidade de pessoas presas em flagrante em rodovias corresponder a menos de 20% dos custodiados, as condições geográficas do RN, que não é cruzado por nenhum dentre os principais rios navegáveis do Brasil, descritos na antiga Lei n.º 5.917, de 1973, induzem à conclusão que a parte significativa do entorpecente aqui apreendido é transportado por via terrestre, notadamente, rodovias.

Esta conclusão é fortalecida pelo fato de que mais de 70% das apreensões registradas são associadas à maconha, que por suas características ocupa volume significativamente maior que entorpecentes como cocaína e drogas sintéticas.

Portanto, o contexto local de pouca ou nenhuma infraestrutura hidroviária e aeroviária, associada ao alto índice de apreensões de maconha, denotam a alta probabilidade de utilização massiva das rodovias estaduais e federais como forma de distribuição sistemática de entorpecentes, de modo que a intensificação da fiscalização por parte das forças policiais potencialmente pode ser útil à prevenção e repressão de crimes.

Deve ser considerado que, diferentemente do aumento da vigilância policial sobre bairros específicos — solução rejeitada pelos redatores deste capítulo, por fortalecer processos de estigmatização —, a intensificação da fiscalização em rodovias tem a possibilidade de ser menos discriminatória, sobretudo se houver uma instrução clara aos agentes policiais de que a vigilância deve afetar indistintamente todas as pessoas que transitam por estradas federais e estaduais, evitando-se a adoção de estigmas associados aos veículos de maior ou menor valor econômico.

Neste contexto, tão importante quanto a intensidade da fiscalização, é a qualidade com que é realizada, fazendo-se necessário também, além do fortalecimento dos recursos humanos, a utilização de tecnologias associadas à repressão ao tráfico de drogas, notadamente, cães farejadores, que têm se demonstrado no Brasil como uma ferramenta eficiente no combate ao tráfico de drogas (Justiça, 2023).

De modo que se sugere como medida concreta a ser adotada, a promoção de debates legislativos sobre projeto de lei que atribua obrigatoriedade e destine recursos financeiros — possivelmente oriundos de recursos orçamentários consignados à Secretaria Estadual de Segurança Pública ou do Fundo Nacional de Segurança Pública — para o treinamento e manutenção de cães farejadores para fiscalização nas rodovias do Rio Grande do Norte.

Em verdade, a intensificação e aprimoramento da fiscalização em rodovias se apresenta como solução que, ao mesmo tempo, se preserva como meio não discriminatório de combate ao tráfico de drogas e repercute diretamente no combate a outras modalidades criminosas, sobretudo ilícitos fiscais e atos de contrabando.

3.3 Fatores socioeconômicos do narcotráfico e o perfil médio do condenado por crimes de tráfico

Outro aspecto notável que exsurge dos dados diz respeito à lucratividade do narcotráfico, especialmente em relação à comercialização da maconha, e a associação desse mercado com a própria reincidência dos apenados, bem como sua conexão direta com o abordado nos tópicos anteriores, sobretudo a seletividade penal.

Inicialmente, deve-se ressaltar particularidades inerentes à maconha, droga apreendida em 70,74% dos casos analisados. Isso porque a maconha, ao contrário da cocaína — segunda droga mais apreendida, presente em 45,74% dos casos —, trata-se de entorpecente com preço mais

acessível, mas consumida por pessoas das mais diversas classes sociais, tornando sua comercialização mais dinâmica. Dessa maneira, o extenso “público-alvo” dos traficantes de maconha resulta em um grande fluxo dessa droga, fazendo com que o lucro arrecadado a partir de sua comercialização sugira, em números absolutos, tratar-se da participação financeira mais relevante para o narcotráfico.

Nesse ponto emerge a questão social inerente ao tráfico. Em análise à parcela dos apenados apreendidos com maconha, foi possível constatar que cerca de 63,49% destes estavam com uma quantidade menor ou igual a 100g (cem gramas). Desse fato, extrai-se que, na realidade, as condenações pela comercialização de maconha, em sua expressa maioria, não dizem respeito aos grandes traficantes. Com efeito, revela-se a ineficiência do sistema jurídico potiguar em desmontar a estrutura do narcotráfico, mas, além disso, os dados sugerem a detenção daqueles que utilizam do tráfico como meio de subsistência.

Dos casos estudados, em 58,51% deles o apenado não trabalhava na época do fato. Essa informação, investigada em conjunto com os dados da quantidade de drogas apreendidas no momento do flagrante, indica que os apenados potiguares, antes de suas condenações, viviam em um contexto no qual o tráfico de drogas apresentava-se como a melhor, senão única, oportunidade de ganho monetário.

O tráfico de entorpecentes, bem como a própria criminalidade violenta no geral, são intercorrências que devem ser vistas como fatores sociais. Isso é comprovado pela análise crítica desse estudo, que demonstra, por meio da investigação do narcotráfico, a falha na estrutura criminal e penitenciária, que aprisiona os pequenos traficantes e, além disso, não cumpre a pena o seu papel ressocializador. Sob essa ótica, a falta de oportunidades e as dificuldades financeiras estão diretamente conectadas ao ingresso do apenado no sistema carcerário, assim como a falha no caráter

ressocializador da própria estrutura penitenciária provoca o retorno desses indivíduos, quando libertos, à criminalidade.

Nesse sentido, observa-se que 49,4% dos apenados homens analisados são reincidentes, assim, associado ao estudo completo dos dados coletados, é possível verificar um equívoco na identificação do problema do tráfico de drogas. Resgatando o perfil do apenado médio analisado, tem-se um indivíduo desempregado, em dificuldade financeira, que observa no tráfico uma oportunidade de subsistência, até ser condenado, negligenciado pelo sistema prisional e solto, de modo que a prática de crimes permanece sendo o único meio de sobreviver. A solução, em tese, não é prender e condenar indivíduos, mas realizar um trabalho de base, social e efetivo, que previna seu ingresso ou reingresso no tráfico de entorpecentes.

O contexto fático real, todavia, apresenta-se mais complexo que isso. O sistema capitalista vigente na sociedade traz a questão econômica como fato central na realidade do indivíduo. O narcotráfico, nesse aspecto, apresenta-se como um negócio lucrativo - embora ilegal - para os líderes do esquema de tráfico, enquanto é meio de subsistência para os pequenos traficantes, utilizados como peões.

Desse modo, a legalização das drogas, em especial da maconha, devido a sua participação majoritária no narcotráfico, retiraria dos líderes dos esquemas de tráfico o controle sobre a operação, recaindo sob o Estado a sua regularização e tributação. Por outro lado, a viabilização do estudo e a inserção no mercado de trabalho dos apenados representaria uma quebra no ciclo do apenado médio, trazendo oportunidades profissionalizantes que o impedissem de retornar ao cometimento de crimes.

Considerações finais do capítulo

Diante do exposto, resta evidente a necessidade de redirecionar o mastro da segurança pública no estado do Rio Grande do Norte. Para fins

didáticos, apresentaremos duas propostas básicas de mudanças, mas que estão intrinsecamente conectadas.

Na primeira vertente, é fundamental o investimento massivo em segurança pública, sobretudo na polícia judiciária estadual, tendo em vista que essa é a competente para realizar um enfrentamento mais sólido e preciso contra as organizações criminosas que assolam o Estado.

Nesse aspecto, os investimentos devem estar pautados tanto na realização de concursos públicos para a admissão em todos os cargos que compõem a Polícia Civil, quanto na capacitação dos policiais já integrantes do quadro, a fim de explorar as novas tecnologias e com isso propiciar um trabalho mais efetivo e eficiente. Soma-se a isso uma política de valorização profissional, estipulando bonificações para as delegacias que proporcionarem maiores índices de resoluções de investigações.

Na segunda vertente, é preciso um redirecionamento nas diretrizes de policiamento da Polícia Militar e da Polícia Civil, respeitando precipuamente seu papel constitucional. À Polícia Militar, cabe a função preventiva e ostensiva. Dessa forma, o enfoque principal dessa polícia deve estar em povoar os principais centros de circulação de pessoas, realizando rondas diuturnamente, para prevenir o acontecimento de crimes, como também para trazer à sociedade a sensação de segurança, que há muito tempo o cidadão norte-rio-grandense não possui. Nessa função, incumbe eventualmente a ela reprimir situações de flagrante com que se deparem ou que sejam acionadas a cumprir. Ingressar em residências para tentar reprimir o tráfico de drogas, além de ter se mostrado ineficiente, é ilegal, como já vem sendo amplamente decidido pelo STJ⁹.

⁹ PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. INGRESSO NA RESIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. FUNDADA SUSPEITA. INEXISTÊNCIA. ILEGALIDADE CONFIGURADA. 1. Conforme entendimento firmado por esta Corte, a mera denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, não legitima o ingresso de policiais no domicílio sem autorização judicial, pois ausente, nessas situações, justa causa para a medida. 2. Nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas,

No que se refere à Polícia Civil, a essa cabe as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. Dito isso, para o real enfrentamento às organizações criminosas e a criminalidade violenta - que encontra no Rio Grande do Norte um terreno fértil -, é imprescindível o investimento massivo em equipamentos de tecnologia para auxiliar no trabalho dos policiais. Nesse sentido, a instalação de câmeras em todo território estadual cumpriria um papel fundamental na elucidação dos crimes. Seria necessário realizar um estudo próprio para quantificar o número de equipamentos necessários, como também os locais estratégicos para suas instalações. Contudo, não seria algo intangível, haja vista que cobrindo as principais rotas de acesso nas grandes cidades, e as entradas e saídas das pequenas cidades (maioria no Estado), já traria um auxílio imensurável tanto no aspecto preventivo, quanto no aspecto repressivo/investigativo.

Nesse prisma, menção se faz necessária a necessidade de reaparelhamento do ITEP/RN, no mesmo sentido de trazer aos profissionais melhores ferramentas para auxiliar na produção de exames periciais que

o estado de flagrância prolonga-se no tempo, o que, todavia, não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, está-se diante de uma situação de flagrante delito. 3. Consoante decidido no RE 603.616/RO (STF), não é necessária certeza quanto à prática delitiva para se admitir a entrada em domicílio, bastando que, em compasso com as provas produzidas, seja demonstrada justa causa para a medida, ante a existência de elementos concretos que apontem para situação de flagrância. 4. Hipótese em que não foram realizadas investigações prévias nem indicados elementos concretos que confirmassem o crime de tráfico de drogas dentro da residência, não sendo suficiente, por si só, a versão policial de que, no local, teriam "visualizado, da parte de fora do imóvel, pés de maconha nos fundos da residência", oportunidade em que sentiram odor de maconha na parte externa. Os testemunhos citados pela sentença em verdade não se alinham à versão dos agentes policiais. 5. Como decidido nos autos do HC 598.051/SP, por analogia, "as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação" (Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021). 6. Recurso especial provido. Absolvição do acusado da imputação constante da denúncia referente aos autos 5005422-16.2020.8.24.0036 - Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jaraguá do Sul (art. 386, VII - CPP). (STJ - REsp: 1958166 SC 2021/0281389-9. Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 22/02/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2022). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1466669621>. Acesso em: 04/10/2023.

contribuam para a elucidação dos crimes, e com isso, rechaçar a sensação de impunidade existente.

O presente trabalho trouxe alguns dados relacionados ao tráfico de drogas no estado do Rio Grande do Norte, realizou algumas inferências com base nesses dados e fez alguns apontamentos de possíveis soluções para o problema. Contudo, não se propõe a ser uma fórmula mágica e nem tem cunho exaustivo, mas buscou, com isso, trazer soluções tangíveis de enfrentamento ao tráfico de drogas, através, sobretudo, do aperfeiçoamento da fiscalização em rodovias federais e estaduais, e do aprofundamento do debate sobre a legalização da maconha.

Menção se faz necessária é que a pesquisa metodologicamente se debruçou sobre o aspecto da segurança pública, mas não ignora a necessidade de soluções estatais nas mais variadas frentes, notadamente, na educação pública de qualidade e para todos.

Referências

- BARBOSA, Anderson. **Mapa revela cidades já dominadas e em disputa por facções criminosas no RN**. *GI*, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2018/08/21/mapa-revela-cidades-ja-dominadas-e-em-disputa-por-faccoes-criminosas-no-rn.ghtml>. Acesso em: 19 fev. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília, DF: CNJ, 2016.
- CONAD/MJSP. Conselho Nacional de Políticas sobre drogas. Ministério da Justiça. **Análise Executiva da Questão de Drogas no Brasil**. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/arquivo-manual-de-avaliacao-e-alienacao-de-bens/aeqdb__analise-executiva-da-da-questao-de-drogas-no-brasil__versao-final.pdf. Acesso em: 02 ago. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **Panorama Socioeducativo**: internação e semiliberdade. Brasília: CNMP, 2022. Disponível em: <https://public.tableau.com/app/profile/cnmp/viz/PanoramaSocioeduc>

- ativo-Interna e Semiliberdade/Cumprimento Interno. Acesso em: 04 maio 2023.
- Cursos Superiores de Gestão Ambiental e Gestão Pública 2023.2 - EXCLUSIVAMENTE para Pessoas Privadas de Liberdade - PPL - EAD. *Portal IFRN*, 2023. Disponível em: <https://portal.ifrn.edu.br/processos-seletivos/estude-no-ifrn/cursos-superiores-de-graduacao/2023/cursos-superiores-de-gestao-ambiental-e-gestao-publica-20232-exclusivamente-para-pessoas-privadas-de-liberdade-ppl-ead/>. Acesso em: 11 ago. 2023.
- DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL (DEPEN). **Reincidência Criminal no Brasil**. 2022. Brasília/DF. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depende-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf/view>. Acesso em: 03 ago. 2023.
- ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIMES (UNODC). **Folheto da Estratégia do UNODC**. 2021. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/foheto_estrategia_UNODC_PT_Br_WEB.pdf. Acesso em: 29 jul. 2023.
- FELTRAN, Gabriel de Santis. **Governo que produz crime, crime que produz governo: o dispositivo de gestão do homicídio em São Paulo (1992 – 2011)**. *Revista Brasileira de Segurança Pública*. São Paulo, v. 6, n. 2, 230-231, ago/set 2012. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/storage/revista_11.pdf. Acesso em: 01 ago. 2023.
- GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. **Transnational Crime and the Developing World**. Washington: Global Financial Integrity, 2017.
- GOVERNO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social (SESED). **Plano Estadual de Segurança Pública e Defesa Social (PESP 2022 – 2031)**. Caderno 1 (Diagnósticos). Natal: 2022.
- INPAD/UNIFESP. Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas do Álcool e outras drogas. Universidade Federal de São Paulo. **II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (LENAD)**. 2012. Disponível em: <https://lenad.uniad.org.br/resultados/resultados-lenad-ii/>. Acesso em: 03 ago. 2023.
- JUSTIÇA, Ministério da (org.). **GOC PRF/BA: a importância do trabalho do cão farejador no combate ao crime organizado**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/prf/pt-br/noticias/estaduais/bahia/2023/janeiro/goc-prf-ba-a-importancia-do-trabalho-do-cao-farejador-no-combate-ao-crime-organizado>. Acesso em: 21 ago. 2023.

- MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. São Paulo: Todavia, 2018.
- NAÇÕES UNIDAS. **Transformando Nosso Mundo: a agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2023. p. 01–49.
- SANTOS, Ívinna Ellionay Alves dos. **A corrupção e as facções criminosas no Sistema Prisional Estadual do Rio Grande do Norte**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Natal, 2023.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *REsp: 1958166 SC 2021/0281389-9*. Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), data de julgamento: 22/02/2022, T6 - SEXTA TURMA, data de publicação: DJe 02/03/2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1466669621>. Acesso em: 04 out. 2023.
- UCHÔA, Romildson Faria Uchôa. **Jurimetria e Ciência de Redes na Persecução Criminal no Brasil**. In: VI Encontro Virtual do Conpedi - Direito e Políticas Públicas na era digital, 2023, Florianópolis. Direito Penal, Processo Penal e Constituição III, 2023b. p. 25–46.
- UCHÔA, Romildson Faria Uchôa. Seletividade de alvos na Persecução Criminal pelo uso da Ciência de Redes e o Direito Penal do Inimigo. In **VI Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. CONPEDI. 2023a, Florianópolis/SC. Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, 2023. p. 110–131.
- UNODC. *Relatório Mundial Sobre Drogas*. 2020.
- UNITED NATIONS OFFICE on DRUGS and CRIME — UNODC. *World Drug Report 2021*. Viena, 2021.
- UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Relatório Final Justiça Pesquisa. Encarceramento, políticas públicas e atuação da Justiça em territórios de vulnerabilidade social**. Universidade de São Paulo (USP). Brasília: CNJ, 2021.
- VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- VIANNA, Luís Fernando. A facção paulista se fortaleceu enquanto os homicídios caíam, diz especialista. **Revista Época**. Publicado em 25 mai. 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/epoca/brasil/a-facciao-paulista-se-fortaleceu-enquanto-os-homicidios-caiam-diz-especialista-23903252>. Acesso em: 01 mai. 2023.

Capítulo 2

Guerra às drogas: os desafios da persecução criminal a partir de dados do presídio estadual de Alcaçuz e do Complexo penal Dr. João Chaves

*Arthur Gabriel de Freitas Pereira*¹⁰

*Dulcerita Soares Alves*¹¹

*Nathália Leite de Medeiros*¹²

Introdução

Por muito tempo as pesquisas na área jurídica foram feitas prioritariamente por meio de revisões bibliográficas, mas esse cenário tem mudado aos poucos. Ainda que essa seja uma metodologia de pesquisa importante, o fato de o Direito se enquadrar como uma ciência social aplicada, isto é, que interfere diretamente na vida daqueles que dele precisam, tem feito com que, paulatinamente, os pesquisadores da área realizem pesquisas empíricas, visando entender os fenômenos jurídicos em toda a sua complexidade.

¹⁰ Graduando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN) e pesquisador nos grupos “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte” e “Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, ambos vinculados à UFRN. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1573-9708>.

¹¹ Mestra em Direito pela UFRN. Promotora de Justiça do Ministério Público da Paraíba. Ouvidora das Mulheres do MPPB. Integrante do GEDIR, gênero, diversidade sexual e raça. Membro colaboradora do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP. Pesquisadora no grupo “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”, vinculado à UFRN. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7307-5607>.

¹² Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-graduada em Penal e Processo Penal pela Associação Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Assessora Jurídica do Ministério Público Federal. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisadora nos grupos “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte” e “Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, ambos vinculados à UFRN. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9735-4983>.

É com esse objetivo e com a ânsia de compreender a realidade do sistema carcerário potiguar que a presente obra, resultado do estudo desenvolvido pelo projeto de pesquisa “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”, investiga caracteres importantes relacionados aos crimes da Lei de Drogas, utilizando-se de dados produzidos a partir da análise dos processos dos apenados custodiados no Presídio de Alcaçuz e no Complexo Penal Dr. João Chaves.

De início, cumpre dizer que se optou por analisar os casos de apenados presos em razão dos crimes previstos na Lei de Drogas em razão dos números nacionais, que demonstram que os crimes referentes à Lei nº 11.343, de 2006, representam significativa parcela do total.

Segundo números extraídos do SISDEPEN (2023) - ferramenta de coleta de dados do sistema penitenciário brasileiro criada para atender as exigências da Lei n.º 12.714, de 2012, que estabelece medidas sobre o acompanhamento da execução de penas aplicadas aos custodiados no Brasil - os crimes previstos na Lei de Drogas representam 27,5% das incidências penais verificadas entre junho e dezembro de 2022. Tal dado, por si, evidencia que os crimes ligados às drogas têm se tornado cada vez mais comuns, consistindo em mais de um quarto do apurado no período.

Além disso, segundo o DATAJUD (2023), banco de dados do Conselho Nacional de Justiça, somente no ano de 2023, mais precisamente até o mês de maio, ocorreram 224.513 (duzentos e vinte e quatro mil, quinhentos e treze) novos casos de crimes relativos à Lei de Drogas em todo o Brasil, e, ao todo, existem 1.108.120 (um milhão, cento e oito mil e cento e vinte) casos desse assunto pendentes de julgamento. Tal dado mostra não só que a criminalidade envolvendo as drogas tem crescido, mas também que tem congestionado o Poder Judiciário, de modo que resta evidente a importância de realizar uma pesquisa empírica sobre o tema.

O recorte relacionado ao estado do Rio Grande do Norte, por sua vez, se deu em razão deste grupo de pesquisa ser vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Diante disso, foram escolhidos dois estabelecimentos penais potiguares: o Presídio de Alcaçuz, que abriga o maior número de presos do estado, e o Complexo Penal Dr. João Chaves, que comporta a maioria da população carcerária feminina local, segundo o Sistema de Administração Penitenciária do Estado do Rio Grande do Norte (SIAPEN)¹³.

Uma vez definido o recorte da pesquisa, foi realizada triagem manual dos custodiados presos em razão de crimes da Lei de Drogas. Após, foram escolhidos, por amostragem, 162 (cento e sessenta e dois) presos do Presídio de Alcaçuz e 26 (vinte e seis) detentas do Complexo Penal Dr. João Chaves.

Após selecionados, tais processos foram submetidos a uma ampla análise manual, utilizando, para fins de organização e sistematização, o *Google formulário*, objetivando analisar os seguintes aspectos: perfil do apenado (idade, raça, escolaridade, dentre outros), local do crime e provas colhidas (se houve prisão em flagrante, denúncia anônima e busca pessoal, por exemplo), tipo e quantidade de droga apreendida e informações sobre o processo (duração, quantidade de pena e regime de cumprimento inicial, concurso de pessoas, decretação de prisão preventiva, etc.).

Associado a isso, foi empregado o método exploratório, pois a pesquisa pretende proporcionar uma maior familiaridade com o problema por meio da análise de processos e de um levantamento bibliográfico.

No tocante à abordagem metodológica, o trabalho se caracteriza como qualitativo e quantitativo, pois tem, dentre os seus objetivos, a análise de informações com pormenores descritivos, objetivando analisar processos nos quais houve condenação por crimes da Lei de Drogas, no afã de

¹³ Em consulta realizada no SIAPEN em 03/08/2023, o Presídio de Alcaçuz possui 1587 (mil, quinhentos e oitenta e sete) internos e o Complexo Penal Dr. João Chaves possui 298 (duzentas e noventa e oito) detentas.

compreender aspectos relacionados à prevenção, investigação, processo e execução dos tipos penais previstos na Lei n.º 11.343, de 2006.

Quanto aos procedimentos, foram utilizadas as metodologias qualitativas de pesquisa bibliográfica e documental, visando, em síntese, mapear o perfil dos presos em razão do referido crime, obter informações sobre como ocorre a investigação de tais delitos (meios de prova utilizados, duração do inquérito, existência de denúncia anônima e realização ou não de busca pessoal) e sobre como se dá o seu processamento e execução (duração do processo, dosimetria da pena, percentual de reincidência, dentre outros).

Este capítulo, em específico, objetiva tratar sobre a vertente da investigação, isto é, procura analisar, a partir dos dados extraídos dos processos dos custodiados do Presídio de Alcaçuz e do Complexo Penal Dr. João Chaves, os desafios da persecução criminal potiguar diante dos tipos penais contidos na Lei de Drogas.

A persecução criminal busca apurar o fato e suas circunstâncias, visando aferir a materialidade e autoria delitiva. Dito isso e considerando o grande número de casos envolvendo os delitos contidos na Lei n.º 11.343, de 2006, é preciso compreender o perfil dos apenados, entender como estes eventos vêm sendo investigados no Rio Grande do Norte e quais as dificuldades encontradas na prática.

Para tanto, serão abordados os caracteres sociais dos apenados, delimitando a faixa etária, o grau de instrução e o percentual de reincidência, dentre outros aspectos, buscando estabelecer o perfil dos presos em razão da Lei de Drogas e verificar se tais elementos favorecem o recrutamento de certos indivíduos, a exemplo dos negros e pobres.

Após, tratar-se-á sobre a predominância da prisão em flagrante em delitos desta natureza, bem como sobre a prática de buscas pessoais sob o argumento de que há fundada suspeita, o que tem sido pauta do Supremo Tribunal Federal (STF). Ademais, será trazida à baila a difícil distinção

entre uso e tráfico de drogas, destacando-se a ausência de balizas, o que tem dificultado a atuação dos juízes, que precisam decidir sem que haja a previsão de patamares legais aptos a configurar a incidência em um ou em outro tipo penal.

Por fim, discutir-se-á sobre a duração da investigação, partindo do pressuposto de que se deve buscar o cumprimento da razoável duração do processo, já que este é um direito existente não só na fase processual, como também na fase pré-processual, uma vez que se trata de uma garantia fundamental, prevista no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, e que se refere não somente aos processos judiciais, como também aos administrativos.

A preocupação do último tópico é verificar se o Estado responsabiliza os autores dos crimes em tempo razoável e previsto em lei ou se entrega justiça tardia, para que se tenha a noção real de como os atores do processo em que se apura os crimes de drogas no Rio Grande do Norte estão agindo e os motivos para a demora ou não no processamento dos crimes.

1. Caracteres sociais: entendendo o entorno para compreender o problema

Para Émile Durkheim (1895, p. 73), o crime é um fato social e não uma patologia. Em outras palavras, para ele o crime possui uma função na estrutura social, pois estimula a reação social, estabiliza e dá origem ao sentimento coletivo que sustenta a conformidade às normas. Conclui, portanto, que o direito criminal possui um papel relevante no desenvolvimento moral da sociedade.

Diante disso e tendo em vista que é imprescindível conhecer os caracteres sociais em torno da criminalidade para pensar na possível motivação delitiva e para arquitetar estratégias preventivas, este tópico

tratará sobre o perfil dos apenados e sobre os resultados da pesquisa atrelados à etapa pré-processual.

Quanto ao perfil dos apenados do Presídio Estadual de Alcaçuz condenados por crimes previstos na Lei de Drogas, a pesquisa demonstrou que os delitos são praticados majoritariamente por pessoas entre 21 (vinte e um) e 30 (trinta) anos (50%), que não trabalhavam à época da prisão (59,6%) e que eram primárias (49,8%), o que atesta que há o recrutamento de pessoas jovens, desempregadas e sem antecedentes para praticar os crimes relativos à Lei de Drogas, entre os quais se sobressai o tráfico de drogas.

No que se refere ao grau de instrução, foi possível perceber que há uma grande lacuna, pois essa informação não consta em 45,7% dos casos analisados. Nos casos em que consta essa informação, 37,5% possuem apenas o ensino fundamental incompleto. Portanto, observa-se um baixo grau de escolaridade, o que guarda relação com as desigualdades sociais.

No que diz respeito ao perfil das apenadas em razão dos crimes previstos na Lei de Drogas no Complexo Penal Dr. João Chaves, a maior parte possui entre 30 e 40 anos (42,7%) e 73,1% sendo primária. Do total, 19,2% foram “mulas”, isto é, transportavam a droga em seu corpo, e 7,7% das apenadas foram detidas entrando com drogas em penitenciárias. Ademais, 53,8% não trabalhava na época da prisão, 26,2% possuem filhos e em 38,5% dos casos houve prisão conjunta com o companheiro ou companheira.

Quanto ao grau de instrução, o problema se repete: em 57,7% dos casos não consta a informação. Dos casos em que há, cerca de 50% possuem o ensino fundamental incompleto, o que mostra o déficit de acesso (ou permanência) à educação.

Tais dados mostram que os crimes relacionados às drogas se utilizam majoritariamente de pessoas sem antecedentes criminais e com baixa escolaridade, merecendo ênfase o fato de que muitas mulheres são

presas com seus companheiros ou em razão deles (quando tentam ingressar em presídios com drogas nos dias de visita, por exemplo), evidenciando que por vezes são induzidas à prática de crimes por seus parceiros, seja por chantagem ou dependência emocional, o que será trabalhado em outros capítulos deste livro.

O grupo de pesquisa encontrou dificuldades para encontrar dados referentes à condição socioeconômica dos apenados e apenadas. Embora em alguns casos o juízo questione a situação financeira dos acusados, sobretudo para fixação da pena de multa, a extração de tal informação é extremamente difícil, uma vez que a referida pergunta normalmente ocorre em audiência e, na maior parte das vezes, tal trecho não é transcrito na ata, de modo que não foi possível averiguar tal fator.

A análise de tal caractere social seria extremamente relevante para compreender a possível motivação criminosa e averiguar uma possível ligação econômica (necessidade, ambição, dentre outros), mas, diante da dificuldade, tal relação não pode ser feita.

Para analisar a seletividade penal no contexto dos crimes previstos na Lei de Drogas, também seria importante analisar a raça do acusado. Entretanto, em razão das limitações metodológicas e da dificuldade de obtenção correta da referida informação (inexistência de dados decorrentes da autodeclaração), a pesquisa não se debruçou sob esse aspecto, o que poderá ser feito em outra oportunidade.

Partindo para a etapa da investigação, a pesquisa demonstrou que tanto com relação às mulheres (80,8%) quanto com relação aos homens (73,5%), a prisão decorreu de prisão em flagrante e não de investigação prévia. Nos casos de flagrante, este decorreu de busca pessoal com fundamento em atitude suspeita em apenas 26,1% das mulheres e em 50,8% dos homens.

No que atine à existência ou não de denúncia anônima, tem-se que na maior parte não houve denúncia apócrifa. Ademais, na maioria dos casos

o oferecimento da denúncia ocorreu em até 6 (seis) meses, conforme será tratado no tópico 3.

De tais números, dois aspectos chamam atenção. O primeiro deles se refere à predominância das prisões em flagrante.

É fato que no direito brasileiro há, naturalmente, meios probatórios especificamente relacionados a alguns crimes. Nos crimes de tráfico de drogas, por exemplo, a prova quase sempre é a própria materialidade e o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante. Nos crimes contra a liberdade sexual, por sua vez, a prova central é normalmente o depoimento da vítima. Nos crimes patrimoniais, como o roubo, o centro da investigação é o reconhecimento pessoal feito pela vítima. Tal relação, no entanto, gera um certo comodismo.

Não raro, parte-se do pensamento de que, se a pessoa foi presa transportando entorpecentes, por exemplo, não há mais nada a investigar. Esse pensamento, no entanto, é incabível, não só porque o crime somente existe na modalidade dolosa, mas também porque, a depender do caso, existe uma organização criminosa envolvida, o que somente pode ser descoberto a partir de uma investigação complexa. Ou seja, considerar somente o flagrante e não produzir outras provas é uma prática que, apesar de ser muito utilizada, é insuficiente, e leva à prisão apenas de pessoas com menor poderio financeiro e reduzido poder nas organizações criminosas, mantendo o líder impune.

O segundo aspecto interessante se refere ao reduzido prazo entre o delito e o oferecimento da denúncia, que, em cerca de 80% dos casos, ocorre em até 6 (seis) meses. Embora tal dado seja positivo, evidenciando que há o respeito a duração razoável da investigação, pode, por outro lado, ser preocupante. Pode-se questionar: a investigação é rápida por que as autoridades policiais são eficientes na apuração desses delitos ou por entenderem que basta a prisão na posse ou guarda da droga?

A presente pesquisa não responde a este questionamento, mas levanta a questão, sugerindo desde logo que sejam feitas novas pesquisas na área.

Em síntese, a pesquisa realizada mostra que a perseguição criminal atinge preponderantemente pessoas primárias e de baixa escolaridade, o que aponta para uma relação entre o reduzido grau de oportunidades e o cometimento de crimes. O aspecto econômico e racial, no entanto, não pode ser analisado, pois o estado do Rio Grande do Norte não possui, em seus sistemas (SIAPEN, PJe, SEEU), tais dados de forma estruturada, o que dificultou a pesquisa.

Quanto às técnicas utilizadas para a identificação de autoria, chamou atenção o uso preponderante da prisão em flagrante, o que pode ser preocupante, sobretudo considerando que o Rio Grande do Norte faz parte de uma conhecida rota de tráfico internacional de drogas, muito utilizada por organizações criminosas estruturadas, sendo imprescindível a realização de investigações prévias.

Por fim, tem-se que os elementos colhidos não possibilitam concluir que certos caracteres sociais favorecem o recrutamento de alguns indivíduos, a exemplo dos negros e pobres, pois a pesquisa não alcançou tais dados em sua completude.

Obtê-los seria crucial para estabelecer o perfil dos apenados nos delitos envolvendo a Lei de Drogas, para que, com ele, fosse possível formular políticas de enfrentamento às drogas. Resta evidente, portanto, a necessidade de aprimoramento dos bancos de dados.

2. A predominância da prisão em flagrante, a discussão em torno da fundada suspeita e a difícil distinção entre uso e tráfico de drogas

Na Idade Média, as punições foram colocadas como forma de castigar o indivíduo por meio da violência e, ao longo do tempo, foram se transformando conforme as mudanças na sociedade e no sistema jurídico.

Contudo, na medida em que o sistema punitivo se tornava insustentável, o Estado teve a necessidade de desenvolver meios diversos para punir os indivíduos e demonstrar a presença estatal, até alcançar o nascimento das prisões como meio direto de punir os agentes que praticassem crimes.

Desse modo, “A forma-prisão preexiste à sua utilização sistemática nas leis penais. Ela se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los” (FOUCAULT, 2014, p. 223). No caso de crimes relacionados ao tráfico de drogas, é comum que as prisões em flagrante aconteçam durante operações policiais ou abordagens em locais onde há a suspeita de tráfico.

A questão é: Como se faz a distinção entre usuário e traficante para fins de prisão em flagrante? Tal pergunta leva a uma reflexão muito pertinente para compreender o enquadramento penal desses indivíduos presos em situação de flagrante. Primeiramente, é importante frisar a relação direta do anseio social pela prisão à sua aplicação indiscriminada e, em alguns casos, abusiva, sendo comum o uso de truculência policial.

O flagrante relacionado à lei de drogas ocorre sob a suspeita dos agentes policiais quanto à traficância. Nesse ponto, segundo Marques de Azevedo (2022), a fundada suspeita é uma noção presente no ordenamento jurídico de diversos países e é utilizada para justificar abordagens policiais, revistas pessoais e outras ações de investigação ou controle. Trata-se, portanto, de uma avaliação subjetiva de um policial de que uma pessoa ou grupo de pessoas possa estar envolvido em atividades criminosas. Assim, a subjetividade dessa medida dá margem para o enquadramento do indivíduo usuário como indivíduo traficante, no que tange os crimes envolvendo drogas de caráter ilícito.

Segundo a pesquisa realizada para fins de elaboração deste livro, foram analisados cerca de 162 processos de custodiados na Penitenciária Estadual Dr. Francisco Nogueira Fernandes, conhecida popularmente como

“Alcaçuz”. Sob essa análise, ao verificar todos os processos entre os anos de 2022 e 2023, foi constatado pela análise minuciosa dos autos que 69,6% das entradas nos domicílios ocorreram sem mandado de prisão, o que cristaliza o desrespeito à Constituição Federal de 1988 e à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em abordagens que se baseiam exclusivamente na fundada suspeita, dando margem a um subjetivismo por parte do agente de segurança pública para agir com discricionariedade nas ações de rotina policial.

Por outro lado, a pesquisa não se limitou apenas ao ato do flagrante. Outra questão levantada na análise processual foi com relação a condenações por associação para o tráfico ou por associação criminosa, sendo identificado que 69,8% dos presos não tem nenhuma dessas condenações em seus antecedentes criminais, o que leva ao seguinte questionamento: Será mesmo que o indivíduo se dedicava a atividades oriundas do tráfico ou era apenas usuário de algum tipo de substância entorpecente?

Além disso, a pesquisa também se aprofundou no material apreendido no ato da prisão em flagrante e 72,2 % dos casos o material entorpecente era a substância da *Canábis Sativa*, conhecida vulgarmente como maconha. Para mais, a pesquisa constatou que 52,9% dos custodiados estavam portando menos de 100g de maconha, no ato da sua prisão enquadrada como tráfico.

Nessa perspectiva, é de extrema importância trazer à discussão se a *fundada suspeita*, critério subjetivo levado em consideração pela autoridade policial para realizar o flagrante delicto, abre margem para a discriminação nas abordagens policiais, em especial, quando se trata de pessoas em vulnerabilidade social como jovens negros moradores das periferias brasileiras.

Ademais, a dificuldade para a definição entre uso e tráfico é um desafio enfrentado tanto pelos órgãos de segurança quanto pelo sistema

judicial. Em muitos casos, é difícil determinar se a quantidade de droga apreendida caracteriza o tráfico ou se é destinada apenas ao consumo pessoal. Essa diferenciação é importante, uma vez que, as penas para uso e tráfico são significativamente distintas. Outrossim, a pesquisa feita por meio dos processos de tráfico de drogas na Penitenciária de Alcaçuz reflete a realidade por trás das grades de como essa subjetividade pode ser severa a levar um usuário ao cárcere pelo crime de tráfico de entorpecentes, que, atualmente, tem uma pena severa e está contido no rol de crimes hediondos.

Outro ponto que permeia essa discussão se refere a como os princípios da presunção de inocência e da não-culpabilidade são flexibilizados nessas situações, pois a fundada suspeita pode ser alegada após o ato do flagrante como motivo daquela situação, de modo que a presunção de inocência se transforma em presunção de culpa quanto à traficância.

E aqui se impõe uma reflexão: Se nem toda pessoa que se dedica à atividade de traficar drogas é usuário, por que todo usuário poderia se encaixar como traficante? É nesse ponto que urge uma regulamentação mais detalhada para distinguir o uso do tráfico e que respeite as particularidades de cada caso, em especial, os direitos fundamentais.

Nesse contexto, vale salientar que os recortes raciais e sociais são importantes para que se pense em políticas públicas que possam integrar pessoas marginalizadas, principalmente pelo uso de drogas, que na maioria das vezes carecem de educação e qualidade de vida. Desse modo, compreende-se que a legislação é obscura e caminha na linha tênue entre uso e tráfico, de modo que a diferenciação entre uma situação e outra possa ser mais bem compreendida pelo sistema jurídico penal.

Por outro lado, o crime de tráfico de drogas, segundo a Lei nº 13.343, de 2006, descreve as condutas que se enquadram no tipo penal, ou seja, a venda, compra, produção, armazenamento, entrega ou fornecimento, mesmo que gratuito, de drogas ou em desconformidade com a legislação,

acarretando uma pena de 05 a 15 anos de reclusão e pagamento de multa de 500 a 1500 dias-multa. Nesse contexto, visualiza o quão prejudicial é essa subjetividade no ato do flagrante ao tipificar o usuário como traficante ao invés de usuário, porque o usuário está sujeito, apenas, a penas restritivas.

Nesse contexto, é premente frisar que durante a pesquisa outro dado importante foi evidenciado na análise, pois ficou constatado que após a prisão em flagrante cerca de 85,8% dos processos a denúncia só foi realizada no período de seis meses. Ou seja, isso descaracteriza a própria urgência da prisão cautelar, em razão da longevidade de tempo para o oferecimento da denúncia, deixando o agente pego em flagrante no cárcere antes mesmo de existir denúncia.

Desse modo, evidencia-se também como a prisão em flagrante, que atualmente é mera detenção, se torna uma forma de pena mesmo que de maneira velada. Além disso, os dados colhidos nos processos analisados comprovaram que 69,6% das buscas e apreensões realizadas no Estado do Rio Grande do Norte ocorreram sem mandado de busca e apreensão, em outras palavras, foi fundado na presunção de culpa, assim como era realizada a prisão em flagrante no Código de Processo Penal originário, onde a presunção de inocência era invisibilizada e sobressaía a presunção de culpa do indivíduo.

3. A duração razoável do processo como direito constitucional: análise dos dados referentes ao recorte temporal para oferecimento da denúncia e entre o oferecimento da denúncia e a sentença

O presente tópico busca investigar o direito fundamental ao julgamento em um prazo razoável, sendo analisado o direito à razoável duração do processo, sendo observado sob a ótica da teoria constitucional do processo penal e do Estado Democrático de Direito.

Foi feita a análise da coleta de dados realizada pelos acadêmicos de Direito, mestrandos e mestres, todos da UFRN, sob a coordenação do

Professor Walter Nunes da Silva Júnior no grupo de pesquisa “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”.

A investigação foi realizada entre 2022 e 2023, e analisou 162 (cento e sessenta e dois) processos de presos do Presídio de Alcaçuz e 26 (vinte e seis) de detentas da Cadeia Pública Dr. João Chaves, dados que trazem uma radiografia da investigação e processos que apuram crimes envolvendo drogas no Rio Grande do Norte.

Analisando os dados apurados pelos acadêmicos e voltando-se o olhar para as variáveis apresentadas, passa-se a entender se houve ou não demora em se investigar e oferecer a denúncia pelos que fazem o sistema de justiça do Rio Grande do Norte.

A pesquisa foi importante porque pode ajudar a traçar o paralelo com o que está disposto na teoria da legislação processual criminal e no estudo sobre o Estado Democrático Constitucional.

Dentre as variáveis investigadas as que chamam atenção são as que refletem a duração do processo entre o oferecimento da denúncia e a data da sentença, a segunda variável apurada é que a demonstra a espera do custodiado no oferecimento da denúncia.

A investigação é baseada na necessidade da razoável duração do processo como direito do investigado, fundamentando a análise da Emenda Constitucional n.º 45 da Constituição da República Federativa do Brasil e analisaram-se os gráficos n.º 3 e n.º 4 relacionados ao tempo de duração processual tendo dois marcos; o primeiro é o tempo para oferecimento da denúncia e o segundo marco é prazo entre o oferecimento da denúncia e a sentença.

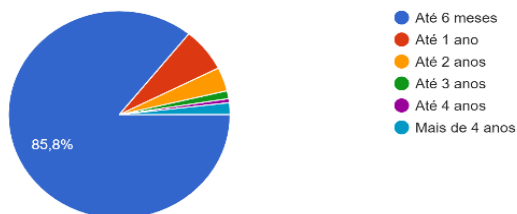
A razoável duração do processo e o direito a vê-lo findo é objeto de proteção internacional, tal como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, o conhecido Pacto de San José da Costa Rica, incorporado no Brasil sob a forma do Decreto nº 678, de 06 de novembro

de 1992. Esse tratado positiva que é direito fundamental de todos a razoável duração do processo, tanto para os brasileiros quanto para os estrangeiros que moram no Brasil (OLIVEIRA; GOIS; LIMA, 2022).

Pelo que se percebe no gráfico 3 não houve em demora no oferecimento da denúncia, que foi realizada em até 6 meses e a tramitação do processo foi simples e rápida, pois levou o prazo até 6 meses em 32,7% do processo demorou mais de 4 anos para chegar do oferecimento da denúncia, que é a peça acusatória inicial até a sentença e em 30,9% foram processados e julgados em até um ano.

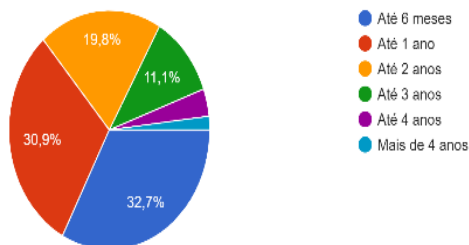
3. Houve demora no oferecimento da denúncia? De quanto tempo?

162 respostas



4. Qual foi a duração do processo (do oferecimento da denúncia até a sentença)?

162 respostas



Fonte: Gráficos extraídos da pesquisa que está anexa ao final do capítulo, realizada pelos acadêmicos e mestrandos de Direito da UFRN, 2023.

A duração razoável do processo é um assunto que tem relevância, o que se intensificou após a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, ter elevado à categoria de direito fundamental o princípio da duração razoável do processo, ao inserir o inciso LXXVIII no rol do art. 5º da Constituição da República Federativa do BRASIL (Coelho Neto, 2009).

Historicamente, no direito brasileiro o direito fundamental à duração razoável do processo já era previsto expressamente na Constituição de 1934, que estabelecia que seria assegurado o rápido andamento dos processos, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram. Ademais, na Constituição de 1946, o mesmo princípio estava previsto, já que era assegurado como direito fundamental “o rápido andamento dos processos nas repartições públicas.” (art. 141, § 36, I), ou seja, mesmo antes da Emenda Constitucional n° 45, de 2004, a duração razoável do processo já estava prevista, mesmo que implicitamente, pois, nos termos do art. 5º, §2º da Constituição de 1988, “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (Coelho Neto, 2009).

Ao se aprofundar nos gráficos 3 e 4 as variáveis analisadas (tempo de duração do processo em meses) se coadunam ao que preceitua a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, que incluiu o inciso LXXVIII ao art. 5º, da Constituição (Brasil, 1988) com a seguinte redação: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação”. Essa proteção, embora tenha passado a ser garantia expressa na Constituição em 2004, já era um direito reconhecido pelos arts. 8º e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, de que o Brasil se tornou signatário através do Decreto n° 687, de 1992 (Oliveira, 2021).

No relatório Justiça em Números 2022, do CNJ, ao se tratar sobre o tempo de tramitação dos processos, o cálculo é feito com três indicadores: “o tempo médio da inicial até a sentença, o tempo médio da inicial até a baixa e a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em 31/12/2021” (CNJ, 2022, p. 209). E ao esclarecer sobre o período de tramitação ainda esclarece que “Na Justiça Estadual, os processos criminais

duram uma média de 2 anos e 11 meses até o primeiro julgamento” (CNJ, 2022, p. 227). E ainda esclarece o Relatório Justiça em Números (CNJ, 2022) que a Justiça Criminal, durante a pandemia de covid-19, poderia ter sofrido impacto no sentido da realização das audiências criminais e a dificuldade na logística de trânsito nas instituições penitenciárias e na força policial, todavia, mesmo com todos os percalços, o acervo permaneceu estável (CNJ, 2022). Os números acima explicitados, em muito se aproximam do tempo médio de duração dos processos que foram analisados na coleta de dados realizada na pesquisa.

É comum, após o descrédito no sistema de justiça criminal, os cidadãos não noticiarem novos fatos, o que gera o incremento da subnotificação e o aumento da criminalidade envolvida com o tráfico. Frequentemente se observa na mídia relatos de experiências negativas com a comunicação ao sistema de justiça criminal sobre situações de demora dos processos.

Esclareça-se que a pesquisa foi realizada entre 2022 e 2023, ou seja, pode até ter sofrido os impactos negativos da pandemia, entretanto, o impacto não foi tão sentido visto que a pandemia já estava em seu estágio final.

Diante do exposto e considerando que, segundo o DATAJUD (2023), banco de dados do Conselho Nacional de Justiça, somente no ano de 2023, mais precisamente até o mês de maio, ocorreram 309.530 (duzentos e nove mil, quinhentos e trinta) novos casos de crimes relativos à Lei de Drogas em todo o Brasil, e, ao todo, existem 1.108.120 (um milhão, cento e oito mil e cento e vinte) casos desse assunto pendentes de julgamento, é possível imaginar que tal cenário também pode ser constatado no Rio Grande do Norte. A pesquisa empírica, entretanto, mostrou que embora haja um aumento dos crimes relacionados à Lei de Drogas no Brasil, isso não se dá, no referido estado, em razão da demora no processamento e julgamento dos crimes, pois a pesquisa demonstrou que os processos estão

tendo, em regra, andamento regular e em consonância com o preceito constitucional da duração razoável.

Considerações finais do capítulo

O capítulo evidencia que os sistemas utilizados no Rio Grande do Norte, a exemplo do SIAPEN, PJe e SEEU, são falhos e insuficientes na tentativa de estabelecer o perfil dos apenados do sistema carcerário potiguar.

Em que pese a pesquisa tenha mostrado que a maior parte dos presos em razão de crimes da Lei de Drogas eram primários e de baixa escolaridade, alguns caracteres sociais não puderam ser analisados, tais como a raça e a classe social, o que compromete a análise socioeconômica em torno do tema e, conseqüentemente, inviabiliza, em parte, a formulação de políticas públicas de enfrentamento às drogas. Resta claro, portanto, a necessidade de aprimoramento dos sistemas utilizados.

Quanto à fase da investigação, notou-se que em 80% dos processos analisados a denúncia ocorreu a partir de uma prisão em flagrante. Isso, apesar de ser positivo, dada a apreensão do entorpecente, também tem o seu lado negativo, pois torna claro o baixo número de investigações prévias, o que, no estado do Rio Grande do Norte, é preocupante, haja vista que o estado compõe a rota de tráfico internacional de drogas, característica que exige investigações complexas.

Observou-se também que há um elevado número de abordagens pessoas sob o argumento da fundada suspeita, o que é alarmante, pois tais abordagens muitas vezes sofrem a interferência da teoria lombrosiana, enquadrando perfis específicos, notadamente minorias sociais. Além disso, é premente evidenciar o caráter discricionário que as forças de segurança pública desenvolvem durante o ato da prisão em flagrante, cristalizando ainda mais a ideia que se deve pensar novos meios de atuação das autoridades policiais, em especial, pelo respeito da dignidade da pessoa humana e os seus direitos fundamentais.

Outrossim, fica exposto que as prisões em flagrante nos crimes que envolvem drogas que ocorreram no Estado do Rio Grande do Norte levaram grande parte dos entrevistados na pesquisa para o sistema prisional, isso só comprova a subjetividade para diferenciar o uso do tráfico, porque os dados também comprovaram que cerca de 70% foram apreendidos com menos de 100g (100 gramas) da droga que os levou ao cárcere e os qualificou como traficantes.

Desse modo, é relevante fomentar uma maior regulamentação na Lei de Drogas a fim de tornar a diferenciação entre o uso e o tráfico mais objetiva, para que o princípio da reserva legal seja aplicado sem distinção e sem subjetivismos a depender do indivíduo flagranteado.

Expectativa e realidade algumas vezes não se confundem quando se analisa o enfrentamento e à guerra às drogas, todavia, no caso da pesquisa sobre a duração razoável do processo, percebeu-se que após a análise dos números, a justiça potiguar apresenta resultados similares ao que está na Lei de Drogas e ao que vem sendo apresentado na doutrina, pois ao verificar os resultados da pesquisa concluiu-se que perfectibiliza-se uma tramitação ideal, mormente até oferecimento da denúncia e no andamento dos processos.

A influência do tempo no processo é irremediável, o tempo “cura”, mas deixa cicatrizes do que o processo não curou, não que o processo seja um remédio eficaz para a guerra às drogas, mas é um instrumento eficaz no processo de enfrentamento e, quando o processo, esse instrumento traz efetividade e o Estado cumpre seu papel, entrega para a sociedade o direito de ver uma resposta penal e ao réu/apenado/acusado o direito de receber a sua demanda resolvida, porque a resposta penal, qualquer que seja, é necessária, pois o processo precisa ter começo, meio e fim.

É importante a tramitação com celeridade para haver profundidade nas investigações, viabilizando clareza e celeridade na resposta a ser dada pelo sistema de justiça. Ao se verificar, através da pesquisa empírica, que

os processos penais que tramitam estão cumprindo prazos razoáveis de tramitação, percebe-se que a guerra às drogas vai além do processo e que precisa de outros instrumentos extraprocessuais para fins de diminuição dos processos de apuração às drogas.

Conclui-se que, no Rio Grande do Norte, os processos cumprem seu papel, pois, tramitam em prazo razoável, não havendo dúvidas que a guerra às drogas ultrapassa o simples “investigar, processar e punir”, sendo necessário um trabalho “além dos autos” para que se tenha uma política pública atuante de combate às drogas.

Referências

- AZEVEDO, Juliano; MARQUES. **Busca pessoal:** muito além da fundada suspeita. Consultor Jurídico, 2022.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 2 ago. 2023.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 12 fev. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2023.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 2 ago. 2023.
- COELHO NETO, Júlio Rodrigues. Princípio da duração razoável do processo e gestão do poder judiciário: administração judiciária e a concretização de direitos fundamentais. **Revista Esmafe**, Recife, vol. 1, n. 19, p. 177-232, 2009.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. DATAJUD. **Estatísticas do Poder Judiciário:** quantidade de casos novos e pendentes por assunto. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em: 3 ago. 2023.
- DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** 13 ed. São Paulo: Nacional, 1987.
- FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp->

- content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf. Acesso em: 7 ago. 2023.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1999.
- HAMILTON, Olavo. **Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas**. Natal: OWL, 2019.
- HOFFMAN, Paulo. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LIRA, Sêmely Clície Rodrigues Batista. **A razoável duração do processo no âmbito da Justiça Criminal**. Natal: OWL, 2021.
- OLIVEIRA, Alanna Siqueira Simonetti; GOIS, Filipe Dantas de; LIMA, Marcela Cardoso Linhares. **A (in)eficiência estatal na condução dos processos penais no tempo e a duração “desrazoável” do processo na justiça tradicional: análise dos impactos dos instrumentos autocompositivos e do Acordo de Não Persecução Penal**. In: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes; HAMILTON, Olavo. (orgs.) *Política Criminal: monitoramento de espaços públicos, (in)eficiência dos inquéritos policiais, duração razoável dos processos e tratamento dos presos*. Natal: OWL, 2022, p. 73-110.
- OLIVEIRA, Guilherme Vicente de. Suspensão do curso do prazo prescricional e o princípio da duração razoável do processo – perspectiva atual. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, vol. 7, n. 12, 2021. Disponível em: <https://ojs.brazilianjournals.com.br/ojs/index.php/BRJD/issue/view/152>. Acesso em: 9 fev. 2023.
- OLIVEIRA, Jacqueline Orofino da Silva Zago de; OLIVEIRA, Regis Orofino da Silva Zago de. A impunidade da violência doméstica em tempos da pandemia da Covid-19 em razão da prescrição. **Revista Jurídica do Ministério Público do Tocantins**, n. 18, 2020.
- SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS. **Quantidade de tipificações penais: período de julho a dezembro de 2022**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojYjBhODYxYjAtOWJmNC00Mzg1LWl5ZWVtNzA4NTk1NGNhZWV5IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=ReportSectiond75a46556bea50b9b57>. Acesso em: 3 ago. 2023.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria Constitucional do Processo Penal**. 4. ed. Natal: OWL, 2022.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 3. ed. Natal: OWL, 2019.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; HAMILTON, Olavo (orgs.) [edição Kindle]. **Novo Código de Processo Penal:** Temas fundamentais. Natal. OWL, 2022.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes; HAMILTON, Olavo (orgs.) **Política Criminal:** monitoramento de espaços públicos, (in)eficiência dos inquéritos policiais, duração razoável dos processos e tratamento dos presos. Natal: OWL, 2022.

Capítulo 3

O processamento e o julgamento dos delitos de tráfico de drogas: análise a partir dos apenados do estado do Rio Grande do Norte

Beatriz Amâncio de Paiva Freitas¹⁴

Gustavo Henrique de Araújo Oliveira¹⁵

Heloisa Teixeira Araújo da Silva¹⁶

Henryhévery Cardoso Cabral¹⁷

Introdução

A Lei n.º 11.343, de 2006, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), estabelecendo, entre outros termos, normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. A sua redação se exime, no entanto, de estabelecer critérios objetivos que oportunizassem uma clara caracterização do que seria o porte de droga para fins de uso pessoal, artigo 28, e o porte de drogas para comercialização, artigo 33.

Decorreu de tal omissão uma aplicação disfuncional da lei. Isto porque apesar de seu claro propósito de mitigar o tratamento jurídico que se dava ao usuário na redação da lei antiga (Lei nº 6.368, de 1976) e traçar

¹⁴ Mestranda e graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisadora nos projetos “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte” e “Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, ambos vinculados à UFRN. Oficial da Polícia Militar do Estado do Rio Grande do Norte. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-3313-2503>

¹⁵ Mestrando e graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisador no projeto “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3552-6382>

¹⁶ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisadora no projeto “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”. Monitora da Disciplina de Direito Processual Penal II. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-4233-1520>.

¹⁷ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisadora no projeto “Criminalidade violenta e Diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”. Monitora de Direito Processual Civil III. Editora chefe da Revista FIDES. Membro egressa da Sociedade de Debates Potiguar.

distinções mais claras entre usuário e traficante, a sua aplicação não foi capaz de diminuir o exponencial encarceramento proveniente do tráfico de drogas.

Diante disso, considerando a realidade carcerária do Estado do Rio Grande do Norte, sobretudo em relação aos apenados e apenadas pelo delito de tráfico de drogas, buscou-se, mediante pesquisa de campo, a reunião e o cotejo de dados quantitativos e qualitativos, com fins a entender a influência que a omissão dos critérios objetivos outrora referidos na redação da Lei de Drogas implicou na conjuntura carcerária atual; bem como, sob uma perspectiva processualista, as implicações desta na duração razoável do processo. Ademais, buscou-se também, por entender os significados da potencial aprovação do anteprojeto de reforma da Lei nº 11.343, de 2006 para os aspectos acima relacionados.

A pesquisa, desenvolvida pelo projeto “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”, teve como objeto o estudo dos dados extraídos dos processos dos apenados, por delito de tráfico de drogas, da Penitenciária Estadual de Alcaçuz e das apenadas do Complexo Penal Dr. João Chaves.

A partir da análise quantitativa desses foi possível traçar um perfil e identificar pontos de intersecção e de divergência atinentes ao processamento e julgamento dos delitos tipificados na Lei nº 11.343, de 2006, quando comparado o encarceramento masculino e feminino, ou ainda a aferição da (in)existência de critérios para aplicação das penas previstas nos arts. 28 e 33 da Lei de Drogas.

A perspectiva processual é objeto de análise crítica neste capítulo, que se inicia com a apresentação dos dados coletados, descrevendo o questionário aplicado ao processo e os dados obtidos de forma compilada sob os eixos da investigação sobre a duração razoável do processo, sua aplicação à pena, dilação probatória e prisão preventiva.

No segundo capítulo, ocorre a abordagem teórica-doutrinária da duração razoável do processo, sob a perspectiva de direito fundamental. Na sequência, há análise crítica dos dados, sob o enfoque de cada eixo, é realizada neste terceiro capítulo a partir das correlações entre os dados com a identificação de características comuns ao procedimento especial previsto na Lei de Drogas, a partir do perfil dos apenados.

No quarto capítulo, por sua vez, são apresentadas as perspectivas de alteração no processamento e julgamento dos delitos previstos na Lei n.º 11.343, de 2006, e no Anteprojeto de Lei elaborado pela comissão de juristas presidida pelo Ministro Ribeiro Dantas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e apresentado à Câmara dos Deputados em 2019.

Nestes termos, a pesquisa teve como base a coleta de dados do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) a partir da identificação dos apenados nas unidades prisionais especificadas acima, sendo dividida em duas etapas.

A primeira etapa diz respeito à identificação dos apenados que cumpriam pena pelos delitos de tráfico de drogas; e a segunda, orienta-se para aferir os dados a serem coletados, de modo a consubstanciar uma análise efetiva da problemática levantada. Para tanto, o grupo se valeu da pesquisa quantitativa e da pesquisa descritiva sob o método estatístico, sucedendo às conclusões no capítulo final.

1. Apresentação dos dados

Os dados coletados indicam características comuns atinentes ao processamento e julgamento dos delitos tipificados na Lei n.º 11.343, de 2006, sob os eixos da duração do trâmite processual, da aplicação da pena, da dilação probatória e da prisão preventiva, subdivididos em 16 (dezesseis) quesitos.

Inicialmente, no que concerne à análise da duração do processo, foram formulados 2 (dois) quesitos: (i) qual o tempo para o oferecimento da

denúncia; e (ii) qual o tempo transcorrido entre o oferecimento da denúncia e a prolação da sentença, cujas respostas foram escalonadas em 6 (seis) faixas: (i) até 6 (seis) meses; (ii) até 1 (um) ano; (iii) até 2 (dois) anos; (iv) até 3 (três) anos; (v) até 4 (quatro) anos; e (vi) mais de 4 (quatro) anos.

Os dados sobre a aplicação da pena, por sua vez, se pautaram sobre a análise (i) do regime inicial de cumprimento da pena e a quantidade de pena aplicada, fixada em parâmetros de até 4 (quatro) anos, até 8 (oito) anos, até 12 (doze) anos e mais de 12 (doze) anos; (ii) a existência de concurso de crimes; (iii) a existência de concurso de agentes; e (iv) a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343, de 2006.

A análise da dilação probatória se deu a partir (i) da fundamentação da sentença em extração de dados de aparelho celular; e (ii) se houve a produção de provas além do exame toxicológico, especificando qual o meio. Por fim, a aferição da prisão preventiva ocorreu com a análise de sua decretação no curso da instrução do processo ou na sentença. Antes, necessária a descrição dos dados, de forma separada, entre os dados aferidos entre as internas do Complexo Penal Dr. João Chaves e dos internos da Penitenciária Estadual de Alcaçuz.

1.1 Duração do processo

O início da persecução penal, com o oferecimento da denúncia, ocorre, majoritariamente, em até 6 (seis) meses, sendo este o resultado em mais de 85% dos casos apurados entre as detentas da João Chaves e em mais de 88% dos casos apurados entre os detentos de Alcaçuz. Dentro da amostragem das detentas, não há denúncias ofertadas com mais de dois anos do início das investigações ou da prisão, enquanto a amostragem de detentos de Alcaçuz, em apenas 3,7% dos casos, as denúncias foram oferecidas após 2 (dois) anos do início das investigações ou da prisão.

O tempo entre o oferecimento de denúncia e a prolação da sentença, na sequência, é igual ou inferior a 1 (um) ano em mais de 60% dos casos.

Especificamente, 32,7% dos detentos foram sentenciados em até 6 (seis) meses e 30,9% em até 1 (um) ano; já as detentas o número de sentença prolatadas em até 6 (seis) meses sobe para 34,6% e fica em 30,8% para as sentenças prolatadas até 1 (um) ano. Em ambos os casos, parcela significativa, isto é, 19,8% dos detentos e 23,1% das detentas foram sentenciados entre 1 (um) e 2 (dois) anos.

Além dos processos que tramitaram por até 2 (dois) anos, a amostragem dos detentos da Penitenciária Estadual Dr. Francisco Nogueira Fernandes, conhecida como Alcaçuz, apresenta o índice de 11,1% de processos cujo trâmite foi de 2 (dois) a 3 (três) anos, 3,7% entre 3 (três) e 4 (quatro) anos e 1,9% por mais de 4 (quatro) anos. No Complexo Penal Dr. João Chaves, por seu turno, 7,7% dos processos tramitaram de 2 (dois) a 3 (três) anos, enquanto os demais, 3,8% tramitaram por mais de 4 (quatro) anos.

1.2 Aplicação da pena

Os processos analisados destacaram a predominância da fixação do regime inicial fechado para os apenados. Especificamente quanto aos processos dos apenados da Penitenciária Estadual de Alcaçuz, 76,5% tiveram decretado o regime inicial fechado, 18,5% no regime semiaberto e 4,9% no regime aberto. Cenário similar foi aferido no Complexo Penal Dr. João Chaves, no qual apenas 7,7% das apenadas tiveram decretado na sentença o regime aberto, enquanto 34,6% no regime semiaberto e 57,7% no regime fechado.

Em paralelo à fixação do regime, as penas aplicadas na sentença são, em sua maior parcela - representando mais de 70% das penas aplicadas - fixadas entre mais de 4 (quatro) até 12 (doze) anos. Especificamente, a aplicação de penas até 4 (quatro) é observada em 9,3% dos apenados e 11,5% das apenadas. No nível seguinte, penas aplicadas de 4 (quatro) até 8 (oito) anos, são de 48,1% para os apenados e 50% para as apenadas, sendo

a maioria quando somados aos índices de penas aplicadas de até 12 (doze) anos que é de 25,3% para os apenados e 30,8% para as apenadas. A aplicação de penas superiores a 12 (doze) anos, por seu turno, somente incide em 17,3% dos casos para os apenados e 7,7% para as apenadas.

Em análise das penas aplicadas, ainda, é possível visualizar que 39,5% dos apenados foram sentenciados em concurso de agentes. De outro lado, este número sobe para 76,9% quando analisados os processos das apenadas.

O concurso de crimes, por sua vez, apresenta incidência equivalente entre os processos, estando presente em 43,2% dos processos analisados na Penitenciária Estadual de Alcaçuz, dos quais 91,7% se deram em concurso material; e 50% dos processos analisados na Penitenciária João Chaves, sendo todos em concurso material. Em ambos os casos, destacam-se os delitos de associação para o tráfico, previsto no art. 35 da Lei nº 11.343, de 2006, bem como os delitos previstos no Estatuto do Desarmamento.

Por fim, a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343, de 2006, foi observada em 9,9% dos apenados e 38,5% das apenadas. Entre os apenados da Penitenciária Estadual de Alcaçuz, a não aplicação da causa de diminuição foi fundamentada, principalmente, na dedicação do agente às atividades criminosas (68% dos casos), seguido da ausência de primariedade (45,6%) e da integração à organização criminosa (15,2%). No Complexo Penal Dr. João Chaves, a não aplicação da causa de diminuição da pena foi pautada sob os mesmos fundamentos, variando apenas o índice, respectivamente, de 53,3%, 26,7% e 20% dos casos criminais.

1.3 Dilação probatória e da prisão preventiva

A pesquisa apontou que a maioria dos processos são derivados de prisão em flagrante em prejuízo à investigação prévia. Especificamente, 73,5% dos apenados e 80,8% das apenadas foram presos em flagrante sem

prévia investigação. A instrução processual, nestes termos, além da realização do exame toxicológico, é seguida da produção de prova testemunhal, registrada em 98,8% dos processos apurados na Penitenciária Estadual de Alcaçuz, e 96,2% dos processos aferidos no Complexo Penal Dr. João Chaves.

Em termos percentuais, a dilação probatória decorreu da extração de dados de aparelhos celulares em 16,7% dos apenados e 19,2% das apenadas. Por outro lado, a fundamentação da sentença com base em relatório de extração de dados de aparelho celular, somente ocorreu, respectivamente, em 15,4% e 11,5% dos casos.

Apenas dentre os processos pesquisados a partir dos apenados da Penitenciária Estadual de Alcaçuz houve a percepção da dilação probatória a partir do meio audiovisual (3,1%) e outras espécies de perícia (4,3%).

Por fim, encerrando a apresentação dos dados obtidos, a decretação da prisão preventiva no curso da instrução processual foi visualizada em 93,2% dos casos observados da Penitenciária Estadual de Alcaçuz, e 92,3% dos casos do Complexo Penal Dr. João Chaves. De outro modo, a decretação da prisão preventiva foi registrada na sentença de 74,7% dos apenados e 57,7% das apenadas.

2. A duração razoável do processo como direito fundamental

Apresentados os dados coletados, cabe realizar breves considerações teóricas acerca da duração razoável do processo. Isto é, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, traz como princípio fundamental em seu art. 5º, LXXVIII, em âmbito judicial e administrativo, a duração razoável do processo, bem como de todos os meios necessários para garantir a sua celeridade.

Dada a sua relevância, essa garantia processual está presente também na Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992. Nesse diploma

internacional, o art. 7.5 determina que toda pessoa presa tem o direito a ser julgada em um prazo razoável ou a ser posta em liberdade sem prejuízo ao prosseguimento do processo.

Somado a isso, o art. 8.1 dispõe o direito a ser ouvido com as devidas garantias em um prazo razoável na apuração de qualquer acusação penal formulada contra si. É imperioso lembrar que os tratados e convenções que versem sobre direitos humanos submetidos ao rito do § 3º do art. 5º da CF/88 possuem força de emenda constitucional.

Para a doutrina brasileira, trata-se do direito de ser julgado em um prazo razoável, sem dilações indevidas, mas também sem atropelos (Lopes Jr., 2022, p. 99). Apesar disso, inexiste na legislação brasileira limite de tempo ao processo, de maneira que devem ser observados diversos critérios para além da razoabilidade e proporcionalidade, como a duração da prisão cautelar por si só e frente à natureza do delito, à pena fixada e à provável pena em caso de condenação; os efeitos pessoais sofridos pelo imputado; a influência da conduta do imputado em relação à demora processual; as dificuldades encontradas para a investigação; a forma pela qual a investigação foi conduzida e a conduta das autoridades judiciais.

De forma similar, Lira (2020, p. 119) compreende que a duração razoável do processo é um direito subjetivo do acusado, sendo este violado quando existem dilações desnecessárias. Somado a isso, pode-se perder também a finalidade da pena.

Nesse prisma, a autora destaca que o decurso do tempo entre o fato, seu processamento, e a condenação há o perecimento da finalidade preventiva da pena, sendo residual o caráter repressivo e retributivo. Ainda, acrescenta que se deve considerar também as expectativas colocadas pela sociedade no Poder Judiciário, as quais se satisfazem quando os casos são solucionados.

Assim, compreende-se que a demora traz efeitos negativos perante a sociedade, em razão do sentimento de impunidade e de ineficiência

judicial, bem como ao acusado, visto que poderá tornar a decisão ineficiente ou contraproducente (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 323). Ademais, essa demora não se refere apenas aos casos de prisão cautelar, haja vista a ampla mediação processual e o julgamento social enfrentado pelo réu, tornando o processo uma pena em si.

Esse direito foi reconhecido formalmente pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 106832/RJ em 2011, através do qual reconheceu que a excessiva demora para julgamento de mérito constitui violação ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Posteriormente, em 2015, o Tribunal complementou o entendimento ao proferir decisão no sentido de que não pode ser considerada de maneira isolada e descontextualizada das peculiaridades do caso concreto.

Por conseguinte, é evidente que a demora injustificada por si só constitui uma pena, uma vez que essa prolongação processual constitui um mecanismo de sanção psicológica e perpetuação do caráter estigmatizante do processo penal. De maneira que se deve prezar por uma duração razoável do processo penal, não apenas como princípio subjetivo do acusado, mas também da própria sociedade e do Estado.

3. Análise dos dados coletados

A pesquisa, ao eleger como objeto os processos judiciais dos apenados na Penitenciária Estadual Dr. Francisco Nogueira Fernandes, Alcaçuz, e das apenadas no Complexo Penal Dr. João Chaves, limita sua descrição aos efeitos da aplicação das sentenças penais condenatórias, permitindo a compreensão do processamento e julgamento dos delitos de forma panorâmica.

Especificamente no Rio Grande do Norte, a pesquisa revelou, em números globais¹⁸, que 74,4% das prisões envolvendo tráfico de

¹⁸Os números globais apresentados no capítulo é o resultado da soma dos casos pesquisados na Penitenciária Estadual Dr. Francisco Nogueira Fernandes, Alcaçuz, e no Complexo Penal

entorpecentes decorreram de situações envolvendo flagrância, em prejuízo, às investigações prévias, das quais metade advieram de revista pessoal com fundamento em atitude suspeita e em aproximadamente 37,2% dos casos a ação da Polícia Militar e/ou Polícia Civil se fundou em denúncia anônima.

Em paralelo, os principais entorpecentes apreendidos são maconha (em 70,7% dos casos), cocaína (em 45,7% dos casos) e crack (em 34,6% dos casos). Ademais, as apreensões de até 50g (cinquenta gramas) de entorpecentes¹⁹ correspondem, em números globais, a 46,8% dos casos de apreensão de maconha ou haxixe; 65,8% dos casos de apreensão de cocaína; e 69,3% dos casos de apreensão de crack.

Nestes termos, resta delineado o panorama dos processos que envolvem os delitos de tráfico de drogas, a partir da atuação ostensiva do aparato estatal, alcançando, em sua maioria, a tipificação do tráfico de drogas a partir da apreensão de pequenas quantidades de drogas, com a utilização ampla do instituto da prisão preventiva, presente em mais de 90% dos casos.

3.1 A duração razoável do processo

O estudo acerca da duração razoável do processo assume notável importância no que diz respeito ao julgamento de sujeitos por cometimento do delito de tráfico de entorpecentes, uma vez que se trata do segundo tipo penal que mais encarcera homens e o primeiro que aprisiona mulheres no Brasil (SENAPPEN, 2022).

Dr. João Chaves, dividido pelo total de casos, não sendo feita a média aritmética entre os percentuais aferidos.

¹⁹Para aferição do número global foi feita a exclusão das respostas negativas à apreensão, de modo a isolar a amostragem apenas para os entorpecentes efetivamente apreendidos. Exemplificando, ainda que o resultado da pesquisa da apreensão de maconha ou haxixe apresenta (sobre o tipo e quantidade de droga, Quesito 2) dos resultados aferidos da Penitenciária de Alcaçuz, por exemplo, tenha como resposta o resultado de 39,9% dos dados, após a exclusão das respostas negativas (19,6%), o percentual de apreensão nesta quantidade sobe para 49,5%.

De igual modo, a quantidade expressiva de presos provisórios no país - cerca de 28% dos detentos (SENAPPEN, 2022) - revela a demora do sistema de justiça criminal em promover a solução de processos criminais. No que tange ao tráfico de drogas, a complexidade dos casos que envolvem organizações criminosas e interceptações telefônicas pode acarretar uma maior morosidade da instrução processual criminal e, por consequência, em prisões preventivas prolongadas, afetando o princípio da presunção de inocência e da duração razoável do processo (Tourinho Filho, 2019, p. 36).

Em números, os processos criminais na Justiça Estadual do Rio Grande do Norte possuem o tempo médio de tramitação de 3 (três) anos e 7 (sete) meses entre o oferecimento da denúncia e a prolação da sentença condenatória, número acima da média nacional, que é de 2 (dois) anos e 11 (onze) meses (CNJ, 2022, p. 229).

Dentre os processos criminais, aqueles que envolvem a tutela dos ilícitos tipificados na Lei de Drogas são responsáveis, em sua maioria, pela redução do tempo de tramitação, quando observado que 63,8% dos casos são sentenciados em até 1 (um) ano, número que sobe para 84% quando visualizados os casos sentenciados em até 2 (dois) anos, ainda abaixo da média nacional e em quase metade do tempo da média do Tribunal local.

Ou seja, embora se observe a demora no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN) em julgar processos criminais em âmbito geral, quando posto em comparação com a média nacional, especificamente no que concerne ao tráfico de entorpecentes, esse dado se transmuta, de forma que o mesmo tribunal julga de forma célere os casos criminais envolvendo a temática do tráfico.

3.2 Análise do procedimento

Em perspectiva, vislumbra-se que a maioria dos processos observados são pautados na prisão em flagrante do agente, presumindo-se a apreensão dos entorpecentes. Autuado o flagrante e instaurado o Inquérito

Policial, o início da fase judicial, após o oferecimento da denúncia, é limitado à verificação do laudo toxicológico e à oitiva de testemunhas, em regra, a oitiva dos policiais civis e/ou militares que atuaram no flagrante.

Isso porque, conforme previamente anunciado, em 98,4% dos casos houve a produção da prova testemunhal, em 17% houve a extração de dados de aparelho celular e em apenas 0,06% houve a utilização do meio audiovisual e outras perícias.

Logo, na ausência de dilações probatórias e diligências a serem cumpridas, o trâmite processual, conforme previsto na Seção II do Capítulo III da Lei nº 11.343, de 2006, tem como marcos, após o oferecimento da denúncia, (i) a apresentação da defesa escrita no prazo de 10 (dez) dias; (ii) a decisão de recebimento será proferida no prazo de 5 (cinco) dias, salvo se houver a indicação das diligências previstas no art. 55, § 5º, da Lei n.º 11.343, de 2006, que ocorrerá no prazo de 10 (dez) dias; seguido (iii) da realização da audiência de instrução e julgamento que será realizada em 30 (trinta) dias, ou, caso determinada a avaliação para aferir a dependência química, em 90 (noventa) dias; (iv) da audiência, caso não proferida a sentença no ato, será prolatada no prazo de 10 (dez) dias.

Em atenção aos prazos previstos na norma especial e as contidas nos arts. 799 e 800 do Código de Processo Penal, é possível estimar o prazo mínimo possível para o processamento e julgamento do feito, contado a partir do protocolo da denúncia, sem o cumprimento de diligências e sem a apresentação de razões finais por memoriais pode ser concluído no prazo de 58 (cinquenta e oito) dias ou 148 (cento e quarenta e oito) dias, caso haja as diligências previstas no procedimento especial, em paralelo com o que Silva Júnior (2022)²⁰ estima para o procedimento ordinário.

²⁰Na obra Reforma Tópica do Processo Penal (2022, p. 60), há a estipulação do prazo de duração dos processos penais, na Justiça Estadual, sob o rito ordinário, no prazo de 105 (cento e cinco) a 153 (cento e cinquenta e três) dias.

3.3 O instituto da prisão preventiva nos delitos de tráfico de drogas

A prisão preventiva, como medida cautelar, é medida atinente à necessidade e à adequação, conforme os critérios fixados no artigo 282 do Código de Processo Penal, a ser cumulado, ainda, com as previsões do art. 312 do mesmo diploma.

De forma abstrata, a partir da análise da alta taxa de incidência da prisão em flagrante no curso da instrução dos processos de tráfico de drogas, demonstra, por si, que a valoração dos critérios legais é vinculada ao próprio tipo penal, aproximando-se, ante a alta taxa de incidência, da antecipação da pena.

No Estado do Rio Grande do Norte há 4.788 (quatro mil, setecentos e oitenta e oito) presos em cumprimento de pena sob o regime fechado e 1.972 (mil novecentos e setenta e dois) presos provisórios, enquanto subsiste um déficit de 1.441 (mil, quatrocentos e quarenta e uma) vagas no regime fechado (SENAPPEN, 2022).

Não sendo possível especificar, dentre os presos provisórios, o tipo penal que enseja a medida cautelar, não é possível inferir a influência da decretação das prisões preventivas para os delitos de tráfico de drogas no índice da medida cautelar. Isso porque, ainda que considerado o concurso de crime, presente em 44,1% de todos os casos analisados, por vezes, decorrentes de ilícitos tipificados no estatuto do desarmamento ou em razão da imputação de integrar organização criminosa, o índice de decretação de prisões preventivas incide sobre quase a totalidade dos casos.

Este cenário pode ser originado a partir da análise dos critérios de aplicação da medida. Na contramão dos requisitos legais, Sofia Batista Tavares (2022, p. 59), em seu trabalho de conclusão de curso, constatou entre as 62 (sessenta e duas) decisões proferidas sobre prisão preventiva no período de 2 (dois) anos em primeiro grau de jurisdição do Tribunal de

Justiça do Rio Grande do Norte²¹ 95,16% estão lastreadas na garantia da ordem pública de forma aplicada de forma indeterminada.

Nessa linha, torna-se salutar atentar que a aplicação da norma sob o manto da garantia da ordem pública, esvaziada de fundamentação própria, é ínsita à criminalização simbólica do ilícito, na qual preponderam os objetivos latentes sobre manifestos, de modo a dissimular a falta de instrumentalidade da norma, a não ausência de proteção do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública (Hamilton, 2019, p. 206-207).

4. As perspectivas da alteração no procedimento no anteprojeto de reforma da Lei nº 11.343, de 2006

O anteprojeto de reforma da Lei nº 11.343, de 2006, inaugura palpáveis perspectivas de alteração no cenário nacional de combate ao tráfico de drogas. O sentido das disposições trazidas, sobretudo em relação aos arts. 28 e 33 do referido diploma, exara mais concreta preocupação do legislador em delimitar os tipos penais, com a consequente distinção de suas recepções pelo judiciário.

Com linhas distintivas mais sólidas, a proposta de redação sugerida pode perfazer uma grande alteração na dinâmica do judiciário, consequência direta da redução, em potencial, das reclusões em face do tráfico de drogas. Ou, ainda, apenas mascarar a realidade de tal problemático cenário do combate à venda de entorpecentes.

²¹Explicando a metodologia, a pesquisadora descreve os critérios utilizados para a seleção dos casos, destacando que as decisões foram “obtidas por meio da pesquisa das palavras-chave ‘tráfico’, ‘prisão cautelar’ e ‘ordem pública’ no site de busca de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, qual seja: ‘jurisprudencia.tjrn.jus.br’”, no período de 01/01/2020 e 01/01/2022.

4.1 A ausência de requisitos objetivos necessários à distinção prática dos tipos penais dos artigos 28 e 33 e sua projeção na duração razoável do processo

O tipo penal descrito no art. 28 da Lei n.º 11.343, de 2006, apesar de estar inserto no capítulo “Dos crimes e das penas” enseja discussões acerca da natureza jurídica de tal tipo penal. Orientada a celeuma pela interpretação do porte de drogas para uso pessoal como crime, por parte da doutrina, e como uma infração penal *sui generis* por outra parcela dessa, alcançam-se debates sobre a efetividade da lei ao seu propósito de ser, considerando-se, sobretudo, a menor ofensividade social.

Sob essa dinâmica, a doutrina majoritária e os tribunais, por consequência lógica, entendem a conduta do art. 28 como crime, ainda que não passível de detenção ou reclusão, pois despenalizado, ao passo em que tão somente em proposição recente se intenta, à contraposição da ideia minoritária da natureza *sui generis* do artigo, a descriminalização deste tipo penal. Pelo que se sopesa a tríade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) do princípio da proporcionalidade na observação da satisfação prática que a atual redação da Lei de Drogas idealiza.

Ocorre que a proteção do bem jurídico, promovida pela ação do direito, não pode causar à coletividade dano maior do que aquilo que a lei se propõe a tutelar. Tratando do direito penal das drogas, equivale a dizer que da tutela da saúde pública, que se busca pelo desempenho da norma incriminadora, veda-se a ocorrência de consequências sociais mais nocivas do que aquelas que se pretende evitar (Olavo, 2019, p. 191). Há, neste cenário, materializado com os dados aferidos na pesquisa, a desvinculação dos elementos que integram o princípio da proporcionalidade.

Isso porque, os dados analisados na pesquisa, realizada com os apenados da Penitenciária Estadual Dr. Francisco Nogueira Fernandes, Alcaçuz, e as apenadas no Complexo Penal Dr. João Chaves, demonstram

a ausência de critérios práticos para diferenciar o porte de drogas para consumo e o porte de drogas com fins ao tráfico, contundente problemática diante da omissão legislativa em instituir distinções objetivas aos tipos penais.

Desse cenário, a menor ofensividade social é prejudicada e as consequências da criminalização das drogas, por si só, são mais graves que os resultados dos fatos que se pretendem proibir. Isto porque, não havendo distinção objetiva de critérios para a tipificação do delito do art. 28 ou do art. 33, ambos da Lei n.º 11.343, de 2006, no que tange à quantidade do entorpecente em porte, por exemplo, prevalece potencial tipificação pelo delito mais grave.

Nessa linha, equivale negar legitimidade às incriminações que, mesmo adequadas, necessárias e proporcionais (*stricto sensu*) a atingir a finalidade proposta, produzem, por sua própria atuação, danos à coletividade relativamente superiores às vantagens almejadas (Olavo, 2019). Outrossim, por analogia, significa dizer, segundo Beccaria (1979), que uma pena igual é destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, os homens não encontrarão um obstáculo mais forte que os impeça de cometer o delito maior, se a este encontrem unida uma vantagem maior.

Como consequência direta, tem-se uma aplicação disfuncional da lei. Apesar de seu claro propósito de mitigar o tratamento jurídico que se dava ao usuário na redação da lei antiga (Lei nº 6.368, de 1976) e traçar distinções mais claras entre usuário e traficante, a sua aplicação não foi capaz de diminuir o encarceramento decorrente do tráfico de drogas. Em verdade, com a aplicação da Lei nº 11.343, de 2006, logo em seus primeiros dez anos, viu-se um aumento em mais de 160% desse, dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), 2016.

Não incomum, desse progressivo encarceramento decorrem violações à duração razoável do processo, haja vista a sobrecarga de ações a serem processadas e julgadas, problemática acentuada em face do delito de tráfico de entorpecentes, repise-se: uma vez que se trata do segundo tipo penal que mais encarcera homens e o primeiro que aprisiona mulheres no Brasil (SENAPPEN, 2022), conforme discutido em tópico próprio anterior.

4.2 Análise pormenorizada dos dados auferidos da pesquisa com os apenados da Penitenciária Estadual Dr. Francisco Nogueira Fernandes, Alcaçuz, e as apenadas do Complexo Penal Dr. João Chaves

Dos dados levantados se observou que as espécies de entorpecentes apreendidas com os apenados e apenadas, majoritariamente, se deram em quantidades inferiores a 50g. Na Penitenciária de Alcaçuz contabilizou-se, de um espaço amostral de 6 (seis) psicotrópicos, a expressão em 72,2% de apreensões – das quais decorreram as prisões – referente à *cannabis* (maconha). Desse montante, 39,9% em quantidade igual ou inferior a 50g, 20,3% entre 100g e 1kg e 13% entre 50g e 100g. Ademais, em 51,9% dos casos a apreensão ocorreu em ambiente domiciliar.

No que tange aos dados do Complexo Dr. João Chaves, em um universo de seis espécies de entorpecentes, 61,1% das apreensões foram de *cannabis*. Desse montante, 18,2% em quantidade igual ou inferior a 50g, 18,2% em quantidade superior a 100 kg, 13,6% entre 50g e 100g, 9,1% entre 1 kg e 5 kg e 9,1% entre 10 kg e 100 kg. Não bastante, em 53,8% dos casos a apreensão ocorreu em ambiente domiciliar.

Em ambas as situações, os sujeitos eram primários em 48% dos casos envolvendo detentos homens e 73,1% entre as mulheres. Além disso, quando reincidentes genéricos (sem implicação na reincidência de tráfico de drogas), representam 28,4% entre os homens e 3,8% entre as mulheres.

Desse modo, pode-se inferir que a grande maioria das apreensões foram da espécie maconha, dessas a também maioria, que ensejou penas,

advieram de quantias de até 100g, representando 52,9%, entre os apenados; e 31,8% entre as apenadas.

Isto significa dizer, com base nos dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2023), que, se nos estados do Mato Grosso, Rio de Janeiro, Pernambuco, Santa Catarina e Paraná, por exemplo, a apreensão na quantidade discriminada não configuraria o crime de tráfico de drogas e, portanto, afastaria a aplicação do art. 33, mas, sim, restaria configurada a hipótese de aplicação do tipo penal do art. 28, para o qual não há previsão de detenção.

Situação comum a todos esses estados e tantos outros – inclusive o Rio Grande do Norte – é, entretanto, a imprecisão na aferição da quantidade de drogas. Milena Soares, em pesquisa para o IPEA (2023), concluiu pela ausência de padronização na apresentação deste dado, sendo encontradas também imprecisões quanto ao que está sendo medido. Na prática, os registros sobre quantidade de drogas em sistema métrico padrão (massa em gramas) ocorre majoritariamente sem especificação se massa bruta (pesagem com embalagem) ou líquida (pesagem sem embalagem).

Ainda segundo a pesquisa acima, os documentos oficiais não informam com exatidão a quantidade de entorpecente apreendida. Além disso, os documentos que contam com menor taxa de não informação da quantidade em gramas são os laudos periciais (preliminares e definitivos), embora a maioria não especifique os métodos de pesagem do material, repercutindo na imprecisão de informações.

De pronto, não é difícil inferir que a Lei n.º 11.343, de 2006, entre outras providências, não estabeleceu limites ao entendimento da quantidade de entorpecentes que, em porte ilegal, pudesse configurar o crime de tráfico, ou apenas a sua existência para uso pessoal e, como consequência, são ausentes protocolos de padronização de pesagem capazes de reverter o estereótipo de um traficante em usuário.

A ausência desse critério objetivo implica na sujeição da recepção ou não do tipo penal à subjetividade exarada na aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, com base na arbitrariedade do julgador e com base em provas que, por vezes, não colacionam informações precisas a uma condenação justa dentro deste “parâmetro aberto”.

4.3 Alterações propostas pelo anteprojeto da Lei n.º 11.343, de 2006 e os seus potenciais reflexos na realidade carcerária do Rio Grande do Norte

O anteprojeto da Lei de Drogas, ao propor a alteração de seis artigos, dentre eles os arts. 28 e 33, objetiva a mudança de foco no combate ao tráfico de drogas, ao passo que redireciona o foco da repressão ao grande comércio de entorpecentes, estabelecendo critérios objetivos – de que carece a redação atual da lei – para distinguir o usuário do traficante.

Com isso, tenta materializar a aplicação prática distinta entre os artigos 28 e 33, cada um consoante a gravidade do delito, dirimindo o risco de incorrer na manutenção de um encarceramento por quantidade irrisórias de entorpecentes e orientadas por uma interpretação desconforme com a realidade dos fatos.

As alterações propostas no anteprojeto exprimem a substituição dos 18 verbos do tipo penal do art. 33 em 15 tipos criminais distintos, sopesando atenuantes e agravantes a direcionarem a aplicação de uma pena mais branda ou não, bem como, outras previsões decorrentes de tal inovação.

Por sua vez, a alteração de notada objetividade de que necessita a lei, nos termos do que já foi discutido ao longo deste tópico, diz respeito à quantidade de droga necessária a caracterizar o crime de tráfico ou o de porte para uso pessoal. A proposta de reforma, sendo aceita, descriminaliza a “aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento ou uso de drogas ilícitas, para consumo pessoal, em quantidade de até dez doses”.

Decerto que o valor de “uma dose” em grama será definido conforme a espécie do entorpecente e definido, caso a caso, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Na prática, significaria dizer que não mais haveria distinções entre as quantidades de psicóticos a configurarem tráfico de drogas entre os estados brasileiros, o que reduziria a margem para a expressão da subjetividade dos tribunais e consequentes condenações em oposição à menor ofensividade social.

Em perspectivas, sem conhecer os dados que podem ser fixados pela ANVISA, vislumbra-se – seguindo as métricas dos estados de RJ, PB, MS, SC e PA, cuja mediana para a configuração do tráfico de drogas significa quantidades superiores a 100g – ensejaria uma redução em 31,8% na população carcerária feminina e 52,9% na população carcerária masculina, no caso da *cannabis*.

Contudo, há de se considerar que, não obstante os avanços que a alteração da Lei n.º 11.343, de 2006, os critérios objetivos podem se possibilitar o rearranjo de conduta dos agentes que praticam o delito tipificado no art. 33 para se adequarem à quantidade de tóxicos insuficiente para tipificação do tipo penal de tráfico.

Aparentemente, a proposta de reforma da Lei de Drogas encontra margens para dirimir a quantidade de condenações de usuários, ao mesmo tempo em que pode esbarrar na dificuldade de identificar quem trafica, e grande parte desse imbróglio deve-se a ausência de uma quantidade ideal a configurar um ou outro tipo. Se muito expressiva for, favorece o tráfico, se pouco expressiva, encarcera usuários.

Considerações finais do capítulo

Ante as considerações tecidas, os dados coletados permitem inferir que o sistema de justiça criminal norte-rio-grandense, especificamente no que tange aos acusados por crimes tipificados na Lei n.º 11.343, de 2006,

terminam por não respeitar, em sua plenitude, o direito fundamental à duração razoável do processo.

Ainda que o processamento sob o rito especial ocorra em tempo médio inferior aos processos criminais que tramitam no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN), ainda há o registro de média temporal superior à nacional e muito além do tempo máximo de estimativa para conclusão do procedimento.

Nessa linha de raciocínio, deduz-se que as dilações probatórias e a decretação de prisão preventiva são vistas como fatores que contribuem para o espaçado lapso temporal entre o cometimento do crime e a sentença penal condenatória.

Não bastante, faz-se necessário alertar acerca da limitação encontrada na execução da pesquisa, fato que pode culminar na alteração de seus dados objetivos quando comparados à realidade posta, uma vez que não foram analisados os processos criminais de todos os apenados do estado, bem como se operou como lócus de pesquisa apenas duas penitenciárias estaduais, retirando do objeto da pesquisa os processos que envolvem a absolvição dos acusados.

Ademais, verifica-se que prepondera a aplicação do regime inicial fechado com a fixação das penas entre 4 (quatro) e 12 (doze) anos. Em contraposição, maconha e a cocaína foram as drogas apreendidas com maior frequência, em quantidades, em maior parcela, inferiores a 50 gramas e em ambiente doméstico.

Esses dados, quando postos em correlação, demonstram o viés punitivista da legislação de drogas, bem como do Poder Judiciário norteario-grandense, isto porque se prende muito, aplicam-se regimes e penas severas, embora se apreenda pouca quantidade de entorpecentes, de forma que se torna salutar e urgente a alteração a legislação vigente, na tentativa de materializar a aplicação prática distinta entre os artigos 28 e 33 da Lei nº 11.343, de 2006.

Referências

- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Marcilio Teixeira. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **13º Ciclo**. Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário. dez. 2022. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTQ2ZDc4NDAtODE5OS00ODZmLThlYTtYzI4YTk0MTc2MzJkIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9&pageName=RreportSectionb520cc726db6179d4e81>>. Acesso em: 06 ago. 2023.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2022**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros/relatorios-justica-em-numeros/>>. Acesso em: 03 ago. 2023.
- HAMILTON, Olavo. **Drogas**: criminalização simbólica. Natal: OWL, 2019a.
- HAMILTON, Olavo. **Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas**. 4. ed. Natal: OWL, 2019b.
- LIRA, Sêmely Clície Rodrigues Batista. **O direito ao julgamento dentro de um prazo razoável âmbito da Justiça Criminal**: um estudo à luz do estado democrático constitucional. 2020. 219f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2020.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- TAVARES, Sofia Batista. **Prisão preventiva para garantia da ordem pública no crime de tráfico de drogas**: uma análise das decisões dos juízes de direito do estado do Rio Grande do Norte. 2022. 79f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2022.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal**: teoria constitucional do processo penal. 3. ed. Natal: OWL, 2021.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal**: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 3. ed. Natal: OWL, 2019.
- SOARES, Milena Karla. **Critérios objetivos no processamento criminal por tráfico de drogas**: natureza e quantidade de drogas apreendidas nos processos dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília: IPEA, 2023. Versão preliminar. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12014/1/RP_Criterios_objetivos_Publicacao_Preliminar.pdf>. Acesso em: 6 ago. 2023.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 36. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

Capítulo 4

Estudo sobre a execução penal no estado do Rio Grande do Norte: a predominância da fixação do regime inicial fechado nos crimes de tráfico de drogas

*Heloyze Raquel Pinheiro de Souza*²²

*Lara Moreira Brito da Silva*²³

*Lavinia Cavalcante da Silva*²⁴

*Maria Eduarda Lima Queiroz de Souza*²⁵

*Raphaella Jéssica Reinaldo Cortez*²⁶

Introdução

O influxo dos preceitos de Direitos Humanos no contexto pós-positivista instaurou um paradigma judicial, no qual a imparcialidade do

²² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante dos projetos de pesquisa *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte* e *Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva*, ambos vinculados à UFRN. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-3807-5676>.

²³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante dos projetos de pesquisa *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte* e *Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva*, ambos vinculados à UFRN. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-7715-9470>.

²⁴ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante dos projetos de pesquisa *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte* e *Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva*, ambos vinculados à UFRN. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0657-8738>.

²⁵ Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Integrante dos projetos de pesquisa *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte* e *Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva*, ambos vinculados à UFRN. ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-2240-3620>

²⁶ Advogada; Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI/RN) e em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Integrante dos projetos de pesquisa *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte* e *Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais*,

magistrado, a equidade do debate, a plenitude da defesa e a garantia do devido processo legal ganharam proeminência. Apesar disso, não obstante o progresso contínuo em direção ao garantismo penal, é importante observar que, em certos momentos, o julgador pode ser influenciado por modelos inquisitórios ultrapassados.

Sob essa perspectiva, revela-se de extrema importância investigar as implicações que impactam o regime de execução da pena estabelecida por sentença judicial em situações de condenação. Isso se deve à relevância de examinar de que forma o ponto de equilíbrio da proporcionalidade dessa penalidade pode ser compreendido como uma fronteira de natureza tênue.

Partindo desse ponto, pontua-se que o estabelecimento do regime inicial da pena é regido pelas prescrições estipuladas no Código Penal e na Lei de Execução Penal, compreendendo três categorias distintas: fechado, semiaberto e aberto. O regime fechado, caracterizado por sua maior severidade, prescreve que o indivíduo sentenciado dará início ao cumprimento de sua pena em uma instituição penitenciária, na qual, em princípio, terá acesso à acomodação individual e será submetido a atividades laborais diurnas, sendo sujeito a reclusão durante as horas noturnas.

Sob esse contexto, ao analisar a questão do tráfico de drogas mais especialmente, suscita-se um debate relativo à sua equiparação aos delitos tidos como hediondos, aspecto de notória relevância na determinação do regime inicial de execução da pena para o indivíduo condenado. Isso porque a promulgação da Lei n.º 11.464, de 2007, que introduziu modificações ao § 2º do artigo 2º da Lei n.º 8.072, de 1990, trouxe à luz a clara incorporação das consequências decorrentes do crime de tráfico de drogas aos traços característicos inerentes aos crimes hediondos.

Diante dessa questão complexa relativa à imposição de pena inicial em regime fechado nos casos relacionados ao tráfico de drogas, o presente estudo buscou compreender a problemática a partir de dados pertinentes ao

tema. Nesse sentido, foram coletados dados no intervalo de tempo entre março e dezembro de 2022. Tais informações foram obtidas por meio do Projeto de Pesquisa “Criminalidade Violenta e Diretrizes para uma Política de Segurança Pública no Estado do Rio Grande do Norte”, vinculado ao curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, e sob a coordenação do professor Dr. Walter Nunes da Silva Júnior.

Ademais, a coleta de dados direcionou-se a examinar os detentos alojados em duas instituições específicas: a Penitenciária Estadual de Alcaçuz (PEA) e o Complexo Penal Dr. João Chaves (CPJC). Essa seleção fundamentou-se no fato de que tais estabelecimentos abrigam um número substancial de detentos do sexo masculino e feminino, respectivamente.

A partir desse ponto, prosseguiu-se com a identificação dos reclusos que haviam sido condenados por delitos relacionados ao tráfico de drogas, utilizando-se da consulta ao Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU).

Utilizando os dados obtidos por meio desse sistema, realizou-se uma análise das facetas que envolvem a implementação de penalidades nos cenários concernentes ao tráfico de substâncias ilícitas. Posteriormente, formulações específicas foram concebidas para direcionar a investigação, almejando a obtenção de resultados abordando a problemática em questão.

Para alcançar esse objetivo, a fim de compreender a aplicação do regime fechado na execução de penas relacionadas ao delito de tráfico de drogas, conduziu-se uma análise de materiais presentes em artigos científicos, teses, livros, além de se realizar uma exploração da legislação pertinente ao tópico, a saber, a Lei n.º 11.343, de 2006, e a Lei de Execuções Penais.

1. Considerações sobre a metodologia e fontes de pesquisa

Para compreender a presente pesquisa, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da metodologia utilizada. Para Gil (2002, p. 17), por exemplo, a pesquisa é um procedimento racional e sistemático cujo objetivo é proporcionar respostas, ou se aproximar de respostas, aos problemas propostos.

Com base nessa proposição, o presente estudo teve como objetivo realizar uma análise do aparato de implementação das sanções penais no âmbito do estado do Rio Grande do Norte. Especificamente, buscou-se examinar a tendência preponderante de imposição da pena em regime fechado em delitos relacionados ao tráfico de drogas.

Para isso, este capítulo baseou-se em uma pesquisa descritiva. Isso porque, conforme bem explica Gil (2002, p. 42), essa tipologia procura a descrição de características de determinada população ou fenômeno, bem como o estabelecimento de relações entre variáveis. Nesse sentido, os estudos classificados sob esse tipo caracterizam-se pela utilização de técnicas padronizadas de coleta de dados.

Neste estudo, a aquisição de informações foi conduzida por meio da coleta de dados disponíveis no Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU), abrangendo o período de março a dezembro de 2022. Esses dados foram obtidos a partir do Projeto de Pesquisa “Criminalidade Violenta e Diretrizes para uma Política de Segurança Pública no Estado do Rio Grande do Norte”, vinculado ao curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, e coordenado pelo professor doutor Walter Nunes da Silva Júnior.

Utilizando as informações coletadas por meio desse sistema, procedeu-se à análise minuciosa dos aspectos relacionados à implementação de penas nos casos relacionados ao tráfico de substâncias ilícitas. Posteriormente, foram formuladas perguntas específicas para direcionar a investigação, visando obter os resultados relativos à problemática abordada.

O procedimento de coleta de informações apresentou méritos análogos aos delineados por Gil (2002, p. 51). A saber, essa abordagem possibilitou a obtenção direta de compreensão acerca da realidade; conferiu economia e agilidade na compilação dos dados; e, especialmente, permitiu a mensuração dos elementos, visto que os dados coligidos por intermédio do levantamento puderam ser categorizados nas tabelas expostas ao longo deste capítulo. Tal estratégia propiciou a quantificação das variáveis objeto de análise, viabilizando a utilização de correlações e outros métodos de natureza estatística.

Ademais, a observação desses dados se deu por meio de uma abordagem quantitativa e qualitativa. Isso porque a pesquisa qualitativa preocupa-se com o aprofundamento da compreensão de um grupo social. Desse modo, leva-se em conta os aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais (MINAYO, 2001, p. 14). Por outro lado, os resultados da pesquisa quantitativa podem ser quantificados (FONSECA, 2002, p. 20). Nesse contexto, devido à amplitude das amostras, os resultados refletem de maneira fiel à população analisada. Logo, a combinação dessas abordagens desempenhou um papel essencial na compreensão da problemática em questão.

Por último, é relevante destacar que neste estudo foi empregado o método dedutivo. Esse método iniciou-se a partir de princípios gerais, seguido por uma investigação do específico. A utilização do método dedutivo teve como finalidade elucidar o conteúdo das premissas estabelecidas. Adicionalmente, no intuito de compreender a aplicação do regime fechado na execução de penas relacionadas ao delito de tráfico de drogas, foi conduzida uma análise de textos presentes em artigos científicos, teses, livros, bem como a exploração da legislação pertinente ao tema, a Lei n.º 11.343, de 2006, e a Lei de Execuções Penais.

2. Apresentação dos índices sobre execução penal dos crimes de tráfico de drogas no estado do Rio Grande do Norte

Para melhor compreensão deste capítulo faz-se necessária a descrição dos dados estatísticos referentes aos índices sobre a execução penal dos crimes de tráfico de drogas no estado do Rio Grande do Norte, obtidos especialmente por meio de consulta ao Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU) dos processos relacionados aos crimes de Lei de Drogas dos internos da Penitenciária Estadual Doutor Francisco Nogueira Fernandes, conhecida como Penitenciária Estadual de Alcaçuz, e das internas do Complexo Penal Doutor João Chaves, ambos relativos ao ano de 2022.

Inicialmente foram analisados os dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Administração Penitenciária (SEAP), nos quais foram extraídas três listas: a primeira com dados sobre os internos do regime fechado, de sexo masculino, da Penitenciária Estadual de Alcaçuz (PEA); a segunda lista com dados sobre as internas provisórias, de sexo feminino, das unidades do Centro de Detenção Provisória de Parnamirim (CDP), Complexo Penal Estadual Agrícola Mário Negócio (CPEAMN), Complexo Penal Dr. João Chaves (CPJC), Penitenciária Estadual do Seridó (PES) e da Central de Monitoramento Eletrônico (CEME); por fim, a última lista destacou as internas já sentenciadas dos mesmos estabelecimentos.

Visando realizar uma melhor análise sobre os dados coletados, a presente pesquisa limitou o estudo sobre os reclusos localizados na Penitenciária Estadual de Alcaçuz (PEA) e no Complexo Penal Dr. João Chaves (CPJC), pelo fato de acolherem mais internos, do sexo masculino e feminino, respectivamente.

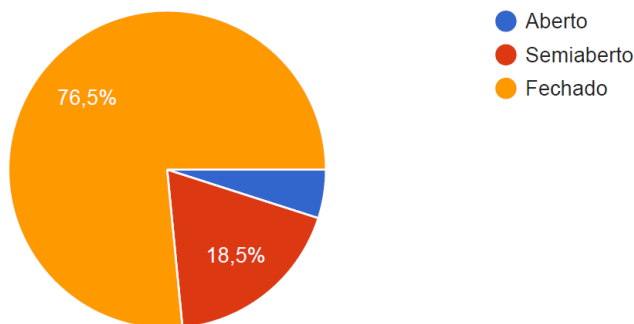
A partir disso, foram selecionados os reclusos que possuíam condenações pelo crime de tráfico de drogas por meio de consulta ao SEEU. Após a fase de coleta de dados, iniciou-se o aprofundamento na análise de dados por meio de preenchimento de formulário responsável por delinear o perfil do apenado, local do crime, região geográfica em que ocorreu o crime, questões específicas sobre o indiciamento, o tipo e quantidade da substância entorpecente, além de detalhes sobre o processo criminal, incluindo aspectos da própria execução penal.

Destaca-se que em relação aos internos da Penitenciária Estadual de Alcaçuz (PEA) houve o preenchimento de 162 (cento e sessenta e duas) respostas, e em relação às internas do Complexo Penal Dr. João Chaves (CPJC), foram 26 (vinte e seis) respostas formalizadas.

No que se refere aos índices sobre a execução penal dos reclusos da PEA, verifica-se que 76,5% das condenações pelo delito de tráfico de drogas tiveram como regime inicial de cumprimento de pena o fechado, enquanto

18,5% iniciaram o cumprimento em regime semiaberto, e apenas 0,5% iniciaram o cumprimento em regime aberto.

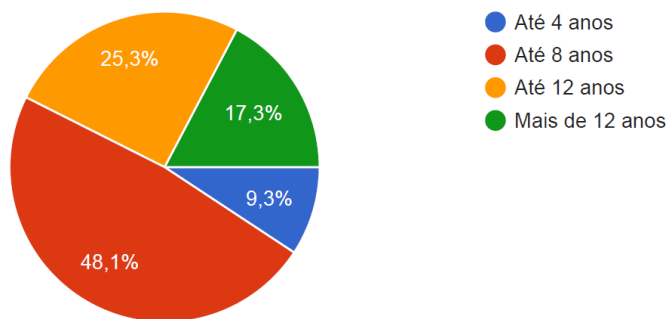
Gráfico 01 — Regime inicial de cumprimento de pena fixado na condenação no Presídio Estadual de Alcaçuz



Fonte: elaborada pelos autores (2022).

Analisada a quantidade de pena aplicada, denota-se que 9,3% dos reclusos foram condenados a penas de até 4 (quatro) anos, 48,1% com penas de até 8 (oito) anos, 25,3% a penas de até 12 (doze) anos e 17,3% foram condenados por mais de 12 (doze) anos.

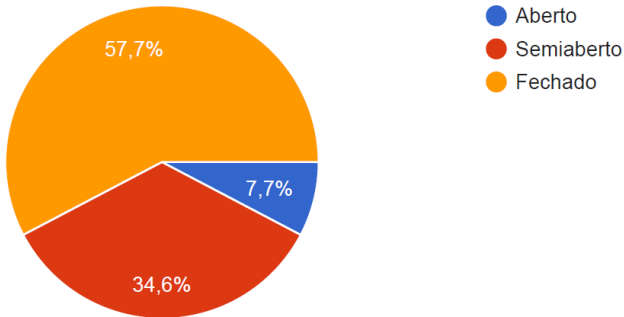
Gráfico 02 — Quantidade de pena aplicada no Presídio Estadual de Alcaçuz



Fonte: elaborada pelos autores (2022).

Em relação aos índices das internas do Complexo Penal Dr. João Chaves (CPJC), não foi possível realizar um recorte maior, sendo analisadas apenas 26 (vinte e seis) respostas do formulário, constatando-se que a porcentagem de reclusas que possuíram regime inicial de cumprimento de pena fixado no fechado foi de 57,7%, enquanto 34,6% iniciaram o cumprimento de pena no regime semiaberto e 7,7% no regime aberto.

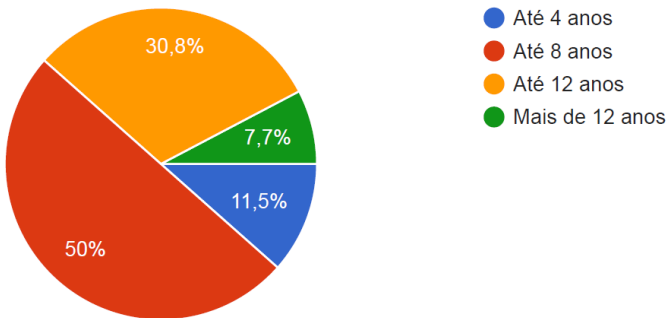
Gráfico 03 — Regime inicial de cumprimento de pena fixado na condenação no Complexo Penal Dr. João Chaves



Fonte: elaborada pelos autores (2022).

Trazendo os dados alusivos à quantidade de pena aplicada, é possível observar, a partir da análise do gráfico 04 (abaixo) que 11,5% das apenadas do CPJC foram condenadas a uma pena de até 4 (quatro) anos, 50% a pena de até 8 (oito) anos, 30,8% a pena de até 12 (doze) anos e apenas 7,7% tiveram penas de mais de 12 (doze) anos.

Gráfico 04 — Quantidade de pena aplicada no Complexo Penal Dr. João Chaves



Fonte: elaborada pelos autores (2022)

Em detalhes, quanto aos índices relacionados ao regime inicial de cumprimento de pena fixado na condenação, além da discrepância entre a porcentagem de reclusos que iniciaram no aberto e semiaberto, chamou a atenção dos pesquisadores a predominância da fixação do regime fechado no cumprimento inicial da pena dos reclusos condenados pelo delito previsto no art. 33 da Lei de Drogas.

3. A predominância do regime fechado no cumprimento inicial da pena e o limiar da sua (des)proporcionalidade

É fato que a evolução da sociedade gera novas perspectivas acerca do direito criminal que, conseqüentemente, alteram o processo penal.

Anteriormente, o juiz inquisidor era a principal figura do julgamento, impossibilitando a imparcialidade, o contraditório e a ampla defesa no processo, prejudicando substancialmente o garantismo penal (SILVA JÚNIOR, 2022, p. 22). Nestes moldes, apesar da reserva do julgamento, a execução era pública, como forma de amedrontar e intimidar parte da população. Todavia, com a onda de incidência dos Direitos Humanos no pós-positivismo, surgiu uma nova espécie de julgamento, na qual prevalece a imparcialidade do juiz, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

De mais a mais, embora o progresso ao garantismo propriamente dito seja contínuo e a cada dia venha sendo tutelado por meio de novos procedimentos, é importante esclarecer que aquele que julga poderá, por vezes, ser influenciado pelos superados modelos inquisitórios. Neste contexto, para além do processo penal de conhecimento, é necessário estudar as vertentes que incidem no regime do cumprimento inicial da pena — em caso de condenação — definida pelo magistrado e como o limiar da sua proporcionalidade pode ser considerado uma linha tênue.

De antemão, é imprescindível destacar alguns pontos em relação ao regime inicial da pena. Ao final da *persecutio criminis* que enseja na eventual prolação da sentença condenatória, após a fixação da pena, o juiz estipula o regime inicial do cumprimento da sanção. O regime será baseado nos aspectos envoltos da culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, aos motivos, circunstâncias e conseqüências do crime e o comportamento da vítima, frisando-se que deve ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, conforme o art. 59 do Código Penal (CP).

Neste sentido, o regime inicial da pena é regulamentado no Código Penal e na Lei de Execução Penal, prevendo três regimes: fechado, semiaberto e aberto.

O primeiro é o mais rigoroso e determina que o condenado iniciará o cumprimento da pena em penitenciária, na qual, em tese, terá cela individual, ficando sujeito a trabalho durante o dia e isolamento à noite (SILVA JÚNIOR, 2022, p. 272). É válido salientar que, diante da grande população carcerária brasileira, é comum que não seja respeitada a cela individual e outros direitos do apenado sejam violados²⁷.

O regime semiaberto, por sua vez, é cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar, não devendo o apenado ser submetido a regime fechado em casos em que não houver estes supramencionados estabelecimentos²⁸. Já no aberto, menos rigoroso, o condenado viverá fora do estabelecimento penal, sem qualquer tipo de vigilância, entretanto, deverá permanecer recolhido durante a noite e nos dias de folga (art. 36, §1º, CP). O art. 33, § 2º, CP, afirma que:

a) o condenado à pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Contudo, a decisão do juiz não deverá, necessariamente, seguir à risca o art. 33, valendo-se também do art. 59 do Código Penal supramencionado, devendo o magistrado considerar diversos aspectos relacionados ao fato e as partes, como as circunstâncias do crime e a personalidade do acusado.

Isto posto, ao tratar especificamente do tráfico de drogas, existem divergências quanto a sua equiparação aos crimes hediondos, ponto que influencia significativamente o regime inicial a ser aplicado ao apenado.

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso XLIII, afirma que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. Apesar disso, nota-se que a equiparação não está definida

²⁷ Neste ponto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, considerou a situação prisional no país, em razão das graves violações de direitos fundamentais aos apenados, um “estado de coisas inconstitucional”. Apesar da decisão completar sete anos de sua publicação, muitas penitenciárias ainda se encontram na mesma situação, prejudicando a função social da pena.

²⁸ Conforme preceitua a Súmula vinculante nº 56, “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

expressamente na Carta Magna. Apenas com a Lei nº 11.464, de 2007, que alterou o § 2º, do art. 2º, da Lei nº 8.072, de 1990, observou-se a equiparação quanto aos efeitos do crime de tráfico de drogas em relação aos crimes hediondos.

Desse modo, em razão da sua equiparação, o tráfico de entorpecentes era submisso obrigatoriamente a regime inicial fechado. Isso porque a Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072, de 1990), apesar de não inserir este delito no rol taxativo, enunciou em seu art. 2º que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas estaria sujeito aos mesmos efeitos que os crimes hediondos. Assim, em razão da equiparação dos efeitos realizada pela supramencionada lei, há doutrinadores que defendem que o tráfico de drogas possui a qualidade de hediondo. Por outro lado, posteriormente, o art. 2º foi revogado pelo “Pacote Anticrime”, e, em sua nova redação, não menciona o tráfico de drogas como crime hediondo, afastando a equiparação.

Com isso, surgiram novos questionamentos na doutrina quanto à equiparação do tráfico de drogas a crimes hediondos, considerando que a legislação que expressava de forma mais clara essa comparação foi revogada. Contudo, conforme a jurisprudência, a mudança causada pelo Pacote Anticrime não é suficiente para retirar a hediondez do delito. Nesta perspectiva, a relatora Ministra Rosa Weber afirmou em decisão que:

[...]as espécies delitivas arroladas no inciso XLIII do art. 5º implicam graves agressões aos direitos humanos, considerando os seus efeitos danosos e disruptivos no meio social. Diante da necessidade de tutela efetiva dos bens e interesses jurídicos em jogo, e como consectário da proibição da proteção deficiente, há uma determinação peremptória da Carta Maior no sentido de se criminalizar essas condutas — mandato constitucional de criminalização expresse —, bem como dispensar tratamento mais rigoroso, com consequências diferenciadas e mais gravosas àqueles que praticarem tais delitos. Nessa conjuntura, nos termos do disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes (artigo 33, caput, e § 1º, Lei 11.343/2006) é figura típica equiparada aos crimes hediondos, assim discriminados na Lei 8.072/90. E, por isso, o ora Paciente encontra-se sujeito a tratamento penal mais severo para a progressão de regime, a qual se dará após o cumprimento de 40% da pena, nos termos do art. 112, V, da LEP. Assim, reafirmo que, inobstante os argumentos da Defesa, a revogação do § 2º do art. 2º da Lei 8.072/90 pela Lei 13.964/2019 em nada influiu na caracterização da hediondez do delito de tráfico de drogas, porquanto, repita-se, a equiparação decorre de previsão constitucional estabelecida no art. 5º, XLIII, da Constituição Federal. (WEBER, HC 215.182 AgR, p. 6, 2022)

À vista disso, observa-se que, segundo a Ministra, os delitos presentes no inciso XLIII do art. 5º da Constituição, ou seja, os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo acarretam grave ameaça aos direitos humanos e causam efeitos nocivos à sociedade. Por isso, entende-se que o constituinte, ao incluir esses crimes no mesmo dispositivo, indica a equiparação entre eles. Além disso, a relatora deixa claro que a mudança da Lei 13.964, de 2019, em nada influi na caracterização da hediondez do delito de tráfico de drogas.

Ademais, surge uma nova incerteza acerca da obrigatoriedade do cumprimento de pena em regime fechado para os crimes hediondos, previsto no parágrafo 1º, da Lei 8.070, de 1990. Essa discussão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que declarou, no *Habeas Corpus* n.º 111.840/ES²⁹, em decisão paradigmática, a inconstitucionalidade *incidenter tantum* desse dispositivo, por violar significativamente o princípio da individualização da pena. Tal decisão deu origem à Súmula Vinculante 26, que possui a seguinte redação:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, fundamentadamente, a realização de exame criminológico.

²⁹ Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei n.º 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n.º 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei n.º 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. **Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.** 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. (...)

Portanto, em razão da alteração legislativa, consubstanciada com a decisão do Supremo Tribunal Federal, não mais estaria o tráfico de drogas sujeito à obrigatoriedade do cumprimento inicial da pena sujeito ao regime fechado.

Superado isto, é necessário trazer o estudo realizado pelo grupo de pesquisa em segurança pública orientado pelo Professor Dr. Walter Nunes, o qual apurou dados em relação aos presos por tráfico no Presídio Estadual de Alcaçuz e na penitenciária feminina João Chaves, ambas sediadas em Natal/RN.

Com relação à Penitenciária João Chaves, constata-se que 73,1% das mulheres são primárias e 46,2% trabalhavam à época da prisão. Além disso, 65,4% delas não foram condenadas por associação ao tráfico ou por integrar organização criminosa. A posse de cocaína e maconha — majoritariamente — não ultrapassaram 50 (cinquenta) gramas e 61,5% foram condenadas em penas até 8 anos.

Apesar de serem majoritariamente primárias, trabalharem à época do crime, não portarem mais de 50 (cinquenta) gramas e possuírem condenação de menos de oito anos, em 57,7% dos casos o cumprimento inicial da pena foi em regime fechado. Nota-se que, considerando o art. 33 do CP, não estariam enquadradas no regime fechado, em razão do tempo da pena, e considerando que trabalhavam, se encontravam em condições favoráveis à aplicação do regime inicial semiaberto.

No Presídio Estadual de Alcaçuz, após análise de 162 detentos, verificou-se que 48,8% dos presos eram primários, 40,7% trabalhavam à época do crime e 69,8% não foram condenados por associação ao tráfico ou por integrar organização criminosa. A posse de cocaína e maconha — majoritariamente — não ultrapassaram 50 (cinquenta) gramas. Além disso, mais de 57% foram condenados a penas de até 8 (oito) anos. No entanto, apesar de grande parte se enquadrar em situações favoráveis à aplicação do regime semiaberto, 76,5% dos presos foram condenados a regime inicial fechado.

Desse modo, para as condenações de tráfico de drogas, majoritariamente, é aplicado o regime fechado de cumprimento inicial, apesar das condições favoráveis ao réu e da viabilidade do regime semiaberto.

Vale ressaltar que a maior reprimenda ao tráfico possui base tradicionalista da cultura brasileira que é fortemente resistente ao uso de drogas, como a maconha e a cocaína, o que, conseqüentemente, pode tendenciar uma maior reprimenda do magistrado a aplicar o regime mais gravoso, na tentativa de punir o tráfico de drogas.

A autoridade do juiz se fortalece ainda mais em virtude de alterações recentes, uma vez que anteriormente o regime fechado era obrigatoriamente aplicado devido à natureza hedionda do crime. Vale ressaltar que este ponto ainda é motivo de controvérsia, visto que alguns estudiosos do direito e magistrados reconhecem a gravidade hedionda associada ao tráfico de drogas. Assim, a aplicação do regime fechado muitas vezes é influenciada pelas supramencionadas ideias, fato que independe de o réu possuir boa conduta social e do tempo da pena ser de até oito anos. Esses entendimentos subvertem as funções da pena e a proporcionalidade, tão resguardada pelas leis penais.

Em síntese, vê-se que a cultura da prisão na sociedade, como único meio para se realizar a punição no sistema criminal, se encontra enclausurada e associada à imposição majoritariamente do sistema fechado (SILVA JÚNIOR, 2022, p. 269)

Além das divergências em relação à hediondez do crime de tráfico de drogas e a cultura tradicionalista dos tribunais, existe uma verdadeira insegurança jurídica em relação ao limiar entre o consumo de drogas e o tráfico de drogas, fazendo com que, em determinados casos, mesmo com poucos gramas, o indivíduo seja condenado por tráfico de drogas.

Neste ponto, está pendente no STF o Recurso Extraordinário nº 635.659 (Tema 506), que trata sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio e que poderá trazer importante alteração nas decisões judiciais. No supramencionado julgamento, o Ministro Alexandre de Moraes, acompanhando o relator Ministro Gilmar Mendes, propôs que pessoas flagradas

com 25g a 60g de maconha ou que tenham seis plantas fêmeas sejam, *a priori*, presumidas como usuárias de drogas. Nota-se que, se este entendimento for aplicado na prática, com base nos dados do delito de tráfico de drogas nas penitenciárias de Alcaçuz e João Chaves, pelo menos 50% dos apenados estariam enquadrados como usuário de drogas, visto que a quantidade de maconha e cocaína apreendidas não ultrapassou 50 (cinquenta) gramas.

Além disso, as súmulas n.º 718 e 719 do STF, que determinam que não pode o magistrado, com base em suas próprias convicções e analisando somente a gravidade em abstrato do crime, impor regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada, tentam frear a cultura fortemente punitivista em relação aos crimes de tráfico de drogas dos tribunais.

Diante disso, vale destacar a importância do princípio da proporcionalidade na aplicação da sanção penal que apresenta três elementos essenciais: necessidade, adequação e proporcionalidade em *stricto sensu* (Silva Júnior, 2021, p. 229). Este princípio determina que seja feito um juízo de ponderação entre a gravidade do fato e da pena e o fim a que ela se propõe, sendo necessária a simetria entre esses para garantir a proteção do bem tutelado e os direitos individuais do acusado.

De mais a mais, a sanção penal atribuída ao crime de tráfico de entorpecentes é reconhecida como uma imperativa necessidade no contexto de preservação da ordem e segurança pública. Entretanto, a harmonização eficaz entre os preceitos jurisprudenciais e as normas legais, de modo a adequar a punição de maneira congruente com a garantia primordial dos direitos do indivíduo submetido à condenação, e simultaneamente atender aos objetivos repressivos e preventivos da pena, permanece um desafio não plenamente superado.

Em suma, entende-se que o tráfico de drogas deve ser reprimido penalmente, no entanto, a jurisprudência e a legislação ainda não encontraram a melhor forma de adequar a sua punição de forma que respeite, sobretudo, os direitos do apenado, e cumpra a função repressiva e preventiva da pena, existindo uma verdadeira desproporcionalidade nas decisões que aplicam o regime inicial fechado, mesmo cabendo a aplicação do semiaberto. Contribui

para as condenações a indefinição do que se enquadraria como porte de drogas para consumo próprio e o efetivo tráfico de drogas.

É sobre essas premissas que é, no *status quo* de insegurança jurídica, difícil identificar o limiar da proporcionalidade da aplicação do regime inicial fechado nos crimes de tráfico de drogas.

Considerações finais do capítulo

À luz do exposto neste capítulo, pode-se concluir que as implicações que afetam o regime inicial da execução da pena e os limites de sua proporcionalidade compõem um tema de natureza complexa e indispensável.

Na investigação conduzida neste capítulo, examinou-se a aplicação do regime fechado como sentença para condenados por crimes relacionados ao tráfico de substâncias entorpecentes. Nesse sentido, o enfoque se voltou para uma análise aprofundada que se sustentou em informações coletadas no âmbito da execução penal nos casos de tráfico de drogas específicos do estado do Rio Grande do Norte. Esses dados foram obtidos por meio do Sistema Eletrônico de Execução Unificada (SEEU), abrangendo os procedimentos relacionados às infrações estipuladas na legislação referente a entorpecentes, tanto para os indivíduos privados de liberdade na Penitenciária Estadual Doutor Francisco Nogueira Fernandes, comumente conhecida como Penitenciária Estadual de Alcaçuz, quanto para as detentas do Complexo Penal Doutor João Chaves.

Diante desse cenário, é notável a disparidade observada nos parâmetros relacionados ao regime inicial de cumprimento de pena determinado na sentença condenatória. Neste ponto, destaca-se a marcante diferença na distribuição entre aqueles que iniciaram suas penas nos regimes aberto e semiaberto, em contraste com a predominante adoção do regime fechado. Isto é, mesmo nos casos em que se encontravam presentes as condições para a aplicação do regime semiaberto, o magistrado optou por aplicar o regime mais gravoso. Desse modo, existe uma prevalência significativa da imposição do regime carcerário fechado no começo do cumprimento da pena para os indivíduos sentenciados pela transgressão delineada no art. 33 da Lei de Drogas.

Conforme exposto ao longo do capítulo, esta imposição se deve, por um lado, por razões históricas — uma vez que o regime fechado era obrigatoriamente imposto aos crimes de tráfico, sem qualquer tipo de interpretação do caso concreto — e, por outro, pela base tradicionalista da cultura brasileira que é fortemente resistente ao uso de drogas.

Consoante se visualizou a partir dos dados levantados, este quadro culmina em uma notória disparidade no que tange às deliberações judicativas, manifestando-se na aplicação do regime carcerário inicial fechado em circunstâncias nas quais o regime semiaberto se afiguraria como alternativa mais coerente, sinalizando uma deficiência no critério de proporcionalidade subjacente.

Referências

- FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.
- GIL, Antônio Carlos Gil. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4 ed. São Paulo: Altas, 2002.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 17 ed. Petrópolis: Vozes, 2000.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Natal: OWL, 2021.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas e principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Natal: OWL, 2022.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 220306 Agravo Regimental**. Primeira Turma. Relator: Min. Luiz Fux, julgado em 18/10/2022, publi. 26/10/2022, Brasília.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 215.182 Agravo Regimental**. Primeira Turma. Relatora: Min. Rosa Weber, julgado em 29/08/2022. São Paulo.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Tema 506**. Recurso Extraordinário nº 635659. Repercussão Geral. Tribunal Pleno. Relator: Min. Gilmar Mendes, julgado em 08/12/2011, Brasília.

Capítulo 5

Política criminal referente às substâncias entorpecentes de acordo com a doutrina da redução de danos: persecução criminal com foco nas organizações criminosas e na eliminação do lucro com o tráfico

Walter Nunes da Silva Júnior³⁰

Introdução

O Projeto de Pesquisa *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte* é estruturado nas 4 (quatro) linhas que alicerçam Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária 2020-2023. Nessa perspectiva, a pesquisa realizada pelos integrantes do projeto sobre a população carcerária no estado do Rio Grande do Norte, decorrente de pessoas encarceradas por crimes tipificados na Lei de Drogas, seguiu as suas 4 (quatro) linhas, de modo que o capítulo 1 tratou da prevenção (*Perfil prisional dos encarcerados por tráfico e estratégias de prevenção ao problema das drogas*), o capítulo 2, da investigação (*Guerra às drogas: os desafios da persecução criminal, a partir de dados do presídio estadual de alcaçuz e do complexo penal Dr. João Chaves*), o capítulo 3, do processo de conhecimento (*O processamento e o julgamento dos delitos de tráfico de drogas: análise a partir dos apenados do estado do Rio Grande do Norte*) e, o capítulo 4, da execução (*Estudo sobre a execução penal no estado do Rio Grande do Norte: a*

³⁰ Juiz Federal; Corregedor do Presídio Federal em Mossoró/RN; Mestre e Doutor; Professor Titular da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM); Professor da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região (TRF5); Coordenador dos Projetos de Pesquisa *Direito processual em movimento: ótica constitucional do processo criminal*; e *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte*; Conselheiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP); e membro da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte (ALEJURN); ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1747-9233>.

predominância da fixação do regime inicial fechado nos crimes de tráfico de drogas).

Este capítulo, escrito em consonância com a análise crítica feita dos dados coletados da população carcerária do estado do Rio Grande do Norte e explicados criticamente nos capítulos supra, em primeiro momento, analisará a política de drogas normatizada na Lei n.º 11.343, de 2006. Em seguida, abordará tanto a proibição quanto a permissão do uso e da comercialização de substâncias entorpecentes, a posição jurisprudencial capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, para, então, finalizar com o entendimento de que, conforme a legislação em vigor, o Estado tem o dever de regulamentar o plantio e cultivo da *cannabis* para fins medicinais, sendo necessário, de *lege ferenda*, direcionar a política proibicionista para a persecução criminal voltada a inibir o lucro com o tráfico ilícito das drogas.

1. Sistema Nacional de Política sobre Drogas (SENAD)

Quanto à política de drogas, são pontuados 3 (três) modelos distintos: (a) punitivista, que incorpora a bandeira da *guerra às drogas*; (b) *liberal*, absoluta ou relativa, permitindo o consumo próprio das drogas em geral pelas pessoas adultas e capazes sem qualquer controle ou limitação, adotando, até mesmo, a legalização do comércio das substâncias entorpecentes, assim como feito quanto ao tabaco e ao álcool, com ou sem restrição às substâncias entorpecentes mais pesadas (HAMILTON, 2019); e (c) *redução de danos*, com ênfase na prevenção, sendo tratada a droga como um mal e o consumo próprio como questão de saúde, centrando a ação repressiva no tráfico e na desconstrução financeira das organizações criminosas que operam nesse mercado.

No que diz respeito à distinção entre a conduta de consumo de drogas e a de tráfico, há os sistemas: (a) flexível, sem a definição de critérios objetivos para a distinção entre um crime e outro, ou (b) de limites, com a

previsão de parâmetros objetivos para definir as condutas, conforme a quantidade de drogas. Quanto ao consumo próprio de drogas, existem 3 (três) diretrizes bem definidas: (a) a tipificação como crime, ainda que com a imposição só de penas restritivas de direitos; (b) a descriminalização geral, sem previsão de qualquer tipo de sanção; e (c) a descriminalização relativa, preceituando ações preventivas e educativas, com intervenção penas nos casos identificados como *uso problemático*, sendo prevista, nesse caso, a internação compulsória, em demanda cível.

Por fim, especificamente tendo como foco o ilícito de tráfico de entorpecentes, há a política criminal no sentido de tipificar a conduta ilícita da seguinte forma: (a) crime de ação múltipla, mediante a definição por meio de diversos verbos, com previsão da mesma pena; (b) vários tipos de crime, com distinção entre as suas mais variadas espécies, com a fixação das penas conforme as circunstâncias consideradas; (c) centralidade na criminalidade individual; (d) foco na criminalidade organizada e na persecução nos ganhos ilícitos obtidos com a traficância.

Em nosso meio, até a edição da Lei n.º 5.726, de 29 de outubro de 1971, não havia uma política criminal específica para a questão das drogas. Sem previsão no Código Criminal de 1890, os crimes de consumo e tráfico foram tipificados no art. 281 do Código Penal de 1941. Mas a política criminal sobre o uso e o tráfico de substâncias só exsurgiu com a Lei n.º 5.726, de 1971, seguindo as diretrizes internacionais da *Convenção Única sobre Entorpecentes* (1961), do *Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas* (1971) e da *Guerra às Drogas* declarada por Nixon em 1971.

A legislação tinha forte sotaque repressivo, no escopo de ser implacável com a produção, o consumo e o tráfico de entorpecentes. A lei em referência tinha apenas 27 (vinte e sete) artigos: do art. 1º ao art. 13, fixava a política de drogas; do art. 14 ao art. 20, o procedimento especial referente ao crime de drogas; e no art. 22, alterou as disposições do art. 281 do CP para, dentre outros fins, conferir tratamento normativo distinto entre

o tráfico e o uso de substância entorpecente, dedicando o inciso III do § 1º do artigo em menção para caracterizar como ilícito quem “traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Na qualidade de legislação de força, estabelecia como “dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar no combate ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica” (art. 1º, caput), com a previsão da sanção de perda de auxílio e subvenções da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, caso inadimplentes em relação a essa obrigação de auxílio à repressão aos crimes de droga (art. 1º, parágrafo único), alvitando, de outro lado, a consideração como *serviço público relevante* o cumprimento desse mister (art. 24).

Conquanto tenha havido a separação entre os crimes de uso recreativo e de tráfico, a pena privativa de liberdade era idêntica, entre 1 (um) a 5 (cinco) anos. De fato, o crime de tráfico de entorpecentes ficou disciplinado no caput do art. 218 do Código Penal, porém determinou que aos tipos a ele equiparados, dentre eles o de uso próprio, fosse aplicada a mesma pena (art. 281, § 1º, III, do CP).

Cinco anos após, a legislação foi enrijecida, mediante a vinda a lume da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, que teve o condão de trazer para o campo de batalha da *Guerra às Drogas* – sinalizada no ambiente internacional sob a batuta dos Estados Unidos –, a doutrina da Segurança Nacional da ditadura militar instalada em nosso país. Essa lei dispunha sobre as medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e ao uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, assim como tipificava os crimes dessa natureza em seu próprio texto, com a consequente revogação do art. 281 do Código Penal.

Denominada *Lei Antitóxico*, na exposição de motivos foi pinçada a preocupação do governo com a *toxicomania*, como forma de defesa da

saúde pública, dos *bons costumes* e do *bem comum*, forte na crença de que o consumo de drogas fomentava a predisposição a estados neuróticos e psicóticos e à delinquência, além de ocasionar “aniquilação da vontade, a desagregação da família, a corrupção dos costumes, o abandono dos princípios éticos de convivência social” (FRANCESCHINI e OLIVEIRA, 1975, p. 5).

Essa legislação recebeu azeda crítica, em razão de seu viés punitivista, orientada pela política da *war on drugs*, ditada pelos Estados Unidos da América, expressão utilizada pela primeira vez em 1971, pelo então presidente Richard Nixon (HAMILTON, 2019, p. 98). Ainda no ano de 1975, José Franceschini e Euclides Oliveira, então magistrados no estado de São Paulo, alertaram que o consumo e o comércio de drogas, assim como o tratamento a ele conferido, estão presentes desde as origens da própria humanidade, e apontaram o *grave erro* de a legislação de então, focada no combate ao tráfico e ao uso abusivo das substâncias psicoativas, não se apoiar na realidade social para responder às reais exigências do bem comum, notadamente porque a toxicomania se trata de fenômeno universal, acentuado nas sociedades em desenvolvimento, como a brasileira, que em meio século, de um Estado rural, com predomínio da agricultura de subsistência, passou a experimentar vertiginoso processo de industrialização, de modo que o *combate* a esse comportamento desviante não poderia se conter em *medidas policiais ou repressivas*. Na visão deles, era preciso assumir diretrizes, estratégias e ações “que objetivem a prevenção do mal e propiciem a efetiva recuperação daqueles que se enredaram nos vícios das drogas” (FRANCESCHINI e OLIVEIRA, 1975, p. 8). A crítica maior residia no fato da inaceitável “equiparação estabelecida entre as figuras do traficante e assemelhados e a do mero consumidor...” (FRANCESCHINI e OLIVEIRA, 1975, p. 18)

No particular, no *I Congresso Brasileiro de Magistrados*, realizado em Vitória, ainda em agosto de 1973, cujas deliberações foram corroboradas

no *I Congresso Brasileiro de Criminologia*, no mês de outubro do mesmo ano, portanto, antes da edição da Lei nº 6.368, de 1976, ao tempo em que se firmou o entendimento quanto à necessidade de urgente aperfeiçoamento da legislação especial sobre drogas, foi sugerido, *de lege ferenda*, que a nova legislação (a) conferisse tratamento diferenciado aos *experimentadores primários*, com a previsão de perdão judicial e de sursis; e (b) estabelecesse a *nítida distinção* entre traficantes e assemelhados, traficantes-viciados e simples usuários, alvitando para os primeiros *todo o rigor da lei*, enquanto para os demais, tão somente, *tratamento* e, nos casos de reincidência, *tratamento-apenamento* (FRANCESCHINI e OLIVEIRA 1975, p. 9-10).

De qualquer sorte, antes, nos anos de 1971 e 1972, respectivamente, no *I Congresso Paulista do Ministério Público* e no *IV Congresso Fluminense do Ministério Público*, já havia sido alvitada essa diretriz de outorgar tratamento menos rigoroso para os usuários não reincidentes. Pouco depois, em 1974, no *I Congresso Internacional sobre o Uso de Tóxicos pela Juventude Universitária*, sediado em São Paulo, indo mais além, foram sugeridas, dentre outras propostas, (a) a distinção, para fins punitivos, entre o traficante intencional (ou nacional, em grande escala) e o pequeno traficante, o traficante-viciado e o mero consumidor; e (b) tratamento especial para os usuários *primários* e não traficantes, encontrados na posse de pequena quantidade de psicotrópicos.

Como se viu acima, a Lei n.º 6.363, de 1976, desconsiderou as sugestões feitas por juristas, criminólogos, psicólogos, magistrados e membros do Ministério Público, dando preferência a uma legislação centrada na punição, tanto do consumidor quanto do traficante. Ainda teve o mau vezo de, ao dispor sobre os crimes de tráfico (art. 12, caput) e de uso para consumo próprio (art. 16), utilizar verbos idênticos para definir os tipos objetivos, deixando a distinção ao talante da autoridade policial, com fulcro na sua íntima convicção. Não houve, como reclamado na época, a

descriminalização do mero uso ou, pelo menos, do usuário primário, nem muito menos a efetiva distinção entre um crime e outro.

A edição da Constituição de 1988 tornou inevitável e inadiável a adoção de nova política criminal, compassada com o seu arcabouço, que gravita em torno da dignidade da pessoa humana, a partir da força normativa dos direitos fundamentais, com esteio nos direitos à vida e à liberdade, garantidos com o dever de proteção do Estado. Na exposição de motivos da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, que substituiu a legislação anterior, restou considerado que não seria suficiente alterações tópicas no texto da lei vigente, uma vez que o tratamento normativo até então conferido ao problema das substâncias entorpecentes estava superado pelo “caráter crescentemente empresarial da atividade ilícita que tem por objeto as referidas substâncias e produtos” (Câmara dos Deputados, 2006). A intenção com a edição da nova lei atualmente em vigor foi reunir, em um só projeto, “as mais modernas e avançadas propostas, recolhidas em meio a numerosas iniciativas legislativas do Legislativo, Executivo e Comissões Parlamentares” (Câmara dos Deputados, 2006). Ali, justificou-se a substituição da expressão *drogas* por *substâncias e produtos* entorpecentes com propriedade para causar dependência física ou psíquica, uma vez que englobam todos os objetos que se pretende alcançar com a regulamentação da matéria.

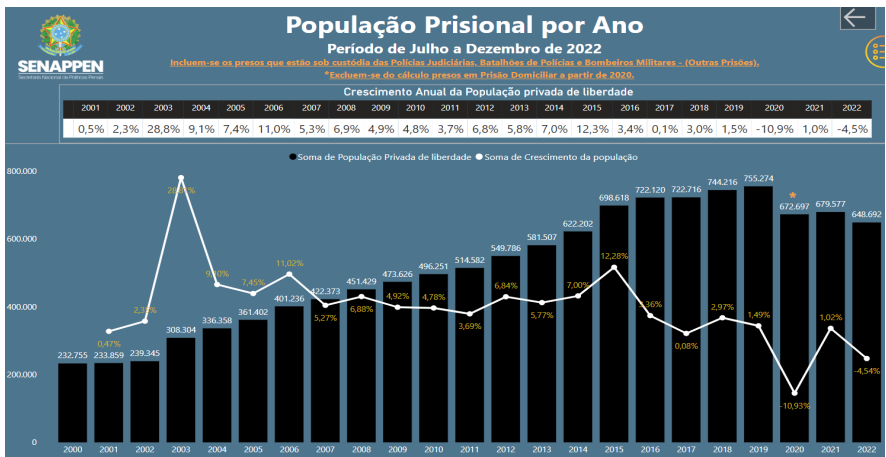
A Lei 11.343, de 2006, ao tempo em que instituiu o *Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD)*, anunciou que a finalidade era prescrever medidas para a *prevenção* do uso indevido, dar *atenção* e promover a *reinserção social* de usuários e dependentes de drogas, assim como, definir as normas para a *repressão* da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas (art. 1º, caput). Tem-se, portanto, que se preferiu retornar à nomenclatura *droga*, sinalizando que a finalidade da política nessa área seria a (a) prevenção do uso indevido; (b) atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; (c) repressão à

produção não autorizada de drogas; e (d) repressão ao tráfico ilícito de drogas.

A lei também apresentou uma definição legal do que se há de entender por *drogas*, identificando como tal “as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.343, de 2006). De outra banda, fixou que no Brasil são proibidas as drogas, seja para o consumo próprio ou o tráfico, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, salvo a hipótese de autorização legal para fins medicinais ou científicos, ou quando o plantio se destina exclusivamente para uso estritamente ritualístico-religioso (no art. 2º, caput e parágrafo único, da Lei n.º 11.343, de 2006).

Tendo em consideração esses fins perquiridos pela legislação atual, qual a política de drogas adotada? Nessa parte, há de se perceber, a despeito do que diz a lei, o modelo de política criminal, pelo menos na prática, é marcadamente punitivista. De fato, abstraindo o problema referente à baixa coleta de dados quanto à população carcerária na época, que explica o ponto fora da curva no gráfico abaixo em relação ao ano de 2003, o que se observa é que, logo em 2006, ano da entrada em vigor da Lei nº 11.343, houve um aumento significativo do número de encarcerados, espiral que se manteve em acentuado crescimento até 2017, ano em que a taxa de aumento foi de apenas 0,08%, para então, se manter no percentual baixo de 2,9%, em 2018, e de 1,49%, em 2019, para, daí, vivenciar expressiva diminuição -10,93%, em 2020, discreta adição de 1,02%, em 2021, e voltar a diminuir em 2022 (-4,54%).

Veja-se o gráfico abaixo, divulgado no site eletrônico da Secretaria Nacional de Política Penais (SENAPPEN):



É nítida a diminuição da população carcerária, a partir de 2017, que tem como consequência diversos fatores. De fato, a liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2015, na ADPF/DF 343, confirmada à unanimidade pelo pleno em 2023, reconheceu o *estado de coisas inconstitucional* no sistema penitenciário brasileiro, *diante das condições desumanas, potencializadas pela superlotação carcerária*, pelo que recomendou aos juízes, quando possível, a substituição da prisão por medidas e penas alternativas à prisão.

Na mesma direção quanto à política de desencarceramento, o Supremo Tribunal Federal, ainda no ano de 2016, no julgamento do RE 641.320/RS, ressaltando que o interno não pode permanecer em regime de pena mais gravoso, em razão da ausência de estabelecimento prisional adequado por falta de vaga, determinou que, no caso de superlotação, para diminuir o número de internos, *devem ser adotadas* como estratégias (a) a *determinação da saída antecipada*, (b) a concessão de liberdade com monitoração eletrônica e (c) a determinação do cumprimento de penas restritivas de direito. A imperatividade dessa orientação foi reforçada pela Súmula Vinculante 56 (“A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso,

devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”).

Cristalizando a jurisprudência remansosa do STF, ainda em 2019, foi proposta a Súmula Vinculante definindo que “É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art.59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c e do art.44, ambos do Código Penal”. A súmula restou aprovada sob o número 139, no ano de 2023.

Pouco mais de 17 (dezesete) anos da vigência da nova política de drogas, outra indagação há de ser feita e respondida: A Lei n.º 11.343, de 2006, foi capaz de prevenir o consumo e reprimir o tráfico? Qualquer brasileiro minimamente informado sabe que não. Os resultados da pesquisa apresentados nos capítulos de 1 a 4 deste livro escancaram essa realidade e sinalizam caminhos a serem seguidos para redirecionar a política de Estado a ser adotada nessa complexa área.

Com efeito, segundo os dados existentes, percebe-se que a Lei de Drogas não tem sucesso quanto à prevenção do uso e da comercialização de drogas. Conforme pontuado no capítulo 2 supra, no período de junho a dezembro de 2022, 27,5% da população carcerária nacional diz respeito a punição com suporte na Lei de Drogas. De mais a mais, em consonância com informações contidas no DATAJUD (2023), levando em consideração os dados coletados no ano de 2023 até o mês de maio, foram gerados 224.513 (duzentos e vinte e quatro mil, quinhentos e treze) novos processos criminais referentes a crimes de drogas.

Segundo dados do SISDESPEN de junho de 2023, de um total de 839.672 presos no país, sendo 649.592 em celas físicas e 190.080 em prisão domiciliar, no Rio Grande do Norte, havia uma população carcerária equivalente a 7.290 (sete mil duzentos e noventa) presos, em celas físicas.

Existia no Estado, em prisão domiciliar, 5.204 (cinco mil, duzentos e quatro) presos nos regimes fechado (103), semiaberto (2.360) e aberto (1.898). Somando os que estão em celas físicas e em regime domiciliar, no estado do Rio Grande do Norte temos 12.494 (doze mil, quatrocentos e noventa e quatro) pessoas privadas do direito de liberdade. Vejam-se os dados:

Presos em celas físicas

		Total	
		7.290	
Fechado	Aberto	Semiaberto	
5.002	58	141	
Tratamento Ambulatorial	Medida de Segurança	Provisório	
0	40	2.049	

Pesos em prisão domiciliar

		Total	
		5.204	
Fechado	Aberto	Semiaberto	
103	1.898	2.360	
Tratamento Ambulatorial	Medida de Segurança	Provisório	
0	0	843	

Desse total de pessoas presas em celas físicas no estado, relacionadas aos crimes classificados como hediondos ou a eles equiparados, a maioria, correspondente a 50,12% cinquenta vírgula doze por cento), diz respeito a delitos de drogas previstos na Lei nº 11.343, de 2006 – (i) tráfico de drogas, 28,59% (vinte e oito vírgula cinquenta e nove por cento); (ii) associação para o tráfico, 13,60 (treze vírgula sessenta por cento); e (iii) tráfico internacional de drogas, 4,96% (quatro vírgula noventa e seis por cento).

No site da SENAPPEN consta que, em dezembro de 2022, levando em consideração apenas os 7.290 que estão em celas físicas, haveria no sistema penitenciário potiguar um superávit de 1.556 (mil, quinhentos e cinquenta e seis) vagas. Mas esse número contrasta com a realidade. Quem visita a penitenciária Dr. Francisco Nogueira Fernandes, mais conhecida como Alcaçuz, o maior estabelecimento penal do estado, percebe, claramente, a superlotação carcerária.

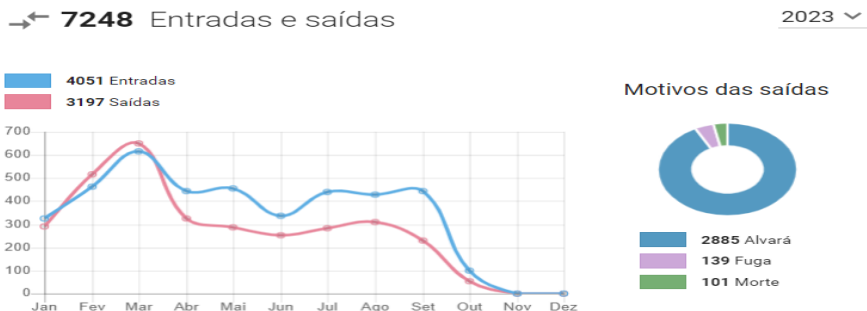
Segundo dados da SENAPPEN, Alcaçuz abriga 1.646 (mil, seiscentos e quarenta e seis presos), mas a impressão é que lá há muito mais

gente do que a sua capacidade. Essa realidade restou descortinada no relatório de Inspeções realizadas no estado do Rio Grande do Norte pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (2023), no qual se apontou que em Alcaçuz as celas, projetadas para 13 (treze) pessoas, contavam em média com 40 (quarenta) presos, enquanto as celas de triagem, com capacidade para 16 (dezesesseis), tinham cerca de 60 (sessenta). Assim, em verdade, no estado o déficit de vagas é estimado entre 2.000 (duas mil) e 3.000 (três mil).

Por outro lado, na tentativa de resolver esse problema do encarceramento em massa, a partir do ano de 2008, o Conselho Nacional de Justiça lançou os chamados *Mutirões Carcerários*, resultando, no período entre 2010 e 2011, na soltura de 24,8 mil presos. Entretanto, como, ainda assim, conforme visto acima, a população carcerária aumentou, e no ano de 2023 isso ficou mais do que evidente como uma chaga do sistema, notadamente no Rio Grande do Norte, que enfrentou novos episódios de rebeliões, o Conselho Nacional de Justiça, pela Portaria CNJ n.º 170, de 20 de junho de 2023, determinou a realização de mutirões processuais penais em todo o país entre os dias 24 de julho e 25 de agosto do mesmo ano, com a atribuição aos tribunais de, até o dia 11 de setembro, fornecer informações dos resultados obtidos, em formulário eletrônico, incluindo a (i) quantidade de processos revisados; (ii) quantidade de pessoas beneficiadas com a progressão de regime ou colocadas em liberdade, com as eventuais condições impostas; e (iii) taxa atualizada de ocupação dos estabelecimentos de privação de liberdade (art. 8º, I a III).

Conquanto não se tenha notícia desse relatório do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, até porque não houve divulgação nos meios de comunicação para conhecimento da sociedade, a verdade é que aqui no estado, a despeito dos esforços dos envolvidos, não serviu para reduzir a população carcerária. Muito pelo contrário. Os números registrados no Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP 2.0) escancaram a

realidade. Veja-se o fluxo referente ao número de pessoas que foram presas e liberadas no RN, no ano de 2023:



Isto é, mesmo no período do mutirão – 24 de julho a 25 de agosto de 2023 –, no Rio Grande do Norte, houve mais prisão do que soltura. Esses dados, consultados em 10 de outubro de 2023, são on-line, daí por que não se tem anotações sobre os meses de novembro e dezembro, enquanto a diminuição drástica da diferença entre as entradas e saídas no mês de outubro decorre do fato de os dados serem relativos apenas até os primeiros 10 (dez) dias do mencionado mês. Esses dados, ainda que alberguem alguma inconsistência – análise mais detalhada revela que deve haver preso sem registro do mandado de prisão no BNMP –, demonstram que os esforços para a diminuição da população carcerária têm sido em vão. Em outras palavras, a tarefa se confunde com a de enxugar gelo.

Ainda assim, a situação no estado do Rio Grande do Norte é mais drástica. Sem embargo das prisões efetuadas, há várias decisões provisórias e definitivas determinando a prisão, com os respectivos mandados expedidos, mas pendentes de cumprimento pela polícia. Observem-se os dados do BNMP, referentes ao dia 10 de outubro de 2023, a respeito dos mandados de prisão nas mãos das autoridades policiais:

 **5790** Mandados de prisão

Pendentes de cumprimento



Foragidos

574



Procurados

5216

Portanto, a despeito dos 7.290 (sete mil duzentos e noventa) presos em celas físicas e 5.204 (cinco mil, duzentos e quatro) em prisão domiciliar, perfazendo 12.494 (doze mil, quatrocentos e noventa e quatro), ainda havia, em outubro de 2023, mais 5.790 (cinco mil, setecentos e noventa) mandados de prisão para serem cumpridos pela polícia.

Caso as prisões referentes aos mandados pendentes sejam feitas, o número de pessoas privadas de liberdade no Rio Grande do Norte passará para 18.284 (dezoito mil, duzentos e oitenta e quatro).

Em que pese essa atuação repressiva, o consumo e a comercialização de drogas só faz aumentar no Brasil e no Rio Grande do Norte. O capítulo 1 revela que, só do período de janeiro a junho de 2020, foram apreendidas 1,2 mil toneladas de maconha e aproximadamente 92,5 toneladas de cocaína, enquanto crack 3.389 kg (três mil, trezentos e oitenta e nove quilos); pasta base 8.800 kg (oito mil, oitocentos quilos) e ecstasy 66.254 (sessenta e seis mil, duzentos e cinquenta e quatro) comprimidos.

Em reiteradas decisões da Segunda Vara Federal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, tem sido apresentado esse panorama da expansão do tráfico. Por exemplo, no processo n.º 0802954-58.2022.4.05.8400, que tramitou perante o juízo em referência, foram feitas considerações quanto ao aumento significativo de grandes apreensões de cocaína no Porto de Natal, pontuados os seguintes episódios: (i) em 12 de fevereiro de 2019, a Polícia Federal localizou 1.275 kg (mil, duzentos e setenta e cinco quilos) de cocaína em um contêiner que seguiria para a

Holanda, tornando-se, à época, a maior apreensão de drogas do Porto de Natal; (ii) no dia seguinte, em 13 de fevereiro de 2019, essa marca foi superada, quando a Polícia Federal apreendeu mais 2.000 kg (dois mil quilos) de cocaína, escondidos em um carregamento de melões, também destinados à Holanda; (iii) poucos meses depois, em 13 de maio de 2019, foram encontrados mais 1.040 kg (mil e quarenta quilos) de cocaína, em meio a um carregamento de mangas, que teria o mesmo destino; (iv) no dia 15 de agosto de 2020, mais 703 kg (setecentos e três) quilos de cocaína foram apreendidos, também em um carregamento de mangas destinado à Europa; (v) em 3 de outubro de 2020, três homens foram presos, em flagrante, no Porto de Natal, com 238 kg (duzentos e trinta e oito quilos) de cocaína, que seriam inseridos em contêineres de navio com destino à Holanda; (vi) em 5 de julho de 2021, houve nova apreensão, de aproximadamente 500 kg (quinhentos) quilos, embarcados em um carregamento de limão que também seguiria para o porto de Roterdã; (vii) no dia 9 de fevereiro de 2022, às margens do Rio Potengi, foram apreendidas mais de 383 kg (trezentos e oitenta e três quilos) de cocaína, que seriam embarcadas em um navio, com destino para a Europa; (viii) em 13 de julho de 2022, a Polícia Federal apreendeu impressionantes 5 (cinco) toneladas de cocaína, na cidade de Areia Branca.

Ademais, segundo informações da Superintendência da Polícia Federal no Rio Grande do Norte, só no período entre 1º de julho de 2022 a 5 de dezembro de 2023, foram apreendidas no estado, dentre outras substâncias entorpecentes: (a) 6.459.505 (seis toneladas, quatrocentos e cinquenta e nove mil quilos e quinhentos e cinco gramas) de cocaína; (b) 537.614 (quinhentos e trinta e sete quilos e seiscentos e quatorze gramas) de maconha; (c) 3.245 (três mil quilos e duzentos e quarenta e cinco gramas) de substância não classificada; (d) 2.824 (dois mil quilos e oitocentos e vinte e quatro gramas) de haxixe; e (e) 2.060 (dois mil quilos e sessenta gramas) de pasta base.

Registre-se, ainda, que essa *guerra às drogas* com o encarceramento em massa fomentou a criação das organizações criminosas. Afinal de contas, as maiores e mais temidas organizações criminosas existentes no solo nacional, que controlam o tráfico internacional de entorpecentes e armas e promovem a criminalidade violenta, foram criadas nos estabelecimentos penais (AMORIM, 2006), fazem deles seus territórios, neles estabelecem os seus escritórios oficiais, de onde recrutam mão de obra interna e externa e estabelecem as suas relações de poder (DIAS, 2013; MANSO e DIAS, 2018).

De fato, como visto no capítulo 1, *supra*, a facção criminosa *Sindicato do Crime*, que controla os presídios do Rio Grande do Norte, possui o domínio de 90% (noventa por cento) do tráfico de drogas no estado, contando com aproximadamente 4.200 (quatro mil e duzentos) componentes, enquanto a sua rival, o Primeiro Comando da Capital, possui aproximadamente 900 (novecentos) membros, mas com poderio econômico-financeiro muito maior, exercendo o comando sobre o Porto de Natal, detendo, assim, as rédeas da rota de distribuição de entorpecentes para o exterior (BARBOSA, 2019; e BARBOSA, 2022).

Assim, a despeito de a política criminal prevista na Lei n.º 11.343, de 2006, na prática, ser manifestamente punitivista, não alcançou o objetivo de prevenir o consumo e muito menos de reprimir o tráfico. Estreme de dúvidas, a lei em referência não é liberal ou focada na redução de danos, com ênfase no tratamento do problema gerado pelas drogas como uma questão de saúde. Na prática, ela é punitivista. Os outros aspectos da política de drogas serão observados nos itens seguintes.

1.1 Crime de drogas para consumo próprio (art. 28, caput e § 1º) e de tráfico de drogas (art. 33, caput e § 1º, I)

Conforme o tratamento normativo anterior, o consumo de substância entorpecente era tipificado apenas como a conduta de “Adquirir,

guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine a dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal, ou regulamentar” (art. 16 da Lei n.º 6.368, de 1976), quando o faz para *uso próprio*, prevendo como sanção a detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) e multa.

A Lei n.º 11.343, de 2006, ainda que não tenha descriminalizado o consumo próprio de drogas, representou um avanço, pois alvitrou como punição penas alternativas, consistentes em *advertência, prestação de serviços à comunidade e medida de comparecimento a programa ou curso educativo*. Entretanto, essa visão progressista foi meramente *simbólica*, uma vez que inovou quanto à tipificação do crime de drogas, promovendo o acréscimo dos verbos que compõem o *tipo objetivo*, ao prescrever que resta praticado o ilícito quando a pessoa, para *consumo próprio*, (a) adquire, (b) guarda, (c) tem em depósito, (d) transporta ou (e) traz consigo drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar...” (art. 28, caput).

Assim, entre descriminalizar ou *despenalizar* a atitude de consumir drogas, o legislador preferiu adotar a segunda política criminal, substituindo, por questão semântica, o dolo específico do *uso próprio* para o de *consumo próprio*. O ato de *consumir* permaneceu, assim como antes, conduta típica.

Entretanto, o núcleo do tipo, que se restringia a 3 (três) verbos, *adquirir, guardar ou trazer consigo*, foi acrescido de mais 2 (dois), *guardar e transportar*. Não satisfeito, no § 1º do art. 28, o legislador configurou igualmente como subespécie do crime de drogas para consumo próprio, quem (i) semeia (ii) cultiva, ou (iii) colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física, ou psíquica.

Essa espécie assemelhada de crime de drogas para consumo não tinha paralelo na legislação anterior, representando grande inovação

(BALTAZAR JR, 2015, pos. 35717). Dessa forma, para todos os efeitos, o tipo objetivo do crime de drogas para consumo próprio se perfaz com os verbos (i) adquirir, (ii) guardar, (iii) tem em depósito, (iv) transportar; (v) trazer consigo; (vi) semear; (vii) cultivar; e (viii) colher.

Por outro lado, a Lei n.º 11.343, de 2006, em relação ao crime de tráfico de entorpecentes, quanto ao núcleo do tipo, manteve os 18 (dezoito) verbos que já tipificavam a conduta, permanecendo com a pena máxima de 15 (quinze) anos, mas aumentando a pena mínima de 3 (três) para 5 (cinco) anos. Ou seja, classificou como delito de tráfico a conduta de *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, ainda que gratuitamente, sem autorização legal ou regulamentar*, substância entorpecente, quando a ação praticada não se destinar ao *consumo próprio*. Além de outras condutas classificadas como tráfico, no inciso I do § 1º do art. 33, também tipificou como tráfico a conduta consistente em (i) semear; (ii) cultivar; e (iii) colher plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

Os tipos penais descritos nos arts. 28, caput e §1º, e 33, caput e § 1º, I, da Lei n.º 11.343, de 2006, contemplam delitos de ação múltipla e, como visto, há identidade entre os delitos de drogas para consumo próprio e o de tráfico, quanto às condutas realizadas por meio dos verbos (i) adquirir, (ii) guardar, (iii) tem em depósito, (iv) transportar; (v) trazer consigo; (vi) semear; (vii) cultivar; e (viii) colher.

Assim, não se tipifica as condutas com as respectivas sanções tendo em consideração as circunstâncias nas quais a conduta é praticada, ou seja, se é tráfico internacional ou nacional, se é, apenas, a exposição à venda, a prescrição, guarda ou depósito de drogas, se o transporte é feito por instigação ou coação, se se trata, em verdade, de introdução em estabelecimento penal ou de tráfico no interior de unidade prisional etc. Por

exemplo, não considera a hipótese em que a cônjuge ou companheira, diante dos apelos do companheiro coagido por organização criminosa, é levada a transportar drogas para o estabelecimento prisional, na visita social. Isso faz com que a proporção de mulheres encarceradas pelo tráfico de entorpecentes ser muito maior entre as mulheres do que entre os homens.

Por outro lado, observa-se que, quanto à distinção entre o consumo de drogas e o tráfico, não se adotou o sistema *objetivo*, tendo sido dada preferência ao *flexível*, estratégia que, como se verá no item seguinte, se revelou um grande equívoco, pois fomentou a atuação policial tendo em mente que, na dúvida, a apreensão de drogas nas mãos de pessoas da periferia se enquadra como tráfico, dado que o que distingue um e outro crime é o tipo subjetivo, ou melhor, o que se acredita que seja a intenção do agente.

A redação empregada pelo legislador estimula esse pensamento. Para o crime do art. 28, caput e § 1º, exige-se a comprovação de que a ação foi praticada para fins de *consumo próprio*. Para o crime do art. 33, caput e § 1º, apresenta-se suficiente, apenas, a identificação do dolo, desacompanhado de qualquer fim específico (BALTAZAR JR 2015, pos. 35741). Na prática, a autoridade policial, ao flagrar alguém com a droga, se não comprovado que era para consumo, por *presunção*, entende que se trata de tráfico. Isto é, o flagranteado que prove ser a droga com ele encontrada era destinada para consumo, em evidente maltrato ao princípio da presunção de inocência.

Embora à primeira vista, para fins de configuração do crime para consumo próprio ou de tráfico, o verbo *adquirir* relacione essa hipótese à compra ou recebimento gratuito, para todos os efeitos, aquisição pode se dar de qualquer forma, pouco importando, em tese, o modo como foi obtida ou conseguida a droga, a exemplo de quando a substância entorpecente é adquirida mediante furto em depósito da polícia ou mesmo é obtida por meio de interposta pessoa que, sob encomenda, traz a droga de viagem ao

exterior, sendo que, neste último caso, se conforta com o verbo *importar*. Guardar se confunde com *armazenar*, ter sob a vigilância ou cuidado, em favor de outrem, pois, se tem em depósito por conta própria, configura a ação de *ter em depósito*. A conduta de trazer consigo, caracteriza a hipótese em que o agente leva a droga, tendo-a, portanto, em seu poder físico, junto ao corpo, nas vestes, na bolsa, na mala, colada ao próprio corpo com fitas adesivas, às vezes até nas entranhas do corpo. Já transportar trata-se de comportamento que pode ser realizado também por meio de terceiros, identificando-se com a situação em que a droga é levada de um lugar para outro em carga de avião, navio ou qualquer meio de transporte. Em relação a plantas destinadas à preparação de drogas, semear é o ato de *plantar* ou *sementar*, cultivar, *lavrar*, *fertilizar* ou mesmo *cuidar*, enquanto colher é a conduta de quem *recolhe*, *separa* ou *extrai*.

Portanto, qualquer um desses comportamentos tanto pode caracterizar o crime de uso de entorpecentes, quanto o de tráfico. O diferencial, reside, apenas, repita-se, com ênfase, quanto ao fim ou finalidade da conduta pelo agente. A ilicitude da conduta se caracteriza quando o sujeito “pratica qualquer dos núcleos verbais sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (GOMES e CUNHA, 2009, p. 200). Aliás, por força do princípio da alternatividade, o acusado “responderá por crime único, devendo, no entanto, a pluralidade de verbos identificada na conduta ser considerada pelo juiz na fixação da pena (art. 59 do CP) (GOMES e CUNHA, 2009, p. 197), com a ressalva de que, inexistindo proximidade comportamental entre as várias condutas, em tese, haverá concurso de crimes.

O único norte oferecido pelo legislador para o *distinguish* entre o crime de drogas para consumo próprio e o de tráfico de entorpecentes consta do § 2º do art. 28 da Lei 11.343, de 2006, ao fixar que, “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”.

Em verdade, esse critério, incorporado pelo legislador, já era utilizado na prática judiciária. Um critério subjetivo deixado ao arbítrio do julgador e, pior, da autoridade policial, a primeira autoridade do sistema de justiça incumbida de classificar a conduta do crime apurado. Não foi estabelecido um parâmetro objetivo para fins de definição do que seria uma quantidade compatível para consumo próprio. O legislador preferiu confiar no subjetivismo da autoridade policial. Em verdade, na sua íntima convicção.

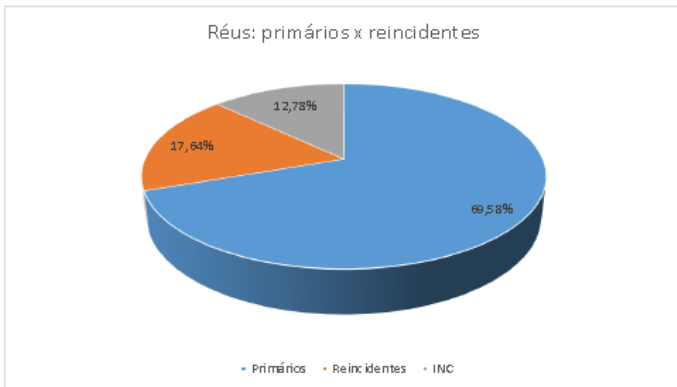
Por vários motivos, notadamente em razão do preconceito em relação a quem consome drogas, sentimento potencializado em relação às pessoas da periferia, pobres e pretos, a adoção o sistema flexível, em detrimento do objetivo, para a distinção entre o uso pessoal e o tráfico de drogas, se revelou um grande equívoco.

1.2 Ausência de critério objetivo na distinção entre os crimes de drogas para consumo e o de tráfico

Estudo levado a efeito pela Defensoria Público do Estado do Rio de Janeiro, intitulada *Pesquisa sobre as Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas na Cidade e Região Metropolitana do Rio de Janeiro*, revelou que o maior senão da atual legislação é porque, ante à ausência de critério objetivo, a autoridade policial possui amplos poderes para considerar uma pessoa como traficante apenas em razão do local em que efetuada a detenção em flagrante, mesmo quando sozinha e portando pequena quantidade de droga. Aliás, o legislador alberga vício de inconstitucionalidade quanto aponta como critério para a distinção ter em conta as *circunstâncias sociais e pessoais*, por afronta ao princípio da isonomia, estampado no art. 5º, caput, da Constituição que, a um só tempo, assegura a igualdade de todos perante

a lei e veda a distinção de qualquer natureza, seja em relação ao gênero, cor posição social etc.

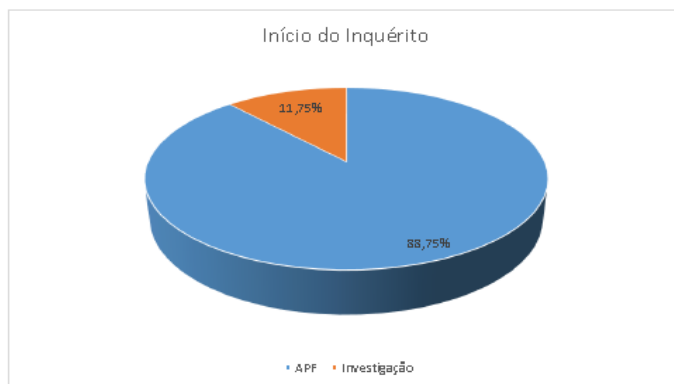
Essa inadequação da legislação é evidenciada com a análise do perfil das pessoas que se encontram no cárcere, apontadas como traficantes. Com efeito, em consonância com dados coletados em pesquisa de campo na elaboração de tese de doutorado, Semer (2019)³¹ aponta que as pessoas presas pelo crime de tráfico de entorpecentes não são os grandes traficantes, mas, sim, quando não meras mulas, simples *operários do tráfico*, representados por jovens presos em flagrante, primários, integrantes da classe baixa, desempregados, negros ou pardos e com a defesa sendo realizada pela defensoria pública. A maioria dos presos é formada por réus primários, identificados, porém, como traficantes.



Na pesquisa de Semer foi destacado, ainda, que 50% (cinquenta por cento) dos internos dos estabelecimentos penais, classificados como traficantes, foram pegos com menos de 100 (cem) gramas de maconha ou 50 (cinquenta) gramas de cocaína. A expressa maioria não são presos a partir de investigações feitas, mas em razão de flagrantes efetuados pelos policiais, oportunidade em que impera a íntima convicção quanto à droga encontrada se destinar ao tráfico, corroborada apenas pelo fato de o detido

³¹ A pesquisa compreendeu a análise de 800 sentenças de 8 Estados (São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Paraná, Goiás, Pará, Bahia e Maranhão).

não comprovar que se destinava ao consumo próprio. Mais de 88% (oitenta e oito) por cento foram presos em flagrante, conforme o gráfico abaixo:



A realidade no Rio Grande do Norte não é diferente. No capítulo 1 restou evidenciado que, nos termos dos dados coletados na Penitenciária Dr. João Chaves, apenas 3,8 por cento das mulheres lá recolhidas pelo crime de tráfico de entorpecentes integravam organizações criminosas, enquanto os homens, recolhidos na Penitenciária de Alcaçuz como traficantes, também quanto aos que faziam parte de alguma facção, apresentaram um percentual inexpressivo. Por outro lado, 80,8% (oitenta vírgula oito por cento) das mulheres, e 73,5% (setenta e três vírgula cinco por cento), dos homens, foram presos em flagrante delito, e não por meio de investigação, o que denota, como acentuado supra, a ausência de diretrizes e estratégias para pautarem as ações inerentes à política de prevenção e repressão ao tráfico de substâncias entorpecentes. Em 70,74% (setenta vírgula setenta e quatro por cento) dos casos, a prisão em flagrante se deu devido à posse de maconha, com destaque para a circunstância de em 63,49% (sessenta e três vírgula quarenta e nove por cento) das hipóteses a quantidade ser menor ou igual a 100g (cem gramas).

Porém, assim como detalhado no capítulo 3, 39,9% (trinta e nove vírgula nove por cento) da população carcerária masculina referente ao crime de tráfico de entorpecentes foi em razão da apreensão de maconha em quantidade igual ou inferior a 50g (cinquenta gramas), 13% (treze por cento)

entre 50g (cinquenta gramas) e 100g (cem gramas), enquanto só 20,3% entre 100g e 1k (um quilo). Os flagrantes decorrentes de busca pessoal foram 26,1^o (vinte e seis, vírgula um por cento) das mulheres, e 50,8% (cinquenta vírgula oito por cento) dos homens³². Chama atenção que, entre mulheres e homens, mais de 51% (cinquenta e um vírgula nove por cento) foram presos em flagrante mediante busca domiciliar³³.

Além de os que comandam o tráfico não serem presos, porquanto as investigações não chegam neles – pois quase todas as prisões decorrem de situação de flagrante delito e quem lidera a traficância não vai para a rua –, fica resguardado no comando dos seus soldados, aquele que ontem estava no asfalto, mas agora está preso, dá lugar no mercado do tráfico a outro jovem, que, mais cedo ou mais tarde, vai ser preso ou vítima da própria criminalidade da qual ele tem participação como mero coadjuvante.

Resta claro que a legislação incentiva o exegeta, especialmente a autoridade policial, o membro do Ministério Público e o juiz, a ver com olhos diferentes, para fins de tipificação da conduta como tráfico, o negro pobre morador de favela ou rua, flagrado com pequena quantidade de droga, e o homem branco, escolarizado e residente em bairros de classe alta ou média, ainda que abordado com considerável quantidade de substâncias entorpecentes.

Não há réstia de dúvida que a prova pode ser qualquer coisa, desde que sirva para comprovar que um determinado fato ocorreu, algumas delas previstas no Código de Processo Penal (laudo pericial, testemunha, documento), em leis especiais (interceptação telefônica, escuta ambiental, exame de DNA) e outras tantas sem previsão expressa (barulho, voz, preferência sexual, comportamento social, propriedade ou uso de um determinado veículo, relógio ou roupa). Independentemente de qualquer para todos os efeitos, é patente que a valoração não se aparta da

³² Cf. capítulo 1.

³³ Cf. capítulo 3.

epistemologia, diante da inexorável incidência de regras da experiência e do conhecimento em geral.

No entanto, percebe-se que, diante da dicção normativa empregada, foi escancarada a porta para permitir ao intérprete fazer *juízo de valor* com base em sua mera *íntima convicção*, identificado com um *sistema legal* referente à prova inadmissível nos ordenamentos jurídicos que garantem a ampla defesa, irrigada pelo princípio da presunção de inocência, preceitos que exigem sejam as decisões motivadas com lastro em provas submetidas a uma *valoração racional*, a permitir o seu controle. Sem a motivação racional da valoração da prova, é impossível impugnar a decisão tomada, circunstância que arranha o devido processo legal.

O intérprete do direito, em um caso concreto, não pode criar uma narrativa com suporte em suas crenças ou preconceitos. Todo e qualquer caso submetido à apreciação jurídica requer, antes de qualquer coisa, que se parta do que está provado nos autos. A parêmia latina *nihil factum dabo tibi ius* (*dai-me os fatos que lhe darei o direito*), ao contrário do que leitura apressada sugere, não se escora na premissa da existência de uma verdade real, pois, como ressalta Rosivaldo Toscano, a neurociência explica que, por questões biológicas, “não vemos as pessoas e as coisas como elas são em todos os seus aspectos, mas sempre em parte (isso quando as percebemos)” (TOSCANO JR, 2022, pos. 995)³⁴. Até porque, ainda mais em um processo judicial, é utópica a verdade efetiva, em razão de limitações jurídicas, como a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, ainda que retratem a realidade, os prazos para produção das provas etc.

³⁴ Rosivaldo (2022, pos. 1004) diz que, para reconhecer as pessoas e coisas e compreender momentos, o cérebro do *Homo sapiens* elege como estratégia a *categorização*, e como forma de *simplificar* essa desgastante tarefa, arbitrariamente, elege determinadas características e elimina outras, o que é precário, porque, com amparo em poucos elementos, “elabora conceitos prévios sobre alguém, alguma coisa ou fato da vida”. No mesmo sentido, Carnelutti (1995, p. 37) ensina que cada homem é uma parte, pelo que ele não consegue, jamais, alcançar a verdade, de modo que “aquilo que cada um de nós crê ser a verdade não é senão um aspecto dela”.

Todavia, a circunstância de a *verdade verdadeira* ser inatingível, isso não quer dizer que a análise da prova não obedeça a uma racionalidade cognoscitiva. Independentemente do momento e do ambiente da interpretação dos fatos, há um raciocínio lógico a ser desenvolvido em pelo menos 3 (três) etapas bem desenhadas, ainda que sem um rigor cronológico: (a) definição de quais são as provas; (b) valoração individual e conjunta das provas; e (c) formação da convicção, com a verificação se o standard de prova aplicável foi atingido, ditado pelo princípio da presunção de inocência (BELTRÁN, 2021, p. 61-72).

Exatamente para afastar esse indesejável e deletério subjetivismo, que autoriza a motivação de uma decisão com lastro em prova sobre o elemento subjetivo do tipo penal sem nenhum standard de prova, muitos países adotam o critério objetivo como regra geral para diferenciar o mero consumo da conduta de tráfico de drogas.

Alguns países perfilham o *critério objetivo* conforme a quantidade de droga, para indicar que se trata de consumo. Por exemplo, quanto à maconha, há os seguintes referenciais: (a) Bélgica, 3 (três) gramas ou 1 (uma) planta; Canadá, 30 (gramas); (c) Chile, em discussão no parlamento, 10 (dez) gramas ou 6 (seis) plantas; (d) Colômbia, 20 (vinte) gramas de *cannabis*; (e) Alemanha, entre 6 (seis) e 15 (quinze) gramas; (f) México, 5 (cinco) gramas; (g) Holanda, 5 (cinco) gramas; e (h) Portugal, adota o critério de doses, suficiente para o consumo por 10 (dez) dias.

Contudo, o legislador brasileiro, como visto no item 1.1, preferiu confiar na *íntima convicção* do julgador, o que, na prática, se tornou na *íntima convicção da autoridade policial*, até porque, como visto, geralmente a prisão por tráfico decorre da detenção do agente em flagrante delito.

1.3 Efeitos da política de encarceramento: aumento da criminalidade violenta e superlotação carcerária

O Brasil é um dos países mais violentos do mundo, no entanto, igualmente, é um dos que mais prende, ocupando, em 2021, a 3^a (terceira) maior população carcerária no ranking mundial, nos termos da pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa de Política Criminal da Universidade de Londres (World Prison Brief 2023). Além disso, em compasso com esses dados do *World Prison Brief* (2023)³⁵, o número de presos no Brasil mostra um quadro de tendência de crescimento, ano a ano, com estagnação exatamente no ano de 2017, quando, conforme mostrado acima, passamos a ter a diminuição de mortes violentas (SILVA JÚNIOR 2023).

Sopesando as informações referentes aos homicídios e às mortes violentas letais intencionais com os dados referentes ao aprisionamento, constata-se que o crescimento da criminalidade violenta foi proporcional ao aumento da população prisional e, quando houve a diminuição da taxa de encarceramento, no mesmo passo, verificou-se o decréscimo da taxa de homicídios e de mortes violentas intencionais. Isso não é, por óbvio, mera coincidência. Há uma relação direta entre os dois dados.

Até porque, a criminalidade violenta e do tráfico de entorpecentes é comandada pelas organizações criminosas, que no Brasil exercem as suas relações de poder a partir do domínio dos estabelecimentos penais. Portanto, ser mais preciso e seletivo no recolhimento à prisão, reservando esse tipo de medida especialmente para os crimes que efetivamente comprometem a vida em paz e com tranquilidade da sociedade, se apresenta como a política inteligente a ser desenvolvida pelos 3 (três) poderes, a despeito do pensamento moldado pela cultura da prisão, dominante entre a maioria das

³⁵ O *World Prison Brief* trata-se de um banco de dados on-line que condensa as informações sobre os sistemas prisionais em todo o mundo, organizado pelo *Instituto for Crime & Justice Policy Research*, sediado em Birkbeck, na Universidade de Londres.

pessoas leigas ou obnubiladas pela pauta conservadora e mesmo preconceituosa e elitista das agências políticas.

Em compasso com dados do *World Prison Brief* (2023), a taxa mundial de aprisionamento, em números relativos, é equivalente a 140, enquanto a do Brasil é de 389, só perdendo na América do Sul para o Uruguai, que corresponde a 408. Portanto, no Brasil, *prende-se muito*. Para além disso, os números mostram que *se prende muito mal*. Com efeito, conforme o levantamento do SENAPPEN (2023), consolidado até o ano de 2022, o número de pessoas recolhidas à prisão por crimes violentos (homicídio 76.721; latrocínio 14.957; tortura 649; estupro 36.566; roubo qualificado 101.650; roubo simples 53.596; sequestro 4.406; violência doméstica 7.971; lesão corporal 7.485; e genocídio 89) alcança apenas 304.090 internos.

No particular, o Rio Grande do Norte segue a mesma tendência. Das 7.290 pessoas presas, apenas 973 (novecentos e setenta e três) dizem respeito a crimes violentos, conforme demonstra o quadro abaixo:

		Total de crimes violentos			
		973			
Roubo qualificado	% do Total do Grupo	Latrocínio	% do Total do Grupo	Sequestro e Cárcere privado	% do Total do Grupo
340	34,94%	49	5,04%	1	0,10%
Roubo simples	% do Total do Grupo	Estupro	% do Total do Grupo	Extorsão mediante sequestro	% do Total do Grupo
133	13,67%	60	6,17%	2	0,21%
Homicídio qualificado	% do Total do Grupo	Violência doméstica	% do Total do Grupo	Tortura	% do Total do Grupo
153	15,72%	24	2,47%	0	0,00%
Homicídio simples	% do Total do Grupo	Lesão corporal	% do Total do Grupo	Genocídio	% do Total do Grupo
58	5,96%	17	1,75%	0	0,00%
Estupro de vulnerável	% do Total do Grupo				
136	13,98%				

Tem-se, portanto, que 6.665 (seis mil, seiscentos e sessenta e cinco) presos em celas físicas do RN estão recolhidos por crimes praticados sem emprego de violência contra a pessoa. Pode-se dizer que esses delitos não dizem respeito ao tráfico de entorpecentes, os quais seriam de alta gravidade. Porém, como visto acima, 45,16 (quarenta e cinco vírgula

dezesseis por cento) estão presos por ilícito de tráfico de entorpecentes interno, enquanto por tráfico internacional, comandado pelas facções criminosas, apenas 4,96% (quatro vírgula noventa e seis por cento), ou seja, são apenas 39 (trinta e nove) detentos

Ou seja, o crime de drogas representa o maior grupo de presos nos estabelecimentos penais do RN. Merece destaque, ainda, que muitas das pessoas encarceradas pelo crime de tráfico, como acentuado nos capítulos anteriores, não passam de intermediários, não são as pessoas que comandam esse tipo de criminalidade, se enquadram na figura conhecida como *mulas*, ademais de a polícia, o Ministério Público e o Judiciário tratarem como traficantes pessoas da periferia flagradas portando pequenas quantidades de droga, sem nenhum critério objetivo para a distinção entre entorpecente utilizado para o uso e para a traficância.

A população negra e pobre é a mais atingida, situação escancarada no julgamento pelo Supremo Tribunal no RE 63559/PR (2023), no qual o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, alvitrou fixar como critério objetivo para identificar a posse de maconha para uso próprio a faixa entre 25,0 a 60 gramas ou 6 (seis) plantas, a fim de que seja aos *negros conferido tratamento similar ao dispensado aos homens brancos, maiores de 30 (trinta) anos e com formação superior*.

Constata-se, portanto, que há um equívoco no tratamento da criminalidade. Conforme os dados acima examinados, a grande massa encarcerada não é constituída pelos autores dos crimes violentos. Se temos uma das maiores taxas de homicídios e de mortes violentas intencionais do mundo, a nossa população carcerária deveria estar concentrada nesse tipo de criminalidade, a que mais preocupa a população, que quer poder sair de casa para trabalhar e usufruir do direito ao lazer, com um mínimo de segurança indispensável para uma vida com dignidade. A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais impõe ao Estado o dever de proteção eficiente, pelo que as políticas públicas nas 3 (três) esferas de poder,

voltadas à diminuição da criminalidade, não podem perder o foco relativamente à criminalidade violenta, tanto no pertinente às *ações, estratégias e diretrizes* preventivas, quanto às que dizem respeito à responsabilização das *peçoas certas* pelos crimes cometidos e a aplicação da sanção adequada, com o pensamento voltado para o futuro.

Esse erro no tratamento da criminalidade violenta leva ao sentimento de impunidade, diante da quantidade inquietante de delitos violentos, cuidando as agências políticas de tributar essa realidade à fragilidade das leis e à morosidade do Judiciário. E isso também é fato. Os números não escondem essa constatação, mas revelam qual é a base do problema.

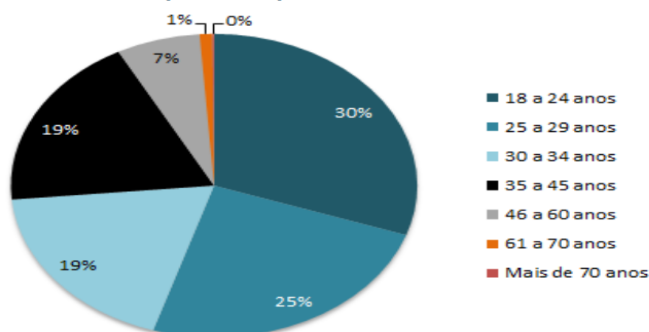
Em outro livro elaborado também pelo projeto de pesquisa *Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte*, no capítulo intitulado *Os inquéritos policiais relativos aos crimes violentos letais intencionais no estado do Rio Grande do Norte e o dilema da ausência de identificação de autoria* (SILVA JÚNIOR e HAMILTON, 2022, p. 57), demonstra-se que, no período de 2016 a 2020, ocorreram 9.328 crimes violentos letais intencionais no Rio Grande do Norte, não tendo sido comprovada a instauração de inquérito policial em relação a 3.093 mortes, constando, por outro lado, a identificação da autoria em só 2.206 dos casos.

Ou seja, em termos percentuais, tendo como referência o período desses 4 (quatro) anos, quanto aos MVIs, no Rio Grande do Norte, em termos percentuais, 21,05% dos inquéritos policiais foram encerrados sem autoria identificada; apenas 17,52% com autoria; e incríveis 61,43% sem o registro de que tenham sido instaurados. O mais drástico ainda é que, em relação a essas mortes, foi constatado o oferecimento de apenas 6 (seis) denúncias. Isso quer dizer que, das 9.328 mortes ocorridas em solo potiguar, a taxa de resolutividade dos inquéritos atingiu apenas o percentual de

17,52%, enquanto só 6 (seis) deles serviram de base para o ajuizamento de denúncias.

Um detalhe a ser considerado. A população carcerária brasileira é formada prioritariamente por jovens. Se utilizarmos para a definição de jovem a pessoa situada na faixa etária entre 18 e 24 anos, temos 55% dos encarcerados, ao passo que se adotarmos como critério quem conta entre 18 e 34, o percentual é de 74%. Se o lapso temporal for mais largo, para considerar como jovem quem está situado na faixa entre 18 e 45, o percentual sobe assustadoramente para 93%. Esse dado é preocupante, pois, conforme estudos, quanto mais jovem alguém pratica um crime, maior é a possibilidade de ele voltar a reincidir. Veja-se o gráfico abaixo sobre a faixa etária dos presos:

Gráfico 16. Faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016.

Isso quer dizer que boa parte dos jovens está sendo colocada na prisão, a revelar a necessidade de se implementar políticas adequadas para a ressocialização, a fim de evitar que essas pessoas, quando saírem da prisão, voltem a praticar crimes e mesmo retornem para o sistema prisional³⁶.

³⁶ A impressão que se tem é de que a reincidência é muito alta, até porque, infelizmente, devido aos vários problemas de gestão, o sistema prisional não tem sido eficiente na ressocialização, ao tempo em que, não raro, serve de alicerce para integrar o agente ao mundo do crime. Estudo do Depen apontou, em janeiro de 1998, que a taxa de reincidência no Brasil era de 70%. Em junho de 2008, o Depen divulgou outra pesquisa, estimando a taxa de reincidência em 43,12%. Sobre a reincidência, conferir o Relatório de Pesquisa intitulado Reincidência Criminal no Brasil elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, com a colaboração

A política de ressocialização, por conseguinte, deve se pautar, antes de tudo, na prevenção. Se o primeiro norte da política de prevenção, que é fechar a porta do sistema prisional, abrindo-o apenas, prioritariamente, para os crimes cometidos com violência, a segunda orientação tem de ser no sentido de abrir a *porta de saída*, com responsabilidade e estratégias a fim de *prevenir a reincidência* ou a prática de novos crimes por quem anteriormente estava preso.

Sem embargo dessa constatação, o fato é que os governos estaduais, historicamente, não tiveram capacidade de construir unidades prisionais para acompanhar o aumento dessa demanda, de modo que hoje o déficit de vagas no sistema prisional alcança algo em torno de mais de 300 mil vagas³⁷.

Essa situação gera o maior problema do sistema penitenciário nacional: a superpopulação carcerária. Certamente que os estados precisam investir na construção de mais unidades prisionais, na medida em que se observa que nelas todas há déficit de vagas³⁸.

Todavia, há de se investir em uma política de diminuição do encarceramento. Os mutirões carcerários disciplinados pela Portaria CNJ n.º 170, de 2023, acertadamente, teve como foco as determinações contidas na ADPF n.º 347 MC/DF, na Súmula Vinculante n.º 56, no RE n.º 641.320/RS e nos HCs coletivos n.ºs 143641/SP e 165/DF, concedidos pelo Supremo Tribunal Federal. O ato normativo em referência estabeleceu diretrizes para a seleção dos processos, quais sejam: (i) prisões preventivas com duração maior do que 1 (um) ano; (ii) gestantes, mães e mulheres responsáveis por crianças e pessoas com deficiência presas cautelarmente; (iii) pessoas em

<http://www.enj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>

³⁷ Segundo dados do Infopen, em junho de 2016, o déficit de vagas era de 358.663 (http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf).

³⁸ O estado com o menor déficit de vagas era Roraima: 1.141 vagas. (http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf).

cumprimento de pena em regime prisional mais gravoso do que o fixado na decisão condenatória; e (iv) pessoa cumprindo pena em regime diverso do aberto, condenadas pela prática de tráfico privilegiado (art. 2º, I a IV).

Identificados os processos e as pessoas que estavam em uma das situações acima, quanto à prisão provisória, o reexame dos processos deveria (a) reavaliar os requisitos que ensejaram a custódia processual e a possibilidade de substituição da prisão por medida cautelar alternativa; e (b) substituir por prisão domiciliar ou medidas alternativas à prisão, as gestantes, mães e mulheres responsáveis por crianças e pessoas com deficiência, observando o que determinado nos HCs nºs 143.641 e 165.704, concedidos pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal (art. 4º, I, alíneas *a* e *b*)³⁹.

Em relação aos presos definitivos, o mutirão deveria (a) analisar a possibilidade de progressão de regime, incluída a hipótese de saída antecipada, na forma da Súmula Vinculante nº 56; (b) colocar em regime aberto ou substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, as pessoas condenadas exclusivamente pela prática de tráfico privilegiado, quando não forem desfavoráveis as circunstâncias judiciais levadas em consideração na dosimetria da pena (art. 4º, II, alíneas *a* e *b*).

Qual o resultado desse esforço conjunto? Quantas pessoas foram liberadas? Foi visto acima que, a despeito do mutirão, no período, foram

³⁹ Conforme as diretrizes dos HCs. n.º 143.641 e 165.704, deferidos pela 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, a substituição por prisão domiciliar ou medidas alternativas à prisão de gestantes mães e mulheres responsáveis por crianças e pessoas com deficiência só não deve ocorrer nos seguintes casos: (i) crimes praticados mediante violência ou grave ameaça; (ii) crimes praticados contra seus descendentes; (iii) suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão; (iv) situações excepcionalíssimas as quais deverão ser devidamente fundamentadas, considerando a: (a) absoluta excepcionalidade do encarceramento de gestantes, mães e mulheres responsáveis por crianças e pessoas com deficiências; (b) presunção legal de indispensabilidade dos cuidados maternos; (c) presunção de que a separação de mães ou responsáveis de seus filhos ou dependentes afronta o melhor interesse dessas pessoas, titulares de direito à especial proteção; e (d) necessidade de comprovação de que o ambiente carcerário é inadequado para gestantes, lactantes e seus filhos.

emitidos no estado mais mandados de prisão do que de soltura. Cabe lembrar que na decisão final da ADPF 347/DF, o Supremo Tribunal Federal (2023), à unanimidade, ao fixar a tese de que “há o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos” deliberou no sentido de que (a) os juízes nas decisões, fundamente a razão pela qual não é cabível, no caso, medidas cautelares diversas ou penas alternativas; (b) haja a liberação sem contingenciamento os recursos do Fundo Nacional Penitenciário; (c) sejam elaborados, no prazo de 6 (seis) meses, os planos nacional, estaduais e distrital, voltados para o controle da superlotação, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos, mediante indicadores que permitam o acompanhamento e a implementação dos planos em até 3 (três) anos, com submissão ao STF para fins de homologação; (d) a execução do plano nacional seja feita pela União em conjunto com o Conselho Nacional de Justiça; (e) a elaboração dos planos dos Estados e do Distrito Federal seja levada a efeito em diálogo com o CNJ e a União; (f) monitoramento da execução dos planos pelo CNJ, sob a supervisão do STF.

Diante das considerações tecidas acima, a despeito do que determinado no julgamento do Supremo Tribunal, uma política criminal voltada à resolução da questão da superlotação carcerária, problema crônico do nosso sistema penitenciário, com o condão de potencializar todos os outros inerentes ao encarceramento, precisa estabelecer estratégias por meio de medidas eficientes conforme as seguintes diretrizes aqui pinçadas: (i) fechar a *porta de entrada* dos estabelecimentos penais, permitindo o ingresso prioritário apenas de pessoas envolvidas com a coordenação ou com função relevante em organizações criminosas que controlam os crimes de tráfico de entorpecentes; (ii) abrir a *porta de saída* de forma responsável em relação às pessoas presas como traficantes que podem cumprir a pena de forma alternativa, sem comprometer a segurança pública; (iii) fazer triagem percuciente quanto aos mandados de prisão já expedidos em relação

aos delitos de drogas, com a consequente revogação das ordens que se refiram às pessoas que não se enquadram na primeira situação aqui descrita e de acordo com as diretrizes e determinações dadas pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347/DF, no RE 641.320/RS, na Súmula Vinculante 56 e nos HCs coletivos 146.641/SP e 1265.704/DF; (d) estabelecer diretriz efetiva quanto à expedição de mandados de prisão, mediante a criação de mecanismo similar à regulação de vagas do sistema de saúde, a fim de que o juiz, antes de efetivar a ordem, tenha uma visão da superlotação penitenciária e do número de mandados por ele expedidos e de pessoas que estão encarceradas em razão de suas decisões; (iv) elaborar planejamento estratégico específico para a solução do problema da superlotação carcerária, com metas a serem cumpridas a curto, médio e longo prazo, com política de governança da execução com o estabelecimento de metas anuais a serem atingidas pelo Poder Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública; (v) identificar a superlotação de cada um dos estabelecimentos prisionais, com definição de metas de alvarás de soltura ou de substituição das prisões por medidas ou penas restritivas de direitos, a serem atingidas a cada trimestre, com emissão e divulgação de relatório a respeito, com previsão de finalização em até 3 (três) anos; (vi) criar Banco de Nacional de Dados Penitenciários (BNDP), destinado a informar, em tempo real, o índice de encarceramento, a entrada e saída de presos e o número de pessoas privadas do direito de liberdade em estabelecimentos penais e de mandados de prisão a cumprir; (vii) dotar o BNDP de mecanismo eletrônico similar ao *impostômetro*, nominado *prisionômetro*, informando o número de mandados de prisão expedidos e registrados no Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), de pessoas incluídas em estabelecimentos penais, de pessoas privadas do direito de liberdade excluídas dos estabelecimentos penais e de prisões definitivas ou provisórias convertidas em medidas ou penas restritivas de direitos; (viii) elaborar planejamento estratégico para a construção de novos

estabelecimentos penais ou a ampliação dos existentes para aumentar a oferta de vagas nos respectivos sistemas penitenciários, com definição de metas a serem atingidas a curto, médio e longo prazo, iniciativa a ser tomada, conforme as diretrizes e a governança da Secretaria Nacional de Políticas Penais; (ix) fixar no calendário anual o mês dos mutirões carcerários, destinado para a revisão das prisões, pelo menos, até que seja, um dia, resolvido o problema da superlotação carcerária, com planejamento integrado entre a Secretaria de Administração Penitenciária, o Poder Judiciário, o Ministério Público e Defensoria Pública, com a participação integrada de todos os órgãos de execução; e (x) definir mecanismo de integração entre os diversos órgãos de fiscalização da legalidade da execução penal, estabelecendo diretrizes para a atuação de cada um deles.

2. Nova política criminal sobre as drogas: redução de danos e critério objetivo para a definição do crime de tráfico

Conforme visto, a disciplina da Lei nº 11.343, de 2006, confere azo a que, na prática, seja imposta uma política criminal relativa às drogas (a) punitivista; (b) com a criminalização do consumo de drogas como delito; (c) flexível quanto à definição entre crimes de consumo e de tráfico de drogas; e (d) centralidade na criminalidade individual.

Conforme as considerações acima, feita com suporte em dados estatísticos, essa política é equivocada, sob a orientação da *War on drugs*, focada no encarceramento, não se presta para prevenir o consumo de drogas e reprimir o tráfico de entorpecentes, cuja regra de negócio é a obtenção de lucro.

Urge, portanto, a definição de nova política de drogas, tendo como norte (a) a redução de danos; (b) descriminalização do uso recreativo de drogas; (c) fixação de critérios objetivo para a definição do tráfico pela quantidade encontrada na posse do agente; (d) tratamento no âmbito civil dos casos de *uso problemático* de drogas e em locais não permitidos; (e)

definição do crime de tráfico em espécie diferentes, tendo em conta as condutas específicas; (f) foco na nos líderes e organizações criminosas e a desconstrução de sua estrutura financeira.

A política deve ter como preocupação perquirir a redução de danos provocados à saúde dos usuários de substâncias psicoativas, realizando campanhas educativas, esclarecendo a população quanto aos problemas ocasionados, iniciativa exitosa em relação ao consumo do tabaco. Temos boa experiência a esse respeito.

Essa tem sido a diretriz seguida por muitos países, não sendo, todavia, propriamente uma inovação, pois se tem notícia de sua utilização já em 1926, na Inglaterra. A Suíça, até o aparecimento da AIDS, tinha uma política de drogas fulcrada na repressão. Mas, diante do crescimento do número de infectados pelo vírus HIV, redirecionou a política nessa área, abandonando a criminalização do usuário para adotar programas de redução de danos, com o engajamento do setor de saúde pública, com bastante êxito na redução do consumo de drogas pesadas, como heroína e cocaína (HAMILTON, 2019, p. 157). A Inglaterra, Alemanha, Holanda, Portugal e o Uruguai enveredaram pelo mesmo caminho. Consideração especial merece o caso da Alemanha, que na Europa tinha uma política repressiva às drogas, com mais de 70.000 (setenta mil) pessoas presas em razão do uso de entorpecentes, mas, mesmo assim, o consumo e a oferta de drogas só faziam aumentar. Nos anos 1990, para reduzir a contaminação do HIV, houve a mutação da política de drogas para adotar a orientação da redução de danos, o que representou, em 3 (três) anos, a diminuição do consumo de cocaína e heroína, em torno de 42%, e, de permeio, de alguns delitos a exemplo do roubo (24%), furto (45%) e furtos de veículos (62%) (HAMILTON, 2019, p. 166-167).

Até mesmo no Brasil há o registro da adoção dessa linha de ação, na cidade de Santos (SP), em 1989, com a distribuição de seringas aos

usuários de drogas injetáveis, tendo em mira prevenir a disseminação de AIDs, DSTs, hepatite etc.

A *Comissão de Juristas* criada pela Câmara dos Deputados, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ribeiro Dantas⁴⁰, propôs a alteração da Lei n.º 11.343, de 2006, no sentido de ajustá-la à política de redução de danos, a partir da descriminalização do uso recreativo de drogas, independentemente do tipo de substância. Aliás, essa foi a direção indicada na 68ª (sexagésima oitava) Assembleia Mundial de Saúde, realizada em Genebra, no ano de 2015, ao fundamento de que as políticas de drogas equivocadas destruíram mais vidas do que o consumo em si de substâncias psicoativas, corroborada pela Comissão Global de Política sobre Drogas, em Relatório divulgado em 2016, no qual, de forma incisiva, asseverou que os estados devem eliminar a criminalização pela posse e uso de drogas.

A fim de alterar a legislação atual, no projeto de lei elaborado pela mencionada Comissão de Juristas, está sendo proposto como critério para caracterizar consumo próprio ou compartilhado a posse de até 10 (dez) doses de qualquer substância entorpecente ou 6 (seis) plantas de *cannabis sativa*, sem prejuízo da possibilidade de que, mesmo superado esse limite, diante das condições em que se desenvolveu a ação, restar evidenciado que a droga ilícita se destinava exclusivamente para uso próprio.

Cabe observar que no RE 635.639/PR, para além da discussão sobre a constitucionalidade da incriminação do uso da substância entorpecente para consumo próprio, o Ministro Alexandre de Moraes, em seu voto, considerando que o problema maior reside na falta de critério para distinguir

⁴⁰ Presidente, Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, Vice-presidente, Ministro Rogério Schietti, Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo, Antônio Drauzio Varella, Beto Ferreira Martins Vasconcelos, Cibele Benevides Guedes da Fonseca, Joaquim Domingos de Almeida Neto, Joelci Araújo Diniz, José Theodoro Corrêa de Carvalho, Maurício Stegmann Dieter, Ney de Barros Bello Filho, Pierpaolo Cruz Bottini, Tatianna Ramalho de Rezende e Walter Nunes da Silva Júnior.

essa hipótese do crime de tráfico, estabeleceu como standard probatório a posse entre 25 (vinte e cinco) a 60 (sessenta) gramas de maconha ou 6 (seis) plantas fêmeas de *cannabis sativa*. O Ministro Barroso, também preocupado com essa questão, conquanto tenha concordado com a quantidade estipulada para as plantas, alvitrou como parâmetro 25 (vinte) gramas. Ambos, em seus votos, fizeram a consideração de que, ante a ausência de critérios objetivos, na prática, os ricos são tratados como usuários, enquanto os pobres, como traficantes. Na ementa do voto, o Ministro Alexandre de Moraes chegou a pontuar a necessidade de se adotar para todos o tratamento dispensado aos homens brancos, maiores de 30 anos e com nível superior.

O julgamento no Supremo Tribunal Federal a respeito do tema ainda não foi encerrado, em razão do pedido de vista de um dos ministros, porém, já foi formada maioria a respeito do tema, adotando como critério a proposta do Ministro Alexandre de Moraes. Se isso se concretizar, teremos um avanço significativo para resolver o problema da classificação do crime como tráfico com base em critério subjetivo e inconstitucional e significaria, como ponto de partida, a liberação da penitenciária de Alcaçuz de 39,9% de homens que estão presos pelo porte de maconha em quantidade igual ou inferior a 50g (cinquenta gramas) e possibilidade concreta da soltura de mais 13% (treze por cento) que foram presos em quantidade situada entre 50g (cinquenta gramas) e 1kg (um quilo).

Para além do critério objetivo, foram recomendadas as revogações dos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343, de 2006, com a consequente substituição por tipos específicos de crimes de drogas e penas proporcionais conforme orientações da chamada *economia comportamental*, campo de estudo que integra as áreas de psicologia e economia na compreensão da conduta delituosa (PASCOETTO 2017, p. 7). Os tipos sugeridos foram os de (a) *tráfico internacional de drogas ilícitas*, (b) *tráfico de drogas ilícitas*, (c) *exposição à venda, prescrição, guarda ou depósito de drogas ilícitas*, (d) *transporte de drogas ilícitas por meio de terceiro instigado ou coagido*, (e)

introdução de drogas ilícitas em unidade prisional, (f) tráfico de drogas ilícitas no interior de unidade prisional, (g) cultivo de plantas que sejam matéria-prima para drogas ilícitas, (h) comércio de sementes para cultivo ou preparação de drogas ilícitas, (i) aquisição, venda, remessa, depósito e fornecimento de sementes de plantas que sejam matéria-prima para drogas ilícitas, (j) oferta para uso compartilhado de drogas ilícitas, (k) oferta para uso compartilhado de drogas ilícitas a inimputável.

De mais a mais, preconizou, dentre outras, a causa de aumento em 2/3 (dois terços) se a quantidade de droga apreendida for superior 1.000.00 (um milhão) de doses e de redução de um 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), quando a quantidade for superior a 100 (cem) doses e inferior a 1.000 (mil) doses e até a metade a 2/3 (dois terços), se superior a 10 (dez) doses, mas inferior a 100 (cem) doses.

2.1 Inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas para fins recreativos

No julgamento do RE 635.659/SP, o Supremo Tribunal Federal tem sinalizado que se pronunciará pela inconstitucionalidade da incriminação do consumo da substância entorpecente apenas em relação à maconha. A tese da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343, de 2006, perpassa por um olhar mais desapegado de preconceitos morais ou culturais.

O legislador, apegado ao ranço cultural de parte da sociedade e a um sentimento moralista, foi de forma escancarada tímido no trato da matéria, pois o recomendável era a não criminalização do porte e uso de pequenas quantidades, até porque o consumo de substâncias psicoativas é uma tradição ancestral do ser humano, havendo uma propensão antropológica nesse sentido, inclusive para fins medicinais.

Os argumentos demonstrados acima motivam a conclusão de que a constitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343, de 2006, não resiste ao teste da proporcionalidade, tendo como suporte os elementos que dão substância

a tal cláusula: adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso (HAMILTON, 2019).

De fato, no pertinente à *adequação*, se a pretensão da política de drogas alvitrada pelo legislador com a criminalização do porte ou uso é a prevenção, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, os dados acima são incontestes em revelar que a criminalização não é mostra com o meio mais eficaz para tratar a questão.

Em relação à *necessidade*, tem-se que as medidas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, conquanto desejadas e importantes, podem ser implementadas sem que imprescindível o uso do direito penal para esse fim, sendo suficiente lidar com o problema por meio de política de assistência social e à saúde.

Ao fim, quanto à *proporcionalidade em sentido estrito*, observa-se que os danos ocasionados com a criminalização do *problema* (abusos policiais e judiciais, preconceito, encarceramento etc.) são muito maiores do que os benefícios.

Sob outra ótica, a criminalização do uso significa a punição da autolesão, o que não é razoável. É verdade que, para contornar essa incongruência, defende-se que o bem jurídico tutelado pela norma em foco é a saúde pública, não, a do consumidor em si. Porém, o argumento não convence.

Para todos os efeitos, esse tipo de criminalização não está em compasso com o estado democrático constitucional que tem como pedra de toque os direitos fundamentais, de modo que a tipificação de conduta ilícita só se justifica tendo em conta a regra da subsidiariedade se e quando tiver em conta proteger, com eficiência, na perspectiva objetiva, algum direito fundamental. Certamente, esse não é o caso.

Com a criminalização do uso, o legislador, por meio do direito penal, tem a pretensão de estabelecer um comportamento moral que interfere na esfera privada ou na autodeterminação do agente, o que é

incompatível com o art. 5º, X, da Constituição, na medida em que o preceito em causa assegura a inviolabilidade da *intimidade* e, especialmente, da *vida privada*. Ademais, o tipo penal em foco malfez o postulado do direito penal mínimo, que é um corolário lógico do estado democrático constitucional.

Nem é preciso dizer que não se está, aqui, fazendo apologia ao consumo de drogas ilícitas. Muito pelo contrário. O que se está dizendo é que art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, é inconstitucional em razão de criminalizar uma conduta que não causa lesão a bem jurídico alheio, o que é imprescindível em um sistema criminal democrático embasado na *teoria constitucionalista do delito*, que impõe como limite ao legislador penal a tutela de bem jurídico que se extrai da leitura dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, a edição de normas penais só se justifica quando necessárias para a proteção eficiente dos direitos fundamentais na perspectiva objetiva.

No julgamento do RE 635.659/SP, abordando o tema da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, o Supremo Tribunal Federal, sob o regime da repercussão geral, iniciou o julgamento, com a prolação dos votos dos Ministros Gilmar Mendes (Relator), Roberto Barroso, Edson Fachin, Cristiano Zanin e Rosa Weber. O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, declarou a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei n.º 11.343, de 2006, no que foi seguido, em parte, pelo Ministro Edson Fachin que, no entanto, se restringiu em reconhecer o vício em relação à maconha, que se trata do tipo de substância entorpecente objeto do recurso extraordinário. Já o Ministro Luiz Roberto Barroso foi incisivo em reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo em causa por se tratar de ofensa ao direito à privacidade, maltrato à autonomia individual e caracterizar uma desproporcionalidade, por cuidar da punição de uma conduta que não afeta a esfera jurídica de outrem. No entanto, o Ministro Alexandre de Moraes também restringiu o reconhecimento da inconstitucionalidade em relação apenas à maconha, deixando para o

legislador complementar a tarefa quanto às substâncias entorpecentes mais pesadas, tendo o Ministro Gilmar, na sequência, reajustado o seu voto, para, igualmente, restringi-lo à declaração de inconstitucionalidade a apreensões relativas à substância entorpecente tratada no processo, a *cannabis sativa*. Em que pese o Ministro Cristiano Zanin tenha votado pela constitucionalidade da norma em destaque, ante o pedido de vista do Ministro André Mendonça, a Ministra Rosa Weber apresentou voto antecipado, no desiderato de acompanhar o relator.

Como se observa, nos termos dos votos exarados até o momento, há uma sinalização clara no sentido de que o Supremo Tribunal Federal irá reconhecer a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343, de 2006, quanto à tipificação do porte de maconha para consumo próprio.

Todavia, ainda assim, fatalmente, o Supremo Tribunal Federal, mais cedo ou mais tarde, enfrentará o teste de constitucionalidade do art. 28 da Lei n.º 11.343, de 2006, quanto às outras drogas mais pesadas.

2.2 Persecução criminal do lucro obtido com o tráfico ilícito

O tráfico de entorpecentes se transformou em negócio extremamente rentável. As organizações criminosas, em certo sentido, atuam como as grandes corporações, no caso, tendo em mira conquistar o mercado das drogas, agregando, ao seu *modus operandi*, sofisticados mecanismos para conseguir inserir, por meio da lavagem de dinheiro, no sistema financeiro os ganhos ilícitos.

As considerações acima revelam que a preocupação em eliminar os ganhos financeiros com a comercialização de drogas ilícitas é tão importante ou mais do que cuidar dos tipos penais pertinentes a essa modalidade de criminalidade. De fato, a finalidade com o tráfico de entorpecentes é a obtenção de lucro. Ir à prisão, mas conservar os ganhos financeiros com a atividade ilícita, em certo sentido, compensa e serve para

que a pessoa ou a organização que ela integra permaneça na criminalidade e tenha poder de liderança.

Por conseguinte, a maior eficácia na repressão e prevenção ao tráfico passa, necessariamente, por uma política criminal com a previsão de estratégias (GARALAND, 2018) voltadas para impedir que esse tipo de crime seja compensado com o lucro obtido, sendo essa a orientação da Convenção Única sobre Entorpecentes de Nova York, de 1961 (Decreto n.º 54.216, de 1964), da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena de 1971 (Decreto n.º 79.388, de 1977) e da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Decreto n.º 154, de 1991).

O tráfico de entorpecentes é controlado e exercido pelas organizações criminosas, estruturadas a partir de uma rígida hierarquia, definição de estratégias com distribuição de tarefas entre os seus integrantes e ações voltadas a arrecadar dinheiro com aquisição e venda de substâncias entorpecentes. Elas exercem domínio em boa parte do território nacional, disseminadas em municípios de médio e grande portes. A atividade é desenvolvida por meio de agentes preparados para as diversas missões, desde a inteligência financeira, à utilização de armas de guerra e treinamentos de guerrilha.

Em linhas gerais, as principais características das ORCRIMs são: (a) complexa estrutura organizacional; (b) divisão orgânica hierarquizada, com definição do centro decisório; (d) divisão de tarefas; (e) divisão territorial; (f) violência extremada com o uso da força física e o poder de intimidação; (g) infiltração nos órgãos públicos, especialmente os que atuam na fiscalização, usando como método a corrupção; (h) atuação clandestina para usufruto dos ganhos, mediante a lavagem de dinheiro para a ocultação da origem ilícita dos ativos financeiros e a sua inserção no mercado formal; (i) finalidade de lucro; e (h) forte poder econômico para financiar as suas ações (MESSA e CARNEIRO, 2020, p. 32).

Em verdade, toda a ação da organização é desenvolvida em torno de sua finalidade: obtenção de lucro. Segundo informações passadas à imprensa pelo Grupo de Atuação Especial de Repressão ao Crime Organizado (GAECO) do Ministério Público de São Paulo, o Primeiro Comando da Capital (PCC), a maior facção criminosa do país, fatura, desde o ano de 2020, cerca de US\$ 1 (um) bilhão ao ano, mais de 4.000.000.00 (quatro) bilhões, arrecadação em sua maior parte fruto do lucro com o tráfico de cocaína para a Europa (UOL 2023). Por conseguinte, crime organizado ou praticado por organização criminosa não se confunde com a *prática organizada de delito* (MESSA e CARNEIRO, 2020, p. 149); cuida-se, em verdade, de *criminalidade econômica organizada*, apresentando um caráter empresarial

Foucault (FOUCAULT 1977, p. 94), com régua e compasso, apontou o caminho para o exercício da *arte de punir*: “Encontrar para um crime o castigo que convém é encontrar a desvantagem cuja ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a ideia de um delito”. Nessa senda, a política pública de repressão ao tráfico ilícito de drogas, tendo como norte a *Análise Econômica do Direito (AED)*, deve ter como premissa tornar mais eficiente a persecução criminal quanto à eliminação do lucro com o tráfico de entorpecentes e a desconstrução financeira de organizações criminosas que utilizam esses recursos para estabelecer as suas relações de poder.

Portanto, é inadmissível o ajuizamento de ação penal, pedindo a condenação pela prática do crime de organização criminosa, plasmado na Lei n.º 12.850, de 2013, sem que se identifique a sua estrutura financeira e se peça a constrição do patrimônio. Naturalmente, os ativos financeiros não estão registrados nos nomes dessas facções, até porque elas não existem legalmente, não possuindo, portanto, personalidade jurídica própria. Esses bens, geralmente, também não estão nos nomes das pessoas que estão sendo investigadas ou respondendo judicialmente pelo crime. Estão em nome de

terceiros, familiares ou pessoas próximas em relação às quais o agente do crime possui controle.

Isso denota que a investigação de crime praticado por organização criminosa precisa ser qualificada, a fim de identificar os bens que, embora em nome de outras pessoas, estão na posse ou são utilizados por quem está sendo apontado como autor do delito objeto da persecução criminal. Para complicar, com a globalização, as organizações criminosas se sofisticaram e ganharam contornos transnacionais. A ideia de criminalidade organizada da época de Al Capone está superada, pois as atuais facções se encontram tão institucionalizadas que podem ser identificadas como Organizações Criminosas S/A (MAIA, 2007, p. 26).

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado e Transnacional, mais conhecida como *Convenção de Palermo*, incorporada como lei em nosso meio pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, o principal instrumento global quanto ao tratamento ao crime organizado, no que aqui interessa, dispõe que o Estado deve (i) utilizar mecanismos para a apreensão e confisco dos bens e instrumentos utilizados ou destinados para a prática de crimes; (ii) estabelecer técnicas especiais de investigação, nos termos de seu ordenamento jurídico (MESSA e CARNEIRO, 2020, p. 831); e (iii) intensificar a cooperação internacional para a investigação, apreensão e confisco de bens.

Para tanto, tendo em conta as diretrizes pinçadas no *Sistema Único de Segurança Pública (SUSP)*⁴¹, disciplinado pela Lei n.º 13.675, de 11 de junho de 2018, com esteio nas informações do Sistema Brasileiro de

⁴¹ Conforme o art. 9º, § 2º, da Lei n.º 13.675, de 2018, são integrantes operacionais do SUSP: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares; VI - corpos de bombeiros militares; VII - guardas municipais; VIII - órgãos do sistema penitenciário; X - institutos oficiais de criminalística, medicina legal e identificação; XI - Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp); XII - secretarias estaduais de segurança pública ou congêneres; XIII - Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (Sedec); XIV - Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas (Senad); XV - agentes de trânsito; XVI - guarda portuária.

Inteligência (SISBIN)⁴², é vital a implementação das seguintes medidas: (i) planejamento estratégico e sistêmico da União, Estados e Municípios; (ii) atuação integrada entre os órgãos da União, Estados e Municípios, em ações de prevenção, inteligência e investigação; (iii) coordenação, cooperação e colaboração dos órgãos de segurança; (iv) formação e capacitação continuada e qualificada dos agentes de segurança pública, conforme matriz curricular nacional; (v) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; (vi) sistematização e compartilhamento das informações de segurança pública, prisionais e sobre drogas, em âmbito nacional; (vii) atuação com base em pesquisas, estudos e diagnósticos das ORCRIMs nacionais, regionais e locais; (viii) uso de sistema integrado de informações e dados eletrônicos; e (viii) celebração de termo de parceria e protocolos com agências de vigilância privada.

Nada obstante essas medidas estruturais, que denotam ser a investigação de uma organização criminosa diferente da empregada para a criminalidade individual ou praticada em associação criminosa, é de mister que as autoridades investigativas estabeleçam as estratégias a saber: (a) elaboração de plano de atuação investigativa; (b) especialização de órgãos investigatórios em criminalidade organizada, integrados por policiais capacitados na investigação de crimes financeiros, corrupção, lavagem de dinheiro e em ORCRIMs; (c) identificação das ORCRIMs, da regra de negócios adotada, da região de atuação, da estrutura organizacional e financeira, dos líderes e subordinados, assim como das respectivas atribuições; (d) para além da prova da materialidade e dos indícios de autoria, identificar o patrimônio da organização, acobertado em nome de integrantes, de terceiros e de pessoas jurídicas e pedir o sequestro, arresto, bloqueio e a indisponibilidade de recursos financeiros etc.; e) instaurar inquérito específico para apurar o crime de organização criminosa, não

⁴² É integrado por 48 (quarenta e oito) instituições federais de diferentes ministérios, tendo como órgão central a Agência Brasileira de Inteligência,

como conexo a crime de contrabando, tráfico, roubo etc.; e (f) conforme o caso, utilizar os meios específicos de obtenção de prova previstas na Lei n.º 12.850, de 2013: (i) colaboração premiada; (ii) captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;; (iii) ação controlada; (iv) acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; (v) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica; (vi) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; (vii) infiltração policial, presencial ou virtual; e (viii) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Especificamente em relação ao plano de atuação investigativa, deve ser adotado como método instaurar investigações específicas a respeito de uma determinada organização criminosa, especificando o lapso temporal das operações criminosas, sem preocupação na apuração dos crimes praticados, compartilhando as provas referentes aos delitos de roubo, homicídio, tráfico de entorpecentes etc. com outras equipes de investigação ou inquéritos instaurados para esses fins. Se a organização é de âmbito nacional, levar a efeito a investigação delimitando, igualmente, o espaço territorial da apuração, com envio de eventuais informações ou provas relacionadas a operações realizadas fora da delimitação da apuração, com o estabelecimento de canal de comunicação de troca de dados e elementos probatórios com as autoridades policiais presidentes dos inquéritos policiais.

Sem esse planejamento estratégico, será dada continuidade à ineficiente política de investigação dos crimes cometidos por integrantes de organizações criminosas, e não dos crimes perpetrados pelas organizações criminosas em si e o aparato econômico-financeiro que confere suporte às suas operações no mercado do crime. Confunde, como mencionado linhas

atrás, investigação de *prática organizada de delito* com investigação de *organização criminosa*.

Ademais, infelizmente, quando do oferecimento da ação penal, o Ministério Público, de regra, ainda arraigado à cultura da prisão, centra a sua preocupação em provar a existência do crime e da autoria, com as suas circunstâncias, sem destinar fôlego no que pertine à identificação e especificação dos bens provenientes da atividade ilícita.

A falta de atenção quanto a essa questão, se revela ainda porque, mercê de insistente reclamação da doutrina abalizada sobre a matéria, tendo como norte o direito comparado, foi introduzido em nosso sistema jurídico o instituto do *confisco alargado* (art. 91-A do Código Penal, com a redação da Lei n.º 13.964, de 2019), porém, pouco utilizado ainda nos processos criminais.

Note-se que, tendo em conta as singularidades da criminalidade organizada, a legislação de regência da matéria, seguindo as orientações plasmadas em tratados internacionais e regionais e em consonância, ainda, com os paradigmas do direito comparado, dispõe sobre as técnicas especiais de investigação quando se trata da apuração dos crimes tipificados na Lei n.º 12.850, de 2013, quais sejam, (i) a colaboração premiada; (ii) a captação ambiental de sinais eletromagnético, ópticos ou acústico; (iii) ação controlada; (iv) o acesso a registros de ligações telefônicas e telemática, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; (v) interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; (vi) afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal; (vii) infiltração policial; (viii) cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Essas técnicas especiais de investigação se mostram necessárias, em muitos casos, até mesmo para comprovar efetivamente a organização criminosa, pois não se concebe a sua existência sem uma estrutura

financeira e patrimonial para lhe conferir alicerce. De mais a mais, esses mecanismos são indispensáveis para que possível sufocar o fôlego financeiro da facção criminosa, a fim de que não continue, sob ação direta de quem não esteja recolhido à prisão, praticando crimes.

A organização criminosa de maior envergadura nacional e mais temida, conquanto tenha seus líderes, faz algum tempo, encarcerados, ainda assim, só fez crescer em relevância no controle do tráfico de entorpecentes, exatamente porque as inúmeras persecuções criminais não atingem o seu suporte econômico-financeiro. Chama mais atenção também, a circunstância de a criminalidade organizada realizar os seus negócios ou pagamentos aos agentes que praticam as ações ilícitas com dinheiro em espécie, o que requer transporte e circulação de grande quantidade de papel-moeda, que faz volume e pesa, sem que as investigações consigam fazer a apreensão⁴³. Qual a razão dessa ineficiência? Tome-se por exemplo a investigação feita pela polícia em relação ao chamado *Assalto ao Banco Central*, em que, no ano de 2005, foram retirados dos cofres mais de R\$ 160.000.000,00 (cento e sessenta milhões de reais), em notas de R\$ 50,00 (cinquenta reais)⁴⁴, o que constituiu em um volume de dinheiro pesando em torno de 3 (três) toneladas. Em documentário produzido pela Netflix (Billio, 2022) é revelado que os envolvidos no ilícito foram alvo de sequestro e extorsão por parte de policiais corruptos. Apesar de desvendar o crime e identificar todos os autores, com a prisão de quem não foi morto, pouco ou quase nada do dinheiro foi apreendido, algo em torno apenas de R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões).

Assim, em tese, não parece eficiente uma investigação envolvendo a criminalidade organizada, sem que haja a apreensão de quantias em

⁴³ Conforme notícias veiculadas pelos meios de comunicação, um plano de resgate de um dos líderes de uma das organizações criminosas teria sido arquitetado ao custo de mais de R\$ 130 milhões.

⁴⁴ Essa era a nota de maior valor existente na época.

espécie e a identificação e apreensão, para conseqüente perdimento, dos bens adquiridos com os delitos praticados.

Urge, portanto, que o Ministério Público, quando se tratar de imputação da prática do crime de organização criminosa, ao oferecer a denúncia, com suporte em investigação levada a efeito com a utilização dos meios especiais de obtenção de prova pertinentes para o caso, preceituados nos incisos do art. 3º da Lei n.º 12.850, de 2013, demonstre a materialidade e os indícios de autoria, sem prejuízo de outros elementos probatórios, com a apreensão de pelo menos parte do dinheiro movimentado nas operações da facção e a identificação do patrimônio amealhado com a atividade ilícita.

Para complementar, o Ministério Público, com suporte nos elementos probatórios específicos, deve pedir, ainda, que o juiz declare na sentença a perda, como produto ou proveito do ilícito, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento ilícito (art. 91-A, caput e § 3º, do CP). Quanto ao pedido desse *confisco alargado*, imprescindível, ainda, o respaldo em perícia contábil, contendo a apuração e especificação dos bens incompatíveis com o patrimônio lícito dos agentes, cuja perda se pretende o perdimento.

Considerações finais do capítulo

Inicialmente, o Brasil fez a opção política de seguir as diretrizes internacionais da *Convenção Única sobre Entorpecentes* (1961), do *Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas* (1971) e da *War on Drugs*, declarada por Nixon em 1971. Para tanto, cuidou-se de editar a Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971, com forte sotaque repressivo, no escopo de ser implacável com a produção, o consumo e o tráfico de entorpecentes.

Apenas cinco anos após, a legislação foi enrijecida, mediante a vinda a lume da Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976, que teve o condão de trazer para o campo de batalha da *guerra às drogas* – sinalizada no

ambiente internacional sob a batuta dos Estados Unidos –, a doutrina da Segurança Nacional da ditadura militar instalada em nosso país, orientação mantida com a legislação atual.

Quais as consequências? De corredor de passagem da cocaína colombiana para os Estados Unidos e a Europa, o Brasil passou, faz algum tempo, a ser o segundo mercado consumidor em todo o mundo, com um consumo por volta de 250 mil quilos de cocaína por ano (estimado em 2007). Dados da ONU apontam que os valores arrecadados com tráfico de entorpecentes giravam, em 2006, entre 600 e 800 bilhões de dólares ao ano. Se contabilizados os custos gastos pelos países, estima-se que, desde o início da *guerra contra as drogas* até 2011, tenha sido gasto entre U\$ 1 trilhão a U\$ 2,5 trilhões, com rendimento anual da indústria das drogas em torno de U\$ 400 bilhões (HAMILTON, 2019, p. 129-130), algo por volta de 1% da economia mundial, perdendo apenas para a indústria petrolífera (HAMILTON, 2019, p. 130).

O crime organizado, com suporte financeiro no tráfico ilícito de drogas, movimenta no planeta cifras que representam 3 (três) vezes o PIB do Brasil, a ponto de transformar-se em um dos maiores empreendimentos financeiros do mundo. Os sistemas bancários e de capitais, em escala global, se encarregam de fazer circular e promover a lavagem desse dinheiro contaminado com substâncias entorpecentes, que traz graves consequências sociais e à saúde público, a despeito de alimentar decisivamente o crime de base organizativa e a criminalidade violenta.

Uma verdade incontestável surge: sem embargo da *war on drugs* implementada nos últimos 100 (cem) anos pelos países, o consumo de drogas só fez aumentar. Se a droga é um mal, a despeito dos instrumentos repressivos utilizados pelos Estados, elas nunca foram tão abundantes, baratas e, pior, acessíveis. O consumo de drogas, então marginalizado, tornou-se, em alguns ambientes, evento social e permissivo.

O problema, porém, não reside, apenas, na ineficiência dessa política quanto a reduzir ou controlar o consumo. É mais devastador. Esse modelo de atuação levado adiante pelos Estados provocou efeitos colaterais drásticos. Conferiu lastro à corrupção nos mais diversos níveis, provocou o aumento desmedido da população carcerária e incrementou a criminalidade violenta, pois o tráfico de drogas passou a ser a regra de negócios das organizações criminosas, que se armaram, e muito, para enfrentar a guerra.

Essa política também originou o encarceramento das mulheres, que cresceu, mundialmente, em proporção superior ao dos homens, conduzidas à criminalidade mais por submissão à autoridade do marido ou companheiro. Por volta de 90% da população carcerária feminina mundial é relativa ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes.

Portanto, paradoxalmente, a política adotada tornou o tráfico de entorpecentes uma das atividades mais lucrativas, fomentando a solidificação das facções criminosas por meio de forte alicerce econômico-financeiro, a ponto de desafiar o próprio Estado, estabelecendo um *poder paralelo*, não apenas com a prática de ações subvertendo a ordem pública, mas, até mesmo, por meio de atividades assistencialistas de seus integrantes, monopólio, em algumas áreas da periferia, de serviços de internet, transporte público, distribuição de gás, autorização do funcionamento de estabelecimentos comerciais etc.

Sob o influxo de novas ideias que vicejam no ambiente internacional quanto à necessidade de uma política de drogas mais justa, humana e eficiente, enfim, compassada com a arquitetura da Constituição de 1988, foi editada a Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. Todavia, em que pese tenha se orientado por uma retórica preventiva nessa área de atuação, o legislador manteve uma política ambígua com relação ao uso de substância entorpecente, no momento em que apenas afastou a possibilidade de aplicação da pena de prisão, mas permaneceu criminalizando a conduta de quem a usa, independentemente da finalidade perquirida.

Para complicar, a legislação vigente deixou ao alvedrio da autoridade policial, notadamente nos casos de flagrante delito, definir, pela sua *íntima convicção*, se a hipótese é de consumo ou tráfico, com a indução para o entendimento pelo delito mais grave, caso o flagranteadado não comprove que a substância entorpecente se destinava ao consumo próprio, disciplina legal que malfez o princípio da presunção de inocência.

Passou da hora de o Brasil alterar a legislação sobre drogas, tendo como norte as diretrizes internacionais e o direito comparado, de modo a estabelecer a *política de redução de danos*, tratando a questão da droga, em relação ao usuário, como problema afeto à *saúde pública*, com conseqüente descriminalização do consumo próprio, estabelecimento de critério objetivo para diferenciá-lo do tráfico de entorpecentes, mirando a persecução criminal para atingir os ganhos financeiros obtidos pelas organizações criminosas com a exploração desse mercado ilícito, tal como preconizado no anteprojeto de atualização da lei em vigor, apresentado pela comissão de juristas criada pela Câmara dos Deputados.

Referências

- AMORIM, Carlos. **CV-PCC: a irmandade do crime**. Rio de Janeiro: Record, 2006.
- BALTAZAR JR, José Paulo. **Crimes federais**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARBOSA, César. **As facções criminosas do RN: ecos do passado**. Natal: Offset, 2022.
- BARBOSA, César. **As facções criminosas do RN: sangue e morte em alcaçuz**. Natal: Offset, 2019.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Valoração racional da prova**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.
- 3 TONELADAS: assalto ao Banco Central. Direção: Daniel Billio. Produção: Netflix, 2022.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos**. 2006. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html> (acesso em 24 set. 2023).
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Relatório das Inspeções realizadas no Estado do Rio Grande do Norte**. Mecanismo Nacional de Prevenção de Combate à Tortura, Brasília, 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 147169/SP**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rhc-147169-voto-sebastiao-reis-junior.pdf>. Acesso em 14 out. 2023.

- BRASIL. Supremo Tribunal federal. **ADI 5501/DF**. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4966501>. Acesso em 15 out. 2023).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ata do julgamento da ADPF 347/DF. Brasília, 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE nº 855.178/SE**. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342892719&ext=.pdf> Acesso cesso em 15 de out. 2023.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução: José Antonio Cardinali. São Paulo: Conan, 1995.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da prisão**. (Kindle). São Paulo: Saraiva, 2013.
- FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Tradução: Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977.
- FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo; OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Das penas na legislação antitóxicos: sugestões para aperfeiçoamento do sistema. **Revista de Informação Legislativa**, 1975.
- GARALAND, David. **Punishment and welfare: a history of penal strategies**. New Orleans, Louisiana: Quid Pro Books, 2018.
- GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (Orgs.). **Legislação criminal comentada**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- HAMILTON, Olavo. **Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas**. 4. ed. Natal: OWL, 2019.
- MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime: anotações às disposições criminais da Lei nº 9.613/98**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. **A guerra: a ascensão do PCC e o mundo do crime no Brasil**. (Kindle). São Paulo: Todavia, 2018.
- MESSA, Ana Flávia; CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães (Coord.). **Crime organizado**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2020.
- PASCOETTO, Luis Gustavo de Lima. **A equação do crime: a melhor maneira de reduzir o crime é saber como o criminoso pensa**. São Paulo: Linear B Editora, 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos em juízo: comentários em casos contenciosos e consultivos da corte interamericana de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- SEMER, Marcelo. **Sentenciado tráfico: pânico moral e negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2019.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 3 ed. Natal: OWL, 2021.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Execução penal no sistema penitenciário federal**. 2ª tiragem. Natal: OWL, 2020.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal**. Natal: OWL, 2023.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Política de contratação de presos pelo Estado. In SILVA JÚNIOR, Walter Nunes; HAMILTON Olavo (Orgs.). **Crime**,

violência e segurança pública: apontamentos para uma política de estado. Natal: OWL, 2020.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; NUNES, Cíntia Bezerra de Melo Pereira. Perspectivas para uma política norte-rio-grandense de execução penal baseada nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). In SILVA JÚNIOR, Walter Nunes; HAMILTON Olavo (Orgs.). **Política criminal:** monitoramento de espaços públicos, (in)eficiência dos inquéritos policiais, duração razoável dos processos e tratamento dos presos. Natal: OWL, 2022.

TOSCANO JR, Rosivaldo. **O cérebro que julga:** neurociência para juristas. Florianópolis: Emais, 2022.

UOL. PCC fatura R\$ 4,9 bilhões com tráfico e preocupa europeus. 4 de set. de 2023. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2023/09/04/pcc-faturamento-trafico-internacional-drogas.htm#:> (acesso em 15 de out. de 2023).

Capítulo 6

Panorama do problema das drogas no Brasil: paradigmas, aspectos legais e tendências.

Romildson Farias Uchôa⁴⁵
Beatriz Amâncio de Paiva Freitas⁴⁶

Introdução

A existência e o consumo de substâncias, que atualmente podem ser conceituadas como drogas, acompanham a humanidade há milênios. Em diversas ocasiões, já se tentou proibir o consumo ou venda de substâncias consideradas drogas, tal qual ocorreu com o café, a nicotina e o álcool, política que, com frequência, vêm acompanhada de influências econômicas, políticas ou de controle social.

Nesse sentido, pode-se citar como exemplo as Guerras do Ópio, entre o Reino Unido e a atual China; a proibição da cannabis (marijuana) nos Estados Unidos da América (EUA) significativamente usada por migrantes mexicanos; a *Volstead Act* (Lei Seca), nos EUA, proibindo bebidas intoxicantes alcoólicas; a criminalização da cannabis no Brasil, cujos usuários eram em grande número formados por ex-escravos, etc.

Em regra, a opção pela proibição total de certas substâncias revela-se desastrosa, trazendo efeitos mais nefastos que o próprio resultado do uso e do abuso das substâncias em si, no meio social. Isto porque ocorre a constituição de grupos criminosos exploradores da atividade, elevação dos

⁴⁵ Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bacharel em Segurança Pública pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Agente de Polícia Federal — Departamento de Polícia Federal. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9489-3580>.

⁴⁶ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito pela UFRN. Pesquisadora nos projetos de pesquisa “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte” e “Processo Criminal em movimento”, ambos vinculados à UFRN. Oficial da Polícia Militar do Rio Grande do Norte (PMRN). ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-3313-2503>.

preços pela oneração que gera a proibição, corrupção, confrontos violentos e mortes, disputa de territórios, constituição de ampla rede de ilegalidades para suporte às atividades criminalizadas, estado de anomia onde a população passa a desobedecer às regras proibitivas dada a não aceitação social das normas, entre outros.

Essa realidade foi observada durante o período da *prohibition*, nos EUA, e com as devidas adaptações, se faz sentir atualmente no Brasil, sobretudo em relação ao tráfico de entorpecentes, que têm se aproximado de uma verdadeira *guerra às drogas*.

Em determinadas localidades, muitas delas redutos de facções e/ou de chefes do tráfico, a ação policial se faz de modo belicista, acompanhada de armas de guerra e de conflitos assimétricos, seja advindo das forças policiais, seja dos criminosos.

Há, portanto, uma situação paradoxal. O Estado não possui um direcionamento multidisciplinar para o trato da questão das drogas, embora contenha órgãos de defesa de direitos e garantias fundamentais que necessitam agir à vista de violações, bem como órgãos policiais destinados a agir na ocorrência de delitos, e uma lei que determina a ação em caso de flagrante delito. Esta obrigação de agir, explica em parte, o porquê de, a maioria das prisões relativas às drogas, se dê em casos de flagrante delito, pela polícia militar, em abordagens, ou diligências de verificação de denúncias.

Dessa somatória de fatores, resultam conflitos e ações entrecortadas de diversos órgãos e níveis, frequentemente questionadas, que geram visões opostas: guerra às drogas *versus* descriminalização ou legalização *versus* necessidade de intervenções sociais.

Fato certo é que a atual política repressiva de drogas gera uma violência cada vez mais acentuada, decorrente dos conflitos por territórios e daquelas contra forças de segurança. A saber, em 2022 houve 47.508

mortes violentas intencionais (MVI) no país, incluindo as 6.430 decorrentes de intervenção policial.

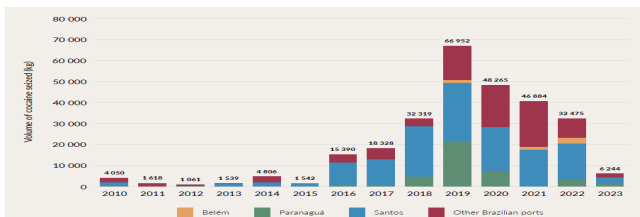
Na mesma esteira, entre 2011 e 2022, o país teve, em números absolutos de MVI, 653.364 mortos, números estes maiores que os de qualquer conflito bélico ao redor do planeta. Some-se a isso, a enorme quantidade de casos de pessoas desaparecidas, relatados anualmente. Somente no ano de 2022 foram 74.061, um aumento de 12,9%, em relação a 2021.

Nessa série histórica, o ano com mais mortes foi o de 2017, com 64.078. Mossoró, no Rio Grande do Norte, é a 13ª cidade mais violenta do país, com uma taxa de MVI 63,5, e São Gonçalo do Amarante, a 40ª, com 44,9% de mortes por cem mil/hab., entre as 50 mais violentas do país. Não obstante, os gastos com segurança pública, em 2022, foram da ordem de R\$ 124,8 bilhões de reais (1,26% do PIB), um incremento de 11,6% em relação a 2021 (FBSP, 2023, p. 16-23).

Em igual proporção à repressão, cresceram também os índices de consumo e de apreensões no território nacional (para consumo interno, e para exportação). Ora, o Brasil é o segundo mercado consumidor de cocaína no mundo, e o maior consumidor de crack, sendo, por fim, o maior mercado consumidor de drogas da América do Sul (UNODC, 2020, p. 27) e uma grande rota comercial, interligando países produtores e países consumidores (UNODC, 2021, p. 20-23).

Segundo dados da Polícia Federal, somente em portos marítimos, nos últimos anos, foram apreendidas as seguintes quantidades de drogas:

Figura 1- Apreensões em portos marítimos no Brasil (até maio de 2023).



Fonte: (FELTRAN, *et al.*, p. 14)

No Porto de Santos, considerado estratégico por sua localização, houve um salto de 435 kg apreendidos em 2014 para mais de 27 toneladas em 2019, em seguidos recordes (FELTRAN, *et al.*, p. 16).

No Rio Grande do Norte a situação não é diferente, tendo sido apreendidos, no porto de Natal, em vias de destinação ao porto, ou em outras embarcações, diversas cargas de cocaína. Em oito eventos de apreensões, entre 12 de fevereiro de 2019 e 9 de fevereiro de 2022, foram apreendidos 6.139 kg em Natal. Some-se a isso, outra apreensão em Areia Branca/RN, de 5.000 kg, em 13 de julho de 2022, cujo destino provavelmente seria também a Europa. Os dados são indicados no capítulo sobre Política criminal referente às substâncias entorpecentes e persecução criminal com foco nas organizações criminosas, de autoria do Prof. Walter Nunes da Silva Júnior, que integra esta obra.

Partindo deste panorama, o presente capítulo foi estruturalmente dividido do seguinte modo: a princípio, trata-se sobre o uso de drogas e do paradigma proibicionista, partindo dos marcos internacionais e da legislação brasileira, sobretudo do ponto de vista do incremento da população carcerária sob a vigência da atual Lei de Drogas. Na segunda parte, trata-se do mercado ilícito de drogas como um negócio global, bem como se fundamenta a necessidade de observar a temática sob um viés de saúde pública, e, por fim, analisam-se diferentes abordagens realizadas em outros países, além das propostas de mudanças existentes no Brasil.

1. O uso de drogas e o paradigma proibicionista: tendências e desafios.

A *guerra às drogas* pode ser conceituada como a campanha de proibição e intervenção internacional em moldes militares, levada a efeito pelo governo dos Estados Unidos da América, auxiliado por diversos países, e com o objetivo declarado de definir e reduzir o comércio ilegal de drogas, tendo como principal função a criminalização do uso e comércio de substâncias ilícitas psicoativas (HAMILTON, 2019, p. 23).

O paradigma proibicionista, enquanto sistema político, inicia-se no estado de Ohio, a partir de uma aliança entre as igrejas locais, cuja plataforma previa o fim do comércio de álcool, que era um negócio associado ao jogo, prostituição e dança, opostos ao pensamento puritano), por considerá-lo a causa da degradação moral e física que, acreditavam, acometia o país (HAMILTON, 2019, p. 100).

Essa guerra pode ser apresentada em três fases, que são: a) *fase moral*, na qual o combate às drogas é tomado como *princípio*; b) *fase objetiva*, em que a guerra às drogas é *meio* para a solução dos problemas dessas substâncias; c) *fase bélica*, circunstância na qual a guerra às drogas passa a ser um *fim em si* - atual estágio no qual se encontra o enfrentamento do problema das drogas, em escala mundial (HAMILTON, 2019, p. 24).

Nessa perspectiva, conforme delinea Olavo Hamilton (2019, p. 27), a criminalização das drogas dirige-se a tutelar a incolumidade e a saúde públicas a partir de três diferentes formas: 1) redução da oferta de drogas; 2) redução da demanda; 3) mitigação de danos.

Entretanto, ao perquirir se com a postura belicista e proibicionista, a oferta, produção, comercialização e demanda por drogas reduziu, e bem danos sociais e crimes decorrentes das drogas, diminuíram, a resposta, ao que tudo indica, virá em sentido contrário.

Meios alternativos à criminalização das drogas não são um tema de fácil discussão, tampouco é tarefa fácil compatibilizá-los com a eficiência no trato do problema, principalmente pela carga ética das discussões sobre a alternativa não penal. Isto porque o viés moral contribui sobremaneira para a estratégia de concentrar esforços na repressão, em prejuízo de ações dirigidas ao trato do tema como de saúde pública.

Uma das problemáticas reside justamente no foco das drogas como problema de saúde, vez que existem poucas experiências que sejam dignas de estudo, a exemplo da descriminalização, diversificação, distribuição de seringas, tratamento médico ou substituição de drogas, mitigação de risco

de overdoses, etc. - que são as políticas de redução de danos, caracterizando-se por ter como método o combate às consequências das drogas, e não das drogas em si, e que, ainda, podem vir acompanhadas de medidas alternativas à criminalização, tal qual ocorreu em países como a Alemanha, Suíça, Holanda, Uruguai, Portugal, e Grã-Bretanha (HAMILTON, 2019, p. 27-28).

O trato com a questão das drogas, conforme será visto, possui uma certa uniformidade na comunidade internacional, sendo as substâncias ilícitas psicotrópicas, proscritas nos mais diversos países, praticamente as mesmas. Nesse sentido, a despeito dessa semelhança, a cópia e reprodução interna de certos modelos deve ser vista com ressalva, visto que a Constituição Federal exige a adoção de uma política criminal em compasso com a dignidade da pessoa humana. Inclusive, a proibição do uso, que se ensaia na PEC 34/2023 (tratada na última subseção, *infra*), parece estar descompassada com a autodeterminação e individualidade do cidadão que opta por esse caminho.

1.1 Marcos legais internacionais sobre entorpecentes

Podem ser considerados antecedentes de marcos internacionais (vinculantes dos países signatários), as tentativas dos Estados Unidos da América (EUA) de controle e proibição de entorpecentes: em 1906, *Food and Drug Act*, primeira lei federal destinada a regular o mercado de drogas, sem caráter criminal; em 1919, *Harrison Narcotics Act*, validada pela Suprema Corte em 1919; e *Volstead Act* (Lei Seca), em 1919.

Em 1930, Harry Jacob Anslinger assume o *Federal Bureau of Narcotics*, do Departamento do Tesouro/EUA, lançando uma cruzada contra a Marijuana (CARVALHO, 2014, p. 162). Assim, filmes, jornais, revistas e campanhas publicitárias entre 1916 a 1937 realizaram forte propaganda associando a cannabis a crimes e ao desemprego.

Os EUA esforçaram-se, no plano internacional, para expandir as proibições e controles de entorpecentes, o que se traduziu em suas

destacadas participações e chamamento às Conferências do Ópio (de 1912 e 1925), ainda sob os auspícios da Liga das Nações e das conferências no pós-II guerra (Anos XXX), já sob a batuta da Organização das Nações Unidas (ONU). Já, em relação à Liga das Nações, os EUA passaram à condição de país mantenedor daquela estrutura – o que, em parte, explica a ascendência das ideias e escolha do paradigma absenteísta daquele país (ESCOHOTADO, 1992, p. 703).

A primeira Conferência Internacional do Ópio ocorreu em Xangai (1909), e posteriormente em três encontros, todos em Haia, em 1911/12, 1913 e 1914, os quais resultaram na primeira Convenção do Ópio. Já a segunda ocorreu entre 1924/25, e, embora com o abandono da delegação norte-americana, foi criado um órgão multilateral responsável pela política mundial de drogas, o Comitê Central Permanente (CARVALHO, 2014, p. 164-167).

Como resultado da participação do Brasil 2ª e 3ª Conferência, promulgou-se o Decreto n.º 2.861, de 8 de julho de 1913 e Decreto n.º 11.481, publicado em 7 de abril de 1915, através dos quais são aprovadas as medidas para impedir o crescente abuso de ópio, morfina e cocaína, momento em que o país passa a internalizar o proibicionismo norte-americano, sobretudo a partir da criação da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes (CNFE).

Nesse íterim, a fim de se fazer cumprir os compromissos internacionais firmados, foi publicado Decreto n.º 4294, 6 de julho de 1921, composto de 13 artigos, que estabeleceu: “(...) penalidades para os contraventores na venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados; cêa um estabelecimento especial para internação dos intoxicados pelo álcool ou substâncias venenosas; estabelece as formas de processo e julgamento [...] (sic)”.

Nesse movimento de internalização das proibições estadunidenses, o Brasil contraiu os primeiros empréstimos junto ao país (CARVALHO,

2015, p. 169), de forma que a crescente política repressiva de drogas viria acompanhada de um viés de dependência econômica e financeira.

Posteriormente, em Genebra (1931), foi assinada a Conferência sobre a Limitação da Manufatura de Drogas Narcóticas, com objetivo de limitar a fabricação e regulamentar a distribuição de estupefacientes, internalizada através do Decreto n.º 113, de 13 de outubro de 1934. Já em 1936, novamente em Genebra, houve outra Conferência, que resultou na *Convenção para Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas*.

Os instrumentos legais das Nações Unidas, atualmente em vigor, e que seguem orientando a política e a legislação nacional de drogas são: a) Convenção Única de Entorpecentes, de 1961, assinada em Nova York, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 54.216, de 27 de agosto de 1964; b) Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, assinada em Viena, incorporada pelo Decreto n.º 79.388, de 14 de março de 1977; c) Protocolo de Emendas (1972) à Convenção de 1961, concluído em Genebra, promulgada pelo Decreto n.º 76.248, de 12 de setembro de 1975; d) Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, concluída em Viena, promulgada pelo Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991.

1.2 A legislação de drogas brasileira

Como consequência dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, surge o Decreto n.º 4.294, de 6 de julho de 1921, considerado o primeiro texto legislativo específico sobre drogas no país, que visava estabelecer restrições ao uso de drogas, elencando penalidades para os contraventores na venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados.

Por sua vez, a política de fiscalização surgiu com a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes (CNFE), instituída em 1925 e com a Lei de Fiscalização de Entorpecentes (Decreto-Lei 891, de 25 de novembro de 1938), que previa e classificava substâncias entorpecentes em

geral (opióides, etc.), e proibia o plantio, cultura, colheita e exploração, por particulares, da maconha.

Ademais, o Código Penal previa o crime de “comércio, posse ou uso de entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica”, prescrito no artigo 281. Posteriormente, através da Lei n.º 4.451, de 4 de novembro de 1964, foi introduzida a conduta de *plantar*. E, sequencialmente, pelo Decreto-Lei n.º 385, de 26 de dezembro de 1968, foram incluídas as condutas de *preparar ou produzir*, prevendo a aplicação das mesmas penas do tipo a quem trouxesse consigo *para uso próprio*. Por fim, o tipo penal do artigo 281 foi revogado pela Lei n.º 6.368 de 1976.

Os dados da população carcerária da época, veiculados pelo Anuário Estatístico do Brasil, indicam que entre os anos de 1961 e 1974 o número total de pessoas encarceradas aumentou de 21.047 (vinte e uma mil e quarenta e sete) para 28.483 (vinte e oito mil, quatrocentos e oitenta e três), um incremento de 35% (trinta e cinco por cento).

No mesmo período, o número de presos por envolvimento com tráfico ou uso de substâncias entorpecentes aumentou de 649 (seiscentos e quarenta e nove) para 1.611 (mil seiscentos e onze), resultando em um aumento de 148% (cento e quarenta e oito por cento). No Rio Grande do Norte, em 1961, havia 284 (duzentos e oitenta e quatro) reclusos, sendo 04 (quatro) por tráfico, ao passo que em 1974, havia 263 (duzentos e sessenta e três), sendo 21 (vinte e um) por tráfico (IBGE, 1963, p. 420-421; 1974, p. 774).

Em sequência, a Lei n.º 6.368, de 1976, dispôs sobre Medidas de Prevenção e Repressão ao Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Substâncias Entorpecentes ou que Determinassem Dependência Física ou Psíquica. Ficou célebre no meio social e do sistema de justiça criminal do seu principal tipo penal incriminador, o artigo 12, que veiculava as proibições de “importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em

depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo” substâncias entorpecentes ou que determinassem dependência (física ou psíquica), ausente autorização ou em desacordo com determinações legais, ou regulamentares. Nota-se, portanto, um viés preventivo e repressivo da legislação, apesar de tratar timidamente em seu capítulo II sobre o tratamento e recuperação.

Anos mais tarde foi criado o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso (FUNCAB) através da Lei n.º 7.560, de 1986, que dispunha sobre bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas ou atividades relacionadas. Convém ressaltar, nesse momento, que essa legislação passou a incluir o termo “droga”.

Em 1993, foi criada a Secretaria Nacional de Entorpecentes, no âmbito do Ministério da Justiça, que se propunha a supervisionar, fiscalizar e executar as normas estabelecidas pelo Conselho Federal de Entorpecentes, nos termos da Lei n.º 8.764, de 1993. Na mesma linha, por meio do Decreto n.º 1.796/1996, foi criado o Departamento de Entorpecentes, na estrutura regimental do Ministério da Justiça, competindo-lhe executar a política brasileira de controle e fiscalização de drogas e substâncias afins (fixada pelo Conselho Federal de Entorpecentes), gerir os recursos do FUNCAB, entre outras atribuições.

Posteriormente, é criada a Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD), em 1998, sucedendo o Departamento de Entorpecentes do Ministério da Justiça. Também há a transformação do Conselho Federal de Entorpecentes (CONFEN) em Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), juntamente com a SENAD, vinculado à Casa Militar da Presidência da República, ambas alterações operadas através da Medida Provisória n.º 1.699, de 19 de junho de 1998.

Essas mudanças, se dão no contexto de militarização das ações antidrogas, fortalecimento da Casa Militar da Presidência da República, e no âmbito internacional, marca o contexto das negociações e assinatura do

acordo Bilateral EUA-Colômbia que resultou no Plano Colômbia, de viés militarista.

Com a Medida Provisória n.º 2.143-36/2001, é alterada a denominação do Fundo Nacional Antidrogas, de FUNCAB para FUNAD, e transferida a gestão do Ministério da Justiça para a SENAD/Gabinete de Segurança Institucional (GSI), órgão da Presidência da República.

Objetivando controlar substâncias precursoras químicas, que podem ser utilizadas no fabrico e refino de drogas, a Lei n.º 10.357, de 27 de dezembro de 2001, estabeleceu normas de controle e fiscalização de produtos químicos. Operou-se um avanço na questão da produção de drogas, pois, em momento anterior, por exemplo, o éter e a acetona⁴⁷ (usados para o refino de cocaína) eram materiais não proscritos, e sua apreensão isoladamente não configurava crime, mas infração administrativa.

Posteriormente, a Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002, dispôs sobre o tratamento, prevenção, fiscalização, controle e repressão à produção, ao uso e ao tráfico de drogas que causassem dependência, segundo elenco do Ministério da Saúde. Além disso, previu modificações no inquérito policial e no procedimento penal, além da previsão das técnicas especiais Infiltração, e Ação Controlada ou entrega vigiada. Dispôs, também, de modo especial sobre a apreensão e destinação de bens. Embora houvesse a pretensão de que a norma fosse um aperfeiçoamento do sistema de enfrentamento às drogas, já ingressou no mundo jurídico mutilada por muitos vetos, inclusive de todo o capítulo que dispunha sobre os crimes, sendo somente revogada pela vigente Lei de Drogas.

Por sua vez, o Decreto n.º 4.345, de 26 de agosto de 2002, instituiu a Política Nacional Antidrogas (PNAD), para estabelecer objetivos e

⁴⁷ O Brasil já foi apontado como o país de maior trânsito mundial de éter e acetona, o que foi objeto de observação do Departamento de Estado dos EUA (TOGNOLLI, Cláudio Júlio. *Brasil lidera movimento de éter e acetona*. Folha de São Paulo. São Paulo, 04 jan. 1995. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/1/04/cotidiano/17.html>. Acesso em: 12 out. 2023).

diretrizes para o desenvolvimento de estratégias de prevenção, tratamento, recuperação e reinserção social, redução de danos sociais e à saúde, e repressão ao tráfico, bem como a realização de estudos, pesquisas e avaliações, concernentes ao uso indevido de drogas.

Por fim, a atual Lei de Drogas (Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006) é um marco legal que consolida diversas normas, tendo revogado a Lei n.º 6.368, de 1976 e a Lei n.º 10.409, de 2002. Objetivou, entre outros, dar tratamento diverso ao usuário, despenalizando ou desencarcerando a conduta de portar drogas para uso próprio, mas conforme visto, acabou por ter um efeito de incremento da população carcerária.

Assim, a nova Lei de Drogas instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), prescrevendo medidas preventivas ao uso indevido, atenção e reinserção social dos usuários e dependentes das drogas, estatuidando normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, bem como estabelecendo crimes, normas de investigação e processo, prazos diferenciados, apreensão e destinação de bens, cooperação internacional, e, também, as técnicas de Infiltração e de Ação Controlada, mediante autorização judicial.

O SISNAD deve atuar em conjunto com o Sistema único de Saúde (SUS) e com o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), e é definido como o conjunto de princípios, regras, critérios e recursos humanos e materiais, envolvendo políticas, programas, ações, planos e projetos sobre drogas, nele inseridos, por adesão, os Sistemas de Políticas Públicas sobre Drogas dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, §§ 1º e 2º).

Há, ainda, normas posteriores à Lei de Drogas, apresentadas com o intuito de esquadriñar a arquitetura do sistema nacional antidrogas:

- a) Lei n.º 11.754, de 23 de julho de 2008, que altera nomenclaturas do Conselho Nacional Antidrogas, para Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD) e da Secretaria Nacional

Antidrogas, que passa a se denominar Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD).

- b) Portaria n.º 3.088, de 23 de novembro de 2011, que institui a Rede de atenção Psicossocial para pessoas com transtorno mental, e necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e demais drogas, no âmbito do SUS (Sistema único de Saúde). Foi alterada pela Portaria n.º 3.588, de 21 de dezembro de 2017.
- c) Resolução CONAD n.º 1, de 19 de agosto de 2015. Regulamenta no Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) as entidades que acolhem pessoas voluntariamente, por problemas associados ao uso problemático ou dependência de substâncias psicoativas, caracterizadas como Comunidades Terapêuticas.
- d) Resolução da Comissão Intergestores Tripartite (CIT) n.º 32, de 14 de dezembro de 2017, que estabelece diretrizes para o fortalecimento da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS) e institui a Nova Política Nacional de Saúde Mental.
- e) Portaria n.º 3.588, de 21 de dezembro de 2017, que altera as portarias n.º 3 e n.º 6, de 28 de setembro de 2017, para dispor sobre a Rede de Atenção Psicossocial, e ainda normatiza a Nova Política Nacional de Saúde Mental.
- f) Resolução CONAD n.º 1, de 9 de março de 2018. Define diretrizes para o realinhamento e fortalecimento da Política Nacional sobre Drogas (PNAD), aprovada pelo Decreto n.º 4.345, de 2002.
- g) Decreto n.º 9.761, de 11 de abril de 2019, de 11 de abril de 2019, institui a Nova Política Nacional Sobre Drogas.
- h) Lei n.º 13.840, de 5 de junho de 2019. Altera a Lei n.º 11.343, de 2006, para tratar do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), definir condições de atenção a usuários e dependentes e dispor sobre o financiamento das políticas sobre drogas. Possui atenção especial para com o tratamento e reinserção.

Trata do Plano Nacional de Políticas sobre Drogas, e ainda prevê que o tratamento do usuário ou dependente deve ser preferencialmente ambulatorial, admitindo-se, excepcionalmente, internação. Prescreve um Plano Individual de Atendimento (PIA). Também realiza pequena mudança no procedimento de destruição de drogas. Altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, e o Código Brasileiro de Trânsito. De fato, traz vários aperfeiçoamentos à atual Lei de Drogas.

- i) Lei n.º 13.844, de 18 de junho de 2019, estabelece a organização básica da Presidência da República e dos Ministérios. Já revogada pela Lei n.º 14.600, de 19 de junho de 2023. Atualmente, possuem atribuições para programas e ações, três ministérios: Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome; Ministério da Justiça e Segurança Pública; Ministério da Saúde.
- j) Decreto n.º 9.926, de 19 de julho de 2019, que dispõe sobre o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas. Revogado pelo Decreto n.º 11.480, de 6 de abril de 2023.
- k) Lei n.º 13.866, de 17 de outubro de 2019, que acelera a destinação de bens apreendidos ou sequestrados que tenham vinculação com o tráfico ilícito de drogas.
- l) Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Lei Anticrime). Traz reflexos diretos e indiretos quanto à repressão ao tráfico de drogas. Permite o agente policial disfarçado, incorporando pacífica jurisprudência, com possibilidade do enquadramento no crime de tráfico a quem vende ou entrega matéria-prima, insumo, droga ou produto químico ao policial disfarçado. Os réus primários e de bons antecedentes, que não se dediquem a atividades criminosas, podem ter as penas reduzidas de um sexto a dois terços, pelo § 4º, art. 33, da Lei n.º 11.343, de 2006, e regra do § 5º, do art. 112, da Lei de Execução Penal (Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984), incluído

pela Lei Anticrime, que prevê, não se considerar crime hediondo ou equiparado, a situação do citado § 4º.

- m) Portaria n.º 1, de 10 de janeiro de 2020. Regulamenta o artigo 63-D, da Lei 11.343, de 2006, que dispõe acerca da incorporação e doação de bens do Fundo Nacional Antidrogas, e dispõe sobre a indicação para uso provisório no curso do processo judicial e ainda sobre os casos de destruição ou inutilização dos bens apreendidos e perdidos em favor da União.
- n) Decreto n.º 11.480, de 6 de abril de 2023, dispondo sobre o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas.

Das muitas normas elencadas neste item, decorrem as atribuições de órgãos responsáveis pela prevenção e repressão das drogas, sobre os quais passa-se a discorrer.

1.3 Órgãos encarregados da prevenção, tratamento e repressão às drogas

O Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD), integrante da estrutura do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP), é o órgão superior permanente do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) (art. 1º), nos termos do Decreto n.º 11.480, de 2023, com a seguinte estrutura organizacional (art. 3º, I a VI): I) Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública, presidente; II) Secretário Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos do Ministério da Justiça e Segurança Pública; III) Representantes dos seguintes órgãos/entidades: Ministérios da Defesa; Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome; Direitos Humanos, e da Cidadania; Educação; Igualdade Racial; Mulheres; Povos Indígenas; Relações Exteriores; Saúde; Secretaria Nacional de Segurança Pública do MJSP; Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF); Polícia Federal;

Representantes dos conselhos profissionais: Conselho Federal de Assistência Social, Conselho Federal de Medicina, Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal de Psicologia, e Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência. E ainda, dez representantes da sociedade civil.

Entre suas atribuições estão, a *discussão e aprovação* do Plano Nacional de Políticas sobre Drogas, a *avaliação e acompanhamento* da gestão dos recursos do Fundo Nacional Antidrogas, *avaliação do cumprimento das diretrizes* nacionais das políticas públicas sobre drogas, *difusão de boas práticas* nas três esferas de governo, *articulação com os conselhos* estaduais, distritais e municipais de políticas sobre drogas, *acompanhamento e manifestação* sobre alterações legislativas relativas à política sobre drogas, entre outros (art. 2º).

Até o governo que se encerrou em 31 de dezembro de 2022, possuía posição claramente contrária à descriminalização ou legalização de drogas, apontando ser essa a posição majoritária da população brasileira (BRASIL, 2020, p. 17). O atual governo ainda não possui posição nesse sentido, embora, o Ministro dos Direitos Humanos e Cidadania, em audiência na Comissão de Segurança Pública na Câmara dos Deputados, tenha sinalizado posição pessoal de que é favorável à descriminalização das drogas como estratégia de combate ao tráfico, devendo ser tratadas como problema de saúde pública (BRASIL, 2023).

A partir de 1º de janeiro de 2023, a política sobre drogas passou a ser competência dos Ministérios da Justiça e Segurança Pública e do Ministério da Saúde (anteriormente, estava dividida com Secretaria Nacional de Cuidados e Prevenção às Drogas - SENAPRED, do Ministério da Cidadania, criada pelo Decreto n.º 9.761, de 2019, atualmente extinta).

As atribuições trazidas pela Medida Provisória n.º 1.154, de 2023 (convertida na Lei n.º 14.600, de 2023), para a política de drogas são:

No Ministério da Justiça e Segurança Pública, a articulação, integração e proposições das ações governamentais e do Sistema Nacional

de Políticas de Drogas, relativamente à prevenção e repressão a crimes, educação, informação e capacitação para a redução do abuso de drogas (lícitas e ilícitas), reinserção de pessoas com problemas decorrentes do uso, e a manutenção do Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas (artigo 35, V, a-e).

A estrutura organizacional do MJSP, prevista no Decreto n.º 11.348, de 01 de janeiro de 2023, art. 2º, prevê os seguintes órgãos, relativos ao assunto drogas: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos (SENAD/MJSP) (inc. II, c), subdividida em: 1. Diretoria para a Gestão de Ativos e Justiça (atribuições previstas no art. 21); 2. Diretoria para a Prevenção e Reinserção Social (atribuições no art. 22); e 3. Diretoria de Pesquisa, Avaliação e Gestão das Informações (atribuições constantes do art. 23).

Ademais, compete à SENAD (art. 20, I, a e b) assessorar o Ministro quanto às políticas de drogas relacionadas ao uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes; gestão de ativos, perdimento em favor da união, alienação e destinação de bens; supervisão e articulação de ações de treinamento e capacitação; subsidiar o planejamento e elaboração das políticas sobre drogas, conforme a Política Nacional sobre Drogas; gestão do Fundo Nacional Antidrogas; analisar e propor alterações legislativas; atuação como Secretaria-Executiva do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, etc.

No Ministério da Saúde, constituem áreas de competência (art. 45), a política nacional de saúde (inciso I) e a vigilância de saúde, quanto a drogas, medicamentos e alimentos (inciso V). O detalhamento, veiculado pelo Decreto n.º 11.358, de 1 de janeiro de 2023, prevê na estrutura organizacional, relacionado a drogas, os seguintes setores/órgãos: Secretaria de Atenção Especializada à Saúde/ Departamento de Saúde Mental e Enfrentamento do uso abusivo de álcool e outras drogas (art. 2º, II, b, 6). Compete a essa Secretaria, a coordenação dos processos de

implementação, avaliação e fortalecimento da Política Nacional de Saúde Mental, Álcool e outras drogas e da rede de atendimento psicossocial, no plano do Sistema Único de Saúde (SUS), pelo disposto no art. 25, VII.

Por sua vez, as competências do Departamento são: coordenação dos processos de implementação, fortalecimento e avaliação do Plano Nacional de saúde mental; elaboração de instrumentos técnicos e atos normativos, implantação e gestão de ações estratégicas e de redes de saúde a ele vinculadas; articulação com movimentos sociais e ONGs, fomento à participação popular; fomento de pesquisas; cooperação técnica com instituições de ensino e pesquisa, entre outros (art. 31, I a V).

Já para Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome (MDS), existem atribuições previstas, no artigo 27, VI a VII, competindo-lhe: ações e programas para a redução do uso abusivo do álcool e outras drogas na rede de acolhimento; articulação de políticas e programas entre os entes federativos os e ações da sociedade civil para o desenvolvimento social, produção alimentar, renda, assistência social e diminuição da demanda de drogas; articulação, coordenação e supervisão de ações do governo e do SISNAD relativos à acolhida, recuperação e reinserção social.

Entre os órgãos da estrutura organizacional do MDS, o que possui atribuição direta para o trato da questão é o Departamento de Entidades de Apoio e Acolhimento Atuantes em Álcool e Drogas (Decreto n.º 11.392, de 20 de janeiro de 2023, no art. 2º, I, J, 1, e art. 14, I a VII, com nova redação dada pelo Decreto n.º 11.634, de 14 de agosto de 2023).

Em síntese, as funções dos principais órgãos em relação ao tema das drogas, além dos três citados Ministérios, sem excluir outros, demandados por políticas intersetoriais, são as seguintes:

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), tem por atribuições, regulamentar, registrar, monitorar e autorizar o uso de

medicamentos controlados; listar e atualizar as substâncias entorpecentes psicotrópicas, precursores químicos e outras sob controle especial.

Os órgãos de segurança pública: realizam investigações e operações policiais ostensivas, a apreensão de drogas e bens provenientes do tráfico, bem como o controle de substâncias precursoras. Cabe à polícia federal, por disposição constitucional e por lei, a investigação do tráfico ilícito de entorpecentes, bem como do controle de substâncias químicas. Atua preventiva e repressivamente por meio de operações ostensivas em fronteiras, portos e aeroportos, ações de inteligência e investigações de polícia judiciária, para a identificação de crimes relacionados ao tráfico de drogas. Suas atribuições relativas a entorpecentes estão dispostas na Constituição Federal de 1988 (CF/88), artigo 144, incisos I, e § 1º, II, III e IV, pois além da prevenção e repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, também lhe incumbem as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, bem como as funções exclusivas de polícia judiciária da União.

A Polícia Rodoviária Federal (PRF), tem por incumbência o patrulhamento ostensivo das rodovias federais, nos termos do art. 144, II e § 2º, com importante missão de realizar a prevenção e bem como a interdição e abordagem de pessoas transportadoras, e de cargas de drogas. Sendo o maior modal de transporte nacional, o rodoviário, depreende-se que o transporte de drogas desde a fronteira e bem como a sua circulação interestadual, já nos estados, se dá nas rodovias federais, o que é confirmado pelos seguidos recordes de apreensão da instituição. Atualmente é responsável por cerca de 6% (seis por cento) de toda a cocaína interceptada no mundo, e internamente esse número chega a 15% (quinze por cento). Quanto ao tráfico de maconha, é responsável por mais de 50% (cinquenta por cento) do que é apreendido no país, e 2% (dois por cento no mundo). Em 2020 foram apreendidas pela PRF, cerca de, 727 toneladas de maconha, e 30,3, de cocaína (SILVA, 2021, p. 103).

Outros órgãos federais, como a Força Nacional de Segurança Pública (criada pelo Decreto n.º 5.289, de 29 de novembro de 2004, com amparo nos artigos 144 e 241, da CF/88), e suprida por mobilização de policiais militares dos estados, que é utilizada preponderantemente em crises, é frequentemente utilizada em reforço a bases operacionais da Polícia Federal e, fronteiras, bem como em operações com polícias dos Estados, contribuindo para a prevenção e repressão ao tráfico, entre outros crimes.

Com a mesma ideia da utilização em crises, quando os recursos locais são insuficientes para debelar o comprometimento da Ordem Pública, as Forças Armadas, nos últimos anos, vêm sendo utilizadas para complementar ações de segurança, por meio de Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO). É emblemática a mais recente utilização da GLO em portos marítimos, aeroportos e outras instalações de atribuição de polícia de segurança, algumas da polícia federal, anunciada pelo Governo Federal, e que se estenderá de 3 de novembro de 2023 a 3 de março de 2024 (Decreto n.º 11.765, de 1 de novembro de 2023). O parágrafo único do artigo 1º, do citado decreto, indica expressamente que o emprego tem por finalidade o *fortalecimento do combate ao tráfico de drogas e armas*, e outras condutas ilícitas, por meio de ações de *prevenção e repressão*. E, ocorrerá em articulação com os órgãos da segurança pública (art. 3º).

Com o advento da Lei n.º 13.675, de 11 de julho de 2018, que disciplina o Sistema único de Segurança Pública (SUSP)⁴⁸, o poder público se vincula à implementação de planejamento sistêmico da União, atuação integrada dos entes federativos nos três níveis em ações de inteligência,

⁴⁸ A gestão da atividade de inteligência, no âmbito do SUSP, é gerida pelo Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP) (criado pelo Decreto n.º 3.695, de 21 de dezembro 2000), para a coordenação e integração das atividades de inteligência de segurança pública em todo o País, bem como suprimento dos governos federal e estaduais de informações que subsidiem a tomada de decisões nesta área. O SISP é integrante do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), que tem como órgão central a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN). O SISBIN (Lei n.º 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e Decreto n.º 11.693, de 7 de setembro de 2023) é integrado por quarenta e nove instituições federais de vários ministérios, e ainda instituições de diversos entes federativos e poderes, conveniados.

prevenção e investigação, o que também demanda os mesmos esforços em formação e capacitação, uso de técnicas especiais de investigação, compartilhamento de informações, entre outras medidas.

O diploma enseja a criação de planos específicos e compartilhados, com o condão de transcender governos, e consubstanciarem políticas de Estado. Os integrantes operacionais do SUSP (art. 9º, § 2º), são: a) Todos os órgãos listados no artigo 144 da CF/88 (incisos I a VIII); b) Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp) (XI); c) secretarias estaduais de segurança pública ou congêneres (XII); d) Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (Sedec) (XIII); e) Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas (Senad) (XIV); f) agentes de trânsito (XV); g) guarda portuária (XVI).

Ao longo dos sucessivos governos, denota-se que, alguns órgãos foram sendo instituídos, extintos, transformados e, principalmente, transitando de um ministério a outro, ou de uma secretaria a outra, a exemplo da Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD). Parece não haver continuidade de certas políticas públicas e planos, sendo muitos deles ligados ao governo da vez, e não a políticas de estado.

Pode-se verificar uma complexa estrutura que se desenvolve a reboque de vários órgãos, que traçam diretrizes, e vinculam não só a esfera federativa da União, mas de estados, distrito federal e municípios. Cada uma delas possui também seus órgãos de planejamento, acompanhamento e execução de políticas públicas de drogas.

No âmbito do federalismo cooperativo que caracteriza o país, alguns Sistemas são essenciais para a consecução das políticas de drogas, como o SUS. Ele se caracteriza por responsabilidades compartilhadas e ações de cada ente no âmbito de seus respectivos territórios.

As estruturas do SISNAD, no âmbito dos entes federativos, regra geral, possuem: Conselho Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (CONAD), Conselhos Estaduais, e Conselhos Municipais, ou distritais.

O CONAD, atualmente, é vinculado à Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Gestão de Ativos (SENAD), do Ministério da Justiça, e foi tratado em subseção, acima.

No Rio Grande do Norte, há o Conselho Estadual de Políticas Públicas sobre Drogas (CONED), vinculado à Secretaria de Estado das Mulheres, da Juventude, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos (SEMJIDH). As principais leis de regência, sobre drogas, em âmbito estadual, são: a) Lei n.º 9.977, de 04 de setembro de 2015. *Cria a Rede Estadual de Políticas Públicas sobre drogas*⁴⁹; b) Lei n.º 10.036, de 29 dezembro de 2015. *Institui o Sistema Estadual de Políticas Públicas sobre Drogas do Estado do Rio Grande do Norte (SISED/RN)*, integrado por *Comitê Gestor, Conselho Estadual de Políticas sobre Drogas (CONED/RN)* e *Fundo Estadual sobre Drogas (FUNED)*, previstos no artigo 5º, I a III; c) Lei Complementar n.º 649, de 10 de maio de 2019. Dispõe sobre a reorganização do Poder Executivo do Estado, *vinculando o CONED à SEMJIDH*.

Há, ainda, legislação e decretos estaduais que regulamentam alguns dos órgãos e fundo citados no parágrafo anterior, bem como criam e preveem o Programa Educacional de Resistência às Drogas do Estado do Rio Grande do Norte (PROERD/RN), inserido no organograma do Batalhão de Policiamento Escolar e Prevenção às Drogas e à Violência (BPRED), vinculado à Polícia Militar.

Na Capital Potiguar, há o Conselho Municipal de Políticas Públicas sobre Drogas do Município de Natal (COMUD), vinculado à Secretaria Municipal de Segurança Pública e Defesa Social (SEMDES). A lei n.º 6.604, de 8 de abril de 2016, instituiu o *Sistema Municipal de Políticas Públicas Sobre Drogas – SISMUD*, disciplinando no artigo 5º, I a III, que integram o Sistema Municipal, os seguintes: I – o Comitê Gestor Municipal;

⁴⁹ Na vigência desta Lei, o CONED/RN possuía a denominação de Conselho Estadual de Entorpecentes (CONEN/RN), na esteira da nomenclatura prevista na legislação federal.

II – o Conselho Municipal de Políticas Públicas sobre Drogas – COMUD;
III – o Fundo Municipal sobre Drogas (FUMUD), mantendo estrutura simétrica à estadual. Possui alguns decretos regulamentadores.

Existem, ainda, concelhos em muitos dos municípios do estado, cuja estruturação depende da realidade local e vontade política. Podem ser relacionados os concelhos dos municípios de Macaíba e Mossoró.

Em relação às *ações policiais*, é nos estados que ocorre a maior prevenção e repressão, dado que as polícias desses entes (polícia civil, e polícia militar) são responsáveis pelas maiores interações sociais, atendimento de ocorrências, número de investigações, abordagens e prisões. Nesses entes concentram-se os maiores efetivos policiais. Bem como, são a base do sistema prisional, com a quase totalidade dos estabelecimentos prisionais pertencentes e mantidos pelos Estados.

Nessa medida, pode-se afirmar que, a obrigatoriedade de atuação ante à lei de drogas, e o direcionamento da política de segurança pública, e de prioridades do policiamento, dos estados, informam o elevado número de presos por delitos de drogas, sobre o que se passa a discorrer.

2. O mercado ilícito de drogas como um negócio global

O mercado ilícito do tráfico de drogas funciona, dadas as devidas proporções, de maneira semelhante ao mercado de trabalho formal, se consubstanciando em um verdadeiro comércio. Nesse sentido, o juiz de Direito do Estado do Amazonas, Luís Carlos Valois, chama atenção à contrariedade que é a criminalização das drogas em um sistema capitalista neoliberal, no qual impera a lógica do consumo.

Nesse prisma, o magistrado argumenta que a sociedade criou o comércio e o comerciante e viu o governo transformar este último em criminoso, misturando-o com os demais verdadeiramente criminosos, não só nas prisões já superlotadas, mas na mente de todos, que não conseguem mais distinguir entre uma pessoa que participa de uma transação comercial

e outra que mata e comete alguma forma de violência física contra alguém (VALOIS, 2021, p. 99). Para ele, o tráfico de drogas seria, de fato, uma mera transação comercial/negocial.

Somado a isso, pode-se dizer que se trata, ainda, de um negócio que opera mundialmente, pois a distância entre os países produtores e os mercados consumidores, por si, tornam o crime de tráfico um delito transnacional por excelência (BALTAZAR JUNIOR, 2023. p. 1061).

Arelado a isso, o Brasil, pela sua posição geográfica privilegiada, tornou-se rota de passagem para considerável volume de drogas, entre os principais países produtores de cocaína (Bolívia, Colômbia e Peru) com os quais faz fronteira e países consumidores, e ainda com um dos maiores, de maconha, o Paraguai (FLECK, 2010, p. 31).

O Brasil possui uma extensa fronteira de costa marítima e terrestre, divide a fronteira com dez países, com cerca de dez milhões de habitantes nesta região (MRE, s.d., p. 1-2). Essas são áreas estratégicas para a segurança pública e segurança nacional ao mesmo tempo⁵⁰. Além disso, o país possui a principal e mais curta saída marítima para a Europa e África. Esses altos números acarretam uma grande faixa de extensão de fronteira que segue precariamente vigiada.

O efeito de segunda ordem desta função brasileira, foi permitir condições para que o país se tornasse uma das nações que também mais consome drogas no mundo. Qualquer movimento que interdite portos, estradas, rotas marítimas, será seguido de uma ocupação desse vácuo, já que a demanda por drogas é crescente. Assim, a queda de produção de uma região, será logo suprida pelo aumento da produção em outras. Isso, por exemplo, se fez sentir na queda de produção da Colômbia e aumento no Peru, ou a de cultivo de papoula/produção de heroína diminuindo na Colômbia e aumentando no México (G1, 2013, *online*). Ou mesmo, na

⁵⁰ Para se ter ideia, somente a Fronteira Brasil x Bolívia (3.403 km) é maior que a fronteira entre Estados Unidos da América e México.

utilização do México como rota de passagem para os EUA, por túneis e outros modais, quando do “fechamento” do Pacífico. E ainda utilização da Galícia como desvio da Rota do Pacífico.

Esse quadro demanda a cooperação internacional, o que está previsto na CF/88, art. 4º, inc. IX, nas três convenções sobre drogas, citadas na primeira seção deste capítulo, e bem como nas Convenções de Mérida⁵¹ (internalizada via Decreto n.º 5.687, de 2006) e de Palermo⁵² (incorporada pelo Decreto n.º 5.015, de 2004).

O artigo 65, caput, da Lei de Drogas, também encarta a previsão de cooperação, mediante a colaboração entre os países mediante informações sobre legislações, experiências e projetos, intercâmbio de inteligência policial sobre drogas e delitos conexos como tráfico de armas, lavagem, desvio de precursores químicos e intercâmbio de informações policiais e judiciais sobre produtores e traficantes.

Esse contexto de globalização do mercado de drogas, em verdade, é uma consequência direta da política repressiva empreendida e difundida pelos EUA no último século, consoante visto no tópico anterior, que, além disso, também culminou em uma era de criminalização, militarização e punitivismo sem precedentes, marcada pela *guerra às drogas*.

Nesse sentido, é fundamental desmistificar o mercado das drogas e discutir que esse mercado, na ilegalidade, vulnerabiliza vidas, estabelece uma dinâmica policial e de maior insegurança nas comunidades afetadas e, inclusive, ameaça instituições e a própria democracia, já que para funcionar demandam um amplo nível de corrupção (BORGES, 2019, p. 68-69).

Na mesma linha, Valois, ao tratar da primeira legislação proibicionista do mundo ocidental, a “Harrison Act”, apresenta duas lições

⁵¹ É a convenção da Organização das Nações Unidas para o tratamento da corrupção, e de seus vínculos com outras formas de delinquência, particularmente o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro.

⁵² Principal instrumento internacional para o enfrentamento ao crime organizado.

que podem ser aplicadas ao cenário brasileiro após a promulgação da Lei. 11.343, de 2006, quais sejam:

“[...] quanto mais uma lei é desvinculada da prática social ou, pior, tenta alterar a prática comum na sociedade, mais essa lei precisará do incremento policial. A segunda [lição] é a de que uma lei vaga, notadamente um estruturada sob bases morais discutíveis, sempre estará sujeita a interpretações prejudiciais às necessárias certeza e objetividade de sua aplicação” (VALOIS, 2021, p. 90).

Isto porque uma legislação dissociada da práxis social, abrangente e genérica, tal qual a Lei de Drogas, tende a resultar em um encarceramento desenfreado, notadamente direcionado às populações social e economicamente marginalizadas.

Tendo isto posto, analisar-se-á adiante o perfil social e econômico, bem como as circunstâncias fáticas e legais que margeiam o ingresso de homens e mulheres no cárcere do Brasil, bem como do Rio Grande do Norte, e no mundo, tendo por base a pesquisa esmiuçada neste livro.

2.1 A ineficácia da guerra às drogas no Brasil e no mundo

A presente pesquisa confirma uma tendência que já era instintiva para os pesquisadores da área. Uma criminalização dos sujeitos marginalizados da sociedade⁵³. Alguns dados corroboram isso: a) 73,1% (setenta e três vírgula um por cento), possuem de 22 a 40 anos; b) 53,8% (cinquenta e três vírgula oito por cento) das presas eram desempregadas à época da prisão, sem contar o índice de subemprego; c) 100% (cem por cento) não possuía ensino superior completo; d) 46,2% (quarenta e seis vírgula dois por cento) do total de mulheres possuem filhos, e, 84,6% (oitenta e quatro vírgula seis por cento) com até 12 anos, o que agrava a estereotipagem social e vulnerabilidades; e) 53,8% (cinquenta e três vírgula

⁵³ A pesquisa, conforme explicitado em capítulos precedentes, concentrou-se sobre dados de apenados do Complexo Penal João Chaves (mulheres) e da Penitenciária Estadual de Alcaçuz (homens). Verificou-se que os dados não diferem substancialmente, quanto ao perfil de homens e mulheres encarcerados.

oito por cento) dos crimes de tráfico de drogas, praticados por mulheres, ocorreram em ambiente doméstico, propiciando a inclusão precoce de crianças e adolescentes nos cenários da criminalidade; f) apenas 3,8% (três vírgula oito por cento) das presas foram condenadas por pertencimento a organização criminosa, embora haja uma dominância de uma facção criminosa, da ordem de 90% (BARBOSA, 2018, *online*), no comércio de drogas no estado; g) o item anterior se liga diretamente ao fato de que nos estabelecimentos João Chaves e em Alcaçuz, nesta ordem, 80,8% (oitenta vírgula oito por cento) e 73,5% (setenta e três vírgula cinco por cento) encontram-se pessoas cujas prisões ocorreram por meio de flagrante, e não decorrentes de investigação prévia e qualificada.

Podem ser apontados, ainda, outros dados indicativos: mais de 60% dos custodiados foram condenados por condutas consumadas nas regiões de menor renda *per capita* da capital (Natal/RN); tais apreensões, em regra, são de entorpecentes de menor valor econômico (aproximadamente 70% das apreensões entre homens e mulheres foram de maconha). A cocaína foi a segunda droga mais apreendida, 45,74% dos casos. Da parcela dos apenados apreendidos com maconha, constata-se que, cerca de 63,49% destes estavam com uma quantidade menor ou igual a 100g (cem gramas).

Tais dados denotam que o combate ao tráfico no RN não conseguiu alcançar os grandes varejistas do mercado ilícito de drogas, mas sim, se concentra na prisão de pequenos vendedores, mulas, etc., isto é, em pessoas que ocupam papéis subalternos nas redes do tráfico e que, portanto, são de menor grau de periculosidade e também facilmente substituíveis sem que a prisão cause grandes danos às organizações criminosas.

No caso brasileiro, há uma obrigação legal de agir por parte dos policiais, em vista de situação flagrancial. Avolumam-se muitos casos de alegados usuários, presos em situação que se fazia presumir o tráfico. Embora, alguns de fato, traficassem, a quantidade era tão ínfima que permite imaginar a existência de um tráfico de subsistência, e que, no fim das contas,

aponta para a ponta da cadeia de tráfico, extratos mais baixos da distribuição. Logo, o foco não tem sido na criminalidade organizada. Isso se evidencia nos números que apontam cerca de 80% (oitenta por cento) ou mais das prisões decorrentes de flagrante delito, por abordagens aleatórias ou fundadas em suspeita, mas que se possa afirmar haver uma investigação mais elaborada, o que foi exposto no parágrafo anterior.

O custo disso se refletiu na explosão da população carcerária nos últimos quinze anos, pelo menos, em condições propícias para o desenvolvimento de facções criminosas no sistema prisional, com farta e vulnerável mão de obra. O custo médio de um preso, varia, no ano de 2023, entre R\$ 1.833,37 (janeiro) e R\$ 2.066,79 (setembro), conforme dados do Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN).

Após a Lei n.º 11.343, de 2006, anota-se expressivo aumento de pessoas presas por delitos de drogas, crescimento que vai até o ano de 2017, no qual o crescimento foi de 0,08% apenas, seguindo-se percentuais de aumento em 2,97% (2018), 1,49% (2019) para então iniciar acentuada diminuição⁵⁴ de -10% (2020), aumento de 1,02% (2021) e retomar queda de - 4,54% em 2022. Em 2005 a população carcerária era de 361.402 pessoas privadas de liberdade, em 2006 de 401.236 (aumento de 11,02%), culminando em 2019 com 755.274 (SENAPEN, 2023).

Em 2023, 28,29% estão presos por delitos de drogas, entre a população carcerária nacional. Ademais, existem 839.672 presos no país, sendo 649.592 em celas físicas, e 190.080 em prisão domiciliar, conforme dados do SISDEPEN, de junho de 2023.

⁵⁴ A diminuição pode ser creditada a diversos fatores, entre os quais se pode citar a adoção de uma política de desencarceramento levada a efeito pelo Supremo Tribunal Federal, no contexto da tese do *estado de coisas inconstitucional*, na ADPF/DF 343, de 2015, confirmada pelo plenário da corte em 2023. Também: RE 641.320/RS, de 2016, decidindo que o interno não pode permanecer em regime mais gravoso em razão de falta de vaga ou estabelecimento adequado; e edição da Súmula Vinculante (SV) n.º 59, tornando impositiva a fixação de regime aberto para o tráfico privilegiado.

No Estado do Rio Grande do Norte, há 7.290 presos em celas físicas e 5.204 em prisão domiciliar. Entre os presos em celas físicas, 50,12% são por delitos de drogas (tráfico, associação ou tráfico transnacional).

Não obstante, o Levantamento de dados do Base Nacional de Dados do Poder Judiciário, do Conselho Nacional de Justiça, indica que no ano de 2023, até maio, foram instaurados 224.513 (duzentos e vinte e quatro mil, quinhentos e treze) novos processos criminais por delitos de drogas (DATAJUD, 2023, n.p).

Nada disso teve o condão de diminuir a comercialização de drogas, pelo contrário, as apreensões e o consumo só aumentam. Nunca foram tão acessíveis e abundantes, e dada a crescente produção, cada vez mais baratas, mesmo com a guerra travada pelos Estados e os instrumentos repressivos utilizados.

Deve-se observar que o crime de tráfico de drogas, não pode ser considerado um crime em si, violento, embora as estruturas de distribuição, os conflitos por territórios, e a necessidade de alimentar o vício possam levar a homicídios, latrocínios e outros crimes.

Isso não é uma exclusividade do Brasil, visto que também ocorre nos demais países que implantaram em sua estrutura legislativa o procedimento proibicionista e repressivo estadunidense. Nesse sentido, pode-se verificar nos Estados Unidos da América (EUA) uma criminalização de usuários pobres, latinos, e de outras etnias, muitas vezes isolados em guetos, becos e periferias, que teriam certa identidade e semelhança com as comunidades ou favelas brasileiras, no contexto da guerra às drogas (mais assemelhada a uma guerra de guerrilha) contra os traficantes das calçadas e consumidores pobres, segundo dados apresentados por Loïc Wacquant (2007, p. 110-125).

Relatório do *Sentencing Project* indica que em 2020, os americanos negros e brancos usam drogas ilícitas em taxas aproximadamente semelhantes, mas cerca de uma em cada quatro pessoas presas por violações

da lei sobre drogas são negras, embora os negros representem 14% da população dos EUA, bem como, em 2019, os policiais fizeram no país, mais de um milhão de prisões por drogas, e 29% foi por maconha. Os negros americanos tinham 3,6 vezes mais probabilidades do que os brancos de serem presos por este crime em 2018, embora usassem marijuana 1,2 vezes mais do que os brancos. Em outubro de 2023, trinta e um estados e o Distrito de Columbia haviam descriminalizado o porte de pequenas quantidades de maconha, e vinte e quatro, deram o próximo passo e legalizaram totalmente a droga para uso recreativo por adultos. Esses esforços ajudaram a reduzir o número de pessoas detidas por posse de marijuana de um nível máximo de 585.000 em 2009, para 377.000 em 2019 (GHANDNOOSH; BARRY, 2023, *online*).

Nesse contexto, os EUA, parecem estão preocupados em operar a diminuição de sua população carcerária, que em 2008 continha 2.307.504 pessoas, e, em 2018, 2.102.400 (*World Prison Brief*, 2023, n.p), além das medidas de descriminalização ou despenalização da *marijuana* em dezenas de Estados.

Para além dessa seletividade, a vigente legislação de drogas, ao deixar margem de subjetividade para a apreciação fática da situação flagrancial, permite que muitos usuários apanhados em conjunto com traficantes em locais de venda de droga ou mesmo em transporte, embora ínfimas as quantidades, sejam enquadrados legalmente por tráfico. Submetendo, desse modo, um elevado número pessoas, de extratos mais baixos da cadeia de distribuição e de uso de entorpecentes, ao etiquetamento penal, e ao sistema carcerário.

A legislação, a princípio, objetivava estabelecer uma linha divisória entre o tratamento do usuário e o do traficante, mas em sentido contrário, permitiu um encarceramento ainda maior, conforme detalhado.

À vista disso, Zaffaroni expõe que alguns sujeitos determinados são culpados e condenados pelo Estado e pela sociedade muito antes da sua

primeira sentença criminal. Nesse ponto, o autor se encarrega de explicar o funcionamento da seletividade penal e da criação da figura do inimigo, denunciando que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere, e sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida aos sujeitos socialmente marginalizados, de forma que os órgãos legislativos, inflacionando as tipificações, não fazem mais do que aumentar o arbítrio seletivo dos órgãos executivos do sistema penal e seus pretextos para o exercício de um maior poder controlador (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

Ainda que tange à quantidade de droga apreendida, dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública, de 2020 (até junho), anotam que as polícias Estaduais/Distrital, Federal e Rodoviária Federal, apreenderam, aproximadamente, 1.253.000 kg (mil, duzentos e cinquenta e três toneladas) de maconha e 92.587 kg (noventa e dois mil, quinhentos e cinquenta e sete quilos) de cocaína. Também foram apreendidos neste período 3.389,10 kg (três mil, trezentos e oitenta e nove quilos) de crack, pasta base 8.800,62 kg (oito mil, oitocentos e sessenta e dois) e ecstasy, 66.254 (sessenta e seis mil, duzentos e cinquenta e quatro) comprimidos. Não existe registro consolidado dos anos de 2018 e 2019, com quantitativo de drogas apreendidas e unidades de medida que sejam equivalentes, para a construção de indicadores. Assim, o órgão optou por levantar dados da Polícia Federal, cruzando-os com dados do SINESP, que é o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública (CONAD/MJSP, 2021).

Os números, por si, demonstram uma ineficiência da guerra às drogas. Nessa perspectiva, a Organização não governamental *Drug Policy Alliance* aponta que os EUA gastam anualmente algo em torno de 47 (quarenta e sete) bilhões de dólares no enfrentamento às drogas, segundo dados do Instituto CATO.

A cada trinta e um segundos uma pessoa é presa em decorrência do tráfico de drogas, sendo que mais de 85% (oitenta e cinco por cento) das

prisões são por porte da substância. Uma em cada cinco pessoas encarceradas nos EUA, encontra-se detida por delito de drogas. No ano de 2021, 107.600 (cento e sete mil e seiscentas) pessoas morreram de overdose acidental no país.

Nesse contexto, 88% (oitenta e oito por cento) dos norte-americanos pleiteiam a legalização da maconha, o que já vem ocorrendo em dezenas de estados. Das detenções por drogas, 30% (trinta por cento) ainda é por maconha, conforme estatísticas do *Federal Bureau of Investigation* (FBI). Convém destacar, ainda, que as pessoas negras têm 3,6 (três vírgula seis) vezes mais chance de serem presas por posse de maconha (DRUG POLICY ALLIANCE, 2023).

A despeito da política repressiva e encarceradora, o consumo de entorpecentes é crescente, considerando que o número de usuários de drogas no mundo gira em torno de 192 (cento e noventa e dois) milhões de pessoas (*cannabis*), 58 (cinquenta e oito) milhões (opioides e opiáceos), 27 (vinte e sete) milhões (anfetaminas e estimulantes de prescrição), 21 (vinte e um) milhões (ecstasy) e 19 (dezenove) milhões (cocaína), como aponta o Relatório Mundial de Drogas (UNODC, 2020, p. 43-45).

Os números indicam que o mercado ilícito de drogas, envolvendo produção, oferta, circulação e consumo, anualmente, tem valores estimados de US\$ 426 (quatrocentos e vinte e seis) a US\$ 652 (seiscentos e cinquenta e dois) bilhões (GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY, 2017), revelando um dos maiores mercados ilícitos da economia mundial.

Assim sendo, considerando o próprio surgimento da legislação de drogas, carregado de interesses econômicos e colonialistas, bem como as circunstâncias atuais de ineficácia no enfrentamento às drogas e da desarrazoada guerra às drogas, tópicos exaustivamente trabalhados ao longo deste capítulo, faz-se necessário refletir acerca de novas proposições legislativas.

2.3 Anteprojeto da nova Lei de Drogas e o Supremo Tribunal Federal

Conforme relatado ao longo deste capítulo, a atual Lei de Drogas prevê a fixação da mesma pena em abstrato (de cinco a quinze anos de reclusão), contendo dezoito verbos nucleares, que descrevem condutas das mais variadas, sendo, portanto, genérica e abstrata, ao desconsiderar as peculiaridades de gravidade de cada ação ilícita parente a cadeia do tráfico de drogas e sua consequente periculosidade.

Nesse contexto, em agosto de 2018, foi criada uma comissão de juristas encarregada de elaborar uma proposta de atualização do dispositivo normativo, tendo como Presidente o ministro Ribeiro Dantas e como vice-presidente o ministro Rogério Schietti Cruz, ambos do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e como relator o desembargador federal Ney Bello, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1).

O anteprojeto, substituindo a previsão de mesma pena em abstrato para diferentes condutas, busca criar vários dispositivos específicos, que sejam compatíveis à individualização necessária perante cada conduta ilícita. Ademais, pauta-se na descriminalização do uso privado e pessoal de drogas e no recrudescimento das penas para o tráfico.

A proposta de alteração normativa advém de uma análise multifatorial acerca da problemática de drogas, pois justifica que uma política pública de combate a entorpecentes deve ser realizada de forma legítima, constante, ininterrupta e alicerçada em dados sistematizados.

Em primeiro lugar, determina que a aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento ou uso de drogas ilícitas, para consumo pessoal, em quantidades até 10 (dez) doses não constitui crime, bem como o semeio, cultivo ou colheita de até 6 (seis) plantas das quais se possa extrair substâncias consideradas ilícitas. Nesse ínterim, prevê que o Poder Executivo será responsável por estabelecer a tabela de quantitativos correspondentes a doses individuais de cada droga.

Ainda sobre o uso pessoal, o anteprojeto estabelece a previsão de infrações administrativas para quem consome drogas ilícitas, a exemplo da apreensão e perda da droga ilícita e multa de um salário mínimo - que pode ser aumentada até cem vezes ou reduzida a um décimo do valor.

Considerando, ainda, o uso de substâncias entorpecentes e seus derivados para fins medicinais, a legislação se atenta em determinar a indispensabilidade da licença prévia da autoridade competente para extrair, fabricar, produzir, etc.

Arelado a isso, o projeto intenta tratar de maneira diferente o pequeno traficante de drogas daquele faccionado, integrante dos altos escalões da cadeia do tráfico, posto que se reconhece que a exposição dos usuários e dos pequenos traficantes ao sistema prisional acarreta o seu convívio com criminosos experientes e violentos, bem como propicia sua inserção nas organizações criminosas.

Outrossim, um dos principais pontos diz respeito à alteração do artigo 33, que prevê dezoito tipos penais abertos e genéricos, conforme já exhaustivamente delineado ao longo deste capítulo. O anteprojeto vem por destripar em diversos tipos penais diferentes cada conduta criminosa, com penas abstratas previstas igualmente divergentes, compatibilizadas com o grau de periculosidade de cada ação. Além disso, prevê causas de aumento de pena que levam em consideração, dentre outros, a quantidade de droga apreendida.

Somado a isso, o senador Jayme Campos propôs o Projeto de Lei n.º 3.786, de 2021, propondo alterações nos arts. 33, 35, 55, 57 e 62-A da Lei de Drogas. Dentre as modificações normativas propostas, registra-se a tentativa de restringir a aplicação do tráfico privilegiado aos acusados que tenham sido apreendidos em posse de pequena quantidade de entorpecente. Ademais, cria um tipo penal específico para mortes e lesões graves decorrentes do tráfico, distintos daqueles previstos no Código Penal, tendo

em vista a especificidade com que ocorrem esses delitos⁵⁵, chamando-o de “narcocídio”. Por fim, busca alterar a normativa, para destinar o perdimento de valores e bens em favor dos Estados, caso o processo criminal seja de competência estadual.

Registre-se que até a data de escrita deste capítulo (dezembro de 2023), o PL se encontrava sob análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, distribuído ao relator desde março do mesmo ano, para emissão de relatório.

Considerações finais do capítulo

O tema das drogas acompanha a humanidade desde a antiguidade, e, diversas substâncias têm acompanhado a evolução do ser humano, e consequentemente, várias proibições também se operaram.

Modernamente, o país optou pelo paradigma da proibição total das drogas (com exceção de algumas, à exemplo do tabaco e álcool), capitaneado no plano internacional pelos Estados Unidos da América. Em dado momento, essa proibição se transformou em uma verdadeira guerra às drogas.

Tanto nos Estados Unidos, frequentemente usado como modelo de justiça criminal, quanto no Brasil, houve um incremento exponencial da população carcerária, mormente, de meados dos anos 1970 até a atualidade. Os alarmantes dados têm gerado, em ambos os países, preocupações e medidas para a diminuição do número de pessoas encarceradas, sobretudo em virtude do porte de drogas para consumo e pelo porte de pequenas

⁵⁵Na exposição de motivos, o Senador expõe que “na experiência prática, podemos observar que a morte proveniente do tráfico, assim como ocorre na figura do latrocínio, é distinta daquela que realmente visa o art. 121 do CP. Ali, no homicídio propriamente dito, o dolo do agente é o de realmente matar sua vítima, o chamado *animus necandi*. O latrocínio é considerado crime patrimonial justamente porque o dolo do agente se alinha com a subtração da coisa ou valor e a morte é meramente acidental ou efeito colateral da conduta. Analisando sob tal ponto de vista, quer nos parecer que as mortes decorrentes do tráfico visam assegurar o domínio/poder do tráfico e fazer valer a cobrança pela droga vendida/consumida, afastando-se dos homicídios comuns.”

quantidades de substâncias ilícitas destinadas à venda, com medidas despenalizantes ou imposição de regime diferenciado de penas.

O Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo. A Lei n.º 6.368, de 1976, e a Lei n.º 11.343, de 2006, ajudaram a expandir os números do sistema carcerário, embora esta última objetivasse - em teoria - o desencarceramento do usuário. Em contraposição, as drogas se tornaram mais abundantes, baratas e acessíveis, bem como culminaram em uma guerra desenfreada entre instituições de segurança pública, população e organizações criminosas. A proibição, portanto, parece ser simbólica.

As apreensões não param de crescer, e principalmente em grandes volumes, a revelar o país como uma rota comercial de drogas em escala mundial, tendo como via de escoamento os postos marítimos e destinos, a Europa e África. É originada aqui uma das maiores facções criminosas em atuação no mundo, principalmente na vertente do tráfico, a revelar que as estratégias e paradigmas até então escolhidos e executados pelos órgãos de aplicação da lei, no país, não surtiram o efeito desejado.

Visualiza-se que a proibição atingiu as camadas socialmente marginalizadas da sociedade, com vulnerabilidade social e apanhados em bairros periféricos ou de menor índice de desenvolvimento, apontando para a existência de uma seletividade penal, situação constatada a partir da análise do perfil socioeconômico das pessoas encarceradas no país, bem como das apreensões de substâncias ilícitas que culminaram na prisão desses sujeitos, conforme dados analisados ao longo do capítulo.

A atuação policial se dirige aos criminosos mais visíveis e alvos mais fáceis de apanhar, e as prisões têm ocorrido, em sua maioria, decorrentes de abordagens, sem uma investigação qualificada. Disso resulta um público a ser encarcerado que representa a ponta da cadeia de distribuição, facilmente substituível, e, ao ingressar no sistema prisional, suscetível à influência do crime organizado.

O trato com a questão das drogas, possui uma certa uniformidade na comunidade internacional, sendo as substâncias ilícitas psicotrópicas, proscritas, nos mais diversos países, praticamente as mesmas. Nesse sentido, a cópia de modelos como o proibicionista, deve ser vista com ressalva, visto que a Constituição Federal exige a adoção de uma política criminal em compasso com a dignidade da pessoa humana.

Os marcos legais sobre drogas demonstram que o país aderiu às estratégias capitaneadas pelos EUA, e bem como se pode verificar, ao longo do tempo, que os órgãos relacionados à prevenção, repressão, tratamento e normatização da questão das drogas parecem seguir políticas de governo, descontinuadas na administração seguinte. Isso indica a necessidade da constituição de políticas de estado. Também revela que a abordagem mais factível é a redução de danos, nas vertentes da prevenção, tratamento e repressão, devidamente conjugadas.

Os órgãos de prevenção, tratamento e repressão, integrantes do SISNAD e SUS, sem prejuízo de outros, integrantes dos esforços e políticas transversais, que se dão nos três entes federativos, envolvem União, Estados, Distrito Federal e municípios. Embora com uma estrutura robusta, a questão se agrava cada vez mais, reforçando a necessidade de correção de rumos.

Referências

- BARBOSA, Anderson. Mapa revela cidades já dominadas e em disputa por facções criminosas no RN. *GI*, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2018/08/21/mapa-revela-cidades-ja-dominadas-e-em-disputa-por-faccoes-criminosas-no-rn.ghtml>. Acesso em: 19 fev. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Base Nacional de Dados do Poder Judiciário (Data Jud)**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistemas/datajud>. Acesso em: 23 nov. 2023.
- BRASIL. Ministério da Cidadania. Secretaria Nacional de Cuidados e Prevenção às Drogas. **11 perguntas para você conhecer a legislação sobre drogas no Brasil**. Florianópolis: SEAD/UFSC, 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). **Lista de substâncias sujeitas a controle especial no Brasil**. Publ., 21 set. 2020. Atualizado., 19 set. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/controlados/lista-substancias>. Acesso em: 11 nov. 2023.

- BRASIL. **Decreto n.º 8.387, de 19 de janeiro de 1882.** Manda observar o Regulamento para o serviço da saúde pública. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-8387-19-janeiro-1882-544934-publicacaooriginal-56615-pe.html>. Acesso em: 23 out. 2023.
- BRASIL. **Decreto n.º 4.294, de 6 de julho de 1921.** Estabelece penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morfina e seus derivados [...]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-8387-19-janeiro-1882-544934-publicacaooriginal-56615-pe.html>. Acesso em: 23 out. 2023.
- BRASIL. **Decreto n.º 1.796, de 24 de janeiro de 1996.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1796.htm. Acesso em: 23 nov. 2023.
- BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n.º 3786/2021.** Modifica os artigos 33, 35, 55, 56, 57 e 62-A da Lei de Drogas – Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006, para aperfeiçoar a legislação. Autor: Jayme Campos - DEM/MT, Brasília, DF: Senado Federal, 2018. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/150511?_gl=1*1a4e43*_ga*MjEzMDM4MTczLjE2OTI4ODcwMjU.*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwMTc4NTQyNC4yLjAuMTcwMTc4NTQyNC4wLjAuMA. Acesso em: 04 dez. 2023.
- BRASIL. **Decreto n.º 4.345, de 26 de agosto de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4345.htm. Acesso em: 25 nov. 2023.
- BRASIL. **Decreto n.º 9.761, de 11 de abril de 2019.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9761.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.
- BRASIL. **Lei n.º 7.560, de 19 de dezembro de 1986.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17560.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.
- BRASIL. **Lei n.º 8.764, de 20 de dezembro de 1993.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18764.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.
- BRASIL. **Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 06 dez. 2023.
- BRASIL. **Lei n.º 10.357, de 27 de dezembro de 2001.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110357.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.
- BRASIL. **Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110409.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.
- BRASIL. **Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm#art75. Acesso em: 05 dez. 2023.
- BRASIL. **Lei n.º 11.754, de 23 de julho de 2008.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111754.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.
- BRASIL. **Lei n.º 13.840, de 5 de junho de 2019.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113840.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.
- BRASIL. **Lei n.º 13.844, de 18 de junho de 2019.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13844.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.
- BRASIL. **Medida Provisória n.º 2.143-36, de 6 de abril de 2001.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas_2001/2143-36.htm. Acesso em: 05 dez. 2023.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania. **Em audiência pública na Câmara, Silvio Almeida defende caminho da ciência no combate às drogas e à**

- violência.** Publicado em 12 abr. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2023/abril>. Acesso em: 11 out. 2023.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Relatórios Ministeriais.** 1916, p.104. Diário Oficial da União - Seção 1 - 07 abr. 1915.
- BRASIL. Ministério da Educação. **Portaria Interministerial n.º 7, de 29 de dezembro de 2022.**
- BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria n.º 3.088, de 23 de novembro de 2011.**
- BRASIL. CONAD/MJ. **Resolução CONAD n.º 1, de 19 de agosto de 2015.**
- BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPEN). Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). 14º Ciclo de coleta.** 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 12 nov. 2023.
- CARVALHO, Jonatas Carlos. A emergência da política mundial de drogas: O Brasil e as primeiras Conferências Internacionais do Ópio. **Oficina do Historiador**, Porto Alegre, EDIPUCRS, v. 7, n. 1, jan./jun. 2014, p. 153-176.
- CONAD/MJSP. Conselho Nacional de Políticas sobre drogas. Ministério da Justiça. **Análise Executiva da Questão de Drogas no Brasil.** Brasília, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/arquivo-manual-de-avaliacao-e-alienacao-de-bens/aeqdb_analise-executiva-da-da-questao-de-drogas-no-brasil_versao-final.pdf. Acesso em: 02 ago. 2023.
- BRASIL. **Decreto n.º 4294, 6 de julho de 1921.** Diário Oficial da União. Seção 1, 12 jul. 1921, página 13407 (Publicação). Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-publicacao-92525-pl.html>. Acesso em 05 set. 2023.
- DRUG POLICY ALLIANCE. **Drug War stats.** 2023. [n.p]. Disponível em: <https://drugpolicy.org/drug-war-stats/>. Acesso em 18 out. 2023.
- ESCOHOTADO, Antonio. **História general de las drogas.** Madri: Alianza Editorial, 1992.
- FELTRAN, Gabriel; et al. **Atlantic Connections: The PCC and the Brasil - West Africa cocaine trade. Global Initiative against transnational organized crime.** Geneva, Switzerland, 2023. Disponível em: <https://globalinitiative.net/analysis/brazil-west-africa-cocaine-trade/>. Acesso em: 30 ago. 2023.
- FLECK, Isabel. **Tráfico explora rota brasileira.** Correio Brasiliense, Brasília, DF, 24 jun 2010. Seção Mundo, p.31. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/46065/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y#:~:text=Apesar%20de%2C%20nos%20%C3%BAltimos%2010,ranki ng%20da%20folha%20de%20coca>. Acesso em: 12 nov. 2023.
- Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário brasileiro de segurança pública.** Ano 17. São Paulo: FBSP, 2023.
- FRIEDMAN, Milton. An Open Letter to Bill Bennett. **Wall Street Journal**, 1989. Disponível: <https://web.uncg.edu/dcl/courses/viceCrime/m6/Milton%20Friedman%20-%20An%20Open%20Letter%20To%20Bill%20Bennett.htm>. Acesso em: 12 nov. 2023.
- GHANDNOOSH, Nazgol; BARRY, Celeste. **Report One in Five: Disparities in Crime and Policing.** Sentencing Project. November 2, 2023. Disponível em: <https://www.sentencingproject.org/reports/one-in-five-disparities-in-crime-and-policing/>. Acesso em: 2 dez. 2023.
- GLOBAL FINANCIAL INTEGRITY. **Transnational Crime and the Developing World.** Washington: Global Financial Integrity, 2017.
- HAMILTON, Olavo. **Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas.** 4. ed. Natal: OWL, 2019.
- IBGE. **Anuário Estatístico do Brasil.** 1963. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1963.pdf. Acesso em: 23 out. 2023.

- IBGE. *Anuário Estatístico do Brasil*. 1976. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/20/aeb_1976.pdf. Acesso em: 23 out. 2023.
- Institute for crime & Justice Policy Research. *World Prison Brief*. Disponível em: <https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>. Acesso em: 29 nov. 2023.
- MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES (MRE). Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG). **Brasil: Fronteiras Terrestres**. [s.d.]. Disponível em: <https://www.funag.gov.br/ipri/images/analise-e-informacao/fronteiras-terrestres-brasil-13052015.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- NATAL. RIO GRANDE DO NORTE. **Lei n.º 6.604 de 08 de abril de 2016**. Institui o Sistema Municipal de Políticas Públicas Sobre Drogas – SISMUD [...]. Disponível em: https://www.natal.rn.gov.br/storage/app/media/semdes/COMUD/COMUD-LeiOrdinaria_20160411_6604.pdf. Acesso em: 25 nov. 2023.
- Por que há um 'boom' na produção de heroína no México? **British Broadcasting Corporation (BBC)**. Reproduzido em G1 Mundo. 20 ago. 2013. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/08/por-que-ha-um-boom-na-producao-de-heroina-no-mexico.html>. Acesso em: 25 nov. 2013.
- RIO GRANDE DO NORTE. **Lei n.º 9.977, de 04 de setembro de 2015**. Cria a Rede Estadual de Políticas Públicas sobre drogas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/storage/legislacao/2015/09/14/b5dc3aea66aabe119b9ad35fc7862005.pdf>. Acesso em 25 nov. 2023.
- RIO GRANDE DO NORTE. **Lei n.º 10.036, de 29 de dezembro de 2015**. Institui o Sistema Estadual de Políticas Públicas sobre Drogas [...] (SISED/RN). Disponível em: <http://www.al.rn.gov.br/storage/legislacao/2016/01/13/40bbb405ad5f87f8945532379c708049.pdf>. Acesso em 25 nov. 2023.
- RIO GRANDE DO NORTE. **Lei Complementar n.º 649, de 10 de maio de 2019**. Dispõe sobre a reorganização do Poder Executivo do Estado [...]. Disponível em http://diariooficial.rn.gov.br/dei/dorn3/docview.aspx?id_jor=00000001&data=20190511&id_doc=644501. Acesso em:
- Reefer Madness**. Direção: Louis J. Gasnier. Produção: Dwain Esper. Estados Unidos da América: G. and H. Production, 1938. 65 min. Disponível em: https://archive.org/details/reefer_madness1938. Acesso em: 19 nov. 2023.
- SILVA, Virgílio José Corllet. **A evolução da polícia rodoviária federal**. In: GRECO, Rogério; ARAÚJO, Leonardo Novo Oliveira Andrade (coord.). Sistema Jurídico Policial: A verdadeira guerra travada por seus operadores. Curitiba: Juruá, 2021.
- UNODC and EUROPOL. **The illicit trade of cocaine from Latin America to Europe – from oligopolies to freefor-all?**. Cocaine Insights 1. UNODC. Vienna, September 2021. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/cocaine/Cocaine_Insights_2021.pdf. Acesso em: 12 nov. 2023.
- UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime). **Relatório Mundial Sobre Drogas**. 2020. Livreto 2. Disponível em: https://wdr.unodc.org/wdr2020/field/WDR20_Booklet_2.pdf. Acesso em: 30 nov. 2023.
- WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres**: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos. [A onda punitiva]. Trad.: Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. 476p.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Capítulo 7

Sistema prisional e alternativa penal: a APAC como eficiente política de enfrentamento da crise do sistema penitenciário brasileiro, notadamente ante o crescente encarceramento proveniente da aplicação da Lei de Drogas

Hebert Orleans de Melo⁵⁶

Introdução

Analisando a realidade do sistema de justiça penal brasileiro, notadamente como a pena é aplicada, constata-se que a reorganização desse modelo punitivista é imperativa e urgente, já que o sistema prisional fomenta e estrutura cada vez mais o crime, resultando no incremento da insegurança e da violência.

Como exemplo desse quadro preocupante, citem-se os recentes atentados ocorridos no Estado do Rio Grande do Norte no início de 2023, no período de 14 a 24 de março. Segundo restou exaustivamente noticiado pela imprensa, foram cerca de 300 (trezentos) ataques contra a população, orquestradas de dentro dos presídios por facções criminosas em retaliação às péssimas condições dos presos⁵⁷.

Apenas no tocante à superlotação, um dos mais graves problemas do sistema prisional, destaca-se um dado do relatório de Inspeções

⁵⁶ Assistente de Juiz no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Administrativo pela FIJ – Faculdades Integradas de Jacarepaguá/RJ. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela FAL – Faculdade de Natal. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte (ESMARN). Pesquisador do grupo “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”, vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pesquisador do “Grupo de Pesquisa em Ciência Criminais” (GPCrim), vinculado à Universidade Potiguar. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9332-5400>.

⁵⁷ Matéria disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2023/03/22/ataques-no-rio-grande-do-norte-chegam-a-300-em-oito-dias-diz-governo.ghml>. Acesso em: 05 dez. 2023.

realizadas no Estado do Rio Grande do Norte pelo Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (2023, p 61), no qual se vê que o maior presídio do Estado, Alcaçuz, conta com celas projetadas para 13 (treze) pessoas, contudo, a média de detentos em cada uma delas é de 40 (quarenta) pessoas, sem falar do ambiente deteriorado, com infiltrações, mofos e muitas vezes sem chuveiro ou sem vaso sanitário.

Aparentemente, há uma má vontade ou, no mínimo, uma indiferença estatal e social em relação aos presos, como se eles, ao cometerem um crime, perdessem o direito à vida digna ou mesmo a condição humana, não sendo mais titular de quaisquer direitos fundamentais.

De outro bordo, quando se fala em políticas públicas em favor dos presos, são poucas as vozes, até porque o condenado não goza de representação política direta, porquanto seus direitos políticos são suspensos enquanto perduraram os efeitos da sentença, por força do art. 15, inciso III, da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, catalogada como ligada às ODS's 3⁵⁸ e 16⁵⁹ da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas⁶⁰, por unanimidade, reconheceu a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, diante da violação massiva de direitos fundamentais dos presos.

A suprema corte constatou a necessidade de uma atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a

⁵⁸ *Saúde e Bem-Estar*: Garantir o acesso à saúde de qualidade e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.

⁵⁹ *Paz, Justiça e Instituições Eficazes*: Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os níveis

⁶⁰ Com 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas universais construídos após intensa consulta pública mundial, a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas possui propósitos ambiciosos e transformadores, com grande foco nas pessoas mais vulneráveis.

construção de uma solução satisfatória, visando a superação desse estado de inconstitucionalidade. Restou reconhecido, ainda, que um dos principais problemas a serem enfrentados para a superação do quadro diz respeito à entrada excessiva de presos no sistema prisional, pela prática de crimes sem emprego de violência ou grave ameaça, sendo a política nacional de drogas implementada pela Lei 11.340, de 2006, uma das razões desse encarceramento em massa.

Diante desse contexto, o presente capítulo apresentará o modelo alternativo de cumprimento de pena denominado APAC – Associação de Proteção e Assistência aos Condenados. Instituída com o primordial objetivo de promover a humanização das prisões, sem perder de vista a finalidade punitiva da pena, a APAC é uma entidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, dedicada à recuperação e à reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade.

Decorridos mais de 50 (cinquenta) anos de sua fundação, não houve registro de rebelião ou motim em um dos seus Centros de Reintegração Social (CRS)⁶¹, pelo que esse modelo prisional se apresenta como uma política de segurança pública bastante eficiente no enfrentamento e redução da criminalidade, especialmente diante dos baixos índices de reincidência e do reduzido custo de manutenção para o Poder Executivo Estadual, conforme se verá adiante.

O trabalho será desenvolvido por meio de pesquisa do tipo bibliográfica e documental, utilizando-se, para tanto, de uma abordagem mistas (*quantitativa-qualitativa*), ao nível descritivo.

Buscar-se-á demonstrar, no primeiro momento, a crise do sistema penitenciário brasileiro, agravado pela política nacional de guerras às drogas, decorrente da implementação da Lei 11.340, de 2006. Em seguida, abordar-se-á o sistema prisional APAC, a fim de se evidenciar que, com esse modelo, a rejeição social, derivada do punitivismo, é deixada de lado,

⁶¹ Nome que é dado ao presídio na metodologia apaqueana.

pois o método é estruturado com forte participação da comunidade e amplo envolvimento de voluntários.

Por fim, após se discorrer sobre a metodologia apaqueana, cujo elemento central é o respeito à dignidade humana, analisar-se-á a eficiência do método em relação ao modelo tradicional de cumprimento de pena, com destaque para os índices de reincidência e custo *per capita*, bem como serão demonstrados os desafios para a ampliação e sustentabilidade dessa metodologia de cumprimento de pena, com um recorte para o Estado do Rio Grande do Norte, onde já existem duas APACs instaladas⁶².

1. A crise do sistema prisional

Antes de se apresentar a metodologia de cumprimento de pena privativa de liberdade desenvolvida há mais de 50 (cinquenta) anos pela Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC, faz-se necessário analisar os aspectos centrais ligados à crise do sistema penitenciário brasileiro, para que se entenda a gravidade do problema bem como o que deve ser feito para superação do quadro.

1.1 Breves considerações sobre o *ius puniendi* e direitos fundamentais.

Basta uma rápida análise da evolução humana para se concluir que os relacionamentos humanos reclamam o estabelecimento de regras para que as pessoas possam conviver com certa harmonia. Essas regras de convivência são criadas e aplicadas pelos poderes regularmente instituídos e, no âmbito da justiça criminal, são traduzidas no que se convencionou denominar *ius puniendi*, compreendido como o poder que o Estado possui de punir aquele que comete um ato tido por criminoso.

⁶² Há uma APAC em Macau, em funcionamento desde o ano de 2010, e outra em Macaíba, fundada em 2019, mas que ainda não entrou em funcionamento.

Deixando de lado os regimes totalitários e ditatoriais, nas sociedades democráticas, como a brasileira, o exercício do direito de punir encontra limites nos direitos e garantias constitucionalmente estabelecidos, cujo núcleo é a dignidade da pessoa humana (Constituição de 1988, art. 1º, III⁶³).

Para um Estado Democrático de Direito, os direitos e garantias fundamentais servem de limitação não só da atuação do Poder Executivo e do Poder Legislativo⁶⁴, que detém a avaliação política quanto à conveniência da elaboração das leis, mas também do Poder Judiciário, que, no exercício da atividade jurisdicional, deve se comportar, a um só tempo, como órgão obediente aos esses direitos e como guardião último desses mandamentos, já que responsável pela última palavra interpretativa sobre seu alcance (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 28).

Conforme o art. 1º da Lei n.º 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal), “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Com efeito, na aplicação de uma pena privativa de liberdade, por mais grave e hediondo que seja o crime cometido, somente a liberdade do criminoso deve ser tolhida, isto é, o direito de ir, vir e permanecer, ou outro direito que a sentença ou a lei casse ou limite pelo cometimento do delito. Os demais direitos assegurados ao privado de liberdade devem ser preservados, haja vista que, aliado ao direito de punir, o Estado tem o dever de garantir a dignidade da pessoa presa, impedindo, por exemplo, a tortura e o tratamento degradante⁶⁵.

⁶³ A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana.

⁶⁴ O Poder Legislativo, por vezes, produz “legislação simbólica”, sob influência da mídia e da opinião pública (populismo penal), estabelecendo políticas criminais insensíveis ao cenário carcerário, contribuindo para a superlotação dos presídios e para a falta de segurança na sociedade.

⁶⁵ É o que diz o art. 3º da Lei de Execução Penal: *Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.*

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, “um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano”, além de “propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, 2021, p. 60).

Quando o Estado assume a responsabilidade pela persecução penal e, conseqüentemente, pela aplicação da pena para ressocializar o condenado, também assume a obrigação de proteger a dignidade da pessoa sob sua tutela. A pena não deve ser percebida como um fardo que destitui a condição humana daquela que a cumpre.

Sob outro prisma não menos importante, caso a pena não atinja um dos seus principais objetivos, a ressocialização do condenado⁶⁶, o Estado também deixa de cumprir o seu papel na garantia dos direitos fundamentais.

Isso porque, além de observar os direitos individuais consubstanciados nos mandamentos constitucionais (dimensão subjetiva), o Estado tem o dever de proteger, com eficiência, a sociedade (dimensão objetiva). Trata-se do dever de proteção, traduzido na obrigação que o Estado possui de promover ações eficientes para proteger, com medidas preventivas e repressivas, os cidadãos contra a violação dos seus direitos (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 125).

Segundo aludiu a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2011, p. 4), “quando os cárceres não recebem a atenção e os recursos necessários, a sua função se distorce e, em vez de proporcionarem proteção,

⁶⁶ Segundo o art. 1º da Lei 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal), a pena visa efetivar as disposições da sentença ou decisão (medida punitiva ou retributiva imposta pelo Estado), bem como proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (aspecto preventivo ou efeito ressocializador).

se convertem em escolas da delinquência e comportamento antissocial, que propiciam a reincidência em vez da reabilitação”.

Vê-se, assim, que o tratamento desumano de presos representa, para além da violação dos direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva (individual), inobservância do dever de proteção da sociedade (perspectiva objetiva), já que a violência é retroalimentada, conforme anota Ana Paula de Barcellos (2010, p. 8): “Quando o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos; a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”.

Desse modo, considerando os efeitos nocivos que pode resultar uma política pública desastrosa no cumprimento da pena, os poderes constituídos precisam redobrar o cuidado e atenção para como a pena é aplicada, a fim de evitar um efeito rebote, ou seja, um aumento da violência e da criminalidade. Entretanto, no caso brasileiro, essa atenção especial com os privados de liberdade parece não ser uma realidade, a despeito da vigência de 35 (trinta e cinco) anos de uma democracia-constitucional.

1.2 A ADPF 347 e o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro.

Em 22 de maio de 2015 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs no Supremo Tribunal Federal (STF) uma arguição de descumprimento de preceito fundamental, tombada sob o número 347, com pedido de medida liminar, pugnando pelo reconhecimento da figura do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, decorrentes de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

A ação foi proposta com base em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Clínica UERJ Direitos), que elaborou relatório

demonstrando que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuravam cenário fático incompatível com a Constituição Federal.

A demanda também se amparou no Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009 (2007 a 2009), denominada “CPI do Sistema Carcerário”, no qual se concluiu que a superlotação talvez fosse a mãe dos demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas, resultando em insalubridades, doenças, motins, rebeliões, mortes e degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas abarrotadas, revezando-se para dormir ou dormindo em cima do vaso sanitário.⁶⁷

Em 09 de setembro de 2015, por maioria, e nos termos do voto do relator Ministro Marco Aurélio, o STF, após reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro⁶⁸, deferiu em parte a medida cautelar, determinado aos juízes e tribunais do país fossem observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quanto à realização de audiências de custódias no prazo de 24 após a prisão. Restou determinado, ainda, que a União realizasse a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), para utilização conforme sua finalidade.

Na decisão, o Ministro Marco Aurélio, advertindo que o quadro não era exclusivo desse ou daquele presídio, descreve o que chama de “a

⁶⁷ A íntegra do relatório poderá ser lida no seguinte endereço eletrônico: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 01 dez. 2023.

⁶⁸ Nos termos do voto do relator, “O estado de coisas inconstitucional tem origem da Corte Constitucional da Colômbia e, para sua configuração, segundo as decisões desse Tribunal, há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004).

situação vexaminosa do sistema penitenciário brasileiro”, destacando entre outros pontos: i) o déficit prisional, que na época era de 206 mil vagas; ii) ausência de instalações adequadas à existência humana; iii) falta de trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação; iv) constância de massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento; v) tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos e tiros com bala de borracha; vi) quanto aos grupos vulneráveis, relatos de travestis sendo forçados à prostituição; vii) número insuficiente de agentes penais, os quais são mal remunerados, não recebem treinamento adequado, nem contam com equipamentos necessários ao desempenho das próprias funções.

A concessão da medida cautelar pelo STF deixa evidente que havia (e ainda há) violação generalizada de direitos dos presos quanto à dignidade, higidez física e integridade psíquica, por ação e omissão do Executivo, Legislativo e Judiciário, diante da sistemática ofensa de direitos fundamentais previstos na Constituição, na legislação interna e internacional.

Quanto aos direitos fundamentais dos presos, previsto na Constituição, citem-se: a dignidade humana como fundamento da República (art. 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, conforme a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (art. 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (art. 6º) e à assistência judiciária (art. 5º, inciso LXXIV).

Além dos direitos fundamentais, tem-se no âmbito interno a Lei nº 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal - LEP), na qual são assegurados diversos desses direitos, inclusive o alusivo a cela individual salubre e com

área mínima de seis metros quadrados. Por seu turno, tem-se a Lei Complementar nº 79/94, por meio da qual foi criado o Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, que é frequentemente contingenciado pela União, por vezes para atingir metas fiscais, impedindo a formulação de novas políticas públicas ou a melhoria das existentes e contribuindo para o agravamento do quadro.

No âmbito internacional, o Brasil, além de ser signatário dos principais documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos –, que já trazem algumas previsões sobre os direitos dos presos, é também signatário de documentos internacionais que tratam de forma específica dos direitos dos investigados, condenados e presos. Alguns exemplos são a Convenção das Nações Unidas Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (e Protocolo Adicional), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regra de Mandela) e as Regras de Tóquio – Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de liberdade.

Passados oito anos da concessão da medida cautelar, muito embora se tenha constatado nos últimos anos uma redução do encarceramento⁶⁹ e do déficit carcerário⁷⁰, o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro pouco ou quase nada mudou, de sorte que, em 04 de

⁶⁹ Segundo o último Relatório de Informações Penais (RELIPEN), referente ao 1º semestre de 2023, a população carcerária brasileira é de 649.592 presos em celas físicas e 190.080 em prisão domiciliar (como ou sem monitoramento eletrônico), totalizando 839.672 pessoas cumprindo pena (SENAPPEN, 2023).

⁷⁰ O RELIPEN registrou um déficit carcerário de 166.714 no primeiro semestre de 2023 (SENAPPEN, 2023), portanto menor do que fora registrado no momento em que a cautelar foi concedida (206.000).

outubro de 2023, o mérito da ADPF 347 foi julgado, agora sob a presidência e relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso⁷¹.

O Plenário do STF reconheceu, agora em sede de cognição exauriente, a existência de um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e, para superar tal situação, determinou um conjunto de medidas a serem adotadas pelo Poder Público⁷². Aos juízes e tribunais, o STF determinou que: a) realizem audiências de custódia, preferencialmente de forma presencial, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão; b) fundamentem a não aplicação de medidas cautelares e penas alternativas à prisão, sempre que possíveis, tendo em conta o quadro dramático do sistema carcerário.

Restou determinado, também, a liberação e o não contingenciamento dos recursos do FUNPEN e a elaboração de plano nacional e de planos estaduais e distrital para a superação do estado de coisas inconstitucional, com indicadores que permitam acompanhar sua implementação. Restou estabelecido que o prazo para apresentação do plano nacional seria de até 6 (seis) meses, a contar da publicação da decisão, e de até 3 anos, contados da homologação, para a sua implementação, conforme cronograma de execução a ser indicado no próprio plano.

O STF reconheceu que a questão cuida de um litígio estrutural⁷³, pelo que determinou a elaboração do um plano nacional de forma conjunta pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ) e pela União, em diálogo com instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, esclarecendo, ainda, que a elaboração dos planos estaduais e distrital se daria pelas respectivas

⁷¹ Quando do julgamento do mérito, o relator da ADPF 347, Ministro Marco Aurélio, encontrava-se aposentado, tendo assumido a função o Ministro Luis Roberto Barroso.

⁷² Até a conclusão deste capítulo, o site do STF ainda não havia disponibilizado a íntegra dos votos e debates contidos no julgamento, mas apenas o resultado alcançado pelo plenário.

⁷³ O litígio estrutural é aquele pautado em um problema estrutural, em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-se por um estado de coisas ideais (GALDINO, 2019, p. 705).

unidades da federação, em respeito à sua autonomia, observado, todavia, o diálogo com o DMF/CNJ, a União, instituições e órgãos competentes e entidades da sociedade civil, nos moldes e em simetria ao diálogo estabelecido no plano nacional.

Nos termos da decisão, tais planos deverão tratar dos três problemas principais do sistema, a saber: (1) vagas insuficientes e de má qualidade, (2) entrada excessiva de presos (em casos em que a prisão não é necessária) e (3) saída atrasada de presos (com cumprimento da pena por tempo maior do que a condenação). Além disso, deve-se ter em conta a separação de presos provisórios daqueles que já possuem condenação definitiva, sendo ainda necessário a realização de estudos e a regulamentação, pelo CNJ, da criação de varas de execução penal, em quantidade proporcional ao número de varas criminais e à população carcerária de cada unidade da federação.

1.3 Agravamento do quadro: o encarceramento decorrente da aplicação da Lei de Drogas

O Brasil, além de ser considerado um dos países mais violentes do mundo, conforme os dados divulgados pelo Conselho Cidadão para Segurança Pública e Justiça⁷⁴, possuía, em 2021, a 3ª maior população carcerária no mundo, nos termos da pesquisa feita pelo Instituto de Pesquisa de Política Criminal da Universidade de Londres (SILVA JÚNIOR, 2023, p. 25).

⁷⁴ O Conselho Cidadão para Segurança Pública e Justiça é uma ONG criada em 2002, constituída por diversas organizações empresarias, acadêmicas, universitárias, sindicais, cujo objetivo é colaborar com governantes no cumprimento de dever de proteção, mediante a sinalização de diretrizes para reduzir a violência e a realização de ações voltadas para alcançar a paz social. Desde o ano de 2009, elabora o ranking das cidades mais violentas do mundo. Segundo o relatório, das 50 (cinquenta) cidades mais violentas do mundo, 10 (dez) estão situadas no Brasil, que perde apenas para o México, que possui 17 (dezesete) localidades entre elas. Segundo o estudo, a cidade apontada como mais violenta no mundo é Colima, no México, com uma taxa de 181,94 (cento e oitenta e um vírgula noventa e quatro) homicídios por 100 mil habitantes, enquanto Mossoró/RN, a mais letal no Brasil, ocupa o 11º (décimo primeiro) lugar no ranking mundial, ostentando uma taxa de 63,21 homicídios por 100 mil habitantes, algo em torno de uma morte violenta a cada 2 (dois) dias.

Embora essa população prisional possa ser, em parte, justificada pelo tamanho da população brasileira⁷⁵, restou reconhecido pelo STF, no julgamento da ADPF 347, que um dos principais problemas a serem enfrentados para a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro diz respeito à entrada excessiva de presos no sistema prisional, pela prática de crimes sem emprego de violência ou grave ameaça.

Uma das razões do aumento exponencial do encarceramento no Brasil se deu pela política nacional de drogas implementada pela Lei 11.340, de 2006 (SILVA JÚNIOR, 2023, p. 27). O tratamento jurídico dado a criminalização de psicotrópicos, como se sabe, evoluiu a partir dos Estados Unidos da América, na década de 1970, para o que se convencionou chamar de *guerra às drogas*, passando tais substâncias à condição de ameaça à segurança nacional, pelo que se impôs a necessidade de uma postura fundada, sobretudo, na repressão doméstica e exportação de políticas públicas para os demais países (HAMILTON, 2019, p. 23).

Assim, a guerra contra as drogas se configura em campanha de proibição e intervenção militar internacional, empreendida pelo governo, tendo como objetivo declarado definir e reduzir o comércio ilegal de drogas, sendo sua principal frente de atuação a criminalização do uso e do comércio de substâncias psicoativas consideradas ilícitas (HAMILTON, 2019, p. 23).

O resultado desse modo, porém, não tem sido positivo, ante o aumento da violência e insegurança. Segundo Hamilton (2019, p. 127), qualquer estudo científico que procure responder a essas questões terá como resultado inequívoco a resposta de que a guerra contra as drogas fracassou. Na verdade, o resultado obtido foi o extremo oposto: o crescimento exponencial do mercado internacional de substâncias ilícitas, largamente controlado pelo crime organizado.

⁷⁵ Em 2021, o país tinha 214 milhões de habitantes, sendo o 6º maior do mundo em termos de população, disponível em https://data.worldbank.org/indicador/SP.POP.TOTL?most_recent_value_desc=true2022. Acesso em: 1 dez. 2023.

No caso brasileiro, a quantidade de presos envolvendo o tráfico de drogas gira em torno de 30% da população prisional. Segundo o último relatório da Secretaria Nacional de Política Penais, do total de presos em celas físicas (649.592), estão detidos por envolvimento com a lei de drogas cerca de 196.542 pessoas, sendo 158.589 por tráfico, 29.616 por associação e 8.337 por tráfico internacional (SENAPPEN, 2003).

A Constituição exige que a sanção aplicada seja proporcional à gravidade do crime cometido (art. 5º, XLVI) e, em muitos casos, sob a justificativa de se estar prendendo um traficante, coloca-se nos presídios pessoas jovens, primárias, de bons antecedentes e não integrantes de organização criminosa, os quais são recrutados pelo crime organizado presente nos presídios brasileiros, dado o quadro caótico já descrito do sistema prisional.

Conforme anota Walter Nunes (2023, p. 26), faz-se necessário ser mais preciso e seletivo no recolhimento à prisão, reservando esse tipo de medida para os crimes que efetivamente comprometem a vida e tranquilidade da sociedade, sendo essa uma política inteligente a ser desenvolvida pelos 3 (três) poderes, a despeito do pensamento moldado pela cultura da prisão, dominante entre a maioria das pessoas leigas ou obnubiladas pela pauta conservadora e mesmo preconceituosa e elitista das agências políticas.

Ao menos do ponto de vista jurisprudencial, o STF vem cumprindo o seu papel no sentido de garantir um tratamento jurídico menos rigoroso ao condenado por tráfico de drogas, que seja primário e de bons antecedentes e que não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. Cita-se, por exemplo, as seguintes decisões: (i) reconhecimento de que o tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei de Drogas) não é crime hediondo (HC 118.533); (ii) declaração de inconstitucionalidade da norma que impedia a substituição da pena de prisão por sanções alternativas (HC 97.256); e (iii) declaração de inconstitucional da regra que obrigava o juiz a

estabelecer o regime inicial fechado para réus condenados por crimes hediondos (HC 111.840).

Mais recentemente, o STF aprovou a súmula vinculante nº 59 cujo enunciado diz: “É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal”.

A despeito dessa linha de pensamento do STF, muitos juízes ainda aplicam regime prisional mais rigoroso (fechado ou semiaberto) a pessoas condenadas por tráfico privilegiado, impedindo a substituição da prisão por sanção alternativa, o que pode ser aferido pelos mutirões carcerários que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a realizar em todo país a partir do ano de 2008, como objetivo de garantir o efetivo cumprimento da legislação e dos precedentes vinculantes do STF, possibilitando, assim, desafogar os sistemas prisionais estaduais e garantir a efetividade das decisões do STF. No último Mutirão Carcerário foram identificados 7.088 casos de pessoas cumprindo pena em regime fechado por tráfico privilegiado (CNJ, 2023).

Diante desse quadro, o Supremo Tribunal, no RE 635659/PR (2023), está formando maioria no sentido de seguir o entendimento do voto do Ministro Alexandre de Moraes, que, após advertir que o número de presos por tráfico foi triplicado após o advento da Lei 11.343, de 2006, fixou como critério objetivo para identificar a posse de maconha para uso próprio a faixa entre 25,0 a 60 gramas ou 9 (seis) plantas, a fim de que seja conferido tratamento similar entre homens brancos, pardos e negros, tenham estes ou não mais de 30 (trinta) anos e possuam ou não formação superior, dada a disparidade constatada em longa pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria no Estado de São Paulo.

O estudo da Associação Brasileira de Jurimetria analisou 656.408 ocorrências no Estado de São Paulo no período de 2002 a 2017, e foi elaborado com o intuito de subsidiar empiricamente o processo decisório de aplicação da Lei de Drogas. Uma das principais conclusões do estudo foi a de que, em condições semelhantes, é altíssima a probabilidade de um jovem, negro ou pardo e analfabeto ser preso por tráfico de drogas portando ínfima quantidade de drogas, ao passo que somente com uma significativa quantia se dá a prisão de pessoas brancas, acima de 30 anos e com nível superior⁷⁶.

Como se observa, e os resultados da pesquisa apresentados nos capítulos iniciais dessa obra são prova disso⁷⁷, a aplicação da política nacional de drogas prevista na Lei n.º 11.343, de 2006, tem sido, na prática, combustível para o aumento da criminalidade, pelo que medidas alternativas de enfrentamento para esse quadro devem ser repensadas e, com urgência, implementadas. Adiante, apresenta-se uma dessas alternativas.

2. A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados - APAC

A APAC, inicialmente reconhecida como "Amando o Próximo Amarás a Cristo", teve origem em 18 de novembro de 1972. Nessa época, doze voluntários ligados à pastoral carcerária realizaram visitas mensais à Cadeia Pública de São José dos Campos, São Paulo, com a intenção de compartilhar mensagens religiosas com os detentos. Contudo, à medida que a relação entre os presos e os voluntários se estreitou, surgiram alguns desafios (FERREIRA, 2022, p 38).

Diante disso, o líder do grupo, Mário Ottoboni, estudante de Direito, procurou o juiz da Vara de Execução Penal da Comarca, que também era professor da Faculdade de Direito local, Dr. Silvio Marques Neto, com a

⁷⁶ Disponível em <https://abj.org.br/pesquisas/drogas-stf/>. Acesso em: 01 dez. 2023.

⁷⁷ Cf. capítulos de 1 a 4.

intenção de discutir e resolver alguns impasses existentes na referida instituição carcerária (FERREIRA, 2022, p. 39).

Em 1974, sob a orientação do então juiz, a equipe concluiu que somente uma entidade juridicamente organizada seria capaz de enfrentar as dificuldades que permeavam o dia a dia no estabelecimento prisional, e assim foi instituída a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), que até então tinha cunho eminentemente espiritual (FERREIRA, 2022, p. 39).

Em 1986 a APAC filia-se à *Prison Fellowship International* (PFI), órgão consultivo da ONU responsável por tratar assuntos penitenciários, o que deu visibilidade e reconhecimento internacional para o método. Pode-se definir, assim, a APAC como uma entidade civil de direito privado, sem fins lucrativos, com patrimônio e personalidade jurídica próprios e tempo de duração indeterminado, cuja finalidade é recuperar o preso, proteger a sociedade, socorrer a vítima e promover justiça restaurativa (FERREIRA, 2022, p. 37).

Cada APAC é autônoma do ponto de vista jurídico, administrativo e financeiro e todas as associações devem ser filiadas à Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), órgão nacional responsável pela coordenação e fiscalização de todas as associações, que tem a função de orientar, assistir e manter a unidade de propósitos da metodologia.

É importante salientar que a APAC não é uma prisão privada, pois a lógica das prisões privadas é o lucro, enquanto a lógica das APACs é a recuperação da pessoa privada de liberdade, protegendo, como consequência, a sociedade. No modelo apaqueano, há um regime de mútua cooperação, em que a sociedade coopera com o Estado para amenizar o grave problema penitenciário, descentralizando as unidades prisionais e humanizando o cumprimento de penas privativas de liberdade (FERREIRA, 2022, p. 38).

2.1 A participação social e o dever de proteção

Um dos primeiros pontos a ser considerado quando se fala em APACs, é o fato de essa metodologia está alinhada ao dever de proteção que é confiado a sociedade quando o assunto é segurança pública. Conforme já ressaltado, o dever de proteção não é unicamente do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), mas de todos, incluindo órgãos estatais, pessoas jurídicas e os indivíduos, por meio de ações coletivas ou individuais.

Essa obrigação está implícita no *caput* do art. 5º da Constituição, ao dispor que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade...”, e expresso, de modo cogente, no *caput* do art. 144, ao preceituar, em sua primeira parte, que a segurança pública é “... dever do Estado, direito e responsabilidade de todos...”, devendo ser “exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio...” (SILVA JÚNIOR, 2021, p. 224).

Em seu voto no ano de 2015, na ADPF 347, a Ministra do STF Carmem Lúcia asseverou que “quando se tenta mudar o modelo, sem nenhum embaraço ou embargo da obrigação principal do Estado quanto a essa matéria, há uma enorme má vontade da sociedade com relação ao tema.” E arremata: “Digo isso porque uma das poucas experiências diferentes que nós temos, é das APACs, criadas há 30 anos e que tem sido extremamente difícil ser implantada porque as comunidades não as querem”.

Adverte Ana Paula de Barcellos (2010, p. 56) que a má vontade social com os presos nasce da compreensão, dos cidadãos livres, de que “o criminoso perde o direito à vida digna ou mesmo a condição humana, não sendo titular de quaisquer direitos fundamentais”, recusando-se ao detento a dimensão ontológica da dignidade humana.

Essa rejeição social, por seu turno, tem como consequência direta bloqueios políticos para a solução da crise do sistema prisional, porquanto, como se sabe, não se vê candidatos pautando sua campanha eleitoral no sentido de melhorar as condições do sistema prisional. Pelo contrário, muitos têm sido eleitos com o discurso punitivista de que “bandido bom é bandido morto”⁷⁸.

De outro bordo, os presos não gozam de representação política direta, já que têm os direitos políticos suspensos enquanto perdurarem os efeitos da sentença condenatória transitada em julgado, por força do art. 15, inciso III, da Constituição.

Com o modelo APAC, porém, essa rejeição social é deixada de lado, pois o método é estruturado com forte participação da comunidade e amplo envolvimento de voluntários, de sorte que a metodologia é pautada, a todo tempo, na aproximação do recuperando – nome que o preso recebe na APAC – do convívio social e familiar.

Na APAC, esse compromisso da comunidade com a execução penal pode ser analisado, ainda, sob as lentes de democracia participativa, já que a essência da democracia é a participação popular. O conceito de democracia, frise-se, não deve ser restrito à concepção de democracia política, restrita à simples legitimidade formal de um governo, porquanto ela implica a participação do povo na implementação de políticas públicas.

Sobre o assunto, transcreve-se o magistério de Paulo Bonavides, para quem:

A democracia participativa soube transcender a noção obscura, abstrata e irreal de povo nos sistemas representativos e transcende, por igual, os horizontes jurídicos da clássica separação de poderes. E o faz sem, contudo, dissolvê-la. Em rigor a vincula, numa fórmula mais clara, positiva e consistente, ao povo real, o povo que tem a investidura da soberania sem disfarce. O substantivo da democracia é, portanto, a participação. Quem diz democracia diz, no mesmo passo, máxima presença de povo no governo, porque, sem participação popular, democracia é quimera, é

⁷⁸ Matéria jornalística disponível em: <https://diplomatie.org.br/bancada-da-bala-foam-eleitos-48-deputados-policiais-e-militares/>.

utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade, sem raiz na história, sem sentido na doutrina, sem conteúdo nas leis” (BONAVIDES, 2003, p. 27).

Não por outro motivo, a Lei de Execução Penal estabeleceu, em seu art. 4ª: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”. Essa previsão possui forte apelo democrático, enquanto distribui a responsabilidade sobre o êxito da execução penal aos integrantes da sociedade, conferindo-lhes autonomia para auxiliar em todo o processo de cumprimento de pena, cujo resultado (retorno à sociedade do condenado) afetará a todos.

É assim que, na APAC, desde o primeiro momento, a comunidade está presente, buscando estabelecer laços e vínculos com os recuperandos, diferentemente do sistema comum, que isola o condenado e muitas vezes cria dificuldades e barreiras para que se tenha acesso a ele.

2.2 A metodologia APAC – A valorização humana como base

Apesar do artigo 3º da Lei de Execução Penal garantir que serão preservados aos condenados todos os direitos não afetados pela sentença ou pela lei, a realidade no sistema penitenciário brasileiro, como se viu, revela uma realidade em que os presos, além de perderem a liberdade, têm sua dignidade comprometida.

Agrupados em quantidade em espaços extremamente reduzidos, muitas vezes obrigados a dormir em pé, esses indivíduos enfrentam contínuas violações de sua integridade física, moral, psicológica e sexual. Expostos aos perigos das drogas, da AIDS, da hepatite, da tuberculose e de diversas outras doenças infecciosas, a realidade já apresentada no sistema carcerário brasileiro destaca a brutalidade e a crueldade com as quais o ser humano é capaz de tratar seus semelhantes (SILVA, 2011, p. 19).

A metodologia APAC, ao contrário dessa realidade, aparece como um modelo alternativo de descentralização dos presídios, a fim de que cada

município ou comunidade assuma sua população prisional. Trata-se de um processo de municipalização do cumprimento da pena, com presídios de pequeno porte (chamado CRS – Centro de Reintegração Social) situados nas comarcas, próximos do núcleo familiar e afetivo do recuperando.

Com menos condenados juntos,⁷⁹ dificultando, assim, a formação de quadrilhas e grupos que subjuguem os mais fracos, e com melhores instalações (salas para laborterapia, biblioteca, departamento médico-odontológico, refeitório, reuniões, aulas, encontros festivos e atos religiosos), a APAC caracteriza-se pelo incremento de uma disciplina rígida, baseada no respeito, na ordem, no trabalho, no estudo e no envolvimento da comunidade e da família do recuperando, sem o que não há falar em (res)socialização.

Na preservação de todos os direitos e garantias fundamentais previsto na Constituição, legislação interna e internacional, e após anos a fio de estudos e vivências práticas dentro dos presídios, desenvolveu-se uma terapêutica própria no cumprimento da pena, constituída por 12 (doze) elementos fundamentais: 1. Participação da comunidade; 2. O recuperando ajudando o recuperando; 3. Trabalho; 4. Espiritualidade e a importância de se fazer a experiência com Deus; 5. Assistência jurídica; 6. Assistência à saúde; 7. Valorização humana - base do Método APAC; 8. A família; 9. O voluntário e o curso para sua formação; 10. Centro de Reintegração Social – CRS; 11. Mérito; 12. A jornada de libertação com Cristo.

Quanto à participação da sociedade, ensina Miguel Reale Júnior (1983, p. 88) que “A maneira de a sociedade se defender da reincidência é acolher o condenado, não mais como autor de um delito, mas na sua condição inafastável de pessoa humana”.

Desse modo, a participação da comunidade na APAC se faz presente em todos os momentos, desde o processo implantação, que tem início geralmente por meio de uma audiência pública, até após o retorno do

⁷⁹ A capacidade máxima de recuperandos por APAC é de 200 (duzentos).

recuperando ao convívio social. A comunidade é convocada cotidianamente para manter-se sempre ativa no Centro de Reintegração Social (CRS), estabelecendo laços e vínculos com os recuperandos, de modo a fortalecê-los gradualmente, promovendo essa reinserção ao convívio social externo (FERREIRA, 2022, p.73).

Quanto ao elemento recuperando ajudando recuperando, A APAC apresenta uma abordagem única em relação ao sistema prisional convencional, destacando-se pela ausência de agentes penitenciários, armas e, por conseguinte, da atmosfera hostil. Com premissas de justiça restaurativa⁸⁰, no modelo APAC, os recuperandos, cuidam uns dos outros, promovendo um ambiente de responsabilidade, ajuda mútua, solidariedade e fraternidade.

O método permite que os próprios presos compreendam melhor as necessidades dos outros presos, devido ao compartilhamento do mesmo ambiente e contexto de privações. A APAC é administrada por voluntários, mas o presídio opera com a colaboração do Conselho de Sinceridade e Solidariedade (CSS), composto pelos próprios recuperandos, que promovem a limpeza, organização, segurança e disciplina (OTTOBONI, 2018, p. 55).

Além de a APAC garantir a presença da família no CRS, assegurar ao recuperando o trabalho e o estudo, viabilizando assistência material, social, à saúde, jurídica e religiosa⁸¹, tudo isso como elementos estruturantes da própria metodologia. Um elemento, porém, é a pedra angular da

⁸⁰ Indubitavelmente, o reconhecimento do preso - chamado recuperando - como pessoa dotada de qualidades e passível de emenda, o uso do diálogo e da religião nessa tarefa, o chamamento da vítima e da sociedade à tarefa da execução penal e da recuperação do condenado, abrindo-se espaço para uma abordagem mais ampla e democrática do conflito, fazem da APAC um modelo de justiça penal destacadamente humanizado e comunitário e, portanto, restaurativo.

⁸¹ Conforme determina o art. 11 da LEP, a assistência ao preso será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.

metodologia. Trata-se do sétimo elemento: *a valorização humana - base do Método APAC* (OTTOBONI, 2018, p. 68).

O principal déficit de efetividade da dignidade da pessoa humana no Brasil deriva não de uma razão puramente jurídica ou mesmo econômica, mas de uma cultura muito enraizada, que não concebe a todas as pessoas como igualmente dignas. Nesse cenário, a dignidade humana periga, paradoxalmente, converter-se no seu inverso: um veículo adicional para reprodução e reforço do *status quo* de hierarquias e assimetrias, que consagra privilégios para uns à custa do tratamento indigno dispensado a outros (SARMENTO, 2016, p. 66).

Apesar de não ser absoluta em toda a sua extensão, a dignidade humana, pela sua estatura moral e relevância ímpar em nosso sistema constitucional, deve assumir um peso abstrato muito elevado na ponderação de interesses, de forma que, nos casos em que esteja efetivamente presente, ela quase sempre prevaleça no confronto com outros bens e princípios (SARMENTO, 2016, p. 96).

É sobre o pilar da dignidade humana que a APAC se assenta. O método se estrutura na seguinte frase: “matar o criminoso e salvar o homem” (OTTOBONI, 2018). A responsabilização do condenado se dá, desse modo, com total e irrestrito respeito à dignidade, visando restaurar o ser humano e, por via de consequência, proteger a sociedade, já que o preso cedo ou tarde retorna ao convívio social, porquanto, no Brasil, não há prisões perpétuas (Constituição, art. 5º, XLVII, “b”).

É preciso que o condenado tenha a consciência do erro, de sua consequência e da responsabilidade para com a sociedade. Mas é preciso também que tenha sua autoestima devolvida, que tenha referências positivas, baseadas em valores sólidos e fraternos, de modo que deixe de enxergar na criminalidade sua única e inevitável possibilidade de existência.

A contribuição de Gary S. Becker é significativa sob essa perspectiva. Para o economista estadunidense, Nobel de Economia no ano

de 1992, as políticas públicas destinadas à segurança pública e às normas jurídicas giram em função da *probabilidade da condenação (p)* e *efeito dissuasivo da pena (f)*. Essas variáveis (*p* e *f*) demonstram o grau de eficiência geral da política criminal em coibir a atividade criminosa. Caso as penas sejam ineficientes e não cumpram o seu papel dissuasório, em nada adiantará um sistema de justiça eficiente e, por lógica, a recíproca também é verdadeira (RODRIGUES, 2021, p. 76).

Além desses critérios tidos por racionais, Becker apresenta outra variável, a qual denomina de *características exógenas (u)*, a qual diz respeito ao histórico de relacionamento do indivíduo e a construção de valores. Trata-se de inibidores morais, a exemplo da família, religião, educação, profissionalização, aversão ao risco, entre outros. Com efeito, Becker apresenta uma fórmula relacionada à quantidade de crimes (*O*), afirmando que o número de delitos está em função da probabilidade da condenação (*p*), do efeito dissuasivo da pena (*f*) e das variáveis exógenas - inibidores morais (RODRIGUES, 2021, p. 77).

Do ponto de vista pragmático se pode concluir que as variáveis do efeito dissuasivo da pena (*p*) e exógenas (*f*) - inibidores morais – somente são alcançadas quando a dignidade do preso é respeitada (RODRIGUES et al., 2022, p. 95).

Na APAC o efeito dissuasivo da pena (*f*) é a grande missão do método, enquanto às variáveis exógenas (inibidores morais) são a pedra angular do método, pois a metodologia é centrada na recuperação do condenado sob os aspectos educacional, social, familiar, espiritual e profissional. À vista disso, na APAC, as ações assistenciais buscam dar ao preso esperança de que, ao entregar-se à recuperação, terá oportunidades fora da prisão como pessoa livre e útil (RODRIGUES et al., 2022, p. 95).

Nesse ponto, ganha relevo que não há armas nem agentes penitenciários dentro das APACs, afastando-se o clima de hostilidade que norteia o sistema prisional comum. No frontispício do CRS se lê: “Aqui

entre o homem, o criminoso fica lá fora”. Para o método, quem melhor entende do preso é o próprio preso, porquanto compartilham o mesmo ambiente, contexto de privações, desejos etc., durante o cumprimento da pena.

Na APAC, à medida que vão recebendo essas lições relacionadas à disciplina, limpeza e organização, os presos vão compreendendo a dimensão de sua nova postura, pois percebem que são os responsáveis pela melhoria do ambiente onde estão convivendo. Daí porque se deve entregar ao próprio preso (recuperando) a possibilidade de acolher o outro, demonstrando, com seu exemplo, a importância da recuperação.

Pondera Mário Ottoboni (2018, p. 54) que é fundamental, enquanto fator de recuperação (inibidor moral) ensinar o preso a viver em comunidade, a acudir o irmão que está doente, a ajudar os mais idosos e, quando for o caso, a prestar atendimento no corredor do presídio, na copa, na cantina, na farmácia, na secretaria etc.

2.3 A eficiência e os desafios da APAC

A fim de se demonstrar a eficiência da metodologia, enquanto segura alternativa ao sistema prisional comum estadual, passa-se, doravante, a análise de alguns dos números das APACs, segundo levantamento realizado nacionalmente pela FBAC⁸².

De início, cumpre esclarecer que, desde a fundação, em 1972, nunca se registrou um motim ou rebelião em um CRS administrado por uma APAC, já tendo passado pelo método 74.932 recuperandos. Atualmente, contando com 69 (sessenta e nove) estabelecimentos prisionais em funcionamento no Brasil, e 39 (trinta e nove) em processo de implantação, as APACs contam com um total de 6.649 recuperandos (INFORAPAC, 2023), conforme planilha abaixo:

⁸² Relatório sobre as APACs, disponível para consulta no endereço eletrônico: <https://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php?>. Acesso em: 05 dez. 2023.

Total de recuperandos cumprindo pena na APAC	Feminina	Masculina	Total
Regime fechado	427	3.857	4.284
Regime semiaberto	260	1.915	2.175
Regime aberto	28	162	190
Total	667	5.982	6.649

Além de não haver registro de descumprimento dos direitos humanos em um CRS, o custo mensal *per capita* das APAC é, em média, 3 (três) vezes menor que o gasto pelo Estado com o sistema comum, o que acaba por permitir ao Poder Executivo investir recursos em outras necessidades da população (Ferreira, 2022, p. 38).

Por outro lado, enquanto no sistema comum o número de presos estudando e trabalhando é praticamente desprezível, considerando o quantitativo de pessoas privadas de liberdade⁸³, no sistema APAC cerca de 50% dos recuperandos (3.293) fazem atividades educacionais (estudo regular ou profissionalizante) e a totalidade deles (6.649) trabalha:

Educação e profissionalização	
Alfabetização	461
Ensino fundamental	1.302
Ensino médio	958
Ensino superior	306
Cursos Profissionalizantes	266
Total de recuperandos estudando	3.293

Trabalho nas APACs	
Laborterapia	3.856
Oficinas e Unidades Produtivas	1.425
Trabalho para a APAC	587
Trabalho externo	782
Total de recuperandos trabalhando	6.649

⁸³ Consoante o 14º ciclo SISDEPPEN, os dados de trabalho externo referente ao último período (janeiro a julho de 2023) são de 590 presos e 14 presas trabalhando no setor primário (rural, agrícola e artesanato). No setor secundário (industrial e construção civil), o relatório acusou 675 presos e 3 presas, e no setor terciário (serviços) acusou 2.791 presos e 185 presas.

Por fim, e talvez aqui se tenha o dado mais importante e, ao mesmo tempo, impactante, tem-se a reincidência. A partir de 2016, a FBAC - Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, em parceria com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, iniciou estudos de reincidência dos egressos que cumpriram pena nos Centros de Reintegração Social das APACs do Estado de Minas Gerais, buscando desde então, mensurar ano a ano a reincidência criminal (FERREIRA, 2022, p. 232).

Para a mensuração da reincidência dos egressos das APACs, leva-se em conta as pessoas que permanecem pelo menos 9 (nove) meses custodiado – período estimado para uma efetiva adaptação e recuperação nos CRS, considerando-se, como marco depurador, três situações: i) extinção de punibilidade pelo cumprimento da pena, inclusive indulto, anistia e *abolitio criminis*; ii) beneficiados com livramento condicional; e iii) beneficiados com prisão domiciliar, com ou sem tornozeleira (FERREIRA, 2022, p. 233).

Segundo o último levantamento feito, o índice de reincidência das APACs masculinas é de 13,90%, contando a feminina com o índice de 2,84% (INFORAPAC, 2023⁸⁴).

Quanto ao sistema comum, um dos maiores desafios para a elaboração de indicadores de reincidência é a existência de vários tipos de definição e mensuração⁸⁵. Legalmente, os Artigos 63 e 64 do Código Penal Brasileiro definem como reincidente aquele indivíduo que, após sentença transitada em julgado por crime anterior, volta a cometer um crime em até 5 anos, contudo, como se disse, são inúmeras as definições utilizadas por relatórios e estudos que buscam compreender o fenômeno da reincidência.

⁸⁴ Relatório sobre as APACs, disponível para consulta no endereço eletrônico: <https://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php?>. Acesso em: 05 dez. 2023.

⁸⁵ Tem, em geral, as seguintes espécies de reincidência: a) genérica – quando a pessoa comete mais de um crime (mesmo sem condenação/trânsito em julgado), independentemente de lapso temporal; b) criminal – quando há mais de uma condenação, independentemente de prazo entre um crime e outro; c) penitenciária – quando há retorno ao sistema prisional, após o cumprimento de pena em um estabelecimento penal; d) legal – quando há condenação judicial por um crime em um período de até cinco anos após a extinção da pena anterior (CNJ, 2019).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) indicou ser senso comum a informação de que a reincidência no país tivesse uma taxa em torno de 70%, isto é, a cada dez pessoas liberadas do sistema prisional, sete voltariam a cometer novos crimes e, portanto, seriam detectadas e processadas por órgãos do sistema de justiça criminal. Esse percentual começou a ser divulgado em 2001 a partir do Relatório de Gestão do Ministério da Justiça (DEPEN), o qual analisava dados de 1998. No entanto, essa porcentagem revela resultados de estudos com conceitos considerados frouxos e metodologias muito particulares, acarretando possíveis vieses em suas análises (CNJ, 2019).

Já em 2008, proferindo outra narrativa sobre o assunto, o DEPEN divulgou que 43,12% dos apenados de todo o país no primeiro semestre daquele ano eram réus primários com uma condenação, 23,87% eram primários com mais de uma condenação e 33,01% eram reincidentes (CNJ, 2019).

Consoante o estudo de *Reentradas e reinterações infracionais: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros*, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2019), verificou-se que, no mínimo, 42,5% das pessoas com processos registrados nos Tribunais de Justiça em 2015 reentraram no Poder Judiciário até dezembro de 2019, com índices em alguns estados da federação bem mais elevados do que a média, como foi o caso do Espírito Santo (75%), Piauí (59,1%), Santa Catarina (57,5%), Rio Grande do Norte (56,4%) e Amazonas (55,6%).

Considerando que a taxa de reincidência na APAC é inferior a 15%, chega-se à conclusão, sem muito esforço, que o método APAC, no quesito ressocialização, cumpre um papel bem mais eficiente do que aquele desempenhado pelo sistema prisional comum.

Com efeito, percebe-se que a ausência de violação de direitos humanos, custo per capita 3 vezes menor, trabalho e estudo disponível para todos os recuperandos e um baixo índice de reincidência são características

que fazem da APAC uma alternativa extremamente vantajosa para o enfrentamento da crise carcerária hoje vivenciada no Brasil, independentemente da unidade da federação.

De outra banda, não se desconhece os desafios de expansão da metodologia apaqueana. A despeito de ser um método menos oneroso e mais efetivo, a ampliação da metodologia tem sofrido resistência, em especial sob três aspectos, sem querer esgotar o assunto⁸⁶.

O primeiro, e talvez o principal deles, é o desafio de vencer a cultura punitivista da população, enraizada na concepção de que o indivíduo que comete um crime perde a dignidade. A despeito de estarem presentes no Brasil preocupações com direitos humanos, de existir uma ampla e detalhada legislação interna sobre os direitos dos presos e de haver informação de todas as ordens sobre o quadro de desrespeito a essa legislação, o problema nos presídios permanecem sem mudanças significativas ao longo dos anos.

Para vencer essa barreira, é necessária uma conscientização da comunidade acerca dos seus deveres de cooperação com o Estado na tarefa de ressocialização do condenado, advertindo-se, por outro lado, que a própria sociedade sofre os efeitos nocivos de um sistema prisional ineficiente.

Não é por outra razão que o primeiro passo para a implementação de uma APAC é uma audiência pública, a fim de se mobilizar e sensibilizar os munícipes com a proposta. Em seguida, deve-se realizar seminários de estudos e conhecimento sobre o método, visando despertar a consciência dos interessados para a seriedade e importância do trabalho a ser desenvolvido (RESENDE E SANTOS et al., 2018, p.22).

O segundo desafio diz respeito à ausência de uma política pública que seja de estado, isto é, permanente e que não pertença ao governante de

⁸⁶ Para saber mais sobre os desafios de implementação da APAC ler: Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. Guia de desafios para implementação da APAC / Conselho Nacional do Ministério Público. – Brasília: CNMP, 2018.

plantão. Dentre os Estados brasileiros com o maior número de APAC tem-se Minas Gerais (49), e a razão disso é porque lá há interesse dos órgãos do sistema de justiça penal pelo modelo, notadamente do Poder Judiciário e do Executivo mineiro. O TJMG possui um programa que funciona a pleno vapor, chamado *Novos Rumos na Execução Penal*, hoje regulado pela Resolução n° 925/2020 – TJMG⁸⁷, que nasceu no ano de 2004 e tem a finalidade de coordenar a implantação do método em todo o estado mineiro.

Muito embora no Rio Grande do Norte se tenha também o Programa Novos Rumos na Execução Penal, criado com o mesmo fim, aqui a metodologia não se desenvolveu da mesma forma, por não existir, acreditasse, um real interesse do Judiciário e do Executivo com essa política pública, como ocorreu em Minas Gerais. No estado potiguar tem-se apenas um APAC em funcionamento na cidade de Macau, implantada em 2010, e uma em via de implantação da cidade de Macaíba, onde já existe um CRS construído e aprovado pela FBAC.

Segundo Valdecir Ferreira, o *Programa Novos Rumos*, vinculado à presidência do TJMG, marcou uma atuação inovadora em favor da humanização do cumprimento das penas privativas de liberdade, pois propôs o método APAC como uma política pública permanente do Poder Judiciário mineiro, alternativa aos problemas de execução penal em todas as comarcas do estado (FERREIRA, 2022, p. 46).

O terceiro desafio de expansão do método diz respeito à ausência de disciplina legislativa, notadamente no nível federal⁸⁸. A despeito de mais de 50 anos de funcionamento das APACs no Brasil, ainda há uma grande carência legislativa regulamentando o assunto.

⁸⁷ Disponível em <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re09252020.pdf>

⁸⁸ O que se tem em âmbito nacional é a Resolução n.º 3/2019 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, elaborada a partir de estudo preliminar do DEPEN e que propõe como diretriz de política pública penitenciária o fortalecimento da participação da sociedade civil na execução penal através do método APAC.

Do ponto de vista federal, afora a Resolução nº 03/2019, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, elaborada a partir de estudo preliminar do DEPEN, que propõe como diretriz de política pública penitenciária o fortalecimento da participação da sociedade civil na execução penal através do método APAC, não há absolutamente nada que fale sobre o assunto, muito embora a Lei de Execução Penal contenha, em seu art. 4º, disposição expressa asseverando que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena⁸⁹.

Já no âmbito dos estados, dada a competência concorrente para legislar sobre sistema penitenciário (art. 24, I, da Constituição), vê-se a edição de algumas leis⁹⁰, mas isso, por si só, não tem sido suficiente para garantir a consolidação e expansão da metodologia em boa parte dos estados. Cite-se o exemplo do Rio Grande do Norte, que possui a Lei Estadual n.º 9.273, de 2009, porém o primeiro termo de fomento celebrado pelo Estado com a APAC de Macau somente ocorreu em 2019, isto é, 10 anos após a edição da lei e do funcionamento do CRS⁹¹.

Nesse contexto, ao lado da cultura punitivista da população e da ausência de uma política de estado, a ausência de uma regulamentação federal, no sentido de estabelecer uma política pública nacional e uniforme representa, de fato, um desafio a ser vencido no processo de expansão e consolidação do método APAC.

⁸⁹ Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 9054/2017, que, dentre outras alterações, se aprovado, adicionará o art. 90-A à Lei de Execução Penal, reconhecendo, a nível nacional, a APAC como estabelecimento de cumprimento de pena privativa de liberdade.

⁹⁰ Lei Estadual nº 15.299, de 2004, em Minas Gerais; Lei Estadual nº 17.138, de 2012, no Paraná; Lei Estadual nº 16.539, de 2014 em Santa Catarina; Lei Estadual nº 3.840, de 2016 em Rondônia; Lei Estadual nº 2.288, de 2018 no Amapá. Lei Estadual nº 19.962/2018 em Goiás.

⁹¹ A notícia da celebração do convênio pode ser conferida no endereço eletrônico: <http://www.rn.gov.br/Conteudo.asp?TRAN=ITEM&TARG=211264&ACT=&PAGE=&ARM=&LBL=Materia>.

Considerações finais do capítulo

A pesquisa demonstra que a crise do sistema penitenciário brasileiro, reconhecido pelo STF como um estado de coisas inconstitucional (ADPF 347), reclama a toma de ações urgentes, seja para minimizar a violação sistemática dos direitos fundamentais dos presos, seja para evitar o efeito multiplicador da violência decorrente do tratamento desumano dentro das prisões, as quais, ao invés de (res)socializar, embrutece cada vez mais o indivíduo.

Esse quadro impõe a busca por uma responsabilização que não colida com a dignidade inerente a toda pessoa, porquanto há um elevado custo social e humano na manutenção dessa realidade, sobretudo porque, como não há prisão perpétua no país, após passar pelo sistema carcerário, o preso retorna ao convívio social e, quando não (res)socializado, sua propensão será o cometimento de mais crimes.

Viu-se que a crise carcerária é agravada pela entrada excessiva de presos no sistema prisional, em especial pela prática de crimes sem emprego de violência ou grave ameaça, notadamente após a implementação da política nacional de guerras às drogas contida na Lei n.º 11.340, de 2006.

A pesquisa também mostra que, ao lado do dever de proteção do Estado, a Constituição (art. 144, *caput*) e a Lei de Execução Penal (art. 4º) estabelecem o dever de cooperação da comunidade na cooperação com as atividades de execução da pena. Essas previsões possuem forte apelo democrático, porquanto distribuem a responsabilidade sobre o êxito da execução penal não somente às instituições públicas, mas a todos os integrantes da comunidade, conferindo-lhes autonomia para auxiliar em todo o processo de cumprimento de pena.

É nesse cenário que o modelo alternativo de cumprimento de pena da APACs aparece, enquanto manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana. Com menos condenados juntos e em melhores instalações,

os Centro de Reintegração Social das APACs afastam a atuação das organizações criminosas, mediante o incremento de uma disciplina rígida, baseada no respeito, na ordem, no trabalho, no estudo e no envolvimento da comunidade e da família do recuperando.

A despeito dos desafios a serem encarados para a expansão e sustentabilidade do método (cultura punitivista, ausência de política pública de estado e de regulamentação federal), a pesquisa mostra a APAC pode e deve ser implementada como uma política pública de Estado no enfrentamento da crise carcerária hoje vivenciada no Brasil, porquanto, além de ser pautada na valorização humana e na garantia dos direitos fundamentais dos presos, as APACs contam com um custo *per capita* 3 (três) vezes menor, quando comparadas ao sistema comum, bem como diante do seu alto índice de ressocialização.

A eficiência da metodologia apaqueana, portanto, por ser atestada pelo baixo custo social da pena, pois diante da ativa participação da comunidade, o Estado emprega bem menos recursos no CRS do que em presídios comuns, ao passo que o egresso retorna para o convívio social produtivo, uma vez que durante o cumprimento da pena dedicou-se ao estudo, à profissionalização e ao trabalho.

Assim, conclui-se que, devido à falta de políticas públicas eficazes na execução penal, o método APAC surge como uma opção para superar o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro, porquanto, empiricamente, tem demonstrado resultados mais favoráveis.

Referências

- ATAQUES no Rio Grande do Norte chegam a 300 em oito dias, diz governo. **Portal G1 RN**, s.l., 22 mar. 2023. Disponível em: <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2023/03/22/ataques-no-rio-grande-do-norte-chegam-a-300-em-oito-dias-diz-governo.ghtml>. Acesso em: 5 dez. 2023.
- AVALIAÇÃO do impacto de critérios objetivos na distinção entre posse para uso e posse para tráfico. **Um estudo Jurimétrico da Associação Brasileiro de Jurimetria**, s.l., 02 abr. 2019. Disponível

em: https://abj.org.br/pdf/20190402_abj_criterios_objetivos.pdf.
Acesso em: 1 dez 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo nº 254, 2010.

BANCADA da bala: foram eleitos 48 deputados policiais e militares. **Le Monde Diplomatique**, s.l., 21 out. 2022. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/bancada-da-bala-foram-eleitos-48-deputados-policiais-e-militares/>. Acesso em: 1 dez 2023.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Reentradas e reinterações infracionais**: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros. Brasília: CNJ, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Guia de desafios para implementação da APAC**. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2018.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (MNPCT), 2023. **Relatório de Inspeções realizadas no Estado do Rio Grande do Norte. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura**; Organização: Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, Brasília, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 dez. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 2006**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 6 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília: Central do Processo Eletrônico do STJ, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 5 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635.659**. Voto do Ministro Alexandre de Moraes. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília: Central do Processo Eletrônico do STJ, 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoP>

- processo.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&class eProcesso=RE&numeroTema=506. Acesso em: 5 dez. 2023.
- COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos: **Relatório sobre os Direitos Humanos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas**. 2011.
- FERREIRA, Valdeci. **APAC: a revolução do sistema penitenciário**. Itaúna/MG, Editora do Autor, 2022.
- GALDINO, Matheus Souza. **Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão teleológica dos fatos para a teoria do processo estrutural**. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org). Processos estruturais. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- HAMILTON, Olavo. **Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas**. 4. ed. Natal: OWL, 2019.
- INFORAPAC. **Relatório sobre as APACs**, FBAC, s.l., s.d. Disponível para consulta no endereço eletrônico: <https://www.fbac.org.br/infoapac/relatoriogeral.php?>. Acesso em: 05.12.2023.
- OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso?: método APAC**. Belo Horizontes: Gráfica O lutador, 2018.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Novos rumos do sistema criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- RESENDE E SANTOS, Luiz Carlos; FERREIRA, Valdeci; SABATIELLO. **APAC: A humanização do sistema prisional**. TJMG. Belo Horizonte/MG, 2018.
- RODRIGUES, Fillipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. 2. Ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2021. Edição do Kindle.
- RODRIGUES, Felipe Azevedo; Ivan Lira de Carvalho & Maria Eugenia Batista Cordeiro. 1. Ed. **O método APAC à luz da análise econômica do Direito Penal**. Natal/RN: Polimatia, 2022.
- SARLET, Ingo Wolfgan. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS (SENAPPEN). **Dados estatísticos do sistema penitenciário: 14º ciclo de coleta** (período de janeiro a junho de 2023). Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 4 dez. 2023.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 3 ed. Natal: OWL, 2021.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal**. Natal: OWL, 2023.

SILVA, Jane Ribeiro. **A execução penal à luz do método APAC.** Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2011.

Capítulo 8

Relação entre a lei de drogas e o sistema prisional com base em critérios epistemológicos

*José Carlos da Luz Wanderley Macedo Neves de Almeida*⁹²

*Leonardo Oliveira Freire*⁹³

Introdução

Inicialmente, propõe-se um convite ao leitor para um mergulho profundo em águas pouco exploradas no vasto campo da ciência: a epistemologia. Este trabalho, em si, parte do ponto de mutação em que o mergulho no universo subatômico conduz à revolução científica do pensamento sistêmico, cujas premissas da intersubjetividade, da complexidade e da dinâmica (Vasconcellos, 2002, p. 107-109; Almeida, 2018, p. 57) – que serão exploradas no curso do texto – sugerem a superação dos pilares do pensamento mecânico: objetividade, simplicidade e estabilidade.

O trabalho não se limita a determinar como aquilo que se estuda *é* ou como *deveria ser*, o que seria ofício da ciência que reproduz as premissas epistemológicas da mecânica clássica. Tampouco supõe que algo possa ser

⁹² Mestrando e graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisador nos grupos “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte”. Especialista em Cannabis Medicinal e Direito. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-1312-3236>

⁹³ Pós-doutor em Direito pela UFRN. Doutor em Filosofia Prática na área de Filosofia do Direito pelo Programa de Pós-Graduação Integrado de Doutorado em Filosofia (UFPB - UFPE - UFRN). Mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRN. Especialista em Perícia Criminal pela Faculdade Estácio de Natal. Atualmente é professor colaborador e convidado junto ao Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Fundador e Membro da Direção Geral do Instituto Brasileiro de Segurança Pública - IBSP. Sócio e idealizador da Câmara de Mediação, Conciliação, Arbitragem e Justiça – CAMAJUS. Coordenador adjunto do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM no RN. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6688-8538>.

explicado em termos estáticos, de forma definitiva, em termos objetivos e/ou a partir de funções quadráticas de dupla variável causa e efeito. De pronto, é preciso abrir a mente para uma nova perspectiva sobre a complexa teia intersubjetiva e dinâmica que conecta os aspectos aqui abordados no tocante à temática da guerra às drogas.

O convite é para abandonar o que Antonio Bispo dos Santos, o Mestre Quilombola Nêgo Bispo dos Santos⁹⁴ (2023), denominou cosmofobia⁹⁵. Na sua visão, a cosmofobia é uma doença que tem como recomendação terapêutica a contracolonização (Santos, 2023, p. 19).

Apresenta-se um arcabouço epistemológico alinhado ao pensamento sistêmico – que tanto pode ser entendido no nível epistemológico como o paradigma científico que se origina das conclusões da física quântica (Vasconcellos, 2002), como também pode ser entendido em uma perspectiva circular como uma postura de contraponto (Almeida, 2018). O pensamento sistêmico parte de uma atitude fenomenológica diante da realidade que se apresenta no mundo sensível que não exclui saberes e compreensões diversas daquela perspectiva clássica de ciência como técnica de dominação e controle da natureza (Bareuther, 2014; Almeida, 2018).

Sob o ponto de vista histórico, leva-se em consideração apagamento sistemático da voz dos povos que em sua autopoiese se constituem representantes dessa natureza - tomada pelo discurso científico herdeiro da

⁹⁴ A opção por utilizar a referência aos aspectos subjetivos tem por finalidade situar o lugar de fala, que neste caso é significativamente relevante para a compreensão dos diálogos entre epistemologias diversas. Neste sentido, opta-se por preservar algumas falas em citações diretas mais longas tendo em vista que essas narrativas não partilham da mesma estruturação objetivista habitual domínio linguístico da ciência.

⁹⁵ “Os indígenas viviam no Brasil em um sistema de cosmologia politeísta. Viviam integrados cosmologicamente, não viviam humanisticamente. Chegaram então os portugueses com suas humanidades e tentaram aplicá-las às cosmologias dos nossos povos. Não funcionou. Surgiu assim o contra colonialismo. O contra colonialismo é simples: é você querer me colonizar e eu não aceitar que você me colonize, é eu me defender. O contracolonialismo é um modo de vida diferente do colonialismo. [...] Trouxemos a palavra contracolonialismo para enfraquecer o colonialismo. Já que o referencial de um extremo é o outro, tomamos o próprio colonialismo. Criamos um antídoto: estamos tirando o veneno do colonialismo para transformá-lo em antídoto contra ele próprio” (Santos, 2023, p. 58-59).

razão iluminista como elemento de oposição ao Antropoceno⁹⁶ (Krenak, 2020a).

Assim, a tessitura dialoga com cosmovisões originárias (Krenak, 2020a; Kopenawa, 2015; Santos, 2023) possibilitando outras narrativas para explicar, entender, ou mesmo questionar o que está posto. Propõe questionar o que não se questiona, o simples, o que está aos olhos de quem quiser ver e ao alcance das pessoas independentemente do seu grau de instrução.

Para fins didáticos, denomina-se *epistemologia cosmológica* toda e qualquer base de conhecimento que partilhe da cosmovisão de que partem o pensamento indígena de Krenak (2020a), de Kopenawa (2015), bem como o pensamento quilombola de Antônio Bispo dos Santos (2023).

Seria insano olvidar os processos sangrentos de colonização de terras nos locais onde se erguem os presídios que encarceram as gerações herdeiras daqueles que foram expurgados de suas terras pelo mesmo processo de colonização que criou a instituição prisional moderna na terra tropical da floresta brasileira.

Uma provocação, a saber: é irrelevante que o prédio específico em que se situa, hoje, uma determinada penitenciária tenha sido erguido sobre ruínas de um antigo quilombo, ou de uma aldeia ou de um cemitério indígena (Amador, 2021)⁹⁷?

Obviamente deve-se enfrentar uma assunção velada e praticamente absoluta do *status quo*, mas afinal, como chegamos à atual conjuntura organizacional do que chamamos República Federativa do Brasil? Sob a perspectiva de cosmovisões dissidentes, como o pensamento indígena ou o

⁹⁶ Para Krenak, a tragédia da experiência projetada na mercadoria, de modo que ela é tudo que está fora de nós, e que atinge a todos, é adiada em algumas situações em que a política compõe espaços comunitários de segurança temporária – a despeito do verdadeiro sentido do compartilhamento de espaços –, amparada por um sistema que depende cada vez mais da exaustão da natureza, configurando um dilema em que a exaustão de todas as outras partes da vida parece ser a única possibilidade para a continuidade existencial de comunidades humanas. O Antropoceno tem no sentido sobre a nossa existência a ideia do que é humano, fundada no apego à ideia fixa de paisagem da terra e de humanidade - sua marca mais profunda (KRENAK, 2020a, p. 45).

⁹⁷ Faz-se alusão à fala de Ailton Krenak no referido vídeo.

pensamento quilombola, tais questionamentos não são absurdos, são, por outro lado, essenciais. A contracolônização é a narrativa de uma trajetória⁹⁸.

O empreendimento colonizador transformou o mundo em porções de terra fixadamente delimitadas e organizadas dentro do sistema nacionalista, em que se realiza o capitalismo. Esse processo é recente, na história. A humanidade como conceito é a base do Antropoceno (Krenak, 2020). É uma criação das ciências humanas e dos direitos humanos que costuma ser assumida pela comunidade científica como uma premissa interpretativa *a priori*.

No antropoceno, a lógica de unidade emerge de características biológicas que nos unificam em uma só espécie, com uma ontologia fundada no verbo ser, visto em uma especificidade individualidade restrita em termos definidos a partir do pertencimento à espécie humana, de acordo com a taxonomia das ciências biomédicas⁹⁹. Esse é o seu argumento interpretativo fundante, que sustenta todo o arcabouço normativo internacional dos direitos humanos. Justamente por isso é preciso ter em

⁹⁸ “Os indígenas viviam no Brasil em um sistema de cosmologia politeísta. Viviam integrados cosmologicamente, não viviam humanisticamente. Chegaram então os portugueses com suas humanidades e tentaram aplicá-las as cosmologias dos nossos povos. Não funcionou. Surgiu assim o contracolonialismo. O contracolonialismo é simples: é você querer me colonizar e eu não aceitar que você me colonize, é eu me defender. O contracolonialismo é um modo de vida diferente do colonialismo. [...] Trouxemos a palavra contracolonialismo para enfraquecer o colonialismo. Já que o referencial de um extremo é o outro, tomamos o próprio colonialismo; criamos um antídoto: estamos tirando o veneno do colonialismo para transformá-lo em antídoto contra ele próprio” (Santos, 2023, p. 58-59).

⁹⁹ Até pouco tempo atrás, na história das relações mediadas pelo estamento público, a definição de pertencimento à espécie a partir de critérios biológicos estáticos não abrangia determinadas experiências humanas como de pessoas transgênero e não-binárias, por exemplo. Abandonar as definições limitantes da biologia - determina a pessoa em termos mecânicos, objetivos, simplistas e estáticos -, desde o reconhecimento de pessoas negras, indígenas, trans, travestis, não-binárias, e até a certas questões envolvendo animais envolvidos em relações humanas tem nos levado a uma redefinição do conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, Novais (2016, p. 44) “mesmo não atribuindo, para efeitos de fundamentação da dignidade da pessoa humana, relevância decisiva à simples pertença à espécie, um olhar informado pela história, pelas realizações. e pelo lugar do Homem no Mundo (nesse sentido de *homo sapiens*) deixa indicações sobre o porquê de haver um lugar ímpar que a espécie humana ocupa. Essa singularidade qualificada, que o distingue de qualquer outra espécie, advém do que pode ser designado como a existência de uma “parcial descontinuidade entre natureza e humanidade”?! que, todavia, poderia hipoteticamente ser encontrada noutras espécies do mesmo ou de outro gênero”.

mente que se trata de um exercício intelectual, um questionamento que provoque a reflexão sobre como tecer diálogos entre o que emerge tanto da perspectiva fundante do estado como daquela anterior à chegada dessa instituição no território em que se situa uma determinada nação.

Não se trata de propor uma oposição irrestrita. Sustenta-se que se deve conferir legitimidade ao coletivo auto-organizado, mais do que reiterar a heteronormatividade, ainda que com ela se deva dialogar.

A própria tentativa de definir nação a partir da definição de um território demarcado de maneira estática, avaliada sob a perspectiva do ponto de mutação mencionado, leva-nos a questionar se não seria necessário, para uma transformação efetiva, a possibilidade de dinamizar territorialidades a partir do reconhecimento de entidades auto-organizacionais que também podem ser consideradas nações, embora não tenham reconhecimento perante sistema internacional¹⁰⁰.

Para alcançar esse tipo de utopia ainda é necessário um longo caminho de ressignificação de tudo que nos trouxe até aqui. Acredita-se que nem tudo está perdido e que há uma diversidade de possibilidades para lidarmos com a crise do sistema carcerário e da guerra às drogas, mas para acessar grande parte desses caminhos regenerativos é preciso uma abertura preliminar, a que se chama epistemológica, e é disso que esse capítulo trata. Longe de definir soluções, o objetivo é abrir caminhos na ciência jurídica para que o princípio democrático da soberania do povo alcance o nível dos pressupostos epistemológicos que nos fundamentam enquanto fazer jurídico-científico.

A partir das cosmovisões originárias indígena e quilombola, busca-se compreender o que é colonização, em palavras que são acessíveis para quem não teve sua comunicação colonizada pelo português acadêmico, por exemplo, e assim almeja-se uma linguagem acessível e de fácil

¹⁰⁰ Sobre nações e nacionalismos, ver (HOBSBAWN, 1990).

compreensão. Isso, porém, não implica abstenção à robustez do vocabulário científico necessário ao caminho aqui percorrido.

O texto parte não de uma perspectiva linear da história, desde a invasão pelas delegacias de Portugal e de outros países da Europa até os dias atuais, mas da perspectiva de quem lida cotidianamente com a invasão dos preceitos coloniais, que adentram meta-territorialidades de saber, poder e ser, entre comunidades que hoje se denominam remanescentes de povos originários indígenas e quilombolas.

Assim, se a política proibicionista internacional faz parte do empreendimento colonizador, fato é que esse mesmo empreendimento nos deu a nós, pessoas humanas, o direito universal à liberdade de consciência – conforme art. 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948), o que não pode excluir a liberdade para analisar o processo de dominação operado nesse mesmo sistema.

Na conjuntura atual, já há certa liberdade parlatória científica - ainda que esse domínio linguístico seja originário desse mesmo empreendimento, que desde sua gênese atua pondo em dúvida, deslegitimando, dominando e subjugando sistemas de conhecimento epistemologicamente diversos, como o pensamento indígena e quilombola.

Busca-se tratar da colonização de meta-territórios, como o imaginário coletivo¹⁰¹, o senso comum teórico dos juristas¹⁰² ou a razão instrumental¹⁰³ eficientista do Estado - ainda que seja central a questão de terras, principalmente para os povos guardiões da floresta.

¹⁰¹ Para Maffesoli (2001, p. 80), o imaginário é algo além do indivíduo, que parte do coletivo, sendo muito pouco individual, mas sobretudo partilhado.

¹⁰² Termo discutido em Luiz Alberto Warat (1994).

¹⁰³ Para Horkheimer (2002, p. 62), a neutralização da razão a torna ausente de uma relação com o conteúdo objetivo e de sua possibilidade de julgá-lo, e isso reduz o seu papel ao de uma agência executiva mais preocupada com a forma do que com os motivos, como um simples mecanismo de registrar os fatos. Em nossa leitura, isso configura um terreno fértil para a inserção subreptícia e a consequente recepção acrítica do sentido material colonialista na operacionalização dos mecanismos da razão.

Este capítulo dialoga com a pesquisa realizada pelo por meio do Projeto de Pesquisa “Criminalidade Violenta e Diretrizes para uma Política de Segurança Pública no Estado do Rio Grande do Norte”, vinculado ao curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, sob coordenação do professor Walter Nunes da Silva Júnior. Foram coletados dados entre março e dezembro de 2022, sobre 162 processos de crimes da lei de drogas que cujas pessoas condenadas se encontravam à época, cumprindo pena na Penitenciária Dr. Francisco Nogueira Fernandes (Penitenciária Estadual de Alcaçuz – PEA) e 26 no pavilhão feminino do Complexo Penal Dr. João Chaves (CPJC), localizados no Estado do Rio Grande do Norte.

Analisa-se a relação entre a lei de drogas e o sistema prisional sob critérios epistemológicos, no intuito de sugerir caminhos para uma nova forma de pensar políticas públicas compensatórias e emancipatórias frente à padronização globalizada e cosmofóbica. Segue-se ao mergulho.

1. Os fundamentos da criminalização das drogas

Este tópico discorre sobre os fundamentos que sustentam a criminalização das drogas. Inicialmente analisa a complexa teia das relações permeadas pela colonialidade e refletidas no proibicionismo, apurando aspectos da contracolônização a partir da ótica da epistemologia cosmológica estampada nas ideias de Nego Bispo Santos (2023), Ailton Krenak (2020a), bem como de Davi Kopenawa (2015). Em seguida, analisa dados do sistema prisional coletados na pesquisa, buscando compreender aparentes antinomias a partir de aspectos de supressão epistemológicas que se refletem nos dados, relacionando cidade, criminalidade e perseguição de práticas culturais afro-ameríndias com a colonização. Por fim, aborda a normativa proibicionista, desde as convenções internacionais até a Política Nacional de Drogas.

1.1 Colonização e contracolonização

O fenômeno da guerra às drogas envolve múltiplos fatores que se relacionam de maneira dinâmica e resultam em efeitos e impactos sistêmicos de toda ordem. No nível executivo estatal, o encarceramento como resposta ao crime, em um contexto de graves violações de direitos fundamentais básicos relativos à saúde, educação e subsistência - cenário comum na periferia da dinâmica colonial - revela a incapacidade do Estado de gerir seu próprio povo.

Segundo o Mestre Quilombola¹⁰⁴ Nego Bispo dos Santos (2023, p.47), formado pelos ensinamentos de mestras e mestres de ofício do quilombo Saco-Curtume, município de São João do Piauí (Porfírio; Oliveira, 2021), há modos de vida fora da colonização, mas política não.¹⁰⁵

Logo, quando se propõe a interseção entre o saber contracolonial e a elaboração de políticas públicas, é partindo da constatação de que a crise do Estado o revela incapaz de gerir o seu povo, e as pessoas – permanecendo em apatia a espera de que o governo resolva o problema da criminalidade –, incapazes de se auto-organizar. Mas paralelamente a isso, o crime permanece organizado.

Para isso, no afã de contribuir para a elaboração de uma política pública que acolha aquilo que foi historicamente alvo do epistemicídio colonialista, esta elaboração se vale do empoderamento linguístico contracolonial como ferramenta epistemológica de enfrentamento de crise.

¹⁰⁴ Em termos metodológicos, a opção por mencionar que se trata de um Mestre Quilombola diz respeito à contemplação do pressuposto da intersubjetividade, no paradigma do pensamento sistêmico, como se vê ao longo do texto.

¹⁰⁵“Existem modos de vida fora da colonização, mas política não. Toda política é um instrumento colonialista, porque a política diz respeito à gestão da vida alheia. Política não é autogestão. A política é reproduzida por um grupo que se entende iluminado e que, por isso, tem que ser protagonista da vida alheia. A democracia é uma coisa eminentemente humana. Os outros seres, os outros viventes no mundo, não exercitam esse movimento. [...] Só os humanos têm essa estrutura em que um vive para gerir a vida do outro verticalmente, para defender o direito dos outros. Entre as outras vidas, cada um se defende de forma segmentada para defender o território de forma integrada” (Santos, 2023, p. 47).

1.1.1 desconstruindo os ruídos e resignificando as ideias

Há questões afetas ao tráfico de drogas que estão intrinsecamente ligadas à colonização. Desde já se alerta ao leitor que aqui não há apologia ao tráfico. É necessário para a compreensão sistêmica entender os devaneios históricos e sociais. Com a colonização, muitos países periféricos foram explorados e subjugados por nações do centro colonial situado no eixo Europa-Estados Unidos, resultando em desigualdades econômicas e sociais profundas.

No contexto interno, a colonização como ação comunitária sistêmica se serve do colonialismo, *modus operandi* em que o poder está nas mãos da elite interna e das oligarquias ligadas estreitamente com o estamento e frequentemente confundidas com ele, atuando em benefício próprio e em colaboração com interesses supranacionais, compartilhando a exploração das classes subjugadas e dos recursos nacionais. Em outras palavras, as relações desiguais de poder existem tanto no plano internacional quanto doméstico, de modo que o Estado-Nação hoje ainda mantém as estruturas internas coloniais que prevaleciam à época do domínio colonial e durante a colonialidade (Santos Júnior, 2016, p. 168). Trata-se de uma reprodução interna da lógica de exclusão centro-periferia. Norberto Bobbio (1997) defende que o colonialismo está inserido na própria ordem institucional, caracterizando-se como um neocolonialismo institucional.

Essa exploração da periferia pelo centro muitas vezes se traduz na extração de recursos naturais, incluindo plantas usadas na produção de substâncias classificadas como drogas. Esse mesmo sistema impõe normas gerais epistemologicamente fundadas em valores cripto-teológicos de matriz judaico-cristã, rechaçando práticas nativas costumeiras relacionadas ao consumo de substâncias.

Foucault, em história da sexualidade e outros textos, aponta reiteradamente como elemento distintivo da cosmologia cristã a desqualificação dos prazeres. As obrigações cristãs compartilham

fundamentos prático-discursivos acerca da verdade baseados numa dualidade inerente que deve ser contida e controlada por meio de disciplinas e punições. Esse contexto é inserido em uma biopolítica, nesta linha foucaultiana, focada em tornar os corpos dóceis e produtivos em uma engrenagem que funciona para fortalecer o poder do dominador. A proibição do consumo de substâncias nesse caleidoscópio de antinomias está intimamente ligada à ruptura de barreiras proporcionada pela supremacia da cultura do nacionalismo e das nações.

O modo como se operacionaliza o tratamento das drogas no sistema de reprimenda articulado em âmbito doméstico e internacional, contudo, prevê ressalvas expressas para o uso médico e científico, e, de forma restrita e insipiente, para usos mágicos e ritualísticos (vide convenções). Neste sentido, o Brasil reconhece o uso mágico ritualístico do DMT, substância contida no chá conhecido por ayahuasca, regulamentado pela resolução nº 01/2010 do CONAD.

No entanto, a regra geral é que há dois focos na política proibicionista: criminalizar usos e produção não autorizados e tratar, no âmbito da saúde, os dependentes. No Brasil o uso pessoal de drogas ainda é criminalizado, embora não importe pena privativa de liberdade. O STF está em vias de decidir sobre a constitucionalidade dessa criminalização. Poderia também ser feito um controle de convencionalidade do tema, de modo que ao usuário deve ser dado tratamento de saúde, e não no âmbito criminal, conforme determinação das convenções internacionais.

Para ilustrar a questão, há o uso medicinal da cannabis, que vem ganhando notoriedade desde a difusão proporcionada pelo movimento da Marcha da Maconha. Em 2010 o STF decidiu pela não criminalização da discussão sobre a legalização da planta. Na prática, é tênue a linha que distingue qual tratamento deverá ser dispensado à pessoa que seja encontrada portando e/ou consumindo drogas. Não há um critério objetivo que distinga o traficante do usuário e no cotidiano do sistema penal o

judiciário vem reafirmando estruturas racistas que dizimam direitos de populações negras e periféricas. Como dito no voto do ministro Alexandre de Moraes, a distinção entre o branco e o preto na hora do flagrante é estridente.

No contexto da política de drogas, coexistem objetivos conflitantes no tocante aos aspectos de saúde e de segurança pública, de modo que uma política de drogas baseada fortemente na repressão do usuário tende a afastá-lo do serviço de saúde, sob a constante ameaça do sistema de justiça, afetando a eficiência do sistema de saúde e fomentando/chancelando a hostilização do sistema de segurança pública e acarretando a sobrecarga do aparato judiciário. O Estado, que deveria promover a saúde e a paz, passa a servir então à guerra às drogas como a mão de ferro que pesa sobre pessoas determinadas para serem marginalizadas pelo sistema colonizador imperialista.

A supressão epistemológica é fundante na genealogia do que ora é chamado racismo estrutural, ou eugenia social, ou caça às bruxas, e que igualmente também ocupa espaços técnicos, científicos e mecânicos. Esse fenômeno é sintetizado por Boaventura de Sousa Santos e difundido por Sueli Carneiro, sob a perspectiva epistêmica, como epistemicídio.

1.1.2 Cidade, criminalidade e colonização

A cidade, onde mais se concentra a criminalidade violenta, na cosmovisão indígena e quilombola, é o contrário de mata, de natureza, é um território artificializado, arquitetado exclusivamente para humanos, que tende a excluir todas as possibilidades de outras vidas (Santos, 2023; Krenak, 2020b; Krenak, 2022).

A esse respeito, uma fala de Nego Bispo dos Santos (2023, p. 20) retrata o impacto de um jovem quilombola quando conhece a *cidade*, que ele mesmo denomina como espaço colonizado, e sua percepção acerca do

que aqui se denomina espaços colonizados¹⁰⁶. Neste sentido, o xamã Yanomami Davi Kopenawa (2015, p. 392), relata sua preocupação com a presença dos comedores de terra na floresta¹⁰⁷.

A invasão de terras indígenas e a produção da violência e criminalidade estão intrinsecamente interligadas. Esses processos não se desenvolvem de maneira isolada, mas sim como uma resposta à resistência das comunidades humanas invadidas. A imposição do modelo colonizador, que desconsidera as cosmovisões indígenas e quilombolas em relação à natureza e à existência, resulta em conflitos e marginalização. A violência e a criminalidade emergem como uma forma de resistência a essa invasão, buscando preservar as identidades, conhecimentos e modos de vida tradicionais diante da imposição do Antropoceno.

Os processos coloniais não são lineares, tampouco uniformes. E ainda, com o avanço tecnológico, as experiências de contato com esse padrão da cidade variam drasticamente. No entanto, algumas semelhanças são observadas, e é isso que aqui interessa em termos epistemológicos. Entre as narrativas de Nego Bispo Santos (2023), Ailton Krenak (2020a), bem

¹⁰⁶ “Quando aos dezoito anos saí para conhecer uma cidade percebi que existia outro mundo para além daquele onde nasci e me criei a cidade era outro mundo nas cidades as pessoas não sabiam fazer suas próprias casas como sabíamos fazer no lugar de onde viemos não sabiam e ficavam dependendo de outros que as fizessem por elas onde nasci e fui criado todo mundo tinha casa só não tinha casa quem não queria e morava com os pais com os parentes ou com os amigos ou quem andava para perambulando quem achava por bem não ter casa porque era muito trabalhoso Cuidar mas na cidade não era assim. As pessoas dependiam de casas que não sabiam fazer. [...] quando cheguei à cidade percebi que era preciso pagar para fazer a casa, pagar pelo terreno, pagar por tudo. Quando o saber é transformado em mercadoria e hierarquizado qual é a medida que justifica um servente ganhar menos do que um pedreiro?” (Santos, 2023, p. 20).

¹⁰⁷ “Eu vi coisas perigosas com meus *xapiri* [espíritos guardiões]. Quero alertar os brancos antes que acabem arrancando do solo até as raízes do céu. Se os seus grandes homens conhecessem a fala de nossos diálogos *yãimuu* [dialeto yanomami], eu poderia realmente lhe dizer meu pensamento. Agachados um diante do outro, discutiríamos por muito tempo, nos batendo nos flancos. Minha língua seria mais hábil do que a deles [...] porém, os brancos ignoram completamente nossos modos de dialogar. [...] Se pudessem me compreender, Eu lhes diria em *yãimuu*: “Parem de fingir que são grandes homens, vocês dão dó de ver! farei calar suas más palavras! se o seu pensamento não estivesse tão fechado, vocês expulsariam os comedores de terra de nossa Floresta” (Kopenawa, 2015, p. 392).

como de Davi Kopenawa (2015), um marco discursivo comum é a definição de que o povo branco colonizador é o inimigo.

A partir dos autores supracitados, interseccionando a cosmovisão indígena e quilombola, observa-se que a ideia de *nós e os outros* é parametrizada pela integração e consideração da natureza pelo *nós* e destruição e objetificação da natureza pelos *outros*. Assim, em termos epistemológicos, esse “inimigo” poderia ser descrito como o Antropoceno, que é a origem da cosmofofia, pois implica a supressão dos princípios epistemológicos da relação de povos originários (indígenas e quilombolas) com sua própria existência.

Numa perspectiva atemporal, pode-se afirmar que a razão iluminista do Antropoceno, especialmente a partir de Kant (1994), assentada numa superioridade humana, corrobora o banimento de condutas tradicionais de povos que se integram com a natureza e vivem modos não intermediados pelo dinheiro. Na *cidade*, esse espaço colonizado (Santos, 2023), a parteira é substituída pelo médico, as plantas são substituídas pelos fármacos (FEDERICI, 2017) e a confiança é trocada por dinheiro (HUBERMAN, 1981).

A colonização e a conseqüente produção de violência e criminalidade emergem como uma resposta fundamental das comunidades humanas invadidas. A imposição do modelo colonizador, que desconsidera por completo as visões de mundo e os modos de vida indígenas e quilombolas, cria um conflito de identidade e preservação cultural.

Diante da imposição do Antropoceno e da supressão dos princípios epistemológicos desses povos, a violência e a criminalidade eventualmente se traduzem uma das facetas dos movimentos de resistência e luta pela continuidade de conhecimentos e práticas tradicionais diante da invasão cultural e territorial. Essa resposta, enraizada na busca pela biointeração, ainda que inevitavelmente permeada pelas necessidades da vida no mundo - racional e linearmente inexplicável e intangível -, revela-se como uma

reação crucial ao processo colonizador que nega e subestima a essência e a sabedoria desses povos.

1.1.3 Perseguição de práticas culturais afro-ameríndias

A história, sob a perspectiva meta temporal, confirma que a origem da criminalização das drogas remonta tanto à perseguição de culturas originárias como à ingerência estatal na vida privada das pessoas, chegando ao ápice de regular quais substâncias são *proibidas* – como drogas ilícitas – e quais *devem* ser consumidas - como vacinas, por exemplo. Com a supremacia estatal sobre as remanescências originárias, a gestão da ingestão de substâncias – que originalmente nos grupamentos humanos se relaciona a parâmetros culturais, espirituais e ritualísticos –, passa a se constituir como um mecanismo de dominação e controle social.

Assim, para pensar sob essa perspectiva, o caso da maconha deve ser analisado com especial atenção, tendo em vista que, segundo relatório da UNODC (2020), essa é a droga mais consumida no mundo. Sendo assim, é também a maior e a mais orgânica e difusa fonte de custeio das organizações criminosas que dominam o tráfico de entorpecentes.

Desde sua origem, a política proibicionista no Brasil se relaciona com o consumo da maconha num viés racista. Com a abolição da escravatura, a manutenção da segregação e estratificação social é operacionalizada por meio da política criminal, desde a criminalização da vadiagem, prevista no art. 339 do Código Penal de 1890. O art. 60 deste mesmo Código estabelece também a pena de açoite para o réu que fosse uma pessoa escravizada¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Se o réu for escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoites, e depois de os sofrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. O número de açoites será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cinquenta.

Em 1937 é criada a Inspetoria de Entorpecentes e Mistificações, órgão que se faz responsável por perseguir práticas culturais afro-ameríndias e coibir o comércio e consumo de tóxicos. De acordo com Luísa Saad (2016), “a Inspetoria representava a repressão conjunta de tudo que pudesse levar à ‘loucura’, à ‘alienação’, à ‘doença mental’ e ao ‘crime’”.

Essa história revela uma interseção complexa entre a perseguição de práticas culturais afro-ameríndias e a imposição estatal sobre escolhas pessoais e rituais. A trajetória do proibicionismo, especialmente em relação à maconha, é emblemática desse contexto. Sua criminalização, fundamentada em viés racista, bem como a criação de órgãos como a Inspetoria de Entorpecentes e Mistificações, são demonstrações históricas das raízes da repressão deliberada das expressões culturais afro-ameríndias. Essa repressão não apenas cerceou práticas tradicionais, mas também perpetuou estigmas e marginalização, transformando a gestão das substâncias em um instrumento de controle social e reforço de hierarquias injustas.

O ordenamento jurídico moderno é fundado em pressupostos supressores daquilo que sustenta essas outras formas de vida. O encontro colonizador se inicia no processo de dominação de terras, com a invasão e transformação da vida em mercadoria. Do ponto de vista sociológico, a criminalidade não é um conceito positivista, é um fenômeno que se dá a partir da ruptura com a normativa vigente. Neste sentido, há uma manipulação da lógica discursiva jurídico-política para transformar resistência em crime. O sistema capitalista protege o indivíduo, o patrimônio e o Antropoceno.

O fato de uma pessoa adotar ou não comportamentos e práticas consideradas como crime eventualmente podem refletir o quanto essa pessoa foi colonizada. Contrastando a perspectiva do individualismo capitalista e a cosmovisão holística originária, pode-se observar que o indivíduo que aparentemente está resguardado pelo sistema capitalista, na

verdade, se assegura na vida prática a partir do dinheiro, comprando e negociando recursos, mão de obra etc. Por outro lado, há experiências comunitárias não individualistas que tampouco se beneficiam da fungibilidade monetária, mas se resguardam no todo maior coletivo, orgânico, transindividual, auto-organizacional e que independe de uma gestão externa. A gestão estatal de comunidades que se organizam sem necessariamente se afirmarem dentro do capitalismo é sempre uma necessidade colonial.

1.2 Um contexto de crise e a estética das drogas como fenômeno da violência.

A palavra *crise* tem origem no vocábulo grego *krisis* e significa momento de distinguir. Na medicina, a palavra crise diz respeito ao momento de agravamento entre a piora de uma enfermidade e a morte. A etimologia da palavra *estética* vem do grego *aisthesis*, e se relaciona com o sentido de conhecimento sensível, experiência, sensação ou percepção.

Hanna Arendt (2010), ao discorrer sobre a violência, afirma que “a prática da violência, como toda ação, muda o mundo, mas a mudança mais provável é para um mundo mais violento”. Seguindo a lógica arendtiana, então, a prática da violência estatal, dentro e fora dos limites legítimos da política criminal, levaria ao agravamento da violência no mundo, portanto, dentro e fora da esfera de atuação estatal (legítima ou não). Poderia se inferir que o aumento das prisões relativas ao tráfico de drogas, num silogismo elementar, além de constituir um aumento na prática da violência pelo Estado, aumentaria a violência no contexto da criminalidade organizada.

De certa forma, analisar os números do sistema desde o advento da atual Política Nacional de Drogas, em 2006, pode levar à armadilha de constatar que o aumento da repressão gerou, ainda, o aumento da incidência da prática criminosa. No entanto, pode-se supor, por outro lado, que houve

um afinilamento no fluxo de aplicação do princípio de presunção de inocência nos crimes da lei de drogas. É uma questão de perspectiva.

Neste sentido, esta análise não fará proposições determinantes de relações nesse nível, mas apenas levantará questionamentos. Sob o olhar sistêmico, o aumento da repressão ou da criminalidade não pode ser constatado meramente pelo número de casos em que houve abordagem policial, investigação, processo e/ou condenação.

De acordo com Walter Nunes da Silva Júnior (2023, p. 385), nosso sistema jurídico constitucional consagra a presunção de inocência *lato sensu* e os corolários dos princípios da presunção de inocência *stricto sensu* e o de não culpabilidade, e a distinção entre eles se faz segundo os *standards* de prova. Além disso, o autor afirma que o *in dubio pro reo* é o meio de estabelecer a paridade de armas, conferindo equilíbrio às partes, de modo que o juiz deve absolver o acusado em caso de dúvida, incubindo ao Ministério Público a prova da materialidade e dos indícios de autoria, bem como da necessidade, para que o juiz possa flexibilizar direitos fundamentais durante a persecução criminal.

O autor escala o grau de convicção necessário para comprovar um fato em ordem crescente com o nível mais baixo no juízo do indiciamento, seguido daquele feito quando do ajuizamento da ação penal e em seguida o juízo da sua admissibilidade pelo juiz (*preponderance of the evidence*), para algumas decisões como a decretação da prisão preventiva e a pronúncia (*clear and convincing evidence*) e por fim o necessário para um juízo de culpabilidade (*proof beyond a reasonable doubt*). Assim, o juízo da presunção de não culpabilidade é aquele feito por ocasião da sentença condenatória, enquanto nos demais momentos o princípio vigorante é o da presunção da inocência *estricto sensu* (SILVA JÚNIOR, 2023, p. 395).

Pode-se inferir que o conceito de verdade processual além de qualquer dúvida razoável, resultante do princípio da presunção de não culpabilidade, é um princípio fundamental a ser considerado em sentenças

condenatórias. No entanto, não se aplica da mesma forma a sentenças absolutórias baseadas na falta de evidências, o que enfatiza a necessidade de distinguir entre os princípios gerais da presunção de inocência e suas ramificações específicas, como os princípios da presunção de inocência em seu sentido mais restrito e o princípio de não culpabilidade. Este último está relacionado somente a momentos processuais nos quais o juiz pode deliberar sobre a culpa – exceto em circunstâncias particulares envolvendo o Ministério Público - e não deve ser aplicado indiscriminadamente em todas as decisões ou fases do processo (SILVA JÚNIOR, 2023, p. 416).

Logo, se a persecução criminal apenas tem origem na flexibilização do princípio da presunção da inocência, em razão de prova da materialidade e indícios de autoria, há que se observar que o encarceramento em massa em decorrência da Política Nacional de Drogas, conforme dados acima relacionados, aponta para a seguinte possível conclusão: nesse tipo de delito há uma maior flexibilização do princípio da presunção de inocência.

Para Aury Loper Júnior (2022, p. 417), o rebaixamento do *standard* probatório é admitido no ordenamento pátrio conforme a fase procedimental, mas não de acordo com a natureza do crime. Ou seja, a superação do *standard* “para além de toda a dúvida razoável” é possível em sede de determinadas decisões, mas não para um juízo de condenação.

Duas hipóteses podem ser levantadas quanto aos crimes de drogas. A primeira delas é contra-estatística e bastante improvável: nos casos em que houve condenação pelo crime de tráfico de drogas não houve dificuldades para alcançar o *standard* de “além de toda a dúvida razoável” para um juízo condenatório; a segunda hipótese guarda profunda coerência com o processo histórico e aspectos utilitaristas envolvidos na criminalização das drogas, e poderia ser sintetizada na seguinte afirmação: há um rebaixamento inadequado do *standard* probatório nos crimes de tráfico de drogas.

1.2.1 Sistema prisional e o universo da droga - caleidoscópio e antinomias

Os dados examinados na pesquisa informam que 80,8% (oitenta vírgula oito por cento), no CPJC, e 73,5% (setenta e três vírgula cinco por cento) das prisões em Alcaçuz ocorreram por meio de flagrante, sem investigação preliminar. Além disso, nos casos em que houve ingresso no domicílio, em Alcaçuz quase 50% ocorreu sem ordem judicial, e no CPJC 65%. Em Alcaçuz, 74,7% das pessoas presas tiveram prisão preventiva decretada, e no CPJC 92,3%.

Os dados também corroboram o seguinte perfil de pessoas alvo do sistema penal: baixa renda, posse de pequenas quantidades de drogas, prisão sem uma investigação prévia e abrangente, baseada em testemunho policial e de elementos de flagrante. Essa obra conta com um capítulo dedicado especificamente ao perfil dessas pessoas.

O que os dados informam leva a outra possível conclusão: se há um rebaixamento arbitrário do *standard* probatório na persecução penal dessas pessoas, há uma maior flexibilização do princípio da presunção de inocência entre pessoas com esse perfil quando da avaliação sobre o possível cometimento do tráfico de drogas.

Segundo o SENAPPEN (2023), em 2006 havia 47 mil presos por crimes de drogas (14% do total). Em 30 de junho de 2023, o número de pessoas presas, entre homens e mulheres, é de: 158.589 por tráfico de drogas, 26.616 por associação para o tráfico e 8.337 por tráfico internacional de drogas, totalizando 193.542, quase 30% do total de 644.305, representando um aumento de mais de 300% da população carcerária por esses crimes, além de um aumento de quase 50% em relação ao quantitativo dos demais crimes, desde a entrada em vigor da Lei nº 11.343, de 2006.

Enquanto a história demonstra que há um maior envolvimento de pessoas com o tráfico nas localidades onde residem comunidades sistemicamente subjugadas aos interesses colonialistas, os dados da pesquisa confirmam desigualdades estruturais estampadas estatisticamente.

Isso pode ser observado a partir do índice de instrução identificado na pesquisa: em Alcaçuz, em 45,7% dos casos analisados faltam informações sobre o grau de instrução. Dos 44,3% em que consta essa informação, 22,34% das pessoas não possuem instrução alguma, mais de 50% deixaram de estudar antes de concluir o ensino fundamental, e aproximadamente 30% antes de concluir o ensino médio. Ninguém informou possuir ensino superior completo. No CJPC, em 57,7% dos casos não é possível saber o grau de instrução das pessoas presas, em 15,4% dos casos, não se soube dessa informação. Dos que se sabe, 36,4% não concluíram sequer o ensino fundamental. Os números revelam, mais uma vez, a seletividade penal escancarada no sistema penal brasileiro.

Desigualdades estruturais e estruturantes como a misoginia, o racismo, ou cisheteronormatividade são fruto do epistemicídio da cosmologia. Boaventura de Sousa Santos argumenta que o epistemicídio ocorre quando o conhecimento e a sabedoria de culturas não hegemônicas são marginalizados, desvalorizados ou destruídos. No contexto do tráfico de drogas, esse fenômeno está presente na criminalização de práticas ancestrais e nativas, aliada ao cerceamento do acesso a direitos fundamentais. Muitas comunidades locais têm práticas ancestrais e nativas que envolvem o consumo de substâncias naturais para fins rituais, medicinais ou espirituais. No entanto, essas práticas são frequentemente criminalizadas, ignorando o valor cultural e espiritual que têm para essas comunidades.

Disso decorre que ao longo dos anos as práticas ancestrais continuem acontecendo, pela própria força da continuidade inerente a tais práticas, no entanto, passam a constituir uma ilegalidade e por isso se perpetuam nas sombras da criminalidade. Daí acontecem cisões no interior das comunidades herdeiras dessas ancestralidades nativas que cultuavam e cultivavam plantas e outras substâncias rotuladas pelo proibicionismo.

O epistemicídio contribui para a marginalização e desvalorização das culturas locais nas zonas de produção, resultando em uma perda de suas

identidades culturais originárias para essas comunidades, favorecendo o fortalecimento da cultura do crime. Um fato notório pautado pelo Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento da ADPF 347, que reconhece o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, foi o de que as facções criminosas são, na prática, responsáveis pelo fornecimento de bens de consumo essenciais para a população carcerária.

Sabe-se que o tráfico de drogas é um dos principais sustentáculos da manutenção financeira e cultural das organizações criminosas. Para o funcionamento do tráfico, é necessário o envolvimento da mão de obra que circula nas periferias, onde se situam os centros de distribuição para o varejo. As dinâmicas sociais das populações nas localidades dominadas pelo tráfico são resultantes tanto do amálgama cultural que sustenta essas comunidades, como da incapacidade do Estado de prover direitos fundamentais para as populações periféricas. O acesso ao mercado de trabalho é um dos indicadores relacionados com a taxa de criminalidade.

De acordo com a pesquisa, 59,3% das pessoas presas em Alcaçuz e 53,8% no CPJC não estavam trabalhando na época da prisão. Isso mostra que o crime se torna opção atrativa que se propõe a suprir uma necessidade básica que deveria ser de modo eficiente proporcionado pelo Estado, caso este cumprisse suas obrigações constitucionais. No caso brasileiro, o sistema carcerário foi declarado pelo Supremo Tribunal Federal como em um *estado de coisas inconstitucional*.

O que significa isso? Será que o absentismo estatal em cumprir seu papel constitucional favorece o fortalecimento comunitário a partir de dinâmicas paraestatais? Essa perspectiva certamente põe o Estado na centralidade da resolução da questão, ou pelo menos busca elucidar um papel significativo para a realização dos fins constitucionais do Estado. E essa precisa ser uma decisão política – jurídica e cientificamente fundamentada.

Se o *animus* do estamento é reduzir a criminalidade relacionada ao tráfico de drogas e afirmar o poderio do Estado sobre as efervescentes organizações criminosas, o fomento do acesso ao trabalho e à renda deve ser pautado como prioritário, de modo que reduza a oferta de mão de obra hoje farta no contexto das periferias. De toda forma, partindo dos pressupostos do pensamento sistêmico, isso não poderá ser alcançado sem a participação efetiva e consciente da população diretamente afetada. Isso levanta ainda a necessidade de educação popular em direitos, contemplando as dinâmicas intersubjetivas múltiplas que se estabelecem nessa população anteriormente à lógica jurídico-política do Estado.

Antes de punir, o Estado precisa primeiramente dar suporte para uma vida digna para que a juventude se oriente para o trabalho lícito e possa garantir pelo menos o seu sustento e de sua família. Quando organizações criminosas suprem o papel que cabe ao Estado, isso acontece no domínio paraestatal que rege essas organizações.

Na cultura do crime a base epistemológica é diversa e fatalmente mais inclusiva para a população que em massa ingressa no crime para trabalhar na ponta do circuito, e que costuma compor a população carcerária. A organicidade do crime como está impregnado na cultura brasileira pode revelar, por exemplo, que a cultura do crime organizado compartilha de uma certa base comunitária de que muitas pessoas compartilham.

A cultura do crime, em um certo aspecto, é, antes, também uma antinomia ao individualismo. Obviamente aqui, neste ponto, não se defende o crime, mas a interpretação do fenômeno criminológico que se relaciona com a questão estudada nesta pesquisa. A organicidade e a facilidade com que são substituídas as pessoas, demonstram a força desse fenômeno, que é eminentemente coletivo. É por isso que para superar a atratividade do crime, sobretudo de insurgência, o Estado deve se aliar ao fortalecimento comunitário nas localidades dominadas pelo crime, enfraquecendo-o de

modo pacífico e legítimo, agindo na contramão da perpetuação da falta de acesso à educação, ao trabalho e outros direitos essenciais a uma vida digna, em especial o direito de conhecer seus direitos.

O Estado, em sua contingência, necessita de uma política de segurança pública que compense as múltiplas injustiças epistêmicas do sistema de justiça criminal, considerando a relação íntima entre o epistemicídio e as dinâmicas relacionadas com o crime organizado e o tráfico de drogas, sustentáculo das facções criminosas, visando estratégias para atrair as pessoas para uma vida lícita. Para isso, é preciso que essa licitude em si não exclua uma vida comunitária digna e livre, em que práticas corriqueiras, como o uso de drogas, não seja criminalizado.

1.2.2 As cores do caleidoscópio

As tonalidades da segregação social não se encontram apenas nas prisões, mas também na ciência. Segundo dados do Gemaa – Grupo de Estudos Multidisciplinares de Ação Afirmativa, vinculado à Universidade Estadual do Rio de Janeiro –, a ciência brasileira é majoritariamente feita por pessoas brancas e do gênero masculino (Campos; Candido, 2023).

Há menos de 20 anos, a comunidade científica assistiu à perda das titulações conferidas ao cientista americano James Watson, ganhador do prêmio Nobel em medicina de 1962, devido às suas manifestações racistas sobre raça e inteligência. Esse é apenas um exemplo que demonstra quão grave e quão urgente é o debate sobre a inferiorização de populações afetadas pelo empreendimento colonizador.

Assim, analisar a história da criminalização das drogas sobre a perspectiva sistêmica numa crítica epistemológica do ofício científico leva a considerar alguns aspectos comumente olvidados pela comunidade de cientistas.

A configuração do mundo a partir dos nacionalismos, tanto na sua origem eurocêntrica quanto em suas vertentes espalhadas pelo globo

terrestre, passa pela colonização, passa pela uniformização dos comportamentos, regulados pelo Estado nacional, independentemente das multiplicidades culturais presentes no território nacional.

A estruturação das nações se operacionaliza com base no que Quijano (1999) define cirurgicamente como colonização do poder, do saber e do ser. Essa colonização acontece de maneira perpetuada, sob distintas roupagens. Ora como escravidão e genocídio, ora como epistemicídio e a exclusão dessas cosmovisões do saber científico, ora como definições heteronormativas que adentram a esfera da existência no nível molecular, bioquímico, coibindo e criminalizando práticas relacionadas à ingestão de determinadas substâncias.

Em síntese, as cores do caleidoscópico universo das drogas revelam uma trama complexa de exclusões, moldada por séculos de colonização do poder, do saber e do ser. A reflexão sobre a segregação social na ciência não resulta aqui apenas de uma análise de dados demográficos, mas uma chamada urgente à desconstrução das estruturas que marginalizam conhecimentos, identidades e práticas. A perda das titulações de James Watson e a história da criminalização das drogas são apenas fragmentos desse panorama vasto e intrincado. Torna-se essencial, portanto, abrir os espaços do conhecimento para vozes, perspectivas e saberes antes silenciados.

1.3 Normativa proibicionista

Busca-se analisar as principais influências das Convenções Internacionais de Controle de Drogas de 1961, 1971 e 1988 no controle e repressão às drogas, bem como as principais preocupações da Política Nacional de Drogas: a saúde e a segurança pública.

1.3.1 Normativa internacional

A Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, é o marco inicial do sistema de controle de drogas e visa combater o consumo de drogas por meio de uma intervenção internacional coordenada. Ela lista as substâncias entorpecentes que são controladas e estabelece medidas para sua fiscalização. A convenção prevê a proibição do uso não médico de entorpecentes, a regulamentação da produção e distribuição de substâncias controladas, criação de órgãos nacionais de controle de drogas e cooperação internacional para combater o tráfico ilícito. Seu impacto na ordem internacional tem sido controverso, com críticas apontando que seu enfoque predominantemente repressivo resultou em um aumento da violência e do poder do crime organizado.

A Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 foi adotada para lidar com o crescente desvio e abuso de substâncias psicotrópicas, que não eram abordadas adequadamente pela Convenção de 1961. Ela classifica essas substâncias em listas controladas e estabelece medidas para seu controle. A convenção prevê o controle e fiscalização de substâncias psicotrópicas, a regulamentação da produção e distribuição, a prevenção do tráfico ilícito e a necessidade de medidas penais contra o desvio dessas substâncias. Seu papel na ordem internacional tem sido relevante para ampliar a abordagem regulatória além das substâncias narcóticas, mas também contribuiu para agravar a criminalização do uso de drogas e suas consequências sociais negativas.

A Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópica de 1988 representa um esforço internacional para enfrentar o tráfico de drogas de forma mais direta e abrangente. O combate ao tráfico ilícito de drogas aqui é enfático quanto a questões como o caráter lucrativo do tráfico, a lavagem de dinheiro e a obrigatoriedade de criminalização do tráfico internacional. A convenção prevê medidas para prevenir e combater o tráfico ilícito de drogas, cooperação internacional

para extradição de traficantes, apreensão de ativos financeiros relacionados ao tráfico e ações de prevenção da lavagem de dinheiro. Seu impacto na ordem internacional é complexo, buscando atacar o problema do tráfico, mas também enfrentando desafios quanto à militarização, violações de direitos humanos e criminalização de usuários.

1.3.2 Política Nacional de Drogas: uma questão de segurança ou de saúde pública?

No contexto da criminalização das drogas, a tensão mais explorada pelos pesquisadores atualmente diz respeito ao conflito de interesses envolvidos na distinção entre pessoa usuária e traficante, bem como os distintos tratamentos dados em cada um dos casos.

Por um lado, o tratamento dado à pessoa considerada traficante se insere na dinâmica sócio-histórica de estratificação social, controle e reprimenda de grupos específicos historicamente marginalizados. Esses grupos são os principais alvos dessa política criminal, cujo preceito secundário para esse tipo penal é a pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

O fato de que há, entre pessoas encarceradas devido ao tráfico de drogas, um alto índice de baixa instrução e baixa renda, não significa necessariamente que essas pessoas são as que mais cometem esse tipo de delito. Esse seria um silogismo ingênuo. Esses dados, na verdade, representam que essas pessoas estão ocupando esse lugar no sistema carcerário. São essas pessoas que acabam sendo encarceradas. Não significa que não há outras pessoas envolvidas no tráfico, inclusive ocupando cargos de mais alta patente dentro das organizações criminosas, mas que essas pessoas, em geral, não são alvo do encarceramento.

Parece que há duas intenções com a política criminal direcionada à pessoa considerada traficante, uma declarada e outra subliminar: de um

lado, reprimir a violência e coibir o crime organizado, do outro, o *lawfare* como ferramenta de dominação colonialista.

O termo *lawfare*, cunhado em 1970 e disseminado por Charles Dunlap, coronel da Força Aérea dos EUA em 2001, representa a guerra jurídica, na qual a lei é manipulada como arma para controlar, perseguir e eliminar opositores políticos por meio de artimanhas jurídicas ilegítimas, porém revestidas de aparência e verniz de legalidade (SERRANO; MEGANE, p. 523).

Serrano (2020) afirma que o processo penal de exceção é uma das modalidades de exceção do nosso sistema de justiça e tem origem na política de guerra às drogas norte-americana de 1970 importada para o Brasil no início dos anos 1990, resultando no encarceramento em massa da população pobre, negra e periférica.

Do outro lado da balança, temos a pessoa considerada usuária, que deve então se sujeitar às penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e/ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Para essa pessoa, a prescrição genérica referida na lei é a de medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

Além desses dois principais usos visados pela política criminal de drogas, há ainda a ressalva para os usos medicinais e de finalidades ritualísticas¹⁰⁹. Embora a legislação doméstica mencione a ressalva convencional acerca do uso estritamente ritualístico-espiritual de substâncias proscritas, não há, no Brasil, uma sólida regulamentação acerca

¹⁰⁹ Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso. Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

do tema, restando apenas a regulamentação do uso da Ayahuasca, conforme resolução n.º 01/2010 do Conselho Nacional de Drogas (CONAD).

No tocante à tutela da saúde, dois aspectos são de relevante constatação: a falta de suporte efetivo para o tratamento da dependência pelo estado, e dificuldade de acesso aos usos medicinais de substâncias proibidas, com ênfase para a maconha, situada num limbo de disputas de poder – entre os domínios da medicina, do crime organizado e da segurança pública - que dificultam e por vezes inviabilizam o acesso ao tratamento com essa planta, e que muitas vezes é o único a surtir efeito na melhora do quadro clínico das pessoas que necessitam do tratamento.

A criminalização das drogas reflete desigualdades sociais, evidenciando um sistema judicial com preconceitos e estratégias de dominação. A aplicação desigual das penas destaca a necessidade de repensar políticas punitivas e oferecer suporte para tratamentos e acessos a usos medicinais.

1.4 Síntese do tópico

As Convenções Internacionais de Controle de Drogas de 1961, 1971 e 1988 têm sido fundamentais na padronização das leis e políticas de drogas globalmente. No entanto, o impacto dessas convenções tem gerado críticas, principalmente pelo viés repressivo que intensificou a violência e fortaleceu o crime organizado.

Internamente, a diferenciação entre usuário e traficante é debatida, evidenciando uma abordagem desigual e estratificada. A abordagem punitiva direcionada aos traficantes, frequentemente ligada a grupos historicamente marginalizados, revela aspectos de *lawfare* e exceção penal, enquanto os usuários são submetidos a medidas de prevenção e reinserção. Essas políticas refletem lacunas na regulamentação para usos medicinais e rituais, especialmente no acesso à maconha para tratamentos, revelando

desigualdades sociais e a necessidade de repensar abordagens punitivas em prol do suporte aos usuários e ao acesso a tratamentos.

Sem intentar uma análise aprofundada de informações históricas, é necessário considerar que mecanismos de estratificação social e de reprimenda a práticas nativas originárias estão na base dos fundamentos morais e epistemológicos que embasam a guerra às drogas, e isso se situa num contexto supranacional, que envolve complexos e múltiplos interesses.

A análise da política de drogas deve abraçar a complexidade intrínseca que envolve não apenas os usos criminoso ou abusivo, recreativo ou social, e medicinal, mas também os usos mágicos e ritualísticos de substâncias. A compreensão integral desse universo no contexto da justiça criminal requer um olhar sensível às práticas ancestrais e espirituais que remontam a culturas milenares. A desconsideração desses usos ritualísticos apenas perpetua a fragmentação e a incompletude na abordagem das políticas públicas.

É fundamental reconhecer a importância cultural e espiritual dessas práticas, garantindo seu respeito e proteção em um arcabouço legal que não apenas as reconheça, mas também assegure sua preservação e continuidade. A inclusão desses elementos na discussão sobre drogas e justiça criminal não só enriquece a compreensão do fenômeno, mas também fortalece os alicerces de uma abordagem cosmológica.

Para finalizar esse tópico, pontua-se que a tomada de consciência acerca dos processos da colonialidade que antecedem a conjuntura atual nos provoca a pensar soluções sistêmicas que não necessariamente podem ser descritas em um plano de trabalho, mas que antes, precisa estar em comunhão com a comunidade diretamente afetada.

2. Fundamentos epistemológicos e as ranhuras do atual

Este tópico aborda a relação entre práticas de verdade, cultura disciplinar e o velho paradigma¹¹⁰ mecanicista, em comparação entre essas práticas e os sistemas de conhecimento tradicionais de comunidades indígenas e quilombolas a partir da análise dos pressupostos epistemológicos. Neste sentido, analisa-se contrastes entre elaborações da verdade fundadas na epistemologia dominante e as cosmovisões ameríndias, em que se destaca a conexão com estados de consciência distintos, frequentemente alcançados por rituais envolvendo privação de umas e ingestão de outras substâncias, cuja pertinência é significativamente anterior a qualquer tipo de regulação legal importada.

Em seguida, explora-se a transição paradigmática da física quântica em relação à ciência clássica mecanicista, abordando sua conexão com a epistemologia cosmológica, a partir da definição da ciência mecanicista, suas bases filosóficas e influências históricas, especialmente ressaltando como as conclusões da física quântica desafiaram os pressupostos fundamentais da ciência clássica. A ênfase recai sobre a transformação dos pressupostos da ciência mecânica – simplicidade, objetividade e estabilidade – à luz dos problemas da física quântica: a complexidade, a intersubjetividade e a dinâmica, demonstrando assim a revolução dos fundamentos científicos a partir dessas conclusões.

Por fim, discute-se a integração da visão acadêmica convencional com tradições das culturas indígenas e quilombolas na construção do conhecimento. Analisa-se a disparidade entre a epistemologia dominante e cosmovisões indígenas, especialmente em relação a estados de consciência associados a rituais ou substâncias proibidas. Por fim, reflete-se acerca da

¹¹⁰ No decorrer do texto, a expressão velho paradigma é utilizada em contraposição ao que Vasconcellos (2005) denominou novo paradigma da ciência. O velho paradigma é mecanicista, dominador da natureza, *comedor de floresta* (Kopenawa, 2015). O novo paradigma é sistêmico. A ciência novo-paradigmática contracolonial é cosmológica.

necessidade de superar barreiras conceituais, como o proibicionismo, por meio da transição para uma epistemologia sistêmica, desafiando o velho paradigma. Esse movimento visa valorizar saberes marginalizados e promover uma narrativa mais inclusiva, propondo novos parâmetros na elaboração de políticas públicas e na construção de conhecimento.

2.1 Epistemologia como a base programática da técnica de produção da verdade científica

Foucault, tendo estudado as relações de poder a partir das técnicas de dominação e disciplina, dedicando-se ao estudo das prisões, dos hospícios etc., a partir do início da década de 1980 passa a enfatizar o estudo das técnicas de produção de si como elemento informativo e formativo do campo do poder. Em *Sexualidade e solidão*, 1981, em ditos e escritos 5, o autor afirma que em cada cultura, a técnica de si implica uma série de obrigações de verdade, no sentido de que é preciso desvendá-la e ser esclarecido por ela, apontando a título de exemplo significativas distinções entre as práticas da verdade baseadas no cristianismo e no budismo (Foucault, 2006, p. 95-96).

A cultura disciplinar e suas práticas de dominação e de produção de verdade que se constituem em objeto da pesquisa foucaultiana se situam plenamente no velho paradigma. Seu racionalismo androcêntrico basilar foi corroborado institucionalmente pela igreja cristã, originalmente católica, com a inquisição, a caça às bruxas, as cruzadas e missões colonizadoras (Bareuther, 2014; Federichi, 2017).

É possível então apontar distinções entre práticas de verdade baseadas no velho paradigma – significativamente favorecido pela ideologia cristã com o desenvolvimento da teoria jurídica e a colonização (Capra; Mattei, 2018) – e as elaborações sobre a verdade a partir do tripé epistemologia, teoria e prática dos sistemas de conhecimento tradicionais que resistiram à colonização e por isso podem hoje ser estudados como organismos vivos.

Optou-se por adotar a concepção de práxis de conhecimento como o conjunto formado por epistemologia, teoria e prática, mas não apenas aquele situado no domínio linguístico da ciência acadêmica das universidades oficialmente reconhecidas, mas também aquele das escolas de povos originários indígenas e quilombolas.

Ao reconhecer as raízes da cultura disciplinar no velho paradigma, percebe-se sua relação intrínseca com o racionalismo androcêntrico legitimado historicamente pela igreja cristã. Essas práticas de verdade, fortemente moldadas pela ideologia cristã e pelo desenvolvimento da teoria jurídica durante a colonização, contrastam profundamente com as abordagens da verdade e sistemas conhecimento tradicionais pautados em uma *epistemologia cosmológica*.

2.1.1 Produções dominantes de verdade e supressão epistêmica

A percepção da verdade e construção da história pautada em valores da epistemologia dominante neste sentido é sensivelmente distinta da percepção da verdade das cosmovisões ameríndias, tendo em vista a importância da relação direta com estados de consciência diferenciados, cuja ritualística envolve sempre dieta específica de recomendações para ingestão e privação de determinadas substâncias.

Eventualmente, tratar-se-á de substância alvo do proibicionismo, que se encontra referida em uma das listas de proscrição ou controle da Anvisa, ou do Conad, ou de algum outro órgão estatal. Para certas experiências comunitárias, a pertinência de determinadas ritualísticas¹¹¹ em torno daquilo que podemos definir na semântica do velho paradigma como

¹¹¹ Para os Yanomami, *yâkôana* é como se chamam as medicações ou, na linguagem ocidental, substâncias que promovem estados alterados de consciência. Sua consagração é um evento de maior responsabilidade, tanto para quem será iniciado quanto para quem está na incumbência de conduzir a iniciação. Segundo Davi Kopenawa, “é a *yâkôana* que nos permite, guiados pelos xamãs mais experientes, ver os caminhos dos espíritos e dos seres maléficis. Sem ela seríamos ignorantes” (Kopenawa, 2015, p. 136-137).

ingestão de determinadas substâncias - sejam elas juridicamente lícitas ou não - é significativamente anterior a qualquer tipo de regulação legal importada.

A dominação a partir da produção de verdade exclusivamente baseada na perspectiva linear do espaço-tempo é não só uma forma de *supressão epistêmica* como um fundamento em si da epistemologia mecanicista.

Uma terminologia que revela sentido semelhante tem sido adotada pela jurisprudência brasileira, especialmente no âmbito do STJ, o conceito de *injustiça epistêmica*. Isso se deu inicialmente com o julgamento do AgResp 1.940.381/AL, em 14/12/2021, em que se sustentou a absolvição do réu, entre outros fundamentos, no reconhecimento da prática de múltiplas *injustiças epistêmicas* no âmbito probatório. No acórdão, é apontada a visão de Miranda Fricker ao se referir a um certo tipo de injustiça constituída no rebaixamento direto ou indireto de uma pessoa em seu status de sujeito epistêmico.

O patriarcado e a misoginia estão na base do velho paradigma, pautado na dominação do feminino e da natureza (FEDERICHI, 2017). As culturas epistemicamente suprimidas são coincidentemente pautadas no reconhecimento da natureza como a grande mãe de todos nós, assim incluídas tanto as culturas afro como ameríndias, dentre outras espalhadas por todo o globo, em resistência.

Essa disparidade na percepção da verdade entre a epistemologia dominante e as cosmovisões ameríndias destaca-se na conexão direta com estados de consciência diversos, frequentemente promovidos por meio de rituais ou até mesmo pelo uso de substâncias reguladas pelo ordenamento jurídico. A imposição de uma verdade estritamente alinhada à perspectiva linear do espaço-tempo também fundamenta a própria estrutura da epistemologia mecanicista.

2.2 Novo paradigma científico do pensamento sistêmico: reflexos das conclusões da física quântica na definição dos pressupostos da ciência – epistemologia, teoria e prática

Este tópico apresenta a transição paradigmática que as conclusões da física quântica ocasionaram na ciência clássica mecanicista, e como isso se relaciona com a *epistemologia cosmológica*. Segundo Vasconcellos (2002), uma teoria científica forma uma articulação constituída de pressupostos epistemológicos, princípios e conceitos teóricos e diretrizes para a prática, e se refere a uma elaboração que visa a compreensão ou explicação de um certo fenômeno de interesses. Essa articulação se situa no domínio linguístico da ciência.

Essa ciência clássica, como ensina Vasconcellos (2002), deixou ao domínio linguístico da filosofia a disciplina epistemológica, e foi marcadamente influenciada pelo pensamento de Bacon e Descartes. No entanto, como bem apontado em *De Madre Terra e de Materialismo: notas decoloniais*, o ideal da *egossófia* cartesiana só é possível na medida em que se desfazem as comunidades do campo e a vida orgânica pouco a pouco passa a ser atomizada em indivíduos movidos e ordenados por uma força externa mecânica (IELA, 2021).

Em *O Homem e a Máquina*, Beril Becker (1961) faz uma reconstituição histórica dos principais avanços mecanicistas, e absolutamente todas as ferramentas mecânicas descritas por ele se transformaram ou compuseram aparatos bélicos. Todo o empreendimento mecanicista foi direcionado, em última instância, para a guerra. Não à toa o autor, logo nas primeiras explanações, afirma que embora tenha alcançado feitos notáveis na transformação do mundo, o homem não conseguiu modificar a si. Com o advento da era das máquinas, forjou uma nova imagem como Homem Mecânico, porém, simultaneamente, encontra-se em um mundo ameaçado pela força atômica. Apesar de todo o avanço, o homem

ainda não foi capaz de efetuar a mudança crucial que tanto necessita - a transformação em seu próprio âmago (Becker, 1961, p. 7).

As bases da ciência mecanicista também são exploradas por Bareuther (2014) e Federichi (2017), que abordam essencialmente a dissociação de gênero e relações de poder impressas na ciência a partir dessa perspectiva. Não é novidade que a ciência tenha servido aos propósitos coloniais e imperialistas, a partir de um lugar privilegiado.

Assim, sem adentrar à reconstituição histórica dos pressupostos da ciência clássica, essa análise parte de dois postulados iniciais: a consideração de que esses pressupostos são - como descritos por Vasconcellos (2002) - simplicidade, objetividade e estabilidade; e a equivalência ou adequação desses pressupostos às leis da mecânica clássica, como demonstrado por Vasconcellos (2002) e Capra e Mattei (2018).

De acordo com Vasconcellos (2002), no campo da ciência, partindo inicialmente de uma epistemologia filosófica, desde Humberto Maturana e Varela, em *Biologia do Conhecer*, tem-se base científica para tratar de fundamentos epistemológicos em termos do domínio linguístico da ciência. Isso significa primeiramente que, a partir da inovação desses autores, passou-se a tratar sobre as bases do conhecimento científico a partir da linguagem da ciência, e não mais no domínio linguístico da filosofia, como se costuma no velho paradigma da modernidade cartesiana.

Esse foi o primeiro passo para a definição dos termos em que se trata de ciência aqui, partindo da sistemática do discurso científico, busca-se demonstrar como a própria ciência revolucionou seus pressupostos a partir das conclusões da física quântica.

De acordo com Vasconcellos (2002), é possível relacionar a transformação dos três pressupostos epistemológicos do pensamento mecânico com as conclusões da física quântica. Esses três pressupostos são: simplicidade, objetividade e estabilidade. A partir de três problemas da física quântica, foi preciso reformular as bases da ciência: o problema lógico

(dimensão da complexidade); o problema da incerteza (dimensão da intersubjetividade), e o problema da instabilidade (dimensão da dinâmica).

2.2.1 O problema lógico

Este problema surgiu quando a lógica clássica se mostrou inadequada para lidar com contradições que eram consideradas insolúveis até então. No campo da microfísica, a contradição entre as ideias de partículas subatômicas, às vezes vistas como ondas e outras vezes como corpúsculos, levou os físicos a buscar uma maneira de determinar qual dessas concepções era correta. No entanto, Bohr argumentou que essas proposições contraditórias eram, na verdade, complementares do ponto de vista lógico e deveriam ser consideradas juntas, mesmo que parecessem se excluir mutuamente. Isso exigiu uma abordagem de pensamento mais complexa que pudesse acomodar as contradições em vez de tentar eliminá-las (ALMEIDA, 2018).

O pressuposto da simplicidade se realiza na setorização da ciência e dos recortes considerados necessários à pesquisa científica. De certa forma, em que pese as críticas que podem eventualmente ser tecidas dentro das instituições acadêmicas, o fato é que esse pressuposto de certa forma chancela pesquisas científicas que analisam partes isoladas do todo de maneira simples e elementar, na medida em que se abstém de tecer conexões relevantes com outros campos da ciência que também tem por objeto de estudo aquele assunto (Almeida, 2018).

2.2.2 O problema da incerteza (objetividade)

Este problema se refere à complexa relação entre o conhecimento e foi introduzido pela física quando Heisenberg formulou o princípio da incerteza. Esse princípio confirmou que, em mecânica quântica, não é possível obter valores precisos tanto para a posição quanto para a velocidade

de uma partícula simultaneamente. Isso não apenas demonstrou que a medição não pode garantir certeza, mas também revelou que ao iluminar um elétron para observá-lo, isso inevitavelmente afeta sua velocidade ou posição (Almeida, 2018).

A implicação mais significativa desse problema é o reconhecimento de que é impossível conhecer o mundo de maneira completamente objetiva, uma vez que o ato de observação em si interfere e altera o objeto, em vez de simplesmente capturá-lo. A objetividade na ciência se refere à necessidade de o pesquisador manter distância emocional do objeto de estudo, garantindo que quanto menor for o envolvimento subjetivo, mais rigorosa e imparcial será a produção científica.

De certa forma, pode-se supor que aquilo que se propõe dito em termos de objetividade sempre revela, em certa medida, um grau de incerteza.

2.2.3 O princípio da instabilidade

Instabilidade, dinâmica, ou *fluxo*, é o pressuposto de que a realidade não pode ser estudada como se fosse imutável, de forma que o resultado da pesquisa não seja afetado, por exemplo, por suas próprias ações. A termodinâmica introduziu o problema da instabilidade, derrubando a crença de que o mundo opera como uma máquina mecânica estática.

Esse reconhecimento da dinâmica instável levou a profundas reflexões sobre a imprevisibilidade dos fenômenos. A inovação não reside na instabilidade em si, mas na sua aceitação pelos cientistas. A convicção de um mundo estável foi reavaliada, e hoje a ciência tem amparo na mecânica quântica para comprovar que o mundo é dinâmico e tudo está em constante impermanência.

2.3 Confluências

Considerando, pois, a transformação do tripé da epistemologia das ciências de simplicidade, objetividade e estabilidade – atributos mecânicos – para complexidade, intersubjetividade e dinâmica – atributos orgânicos, pode-se inferir que há aqui uma aproximação significativa com epistemologias ameríndias. Em síntese, se trata de se voltar à ciência a uma auto-poiese transmutativa da máquina ao jardim.

Dessa forma, as conclusões extraídas da física quântica e a revisão dos pressupostos da ciência, outrora fundamentados em simplicidade, objetividade e estabilidade, evidenciam um redirecionamento para a complexidade, intersubjetividade e dinâmica. Tal transição para uma visão mais orgânica e interconectada no contexto científico guarda uma notável semelhança com as epistemologias ameríndias, a que se inclui num todo maior chamado por nós de *epistemologia cosmológica*.

2.3.1 Semântica novo-paradigmática

No campo semântico pode-se delimitar dois grandes universos linguísticos distintos, um situado no velho paradigma e o outro no novo paradigma, em que se situam tanto as perspectivas pautadas nas conclusões da física quântica - pensamento sistêmico novo-paradigmático -, como a perspectiva da epistemologia cosmológica - contracolonial.

Segundo ensinamento de Santos (2023, p. 13-15), para contracolônizar falando o idioma do colonizador, deve-se pegar as palavras fortes do seu discurso e enfraquecer, e pegar as palavras que estão enfraquecidas e potencializá-las.

A seguir, a título exemplificativo, algumas terminologias:

VELHO PARADIGMA	NOVO PARADIGMA	
<i>MECÂNICO colonizador/ moderno/cartesiano</i>	<i>SISTÊMICO</i>	<i>CONTRACOLONIAL</i>
construção pixel zero ou um mecanismo engrenagem articulação sujeito x objeto hierarquia linear apreender máquina desenvolvimento saber sintético colonização saber linear periódico colonizar <i>ter para ser</i>	realização fractal zero e/ou um fluxo dinâmica conexão relações intersubjetivas sistema circular ecologia economia circular desenvolvimento sustentável quântico permacultura <i>ser para ter</i>	interagir jardim envolvimento biointeração saber orgânico contracolônização saber circular cíclico vibração sentir <i>ser para sonhar e sonhar para ser contracolônizar</i>

Fonte: autores

Há um certo esforço em novas terminologias por parte de alguns setores insurgentes diante da crise climática, como agroecologia, ecologia e permacultura. A narrativa contracolonial, contudo, combate esses termos com base em que a contracolônização linguística exige a reconfiguração das palavras, enfraquecendo aquelas robustas no discurso do colonizador e fortalecendo aquelas que foram subestimadas (Santos, 2023, p. 13-15).

Esse movimento semântico não apenas desafia a estrutura linguística do velho paradigma dominante, mas também abre espaço para uma narrativa mais inclusiva e plural, alinhada com as visões sistêmica e

contracolônia, capaz de transformar a maneira como se concebe e se comunicam as singularidades¹¹².

2.4 Síntese do tópico

A abertura para uma compreensão mais holística, que considera as inter-relações complexas entre fenômenos e a constante transformação do mundo, sinaliza não apenas uma revolução no âmbito científico, mas também uma reaproximação das bases do conhecimento científico com abordagens que reverenciam a natureza como um sistema vivo e em constante *vir-a-ser*. Essa mudança paradigmática, transcendendo os limites da ciência mecanicista, sugere um refinamento na forma como se entende não apenas a ciência, mas também a própria natureza da existência.

3. Confluências

Como ultrapassar barreiras conceituais - como o proibicionismo - a partir da transposição para a epistemologia sistêmica ou cosmológica - para pensar questões como o proibicionismo? O velho paradigma separa estados de consciência, favorecendo um e negligenciando outros ligados a substâncias proibidas, contudo, em certos sistemas de conhecimento esses estados expandidos de consciência têm especial relevância, como o papel do sonho em diferentes culturas. O proibicionismo marginaliza saberes tradicionais e reflete uma postura colonialista, silenciando narrativas distintas. Repensar o proibicionismo vai além das políticas de drogas, é uma chance de valorizar conhecimentos marginalizados e promover uma

¹¹² A narrativa indígena da conquista do oeste dos Estados Unidos, em *Enterrem Meu Coração na Curva do Rio*: índios contam o massacre de sua gente, é bastante elucidativa quanto a isso: “Fizeram-nos muitas promessas, mas do que me posso lembrar, eles nunca cumpriram, menos uma: prometeram tomar nossas terras e tomaram” Nuvem Vermelha, Sioux Oglala Teton; “Os brancos só contaram um lado. Contaram o que lhes agradava. Contaram muito do que não era verdade. O homem branco só contou suas melhores ações, só as piores dos índios” Lobo Amarelo, Nez Percéz (Brown, 1973).

narrativa mais inclusiva, respeitando a diversidade de saberes. Essa reflexão propõe novos caminhos na formulação de políticas públicas e na construção de um conhecimento mais amplo e unificado.

3.1 Transpondo as bases

Se fomos capazes de transpor o rio São Francisco, poderíamos nos supor capazes de transpor o pensamento originário para repensar o proibicionismo?

No velho paradigma – pautado numa perspectiva estática da realidade – as substâncias que são alvo do proibicionismo são concebidas como provocadoras de um estado alterado de consciência, o que pressupõe que, fora do estado alterado de consciência – e que tem suas consequências bem delimitadas pelo ordenamento jurídico -, haja um estado não alterado de consciência.

Esse estado não alterado de consciência seria, em tese, lícito, enquanto o estado alterado de consciência em decorrência do consumo de substâncias classificadas como drogas ganha tratamento diferenciado no ordenamento jurídico, que inclusive reconhece uma certa presunção de incapacidade de discernir acerca da verdade, gerando consequências jurídicas tanto no âmbito civil como no âmbito criminal.

A neurociência do sonho trata do sonho como uma experiência expandida de consciência que possibilita o desenvolvimento de soluções inovadoras. O sonho é uma fonte de ideias inovadoras e diversas culturas buscam inspiração nele para encontrar nomes, canções, caminhos e estratégias. Esse processo, por assim dizer, é a base de nossa origem. Era uma prática comum a todas as culturas, algo universal. O recente fenômeno de não lembrar dos sonhos ou de não os utilizar para nada está resultando em grandes problemas. Afinal, o sonho está intrinsecamente ligado à arte, e a arte está intrinsecamente ligada à busca por soluções criativas para problemas tanto objetivos quanto subjetivos (Ribeiro, 2022, p. 40).

Krenak (2022b), aborda narrativas diversas daquela do Ocidente - que diz termos sido criados do barro da terra - e considera a possibilidade de “algum de nós, algumas dessas humanidades, conceber-se dentro de um sonho”, trazendo o exemplo dos Navarros, que contam que eles foram sonhados e que o mundo deles é um sonho.

Um traço distintivo das cosmovisões que se considera, em essência, sistêmicas, é que elas acolhem com muita naturalidade narrativas de povos que vivem fora do fluxo consumista da vida e experimentam uma relação não linear do tempo, um tempo espiralado, circular, não cartesiano e incabível na configuração de espaço-tempo clássica (KRENAK, 2022b). Para Krenak (2022b, p. 19),

Essa experiência sensível de sonhar a Terra pode ser um dos recursos que, no tempo de distúrbio, de ruptura, nós, como humanidade, como espécie, estamos vivendo e pode nos socorrer diante da incapacidade daquilo que chamamos de Ciência em religar nós, humanos, com o organismo vivo da Terra.

De acordo com Gonçalves (2011), estudos em inteligência artificial, psicologia cognitiva e neurociências sugerem que nossa racionalidade deriva de mecanismos elementares de simulação sensorio-motora, e assim, nossa concepção de mundo e de nós mesmos é dialeticamente construída e mantida em narrativas incessantemente reiteradas, de modo que um entrelaçamento de narrativas gera inteligibilidade mundo e a nós identidade.

O fato de, entre as culturas nativas ameríndias, haver uma ritualística de consagração do sonho como experiência de conhecimento de maior importância dentro da comunidade, além da existência de narrativas genealógicas de povos não individuais a partir do sonho, como o exemplo dos Navarro, demonstra que o conhecimento como resultado da busca pela verdade não se insere no campo exclusivo de um suposto estado de normalidade da consciência, em detrimento de estados de expansão promovidos, entre outros, pela ingestão de substâncias listadas como alvo

no sistema proibicionista. Pelo contrário. Para essa perspectiva, o estado promovido pela totalidade da ritualística é em si um estado superior de consciência.

Essa hierarquização entre níveis de legitimidade de estados de consciência de acordo com a influência da ingestão de certas substâncias colocando no topo da hierarquia aquele estado em que não houve qualquer ingestão das substâncias consideradas alteradoras de consciência é de certa forma uma premissa epistemológica dominante na busca pela verdade no velho paradigma.

A narrativa sobre a proibição de substâncias como maconha, ópio e cocaína revela uma interseção intrincada entre a estigmatização de certas populações e os conflitos geopolíticos. Essa interseção se evidencia na expansão de mecanismos compulsórios e colaborativos de controle internacional, com o objetivo de eliminar todos os usos de psicoativos que não fossem categorizados como médicos ou científicos (Simões, 2008, p. 17).

Proibir o acesso aos sistemas tradicionais de conhecimento pautados na ingestão de substâncias tornadas alvo do proibicionismo é também uma estratégia para enfraquecer e desarticular, favorecendo a dominação a partir da produção de verdades sempre emanadas de um espaço-tempo linear - incompatível tanto com o sonho quanto com os estados expandidos de consciência. A abstenção do Estado em promover uma política de reconhecimento e legitimação dos usos historicamente tradicionais dessa substância também revela o caráter colonialista da política de drogas.

O questionamento sobre a possibilidade de transpor o pensamento originário para repensar o proibicionismo reflete uma dicotomia arraigada no velho paradigma, no qual se estabelece uma distinção rígida entre estados de consciência. Enquanto o estado não alterado é considerado lícito e fundamenta a concepção dominante da verdade, os estados alterados,

resultado do consumo de substâncias proibidas, recebem tratamento desigual perante o ordenamento jurídico.

A epistemologia cosmológica, amplamente presente em culturas não submetidas ao paradigma consumista, enxerga estados expandidos de consciência como fontes superiores de conhecimento, reverenciando o sonho e as experiências sensoriais como vias legítimas de compreensão da realidade. A imposição de proibição sobre os sistemas tradicionais de conhecimento, muitas vezes associados ao uso dessas substâncias, revela-se como uma estratégia de dominação, impedindo a expressão de saberes que divergem do modelo linear de espaço-tempo e minando a legitimidade de narrativas não alinhadas com o velho paradigma mecanicista, evidenciando assim, o caráter colonialista subjacente às políticas de drogas.

3.2 Pensamento sistêmico: democracia, epistemologias nativas, epistemicídio e a dignidade da pessoa humana

A complexa rede sistêmica deve poder ser integrada, efetivando por sua vez a soberania da comunidade. As pessoas podem acessar refinados níveis de compreensão sobre como se dão os processos da vida, produtivos, institucionais, executivos, ou quaisquer que sejam, por participarem de fato da co-criação dessa rede, integrando-a a partir de uma posição horizontalmente multi relacionada.

A soberania da comunidade é um dos objetivos da revolução ecológica do direito, propostos por Capra e Mattei (2018). Pode-se dizer, em certa medida, que se revela indiretamente um dos reflexos epistemológicos do pensamento sistêmico. Segundo esses autores, num ordenamento jurídico ecológico, o papel soberano cabe à comunidade e não ao indivíduo ou ao Estado, e o conceito “comunidade” incorpora tanto fatores ancestrais quanto gerações futuras (Capra; Mattei, 2018).

A forma como a sociedade moderna se relaciona com o tempo, sempre direcionando-se para o futuro, tende a desvalorizar a importância da

história, apagando gradualmente os vestígios que poderiam nos proporcionar uma compreensão completa do presente. De acordo com Robert Kurz (*s.d.*), isso leva a uma omissão na história daquilo que condiciona a transformação da vida em um mero repositório de imperativos econômicos, perpetuando um estilo de vida que gera inúmeros problemas.

Esses problemas se tornam um foco importante para a pesquisa científica, que é o objetivo da atividade acadêmica. No entanto, é notável que a própria ciência tenha se desenvolvido em um contexto marcado por violência e dominação, uma realidade intimamente ligada aos problemas que ela se propõe a investigar.

Por sua vez, na perspectiva do pensamento sistêmico, apesar de todo o sofrimento e todo o mal que algo possa ter causado na história, não há o que não possa ser aproveitado. Daí decorre que, em que pese a ciência que ocupa as universidades hoje tenha se pautado historicamente no velho paradigma mecanicista, tratando de objetificar o planeta e seus integrantes, ela mesma está em processo de transformação a partir do reconhecimento de características que superam a visão mecânica traduzida nos termos da linguagem científica pelas leis da mecânica newtoniana.

Isso corrobora que sistemas de conhecimento historicamente marginalizados pela ciência possam ser compartilhados em termos do domínio linguístico da ciência e, a depender de que se adequem aos pressupostos da ciência novo-paradigmática, a eles podem ser conferidos o status científico. Isso não implica de modo algum o desmonte da estrutura burocrática da Academia, mas um redimensionamento quântico daquilo que é emanado dessa instituição.

Já se entende, contudo, entre a comunidade científica, que não há hierarquia entre saberes, de modo que a verdade científica seja superior a verdades ditas em outros domínios linguísticos, muito embora isso esteja impregnado nos discursos científicos. A perspectiva do pensamento sistêmico propõe uma reconciliação que exige minimamente um gesto de

humildade e reconhecimento dessa supressão de saberes marginalizados pela colonização.

Não é necessário apenas reconhecer que existem discursos diversos, mas produzir um conhecimento que no mínimo não seja de um todo conflitante com outros sistemas de conhecimento em uma dinâmica hierárquica de dominação e supressão, o que seria o mecanismo fonte da injustiça epistêmica.

Para superar essa dominação automatizada pela máquina moderna cientificada, é necessário que a ciência incorpore, nos limites dos seus próprios fundamentos, aquilo que outrora foi marginalizado. Se não puder ser em termos de produção final de conhecimento, que o seja ao menos no nível axiológico em que se encontra a epistemologia.

Dito de outra forma, significa que a epistemologia da ciência não pode ser, em sua ontologia, opressora de epistemologias diversas, e foi exatamente isso que significou, na prática, o empreendimento científico moderno. É preciso reposicionar o discurso científico tradicional para que, como um avô, este dê amparo para seus filhos e netos. A ciência produzida hoje é herdeira da ciência clássica, mecanicista. Isso significa que é possível nos ampararmos no que veio antes e construir o que virá adiante. São tempos de reconciliação necessária!

Isso não significa uma transposição irresponsável, para o domínio linguístico da ciência, daquilo que categoricamente entre os cientistas é chamado de senso comum. Pelo contrário, o próprio lugar privilegiado da ciência, assim como outros lugares privilegiados de exercício de poder, torna necessário uma determinada ritualística para fins de comprovação da seriedade do negócio, principalmente em decorrência dos princípios constitucionais a que estão vinculadas as pessoas e instituições acadêmicas.

Em suma, o pensamento sistêmico novo paradigmático se mostra uma alternativa viável para subsidiar soluções não atomizadas e capazes de

gerar resultados sistêmicos restaurativos, numa perspectiva de reconciliação epistemológica com saberes anteriormente marginalizados.

3.3 Apontamentos metodológicos para a criação de políticas públicas

O primeiro apontamento diz respeito à reparação histórica das múltiplas injustiças epistêmicas subjacentes ao universo das drogas. Em decorrência desses processos históricos, e tendo em vista essa opção epistêmico-metodológica, propõe-se aqui enfrentar o problema da criminalidade a partir do estudo da guerra às drogas não apenas considerando narrativas marginalizadas para recontar a história da repressão, mas também para pensar soluções a partir de um novo prisma.

Souto (2020), discorrendo sobre insurgências negras na gestão cultural contemporânea, informa que aquilombar-se é “o ato de assumir uma posição de resistência contra-hegemônica a partir de um corpo político”. Neste sentido, o caminho metodológico que surge da consideração da epistemologia sistêmica ou cosmológica a partir do diálogo entre as terminologias de Krenak (2022a) e Santos (2023) pode ser definido como *aquilombar o Antropoceno* (SANCHES, 2023).

Na verdade, trata-se de algo que é da ordem do “aqui e agora”, comunidades auto-organizadas que divulgam pelo mundo ideais revolucionários de que a resolução dos nossos problemas deve ser feita com a participação das comunidades diretamente interessadas. Esse é talvez o aspecto mais importante a ser considerado quando se trata de criar soluções efetivas para reduzir a criminalidade violenta e o domínio das facções criminosas sobre o comércio de substâncias atualmente proscritas.

Aquilombar o Antropoceno nos impele a lidar com a necessidade de empoderamento comunitário para participação ativa nas atividades relacionadas com a elaboração de políticas públicas, para que possam acolher um povo que em geral compartilha de fundamentos cuja ciência jurídica jamais esteve realmente interessada em considerar. Não se trata, em

último caso, de inserir no mecanismo da racionalidade o que a antropologia clássica chama de pensamento mágico, mas de permitir a participação ativa de entidades comunitárias que partilham de um olhar *encantado* sobre a existência.

Considerações finais do capítulo

A proibição de substâncias originariamente utilizadas para finalidades ritualístico-medicinais desencadeia, desde a sua gênese, tanto na criminalização de práticas indígenas como na superpopulação carcerária de pessoas pretas e pardas. O proibicionismo é uma mão de ferro no aparato colonizador, favorecendo-se de estruturas múltiplas de afirmação do velho paradigma mecanicista e supressão daquilo que dele diverge.

Além da supressão, num primeiro plano, existe também a dimensão fractal de apropriação dos sujeitos atravessados pelo sistema de modo retroalimentá-lo. Este argumento não é a defesa das drogas absolutamente, mas um indicativo da complexa teia de dominação que impõe a dicotomia de valores fortalecida pelos seus interesses de poder. Dito de outro modo, aquelas pessoas afetadas pelas múltiplas garras do segregacionismo da colonização civilizatória e são inseridas na marginalidade tornam-se úteis à perpetuação do sistema penal, o que se traduz na reafirmação do estereótipo criminoso uma vez que se torna alvo do sistema penal.

A proibição das drogas no âmbito internacional em países consumidores cria um mercado oculto altamente lucrativo, dominado e em constante disputa pelas grandes corporações do crime, alimentado pela mão de obra disponível nas localidades que menos acessam educação e emprego formais. Isso perpetua a exploração de recursos em países periféricos e contribui para a marginalização dessas nações. Por outro lado, a busca por controle sobre as áreas de produção de drogas muitas vezes leva a conflitos violentos e à imposição de estruturas de poder para-estatais que não só prejudicam como subjugam e dominam a população local.

As políticas de drogas adotadas por países consumidores frequentemente países do centro na dinâmica colonialista têm implicações significativas para os países produtores, localizados na periferia da colonização. Essas políticas podem ser extremamente prejudiciais, especialmente quanto ao aumento da violência decorrente da criminalização traduzida na guerra às drogas.

É o que os dados da pesquisa nacional traduzem quando revelam a relação entre o aumento da repressão ao tráfico, ou a intensificação da guerra às drogas, e a superlotação carcerária, especialmente no tocante ao quantitativo dos crimes direta ou indiretamente relacionados ao tráfico de drogas.

Buscou-se explorar a epistemologia científica, transitando do pensamento mecânico para o sistêmico e considerando a física subatômica e a cosmologia indígena e quilombola, questiona-se a lógica do Antropoceno e se propondo uma nova perspectiva sobre o lugar dessas narrativas. Abordando-se a história colonial, buscou-se repensar ações no sistema prisional e na guerra às drogas, em busca de uma ciência jurídica mais democrática, inspirada na epistemologia sistêmica ou cosmológica.

O pensamento sistêmico não inaugura, de modo algum, a perspectiva holística dos saberes, mas justifica, cientificamente, que se deve considerá-la. Partindo de um lugar contracolonial do fazer científico, constata-se que o pensamento sistêmico novo paradigmático da ciência não é a única maneira não mecanicista de fazer ciência, mas a visão sistêmica encontra ressonância em epistemologias tradicionalmente marginalizadas do campo científico. A postura contra-colonial é o ponto de transmutação na interseção entre os paradigmas da ciência. O objetivo aqui é promover um diálogo entre essas diferentes fontes de conhecimento, buscando transformar a abordagem científica de uma máquina para um jardim, superando a predominância do androcêntrismo na razão.

Contudo, todo o construto dos direitos humanos - aos quais deve-se ater muitas vezes para frear disparates do Estado contra os jurisdicionados - parte da perspectiva de centralidade da pessoa humana biologicamente definida. Isso tem origem na mesma fonte de ideias que legitimou o empreendimento mecanicista e está intimamente ligado aos seus desdobramentos. Seria possível fazer o caminho reverso da máquina ao jardim sem passar pela descentralização do humano? Entende-se que não.

No entanto, no domínio linguístico da ciência jurídica é praticamente impossível nos desvencilharmos dessa perspectiva. Isso melhor se encaminha no campo da argumentação jurídica, a partir da consideração de direitos difusos e coletivos, o que, em última instância, tem como beneficiários ou titulares, pessoas humanas, mas que abrange de alguma maneira uma finalidade benéfica transindividual.

Sem buscar, portanto, romper definitivamente com tudo aquilo que foi edificado pelos juristas, deve-se compreender que a dignidade de grupamentos humanos que partilham de uma cosmovisão pautada em epistemologias diversas passa pelo reconhecimento desses fundamentos, inclusive isso reflete a necessária descentralização do *humano*. É um ponto controverso e aparentemente inconciliável, pois a economia que abarca os sistemas de proteção de direitos humanos está intimamente comprometida com o liberalismo individualista.

De todo modo, a sistemática de proteção dos direitos humanos é expansionista das definições acerca do que deve ser protegido, de modo que o reconhecimento de certos direitos não implica jamais a exclusão de outros (exemplo art. 5º, CRFB/1988).

Isso é particularmente controverso quando se trata do reconhecimento da personalidade jurídica de direitos da natureza, o que poderia, por exemplo, “quebrar” todo o sistema proibicionista em torno das plantas.

Um pensamento raso poderia propor que assim como o fim da escravidão implicou a necessária reformulação das dinâmicas de exploração da mão de obra anteriormente escravizada, o reconhecimento da personalidade jurídica de direitos da natureza reforça a necessidade de reformular como se exploram economicamente esses recursos.

No entanto, assim como as soluções propostas para a readequação das dinâmicas sociais com o fim da escravidão não provocaram alterações eficazes para proporcionar àquelas pessoas e suas descendências uma vida digna, a mera readequação de dinâmicas de exploração econômica sem alteração do fundamento de dominação mecanicista não poderá nos levar a lograr bons resultados para frear os danos sistêmicos oriundos da exploração da natureza.

Seria leviano supor que é possível extinguir todo tipo de exploração. Talvez um sonho, como o sonho Krenak. Contudo, no intuito de alavancar um processo de compensação no nível discursivo, inicia-se da consideração elementar de pressupostos epistemológicos diversos daqueles valores cripto-teológicos judaico-cristãos como essencial para a redefinição democrática do conceito de dignidade da pessoa humana.

Assim, considerando essa integração no nível epistemológico, o primeiro impacto é terminológico. É possível pensar uma epistemologia democrática na definição axiológica do princípio da dignidade da pessoa? Talvez essa seja uma boa solução sistêmica no campo da teoria jurídica.

Trazer o debate epistemológico para a pauta da gênese de uma política pública, como a PNAD, é um desafio estruturante. Se o epistemicídio tem um fundamento etnológico, por que não ouvir os direcionamentos do que brotou das raízes remanescentes de povos originários que - apesar da violência epistêmica a eles direcionadas - mantém um alto grau de auto-organização? Como o poder público pode aprender com povos originários e quilombolas acerca de gestão de crise e

soluções inteligentes que não demandam alto investimento financeiro para serem implementadas?

Enquanto a perspectiva linear do espaço-tempo domina a produção da verdade, isso não só suprime epistemicamente, mas também fundamenta a estrutura da epistemologia mecanicista, em contraste com culturas que reconhecem a natureza como matriz, como as culturas afro e ameríndias em resistência.

A solução encontrada em termos metodológicos é *aquilombar o Antropoceno*. Isso significa trazer a comunidade para o protagonismo coletivo, fazer do Estado um espaço de construção colaborativa. O quilombo, como uma referência epistemológica, não se baseia na cultura da culpabilidade cristã-monoteísta, logo, o primeiro passo é saber-se estar diante de um desafio epistemológico que tem dimensões tão magnânimas quanto a própria colonização, ou a guerra às drogas.

Sob a ótica do pensamento mecânico pode-se pensar: como transpor a cosmovisão quilombola ou indígena para um plano de trabalho objetivamente definido para pensarmos uma solução para a criminalidade violenta ligada ao tráfico?

Sob a ótica do pensamento sistêmico, é preciso ir além da objetividade da pesquisa para adentrar os meandros do complexo campo das intersubjetividades relacionadas não só individualmente, mas coletivamente organizadas, que são atravessadas diretamente pela política estatal que se pretende discutir.

Referências

- ALMEIDA, José Carlos da Luz Wanderley Macedo Neves de. **Revolução ecojurídica**: diálogos a partir do caso da penhora do lixão sob a ótica do pensamento. 2018. 119f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Natal, 2018.
- AMADOR, Alisson. Cemitérios Indígenas (Ailton Krenak). Youtube. **Canal Alisson Amador**, 2021. Disponível em:

- <https://www.youtube.com/watch?v=PowP1eDXS5c>. Acesso em: 17 dez. 2023.
- ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- BAREUTHER, Johannes. O antropocentrismo da razão dominadora da natureza (1ª parte): natureza demoníaca e natureza mecânica. **Revista Exit!**, n. 12. p. 18-52, 2014.
- BECKER, Beril. **O homem e a máquina**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1963.
- BOBBIO, Norberto. **Política e Cultura**. Torino: Einaudi, 1977.
- BROWN, Dee. **Enterrem meu coração na curva do rio: uma história índia do Oeste americano**. 6. ed. Porto Alegre: Melhoramentos, 1973.
- CAMPOS, Luiz Augusto; CANDIDO, Marcia Rangel. Desigualdades Raciais na Ciência Brasileira. **GEMAA – Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa**, 29.11.2023. Disponível em: <https://gemaa.iesp.uerj.br/infografico/desigualdades- raciais-na-ciencia-brasileira/>
<https://gemaa.iesp.uerj.br/infografico/desigualdades- raciais-na-ciencia-brasileira/>. Acesso em: 17 dez. 2023.
- CAPRA, Fritjof. MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Cultrix, 2018.
- SENAPPEN. Secretária Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais - RELIPEN**. 1º Semestre 2023. Brasília, 2023.
- FEDERICI, Sivia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.
- FOUCAULT, Michel. Sexualidade e solidão. 1981. In: FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. (Coleção Ditos e Escritos. v. 5.).
- GONÇALVES, Antonio José Menezes. Vivendo estados alterados: a consciência como uma narrativa em aberto. **Periferia**, v. 3, n. 2, 2011.
- HOBBSAWN, Eric. **Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Centauro, 2002.
- IELA. Instituto de Estudos Latino-Americanos. De Madre Terra e de Materialismo: notas decoloniais. **Universidade Federal de Santa Catarina**, 28.03.2021. Disponível em: <https://iela.ufsc.br/de-madre-terra-e-de-materialismo-notas-decoloniais/>. Acesso em: 17 dez. 2023.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

- KOPENAWA, Davi. **A queda do céu**: palavras de um xamã yanomami. In: KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. **A queda do céu**: palavras de um xamã yanomami. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020b.
- KRENAK, Ailton. **Futuro ancestral**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022a.
- KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020a.
- KRENAK, Ailton. Sonhar a terra. In: KRENAK, Ailton; PIÚBA, Fabiano (org.). **Desnaturada**: cultura & natureza. Fortaleza: Secult/CE, 2022b.
- KURZ, Robert. **O sentido cultural do século XXI**: orientação simbólica e nova crítica social. [s.d.]. Disponível em <http://www.obeco-online.org/rkurz7.htm>. Acesso em: 17 dez. 2023.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- MAFFESOLI, Michel. O imaginário é uma realidade. **Revista Famecos**, Porto Alegre, n. 15, p. 74-82, 2001.
- NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2016. v. II – Dignidade e Inconstitucionalidade.
- PORFÍRIO, Iago & OLIVEIRA, Lucas Timoteo de. Antonio Bispo dos Santos. **Enciclopédia de Antropologia**, São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Antropologia, 2021.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina. **Dispositio**, v. 24, n. 51, p. 137-148, 1999.
- RIBEIRO, Sidarta. A terra e os sonhos. In: KRENAK, Ailton; PIÚBA, Fabiano (org.). **Desnaturada**: cultura & natureza. Fortaleza: Secult/CE, 2022.
- SAAD, Luísa. A maconha nos cultos afro-brasileiros. In: MACRAE, Edward; ALVES, Wagner Coutinho (org.). **Fumo de Angola**: canabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade. Salvador: EDUFBA, 2016. (Coleção Drogas: clínica e cultura CETAD/UFBA).
- SANCHES, Ana (mod.). Aquilombar o Antropoceno, Contra-colonizar a Ecologia: confluências entre Malcom Ferdinand e Antonio Bispo. Youtube. **Canal USPFFLCH**, 2023. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=7RCuzE6b83k>. Acesso em: 17 dez. 2023.
- SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra**: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

- SANTOS, Antônio Bispo dos. **A terra dá, a terra quer**. São Paulo: Ubu, 2023.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; MAGANE, Renata Possi. A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 517-547, maio/ago. 2020.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina. **Poliética**, v. 8, n. 1, p. 94-125, 2020.
- SILVA JUNIOR, Walter Nunes da. **Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal**. Natal: OWL, 2023.
- SIMÕES, Júlio Assis. Prefácio. In: LABATE, Beatriz Caiuby et al. (org.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: EDUFBA, 2008.
- SOUTO, Stéfane Silva de Sousa. Aquilombar-se: insurgências negras na gestão cultural contemporânea. **Metamorphose**, v. 4, n. 4, 2020.
- UNODC. United Nations Office on Drugs and Crime. Relatório Mundial sobre Drogas 2020: consumo global de drogas aumenta, enquanto COVID-19 impacta mercados, aponta relatório. **Escritório de Ligação e Parceria no Brasil**, 2020. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-2020_-consumo-global-de-drogas-aumenta-entanto-covid-19-impacta-mercado.html. Acesso em: 17 dez. 2023.
- VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. Campinas: Papyrus, 2002.
- WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Tomo I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

Capítulo 9

A figura feminina no tráfico de drogas: considerações sobre a Lei nº 11.343, de 2006, a partir de um estudo no Complexo Penal Dr. João Chaves (RN)

Beatriz Amâncio de Paiva Freitas¹¹³

Milena da Silva Claudino¹¹⁴

Introdução

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas), surge diante de um contexto de crise do sistema de justiça criminal, a partir das políticas públicas centradas na criminalização das drogas. Contudo, ao mesmo tempo em que se observa a superlotação das unidades prisionais de todo o país, não se percebe uma redução nos índices de criminalidade. Ao contrário, o aumento no aprisionamento caminha junto a um aumento da criminalidade violenta. Conforme o INFOPEN (2022), entre os anos de 2000 e 2017, a taxa de aprisionamento aumentou mais de 150% em todo o Brasil. Ao mesmo tempo, o Atlas da Violência (2021) indica um aumento da taxa de homicídios entre 2009 e 2017.

Nesse deslinde, embora a Lei de Drogas tenha adotado como justificativa formal de sua redação a necessidade de proteger a saúde pública, na realidade, assume um perfil punitivista, atuando como mecanismo de criminalização de grupos historicamente marginalizados. Além disso, desempenha um papel crucial na rotulação de certos comportamentos e substâncias como ilegais, enquanto outras são legalizadas.

¹¹³ Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bacharel em Direito pela UFRN. Pesquisadora nos projetos de pesquisa “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte” e “Processo Criminal em movimento”, ambos vinculados à UFRN. Oficial da Polícia Militar do Rio Grande do Norte (PMRN). ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-3313-2503>

¹¹⁴ Advogada (OAB-RN). Bacharel em Direito (UFRN). Técnica em Administração (IFRN). Membro dos projetos de pesquisa Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte (UFRN) e Processo criminal em movimento (UFRN). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6013-6987>

O próprio fato de a pena de prisão ser aplicada como resposta à questão das drogas reflete uma perspectiva moral e política, ao contrário de uma preocupação real com os efeitos do uso de substâncias psicotrópicas. Este fato assume ainda mais relevância no que diz respeito às mulheres que estão presas em decorrência do tráfico de drogas.

Isto porque a Lei nº 11.343, de 2006, contém em seu artigo 33, *caput* e parágrafo primeiro, a previsão de dezoito verbos nucleares que tipificam a conduta para a mesma quantidade de pena (reclusão de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa), revelando a falta de objetividade e base empírica do legislador. A redação, por ser extremamente abrangente, indo desde “vender” até “guardar” e “oferecer”, limita as garantias da pessoa acusada de praticar tráfico de drogas diante do poder de persecução penal do Estado, bem como o alto grau de discricionariedade de atuação do aplicador da lei.

Diante de uma legislação explicitamente repressiva e genérica, não é surpreendente que os crimes relacionados à Lei de Drogas, especialmente o tráfico, representem uma parte significativa das condenações no Brasil. No último relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) de 2022, foi constatado que 28,29% (vinte e oito vírgula vinte e nove por cento) dos detentos no sistema prisional estadual respondem por crimes relacionados à Lei de Drogas, o que corresponde a 193.001 (cento e noventa e três mil e um) cidadãos atrás das grades. Destes, 180.710 (cento e oitenta mil, setecentos e dez) respondem especificamente pelos tipos penais tráfico de drogas (art. 12 da Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976 e art. 33 da Lei 11.343, de 2006) e tráfico internacional de drogas (art. 18 da Lei 6.368, de 1976 e art. 33 e 40, I, da Lei 11.343, de 2006).

Ocorre que, ao observar esta realidade a partir de um recorte de gênero, é possível verificar que, proporcionalmente, mais mulheres são presas por tráfico de drogas em comparação aos homens. O Infopen (2022) destaca que, o total de mulheres presas é de 33.135 (trinta e três mil, cento e trinta e cinco), sendo 13.871 (treze mil, oitocentos e setenta e um) apenas por tráfico de drogas

e tráfico internacional de drogas, ou seja, aproximadamente 42% (quarenta e dois por cento) da população prisional feminina responde por estes dois tipos.

Com relação aos homens, o Infopen (2022) aponta que há 724.142 (setecentos e vinte e quatro mil, cento e quarenta e dois) internos do sistema prisional, sendo 166.839 (cento e sessenta e seis mil, oitocentos e trinta e nove) por tráfico de drogas e tráfico internacional de drogas. Isto indica, portanto, que aproximadamente 23% (vinte e três por cento) da população de internos masculinos do sistema prisional responde por estes dois tipos. Chama atenção, portanto, o fato de que diante de uma postura estatal de *guerra* às drogas as mulheres surjam de modo mais vulnerável.

Quanto aos indicadores socioeconômicos, tanto para internos do sistema prisional do sexo masculino quanto feminino, segue a tendência de haver como perfil uma maioria negra e com baixa escolaridade. Logo, conforme apontado por Claudino (2022), as análises em torno do cárcere feminino não podem se limitar a explicar qual o perfil da mulher presa, sendo necessário traçar diretrizes para compreender em que medida o fator gênero torna as mulheres proporcionalmente mais vulneráveis ao aprisionamento por tráfico de drogas e que alternativas podem ser traçadas a partir da redação da Lei de Drogas.

Partindo desse panorama, este capítulo pretende se debruçar sobre as questões relacionadas ao tráfico de drogas e ao gênero feminino, buscando revelar as razões que justifiquem a realidade carcerária posta, tendo como locus de pesquisa a Penitenciária Estadual Dr. João Chaves. Por fim, buscar-se-á elencar possíveis alternativas à atual redação da Lei de Drogas.

2. Gênero, crime e cárcere: o encarceramento feminino em massa e a criminalização simbólica das drogas

O crime de tráfico de drogas, previsto na Lei 11.343, de 2006, é caracterizado pela exposição de 18 (dezoito) verbos, nos termos do art. 33, *caput*: (a) importar, (b) exportar, (c) remeter, (d) preparar, (e) produzir, (f) fabricar, (g) adquirir, (h) vender, (i) expor à venda, (j) oferecer, (k) ter em

depósito, (l) transportar, (m) trazer consigo, (n) guardar, (o) prescrever, (p) ministrar, (q) entregar a consumo ou (r) fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Consiste, portanto, em crime de ação múltipla, caracterizado pela ampliação dos verbos que definem o tipo penal. Trata-se de técnica legislativa que implica no enrijecimento do tipo penal, caracterizando o fato criminoso a partir de várias condutas (ZAFFARONI, 2011), ainda que haja pouca relação entre uma e outra, como, por exemplo, *guardar e vender*. A pena imposta para este tipo é de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, apesar de não haver vítimas individuais, pois trata-se de um crime cujo sujeito passivo é a sociedade e o Estado.

Embora os estudos sobre cárcere no Brasil deixem evidente o papel do tráfico de drogas na superlotação das unidades prisionais, é necessário compreender o que põe as drogas no centro de uma política repressiva do Estado e, além disso, o que torna as mulheres mais vulneráveis à prisão por este tipo penal.

2.1. A criminalização simbólica das drogas e encarceramento

Frente ao tratamento do Estado diante das drogas, Olavo Hamilton (2019) ensina que o processo de criminalização simbólica está vinculado à confirmação de valores sociais, os quais apontam que a ingerência do direito penal diante de determinadas substâncias psicoativas é marca da diferença de tratamento ofertado a determinados grupos frente a outros.

Logo, ainda que algumas substâncias, como álcool, impliquem em desfechos negativos para a saúde de quem o consome e, não eventualmente, para os que estão ao seu entorno, vide os contextos de violência doméstica e crimes de trânsito, os valores morais da nossa sociedade permitem que seja comercializada.

O conceito de legislação simbólica, portanto, refere-se à que não possui condições reais de efetivar sua pretensão e, desse modo, exerce o papel de

concretizar realidade distinta da disposta pela própria norma ou, ainda, de perpetuar determinados padrões na coletividade. Logo, age para reforçar valores morais e demonstrar a capacidade do Estado de adiar a solução de conflitos por meio de posturas paliativas (HAMILTON, 2019).

O centro dessa política de tratamento distinto a depender do grupo social, para Juliana Borges (2019), está na engrenagem sistêmica que busca a manutenção das desigualdades fundadas nas hierarquias raciais. E isso ocorre porque a legislação antidrogas e as medidas estatais a ela associadas foram construídas a partir de um discurso de epidemia e amedrontamento da população em relação às substâncias ilícitas, sendo a base para a militarização de territórios periféricos à luz de um mito de *combate* a um problema social (BORGES, 2019).

Embora os estudos voltados à realidade prisional exponham o evidente fracasso da criminalização das drogas, o Estado, por meio de políticas públicas paliativas, não reconhece que estratégias repressivas ao uso de drogas não são eficientes (HAMILTON, 2019).

Inclusive, é consequência desta perspectiva o próprio fato de que a prisão é a resposta imediata do Estado para o crime de tráfico de drogas, sem um suporte científico, fundamentado em dados, que garanta ser esta a medida mais adequada aos casos. Isso pode ser explicado em razão da visão superficial de que as prisões são instituições inevitáveis para o viver coletivo, em uma relação falaciosa de causa e efeito: à medida em que não se vislumbra, ao longo da história, a existência de uma sociedade sem crimes, passa a não ser vislumbrada a possibilidade de uma sociedade sem prisões, ambientes propícios para punir quem assume comportamento desviante.

Contudo, passar a perceber a prisão como uma instituição criada é o primeiro passo para cogitar uma sociedade sem prisões. Essa perspectiva encontra suporte em outros cenários de violência institucionalizada que foram tratadas como normais em algum momento histórico, como o próprio regime de escravidão (DAVIS, 2018).

As prisões não existem desde que o mundo é mundo. A história nos mostra que o surgimento das penitenciárias está vinculado à humanização do

exercício do poder de punir, o qual era realizado por meio de penas cruéis. As pessoas ditas infratoras eram detidas para serem submetidas a alguma forma de castigo físico. Com as penitenciárias, o cárcere substituiu as penas capitais e corporais, tais como mutilações, açoites, banimento, morte e violências sexuais – incluindo a prostituição, para mulheres – pelo próprio aprisionamento (DAVIS, 2018; FOUCAULT, 2016; BECCARIA, 1979).

O Abolicionismo Penal, nesta perspectiva, surge como corrente que permite observar as prisões com mais criticidade, embora punir com pena de prisão seja democrático à luz da Constituição Federal de 1988. Isso se diz, notadamente, porque esta perspectiva aponta as prisões como espaços de violência institucionalizada, sobretudo contra os corpos negros, pobres e femininos. Ademais, auxilia na compreensão de que o direito penal, por si só, não garante a extinção ou diminuição de crimes vinculados a problemas estruturais – como a miséria, a violência doméstica, o uso de substâncias consideradas ilícitas.

Apesar de, no discurso formal, a prisão cercear o direito de ir e vir, não se trata de um ambiente de temor social apenas pela restrição deste direito. As unidades prisionais estão presentes na vida dos cidadãos, seja daqueles que estão ou estiveram na condição de internos do sistema prisional, de familiar de interno ou apenas dos que conhecem o sistema sem efetivamente vivenciá-lo, como um ambiente de violação a direitos como integridade física e psíquica, saúde e dignidade. É exemplo disso a revista vexatória, mas, principalmente, os diversos casos de tortura apontados no documento *Tortura em tempos de encarceramento em massa (2018)*, produzido pela Pastoral Carcerária, no qual há relatos de agressão física em 58% (cinquenta e oito por cento) dos casos. Além disso, 41% (quarenta e um por cento) das denúncias também indicam condições degradantes de aprisionamento, especialmente relacionadas com a insalubridade das celas e espaços de privação de liberdade.

Neste cenário de violências dentro e fora do sistema prisional, a guerra às drogas se mantém como fundamento para a prisão de diversos cidadãos, sendo afastado o objetivo oficial de redução de uso e comercialização de

psicotrópicos ilícitos para proteção da saúde pública. E segue, sob o olhar atento e direcionado do Estado, sem qualquer perspectiva de se alcançar a paz e sem apresentar os resultados um dia prometidos e já não esperados (HAMILTON, 2019).

2.2. A vulnerabilidade da mulher frente às prisões por tráfico de drogas

No cenário de criminalização simbólica das drogas, ou seja, de criminalização daquilo que não é moralmente aceito pela sociedade, as mulheres passam a ser proporcionalmente mais presas por tráfico de drogas do que os homens, como visto nos dados do Infopen (2022).

Discutir esta relação exige compreender a construção social do gênero na sociedade brasileira, posto que se trata de circunstância central no debate. Ser homem e ser mulher são resultado de construções socioculturais e históricas, que levam em consideração fatores como raça e classe social, que permitem explicar as desigualdades criadas para arrazoar o tratamento discrepante conferido aos diferentes gêneros e justificar a dominação masculina.

O gênero, portanto, reflete a construção cultural desigual de poder entre homens e mulheres, pois o corpo não é um produto exclusivo do biológico, mas é resultado da somatória de outros elementos, como a religião, moral, classe, dentre tantos outros, de forma que se reverbera em um espaço de ideologia (SAFFIOTI, 2015). Enquanto categoria de análise, Joan Scott (1995) afirma que gênero é uma construção social estabelecida a partir da diferenciação entre os sexos feminino e masculino e a partir da qual se definem relações de poder em uma condição de submissão e dominação.

Assim, assumem-se estereótipos de comportamentos tidos como “masculinos” ou “femininos”, que são papéis sociais impostos e pré-definidos, impondo um controle - formal ou informal, a depender do caso - sobre os dois grupos.

Neste cenário, a prática criminosa por parte dos homens tem sido historicamente considerada mais tolerável do que aquela perpetrada por

mulheres. Isso decorre da propensão em perceber que as medidas punitivas do Estado contra as mulheres se contrapõem a um comportamento mais desviante e ameaçador para a sociedade. Mesmo com a evolução da prisão como a principal forma de punição pública, em um processo de "humanização" das penalidades, as mulheres continuaram a ser sujeitas a formas alternativas de punição, como em instituições psiquiátricas, em proporções superiores às registradas nas prisões. Isso sugere que, enquanto os homens envolvidos em atividades ilícitas eram rotulados como criminosos, as mulheres que praticavam infrações eram classificadas como portadoras de distúrbios mentais (DAVIS, 2018).

A análise da aplicação da legislação de drogas pelo sistema de justiça criminal torna-se essencial ao considerar o enfoque de gênero. Esta lei, caracterizada por uma abordagem punitiva, impacta as mulheres de maneira ainda mais pronunciada, devido à presença de elementos criminalizadores inerentes à legislação em si e ao tratamento dispensado à mulher pela sociedade.

Conforme Angela Davis (2019) observa, o sistema prisional atua como uma máquina destinada a aprisionar mulheres, buscando reabilitá-las por meio da incorporação de comportamentos tradicionalmente associados ao feminino. Em outras palavras, ocorre uma domesticação da mulher, de maneira extremamente intensa. Nesse contexto, a prisão não apenas gera trabalhadoras braçais de baixo custo, desempenhando funções como empregadas domésticas, costureiras e cozinheiras, mas também modela mulheres submissas e dóceis destinadas aos âmbitos privados da vida, como a família, o casamento e o lar.

As mulheres negras desempenham um papel central nesses debates, pois têm lidado historicamente com diversas formas de violência, que vão desde a racial até a sexual. Diante disso, torna-se evidente a necessidade de realizar uma análise a partir da perspectiva do feminismo interseccional para examinar o direito aplicável à condição da mulher no ambiente carcerário.

O conceito de interseccionalidade, introduzido por Kimberlé Crenshaw, refere-se à necessidade de compreender as interações entre dois ou mais eixos de subordinação. Ele aborda como o racismo, patriarcado, opressão

de classe, discriminação contra orientação sexual, entre outros sistemas discriminatórios, moldam desigualdades que fundamentam as condições das mulheres (CRENSHAW, 2002). Isso destaca que, embora todas as mulheres vivam em uma sociedade permeada pelo machismo, enfrentam opressões de maneiras distintas, dependendo dos outros contextos de subordinação que enfrentam.

Mulheres e meninas negras, por exemplo, encontram-se em pelo menos dois grupos subalternos (raça e gênero) e, portanto, muitas vezes enfrentam desafios contraditórios. Carla Akontirene (2019) observa que há uma percepção equivocada de que todas as violências policiais são direcionadas aos homens negros e que todas as formas de violência doméstica e feminicídio são impostas às mulheres brancas. Isso evidencia que o problema do encarceramento em si não tem sido reconhecido como uma questão relevante pelas instituições que compõem o sistema de justiça criminal, em grande parte porque as mulheres que constituem a maioria nesse espaço são, em sua maioria, pobres e negras.

3. Prisões de mulheres no Rio Grande do Norte

A construção de políticas direcionadas às mulheres em condição de cárcere exige uma abordagem sob perspectiva interseccional. O feminismo interseccional compreende que mulheres experimentam opressões distintas a depender das circunstâncias em que vivem e das experiências que as atravessam. À luz desta corrente, é inapropriado que as especificidades do gênero feminino sejam tratadas com uma aparente igualdade sem considerar os recortes relativos à raça, maternidade, idade, escolaridade, ambientes em que viveram, vida financeira, entre outros, de modo que as políticas construídas dessa forma tendem a se tornar paliativas. É nesse contexto que surge o triplo sentenciamento da mulher encarcerada, conforme será tratado adiante.

3.1 O triplo sentenciamento da mulher encarcerada

Nos últimos anos, têm emergido no cenário internacional uma discussão jurídica e acadêmica acerca da *Theory of Sentencing*, em tradução

livre, Teoria do Sentenciamento, que busca estudar as decisões proferidas na prática judiciária e desmistificar a ideia de imparcialidade dos magistrados, uma vez que centralizam a análise da pesquisa “na atuação dos magistrados e nas práticas e variáveis sócio-históricas, filosóficas e jurídicas incorporadas no processo de racionalização da decisão, influenciando sua práxis e dinamizando uma cultura jurídica capaz de aplicar penas distintas para crimes semelhantes” (SILVA, 2013, online).

Nessa linha de raciocínio, embora o foco deste capítulo seja a análise dos dados relacionados às mulheres já presas por tráfico de drogas no Rio Grande do Norte, se faz necessário realizar uma breve explanação acerca das razões que culminam no ingresso dessas mulheres no cárcere - ou seja, os processos sentenciadores. Isto porque, conforme delineado no tópico anterior, a política repressiva de drogas e o encarceramento de mulheres são temáticas marcadas por estigmas, preconceitos e estereótipos sociais.

Nesse sentido, a pesquisadora mexicana Corina Giacomello defende que as mulheres submetidas ao cárcere passam por um triplo processo sentenciador. Em primeiro lugar, o primeiro nível do sentenciamento feminino - e, portanto, sua criminalização -, toma início fora das unidades prisionais, e está relacionado às práticas opressivas e discriminatórias entre homens e mulheres dentro da sociedade, sejam em espaços públicos, sejam em espaços privados, mas, principalmente, dentro da cadeia do tráfico de drogas e dos elementos que culminam na inserção das mulheres neste espaço.

Ou seja, a “primeira sentença” é dada a mulheres que se enquadram em um perfil pré-determinado, que intersecciona certos marcadores sociais, antes mesmo do contato com o Juiz de Direito - a raça, gênero, classe, dentre outros. Nesse ponto, *“si a la clase social y a la etnia se agrega el género serán triplemente sujetos de discriminación [...] a suma de factores de discriminación es llamada compound discrimination en inglés; aquí se traduce como discriminación acumulada”* (GIACOMELLO, 2006, p. 24).

A intersecção destes marcadores, somados às assimetrias de poder presentes na estrutura hierárquica da cadeia do tráfico de drogas, na qual cabem

às mulheres as funções mais subalternas e vulneráveis, fazem com que, por consequência, mais facilmente sejam presas.

Em seguida, o segundo sentenciamento é, de fato, a sentença penal condenatória, proferida por um Juiz de Direito nos autos de um processo criminal, pois, em situações análogas, às penalidades definidas para as mulheres são maiores e mais severas que as dos homens.

Acerca disto, Luciana Chernicharo (2014) relatou em sua dissertação que um estudo desenvolvido na Cidade do México, por Elena Azaola, e publicado em 1996, comparou a punição que homens e mulheres recebiam no julgamento de delitos com extrema violência, à exemplo do homicídio, e concluiu que as mulheres receberam sentenças 25% mais rigorosas que os homens.

Na mesma linha, Cláudia Priori (2011) realizou uma análise das decisões judiciais que culminaram na privação de liberdade das detentas da Penitenciária Feminina do Paraná entre 1970 e 1995, no qual constatou que inúmeros trechos das sentenças condenatórias contêm elementos que demonstram que o rompimento dos estereótipos de gênero femininos foi usado como fundamentação para a condenação.

Nesse sentido, o crime em si é colocado em segundo plano no julgamento, tomando-se destaque para a maneira de agir da mulher que cometeu o delito, sua personalidade, seus antecedentes, a conduta e comportamentos sociais, de forma que, ao longo das sentenças analisadas, foram usados adjetivos como “violentas, vingativas e perigosas”.

Por fim, o terceiro processo de sentenciamento se refere às formas de discriminação que ocorrem, especificamente, dentro dos estabelecimentos penais. Em suma,

A sentença tripla se inicia ao passo que as mulheres estão sujeitas, diuturnamente, a discriminações em função do gênero, as quais se manifestam na assimetria e verticalidade das relações entre feminino e masculino, antes mesmo de tal mulher ser inserida em um contexto de justiça criminal. Tem sua continuidade uma vez consideradas incursas no delito de tráfico de drogas, já na fase judicial, posto que as mulheres estão sujeitas a regimes prisionais de maior rigorosidade, em razão das rígidas sanções penais cominadas ao crime

de tráfico. Por derradeiro, condenadas, ou mesmo presas cautelarmente no curso do processo, **as mulheres observam violação maciça aos seus direitos fundamentais no ambiente prisional, pensado e estruturado para a contenção do masculino**, sofrendo, portanto, formas específicas de discriminação pelo sistema. Assim, detentoras de condições especiais que demandam maior atenção estatal, como a maternidade, e estigmatizadas sob sentenciamento contínuo em um sistema carcerário idealizado para homens, as mulheres encarceradas observam seus direitos diuturnamente serem preteridos por um sistema de justiça discriminatório, e têm suas peculiaridades abnegadas. (VANZOLINI; BORTOLOTO, 2019, p. 200, grifo nosso).

A Teoria do Triplo Sentenciamento, conquanto tenha sido proposta por uma mexicana, levando em consideração a realidade do seu país, aplica-se igualmente à práxis brasileira, por consequência, norte riograndense em diferentes níveis, conforme se verá adiante.

3.2 Diagnóstico sobre o cárcere feminino por tráfico de drogas no Rio Grande do Norte

Em primeiro lugar, destaca-se o pioneirismo e relevância da pesquisa relacionada à catalogação dos dados dos apenados e apenadas por cometimento do crime de tráfico de drogas do Rio Grande do Norte, realizada pelo grupo “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”, sob orientação do Prof. Dr. Walter Nunes, em virtude da dificuldade de obtenção de dados atualizados sobre o cárcere e as drogas, sobretudo no tocante ao gênero feminino, em todos os níveis de Federação, fato que acaba por precarizar, ainda mais, a realização de pesquisas e trabalhos científicos que busquem subsidiar, pressionar e alertar o Poder Público acerca do assunto.

Ademais, insta salientar que foram analisados apenas 26 (vinte e seis) casos, ante a dificuldade em acessar as informações referentes às apenadas, vez que alguns processos se encontram em segredo de justiça, outros são físicos ou, ainda, a complexidade relacionada à diversidade de sistemas (SEEU, Esaj, Pje), fator que dificulta e retarda a pesquisa. Ainda assim, os dados levantados,

embora de pequena monta, foram selecionados aleatoriamente, de forma a tentar revelar a realidade.

Assim, partindo dessas considerações, buscar-se-á traçar um paralelo entre os dados obtidos na pesquisa - especificamente no que concerne às mulheres presas por tráfico de drogas - e àqueles relacionados a todo o país, a fim de observar quais são as semelhanças e diferenças vistas no Rio Grande do Norte.

Conforme dados do Sistema Penitenciário (2022), a incidência penal sobre drogas é a principal porta de entrada de mulheres no sistema prisional brasileiro, chegando a 54,85% (cinquenta e quatro vírgula oitenta e cinco por cento) dos casos, em contraposição a 27,65% (vinte e sete vírgula sessenta e cinco dos homens. Convém ressaltar, entretanto, que as redes do tráfico de drogas reproduzem a lógica laboral formal, na qual mulheres, em sua maioria, não ocupam cargos ou funções de alta hierarquia.

Nesse sentido, as mulheres traficantes de entorpecentes, ainda que de classe média baixa, são submetidas a empregos que primam pelo trabalho braçal – domésticas, na maioria dos casos, como embalar, vender em casa, guardar o dinheiro da venda etc. – ou, então, ao comércio informal, como vendedoras ambulantes, também vivem a busca da independência, sobretudo no aspecto financeiro (COSTA, 2008, p. 83).

Esse fator socioeconômico que leva à inserção no tráfico de drogas foi, inclusive, elemento decisivo em sede do julgamento do Habeas Corpus n.º 118.533¹¹⁵, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, o qual concedeu a ordem para afastar a natureza hedionda do tráfico privilegiado de drogas, de forma que possibilitou à pessoa condenada o direito de progressão de pena nestes crimes.

¹¹⁵ EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA LEI N. 8.072/90 AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO: INVIABILIDADE. HEDIONDEZ NÃO CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4o, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1o do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. 3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida.

Este julgado se torna importante porque, através do voto no Ministro Ricardo Lewandowski, embora não fosse o cerne da questão, reconheceu-se a existência de sanções desproporcionais aplicadas às mulheres, bem como que o perfil da pessoa presa por tráfico de drogas no país é, majoritariamente, formado por réus primários e com bons antecedentes - ou seja, que a política de guerra às drogas se mostra ineficaz na apreensão dos sujeitos que participam dos grandes escalões da cadeia do tráfico.

Para o então Presidente, a imensa maioria das mulheres se encontra em situação de cárcere por delitos relacionados ao tráfico de drogas e quase todas sofreram sanções desproporcionais relativamente às ações praticadas, especialmente quando considerada a participação de menor relevância delas na atividade ilícita.

Ademais, o Ministro ressaltou, ainda, a necessidade de se reconhecer que os sujeitos devem receber um tratamento mais condizente com a sua situação diferenciada, considerando as circunstâncias que os levaram ao cometimento de crimes, sobretudo em razão do desemprego estrutural e da precarização das relações de trabalho, que constituem fator fundamental que leva à inserção de jovens e de mulheres à prática do tráfico de drogas ilícitas, a qual é assumida como uma alternativa laboral e, até mesmo, para prover a própria subsistência.

Tais declarações, emanadas por um Ministro da Suprema Corte, são extremamente significativas, posto que reconhecem as múltiplas facetas específicas do cárcere feminino por tráfico de drogas e demonstram uma tentativa, ainda que tímida, de desencarceramento.

Em continuidade, uma pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, intitulada “Dados gerais sobre a prisão em flagrante durante a pandemia de Covid-19” (2020), constatou que, dos mais de 150.000 (cento e cinquenta mil) casos analisados durante a pandemia do Coronavírus (Covid-19), traçou-se um perfil socioeconômico das prisões em flagrante envolvendo mulheres: mais de 60% (sessenta por cento) são negras, 42,3% (quarenta e dois vírgula três por cento) possuem filhos menores de doze anos, 41,6% (quarenta e um

vírgula seis por cento) das mulheres possuíam renda proveniente de atividade informal, 38,8% estavam desempregadas e mais de 61% (sessenta e um por cento) não ultrapassaram o ensino fundamental.

Por outro lado, dos 26 (vinte e seis) casos analisados na pesquisa realizada na penitenciária Dr. João Chaves, cerca de 30% (trinta por cento) possuem entre 21 (vinte e um) e 30 (trinta) anos, e 42,3% (quarenta e dois vírgula três por cento) entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; quanto ao grau de instrução, essa informação não consta em 57,7% (cinquenta e sete vírgula sete por cento) dos casos analisados, sendo que 15% (quinze por cento) possuem ensino fundamental incompleto e nenhuma possui ensino médio completo ou ensino superior; e 53,8% (cinquenta e três vírgula oito por cento) estavam desempregadas.

Quanto à maternidade, 46,2% (quarenta e seis vírgula dois por cento) possuem filhos, enquanto 23,1% (vinte e três vírgula um por cento) não possuem filhos, havendo ausência dessa informação em cerca de 30% (trinta por cento) dos casos, bem como a quantidade de filhos varia entre um ou dois em mais de 80% (oitenta por cento) dos processos analisados. Ademais, quanto ao quesito idade, em quase 85% (oitenta e cinco por cento) dos casos os filhos possuem até 12 (doze) anos.

Acerca deste tópico em específico, faz-se importante destacar que em 65,4% (sessenta e cinco vírgula quatro por cento) dos casos não houve condenação por associação para o tráfico de drogas e/ou por integrar organização criminosa, ao passo em que 73,1% (setenta e três vírgula um por cento) das agentes eram réis primárias.

Pode-se notar, portanto, restarem, à primeira vista, preenchidos os requisitos de substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para as mães de filhos menores de doze anos de idade, em conformidade com o artigo 318-A do Código de Processo Penal¹¹⁶, bem como da aplicação da causa de diminuição da pena prevista no §4º do art. 33 (Lei nº 11.343, de 2006).

¹¹⁶ Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: [\(Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018\)](#). I - não tenha cometido crime com violência ou grave

No entanto, em mais de 92% (noventa e dois por cento) dos casos houve a decretação da prisão preventiva no curso da instrução processual e em quase 60% (sessenta por cento) houve a decretação na sentença. Além disso, em 50% (cinquenta por cento) dos casos a pena foi fixada em entre 4 (quatro) e 8 (oito) anos e em aproximadamente 30% (trinta por cento) dos casos, entre 8 (oito) e 12 (doze) anos.

Esses dados, analisados em conjunto, denotam, à princípio, a relutância do Poder Judiciário potiguar em aplicar as medidas distintivas da prisão e o reconhecimento do tráfico privilegiado às mulheres mães que satisfazem os requisitos legais.

A pesquisadora Corina Giacomello (2013, p. 8) conta a história de uma detenta a qual entrevistou, que exercia de forma remunerada a função de levar drogas para dentro das penitenciárias do México, que, sendo mãe de três filhos e vivendo em extrema pobreza *“lo vio como una oportunidad para ganar en unas cuantas horas lo que ganaría en semanas de trabajo como empleada doméstica, y al mismo tiempo no descuidar a sus hijos. Lucy fue “enganchada” por una vecina que detectó su extrema necesidad económica”*. Cabe salientar que, muito embora a história trate de uma mulher presa de outro país, a realidade se mostra semelhante à enfrentada no Brasil e nos demais países latino-americanos.

O fato da maioria das mulheres presas serem jovens, solteiras, mães e com baixo grau de escolaridade denota a acentuada vulnerabilidade socioeconômica daquelas que adentram no tráfico de entorpecentes, e que enxergam neste meio uma possibilidade de ascensão financeira, mesmo que pequena (visto que, em regra, desempenham atividades irrisórias).

Ao mesmo tempo, conforme já delineado no tópico anterior, os estereótipos de gênero permeiam todas as instâncias sociais e de poder, dentre elas, o Poder Judiciário. Nesse sentido, as mulheres que cometem delitos são mais severamente punidas e julgadas (acarretando o fenômeno chamado de

ameaça a pessoa; [\(Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018\)](#). II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. [\(Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018\)](#).

dupla culpabilização da mulher) em virtude de transgredirem, além das normas legais, também os papéis de gênero socialmente impostos.

À vista disso, o Estado-Juiz, por meio do Juiz de Direito e do processo criminal, que, com notada frequência “*imponen la prisión preventiva y sentencias desproporcionales de prisión sin derecho a acceder a programas de pre-liberación*” às mulheres, isto porque

En el contacto con el sistema de justicia penal y penitenciario, las mujeres suelen ser sometidas a formas de violencia específicas. El hecho de que constituyan una minoría en todos los sistemas penitenciarios del mundo subyace su invisibilización y subsecuente discriminación en el sistema carcelario. Algunos aspectos señalados en distintos estudios sobre el tema son: la falta de centros propios para mujeres; las violaciones y el abuso sexual ejercido por el personal de los centros en contra de las mujeres; la existencia de redes de trata entre secciones femeniles y varoniles; la falta de atención a los problemas de salud mental, más agudos en el caso de las mujeres que entre los hombres en prisión; los daños infligidos sobre las hijas e hijos de las mujeres en prisión, en el caso de los que viven con ellas como de los que están afuera; la menor oferta de oportunidades educativas, laborales y de capacitación, entre otros. (GIACOMELLO, 2013, p. 3, grifo nosso).

Portanto, embora louvável a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.769, de 119 de dezembro de 2018, que incluiu os artigos 318-A e 318-B no Código de Processo Penal, bem como a previsão de afastamento da hediondez do tráfico privilegiado, que configuram, sem sombra de dúvidas, um enorme avanço em favor do desencarceramento e da maternidade das mulheres submetidas ao cárcere, quando parte-se para a realidade fática, considerando que as previsões do artigo 318 e 318-A do CPP devem ser analisadas pelo magistrado, para só então considerar sobre a aplicação ao caso concreto, o que se observa é a resistência, por parte de alguns juízes, em converter a prisão preventiva em prisão domiciliar¹¹⁷, sob a justificativa da não configuração da

¹¹⁷ Cabe lembrar que a decretação da prisão preventiva deve ocorrer em caráter excepcional, nos termos do artigo 29, § 6º do Código de Processo Penal, que determina que só pode ser decretada caso haja a impossibilidade de sua substituição pelas demais medidas cautelares.

indispensabilidade da mãe no cuidado da criança, da garantia da ordem pública e da ordem econômica.

Isto posto, sob o pretexto da manutenção da garantia da ordem pública, a prisão preventiva deixa de ser excepcional e assume um papel de antecipar a penalização das acusadas, bem como de retroalimentar a lógica punitivista, em um claro desrespeito à presunção de inocência.

Acerca disto, Walter Nunes da Silva Junior alerta para a necessidade de sensibilidade, por parte do magistrado, em lidar com a questão das mães que cometem delitos, uma vez que, ao aprisioná-la, encarcera-se ou abandona-se também o infante, como consequência da prisão de quem lhe prestava os cuidados necessários.

Do mesmo modo, o doutrinador observa que o artigo 318-A do Código de Processo Penal estabelece a imperatividade da substituição da prisão preventiva imposta à mãe ou pessoa responsável, desde que cumpridos os requisitos cumulativos de que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e não tenha cometido crime contra o próprio filho ou dependente, cabendo apenas a análise destes quesitos pelo juízo em questão (SILVA JUNIOR, 2019, p. 354-355).

Chama atenção, ainda, os casos em que houve prisão conjunta com o companheiro ou companheira, observado em 38,5% (trinta e oito vírgula cinco por cento) dos casos. No estudo realizado por Claudino (2022), que analisou 70 (setenta) sentenças, foi constatado que em pelo menos 52% (cinquenta e dois por cento) da população analisada havia vínculo com um homem (Gráfico 3) e, deste total, em 67,6% dos casos o vínculo que contribuiu para as prisões das mulheres é com o companheiro (ou marido), além de haver vínculo com o namorado em 8,1%.

Com relação ao local do crime, o estudo realizado por este projeto de pesquisa verificou que em 53,8% (cinquenta e três vírgula oito por cento) dos casos a prisão ocorreu em espaço doméstico. Para Claudino (2022), que observou o mesmo padrão aqui identificado, isso indica uma vulnerabilidade de gênero porque, historicamente, as mulheres estão vinculadas às atividades

dentro dos lares, especialmente em razão do trabalho doméstico e do cuidado com os filhos, enquanto os homens tendem a ser direcionados aos espaços públicos.

Confirma esta sugestão o estudo realizado por Valois (2021) que, ao analisar sentenças de pessoas acusadas de cometerem tráfico de drogas, sem recorte de gênero, observou que as prisões em flagrante tendem a ocorrer na rua/via pública e não em casa. Logo, existe uma tendência de que homens sejam presos na via pública e mulheres em espaços domésticos e esse pode ser um pontapé para explicar por que mais mulheres são presas (proporcionalmente) por tráfico de drogas, quando compara-se o percentual ao número de homens acusados da mesma prática, já que se torna mais fácil para Estado, por meio da polícia, efetuar as prisões em ambiente doméstico.

Nesse deslinde, os dados obtidos pelo projeto de pesquisa também chamam atenção para o fato de que em 65% (sessenta e cinco por cento) dessas prisões não havia mandado para ingresso em domicílio, sendo baseada, supostamente, em flagrante delito.

Os resultados obtidos pelo projeto de pesquisa também demonstram que estas prisões de mulheres, na cidade de Natal-RN, tendem a ocorrer na Zona Norte, em 38,5% (trinta e oito vírgula cinco por cento) dos casos ou na Zona Oeste, em 30,8% (trinta vírgula oito por cento). Tal resultado está relacionado ao estudo de Hudson Brito (2020) – à luz dos estudos de Brandão e Hermes (2019) e Araújo e Cândido (2015) – que observou vínculo entre a qualidade de vida da população e a violência letal. Para chegar a essa informação, Hudson Brito comparou 10 (dez) bairros da capital potiguar com o maior número de vítimas de homicídios no período entre 2011 e 2018 com os 10 (dez) bairros de menor índice de desenvolvimento humano de 2013, percebendo que pelo menos 7 (sete) estão em ambas as listas.

Este projeto também observou que em 19,2% (dezenove vírgula dois) por cento dos casos as mulheres foram presas na condição de mulas, ou seja, transportando droga. Além disso, em 7,7% (sete vírgula sete por cento) dos casos a mulher foi detida tentando entrar com droga em uma unidade prisional. Trata-se de dois cenários que merecem tratamento específico pela Lei de

Drogas em virtude do evidente contexto de vulnerabilidade. Chama atenção, ainda, as substâncias ilícitas encontradas no ato de prisão: maconha, em 61,5% (sessenta e um vírgula cinco por cento) dos casos; cocaína, em 50% (cinquenta por cento); Crack, em 9% (nove por cento).

Há de se considerar, portanto, a questão feminina no cárcere a partir de suas notáveis particularidades, marcadas por processos que sofrem influência do marcador de gênero, que vão desde sua inclusão no “mundo do crime” até o momento de cumprimento de uma sentença penal condenatória.

4. Alternativas à redação da Lei de Drogas a partir dos dados obtidos no Complexo Penal Dr. João Chaves (RN)

A pesquisa realizada por este projeto de pesquisa aliada aos dados do Infopen (2022), bem como ao estudo de Claudino (2022) conduzem a uma espécie de *perfil* da mulher que compõe o sistema prisional brasileiro, sendo esta negra, mãe, com baixa escolaridade e jovem. Além disso, foi verificada a relação entre o local em que essa mulher vive, os relacionamentos em que se insere e a pobreza, sugerindo, a princípio, a hipótese de que muitas passaram a praticar o tráfico de drogas como medida para garantir o próprio sustento e de suas famílias.

Sobre este tema, a pesquisa elaborada por Lucely Ginani Bordon (2021), que aborda a relação entre neoliberalismo e a criminalização de mulheres, destaca a importância de evitar uma abordagem etiológica da realidade, que estabelece relações de causa e efeito para o crime. Reconhecer que mulheres negras e pobres são mais impactadas pelo sistema neoliberal não significa afirmar que elas, obrigatoriamente, se envolvam em atividades criminosas como resultado disso. Na verdade, esses grupos sociais são mais propensos a serem alvo dos processos de criminalização no contexto do neoliberalismo.

Bordon (2021) baseia-se também nas ideias de Carla Benitez Martins (2020) para argumentar que não é possível traçar um perfil específico das mulheres envolvidas no mundo do crime. No entanto, fatores como a severidade

das leis, a vulnerabilidade das mulheres diante das ações policiais relacionadas ao tráfico de drogas e o aumento da condenação de mulheres por esse crime indicam a necessidade de examinar as condições oferecidas a essas mulheres em suas vidas pessoais e profissionais.

Nesse contexto, que entrelaça de maneira indissociável as políticas neoliberais, o encarceramento de pessoas negras e a criminalização das drogas, as mulheres, especialmente as mulheres negras, assumem uma posição de vulnerabilidade especial devido ao seu gênero. Vale ressaltar que, embora se afirme que as prisões derivam de um processo de humanização do dever-poder do Estado em exercer a persecução penal, diante das penas cruéis (FOUCAULT, 2016; DAVIS, 2018; SILVA JÚNIOR, 2022), as prisões femininas só começaram a se aproximar das punições masculinas no início do século XX. Somente a partir dos anos 1980, no Brasil, é que condições adequadas de salubridade e ambientes específicos para mulheres em situação prisional foram assegurados (BORGES, 2019).

Em contrapartida, à medida que as prisões de mulheres passaram a ser exercidas em certa igualdade com as masculinas, provocou-se uma suposta equiparação na repressão que, em verdade, é agravada pela dupla e tripla condição de opressão enfrentada pela maioria das mulheres no sistema prisional. Por isso, é crucial lembrar das questões práticas associadas às prisões femininas, como a escassez de absorventes, levando muitas mulheres a recorrerem a medidas alternativas e insalubres, como o uso de miolo de pão durante o ciclo menstrual. Adicionalmente, a falta de papel higiênico as coloca em situações humilhantes, recorrendo a pedaços de jornais velhos e sujos para sua higiene íntima, e a ausência de profissionais ginecologistas revela que, infelizmente, o encarceramento vai além da mera privação de liberdade (BORGES, 2019; QUEIROZ, 2015).

As violações não ocorrem apenas porque as mulheres são tratadas como se fossem homens, mas devido ao gênero ser instrumentalizado para controle e acentuação da punição. A atuação arbitrária do Estado no dever-poder de exercer a persecução penal não se restringe às questões materiais e relacionadas ao ambiente prisional. Se há circunstâncias inerentes ao fato de ser

mulher que as colocam em posição de vulnerabilidade, tornando-as mais propensas a serem presas e, posteriormente, a terem suas penas aumentadas com base no gênero feminino, torna-se evidente a necessidade de buscar alternativas que abordem essas formas de violência contra a mulher no debate sobre a Lei de Drogas.

Os apontamentos aqui indicados têm como origem o Anteprojeto de Lei elaborado pela Comissão de Juristas responsável pela atualização da Lei de Entorpecentes (2019), que formulou considerações importantes acerca da Lei de Drogas. Ainda, também se recorreu ao estudo elaborado por Claudino (2022) que analisou 70 (setenta) sentenças de mulheres presas por tráfico de drogas no Rio Grande do Norte.

Passando especificamente ao resultado da pesquisa elaborada por este projeto de pesquisa, foi verificada a necessidade de abordar, especificamente, a realidade das seguintes prisões: (a) mulheres que são presas atuando na condição de mulas; (b) mulheres que são presas tentando ingressar com drogas em alguma unidade prisional e (c) tipo de substância ilícita.

Especificamente sobre a realidade de quem ocupa uma posição rasteira no tráfico, longe do poder decisório, como verdadeira mão-de-obra, como as mulas, a primeira problemática a ser tratada do ponto de vista da redação da lei de drogas é a equivocada igualdade de pena as 18 (dezoito) práticas indicadas no *caput* do art. 33 da Lei 11.343, de 2006. Assim, a proposta da Comissão, de incluir novos artigos, a partir de cada comportamento, visa associar uma penalidade mais severa ou mais branda, dependendo do grau de reprovação associado. Essa censura está relacionada ao bem jurídico que supostamente se busca proteger, no caso, a saúde pública. Além disso, o Anteprojeto sugere a possibilidade de aplicar penalidades mais severas à pessoa que pratica comportamentos previstos em mais de um tipo, por meio do concurso de crimes, algo que não é permitido pela legislação atual.

É mencionada, portanto, a criação dos seguintes tipos em substituição à tipificação genérica: (a) tráfico internacional de drogas ilícitas. Pena: reclusão de 8 (oito) a 20 (vinte anos); (b) tráfico de drogas ilícitas. Pena: reclusão de 5

(cinco) a 15 (quinze) anos; (c) exposição à venda, prescrição, guarda ou depósito de drogas ilícitas. Pena: reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos; (d) transporte de drogas ilícitas por meio de terceiro instigado ou coagido. Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos; (e) cultivo de plantas sejam matéria-prima para drogas ilícitas. Pena: reclusão de 3 (três) a 8 (oito) anos; (f) comércio de sementes para cultivo ou preparação de drogas ilícitas. Pena: reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos; (g) aquisição, venda, remessa, depósito e fornecimento de sementes de plantas que sejam matéria-prima para drogas ilícitas. Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos; (h) oferta para uso compartilhado superior a 10 (dez) doses por usuário. Pena: detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano; (i) oferta para uso compartilhado de drogas ilícitas a inimputável. Pena: reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos; (j) petrechos para comercialização de drogas ilícitas; Pena: reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos; (k) financiamento ou custeio de tráfico ilícito de drogas. Pena: reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos; (l) colaboração para o tráfico de drogas ilícitas. Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos; (m) prescrição culposa de drogas ilícitas. Detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; (n) condução de embarcação ou aeronave sob o efeito de drogas ilícitas. Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; (o) introdução de drogas ilícitas em unidade prisional para cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. Pena: reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Dentre os tipos, chama especial atenção o *Transporte de drogas ilícitas por meio de terceiro instigado ou coagido*, cuja sugestão de pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, bem como a *Colaboração para o tráfico de drogas ilícitas*, com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e, principalmente, *introdução de drogas ilícitas em unidade prisional para cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente*, com pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Conforme observado no estudo elaborado por este projeto de pesquisa, sobre a realidade das internas do Complexo Penal Dr. João Chaves, essas condutas comumente praticadas por mulheres não contribuem de maneira significativa para a perpetuação do crime organizado, do tráfico internacional e do próprio financiamento do tráfico, que precisam ser o centro das políticas de Estado.

Na realidade, a prática do crime de tráfico de drogas ocorre em redes organizadas de forma hierárquica, onde líderes masculinos impõem às mulheres a reprodução da desigualdade e discriminação. Por essa razão, é mais frequente encontrá-las ocupando posições subalternas, como mulas, embora existam casos em que as mulheres assumem cargos de liderança, conforme observou Claudino (2022).

Dessa maneira, ao classificar como um tipo diferente, com pena mais branda, o transporte de drogas realizado por terceiros instigados ou coagidos e a colaboração no tráfico de drogas ilícitas, percebe-se um impacto direcionado especialmente às condições das mulheres no âmbito da persecução penal.

Quanto ao tráfico de drogas ocorrido ao introduzir substâncias ilegais em unidades prisionais, é crucial destacar que tal conduta não deve ser equiparada ao tráfico realizado fora desses ambientes. Em primeiro lugar, isso se deve à natureza da ação, muitas vezes caracterizada pelo afastamento da exigibilidade de conduta diversa, devido à coação moral irresistível resultante de ameaças às mulheres, suas famílias ou até mesmo à pessoa que se encontra na unidade prisional, para quem a droga seria destinada.

Além da situação de coação moral irresistível, a justificativa para a criação de um novo tipo penal que aborde essa circunstância reside no fato de que a droga não é levada à unidade prisional com o mesmo propósito do tráfico ocorrido fora das penitenciárias. Existem, nesse contexto, diferentes cenários. A substância pode ser introduzida na unidade prisional para o consumo pessoal da pessoa a quem a mulher entregaria ou como um meio de reafirmação de poder dentro do presídio, uma vez que tais substâncias tornam-se uma espécie de moeda em meio à condição de encarceramento. Independentemente da finalidade, não se assemelha à busca simples de lucro.

Torna-se evidente, portanto, que tratar mulheres detidas em flagrante ao tentar introduzir drogas em uma unidade prisional com a mesma severidade aplicada ao tráfico praticado por uma organização criminosa, por exemplo, configura uma forma de conduzir a persecução penal direcionada à vulnerabilidade. Urgentemente, é necessário que tal comportamento,

predominantemente realizado por mulheres, seja abordado de forma distinta pela Lei de Drogas.

Sobre os tipos de drogas apreendidos, o estudo observou predominância da maconha. Nesse deslinde, à luz do pensamento de Olavo Hamilton (2019), a redação do mencionado Anteprojeto de lei poderia ser mais específica. Além de estabelecer penalidades específicas para as condutas descritas no *caput* do art. 33 da Lei de Drogas, seria benéfico que as penas estivessem vinculadas aos riscos inerentes às substâncias psicoativas. Considerando que cada psicotrópico possui um potencial lesivo distinto, a ponderação sobre a pena por tráfico deveria derivar de estudos específicos sobre os efeitos prejudiciais de cada substância. Não seria razoável, portanto, aplicar a mesma pena a um indivíduo que comercializa maconha e a outro que vende heroína ou outra substância mais nociva.

Considerações finais do capítulo

A formulação de políticas destinadas às mulheres que estão cumprindo pena, especialmente aquelas em celas físicas, requer a coleta e análise meticulosa de dados, sob o risco de adotar uma perspectiva superficial que não represente fielmente a realidade. Portanto, ao criticar a legislação penal e a tendência de encarceramento de mulheres por tráfico de drogas, é essencial ter um conhecimento aprofundado da realidade das prisões femininas, considerando observações que vão além das questões socioeconômicas.

Nesse sentido, as políticas de Estado em torno da Lei de Drogas carecem de um olhar fundado na perspectiva de gênero com aprofundamento nos marcadores sociais que tornam a mulher mais vulnerável ao ingresso no tráfico de drogas, comumente em posições subalternas, sem poder de comando, e à prisão.

Por outro lado, não se pode olvidar que o próprio direito penal tem um caráter seletivo e, à luz dos estudos sobre sistema prisional, incluindo o Infopen (2022), fica perceptível a prisão de pessoas dos setores estigmatizados da sociedade. Logo, não se pode esperar que uma resposta efetiva e libertadora para as mulheres, especialmente negras, pobres e com baixa escolaridade, venha

do modelo de justiça atual, uma vez que foi construído com base nas opressões de gênero, classe e raça.

O fato de proporcionalmente mais mulheres serem presas por tráfico de drogas do que homens, é sugestivo de que a criminalidade masculina é mais aceitável socialmente do que a feminina, havendo uma tendência a encarar mulheres criminosas como mais anormais e mais ameaçadoras para a sociedade. Além disso, a constatação de que estão mais ligadas ao ambiente doméstico também facilita suas prisões, que normalmente são efetuadas em casa e não na via pública, conforme verificado no estudo.

Quanto à imprescindível atualização da Lei de Drogas, propõe-se, com base no Anteprojeto de Lei (2019), a inclusão de novos artigos, cada um correspondendo a uma conduta específica, estabelecendo penas mais ou menos severas conforme o grau de reprovação associado. É desejável que essa diferenciação considere também a substância que está sendo comercializada, com base em embasamentos científicos que avaliem o impacto na sociedade.

Além disso, é fundamental abordar a necessidade de reconhecer a vulnerabilidade das mulheres ao criar um tipo penal específico para casos de tentativa de introdução de drogas em unidades prisionais, bem como estabelecer uma causa de diminuição da pena nos casos em que a mulher tenha agido em decorrência de situações de violência doméstica e familiar.

Referências

- AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 152p. (Kindle) Feminismos Plurais - Coordenação de Djamila Ribeiro. ISBN 978-85-98349-69-5.
- BORDON, Lucely Ginani. **Teoria da reprodução social e crítica marxista ao direito: uma análise teórica sobre o aumento global da criminalização de mulheres no neoliberalismo**. 2021. 140f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2021.
- BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 144 p. Feminismos Plurais - Coordenação de Djamila Ribeiro. ISBN: 978-85-98349-73-2. (Kindle).
- BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**, painel interativo, dados de junho – dezembro de 2019. DEPEN,

- Departamento Penitenciário Nacional. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2020.
- BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 3 de dezembro de 2023.
- BRASIL. **Dados Gerais sobre a prisão em flagrante durante a pandemia de Covid-19.** Conselho Nacional de Justiça. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2021.
- BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm> Acesso em 20 de junho de 2022.
- BRITO, Matheus Hudson. **(In)segurança pública no rio grande do Norte: uma análise da escalada da violência a partir dos anos 2000.** Monografia – Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Rio Grande do Norte, 2020. Disponível em: Acesso em: 16. Mar. 2021.
- CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre mulheres e prisões: Seletividade de gênero e crime de tráfico de drogas no Brasil.** Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- CLAUDINO, Milena da Silva. **O tratamento penal do tráfico de drogas frente às violências contra a mulher: um diagnóstico no estado do Rio Grande do Norte.** Orientador: Walter Nunes da Silva Júnior. 2022. 85f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Departamento de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2023.
- CORTINA, Monica Ovinski de Camargo. **Mulheres e tráfico de drogas: aprisionamento e criminologia feminista.** 2015. Revista Estudos Feministas. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n3p761>> Acesso em: 14 de junho de 2022.
- COSTA, Elaine Cristina Pimentel. **Amor bandido: as teias afetivas que envolvem a mulher no tráfico de drogas.** – 2 ed. ver. e ampl. – Maceió: EDUFAL, 2008.
- CRENSHAW, Kimberlé. **Documento para encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero.** Revista Estudos Feministas, ano 10, jan./jul/, 2002.
- DAVIS, Ângela. **Estarão as prisões obsoletas?** 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019.
- DAVIS, Ângela. **Mulheres, Cultura e Política.** Tradução de Heci Regina Candiani. - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2017.
- DAVIS, Ângela. **Mulheres, Raça e Classe.** Tradução Heci Regina Candiani. - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2016.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.
- GIACOMELLO, Corina. **Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en América Latina.** Documento Informativo do IDCP.

Disponível em [http://idpc.net /es/publications/2013/11/mujeres-delitos-de-drogas-y-sistemas-penitenciarios-en-america-latina](http://idpc.net/es/publications/2013/11/mujeres-delitos-de-drogas-y-sistemas-penitenciarios-en-america-latina). Acesso em 03 de dezembro de 2023.

HAMILTON, Olavo. **Princípio da Proporcionalidade e Guerra Contra as Drogas** - 4. ed. Natal: OWL, 2019.

PCn- Pastoral Carcerária Nacional. (2018). **Tortura em tempos de encarceramento em massa II**. São Paulo: Pastoral Carcerária/ASSAC. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/pastoral-lanca-segundo-relatorio-tortura-em-tempos-de-encarceramento-em-massa-2>> Acesso em 21 de maio de 2022.

PRIORI, Cláudia. **Mulheres Detentas: o exemplo da Penitenciária Feminina do Paraná (1970-1995)**. Anais. Textos Completos do V Congresso Internacional de História, vol. 1, p. 2723-2730, 2011.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam** [recurso eletrônico] / Nana Queiroz. - 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2015. ISBN 978-85-01-10539-4.

SAFIOTTI, Heleith. **Gênero, patriarcado, violência**. 2. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. Tradução: Christine Rufino Dabat Maria Betânia Ávila. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf> Acesso em: 15 de maio de 2022.

SILVA, Joyce Keli do Nascimento. Gênero, crime e sistema de Justiça: uma discussão sobre o processo de racionalização da decisão penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3794, 20 nov. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25896>. Acesso em 03 de dezembro de 2023.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão)**. 3. Ed. revista, atualizada e ampliada – Natal: OWL, 2019.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Execução Penal no Sistema Penitenciário Nacional**. 2. Ed. Natal: OWL, 2020.

VANZOLINI, Maria Patrícia; MORATA, Maria Luiza Bortoloto. Mulheres invisíveis: a vinculação entre o maciço encarceramento provisório feminino e a “guerra às drogas” sob a ótica da vulnerabilidade de gênero. **Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas**, Santo Ângelo, v. 20, n. 36, p. 185-211, abr. 2020.

Capítulo 10

A seletividade penal em meio à guerra às drogas: a desigualdade social como pontapé para o recrutamento de pessoas para o crime

*Nathália Leite de Medeiros*¹¹⁸

Introdução

Os crimes relacionados à Lei de Drogas (Lei n.º 11.343, de 2006) estão dentre os delitos que mais contribuem para o encarceramento no Brasil. Com isso, tem havido a criminalização sobretudo da população de baixa renda, pois a repressão às drogas, da forma que é feita, pune preponderantemente os pobres.

Isso decorre, em grande medida, das abordagens policiais sem critérios, fundadas no racismo estrutural arraigado nos atores do sistema de justiça, o que faz com que haja a criação e manutenção de um estereótipo de criminosos no Brasil. Pesquisas em torno do tema são uníssonas em dizer que esse cenário faz com que a justiça penal funcione de maneira seletiva no que se refere ao processo de criminalização e ao recrutamento de pessoas para o exercício de atividades criminosas.

Não é por acaso que, há mais de 30 anos, autores como Alessandro Baratta (2002), pontuam que o sistema está engajado contra as classes populares, uma vez que as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais.

¹¹⁸Assessora do Ministério Público Federal, vinculada à Procuradoria da República no Rio Grande do Norte. Mestranda e graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pós-graduada em Penal e Processo Penal pela Associação Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Pesquisadora nos grupos “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte” e “Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, ambos vinculados à Universidade Federal do Rio Grande do Norte. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9735-4983>.

Quando o assunto é a guerra às drogas, a discussão é ainda mais sensível, pois se está diante de criminalização ocorrida sob o argumento de mitigar os danos à saúde pública, embora parte da doutrina, a exemplo de Olavo Hamilton (2019, p. 14), sustente que a Lei de Drogas, não é apta a transformar a realidade social, mas sim destinada ao desempenho de funções ocultas, de modo que o que existe é uma criminalização simbólica.

Tal criminalização tem originado um encarceramento em massa a um custo social e humano alto, uma vez que a prática mostra que os indivíduos presos não são, em geral, os líderes dos esquemas criminosos, mas sim os criminosos de baixo escalão, cooptados para o crime com facilidade sobretudo em razão das desigualdades sociais que assolam a sociedade brasileira.

A vista disso, o presente capítulo tratará sobre a seletividade penal que circunda a guerra às drogas no Brasil, com o intuito de mostrar o perfil dos processados em razão da Lei n.º 11.343, de 2006, e de abordar a forma com que o preconceito arraigado no sistema de justiça interfere nesse âmbito, uma vez que a maior parte dos condenados começou a ser investigado a partir de abordagens policiais consideradas suspeitas.

Além disso, buscar-se-á demonstrar de que modo a teoria do *labelling approach* (também chamada de teoria do etiquetamento), que pondera as medidas seletivas impostas pelos agentes do controle social formal, se faz presente no sistema carcerário nacional, simbolizando a seletividade do sistema penal.

Em seguida, abordar-se-á o perfil do processado e o modo com que ocorre a produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas a partir de um estudo comparado entre o relatório analítico produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Ministério da Justiça e Segurança Pública (2023) e os dados potiguares, produzidos ao longo da pesquisa, a partir da análise de processos de condenados em razão da Lei de Drogas que estão custodiados no Presídio de Alcaçuz, que abriga o maior número de presos do estado, e no Complexo Penal Dr. João Chaves, que comporta a maior parte da população carcerária feminal local.

O recorte relacionado ao estado do Rio Grande do Norte se justifica em razão do grupo de pesquisa organizador deste livro ser vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Norte e a metodologia utilizada para extração dos dados locais foi melhor descrita no capítulo 2.

A partir do estudo dos dados existentes e dos produzidos ao longo da pesquisa, se pretende traçar uma radiografia da seletividade do sistema de justiça penal brasileiro em torno da guerra às drogas. Para tanto, o trabalho se caracteriza como qualitativo e quantitativo, pois tem, dentre os seus objetivos, a análise de informações com pormenores descritivos, objetivando analisar o perfil dos processados em razão da criminalização das drogas e a forma com que as desigualdades sociais interferem no cooptação de pessoas jovens, pobres e de baixa escolaridade para as práticas delituosas.

Quanto aos procedimentos, foram utilizadas as metodologias qualitativas de pesquisa bibliográfica e documental, visando, em síntese, mapear a seletividade penal existente no sistema carcerário nacional, sobretudo em decorrência da guerra às drogas.

1. A teoria do *labelling approach* e o sistema carcerário brasileiro

A teoria do *labelling approach*, também chamada de teoria do etiquetamento social ou da reação social, dispõe que o entendimento sobre o que seria crime e quem seria criminoso ocorre por meio de uma construção social e decorre da criação de leis e de ações das instâncias de controle social a respeito dos comportamentos dos indivíduos (HASSEMER, 2005). Segundo ela, o processo de criminalização se divide em 3 (três) etapas: criminalização primária, secundária e terciária.

Enquanto a criminalização primária se dá a partir da escolha legislativa, que pune de forma mais gravosa crimes patrimoniais do que tributários, por exemplo, a criminalização secundária ocorre de acordo com o critério de investigação e de aplicação da lei penal pelos órgãos oficiais e pela imprensa, a exemplo do que acontece em razão da espetacularização do processo penal e de episódios que evidenciam o racismo estrutural, como as abordagens policiais em face de negros sem que haja fundada suspeita.

A criminalização terciária, por sua vez, busca não só internalizar no indivíduo selecionado (criminalização secundária), praticante da conduta criminosa (criminalização primária) que ele é um criminoso e merece ser punido, como também imprimir na sociedade a certeza da necessidade da sua segregação através do cárcere, deixando de lado a necessidade de compreender as razões da prática de crimes.

De acordo com a mencionada teoria, o sistema penal seleciona uma parcela específica da população sobre a qual os tipos penais e a estrutura criminal incidirão com maior destaque, deixando claro que para ser punido por uma conduta contrária ao ordenamento jurídico não basta praticá-la, mas também ser considerado um criminoso. Isto é, entende-se que a condição de desviante decorre do etiquetamento social.

A esse respeito, Zaffaroni (2011, p. 62-76) pontua que as estruturas de poder da sociedade são formadas por grupos, os quais estarão mais próximos ou mais distantes do poder, de modo que ao sistema penal cabe a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as.

Tem-se, portanto, que, embora a Constituição preveja uma pretensa igualdade entre todos¹¹⁹, inclusive no âmbito criminal, a prática mostra que atos praticados por integrantes de classes sociais mais baixas tendem a ser investigados e punidos com maior frequência e rigor do que os praticados por pessoas de melhor condição financeira, por exemplo.

Para Zaffaroni (2011, p. 81), isso ocorre pois existem “graus de seletividade punitiva”, restando nítido e cristalino que “quanto mais aberta, igualitária e tolerante é uma sociedade, as diferenças do tratamento repressivo entre iguais e estranhos ou inimigos se atenuam”.

No caso do Brasil, sabe-se que a sociedade é extremamente desigual e que a seletividade penal é uma realidade. Isso pode ser constatado a partir da

¹¹⁹ Art. 5º da Constituição: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).

análise do relatório publicado pela Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), criada a partir da transformação do antigo Departamento Penitenciário Nacional (Depen). A SENAPPEN divulga semestralmente números que é resultado dos questionamentos presentes no formulário de informações prisionais, respondidos eletronicamente via SISDEPEN, no qual constam, dentre outras informações, o perfil dos detentos do sistema prisional brasileiro.

O último relatório (SENAPPEN, 2023), que integra a 14ª coleta, descreve os dados obtidos entre janeiro e junho de 2023 e mostra o retrato do sistema carcerário brasileiro: quantidade de presos, idade, raça, escolaridade, quantidade de internos com acesso a trabalho e à educação, dentre outros aspectos.

De acordo com ele, o sistema penitenciário possui pelo menos 839.672 (oitocentos e trinta e nove mil, seiscentos e setenta e dois) detentos, incluindo as unidades físicas, domiciliares e os presos sob custódia das Polícias Judiciárias, Batalhões de Polícias e Bombeiros Militares, o que mostra que, nos últimos 23 anos, a população carcerária aumentou 260%, já que nos anos 2000, segundo o Depen, o sistema prisional continha 232.755 (duzentas e trinta e duas mil, setecentas e cinquenta e cinco) pessoas (Número..., 2020).

A população carcerária atual é a maior da história do Brasil e faz com que o país ocupe o 3º lugar no ranking dos países que mais prendem, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China, conforme os números disponibilizados pelo World Prison Brief (2023), o que é suficiente para que se chegue à conclusão de que o país prende muito.

Afora prender muito, o país prende mal, pois além dos problemas em torno das graves violações de direitos humanos e da superlotação carcerária, a estrutura existente falha no seu ideal de ressocialização.

Consoante o relatório (SENAPPEN, 2023), apesar do aumento do número de vagas, há um déficit no regime fechado de 90.300 (noventa mil e trezentas) pessoas, o que faz com que presos sejam amontoados em celas como se fossem coisas, tendo diversos direitos violados, como a dignidade da pessoa humana e o direito a uma moradia minimamente digna.

Além disso, a chance de reinserção de um condenado ao convívio social, apesar de desejada, é remota, pois o percentual de presos com acesso à educação e ao trabalho durante o cumprimento de pena em regime fechado, concomitantemente, é ínfimo, representando apenas 3,31% do total, o que mostra a falência do modelo adotado.

Esse dado evidencia que a educação não tem sido utilizada a contento como ferramenta de ressocialização, bem como que não tem havido estímulo suficiente ao trabalho, de maneira que além dos detentos não serem beneficiados com o instituto da remissão, não possuem oportunidades para desenvolver novas habilidades.

Quanto à idade dos presos, o relatório do SENAPPEN mostrou que 15,99% da população carcerária brasileira possui entre 18 e 24 anos e que 20,47% têm entre 25 e 29 anos, de modo que estes números mostram que jovens vêm sendo cooptados para o crime.

Segundo pesquisa divulgada pelo Observatório das Favelas (Pesquisa...,2018), as pessoas então desenvolvendo práticas criminosas cada vez mais cedo por motivos como busca por adrenalina, ligação com amigos, dificuldade de conseguir um emprego, desejo de ajudar a família e ambição. As citadas motivações tornam clara a necessidade de estabelecer políticas públicas que sejam capazes de prevenir a entrada de jovens no crime e de conceder oportunidades de reinserção social aos que já estão envolvidos.

Ademais, 54,91% da população carcerária é composta por pardos ou negros. No que se refere à cor, trata-se de reflexo da desigualdade e de uma manifestação do racismo estrutural. Além das condições de pobreza normalmente estarem atreladas aos pretos, há clara diferença de oportunidades em razão do preconceito arraigado na sociedade brasileira. Além disso, a praxe forense mostra maior severidade no tratamento e nas sanções punitivas destinadas aos negros e pardos, além do grande número de abordagens vexatórias e infundadas, restando clara a existência do racismo estrutural.

O referido relatório mostra, portanto, o perfil dos presos do sistema carcerário e a falha das medidas ressocializadoras, tornando nítido e cristalino

que as desigualdades sociais e a falta de acesso à educação e ao trabalho possuem forte relação com o aumento da criminalidade, de modo que há uma manifestação clara da seletividade penal.

Quando se está diante de crimes envolvendo a Lei de Drogas, o cenário é ainda mais complexo, pois há um problema social, político e econômico em torno das drogas. Segundo Mesquita (1992), no nível micro, as drogas empregam milhares de pessoas que sobrevivem do pequeno tráfico, enquanto no macro, a droga movimentava recursos da ordem de terceiro volume, perdendo apenas para petróleo e armamentos, o que mostra a sua relevância.

Chama atenção, no ponto, que o fenômeno de disseminação das drogas ocorre, segundo Bucher (1996), em razão de uma equação triangular, composta por produto, personalidade e momento sociocultural, de modo que o acesso aos entorpecentes não decorre somente da sua oferta no mercado, mas também de uma procura ativa e deliberada nem sempre consciente de parcelas crescentes da população, sobretudo como fuga da realidade.

Associado a isso, embora a sociedade possua a tendência de culpabilizar os usuários de drogas, o seu uso e comercialização envolve aspectos sociais, históricos e culturais, pois há problemáticas sociais como desemprego estrutural, baixa escolaridade, racismo, desigualdade socioeconômica, falta de acesso à moradia e alimentação, dentre outros, que fazem com que os entorpecentes sejam uma verdadeira válvula de escape de uma realidade marginalizante e opressora, por vezes sendo vista como trabalho e por outras como única diversão.

Não à toa, os sujeitos criminalizados na busca pela guerra às drogas estão em sua maioria em situação de pobreza e marginalização, havendo uma imbricação entre pobreza e delito, como apontam Viana e Chaves (2016, p. 70-88):

O preconceito e a criminalização da pobreza são previstos em lei. Quando na legislação diz que para se determinar se a pessoa é consumidora ou traficante, deve-se levar em conta o local e as condições sociais e pessoais dessa, a discriminação opera. Daí, partimos para o que ocorre hoje nas ruas, se o cidadão; não, o “bandido” for pego com drogas na rua ou em casa, e este estiver em um bairro “humilde”, em uma “favela”, tanto policial quanto juiz usará isso como fator

determinante para taxá-lo como traficante ou não. Mas, se o cidadão for visto usando ou levando consigo drogas, com o diferencial favorável de bairro e condição financeira principalmente, talvez nem como usuário ele seja considerado.

A vista disso, e considerando que os crimes relacionados à Lei n.º 11.343, de 2006, representam 27,76% do total de incidências registradas no 14º ciclo de coleta (SENAPPEN, 2023), chega-se à conclusão que tais crimes figuram dentre os mais recorrentes do país (ficando atrás apenas dos crimes patrimoniais, presentes em 40,04% dos casos), de forma que é necessário tratar sobre o perfil do processado e as produções de provas nos crimes envolvendo a referida Lei, para, ao final, compreender como a seletividade penal se manifesta nestes casos.

2. O perfil do processado e a produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas: um estudo comparado entre os dados produzidos ao longo da pesquisa e os presentes no relatório do IPEA e do Ministério da Justiça e Segurança Pública

A grande quantidade de pessoas privadas de liberdade no Brasil por responderem ou terem sido condenadas por crimes relacionados a Lei de Drogas, mencionada no tópico anterior, sinaliza os desafios para a sua aplicação.

A vista disso, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e o Ministério da Justiça e Segurança Pública (2023) se debruçaram sobre os crimes da Lei n.º 11.343, de 2006, e publicaram, no ano de 2023, um relatório analítico nacional que dispõe sobre o perfil do processado e a produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas.

Em análise de 5.374 (cinco mil, trezentos e setenta e quatro) processos dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, a referida foi possível conhecer o perfil dos réus por crimes da Lei de Drogas, bem como características dos inquiridos e dos processos criminais relacionados a ela, indo, portanto, ao encontro de um dos objetivos da Senad (s.d): produzir e disseminar

informação qualificada sobre a política de drogas brasileira, pressupondo que o planejamento e o aperfeiçoamento adequados só são possíveis quando ancorados em diagnósticos consistentes.

Seus achados são imprescindíveis para a verificação da seletividade penal, de modo que convém tratar sobre as características dos acusados a partir das informações extraídas.

No que diz respeito à qualificação socioeconômica, observou-se que a maior parte dos acusados é jovem, na medida em que 45,2% dos registros apontam que os investigados possuem entre 22 e 30 anos. Ademais, os jovens que têm entre 18 e 21 anos representam mais de um quarto, ou seja, 26,1% dos réus processados, o que denota que as pessoas têm sido cooptadas cada vez mais cedo para a prática de crimes da Lei de Drogas.

Quanto à cor/raça dos acusados, a pesquisa destacou que essa informação é de difícil obtenção, uma vez que é comum que os formulários para registro e identificação de suspeitos e apenados não prevejam esse tipo de preenchimento ou que o campo próprio seja deixado em branco. O índice de não informação nos autos de qualificação policial ficou em torno de 56,5%. Por isso, os pesquisadores buscaram outros documentos que compõem os autos, e assim a ausência de informação caiu para 29,7%.

Dos casos em que foi possível verificar a cor/raça dos acusados, vê-se que os réus negros representaram 46,2% do total, o que mostra que a cor é um fator determinante quando se está diante de crimes da Lei de Drogas.

Além disso, dos casos em que há informação sobre o nível de escolaridade dos acusados (32,8% do total), vê-se que 50,1% dos réus são analfabetos ou possuem, no máximo, o ensino médio incompleto, de maneira que os suspeitos possuem baixo nível de instrução. Ademais, dos casos em que a informação foi encontrada, viu-se que 17.706 (43,1%) dos suspeitos nos processos foram identificados como trabalhadores autônomos ou empregados, 8.828 (21,5%) como desempregados ou desocupados e 2.810 (6,8%) como estudantes, o que mostra que o desemprego é um fator importante para o envolvimento com as drogas, certamente em razão da sua popularização, o que

faz surgirem muitas ofertas de “trabalho” ilícito sob a promessa de lucratividade.

Além desses elementos, também chamam atenção as motivações apontadas pela pesquisa para a abordagem policial, pois há uma aparente relação entre elas e o perfil dos acusados.

Segundo o relatório nacional (2023), as principais motivações para a abordagem policial são os patrulhamentos (32,5%) e as denúncias anônimas (30,9%), o que indica que as apreensões de drogas decorrem, em sua maioria, de rotinas e de elementos circunstanciais afeitos ao funcionamento ordinário dos órgãos de segurança pública, e não de uma produção ancorada em planejamento ou trabalho meticuloso das polícias.

O fato de o policiamento de rua ser o centro das abordagens policiais, atrelado à constatação de que a maioria dos denunciados é composta por jovens, pretos e de baixa escolaridade, faz com que reste nítida a seletividade penal, pois é possível perceber a reprodução das características das pessoas que são conduzidas às delegacias.

Os aspectos físicos acabam sendo, na prática, associados à noção de “suspeito”, havendo uma clara seletividade. Como ensina Semer (2019), o fato de o policiamento de rua ser o centro das abordagens policiais marca esse viés seletivo, pois a escolha dos indivíduos para a abordagem parte de determinadas características corporais ou traço de comportamento que existem no ideário dos policiais e que são entendidos como passíveis de desconfiança.

Nesse mesmo sentido, Maria Gorete Marques de Jesus (2019, p. 84) aponta que há alvos preferenciais da atuação policial, que são as minorias étnicas e raciais, pobres que vivem na periferia e os jovens em geral.

No estado do Rio Grande do Norte não tem sido diferente, pois as pesquisas realizadas pelo projeto de pesquisa “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte”, que analisou 188 (cento e oitenta e oito) processos de apenados custodiados no Presídio de Alcaçuz e no Complexo Penal Dr. João Chaves, mostram que o cenário potiguar é similar ao encontrado a nível nacional: a

maioria dos presos em razão da Lei de Drogas é jovem, pobre e de baixa escolaridade, conforme se abordará.

Quanto ao perfil dos apenados do Presídio Estadual de Alcaçuz condenados por crimes previstos na Lei de Drogas, por exemplo, a pesquisa demonstrou que os delitos são praticados majoritariamente por pessoas entre 21 (vinte e um) e 30 (trinta) anos (50%), que não trabalhavam à época da prisão (59,6%) e que eram primárias (49,8%), o que atesta que há o recrutamento de pessoas jovens, desempregadas e sem antecedentes para praticar os crimes relativos à Lei nº 11.343, de 2006, do qual sobressai o tráfico de drogas.

No que se refere ao grau de instrução, foi possível perceber que há uma grande lacuna, pois essa informação não consta em 45,7% dos casos analisados. Nos que constava a informação, 37,5% possuem apenas o ensino fundamental incompleto. Se observa, portanto, um baixo grau de escolaridade, o que guarda relação com as desigualdades sociais, como também foi demonstrado na pesquisa elaborada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública e pelo IPEA (2023).

Na pesquisa empírica feita sobre o cenário do Rio Grande do Norte, o aspecto relativo à cor/raça dos condenados não foi analisado em razão de limitações metodológicas e da dificuldade de obtenção correta da informação. Tal dificuldade também foi relatada na pesquisa do SENAPPEN, o que evidencia que o problema afeta não apenas o Rio Grande do Norte, mas todo o Brasil. Obtê-lo seria extremamente relevante para denunciar a seletividade e o preconceito arraigado que também se manifesta durante a persecução criminal.

No que se refere ao início das investigações, se observou que tanto nos casos dos detentos do Presídio Estadual de Alcaçuz quanto das detentas do Complexo Penal Dr. João Chaves, a prisão decorre da prisão em flagrante e não da investigação prévia, e nos casos de flagrante isso decorre de busca pessoal fundada em atitude suspeita em 50,8% dos casos envolvendo homens e 26,1% dos casos que envolvem mulheres.

Vê-se, portanto, que o que se observa do perfil predominante dos réus nos crime da Lei nº 11.346, de 2006, tanto na pesquisa nacional quanto na elaborada em cenário potiguar, é uma reprodução do cenário existente no

sistema penitenciário em geral. O perfil encontrado é composto por jovens e que sequer chegaram a cursar o ensino médio.

3. A radiografia da seletividade do sistema de justiça penal brasileiro a partir da análise de dados

Da análise dos dados apresentados é possível verificar que o perfil das pessoas processadas pelos crimes relativos à Lei de Drogas, além de revelarem a existência da seletividade penal, refletem a realidade do sistema carcerário nacional, uma vez que tais delitos ocupam a segunda posição dentre os mais frequentes no sistema penitenciário, ficando atrás apenas dos crimes patrimoniais.

A partir dos números apresentados, nota-se que a questão das drogas e da sua consequência enquanto política de encarceramento afeta de forma direta um grupo específico de pessoas que são como alvos para o sistema penal: justamente os jovens pobres e de baixa escolaridade, perfil normalmente encontrados nas periferias.

Tais dados escancaram a seletividade penal do sistema de justiça, produzindo uma cifra oculta da criminalidade, como aponta Zaconne (2007, p. 8):

O estereótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador da favela, próximo do tráfico de drogas vestido com tênis, boné, cordões, portador de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda.

A esse respeito, Karam (2013, p. 35) preceitua que a proibição das drogas no Brasil consiste em um fator central da expansão do poder punitivo e, conseqüentemente, contribui para a crescente criminalização da pobreza, globalmente registrada desde as últimas décadas do século XX.

Sobre o tema, e sem adentrar no mérito da necessidade ou não da descriminalização das drogas, uma vez que este assunto não faz parte do escopo deste capítulo, merece destaque o voto do Ministro Alexandre de Moraes

(2023), que alega que, quando o assunto é tráfico de drogas, é possível notar que os jovens, em especial os negros, analfabetos e jovens, são considerados traficantes com quantidades bem menores de drogas do que os maiores de 30 anos, brancos e portadores de curso superior, o que deixa claro, além da seletividade, os traços de racismo estrutural presentes no sistema de justiça e a necessidade de equalizar uma quantidade média padrão de droga, a depender do tipo, para diferenciar o usuário do traficante.

Tal medida objetivaria sobretudo a redução da discricionariedade das autoridades públicas, uma vez que a ausência de critérios objetivos tem originado a criação de cifras ocultas e douradas da criminalidade.

Nas cifras ocultas, muitos autores de crimes ficam impunes, enquanto nas douradas se verifica que algumas classes sociais são excluídas do processo de criminalização, de modo que esse processo recai sobre as camadas sociais mais frágeis e que sofrem com os contornos da marginalização.

Nas palavras de Vera Regina P. Andrade (2003), “a clientela do sistema penal é composta, ‘regularmente’, em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais” e isso “é resultado de um processo de criminalização altamente e seletivo e desigual de ‘pessoas’ dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos”.

A vista disso, não se pode ignorar que o baixo nível de instrução e o reduzido número de oportunidades faz com que a população preta e pobre seja uma presa fácil para os grandes líderes de organizações criminosas voltadas ao tráfico de drogas, já que a desigualdade social faz com que sejam cooptados a um baixo custo. Eles funcionam muitas vezes como uma mão de obra barata para o êxito das atividades criminosas.

Esse cenário se tornou tão comum que quando se imagina a figura de um traficante, quase sempre se elabora a imagem de um rapaz jovem, negro (ou mulato), de bermuda e tênis, morador de favela. Em consequência disso, muitas pessoas imaginam que o tráfico de drogas está situado nos locais onde estes jovens moram, ou seja, em periferias ou em bairros considerados “carentes”.

Isso ocorre, em grande parte, em razão da forma com que os delitos da Lei de Drogas são apurados em sua maioria, isto é, a partir de abordagens

policiais, evidenciando o perfil criado pelos atores do sistema de justiça de quem seria o criminoso.

Associado a isso, o critério utilizado para determinar se o dolo é de uso ou é de tráfico permite todo o tipo de arbitrariedades, pois está propensa à construção do estereótipo criminal, na medida em que o juiz atentarà além da quantidade da droga, para as circunstâncias sociais e pessoais, bem como para a conduta e os antecedentes criminais do indivíduo:

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.

(Grifos nossos)

Da leitura do artigo 28 da referida lei, que estabelece critérios para diferenciar o usuário do traficante, não causa surpresa verificar que uma das coisas a serem consideradas pelo juiz é o local (onde foi feita a apreensão) e as condições pessoais e sociais do sujeito encontrado com drogas ilícitas, restando nítida a criminalização primária, mencionada no tópico 1.

A previsão legal e os dados acima mostram uma clara relação da Lei de Drogas com o encarceramento em massa de indivíduos pobres, geralmente moradores de periferia e sem acesso ou oportunidade de estudo. Pode-se dizer, desta forma, que a Lei de Drogas não obteve êxito na política nacional sobre drogas, não trazendo consigo critérios socialmente compatíveis com o quadro fático social que o Brasil vive nos dias de hoje (BARATTA, 2002).

Sob esse prisma, Humberto Ribeiro Júnior (2012), em sua obra que discute sobre a criminalização da pobreza e o encarceramento em massa das classes sociais menos abastecidas, afirma que:

Portanto, uma das conclusões a que chegamos, por meio dos dados estatísticos coletados em confronto com a base teórica utilizada, foi a de que esta política de encarceramento não atingiu igualmente os indivíduos pertencentes a todos os estratos sociais, ela teve um direcionamento claro para determinados grupos divididos por cor e por classe (RIBEIRO JÚNIOR, 2012, p. 2).

Conclui-se, assim, que há clara seletividade penal no sistema carcerário, sobretudo quando se está diante de crimes da Lei de Drogas, na medida em que a previsão contida no art. 28 da referida lei, somada ao estereótipo de criminoso que permeia o ideário dos atores da justiça, fazem com que os jovens, pobres e de baixa escolaridade sejam cooptados para o crime com maior facilidade e também constantemente abordados por policiais, figurando como os principais condenados por tráfico de drogas.

Considerações finais do capítulo

A pesquisa mostra que os crimes relacionados à Lei nº 11.343, de 2006, ocupam a segunda posição dentre os crimes que mais contribuem para o encarceramento no Brasil.

Tal criminalização tem originado um encarceramento em massa a um custo social e humano alto, uma vez que a prática mostra que os indivíduos presos não são, em geral, os líderes dos esquemas criminosos, mas sim os criminosos de baixo escalão, cooptados para o crime com facilidade sobretudo em razão das desigualdades sociais que assolam a sociedade brasileira.

A pesquisa mostra que apesar de a Constituição de 1988 prever uma pretensa igualdade entre todos¹²⁰, inclusive no âmbito criminal, a prática mostra que atos praticados por integrantes de classes sociais mais baixas tendem a ser

¹²⁰ Art. 5º da Constituição: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...).

investigados e punidos com maior frequência e rigor do que os praticados por pessoas de melhor condição financeira.

A esse respeito, os relatórios elaborados pela Secretaria Nacional de Políticas Penais mostram que o perfil dos presos do sistema carcerário é composto por jovens pobres e de baixa escolaridade, o que denota a falha das medidas ressocializadoras e torna nítido que as desigualdades sociais e a falta de acesso à educação e ao trabalho possuem forte relação com o aumento da criminalidade, de modo que há uma manifestação clara da seletividade penal.

Quando o assunto é a guerra às drogas, os dados obtidos a partir da pesquisa do IPEA e do Ministério da Justiça e Segurança Pública e dos produzidos ao longo da pesquisa mostram que o perfil predominante dos réus nos crime da Lei nº 11.346, de 2006, tanto na pesquisa nacional quanto na elaborada em cenário potiguar, é uma reprodução do cenário existente no sistema penitenciário em geral.

Da análise dos dados apresentados é possível verificar que o perfil das pessoas processadas pelos crimes relativos à Lei de Drogas, além de revelarem a existência da seletividade penal, refletem a realidade do sistema carcerário nacional. Conclui-se que a questão das drogas afeta de forma direta um grupo específico de pessoas que são como alvos para o sistema penal: justamente os jovens pobres e de baixa escolaridade, perfil normalmente encontrados nas periferias. Tais dados escancaram a seletividade penal do sistema de justiça, produzindo uma cifra oculta da criminalidade.

A vista disso, o presente capítulo de livro demonstra que isso ocorre em razão do estereótipo criado no ideário dos atores do sistema de justiça sobre quem seria o criminoso (o que tem motivado abordagens policiais marcadas pelo racismo estrutural), bem como em virtude da redação contida no art. 28 da Lei de Drogas (que dispõe que um dos critérios para diferenciar o usuário do traficante é o local onde foi feita a apreensão e as condições pessoais e sociais do sujeito encontrado com drogas ilícitas), restando nítida a criminalização primária e evidenciando a influência da teoria do *labelling approach*.

Referências

- ALMEIDA, José Carlos da Luz Wanderley Macedo Neves de. **Revolução ecojurídica: diálogos a partir do caso da penhora do lixão sob a ótica do pensamento**. 2018. 119f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Natal, 2018.
- AMADOR, Alisson. Cemitérios Indígenas (Ailton Krenak). Youtube. **Canal Alisson Amador**, 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PowP1eDXS5c>. Acesso em: 17 dez. 2023.
- ARENDDT, Hannah. **Sobre a violência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- BAREUTHER, Johannes. O antropocentrismo da razão dominadora da natureza (1ª parte): natureza demoníaca e natureza mecânica. **Revista Exit!**, n. 12. p. 18-52, 2014.
- BECKER, Beril. **O homem e a máquina**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1963.
- BOBBIO, Norberto. **Política e Cultura**. Torino: Einaudi, 1977.
- BROWN, Dee. **Enterrem meu coração na curva do rio: uma história índia do Oeste americano**. 6. ed. Porto Alegre: Melhoramentos, 1973.
- CAMPOS, Luiz Augusto; CANDIDO, Marcia Rangel. Desigualdades Raciais na Ciência Brasileira. **GEMAA – Grupo de Estudos Multidisciplinares da Ação Afirmativa**, 29.11.2023. Disponível em: <https://gemaa.iesp.uerj.br/infografico/desigualdades- raciais-na-ciencia-brasileira/>
<https://gemaa.iesp.uerj.br/infografico/desigualdades- raciais-na-ciencia-brasileira/>. Acesso em: 17 dez. 2023.
- CAPRA, Fritjof. MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Cultrix, 2018.
- SENAPPEN. Secretária Nacional de Políticas Penais. **Relatório de Informações Penais - RELIPEN**. 1º Semestre 2023. Brasília, 2023.
- FEDERICI, Sivia. **Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.
- FOUCAULT, Michel. Sexualidade e solidão. 1981. In: FOUCAULT, Michel. **Ética, sexualidade, política**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. (Coleção Ditos e Escritos. v. 5.).
- GONÇALVES, Antonio José Menezes. Vivendo estados alterados: a consciência como uma narrativa em aberto. **Periferia**, v. 3, n. 2, 2011.
- HOBBSAWN, Eric. **Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- HORKHEIMER, Max. **Eclipse da razão**. São Paulo: Centauro, 2002.

- IELA. Instituto de Estudos Latino-Americanos. De Madre Terra e de Materialismo: notas decoloniais. **Universidade Federal de Santa Catarina**, 28.03.2021. Disponível em: <https://iela.ufsc.br/de-madre-terra-e-de-materialismo-notas-decoloniais/>. Acesso em: 17 dez. 2023.
- KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.
- KOPENAWA, Davi. **A queda do céu**: palavras de um xamã yanomami. In: KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. **A queda do céu**: palavras de um xamã yanomami. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- KRENAK, Ailton. **A vida não é útil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2020b.
- KRENAK, Ailton. **Futuro ancestral**. São Paulo: Companhia das Letras, 2022a.
- KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020a.
- KRENAK, Ailton. Sonhar a terra. In: KRENAK, Ailton; PIÚBA, Fabiano (org.). **Desnaturada**: cultura & natureza. Fortaleza: Secult/CE, 2022b.
- KURZ, Robert. **O sentido cultural do século XXI**: orientação simbólica e nova crítica social. [s.d.]. Disponível em <http://www.obeco-online.org/rkurz7.htm>. Acesso em: 17 dez. 2023.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 20. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.
- MAFFESOLI, Michel. O imaginário é uma realidade. **Revista Famecos**, Porto Alegre, n. 15, p. 74-82, 2001.
- NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2016. v. II – Dignidade e Inconstitucionalidade.
- PORFÍRIO, Iago & OLIVEIRA, Lucas Timoteo de. Antonio Bispo dos Santos. **Enciclopédia de Antropologia**, São Paulo: Universidade de São Paulo, Departamento de Antropologia, 2021.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, cultura y conocimiento en América Latina. **Dispositivo**, v. 24, n. 51, p. 137-148, 1999.
- RIBEIRO, Sidarta. A terra e os sonhos. In: KRENAK, Ailton; PIÚBA, Fabiano (org.). **Desnaturada**: cultura & natureza. Fortaleza: Secult/CE, 2022.
- SAAD, Luísa. A maconha nos cultos afro-brasileiros. In: MACRAE, Edward; ALVES, Wagner Coutinho (org.). **Fumo de Angola**: cannabis, racismo, resistência cultural e espiritualidade. Salvador: EDUFBA, 2016. (Coleção Drogas: clínica e cultura CETAD/UFBA).
- SANCHES, Ana (mod.). Aquilombar o Antropoceno, Contra-colonizar a Ecologia: confluências entre Malcom Ferdinand e Antonio Bispo. Youtube. **Canal USPFFLCH**, 2023. Disponível em

- <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=7RCuzE6b83k>.
Acesso em: 17 dez. 2023.
- SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes da guerra**: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- SANTOS, Antônio Bispo dos. **A terra dá, a terra quer**. São Paulo: Ubu, 2023.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto; MAGANE, Renata Possi. A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 2, p. 517-547, maio/ago. 2020.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina. **Poliética**, v. 8, n. 1, p. 94-125, 2020.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no Direito Processual Criminal**. Natal: OWL, 2023.
- SIMÕES, Júlio Assis. Prefácio. In: LABATE, Beatriz Caiuby et al. (org.). **Drogas e cultura**: novas perspectivas. Salvador: EDUFBA, 2008.
- SOUTO, Stéfane Silva de Sousa. Aquilombar-se: insurgências negras na gestão cultural contemporânea. **Metamorfose**, v. 4, n. 4, 2020.
- UNODC. United Nations Office on Drugs and Crime. Relatório Mundial sobre Drogas 2020: consumo global de drogas aumenta, enquanto COVID-19 impacta mercados, aponta relatório. **Escritório de Ligação e Parceria no Brasil**, 2020. Disponível em: https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/06/relatorio-mundial-sobre-drogas-2020_-consumo-global-de-drogas-aumenta-enquanto-covid-19-impacta-mercado.html. Acesso em: 17 dez. 2023.
- VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico**: o novo paradigma da ciência. Campinas: Papyrus, 2002.
- WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Tomo I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1994.

Capítulo 11

A superlotação carcerária e o tráfico de drogas: a aplicação da prisão preventiva e liberdade provisória nos crimes da lei n.º 11.343, de 2006

Sophia Fátima Morquecho Nôga¹²¹

Introdução

A privação da liberdade enquanto consectário da execução de uma condenação criminal não retira do apenado a sua condição de sujeito de direitos, sendo-lhe garantido pela Constituição Federal o respeito à integridade física e psíquica (art. 5º, XLIX) e pela Lei de Execuções Penais (LEP) todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (art. 3º).

O combate ao tráfico de drogas faz parte da política social do Estado Brasileiro há décadas e é alvo de debate pela sociedade mundial. Isso porque esse crime, não raro, é associado ao cometimento de tantos outros, inclusive, crimes violentos. No âmbito internacional, a Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em Nova York, em 30 de março de 1961, foi recepcionada pelo Brasil, através do Decreto n.º 54.216, de 27 de agosto de 1964. Esse documento cuida de aspectos relacionados ao combate e punição do tráfico de drogas, refletindo que se trata de uma preocupação da maioria dos países que compõem a Organização das Nações Unidas.

Ademais, consoante demonstrado no percorrer deste livro, muitos diplomas nacionais foram editados até então, cada qual com uma inclinação diferente no modo de abordar o tema. A Lei n.º 11.343, de 2006, que rege

¹²¹Mestra em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogada OAB/RN. Professora de Direito Processual Penal na pós-graduação do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Assistente de representante processual na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte. Pesquisadora nos grupos “Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte” e “Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, ambos vinculados à UFRN. E-mail: <sophia_mnoga@hotmail.com>. Orcid: <<https://orcid.org/0000-0001-5872-5651>>.

atualmente os crimes que envolvem entorpecentes, possui um caráter, marcadamente, punitivista, de “guerra às drogas”, na busca pela redução dessa espécie de criminalidade.

Esse viés punitivista é facilmente perceptível da leitura dos artigos dessa lei, se comparado com o tratamento ofertado pelo ordenamento brasileiro a crimes diversos. Um exemplo claro dessa diferenciação são os artigos 44 e 59, da Lei de Drogas, abordados ao longo deste capítulo. Tais dispositivos criam obstáculos à liberdade provisória e estimulam a prisão preventiva do acusado por determinados crimes da Lei n.º 11.343, de 2006. Há uma verdadeira inversão de valores constitucionais, em dissonância com os preceitos do sistema acusatório vigente.

A Constituição Federal resguarda em seu artigo 5º, incisos XLIII e LXVI, o direito à liberdade, inerente ao ser humano. A liberdade sempre deve ser a regra e o seu cerceamento a exceção. Sendo assim, a prisão preventiva não há de ser a primeira medida a se cogitar em aplicar. O Brasil incorporou em seu ordenamento jurídico as Regras de Tóquio, que são regras mínimas das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Esse tratado arrola diversos princípios básicos, no intuito de que seja promovido na legislação interna de cada país o uso de medidas não privativas de liberdade. Do mesmo modo, estabelece as garantias mínimas para os acusados que se submetem às medidas substitutivas da prisão.

Sob influência das Regras de Tóquio, o Código de Processo Penal foi modificado em 2011, rompendo com o sistema pautado na bipolaridade entre duas medidas aplicadas no início do processo, a liberdade provisória e a prisão preventiva. Com isso, o juiz não estaria mais limitado a uma dicotomia, pura e simples, e demasiada restritiva, entre escolher se era o caso de conceder liberdade provisória ao acusado ou seria mais prudente determinar a privação da sua liberdade.

Passou a existir nove medidas cautelares diversas da prisão que poderiam ser aplicadas à espécie consoante as peculiaridades que cada caso concreto demanda. A adequação de cada medida se revela mais eficaz para alcançar o fim almejado pelo operador do direito, que é a justiça social, sem olvidar da proporcionalidade.

Todavia, nada obstante o enrijecimento da Lei n.º 11.343, de 2006, no tratamento do agente acusado pelo cometimento de crimes que envolvam o tráfico de drogas, ainda persiste no Brasil um problema estrutural e sistemático, a superlotação carcerária.

Essa superlotação carcerária caracteriza uma falha ainda maior, um verdadeiro estado de coisas inconstitucional. Esse reconhecimento não é apenas doutrinário, o Supremo Tribunal Federal já se debruçou sobre o tópico, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 347, bem como no Recurso Extraordinário n.º 580.252, com repercussão geral. Em síntese, houve a declaração de que o sistema penitenciário brasileiro configurava um estado de coisas contrário à Constituição Federal, diante das inúmeras e sistemáticas violações da dignidade da pessoa humana e de tantos direitos do custodiado.

Levando isso em consideração, a primeira seção deste capítulo se dedicará a tratar da prisão preventiva no tráfico de entorpecentes, abordando temas importantes que se relacionam aos impactos dessa política adotada na superlotação carcerária. Não há como se esquivar da análise da adequação dos dispositivos que tratam desse assunto com a Constituição.

Na segunda seção, serão dissecadas as possibilidades, ou não, da liberdade provisória nos crimes que envolvem o tráfico de entorpecentes. Será feita uma análise pormenorizada desse instituto, de acordo como está disposto na Lei de Drogas.

Seguindo essa linha intelectual, a terceira e última seção se dedicará ao estudo sobre até que ponto o crime de tráfico de drogas e a configuração legislativa de regência sobre o assunto colaboram para a superlotação

carcerária e, em última análise, para um estado de coisas inconstitucional. Serão abordados os desafios desse problema estrutural que assola o sistema penitenciário brasileiro.

Dessa forma, o estudo de institutos descarcerizadores, como a liberdade provisória e de medidas cautelares diversas da prisão, é de irrefutável relevância para a compreensão do sistema penal e processual brasileiro como um todo, que apesar da recente queda no número de encarcerados, ainda comporta um estado de coisas inconstitucional. Também será alvo de digressão se a adoção de uma política criminal de caráter repressivo, como a Lei de Drogas, é a mais adequada para o equacionamento dos problemas desses crimes.

É mister consignar, ademais, que o arcabouço referencial do presente capítulo é fomentado, especialmente, pelas informações coletadas e pesquisadas ao longo do engajamento com os grupos de pesquisa Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte” e “Direito Criminal como corpo normativo constitutivo do sistema de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nas perspectivas subjetiva e objetiva”, ambos sob a coordenação do Professor Walter Nunes.

Para desenvolver esses intentos, serão utilizados como método a pesquisa bibliográfica e descritiva acerca do tema. Em se tratando de pesquisa jurídica, far-se-á uso como fonte a legislação brasileira vigente sobre a matéria e os julgados considerados relevantes para a temática ora abordada.

Dessa maneira, é através dessa metodologia que se estruturará o eixo para a construção teórica, de base científica, relativamente a uma conclusão sobre a aplicação da prisão preventiva e da liberdade provisória nos crimes da lei n.º 11.343, de 2006, diante da superlotação dos presídios brasileiros e do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário do país.

1. A prisão preventiva no tráfico de entorpecentes e seus impactos

A prisão preventiva consiste em uma medida cautelar que tem como consequência a restrição da liberdade do indiciado ou réu, que somente é legítima quando justificada a sua necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei (NUCCI, 2020). Frederico Marques sistematizou quatro pressupostos para a decretação da prisão preventiva, quais sejam: a) natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos), b) probabilidade de condenação (*fumus boni juris*), c) perigo na demora (*periculum in mora*) e d) controle jurisdicional prévio (Elementos de direito processual penal).

O art. 312, do Código de Processo Penal dispõe sobre os requisitos e fundamentos para a decretação da prisão preventiva, exigindo, primeiro, que seja observada a comprovação da existência do crime e de indício suficiente de autoria, para, em seguida, examinar se há necessidade da decretação da medida para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, o que caracteriza o perigo de o acusado ficar em liberdade.

Especificamente, no tráfico de drogas, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgado de 2022, nos autos de agravo regimental em Habeas Corpus nº 727.535, de Goiás, decidiu que são fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas, a gravidade concreta do delito, o *modus operandi* da ação delituosa e a periculosidade do agente. A presença desses critérios, aliados a inquéritos policiais e ações penais em curso seriam embasamento suficiente para justificar a aplicação da prisão preventiva¹²².

¹²²AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. INQUÉRITOS POLICIAIS OU AÇÕES PENAS EM CURSO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CONTEMPORANEIDADE. TEMPO HÁBIL. PRISÃO PREVENTIVA

Nesse contexto, é pertinente salientar que, ao contrário da prisão temporária, a prisão preventiva não tem prazo máximo determinado. A limitação a essa cautelar é rígida em virtude da persistência da necessidade em sua manutenção, e essa necessidade deve ser devidamente justificada. Por consectário lógico, também não deve ultrapassar eventual decisão absolutória, como também o trânsito em julgado de decisão condenatória. Isso porque, no primeiro caso, deixam de existir os fundamentos de outrora que embasaram a prisão preventiva e, no segundo caso, não se trata mais de prisão cautelar, mas sim de prisão-pena (NUCCI, 2020).

É comum ver nos tribunais uma aplicação exacerbada de prisão preventiva nos crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes. É com se a prática desse tipo penal justificasse, inexoravelmente, uma medida mais gravosa. Nesses casos, a prisão cautelar deixa de servir à preservação do processo criminal para ser usada como política de combate às drogas – e, diga-se, sem sucesso em reduzir essa espécie de criminalidade. Tal raciocínio não encontra respaldo legal e, infelizmente, contribui para a superlotação carcerária e para a configuração de um estado de coisas inconstitucional, conforme abordaremos nos tópicos subsequentes.

DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA.AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312, 313 e 315 do Código de Processo Penal. 2.**São fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas, bem como a gravidade concreta do delito, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente.**3.A reincidência específica evidenciada maior envolvimento do agente com a prática delituosa e constitui fundamento idôneo para a manutenção da custódia cautelar para garantia da ordem pública, com o objetivo de conter a reiteração delitiva.4.Inquéritos policiais ou ações penais em curso justificam a imposição de prisão preventiva como forma de evitar a reiteração delitiva e, assim, garantir a ordem pública.5. Inexiste falta de contemporaneidade nas situações em que os atos praticados no processo respeitaram a sequência necessária à decretação, em tempo hábil, de prisão preventiva devidamente fundamentada. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 727.535/GO, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 10/05/2022, DJe 13/05/2022)

Ademais, é importante rememorar, que a Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime) trouxe significativas modificações no que tange ao procedimento de conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Antes dessa lei, a jurisprudência, com fulcro na antiga redação do art. 310, II, do Código de Processo Penal (CPP), entendia que era possível que o juiz, após receber o auto de prisão em flagrante, convertesse, de ofício, a prisão em flagrante em prisão preventiva.

Na redação anterior ao Pacote Anticrime, o art. 310 dispunha que ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deveria, fundamentadamente, converter a prisão em flagrante em preventiva, se estivessem presentes os requisitos constantes do art. 312, do CPP e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

Com a novel legislação e a revogação dessa possibilidade, inexistente, atualmente, respaldo jurídico para que juiz ou tribunal decrete a prisão preventiva de ofício. Sendo assim, para haver a conversão da prisão em flagrante em preventiva, deve existir prévia provocação da parte ou da autoridade policial, do querelante, do assistente, ou do Ministério Público, em qualquer situação. Inclusive, a ausência de audiência de custódia não é apta a permitir essa conversão de ofício¹²³.

Todavia, se o juiz não observar essa regra e, mesmo assim determinar a decretação da prisão preventiva sem prévio requerimento, e tão logo após a autoridade policial ou o Ministério Público requererem a prisão, o Superior Tribunal de Justiça entende que o vício de ilegalidade que maculava a custódia é suprido¹²⁴, não havendo que se falar em nulidade da prisão.

¹²³Vide STJ. 3ª Seção. RHC 131.263, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 24/02/2021 (Info 686). STF. 2ª Turma. HC 188888/MG, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 6/10/2020 (Info 994).

¹²⁴ STJ. 5ª Turma. AgRg RHC 136708/MS, Rel. Min. Felix Fisher, julgado em 11/03/2021 (Info 691).

Ressalte-se que esse entendimento diz respeito a uma exceção à regra, e que esta deve ser aplicada. É dizer que, a regra para os casos em que o juiz decreta a prisão preventiva, sem prévio requerimento da autoridade policial ou Ministério Público, é o relaxamento da prisão, tendo em vista se tratar de prisão ilegal. Contudo, no caso de, logo depois de expedida a decisão da cautelar restritiva de liberdade, os legitimados para tanto requererem a prisão, o vício de ilegalidade é convalidado e deixa de existir, e, por conseguinte, a prisão não será relaxada¹²⁵.

Em síntese: “*O posterior requerimento da autoridade policial pela segregação cautelar ou manifestação do Ministério Público favorável à prisão preventiva suprem o vício da inobservância da formalidade de prévio requerimento.*” (BRASIL, 2021).

A *ratio decidendi* desse julgado é, em última análise, a observância do princípio *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo). É natural raciocinar que o desrespeito às normas relativas ao devido processo legal culminaria, em regra, a nulidade do ato. Nada obstante isso, antes de ser declarado nulo, é imprescindível a demonstração de que esse descumprimento gerou efetivo e comprovado prejuízo¹²⁶. Alaido ao princípio *pas de nullité sans grief*, a instrumentalidade das formas é capaz de com outro ato suprir determinada omissão requerida por outro.

Note-se, inclusive, que tal princípio encontra-se entabulado no art. 563, do Código de Processo Penal, senão vejamos: “*Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*”.

Dessa forma, o vício decorrente do fato de a prisão ter sido decretada de ofício resta superado pelo posterior requerimento de qualquer

¹²⁵ “O posterior requerimento da autoridade policial pela segregação cautelar ou manifestação do Ministério Público favorável à prisão preventiva suprem o vício da inobservância da formalidade de prévio requerimento”(STJ. 5ª Turma. AgRg RHC 136.708/MS, Rel. Min. Felix Fisher, julgado em 11/03/2021. Info 691).

¹²⁶STJ. 5ª Turma. AgInt no AREsp 442.923/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 11/05/2018. 358

legitimado a peticionar pela prisão preventiva. Sendo assim, garantida a higidez do contraditório nesse momento, com o devido processo legal, não se existe nenhuma nulidade passível de correção, que demande a imediata soltura do preso.

Seguindo essa linha intelectual, é oportuno destacar que eventual concessão da ordem em Habeas Corpus, no sentido de revogar a prisão preventiva perderia a razão de ser. Dito de outro modo, seria libertar o preso, formalmente, para, logo em seguida, prendê-lo, novamente, já que houve posterior requerimento de algum legitimado.

1.1 A aplicação de cautelares diversas da prisão nos crimes de tráfico de entorpecentes

Tendo consignado que a aplicação da prisão preventiva se trata de uma exceção – isso porque prevalece a presunção de inocência e a restrição à liberdade do indivíduo implica um gravame que deve ser devidamente fundamentado – a escolha do operador do direito em aplicar cautelares diversas da prisão, muitas vezes, pode ser a mais acertada para manter a higidez processual, com restrições mais moderadas que a prisão e sem incrementar a população carcerária.

Nesse sentido, antes de apontar o acerto ou não em adotar determinada medida cautelar, é imperioso minuciar a finalidade das medidas cautelares em geral. Dessa forma, tais medidas visam precipuamente assegurar a efetividade do processo penal. Em outras palavras, o que se pretende é evitar a ocorrência de danos que possam influir no regular processo e na correta resolução da demanda.

Não é só a prisão cautelar que se presta a esse papel. A prisão provisória se trata de uma espécie de medida cautelar que deve ser residual, devidamente fundamentada e, de óbvio, provisória. A escolha dessa espécie deve ser vista individualmente, não cabendo à aplicação de cautelar em decorrência pura e simplesmente da prática genérica de determinados tipos

penais como o tráfico de drogas. A aplicação de medida cautelar não pode ser revestida de natureza repressiva ou punitivista.

A finalidade desse instrumento processual não é servir como punição antecipada, mas sim resguardar o normal desenvolvimento do processo, mantendo-o incólume dos perigos decorrentes do estado de liberdade do acusado.

A medida cautelar tem uma finalidade instrumental. Ela serve ao processo e não à política criminal ao problema estrutural que é o tráfico de entorpecentes. A sua aplicação não se relaciona à natureza do crime ou gravidade do delito em abstrato. Esta somente passa a ser considerada quando da análise de mérito, e de forma individual e concreta.

Dito isso, cumpre notar que o art. 319, do Código de Processo arrola nove medidas cautelares diversas da prisão aptas a garantir a ordem pública, econômica, a devida instrução criminal e aplicação da lei penal, quais sejam: I) o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II) proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III) proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV) proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V) recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI) suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII) internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração; VIII) fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar

o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; e, IX) a monitoração eletrônica.

Desse modo, em sendo suficiente para resguardar os intentos relacionados à higidez processual, e preenchidos os requisitos legais, deve o operador do direito priorizar a aplicação de alguma das medidas acima citadas, ao invés da prisão preventiva.

Ressalte-se que a atribuição de qualquer uma das medidas cautelares supracitadas depende, notadamente, da presença da fumaça do bom direito, que consiste na prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Esse requisito é preenchido com a constatação da materialidade, é dizer a prática do tipo penal, ilícito e culpável, bem como com a demonstração fundamentada de existir indícios suficientes de autoria.

Além disso, é primordial que seja ponderado na escolha da medida cautelar se ela se presta a garantir a ordem pública e econômica, se é necessária à conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

É pertinente salientar, ainda, que no que tange à aplicação de medida cautelar à acusada por tráfico de drogas, mãe de filho menor de doze anos, poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar, com fulcro no art. 318, V do CPP. De maneira semelhante, o art. 318-A, do CPP, prevê que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa e não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Com relação à hipótese do art. 318, V, CPP, destaque-se que a concessão de prisão domiciliar às genitoras de menores de até doze anos incompletos é legalmente presumida, de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Ou seja, não está condicionada à comprovação

da imprescindibilidade dos cuidados maternos por parte da defesa (STJ, 2022). Note-se que o legislador, deliberadamente, não incluiu na redação do art. 318, V do CPP, a exigência de comprovação de que a mãe seria imprescindível aos cuidados da criança.

Relativamente a isso, é mister notar que a apreensão de grande quantidade e variedade de drogas não pode ser usada como impeditivo para a concessão da prisão domiciliar do art. 318, V, CPP, à mãe de filho menor de doze anos, se não restar demonstrada as situações do art. 318-A do CPP.

O art. 318-A, do CPP, incluído pela Lei nº 13.769/2018, estabelece que a prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa, e que II) não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

O Superior Tribunal de Justiça já apreciou a questão no caso de mãe de filho menor de doze anos, acusada de cometer crime de tráfico de drogas, apreendida com grande quantidade e variedade de drogas. Nessa situação, o STJ firmou que o fato de se ter apreendido quantidade vultuosa e diversos tipos de entorpecentes não impede a concessão da prisão domiciliar se não foram demonstrados outros motivos de que a conduta praticada representaria risco à ordem pública. Seria impeditivo válido a essa prisão domiciliar a existência de indícios de comércio ilícito no local em que a agente cria os menores. Mas na inexistência de impeditivo, preenchidos os demais requisitos legais, há de se conceder a prisão cautelar na modalidade domiciliar (STJ, 2022).

Em síntese, a negativa da prisão domiciliar, que é regra geral de proteção da primeira infância, para mulher gestante ou mãe de criança menor de doze anos incompletos só é válida se for precedida de fundamentação idônea e casuística, independentemente de comprovação de indispensabilidade de seus cuidados ao filho, que é presumida.

1.2 O princípio da homogeneidade no juízo de aplicação da prisão preventiva

O princípio da homogeneidade no processo penal, corolário do princípio da proporcionalidade, tem uma importância significativa quando se está diante da ponderação da adequação de uma prisão preventiva. Por este princípio, deve-se observar se a prisão preventiva se afigura como medida mais severa que a própria pena que pode ser aplicada ao réu ao final do processo.

Se a pena do crime ao qual o acusado estiver sendo processado foi mais branda do que a pena restritiva de liberdade, não é proporcional que se aplique medida cautelar que restrinja a liberdade do acusado, por exemplo. Esse princípio norteador do processo é um balizador para legitimar ou não a determinação da prisão preventiva.

Em trecho retirado do Habeas Corpus nº 281.854 - RJ (2013/0373136-0), do STJ, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze, é possível sintetizar essa premissa:

Segundo o princípio da homogeneidade, corolário do princípio da proporcionalidade, não se afigura legítima a custódia cautelar quando sua imposição se revelar mais severa do que a própria pena imposta ao final do processo em caso de condenação (STJ, 2013).

Em última análise, o que se protege com o princípio da homogeneidade é um direito fundamental intrínseco ao acusado. O direito à liberdade é uma garantia que embasa todo o ordenamento jurídico brasileiro, com destaque para o art. 5º da Constituição Federal. Mas não se resume a ele. Esse direito no âmbito do processo penal é o que diferencia o sistema acusatório, atualmente adotado, do sistema inquisitório de outrora. É essa liberdade que possibilita vislumbrar um acusado presumivelmente inocente

até a sentença irrecorrível, e não um delinquente. E como isso faz diferença para um processo hígido e justo.

Assim sendo, é possível notar a forte ligação desse princípio da homogeneidade com o princípio da proporcionalidade, em seu pressuposto material. O princípio da proporcionalidade retira o seu pressuposto formal do princípio da legalidade, já o seu pressuposto material advém do princípio da justificação teleológica, da análise do fim último do direito em questão.

Esta última vertente mantém relação estreita e, não raro, se confunde com o princípio abordado neste tópico, tendo em vista que é a partir dele que parte a análise da legitimação da escolha de determinada medida cautelar. Se pondera se o objetivo almejado com o uso dessa cautelar é legítimo e possui relevância social (AVENA, 2020)

Trazendo esse pressuposto para a realidade prática dos crimes que envolvem entorpecentes, vale trazer à baila a situação do acusado por tráfico privilegiado, figura benéfica e não equiparada a crime hediondo (art. 112, § 5, da Lei de Execução Penal)¹²⁷. A lei nº 11.343 de 2006 (Lei de Drogas) dispõe, em seu art. 33, § 4º, a modalidade do tráfico privilegiado, também denominado pela doutrina de “traficância menor” ou “traficância eventual”, permitindo a redução da pena de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, tenha bons antecedentes e não integre organização criminosa, mas vedando, ainda assim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Esse dispositivo consigna uma significativa causa de diminuição de pena, tendo o magistrado autonomia para escolher dentre os limites impostos pela norma de acordo com a individualidade do caso, sem se valer dos mesmos argumentos adotados em outras fases da dosimetria da pena. É imperioso destacar, ainda, que foi declarada a inconstitucionalidade da

¹²⁷ Art. 112 [...]

§ 5º Não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. (Lei nº 13.964/2019 – Pacote Anticrime)

expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, pelo STF. Com isso, é plenamente possível, *in casu*, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos crimes sujeitos ao artigo supracitado, contanto que observados os requisitos do art. 44 do Código Penal.

São requisitos cumulativos para o reconhecimento do tráfico privilegiado a primariedade do agente, ter bons antecedentes, ele não se dedicar às atividades criminosas e não integrar organização criminosa¹²⁸. Esse benefício é aplicado aos tipos penais do art. 33, caput e seu § 1º, incisos I, II, III e IV.

Sendo assim, neste tipo penal não há aplicação de pena privativa de liberdade e, por conseguinte, não é possível a aplicação de prisão cautelar, em virtude do princípio da homogeneidade.

Inclusive, impende destacar que inquéritos e ações penais em curso não impedem a caracterização do tráfico privilegiado, conforme decidido no REsp 1977027-PR, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 10/08/2022.

Esse é o entendimento prevalente do STJ e do Supremo Tribunal Federal (STF). Muito embora a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso enquanto único argumento para impedir a caracterização do tráfico privilegiado seja vedada, é possível que esses elementos sirvam à análise do julgador em concomitância com as demais provas. O que se obsta é o juízo de valor desfavorável para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343 de 2006, por considerar somente os inquéritos e ações em curso (STF, 2021).

O raciocínio adotado pelo STJ e STF está alinhado ao entendimento de que o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas trata da aplicação da pena. Ou seja, não se trata de uma prisão cautelar que pode ser fundada em indícios. Ao

¹²⁸ Tese 22, do STJ: A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes.

contrário, neste caso, é necessária a afirmação peremptória sobre os fatos que fundamentam aquela decisão.

Dito isso, é forçoso concluir que a aplicação da causa da diminuição de pena constante no art. 33, § 4º, supramencionado, acompanhado do preenchimento dos demais requisitos legais, trata-se de direito subjetivo do réu. E, a existência de inquéritos policiais e ações penais, que nem sequer transitaram em julgado, não caracteriza a dedicação às atividades criminosas.

1.3 Os critérios da prisão preventiva com as alterações da lei nº 13.964/2019, sob o viés da Lei n.º 11.343, de 2006

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não é possível a execução provisória da pena. Isso significa que não mais se permite que um réu condenado à pena privativa de liberdade, em segundo grau, e recorra daquela decisão ao Superior Tribunal de Justiça, seja, automaticamente, recolhido à prisão. Isso porque ainda não houve o trânsito em julgado.

Destaque-se, todavia, que é concebível o recolhimento à prisão desse réu, mas não de maneira automática, logo após proferida a decisão pela segunda instância. Sendo assim, é possível ser determinada a prisão preventiva desse acusado, enquanto ele aguarda o resultado final do seu processo. Para tanto, se faz imprescindível o preenchimento dos requisitos legais abordados no tópico um deste capítulo, para a decretação da prisão preventiva – o que não é presumido, unicamente, por um acórdão condenatório – devendo ser embasado segundo as especificidades do caso concreto.

O art. 59, da Lei n.º 11.343, de 2006, impede o recurso sem o recolhimento à prisão, nos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37, excepcionando a vedação quando se trata de acusado primário ou de bons antecedentes.

Da leitura estrita da lei, depreende-se – de maneira equivocada – que o recolhimento à prisão, nos crimes que envolvam tráfico de drogas, seria uma condicionante ao direito de o réu apelar da sua sentença. A exceção ficaria para os casos em que se tratar de réu primário e com bons antecedentes. Todavia, de pronto, já é possível vislumbrar a inconstitucionalidade flagrante desse dispositivo.

Isso porque a Constituição Federal garante o livre acesso ao judiciário, à ampla defesa, ao contraditório e à presunção de inocência. O que esse dispositivo da Lei de Drogas pretende é pré-conceber que quem comete crimes envolvendo tráfico de entorpecentes são presumivelmente culpados e deveriam merecer tratamento mais gravoso, comparado aos réus que praticaram outro tipo penal. Dessa maneira, quando se condiciona um direito tão caro como a ampla defesa à abdicção de outro direito de tamanha importância que é a presunção de inocência, há um desequilíbrio no princípio da concordância prática da Constituição.

Pelo princípio da concordância prática, essencial para o operador do direito, que, antes de tudo, é um hermeneuta constitucional, recomenda-se que numa situação de concorrência entre direitos constitucionalmente protegidos, seja adotada a solução que otimize a realização de todos eles, de modo a evitar o sacrifício total de uns em relação aos outros, já que não há hierarquia entre as normas constitucionais:

O STF, em decisões esparsas, abordou o tema, apontando para a inadmissibilidade da denegação do direito de recorrer em liberdade fundada no art. 59 da Lei de Drogas. O Ministro Celso de Mello, no julgamento do HC 103529 SP, publicado em 13 de março de 2014, na redação da ementa do acórdão, esclareceu que a denegação do direito de recorrer em liberdade ofende os postulados constitucionais da presunção de inocência, do *deu process of law*, da dignidade humana e mesmo da proporcionalidade.

O Código de Processo Penal, em seu art. 282, § 6º, com alteração dada pela Lei n.º 13.964, de 2019 (Pacote Anticrime) – de edição posterior

ao art. 59, da Lei n.º 11.343, de 2006 – deixa claro que a prisão preventiva não deve ser a regra, ao deixar expresso que “A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar...”

Por ser medida mais gravosa que as outras cautelares, a prisão preventiva deve ser imposta somente nos casos estritamente necessários e com a devida fundamentação.

Desse modo, com uma análise sistemática do ordenamento jurídico, sem olvidar do espírito da lei em si, não há como deixar de notar que o art. 59 da Lei de Drogas está em total descompasso com o Direito brasileiro prevalente, notadamente, com as inovações do Pacote Anticrime e, mais importante, com a Constituição Federal.

2. A aplicabilidade da liberdade provisória nos crimes de tráfico de entorpecentes

O art. 44, da Lei de Drogas, diz serem insusceptíveis de liberdade provisória os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37, do mesmo Diploma. Note-se que os mesmos tipos penais dos quais o réu é restringido por esta lei de apelar em liberdade, são impeditivos para que o acusado faça jus a outros direitos, tais como a liberdade provisória, anistia, sursis, graça e indulto. A priori, já nota-se uma incongruência desse dispositivo com os preceitos resguardados pela Constituição Federal.

Aliado a isso, é pertinente destacar a tendência do direito brasileiro em adotar medidas menos gravosas que o cerceamento da liberdade do indivíduo. Conforme foi analisado neste capítulo, o ordenamento brasileiro possui nove medidas cautelares diversas da prisão. Houve uma ruptura da estrita bipolaridade, baseada na dicotomia: prisão, de um lado, e liberdade provisória, de outro.

Com a reforma do Processo Penal, em 2011, houve a ruptura formal desse sistema da bipolaridade. O Brasil se às Regras de Tóquio de 1990. Estas estabeleceram regras mínimas para a prisão cautelar, sem deixar dúvidas de que essa medida só pode ser usada quando se tratar de *última ratio*.

Todo esse alinhamento brasileiro ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos do réu, não pode deixar de proteger a liberdade provisória do acusado, inclusive nos crimes de tráfico de drogas.

2.1 A previsão na Lei n.º 11.343, de 2006

O art. 44, da 11.343, de 2006, em sua redação, veda a fixação de liberdade provisória ao agente acusado de crime de tráfico de drogas, porém, o Plenário do STF já decidiu, incidentalmente, pela inconstitucionalidade da expressão “e liberdade provisória”, constante no artigo em questão, nos autos do Habeas Corpus nº 104339/SP, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes, em 10/5/2012. Posteriormente, o mesmo entendimento foi reafirmado pelo Plenário Virtual do STF no Recurso Extraordinário nº 1038925, de 2017, com repercussão geral reconhecida.

Partindo de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, não poderia ter sido diferente a decisão do STF. É patente que o art. 44, da Lei de Drogas, é incompatível com os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal, insculpidos em seu art. 5º, incisos LVII e LIV.

Pela redação desse artigo, é retirada do juiz a possibilidade de analisar o preenchimento dos requisitos para a concessão da liberdade provisória nos crimes dos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37, daquela lei, há uma negativa de pronto. Do mesmo modo, nem sequer é dada a oportunidade de se apreciar a necessidade ou não da prisão cautelar, em espécie. Em verdade, o que havia era uma penalização antecipada àquele que cometeu tais tipos relacionados ao tráfico de entorpecentes, punindo o

agente de maneira genérica e antecipada, uma burla ao devido processo legal. A prisão preventiva seria a regra para tais casos.

Em giro copernicano, a Constituição Federal protege o direito à liberdade como prisma para tantos outros direitos, notadamente, o devido processo legal. Por tal razão, é incompatível a estipulação da prisão como regra, em detrimento do direito à liberdade, que se tornaria uma exceção. Toda privação de liberdade deve ser previamente fundamentada de maneira contundente. É dizer que, mesmo que haja fundamentação, se ela for genérica, sem analisar as especificidades do caso concreto, tal decisão é passível de anulação e a prisão deve ser relaxada.

Relativamente a isso, cabe esclarecer que a Constituição Federal, ao fixar que o tráfico de drogas é crime inafiançável, em seu art. 5º, inciso XLIII¹²⁹, não proibiu a concessão de liberdade provisória nesses crimes, pois se tratam de institutos diametralmente distintos.

Não se pode confundir a liberdade provisória com o instituto da fiança. É possível que um crime seja inafiançável, mas, ao mesmo tempo, seja passível de concessão de liberdade provisória. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVI, deixa clara essa distinção. Sendo assim, é cabível a concessão de liberdade provisória sem fiança nos crimes que envolvem tráfico de entorpecentes, esse é o entendimento aplicado nos tribunais:

Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Construção cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. (HC 104339, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal

¹²⁹ Art. 5º (...)XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem, Constituição Federal.

Com isso, é permitida a liberdade provisória para o crime de tráfico de entorpecentes, contanto que não estejam presentes os fundamentos e pressupostos da prisão preventiva, constantes no art. 312 do Código de Processo Penal (STF, 2012)¹³⁰.

2.2 Possibilidades e critérios para a concessão da liberdade provisória

Tendo consignado que é plenamente possível a liberdade provisória no crime de tráfico de drogas, com a peculiaridade que não cabe fiança, passa-se à análise dos critérios para a sua concessão.

O art. 310, inciso III, do Código de Processo Penal, dispõe que a audiência de custódia deve ser realizada no prazo de 24 horas após o envio do auto de prisão em flagrante, devendo, conforme o caso, ser considerada a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Desse modo, a audiência de custódia é o momento oportuno para que o juiz pondere se é o caso de concessão de liberdade provisória, sem fiança, no tráfico de entorpecentes, ora reportado. Com isso, quando do recebimento do auto de prisão em flagrante, cabe ao juiz observar se existem os requisitos que autorizam a decretação da prisão preventiva. Na ausência de tais requisitos e de qualquer violação legal, deve ser concedida a liberdade provisória. Ademais, se o caso concreto clamar por um resguardo instrumental do processo, é possível ser determinada alguma das medidas cautelares, do art. 319, CPP, aliada à liberdade provisória.

Essa cumulação de liberdade provisória com medidas cautelares diversas da prisão somente foi legalmente prevista após a modificação do Código de Processo Penal trazida pela lei nº 12.403, de 2011. A partir dela, a concessão de liberdade provisória pode se dar cumulada ou não com

¹³⁰ STF. Plenário. HC 104339/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/5/2012.

medidas cautelares diversas da prisão, em homenagem ao sistema da multicautela.

No sistema multicautelar, que veio romper com o sistema bipolar liberdade/prisão de outrora, há uma evolução em perfeita sintonia com a máxima aplicação do princípio da proporcionalidade. É através do poder de cautela do juiz, ampliado pela possibilidade aplicação de outras nove medidas cautelares além da prisão, que se obtém um processo justo e equânime.

Com essa amplitude de possibilidades, o operador do direito tem nas mãos o poder de decidir qual a medida mais adequada e proporcional ao caso concreto. Se fosse outrora, no sistema bipolar, muitas vezes o juiz cauteloso pendia pela opção da prisão, já que a única maneira de se resguardar a instrução processual seria através dela.

Mas, atualmente, com essa amplitude de possibilidades, não há como se conceber que a prisão seja a primeira opção do juiz. Deve-se analisar se o réu preenche os critérios para a liberdade provisória. Por conseguinte, observar se é o caso de determinar alguma das outras possibilidades de cautelar diversas da prisão – que inclusive podem ser cumuladas – e, não sendo suficiente a sua aplicação e cumpridos os critérios legais, então, é adequado se cogitar a determinação da prisão provisória.

3. A contribuição do crime de tráfico de drogas para um estado de coisas inconstitucional

A superlotação carcerária no Brasil é um problema de décadas e que, infelizmente, ainda não conseguimos superar. Dissecar quais as causas pode ajudar a entender melhor como se chegou a esse ponto. E não são poucos os fatores que influenciaram nessa desordem estrutural. Como visto, até a lei nº 12.403, de 2011, o juiz somente poderia optar por ou deixar o réu em liberdade provisória ou determinar a prisão preventiva. Não existia meio-termo.

O impasse ainda piora quando se trata do crime de tráfico de entorpecentes, em que a repressão social, política e legal é muito mais forte. Ora, até os dias atuais ainda existem dispositivos legais que se prestam a desconsiderar a observância de direitos fundamentais para favorecer a maior punitividade dos agentes que são acusados de cometer o crime de tráfico de drogas. Um exemplo claro é o art. 59, da Lei de Drogas, acima tratado.

Todavia, mais importante que entendermos o que aconteceu ao longo dos anos para culminar em tantas celas lotadas, é identificar quais atitudes ainda persistem e que, ainda, colaboram para esse problema. É possível constatar uma resistência em se conceder liberdade provisória. Do mesmo modo, ainda há decisões pela determinação de prisão preventiva enquanto condicionante ao recurso de réu acusado de tráfico de drogas. E, ainda, há uma relutância em conceder medidas cautelares diversas da prisão. Muitas vezes causada por uma percepção errônea da interpretação jurídica. Tantas normas esparsas, conflitantes e desatualizadas com a Constituição Federal findam por gerar entendimentos conflitantes, que colocam em xeque um bem tão caro ao ser humano, que é a sua liberdade.

Não bastasse isso, outros problemas, inexoravelmente, vêm em decorrência dessa política indiscriminada de prisão. A superlotação carcerária é o cerne deles. O grande número de presos com a falta de estrutura que comporte todos eles, ocasiona um ambiente hostil, que favorece a proliferação de doenças e não assegura os direitos do preso previstos nas normas nacionais e internacionais adotadas pelo Brasil.

Trata-se de um problema tão incrustado na realidade brasileira, que para sua solução efetiva seria necessária a participação conjunta de diversos órgãos, entes e pessoas. Por esta razão, diz-se ser um problema estrutural. E, por ser uma violação a direitos e princípios previstos constitucionalmente, notadamente, a dignidade da pessoa humana, denomina-se estado de coisas inconstitucional.

3.1 O estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro

Não é difícil constatar que no Brasil há uma incompatibilidade entre o programa normativo e o âmbito normativo (MULLER, 2008). Dito de outro modo, existe uma incongruência entre o que se prevê na Constituição Federal e o que ocorre na prática, em especial, quando concerne aos direitos daqueles que se submetem ao regime penitenciário brasileiro. Seja pela falta de estrutura – poucas celas para a grande demanda – seja pela resistência do juiz em aplicar medidas diversas da prisão, o que temos é um estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário do país, em decorrência da superlotação carcerária.

Em decorrência desse abarrotamento nas celas, finda por ser impossível o devido respeito aos direitos fundamentais dos custodiados. A previsão de que cada cela deveria ter, no mínimo, seis metros quadrados para cada apenado é quase que uma utopia, na realidade brasileira¹³¹. Em descompasso com a legislação, não raro penitenciárias vivem essa superlotação, como o Presídio Professor Barreto Campelo, situado na Ilha de Itamaracá, vizinha de Recife, onde a capacidade total era para 370 presos, já chegou a comportar 1.032 pessoas¹³².

No que tange à declaração do estado de coisas inconstitucional pelo STF, destacam-se duas ações paradigmas: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347 e o Recurso extraordinário n° 580.252.

A ADPF n.º 347 foi a primeira demanda envolvendo teoria do estado de coisas inconstitucional. Em maio de 2015, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) pleiteou que fosse reconhecido o estado de coisas inconstitucional, face as irregularidades do sistema penitenciário brasileiro.

¹³¹Vide art. 88, alínea b, da Lei de Execução Penal.

¹³²Vide <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/publicacoes/prisional.html#:~:text=O%20pres%C3%ADdio%20em%20contra%20dse%>>. Acesso em: 12 dez. 2023.

O intuito era fazer com que o Judiciário impusesse medidas para que o Executivo, no âmbito da União e dos Estados-membros, sanasse o problema, e com isso, pudesse ser dada eficácia aos direitos fundamentais do presidiário, resguardados pela Constituição Federal.

Em setembro de 2015, foi concedida parcialmente a liminar pelo STF, deferindo os pedidos “b” e “h”, determinando-se a implementação das audiências de custódia pelos juízes e tribunais – em cumprimento aos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos –, de modo que fosse viabilizado o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária num prazo de até vinte e quatro horas, a contar a partir do momento da prisão. O STF também determinou a liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), de modo que ele voltasse a ser utilizado para a sua finalidade, proibindo-se a realização de novos contingenciamentos.

Tal decisão liminar foi confirmada, com unanimidade, pelo pleno do STF, em 2023. Nesta oportunidade, foi reconhecido, de fato, o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro. No *decisum*, ficou consignada a importância da substituição da prisão por medidas e penas alternativas à prisão, quando amparadas pela legislação.

Além da ADPF n.º 347, foi suscitada a teoria estado de coisas inconstitucional no STF, em sede do Recurso Extraordinário n.º 580.252. Nessa situação, o STF reconheceu que no sistema carcerário do país havia uma situação que correspondia a um estado de coisas inconstitucional. Isso porque foi constatada a ampla violação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados e internacionalmente protegidos pelos tratados de direitos humanos adotados pelo país. Relativamente a isso, destaque-se o Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, o Pacto de São José da Costa Rica e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (NOGA, 2020).

Por fim, restou fixado pela Corte, em sede de repercussão geral, que cada preso que estivesse em custódia e fosse submetido a tratamento desumano ou degradante, mereceria ser indenizado no montante de dois mil reais, a título de recomposição de danos morais. Nesse sentido, é possível considerar que a inserção em cela superlotada, de *per si*, já configura aquela o estado de coisas inconstitucional apto a gerar o direito àquela indenização.

É imperioso notar que a declaração do estado de coisas inconstitucional para ter eficácia real deve ser acompanhada de determinações elegidas após um diálogo entre instituições envolvidas, na busca pela efetividade. Com isso, o diálogo institucional, no debate da teoria do estado de coisas inconstitucional, assume um potencial transformador. Através desse diálogo, cada instituição interessada diretamente na demanda manifesta sua perspectiva, e a partir desta, emite uma proposta, que é capaz, até, de provocar um papel modificador latente do pensamento da outra parte (NOGA, 2020).

Essas decisões acima citadas podem ser vistas como fatores que colaboraram para a redução do número de encarcerados, já que, através delas, houve um maior incentivo à aplicação de alternativas à prisão. Também foi estimulada uma ampla participação entre os impactados, por meio de um diálogo institucional, fundamental para a solução do problema.

3.2 A interferência do tráfico de entorpecentes na superlotação carcerária

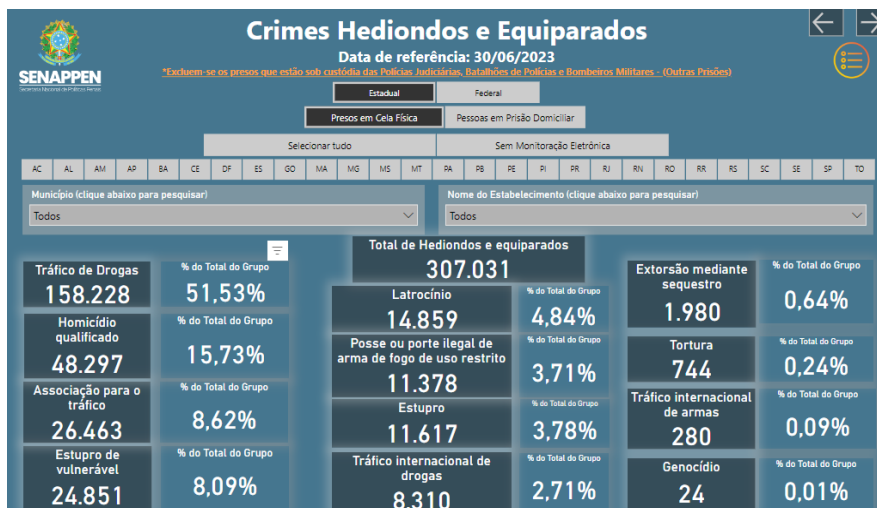
Consoante explanado no capítulo “Política criminal referente às substâncias entorpecentes de acordo com a doutrina da redução de danos: persecução criminal com foco nas organizações criminosas e na eliminação do lucro com o tráfico” deste livro, e da leitura até agora, é cristalino que o modelo de política criminal adotado é, predominantemente, punitivista.

Como visto naquele capítulo, após a vigência da Lei de Drogas foi constatado um aumento, considerável, no número de presidiários. Essa taxa se manteve em crescimento significativo até o ano de 2017. A partir de

2019, após a aprovação do Pacote Anticrime, notou-se uma tendência de redução no número de encarcerados.

É curioso observar que nada obstante o caráter punitivista da Lei n.º 11.343, de 2006, não se constatou redução dos números de crimes de tráfico de drogas ao longo desses dezessete anos. Atualmente, são mais de cento e oitenta mil encarcerados por tráfico de drogas, no Brasil. (SCHREIBER, 2023).

Segundo dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais (SENAPPEN), órgão do Ministério da Justiça e Segurança Pública, dentre todos os crimes hediondos e equiparados, tendo por referência a data de 30 de junho de 2023, mais da metade dessa população carcerária estadual está presa, em razão de ter cometido o crime de tráfico de drogas:



Ademais, quase 28% da população carcerária total no país está presa por crimes previstos na Lei de Drogas (SCHREIBER, 2023).

Muito se discute, na atualidade, acerca dos impactos da descriminalização do porte de maconha. Um dos argumentos favoráveis a essa descriminalização é justamente a expectativa de redução no número de presos nas penitenciárias do país. Sem adentrar no mérito da questão – que mereceria um capítulo próprio, de tão complexa – não há como se

estabelecer qualquer alteração penal sem antes considerar o cenário de estado de coisas inconstitucional que assola as penitenciárias brasileiras.

Por ora, mais eficiente seria que o operador do direito se valesse de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico e, ponderasse de modo a priorizar os valores de liberdade e adequação ao caso concreto. Isso não significa a exclusão de qualquer medida de salvaguarda do processo. Mas sim o zelo necessário para justificar qualquer medida que de restrição do direito à liberdade. E, quando se fizer essencial a tomada de providências cautelares em relação ao processo, que seja dada preferência a alguma das nove medidas diversas da prisão.

Considerações finais do capítulo

Os dados revelam que há um tratamento mais rigoroso em relação aos crimes envolvendo o tráfico de drogas, se comparado com a sua aplicação para outros tipos penais.

Em razão desse viés mais punitivista da Lei de Drogas, em que a prisão não é vista como exceção, é mais comum a decretação de prisão preventiva do acusado nos casos envolvendo tráfico de entorpecentes. Muito embora o ordenamento jurídico brasileiro privilegiar o direito à liberdade, essa lei dispõe de forma diametralmente oposta. A Constituição é cristalina quanto à proteção desse direito e acerca da necessidade de fundamentação de qualquer medida que venha, porventura, a cercear essa liberdade.

O maior rigor legal com vistas a atender ao clamor social, acarretou o aumento da população carcerária, em especial, dentro do espectro do crime de tráfico de drogas. Isso significa que a maioria dos acusados por crime de tráfico é presa, ao invés da aplicação de medidas diversas.

O contexto gerado pela Lei n.º 11.343, de 2006, acaba por contribuir para a superlotação carcerária e, por conseguinte, para o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Esse problema demanda

uma reforma estrutural com o envolvimento de vários órgãos e agentes. O que o operador do direito é capaz de fazer, desde logo, é fazer uma interpretação sistemática dos diplomas e buscar aplicar medidas cautelares diversas da prisão, se encontrar respaldo legal, como maneira de desafogar as penitenciárias.

Levando isso em consideração, fica evidente a necessidade de alteração da Lei de Drogas, notadamente dos artigos que tratam da prisão preventiva e da liberdade provisória, de modo a coaduná-la com os preceitos constitucionais vigentes.

Referências

- ARENHART, Sérgio Cruz. **Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro**. Revista de processo. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 38, n. 225, p. 389-410, nov. 2013.
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Método, 2020.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Relatório das Inspeções realizadas no Estado do Rio Grande do Norte**. Mecanismo Nacional de Prevenção de Combate à Tortura, Brasília, 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ata do julgamento da ADPF 347/DF. Brasília, 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252. Brasília. Disponível em: . Acesso em: 20 abr. 2018, p. 156.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal nº 347. Diário Oficial da União. Brasília, . Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15342858943&ext=.pdf>. Acesso em: 05 out. 2020.
- BRASILEIRO, Renato. **Código de Processo Penal Comentado**. Salvador: Juspodivm, 2019.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Bahia: Editora Juspodivm, 2016.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. A apreensão de grande quantidade e variedade de drogas não impede a concessão da prisão domiciliar à mãe de filho menor de 12 anos se não demonstrada situação excepcional de prática de delito com violência ou grave ameaça ou contra seus filhos (art. 318-A do CPP). Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em:

- <<https://buscador.dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/a6048d1b9c95215f08f9e7fa350e12d5>>. Acesso em: 03/12/2023
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **É possível liberdade provisória para acusados por tráfico de drogas.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://buscador.dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/23c97e9cb93576e45d2feaf00d0e8502>>. Acesso em: 03/12/2023
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Inquéritos e ações penais em curso não servem para impedir o reconhecimento do tráfico privilegiado.** Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://buscador.dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/9e9e1b7ea4e250af8fe1f1865650d42b>>. Acesso em: 03/12/2023
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Não é possível que o juiz de ofício, decrete a prisão preventiva; vale ressaltar, no entanto, que, se logo depois de decretar, a autoridade policial ou o MP requererem a prisão, o vício de ilegalidade que maculava a custódia é suprido. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://buscador.dizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/b0285cbf334be23be58e7ff353af1af2>>. Acesso em: 03/12/2023.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERNANDES, Antônio Scarante. **Processo Penal Constitucional.** 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 297.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões.** Tradução: Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977.
- HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo.** Trad. Marcos Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002.
- HAMILTON, Olavo. **Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas.** 4. ed. Natal: OWL, 2019.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 974.
- MARIANA SCHREIBER. Bbc News Brasil (ed.). **Soltura automática? O que pode acontecer com presos se STF liberar porte de drogas.** 2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/articles/cnlyzz99xjxo#:~:text=H%C3%A1%20mais%20de%20180%20mil,quais%20seriam%20os%20par%C3%A2metros%20adotados..> Acesso em: 06 dez. 2023.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito.** Trad. Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

- NÔGA, Sophia Fátima Morquecho. **O estado de coisas inconstitucional no Brasil: um novo método interpretativo do Supremo Tribunal Federal** / Sophia Fátima Morquecho Nôga. - 2020.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 683.
- SEMER, Marcelo. **Sentenciado tráfico: pânico moral e negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. São Paulo: Universidade de São Paulo (Tese de Doutorado), 2019.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal**. 3 ed. Natal: OWL, 2021.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Execução penal no sistema penitenciário federal**. 2ª tiragem. Natal: OWL, 2020.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Os princípios da presunção de inocência e do devido processo legal no direito processual criminal**. Natal: OWL, 2023.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Política de contratação de presos pelo Estado. In **Crime, violência e segurança pública: apontamentos para uma política de estado**, por Walter Nunes da SILVA JÚNIOR e Olavo HAMILTON (Orgs.). Natal: OWL, 2020.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; NUNES, Cíntia Bezerra de Melo Pereira. Perspectivas para um política norte-rio-grandense de execução penal baseada nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). **Política criminal: monitoramento de espaços públicos, (in)eficiência dos inquéritos policiais, duração razoável dos processos e tratamento dos presos**, por Walter Nunes da SILVA JÚNIOR e Olavo HAMILTON (Orgs.). Natal: OWL, 2022.
- STF. 1ª Turma. RHC 205080 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 04/10/2021. STF. 2ª Turma. HC 206143 AgR, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/12/2021.
- STJ. 5ª Turma. **AgRg no HC 731648-SC**, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Rel. Acd. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 07/06/2022 (Info 742).
- STJ. 6ª Turma. **AgRg no HC 712258-SP**, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF 1ª Região), julgado em 29/03/2022 (Info 733).
- STJ. HABEAS CORPUS: **HC 281.854 - RJ (2013/0373136-0)**, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/12/2013.

Capítulo 12

Provas digitais e a condenação por tráfico: uma análise sobre a fiabilidade da prova virtual na guerra às drogas

Diego Alves Bezerra¹³³

Rodrigo Cavalcanti¹³⁴

Introdução

A globalização insere no berço da sociedade um funtor de mudança. A constante evolução e busca por saber tem proporcionado ao ser humano uma incrível experiência fundamentada na tecnologia.

A vida antes material, concreta e física, abre espaço para fluidez dos dados, algoritmos e virtualização. O *homo faber*, inserido nas *oikias* e depois transferido para as *pólis*, não mais existe. O trabalho árduo, cujo instrumento do labor se confundia com os próprios membros usuários, abre alas para uma nova forma de trabalho e ganhos financeiros.

A tecnologia como a conhecemos alterou a forma de pensar e viabilizou uma ruptura estrutural na sociedade. Na alternância da vida, e com o passar dos anos, a sociedade se viu munida de novos instrumentos aptos a possibilitar uma maior comunicação e interligação entre os indivíduos, reduzindo espaços e promovendo celeridade nos diálogos.

Hodiernamente, já não se fala de lápis e papel, mas *tablets* e computadores. Abandonou-se o mero uso do aparelho telefônico que servia

¹³³ Advogado. Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Pesquisador no grupo ‘Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte’ (CNPq/UFRN) e Ética, Direito e Subjetividade a partir de John Rawls e Jürgen Habermas (CNPq/UFRN). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6145-1292>.

¹³⁴ Advogado. Doutorando em direito pela UNIMAR. Mestre em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor universitário. Pesquisador no grupo ‘Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte’ (CNPq/UFRN). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4078-8122>.

para ligações, pelo uso dos *smartphones* que imprimem geolocalização e são capazes de selecionar qualquer informação constante na rede mundial de computadores – a internet.

Essas novas ferramentas – o *smartphone*, computadores etc. – possibilitam o acesso direto às contas bancárias dos usuários e servem, por meio de aplicativos de comunicação instantânea, tais como o *WhatsApp* e *Instagram*, como verdadeiros meios de negociação e realização de transações comerciais.

Dessa forma, se os meios digitais e o avanço da tecnologia possibilitaram o progresso humano e a evolução do mercado, em seu campo social e econômico, em mesma proporção também possibilitaram e facilitaram o aumento e a evolução dos meios da prática de crimes e suas respectivas investigações por parte das autoridades públicas.

Nessa perspectiva, papel importante é dado ao Estado que visa promover a segurança pública, reprimindo a prática de ilícitos no meio social com o uso do direito penal. Em que pese tal pretensão estatal, é fato que o crime evolui *pari passu* da tecnologia e em velocidade muito superior ao que ao Estado é dada a capacidade de acompanhar. Portanto, os meios e instrumentos para prática de crimes também sofreram evolução, exigindo que o Estado evoluísse na tentativa de rechaçar e combater a criminalidade que afeta bens jurídicos legalmente selecionados.

Dentre os bens jurídicos concentrados que atraem a batuta do direito penal – enquanto ponto máximo do poder estatal – está a proteção da saúde pública. Nesse viés, crimes como o tráfico de drogas são reputados como de altíssima periculosidade, seja pela imprescindível reparação social ante ao desastre provocado pelo uso da droga, seja ainda pela promoção e influência que o tráfico promove para o cometimento de outros delitos, como homicídio, lavagem de dinheiro, roubo, extorsão e vários outros, sendo aquele considerado apenas a porta de entrada para inúmeras violações aos direitos dos demais indivíduos da sociedade.

Com isso, considerando que o tráfico de drogas é um dos delitos que possibilitam uma abertura fulcral para a prática de outros ilícitos capazes de abalar as estruturas sociais, relevante atenção tem dado as autoridades públicas, sobretudo os órgãos de segurança pública e o judiciário, em seu combate, instituindo-se uma verdadeira guerra às drogas, visando manter a ordem no caos.

Nessa urdidura, com o avanço das tecnologias e o aumento do grau de complexidade instituído pelos traficantes de drogas quanto à comercialização de seus entorpecentes, viu o Estado jungido no dever de estabelecer atualizações tecnológicas a fim de perseguir os criminosos – que atualmente utilizam dos meios digitais para suas investidas.

Contudo, ao Estado não é dado o poder de violar sua própria legislação na perseguição de um suposto bem coletivo. É que, o Estado se representa por meio da lei, sendo essa lei a baliza de seu próprio comportamento e o autorizativo de seus atos – não podendo os agentes do Estado se valerem da anomia para fundamentar ou justificar seu agir.

Com isso, conforme o princípio da legalidade, ao Estado e seus agentes só há a possibilidade de obedecer à lei, agindo em compasso com o que estabelece a legislação. Nesse sentido, malgrado posicionamento em contrário, parte-se no presente capítulo da compreensão de que, na investigação de crimes de tráfico de drogas cometidos com uso ou auxílio de plataformas, ou meios digitais, as provas digitais ou virtuais delas derivadas necessitam estar revestidas de um mínimo de veracidade, ou fiabilidade, apta a fundamentar a sua inalterabilidade e comprovação de autoria e materialidade.

Quer dizer, para que a prova retirada dos meios digitais sejam tidas como válidas e aptas a subsidiar uma condenação, devem obedecer aos critérios mínimos de fiabilidade, por meio de mecanismos de verificação de sua inalterabilidade, o que, dada a fluidez dos dados digitais, em não havendo comprovação de sua fiabilidade, devem ser reputadas como

inválidas, posto que ausente uma característica básica da teoria da prova, a verdade que deve acampar no processo.

1. Aspectos sobre a verdade e o processo penal

O direito penal é instrumentalizado por meio do processo. É no processo penal que se localizam mecanismos que autorizam a incidência da tutela penal (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO. 2002, pág. 80). Isso se deve ao fato de que no Brasil vigora o princípio constitucional do devido processo legal.

Segundo o artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988, ninguém será privado de seus bens ou liberdade sem o devido processo e sem as observâncias das garantias individuais e coletivas fundamentais. Nessa urdidura, corrobora-se na compreensão de que os bens jurídicos tutelados pelo direito penal são reputados como imprescindíveis à manutenção do bom convívio social e à sua pacificação.

No direito penal material, antigo diploma substantivo, os tipos penais prescrevem condutas de forma descritiva e a elas impõe sanções previstas em seus respectivos preceitos secundários. Caso haja a subsunção do fato à norma penal, nasce para o Estado o interesse na reprimenda. Para tanto, vale-se o Estado do devido processo legal, com obediência às suas balizas previamente estabelecidas, visando construir uma abertura semântica entre os fatos pretéritos e a recriação de seus acontecimentos em data posterior ao do evento criminoso.

Portanto, no processo penal, constata-se que o que se pretende é reconstruir os delitos ocorridos. Dito de outra forma: quando o indivíduo pratica um crime, o Estado se interessa na repressão do crime, e para isso, deve o Estado se valer de regras para a sua reconstituição e subsequente aplicação da lei penal material.

Nesse sentido, quem se responsabiliza pela aplicação da norma penal e seu devido dimensionamento para o caso concreto é o processo

penal. O processo penal serve, por assim dizer, como garantia última ao cidadão investigado ou acusado de ter praticado uma infração penal (SOARES, 1999, pág. 106). Nesse conspecto, a tarefa do processo penal é limitar o poder do Estado, gerado da pretensão nascida da violação da norma penal material, quanto à aplicação do tipo penal.

Sendo assim, o processo penal estatui direitos e garantias às pessoas que sofrem os influxos do direito penal material e, por conseguinte, o poder do Estado em seu desfavor. Pode-se dizer que o Estado busca, por meio do processo penal, reestabelecer a verdade do fato violador da norma jurídica, com a reconstituição do evento penal.

Sobre essa perspectiva é que na teoria da prova se ensina que as provas no processo penal visam traçar o caminho percorrido pelo crime, buscando o reestabelecimento da verdade real.

Assim, nessa conjuntura, questiona-se, o que é verdade para o processo penal? Sobre isso, importante esclarecer que o problema da verdade se perfaz desde as priscas eras. O caráter relativo dado à verdade impõe para o seu observador um ônus de comparação, de análise e de projeção para o passado do que se considera como verdadeiro. A verdade estaria inserta no campo da cognição e assimilação daquele que a alega, podendo ser ou não verificável por métodos objetivos.

Percebe-se, assim, que a verdade é um elemento relativo ao consciente humano, não se prendendo a impor objetivamente a todos os indivíduos a realidade e aferição de seus termos. Platão e Aristóteles consideravam a verdade como sendo a “exata correspondência” de um enunciado com a realidade da coisa por ele proferida, por esta razão a verdade seria a ligação perfeita entre o que se declara e aquilo que é perceptível individualmente (DRUCKER, C.; GOLLNICK, S, 2013, p.6-7).

Compreendendo modernamente o conceito de verdade, Habermas a entende como sendo o resultado do diálogo. A verdade para Habermas é dialógica, quer dizer, inserta num consenso integrado pelos sujeitos que se

comunicam. Assim, propõe o autor uma teoria consensual da verdade, sendo esta o fundamento para o desenvolvimento posterior da ideia de ação comunicativa jungida na verdade firmada pelo discurso. O autor rejeita a ideia pretérita da verdade como mera correspondência, para ele “*verdad es una pretensión de validez que vinculamosa los actos de habla constatativos*” (HABERMAS, 2011. p 114).

Nisso, adotando-se ainda uma visão relativista do conhecimento, referente à impossibilidade de se determinar uma verdade absoluta, ainda que temporária, e fora da tomada de decisão de forma colaborativa, pode se verificar a verdade como fruto individual de perspectivas criadas quando do discurso.

A verdade, nesse talante, se comporta como garantia do indivíduo que, na produção das provas, almejando simular o que de fato ocorreu, busca a comprovação do acontecimento pretérito alvo da imputação criminal. Portanto, a busca pela verdade, nesse caso, não se mostra como mera correspondência entre a captação racional e o objeto sob apuração, mas sim uma busca discursiva, necessitando que as proposições ofertadas no processo possam ser reputadas como verdadeiras – existindo a necessidade de verificabilidade, ou, noutros termos, fiabilidade da verdade reproduzida pela prova.

Nessa esteira, a verdade no processo penal é garantia, pois não se restringe à mera correspondência dos fatos, mas sim à projeção das provas que, discursivamente, geram diferentes pretensões no processo, sendo, de forma dialógica, uma busca pela retratação, com fim ao convencimento do julgador da realidade dos fatos, a fim de fundamentar a justiça na condenação ou absolvição – sempre primando pelas proposições revestidas de fiabilidade ou verificabilidade.

Com isso, para se perseguir a verdade no processo penal, ainda mais no campo das provas penais, deve-se estabelecer critérios fixos e capazes de evidenciar essa inalterabilidade propulsora da fiabilidade ao juízo, sendo um

desses critérios a obediência à cadeia de custódia da prova, que visa manter a comprovação da integralidade e mesmidade da prova penal contribuindo para a confiabilidade a ser assumida ao magistrado que valorará a prova que lhe é posta.

Nesse ponto, importante a compreensão sobre a cadeia de custódia da prova e a regulamentação oriunda da Lei n. 13.964 de 2019.

2. Cadeia de custódia da prova digital

A cadeia de custódia da prova se revela como sendo a documentação cronológica, o registro de todas as fases de um elemento que possa servir de prova no processo penal (ARAÚJO, 2023). Tal registro se mostra necessário diante da investigação realizada preteritamente ao processo.

Portanto, o raciocínio probatório realizado pelo magistrado se dá com base nos elementos informativos ou probatórios que, para garantia da mesmidade e confiança da prova, detalha o caminho de seu encadeamento (PRADO, 2014). Ou seja, demonstra seu histórico – desde o nascimento até o seu descarte.

Com isso, constata-se que a cadeia de custódia da prova, além de ser a documentação cronológica das fases de um elemento de prova no processo, é ainda o único material que sofrerá a ponderação do magistrado na hora de sentenciar o processo.

O juízo, assim, ao decidir num processo penal, deve resguardar a mesmidade e integridade desses elementos probatórios. A necessidade de reguardo se firma devido o fato de que, uma vez rompida a integridade do elemento probatório, há um rompimento do raciocínio realizado pelo juízo quando ele vai das provas aos fatos juridicamente relevantes – havendo quebra do discurso da verdade perseguida e, por conseguinte, possibilidade de implantação da injustiça.

Para o fim de melhor compreender a cadeia de custódia prova, mais especificamente a cadeia de custódia da prova digital no processo penal, necessário introduzir o leitor na construção da prova geral no processo penal, para a partir daí se alcançar o objeto do presente trabalho que é a avaliação por parte do julgador das provas digitais nas condenações por tráfico de drogas e a análise de sua fiabilidade.

2.1. A construção da prova no processo penal

A prova é o principal elemento de tentativa de demonstração dos fatos ocorridos. É ela o narrador responsável por contar a história dos fatos no processo penal, descrevendo modo, tempo e circunstância do evento jurídico sob apreciação. Nessa perspectiva, foi dito que o processo penal é o conjunto de procedimentos que visa reconstruir a verdade dos fatos já não mais existentes.

Viu-se também que, dentro de uma análise filosófica, não há que se falar numa verdade absoluta, de exata correspondência do objeto e a captação racional, mas sim de uma verdade construída pelos atores (sujeitos) do processo que, de forma colaborativa e dialógica, com base no discurso e boa-fé, utilizando como instrumento a linguagem, chegam à constatação da verdade no processo.

Nesse diapasão, como bem pondera Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2020, p. 789), a demonstração da verdade dos fatos é feita por intermédio da utilização probatória, e a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio.

A prova, assim, possui duplo aspecto: (i) é ela a tentativa de reprodução dos fatos ao juiz; (ii) é ela o instrumento apto e necessário ao convencimento do magistrado, não havendo que se falar em condenação ou decisão que impõe ônus às partes sem que tenha havido elaboração ou

criação de provas capazes de supedanear a decisão tomada de forma fundamentada.

Autores como Claus Roxin enxergam a prova no processo penal como sendo um apetrecho capaz de gerar um ato ao juiz, qual seja, o ato de provar. Esse ato de provar nada mais é que um ato de evidenciar a verdade. ROXIN (2003, p. 185) aduz que “probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho”. Em mesma sintonia é a lição de Janaína Matida, autora conhecida por sua abordagem epistemológica da prova no processo penal. A citada autora leciona que “tratar da verdade no ambiente do processo é o mesmo que se falar em provas” (2009, p. 112). Percebe-se, assim, que ambos os autores partem de compreensão semelhante, a verdade evidenciada pela prova que convence ao juiz.

Alcança-se, portanto, o entendimento de que a prova é todo aquele rastro que possibilita a retratação dos fatos ocorridos para a aquilatação e valoração discursivamente pelos sujeitos do processo, que têm como destinatário final a figura do magistrado, responsável pelo convencimento e motivação de sua decisão com base nas provas construídas no correr do procedimento e que discursivamente a fundamentará com esteio nas mesmas provas.

A prova, em obediência ao procedimento previamente estipulado, além de manter a racionalidade interna e externa que lhe é exigida, ainda possibilita sua classificação como filtro normativo-constitucional, conforme compreensão de SCHREIBER (2010, p. 12), o qual prescreve que “o procedimento penal é, desde um ponto de vista, um método, regulado juridicamente, para averiguar a verdade acerca de uma imputação”.

Assim, prova é tudo aquilo que, no procedimento, representa o esforço para incorporar rastros ou sinais que conduzem ao conhecimento correto ou provável de seu objeto (MAIER, 1989, p. 579).

A prova possui ainda uma concepção estática e dinâmica. A concepção estática trabalha a prova como sendo um resultado natural do

evento ocorrido que é levado ao juízo sem qualquer tipo de alteração de seu valor cognitivo. Por outro lado, a concepção dinâmica da prova imprime aos participantes do processo a necessidade de trabalhar a prova de forma dialógica, isto é, concedendo iguais oportunidades para as partes se manifestarem sobre ela, a fim de influenciar na tomada de decisão do juízo.

Para tanto, a legislação, numa concepção dinâmica da prova, prevê algumas regras de produção e aproveitamento da prova no processo penal. Tal sistemática se firma no interesse de rechaçar o surgimento e contaminação do acervo probatório pela provas tidas como ilícitas. É que, como visto, o ato de provar se firma num movimento dialógico, visando o alcance da verdade discursiva no processo. Caso uma prova contaminada influencie a tomada de decisão do juízo, há possibilidade de se implantar a injustiça pela ausência de obediência a critérios devida e preteritamente firmados quando da instauração do procedimento racionalizado.

Nesse talante, a prova reputada por ilícita é aquela que viola a legislação constitucional ou material (TÁVORA; ALENCAR. 2020, p. 788), inobservando o método de sua criação e aproveitamento no processo. Reputar por válida uma prova manifestamente tida como ilícita, é fazer imperar a desordem e desobediência dos estamentos legais que regulam a forma de controle epistemológico da criação e uso da prova no processo penal – ressalvado os casos expressamente permitidos.

Com isso em vista, a prova no processo penal, visando obter a verdade, deve passar pelo crivo da (i) admissibilidade; (ii) relevância; (iii) fiabilidade (confiança); e (iv) confronto (TÁVORA; ALENCAR, 2020, p. 792).

O primeiro elemento, a admissibilidade, é visto como sendo a prova não proibida pela lei. Ou seja, a prova para ser reputada como admissível não pode ser contrária à legislação, nem em sua essência, nem no procedimento utilizado para sua obtenção – não pode ser vedada pelo direito. Caso interessante e que se coloca como apanágio da ideia lançada

no presente texto diz respeito à prova que, adquirida pela defesa, viola direito constitucional ou legal e que vem sendo reputado como válida pela jurisprudência para provar a inocência do réu (TOURINHO FILHO, 2009, p. 531).

Assim, como se trata do réu o indivíduo que sofrerá as possíveis penas impostas pelo Estado, em caso utilize de metodologia contrária à lei para adquirir provas que possam corroborar com sua versão, a fim de desvencilhar na consequência penal, aduz a jurisprudência ser cabível a mitigação da admissibilidade para o fim de ser aceita a prova obtida ilicitamente em homenagem ao princípio da proporcionalidade¹³⁵.

Outro elemento considerado para a valoração da prova diz respeito a sua relevância. O elemento de informação ou prova processual, para ser recepcionado no processo como tal, deve preencher o requisito da relevância, devendo apresentar detalhes ou informações consideráveis ao desbaratamento da compreensão do fato – deve dizer respeito à acusação.

Não adianta ao processo haver o recolhimento de uma prova processual que revele um fato, se esse fato ou essa prova não são relevantes para o desvendar da possível verdade perseguida. Assim, a prova deve ter

¹³⁵ Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacificado quanto à ponderação que deve ser feito, com base na proporcionalidade, dos direitos e interesses considerados, em caso de utilização de prova ilícita para comprovação de inocência. Em síntese, entende-se que a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada a restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a se exigir que se estabeleça um peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade, a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Direitos Fundamentais e o Controle da Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional, 2ª edição, Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72 -, há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito de dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, estabelece-se uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto. (STF, HC 96.056/PE, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 08/05/2012).

relevância para o processo, devendo ser desentranhada qualquer prova reputada como inútil (NORONHA, 1983).

Nesse ponto, para fins metodológicos, necessário falar sobre o confronto. A prova no processo penal para ser reputada como prova válida deve passar pelo crivo do confronto. O confronto no processo penal está diretamente relacionado à sua dialética, que uma vez sendo a prova um instrumento de convencimento ao juiz, que se produz discursivamente no processo, visando alcançar um provimento jurisdicional, deve essa ser fruto de um diálogo no processo, ainda que em sua origem tenha sido obtida unicamente por uma das partes processuais.

Pontue-se que o confronto não deve ser meramente oportunizado formalmente, deve haver aquilo que se convencionou chamar de contraditório substancial. Quer-se dizer, o confronto da prova produzida unilateralmente deve passar pela regra dialógica para o fim de, por meio do discurso, com base no confronto direto pela parte a quem a prova faz oposição, ser reputada como válida e apta à influência do magistrado sentenciante.

Para concretizar o exercício desse poder participativo, o princípio do contraditório abrange duas vertentes. A dimensão formal engloba o direito de ser escutado, de se expressar no decorrer do processo e de apresentar seus argumentos defensivos. Enquanto isso, a dimensão substancial se refere ao poder de influência, estipulando que a parte não apenas deve ser ouvida durante o processo, mas sua argumentação deve ter o potencial de impactar a decisão do juiz (OLIVEIRA, 2016).

Diante disso, verifica-se que o contraditório substancial não amolda ao mero formalismo, mas imprime às partes o poder de contraditar a prova produzida, bem como que essa contradita, ou rechaçamento, terá valor de influência sobre o magistrado, num diálogo discursivamente fundamentado. Por fim, a respeito da fiabilidade da prova como elemento para sua

concretização, esta será abordada devidamente em tópico posterior a fim de facilitar a compreensão do tema abordado.

2.2 Introdução às provas digitais

O coreano Byung-Chul Han (2022, p.131), numa abordagem psicopolítica da sociedade, menciona que o “humano remete a *humus*, ou seja, à terra. A digitalização é um passo consistente no caminho para a abolição do *humanus*”. Com essa crítica, o autor insere o leitor numa visão de mundo dominada pelo digital, onde as práticas sociais físicas deixam lentamente de acontecer, cedendo espaço para as atividades digitais, virtuais.

É inegável que o digital açambarca a maior parte das atividades humanas. Práticas antes tidas como burocráticas cada dia mais estão sendo substituídas por práticas e atos no mundo digital. Se o simples enfrentar fila em um banco cedeu espaço para um mero acessar do aplicativo por meio do *smartphone*, certamente que a criminalidade, antes envolta num aspecto físico de violência contra o *corpus*, agora passa a exercer violência contra os dados, contra as informações armazenadas pelo indivíduo na rede mundial de computadores.

Foi visto que a prova no processo penal é a ferramenta utilizada para evidenciar ao magistrado a “verdade” sobre um acontecimento juridicamente relevante. Viu-se também que para que essa “verdade” seja aceita pelo magistrado deve haver um critério de fiabilidade apto a desaguar numa maior confiança do juízo ao decidir sobre determinada prova.

O termo “Prova digital” se refere a dados produzidos e processados em critérios de verdadeira lógica, mas não a lógica comum matemática, e sim a lógica binária, compreendida como dados digitais, e têm potencial para serem utilizados como fonte de prova no Processo Penal (KIST, 2019, p. 73).

Conforme pontua Rodrigues (2011, p. 39) a prova digital é qualquer tipo de informação, com valor probatório, armazenada em repositório eletrônico-digitais de armazenamento ou transmitida em sistemas e redes informáticas ou redes de comunicações eletrônicas, privadas ou publicamente acessíveis, sob a forma binária ou digital.

Portanto, para conceituar alguma prova como sendo digital, basta estar aportada em repositório eletrônico ou transmitido em sistemas de informática, possibilitando – ou não – a comunicação privada ou pública, sob a forma binária ou digital.

Não interessa para fins de conceituação de prova digital que se refira a crimes praticados unicamente no âmbito digital, mas sim que as informações que serão utilizadas para demonstrar aquele fato estejam aportadas em sistemas ou repositórios digitais/binários.

As provas digitais possuem características outras que as diferenciam daquelas existentes nas provas físicas. Vaz (2012, p. 68), por exemplo, faz pontuações no sentido de que as questões probatórias referentes às provas digitais necessitam cumprir com rigor os detalhes acerca da (a) imaterialidade e desprendimento do suporte físico originário; (b) volatilidade; (c) suscetibilidade de clonagem; e (d) necessidade de intermediação de equipamento para ser acessada.

Tais pontuações servem como métodos de manutenção da integridade e mesmidade da prova, objetivando extirpar possíveis vícios que possam ser alegados com o intuito de anular a prova juntada ao processo.

Dessa forma, a relevância da prova digital é assaz evidente, haja vista que a prática de diversos crimes podem ser elucidados pelo armazenamento de informações em dados digitais. Esses dados, caso levados ao processo e passando pelo crivo da (i) admissibilidade; (ii) relevância; (iii) fiabilidade (confiança); e (iv) confronto, serão considerados provas no processo penal, aptos a desaguar numa condenação em desfavor do réu.

2.3. Cadeia de custódia da prova digital e seu *Hash*

Acerca da cadeia de custódia, o Código de Processo Penal assim disciplina o art. 158-A, do Código de Processo Penal, lecionando que é o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Por sua vez, os artigos seguintes mencionam a forma como os vestígios devem ser coletados, armazenados e tratados. A título de exemplo, o art. 158-C aduz que a coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.

Nota-se que a nova lei é bastante clara ao disciplinar que a coleta de vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, e que os vestígios coletados, tanto no inquérito policial quanto no processo penal, deverão ser encaminhados à central de custódia, com gestão vinculada ao órgão de perícia oficial.

De outro lado, estabelece que “todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, para garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio”.

Veja-se que, prefacialmente, os artigos supramencionados, embora possam não se aplicar às provas digitais, numa análise mais detida constata sua real aplicação a esses tipos de dados incursos no mundo digital. Por exemplo, quando da devasse de um celular, deve o agente operador fazer a geração do código *Hash*, para fins de registro da cronologia histórica daqueles dados armazenados.

De fato, nas provas digitais, como são as conversas supostamente captadas mediante a quebra do sigilo de dados telemáticos, o percurso por

elas tomado é informação fundamental e de extrema relevância para mostrar a inalterabilidade do estado da coisa (PRADO, 2014).

Nesse diapasão, é inimaginável, na atual sistemática processual, que policiais tratem dados dos celulares sem autorização judicial, liguem suas *internets*, rolem as *screems* dos *WhatsApp*, e, ainda assim, esses *prints* sejam valorados e sirvam ao convencimento do juízo para prolatar uma condenação. Tal incerteza da integralidade dos dados, por inobservância da cadeia de custódia da prova digital, gera sua inadmissão por violação à fiabilidade. Nessa intelecção, segundo PRADO (2014) a cadeia de custódia da prova “é um dispositivo dirigido a assegurar a fiabilidade do elemento probatório, ao colocá-lo sob proteção de interferências capazes de falsificar o resultado da atividade probatória”.

Atualmente, muito mais que isso, para que se desenvolva a veracidade e certeza de imutabilidade da prova digital recebida, é extremamente necessário colacionar mecanismos de averiguação e autenticação, normalmente gerados por meio de código *Hash*, que quando comparado com a posterior avaliação, certifica que o dado não foi alterado ou adulterado.

Como se vê, tal observância à cadeia de custódia é necessária, pois, em casos como de tráfico de drogas, muitas das provas colacionados aos processos decorrem da captura de tela ou obtenção de diálogos do acusado com outros indivíduos supostamente comercializando drogas, o que dá azo à interpretação judicial de prática mercantil consistente no tráfico de drogas, contudo não há possibilidade de se descriptografar ou ter acesso ao conteúdo das mensagens de *WhatsApp* sem ter posse ou acesso remoto do próprio aparelho – razão pela qual o registro do percurso dos dados obtidos se revela imprescindível para a boa manutenção da inalterabilidade da prova digital.

Dessa forma, provas como derivadas de interceptação ou quebra de sigilo de dados telemáticos são reputadas como provas de interpretação, cujo conteúdo aparente pode ser diferentemente confrontado com o contexto

de sua ocorrência, sendo necessário, para além da certeza da inalterabilidade, a certeza de sua mesmidade e integridade.

Isso porque, as conversas descontextualizada podem servir como mecanismo de imputação criminosa sem o mínimo item de verificação da veracidade – ainda mais quando provado que tal acesso ao conteúdo das conversas, mesmo que por acesso à nuvem, se revela como de impossível obtenção, em decorrência da criptografia. Ademais, na atual sistemática digital, não raro diálogos e imagens são criadas com o uso de inteligência artificial, mostrando-se como verdadeiras *fakenews* e *deepfakes*.

Nesse ponto, Adriano Cezar Molina e Orlando Leonardo Berenguel (2022, p. 7) informam que

Os avanços da inteligência artificial e o surgimento de novas técnicas como deepfake possibilitam a manipulação e criação de novos conteúdos falsos de vídeos, áudios e imagens muito semelhantes ao conteúdo original, apesar de trazer diversos benefícios, seu uso indevido é preocupante, as deepfake se tornaram uma ferramenta poderosa para influenciar ou distorcer a verdade, seja no âmbito político ou social. (...)

Outro fator que contribui na disseminação desses conteúdos modificados é que muitos ainda desconhecem a existência dessa técnica, e o que aponta a pesquisa realizada pela Kaspersky, em parceria com a empresa de pesquisa CORPA. Segundo a pesquisa, 66% dos brasileiros desconhecem a técnica e 71% não reconhece quando um vídeo foi editado usando a técnica, tal resultado pode colaborar no sucesso de fraudes e ajudar em ataques de engenharia social.

Verifica-se que há, atualmente, uma enorme importância em se observar e manter a incolumidade das provas digitais, ainda mais quando nos referimos a documentos que são produzidos e gerados por dados.

Por essa razão que a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709 de 2018) prevê como mecanismo de segurança o dever dos agentes de tratamento de dados adotar medidas de segurança e técnicas para proteção

dos dados compartilhados. No art. 46 da referida lei, preceitua-se que os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado, ou ilícito.

Não somente isso, a Lei faz em seu § 2º a ressalva de que as medidas de que trata o *caput* deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

Orlando Muñoz Neira (2006, p. 361) esclarece que, por sua vez, a evidência física não está isenta do requisito da autenticação e é justamente aí que entra a jogar um papel decisivo a cadeia de custódia. Quando a defesa ou o Ministério Público se propõe a apresentar evidências físicas ante uma corte, a parte que alega deve estar disposta a mostrar que o objeto que oferece como evidência é o mesmo que foi apreendido na cena de que se trate.

Neste âmbito, tratando-se de área dotada de direitos fundamentais e ante a possibilidade de imposição de penas à cidadã, a prudência alvitra que valorar uma evidência cuja cadeia de custódia tenha sofrido uma ruptura pode ocasionar danos irreversíveis aos acusados, razão pela qual não pode esta prova ser utilizada.

As provas digitais (ou simples meios de obtenção de provas) precisam, necessariamente, para a garantia de sua autenticidade e inalterabilidade, da incidência do cálculo matemático conhecido como *Código Hash*.

Conceituado que o *Código Hash* é um algoritmo matemático responsável por demonstrar que os documentos assinados ou protocolados não sofreram qualquer alteração, mantendo-se inalterados, importante esclarecer ainda que o SHA256 é um algoritmo de *Hash* que oferece alto nível de segurança, o que o torna perfeito para proteger informações. Seu

objetivo é gerar códigos exclusivos, o que garante que cada documento assinado é original e não teve nenhuma alteração mínima em seu conteúdo, nem mesmo após ser assinado.

A ausência do referido código inviabiliza à defesa a possibilidade de atestar a veracidade ou inalterabilidade das informações trazidas aos autos – reduzindo sua fiabilidade.

É bem verdade que os tempos são outros, não há mais no processo penal brasileiro espaço para amadorismos e juntadas desenfreadas de conversas, *prints*, ou quaisquer elementos que visam provar algo sem a devida obediência aos critérios mínimos que sejam de aferição da veracidade das informações, ainda mais quando tais provas são digitais e refletem o interesse punitivo estatal, que só pode se firmar na mais íntima e certeza da prática do delito (ZAZA, 2008, p. 7; MENDES, 2020, p. 113).

Não bastasse isso, sobre a cadeia de custódia da prova e a ausência do código *Hash*, as provas obtidas por métodos ocultos, notadamente por meio de novas tecnologias, utilizadas sigilosamente, Geraldo Prado (2014) sublinha a necessidade de que seja possível controle, mediante fundamentação da decisão que deferir prova a ser realizada em ambiente de reserva, a fim de que não haja quebra do encadeamento probatório, preservando a sua fiabilidade.

Nas palavras do autor (PRADO, 2014), o rastreamento das fontes de prova será uma tarefa impossível se parcela dos elementos probatórios colhidos de forma encadeada vier a ser, e. g. destruída. Decerto, ausente tal controle, a identificação do vínculo eventualmente existente entre uma prova aparentemente lícita e outra, anterior, ilícita, de que a primeira é derivada, dificilmente será revelado.

Importante, nesse ponto, tecer comentários sobre a geração dos direitos probatórios. Danilo Knijnik (2016, pág. 12) aduz que a menção a elementos tangíveis tendeu, por longa data, a condicionar a teoria e prática jurídicas. Contudo, a penetração do mundo virtual como nova realidade,

demonstra claramente que tais elementos vinculados à propriedade longe está de abarcar todo o âmbito de incidência de buscas e apreensões, que, de ordinário, exigiriam mandado judicial, impondo reinterpretar o que são “coisas” ou “qualquer elemento de convicção”, para abranger todos os elementos que hoje contém dados informacionais.

Diante de tais características, é fato que se vivencia a terceira geração do direito probatório, não mais condizente com os meios convencionais de investigação, mas sim, lidando diretamente com questões digitais, que de uma maneira ou de outra, precisam ser minimamente conhecidas pelos operadores do direito, em íntima relação com o saber jurídico, para fins de que se alcance melhor e mais adequada resolução do caso em análise.

Dessa forma, com os precedentes de Olmstead (1928), Katz (1967), Kyllo (2001) e Riley (2014), passou-se a classificar as provas em gerações, a partir da evolução da interpretação constitucional quanto as limitações da atuação estatal em razão da proteção à intimidade.

A divisão das gerações de direito probatório encontra seu nascedouro nos precedentes Olmstead (1928), Katz (1967) e Kyllo (2001), nos quais a Suprema Corte Norte-Americana decidiu em quais casos incidiria a proteção conferida pela 4ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, tornando-se assim necessária a expedição prévia de ordem judicial de busca e apreensão para a obtenção lícita das provas.

Preconiza a 4ª Emenda que o “direito do povo à inviolabilidade de suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão arbitrárias não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante indícios de culpabilidade confirmados por juramento ou declaração, e particularmente com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas”.

A trilogia dos precedentes Olmstead (1928), Katz (1967) e Kyllo (2001), representa a mutação constitucional quanto aos objetos probatórios.

Perante tal análise, a doutrina majoritária e mais atual, entende que para a aceitação das provas digitais, tendo em vista que seus elementos não são físicos, ou seja, não são tangíveis, necessitam de que haja o mínimo de confiabilidade (Danilo Knijnik (2016, pág. 12).

A jurisprudência nacional, inclusive, sobressalta sobre a necessidade da demonstração do código *Hash* em provas necessárias a evidenciar fatos em matéria eleitoral¹³⁶, isso porque, é esta estruturante da própria prova, caracterizando a admissibilidade ou não da imputação.

3. Fiabilidade da prova digital e a condenação por tráfico de drogas

A prova digital no processo penal deve estar eivada de pelo menos dois princípios aptos a evidenciar ao juízo sua fiabilidade, quais sejam: a mesmidade e integridade. É na integridade e comprovação da mesmidade que a prova digital poderá se mostrar possível a fundamentar uma condenação – e quando em sua ausência, a absolvição.

¹³⁶ ELEIÇÕES 2020. RECURSO ELEITORAL. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. PUBLICAÇÃO GRUPO WHATSAPP. PETIÇÃO INICIAL INEPTA. AUSÊNCIA DE IDENTIFICAÇÃO DA POSTAGEM. CÓDIGO HASH NÃO INDICADO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. Compete à Justiça Eleitoral velar pela moralidade do processo eleitoral. A liberdade de expressão, embora reconhecida como um dos pilares da democracia, não é absoluto.

2. Nos termos da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), bem como da Resolução TSE nº 23.610/2019 (Propaganda Eleitoral nas eleições 2020), para remoção de conteúdo na internet é imprescindível a indicação clara, específica e correta do conteúdo apontado como infringente, sob pena de nulidade da ordem judicial que determinar a remoção do conteúdo.

3. A Resolução 23.608/2019, em seu artigo 17, inciso III, dispõe que a petição inicial da representação relativa à propaganda eleitoral em ambiente da internet deve ser instruída, sob pena de não conhecimento, com (...) a identificação do endereço da postagem (URL ou, caso inexistente esta, URI ou URN) e a prova de que a pessoa indicada para figurar como representado é o seu autor. 4. O representante, ora recorrente, tem o ônus de indicar na petição inicial de forma clara e precisa o conteúdo que se insurgiu, sendo o caso de inépcia da inicial, com arrimo no art. 330, I, do CPC. Não tendo o juízo a quo indeferido a petição inicial pela inépcia e, considerando que o vício processual em questão - ausência de pressuposto essencial a possibilitar a prestação jurisdicional e o regular desenvolvimento do processo (art. 485, IV, CPC)- pode ser verificado em qualquer tempo e grau de jurisdição (ar. 485, § 3º, CPC), é cabível em grau recursal a extinção da ação sem julgamento do mérito.

5. Recurso conhecido para extinguir a ação sem resolução do mérito (TRE-PA - RE: 060008424 PARAUPEBAS - PA, Relator: juiz federal Sérgio Wolney de Oliveira Batista Guedes, Data de Julgamento: 29/09/2020, Data de Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 29/09/2020).

Dentre os crimes que podem ser provados pelos meios digitais, está em ascensão o tráfico de drogas. O crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, da Lei n. 11.343 de 2006, é delito de ação múltipla ou conteúdo variado, sendo tipo penal misto alternativo, o que significa dizer que dentre os seus verbos do tipo ensejadores da prática do crime de tráfico, basta que o agente pratique um deles para se ver na realização da prática criminosa em comento.

O tráfico de drogas – numa visão sócio-política - tem sido reputado como o delito de entrada para inúmeras outras infrações penais, a exemplo do homicídio, roubo, furto, extorsão, etc. (RODRIGUES, 2006). Tal compreensão possibilita um maior recrudescimento na tutela penal em face de indivíduos que são flagrados ou condenados por tal prática nefasta – levando o Estado a promover uma verdadeira guerra ao tráfico de drogas – o que, infelizmente, até o momento, não tão exitosa.

A respeito da guerra às drogas, Grace Livingstone (2009, p. 130) explica as operações antidrogas são o pretexto para os EUA utilizarem mais bases militares e centrais de radar na América Latina. Isto é, aumentar o poder militar e facilitar infiltrações de seus serviços secretos sob um pretexto insuspeito.

Em mesmo sentido, Santos Júnior (2016, 226-227), a respeito da guerra às drogas, leciona que

A War on Drugs é também estratégia geopolítica de ocupação, dominação e controle das periferias pelos Estados Unidos. Assume ares militarizados, porque se torna pretexto para envio de tropas, doutrinação e cooptação das elites militares das periferias, de modo a alinhá-las aos interesses estadunidenses e de barrar qualquer discurso nacionalista, de resistência ao imperialismo. A história mostra o sucesso dessa estratégia de influenciar por meio da doutrinação aparentemente inofensiva de membros de setores estratégicos locais.

Relatado isso, importante mencionar que o tráfico de drogas, nessa perspectiva, assim como qualquer outro delito atualmente, vem aprimorando sua forma de ser, visando escapar das amarras promovidas pelos meios de investigação tradicional, provocado pelo constante interesse de sua repressão.

É que, quando em tempos de ausência de meios digitais avançados como os que existem nesta era, o tráfico de drogas possuía uma estrutura mais rústica, os indivíduos traficantes se utilizavam de terceiros para levar e trazer drogas, bem como contava com sua reputação para a angariação de clientes. Normalmente, o traficante estava associado a algum grupo específico que trabalhava numa verdadeira estrutura criminosa, possibilitando a traficância e liberando espaços (boca de fumo) para sua atuação.

Nos tempos modernos, o que se observa dessa dinâmica é uma mudança fulcral em seu *modus operandi*, haja vista que o comércio de drogas, na mesma medida em que a sociedade avança, também vem se aprimorando para dinamizar suas práticas e facilitar sua comercialização. Hoje, o traficante “profissional” está antenado no fato de que o meio digital possibilita de forma mais fluída e rápida a sua comercialização. O comércio de drogas já não é mais feito em muitas oportunidades com o uso da simples fala, de contato direto entre traficante e usuário, mas sim intermediado por meios de comunicação digital que possibilita, inclusive, a propaganda e publicidade no oferecimento do material psicotrópico. As provas para a traficância, normalmente, estão ocorrendo mediante captura de mensagens instantâneas por aplicativos de comunicação, a exemplo do *WhatsApp*.

Outros mecanismos utilizados para aquisição de elementos de informação para subsidiar uma futura denúncia são as quebras de sigilo de dados telemáticos, onde se obriga com que servidores e plataformas digitais forneçam os diálogos e dados armazenados nas nuvens dos aparelhos

celulares dos investigados, alcançando assim a integralidade das comunicações estáticas outrora realizadas.

Para tanto, considerando que o delito tráfico de drogas vem mudando sua forma de ser e de atuar, bem como as próprias investigações e a angariação de provas digitais para comprovar os fatos alegados pela investigação ou acusação, um ponto sobressalta na análise da prova digital, a fiabilidade da colheita dessa prova para comprovar a prática do crime de tráfico de drogas.

Tal perspectiva é necessária, posto que, como visto, nos delitos digitais ou cujas provas de seu cometimento estão em meios digitais, há a premente necessidade de que a prova de sua autoria e prática seja revestida de diversos elementos, tais como relevância, confronto, etc., estando pendente de análise a fiabilidade adequada que deve permear essa prova, uma vez que, considerando a inexistência de comprovação material do tráfico, fundamental deve ser a certeza quanto à indicação da autoria e da materialidade do delito. Noutros termos, a prova levada ao juízo deve ser considerada confiável (fiabilidade).

3.1. Fiabilidade: conceito, posição interna e externa

Um dos principais elementos para a construção de uma prova no processo penal diz respeito à sua fiabilidade. A fiabilidade demonstra que houve obediência à cadeia de custódia da prova, ou seja, que aquela prova obtida é confiável, respeitou os critérios de mesmidade e integridade da prova com a comprovação mediante seu rastreo – nas provas digitais esse rastreo pode se dar, o que comumente ocorre, por intermédio da numeração *Hash* obtida em obediência à cadeia de custódia da prova digital.

Nessa perspectiva, a fiabilidade é elemento central e essencial para o desvelar de uma prova no processo. Ainda que seja requisito aparentemente subjetivo (posição interna), o que poderia dar azo a inúmeras interpretações não padronizadas, mitigando a segurança jurídica, sua

construção, na verdade, se dá por critérios legalmente firmados (posição externa), impingindo um grau de segurança e confiança na prova captada.

A fiabilidade da prova, ou confiabilidade, é o acatamento, respeito, ao devido processo legal. A fiabilidade da prova impõe obediência rígida aos mecanismos processuais da busca da verdade (PRADO. 2015). A prova criada precisa ser confiável pelo juízo, não podendo ser fruto de inobservância legal, muito menos derivada de mera associação cognitiva desregrada, numa verdadeira elucubração teórica, sem qualquer elemento técnico e objetivo que ligue a prova ao fato, de maneira ordenada e devidamente alcançada.

Portanto, a fiabilidade deságua necessariamente na obediência aos tapumes erguidos pelo devido processo legal, garantindo a cognição das partes livre de vícios ou com esses vícios reduzidos diante da observância dos aspectos legais para criação, manuseio e descarte da prova.

Assim, uma prova é um tanto mais confiável enquanto se obedeça a todas as suas etapas, e assim garanta o cuidado com sua colheita e preservação, em todos os termos possíveis.

Nessa esteira, é perceptível que a fiabilidade da prova é tema central na manutenção de uma perseguição a uma verdade dialogicamente perseguida, pois além de garantir as pretensões de verdade e legitimidade, ainda possibilitam um juízo escorreito, baseado em provas que obedeceram aos ditames legais, garantindo a justeza da decisão ao sistema penal democrático de direito.

Uma vez conceituado o termo fiabilidade, necessário pontuar brevemente sobre a posição interna e externa que gravita em torno da compreensão do vocábulo, haja vista sua nítida influência no processo de apuração cognitiva por parte do magistrado que apreciará aquela prova. É que, numa visão interna da posição da fiabilidade da prova no processo penal, esta se insere diretamente numa visão compreensiva do magistrado, ligado a sua percepção da realidade e todas as idiossincrasias que o circunda.

A posição interna da fiabilidade diz respeito necessariamente ao entendimento oriundo da captação psíquica da prova levada como sendo confiável. Quer-se dizer, para a prova passar pelo crivo da fiabilidade, numa análise interna, precisa tão somente que a prova se apresente como suficiente para uma tomada de decisão. Nesse sentido, Perfecto Andrés Ibáñez (2009, p. 91), magistrado do Tribunal Supremo da Espanha, afirma que “decidir jurisdicionalmente conforme a presunção de inocência, em rigor, equivale a entender que somente se condenará quando não existir nenhuma dúvida razoável acerca da realização do delito e da identidade do autor”.

Lado outro é a compreensão da fiabilidade em sua posição externa. Isso porque, na posição externa está a obediência aos pressupostos legais previamente estabelecidos para a apuração da prova no processo penal. A prova para ser confiável – fiabilidade – necessita que tenha sido produzida em harmonia e obediência aos critérios legais de produção, em respeito à cadeia de custódia da prova.

Uma demonstração aparente quanto à fiabilidade na posição externa da prova está inserta na obediência irrestrita a essa mesma cadeia de custódia da prova, ainda mais considerando o âmbito digital – campo do objeto do presente capítulo – onde os dados captados são fluidos e facilmente manipuláveis. Dessa maneira, nunca se viu tamanha necessidade de guarda e obediência à cadeia de custódia da prova digital como atualmente se requer, máxime devido o aumento de uso de plataformas digitais que viabilizam o comércio e oferecimento de produtos e serviços via *internet*.

3.2. Extração e uso das provas digitais e precedentes judiciais

Viu-se que o tráfico de drogas é delito de conteúdo misto, variado ou tipo penal alternativo, o que significa dizer que basta a prática de apenas uma única conduta criminosa para restar inserto o agente na prática

delituosa em questão. Ademais, também se consignou sobre a guerra promovida em torno do referido delito, onde os órgãos estatais se projetam diante da sociedade visando a repressão e perseguição sempre constante ao delito de tráfico de drogas.

Diante de tal posição social e dos órgãos envolvidos na segurança pública, e não apenas estes, mas, e com especial realce, também os órgãos ligados ao poder judiciário direta ou indiretamente, se observa que toda a esfera pública compreendida se firma a entender o crime de tráfico de drogas como sendo o principal dos delitos praticados, devendo ser prontamente reprimido – o que justificaria, inclusive, a desobediência a critérios legais. Ou seja, ainda impera uma irrestrita compreensão de que os fins justificam os meios, possibilitando com que agentes investigadores realizem práticas vedadas pela legislação visando tão somente a satisfação pessoal de se arvorar de uma imagem ativa de combate e guerra às drogas – sendo a inobservância da cadeia de custódia uma delas.

Pois bem. Para o fim de provar a prática de tráfico de drogas, utilizam os órgãos de investigação e persecução penal de mecanismos legais para aquisição de elementos de informação visando buscar componentes fáticos que retratem a verdade do evento criminoso e que são passíveis de reprimenda penal. Isso ocorre porque o tráfico de drogas, por vezes, se dá com o auxílio de instrumentos digitais, a exemplo do uso da comunicação via *WhatsApp*.

Tal utilização possibilita com que órgãos de investigação promovam uma verdadeira quebra do sigilo dos dados de comunicação, bem como a quebra dos dados telemáticos. Nesse talante, constata-se que a prova digital pode incluir mensagens de texto, e-mails, conversas em aplicativos de mensagens, entre outros. O rastreamento e autenticação dessas comunicações são essenciais para estabelecer a conexão entre os envolvidos no tráfico.

Por isso, mecanismos previstos, como, por exemplo, na Lei n. 9.296/96, possibilitam de certa forma o acesso aos dados telefônicos ou telemáticos capazes de comprovar fatos reputados como criminosos. Com o uso da quebra dos dados, mediante decisão judicial fundamentada, e comprovando o preenchimento dos demais requisitos previstos na Constituição e na própria Lei, há a possibilidade de na investigação se alcançar a autoria do crime, tudo isso considerando apenas os dados (provas digitais) armazenados.

A título de exemplo, prática comum realizada pelos órgãos de investigação tem sido o pedido de quebra do sigilo dos dados telemáticos ao juiz para que se alcance as conversas armazenadas pelos servidores ou nuvens dos aparelhos celulares alvos da investigação. Não raras vezes são expedidos ofícios à Google, Grupo Meta ou ainda para a *Apple*, visando por parte destas empresas a concessão dos dados armazenados em seus servidores ou nas nuvens (*icloud*) dos aparelhos que contenham conversas dos usuários.

As empresas, ao localizarem tais diálogos, encaminham-nos para o órgão requisitante a fim de que este possa dar tratamento aos dados oferecidos. Comumente, sequer os órgãos de investigação promovem um relatório sobre o acondicionamento e controle desses dados, na maioria sensíveis.

Dessa maneira, a doutrina se posiciona de forma bastante firme quanto ao descrédito que deve ser dado a tais dados, visto que não obedeceram às regras da cadeia de custódia da prova, muito menos tiveram sua certificação de manutenção de sua integralidade, minando justamente sua fiabilidade (RANGEL, 2019).

É que, durante todo o trajeto percorrido pelos dados, desde sua concessão pelas empresas até o momento da apreciação pelo juiz, é compreensível que pode ter havido alguma alteração – contaminando sua confiabilidade. Sendo assim, em não se comprovando que os dados são os

mesmos de quando da sua captação, a prova deve ser rechaçada, visto não estar jungida da fiabilidade que lhe é requisitada.

Portanto, não se deve presumir, no processo penal, a boa-fé por parte dos agentes estatais, visto que não compete ao acusado, no momento da apreciação pelo juízo da prova juntada pela acusação, a demonstração de que estas foram feitas de forma indevida ou que foram alteradas, muito pelo contrário, há uma verdadeira inversão do ônus da prova, sendo papel do Estado-acusação a demonstração clara de que aquelas provas não foram alteradas, tendo sido mantido incólume sua inalterabilidade.

Nesse conspecto, a monitoração de comunicações eletrônicas são verdadeiras cartas na manga para se investigar e chegar à possível autoria do crime de tráfico de drogas. Posto que, com base em mensagens de texto, comunicações pelas redes sociais, é possível se chegar à autoria e materialidade do delito.

Noutro pórtico, utiliza-se ainda de acesso direto aos celulares apreendidos em decorrência da imputação do crime de tráfico de drogas – naquilo que se convencionou chamar de acesso a dispositivos móveis. Não é raro se localizar na jurisprudência pátria casos de acesso por parte dos agentes policiais ao aparelho telefônico do indivíduo flagrantado por portar drogas¹³⁷.

¹³⁷ AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ACESSO A CONTEÚDO DE APARELHO CELULAR (WHATSAPP) APREENDIDO POR OCASIÃO DO FLAGRANTE. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ACESSO FRANQUEADO PELO ACUSADO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ILICITUDE DA PROVA RECONHECIDA NA ORIGEM. 1. "Ilícita é a devassa de dados, bem como das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido por ocasião da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial" (HC 617.232/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 26/02/2021), entendimento que admite ressalva na hipótese em que ficar devidamente comprovado nos autos que o flagrantado forneceu a senha de acesso ao aparelho e seu conteúdo. 2. Na hipótese, não tendo havido autorização judicial e não comprovado que o acesso aos aparelhos celulares apreendidos pelos agentes policiais fora franqueado pelos acusados, não há como afastar a ilicitude da prova reconhecida na origem. 3. Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no REsp: 1970992 PR 2021/0368157-0, Data de Julgamento: 09/08/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/08/2022).

Não de hoje que a jurisprudência nacional é assente quanto a necessidade de decisão judicial prévia para que o agente de polícia possa acessar as conversas privadas do investigado ou flagranteado, não podendo mitigar direitos e garantias fundamentais – a privacidade – ao bel-prazer estatal, sem o devido respeito à legislação vigente que preceitua diversos requisitos para possibilitar o acesso ao aparelho alheio.

Ademais, ainda que não tão usual, há registro de que investigações alcançaram êxito em sua empreitada referente à atribuição da prática do crime de tráfico de drogas com o auxílio do rastreamento financeiro digital dos investigados.

A retromencionada forma de investigação busca justamente o descompasso entre a renda e a atividade formalmente realizada. O comércio ilícito de drogas pode estar vinculado a operações financeiras, onde muitas vezes o capital de giro do traficante se mostra claramente incompatível com o desempenho de sua atividade profissional formal. Assim, especialistas têm a capacidade de conduzir exames em registros bancários, transações envolvendo criptomoedas e outras atividades financeiras na *internet*, com o propósito de monitorar os fluxos de dinheiro associados ao tráfico de entorpecentes.

Contudo, sempre necessário pontuar que a regra do jogo deve ser obedecida, para qualquer que seja a forma de investigação, pois a manutenção da fiabilidade da prova digital no processo penal, perante o juízo, é requisito básico e intrínseco à comprovação da integralidade da prova, a fim de que esta prova retrate, discursivamente, a verdade dos fatos apontados, e não apenas um possível falseamento dos fatos, visando a promoção da guerra às drogas.

Nesse sentido, a jurisprudência nacional já anulou diversos tipos de provas levadas ao processo sem obediência à cadeia de custódia, o que possibilitou, muitas das vezes, o desbaratamento e desfazimento de

operações altamente dispendiosas ao erário, por simplesmente não ter observado critérios básicos quanto à cadeia de custódia da prova digital.

O Ministro Nefi Cordeiro ressaltou, recentemente, que a 6ª turma tem precedente segundo o qual é inválida a prova obtida pelo espelhamento de conversas do *WhatsApp Web* via código *QR Code*. Revelou ainda a necessidade de obediência à cadeia de custódia da prova.

Segundo as palavras do Ministro, a possível exclusão de uma mensagem enviada (na opção "Apagar somente para Mim") ou de uma mensagem recebida (em qualquer situação) não deixa vestígios, seja no aplicativo, seja no computador emparelhado. Portanto, essa mensagem não pode ser recuperada para efeitos de prova em processos penais. Isso se deve à tecnologia de criptografia ponta-a-ponta, que impede que o conteúdo das conversas dos usuários seja armazenado em servidores pela empresa provedora do serviço.

Em recente julgado, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça anulou um conjunto de provas levadas ao processo em decorrência da “Operação *Open Doors*” que investigava uma série de crimes praticados por uma rede de *Hackers* que invadiam contas bancárias e subtraíam valores. Ficou acordado que houve quebra da cadeia de custódia da prova digital, devendo ser reputadas como inválidas para fins de imputabilidade penal em face dos acusados/investigados.¹³⁸

¹³⁸ PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. OPERAÇÃO OPEN DOORS. FURTO, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E LAVAGEM DE DINHEIRO. ACESSO A DOCUMENTOS DE COLABORAÇÃO PREMIADA. FALHA NA INSTRUÇÃO DO HABEAS CORPUS. CADEIA DE CUSTÓDIA. INOBSERVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS TÉCNICOS NECESSÁRIOS A GARANTIR A INTEGRIDADE DAS FONTES DE PROVA ARRECADADAS PELA POLÍCIA. FALTA DE DOCUMENTAÇÃO DOS ATOS REALIZADOS NO TRATAMENTO DA PROVA. CONFIABILIDADE COMPROMETIDA. PROVAS INADMISSÍVEIS, EM CONSEQUÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA PROVER TAMBÉM EM PARTE O RECURSO ORDINÁRIO.

1. O habeas corpus não foi adequadamente instruído para comprovar as alegações defensivas referentes ao acesso a documentos da colaboração premiada, o que impede o provimento do recurso no ponto.

Portanto, percebe-se um constante caminhar jurisprudencial e doutrinário à valorização da fiabilidade da prova digital para ser considerada pelo juízo, guardando-se critérios mínimos de mesmidade e integridade, a fim de possibilitar uma correta compreensão do magistrado quando da valoração da prova que lhe é apresentada, buscando sempre a verdade do processo penal.

2. A principal finalidade da cadeia de custódia é garantir que os vestígios deixados no mundo material por uma infração penal correspondem exatamente àqueles arrecadados pela polícia, examinados e apresentados em juízo.

3. Embora o específico regramento dos arts. 158-A a 158-F do CPP (introduzidos pela Lei 13.964/2019) não retroaja, a necessidade de preservar a cadeia de custódia não surgiu com eles. Afinal, a ideia de cadeia de custódia é logicamente indissociável do próprio conceito de corpo de delito, constante no CPP desde a redação original de seu art. 158. Por isso, mesmo para fatos anteriores a 2019, é necessário avaliar a preservação da cadeia de custódia.

4. A autoridade policial responsável pela apreensão de um computador (ou outro dispositivo de armazenamento de informações digitais) deve copiar integralmente (bit a bit) o conteúdo do dispositivo, gerando uma imagem dos dados: um arquivo que espelha e representa fielmente o conteúdo original.

5. Aplicando-se uma técnica de algoritmo hash, é possível obter uma assinatura única para cada arquivo, que teria um valor diferente caso um único bit de informação fosse alterado em alguma etapa da investigação, quando a fonte de prova já estivesse sob a custódia da polícia. Comparando as hashes calculadas Documento: 178069980 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 02/03/2023 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça nos momentos da coleta e da perícia (ou de sua repetição em juízo), é possível detectar se o conteúdo extraído do dispositivo foi modificado.

6. É ônus do Estado comprovar a integridade e confiabilidade das fontes de prova por ele apresentadas. É incabível, aqui, simplesmente presumir a veracidade das alegações estatais, quando descumpridos os procedimentos referentes à cadeia de custódia. No processo penal, a atividade do Estado é o objeto do controle de legalidade, e não o parâmetro do controle; isto é, cabe ao Judiciário controlar a atuação do Estado-acusação a partir do direito, e não a partir de uma autoproclamada confiança que o Estado-acusação deposita em si.

7. No caso dos autos, a polícia não documentou nenhum dos atos por ela praticados na arrecadação, armazenamento e análise dos computadores apreendidos durante o inquérito, nem se preocupou em apresentar garantias de que seu conteúdo permaneceu íntegro enquanto esteve sob a custódia policial. Como consequência, não há como assegurar que os dados informáticos periciados são íntegros e idênticos aos que existiam nos computadores do réu.

8. Pela quebra da cadeia de custódia, são inadmissíveis as provas extraídas dos computadores do acusado, bem como as provas delas derivadas, em aplicação analógica do art. 157, § 1º, do CPP.

9. Agravo regimental parcialmente provido, para prover também em parte o recurso ordinário em habeas corpus e declarar a inadmissibilidade das provas em questão (STJ - AgRg no RHC: 143169 RJ 2021/0057395-6, Data de Julgamento: 07/02/2023, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2023).

Considerações finais do capítulo

Diante do que foi abordado, verificou-se que a verdade no processo penal não se restringe à mera exata correspondência, ou seja, a captação racional do sujeito ao objeto, na medida e extensão de sua conceituação. Ao revés, a verdade se mostra como algo relativo, que apenas quando do discurso, de forma dialógica, possibilita um alcance descentralizado dessa razão apta a gerar expectativa de veracidade.

Nos tempos modernos, com o avanço exponencial do mundo digital, crescente em detrimento do mundo físico e das relações intersubjetivas, os dados se apresentam como verdadeiros trunfos aos que os detém, ou ao menos aos que os controlam. O compartilhamento de informações, a facilidade de comunicação e a abertura espacial de contato possibilitam com que o mundo digital seja fluido.

Nesse conspecto, como se viu, os dados têm o poder de compartilhar informações e reproduzir virtualmente fatos ocorridos no mundo físico, possibilitando uma retração de fatos pretéritos. Assim, no processo penal, considerando que se busca, por meio das provas, uma retratação dos fatos criminosos ocorridos, para fins de análise e ponderação do magistrado, os dados se apresentam como mecanismos possíveis de comprovação de atos e fatos juridicamente relevantes.

Especificamente no combate ao crime de tráfico de drogas, o desejo frenético de punição, em grande medida, tem sido o funtor responsável pela anulação de diversos julgados baseados em provas digitais que não obedeceram à cadeia de custódia da prova digital. Viu-se também que para haver a comprovação mínima da fiabilidade é necessário que se guarde critérios técnicos capazes de demonstrar de forma insofismável que a prova não foi alterada, o que comumente se faz com o uso do cálculo matemático *Hash*.

Portanto, a busca pela verdade retratada pelas provas sofrem influência dos dados que a representam. Os dados, levados ao processo

como provas, necessitam ser considerados em sua integralidade e inalterabilidade. Dessa maneira, necessita se seguir um critério mínimo de obediência à cadeia de custódia da prova para que a prova digital seja considerada confiável – numa compreensão de sua fiabilidade ao juízo.

Assim, havendo a quebra da cadeia de custódia da prova digital, por inobservância aos critérios técnicos e legais capazes de comprovar a mesmidade e integridade, deve aquela prova digital ser reputada como desprovida de fiabilidade, que significa dizer que deve ser desconsiderada pelo juízo, ante sua manifesta falta de cumprimento aos requisitos mínimos. Dessa forma, não sendo a prova fiável, não pode sofrer os influxos do discurso no processo para fins de alcance da verdade processual.

Com isso, havendo quebra da cadeia de custódia da prova digital, está essa desprovida de fiabilidade, não podendo ser analisada pelo juízo a fim de comprovar a retratação do fato considerado como criminoso – o que, ao fim e ao cabo, significa dizer que aquela prova digital que não obedeceu aos critérios legais e técnicos de inalterabilidade não pode ser objeto de diálogo e retratar a verdade do processo.

Referências

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Porto Alegre: Juruá, 2008.

ARAÚJO, Matheus Oliveira. A cadeia de custódia da prova e o relatório de inteligência financeira do COAF/UIF: repercussões do Recurso Extraordinário nº 1.055.941/SP no âmbito probatório. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, vol. 9, n. 3, p. 1333-1370, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.874>.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012. (Universitária, 1).

BOUYER, Gilbert Cardoso. **Ciência cognoscente**. vol.15 no.3 Rio de Janeiro dez. 2010.

CALDER, G. (2006) Rorty. São Paulo: **Unesp**.

- CAMARGO, Gustavo Arantes. Sobre o conceito de verdade em Nietzsche. **Revista Trágica: estudos sobre Nietzsche**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 93-112, 2008.
- CHAUI, M. **Convite à filosofia**. 10. ed. São Paulo: Ática, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- DRUCKER, C.; GOLLNICK, S. **A doutrina de Platão sobre a verdade**. 2013. Disponível em: http://www.imagomundi.com.br/filo/heidegger_verdade.pdf. Acesso em: 20 de nov. 2023.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRER BELTRÁN, J., **La valoración racional de la prueba**, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- GARCIA, Francisco Antonio. **Acta Scientiarum**, Maringá, 23(1):251-255, 2001.
- GREENGARD, S. (2019). **Will deepfakes do deep damage? Communications of the ACM**, 63(1), 17-19. <https://doi.org/10.1145/3371409>.
- GRINOVER, Ada P., Fernandes, Antônio Scarance, Gomes Filho, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo: Ed. RT, 6ª ed., 1998.
- GUIRALDELLI, P. **Teorias da Verdade**. Disponível em: <http://www2.unifap.br/borges/files/2011/02/Teorias-de-VerdadeBrev%C3%ADssima-Introdução.pdf>. 2001. Acesso em 25 de nov. 2023.
- HABERMAS, Jürgen. **Teorías de la verdad**. In: HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. 6 ed. Madri: Cátedra, 2011.

HAN, Byung-Chul. **Não-coisas : reviravoltas do mundo da vida**/Byung-Chul Han ; tradução de Rafael Rodrigues Garcia. Petrópolis: Vozes, 2022.

HUSSERL, E. *Recherches Logiques*. Tomo 3. Paris: PUF, 1963.

JAMES, W. (2006). **Pragmatismo**. São Paulo: Martin Claret. (Original publicado em 1907).

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. Trad. Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

KIST, Dario José. **A Prova digital no processo penal**. São Paulo: JH Mizzuno, 2019.

KNIJNIK, Danilo. **A trilogia Olmstead-Katz-Kylo**: o art. 5º da Constituição Federal do século XXI. Revista da Escola da Magistraturado TRF da 4ª Região, ano 2, número 4. Porto Alegre/RS, 2016.

LEIBNIZ, G.W. **Escritos filosóficos**, (Olaso, E. ed) Buenos Aires: Charcas, 1982.

LIVINGSTONE, Grace. **America's Backyard**: The United States and Latin America from the Monroe Doctrine to the War on Terror. New York; London: Zed Books; Latin America Bureau, 2009, p. 130.

MAIER, Júlio. **Derecho procesal penal argentino**: tomo 1. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Lisboa: Livraria Clássica, 1927.

MARCONDES, D.; JAPIASSÚ, H. **Dicionário Básico de Filosofia**. Disponível em:
http://raycydio.yolasite.com/resources/dicionario_de_filosofia_japiassu.pdf. Acesso em nov. de 2023.

MARQUES, José Frederico. **“Elementos de Direito Processual Penal”**. Campinas: Bookseller, 1997. Vols. I e II.

- MATIDA, Janaína Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova.** 2009, 112 f. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.
- MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Direitos Fundamentais e o Controle da Constitucionalidade:** Estudos de Direito Constitucional, 2ª edição, Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999.
- MENDES, Paulo de Sousa. **O standard de prova e as probabilidades: uma proposta de interpretação inspirada no direito comparado.** In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel (ed.). Fundamentos de direito probatório em matéria penal São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- MOLINA, Adriano Cezar; BERENGUEL, Orlando Leonardo. **Deepfake: A evolução das fake news.** Research, Society and Development, v. 11, n. 6, e56211629533, 2022. (CC BY 4.0) | ISSN 2525-3409 | DOI: <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v11i6.29533>.
- NEIRA, Orlando Muñoz. **Sistema penal acusatório de Estados Unidos: fundamentos constitucionales.** Panorama procesal. Principio de oportunidad. Juicios por jurado. Principales diferencias con el derecho colombiano. Bogotá: Legis, 2006, p. 361 apud PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- NICOLITT, André Luiz. Manual de processo Penal. 5. Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2014.
- NORONHA, Edgar Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 15ª ed., 1983.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal/.** – 9. Ed. Rev., atual. E ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- OLIVEIRA, Andreia H. Robert de. **Os possíveis impactos do CPC/2015 no instituto da emendation libelli no processo penal.** 2016, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2016/pdf/AndreiaHRobertdeOliveira.pdf. Acesso em: 06 de dez. 2023.
- PATRINI, G., Lini, S., Ivey-Law, H., & Dahl, M. (2018) **Commoditisation of AI, digital forgery and the end of trust: how we can fix it.**

Giorgio Patrini. <https://giorgiop.github.io/posts/2018/03/17/AI-and-digital-forgery/>.

PRADO, Geraldo. **A Quebra da Cadeia de Custódia das Provas no Processo Penal Brasileiro**. Lisboa: Rei dos Livros, 2015.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e sistema de controles epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo, Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. **Prova Penal e Sistema de Controles Epistêmicos: A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

RODRIGUES, Benjamim Silva. Da prova penal: Tomo IV – **Da prova-eletrónico-digital e da criminalidade informático-digital**. Lisboa: Rei dos Livros, 2011.

RODRIGUES. Luciana Boiteux de Figueiredo. **CONTROLE PENAL SOBRE AS DROGAS ILÍCITAS: O IMPACTO DO PROIBICIONISMO NO SISTEMA PENAL E NA SOCIEDADE**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo. 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2003.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. 2016. **A guerra ao crime e os crimes da guerra: uma crítica descolonial às políticas beligerantes no sistema de justiça criminal brasileiro**. Florianópolis: Empório do Direito.

SCHREIBER, Simone; AMARAL, Thiago Bottino. **Direito Processual Penal** 1. 3 ed São Paulo: Saraiva, 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva. Common Law. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

SZTOMPKA, P. **A Sociologia da Mudança Social**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2005.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal e Execução Penal**. 2020. Ed. Juspodivm.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**, 12ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 531.

VAZ, Denise Provasi. **Provas Digitais no processo penal**: Formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

WANDERLEY, Gisela Aguiar. **A QUARTA EMENDA E O CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE POLICIAL: BUSCA E APREENSÃO E STOP AND FRISK NA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE ESTADUNIDENSE**. Revista de Direito Brasileira | Florianópolis, SC | v. 24 | n. 9 | p.341-364 | Set./Dez. 2019.

WILLIAMSON, Richard A. **The Dimensions of Seizure**: The Concepts of “Stop” and “Arrest”. Ohio State Law Journal, v. 43, n. 4, p. 771–818, 1982.

ZAZA, Carlo. **Il ragionevole dubbio nella logica della prova penale**. Milano: Giuffrè, 2008.

Capítulo 13

A pluralidade de agentes nos delitos da Lei n.º 11.343, de 2006: análise da tipicidade dos ilícitos associativos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte

*Gustavo Henrique de Araújo Oliveira*¹³⁹

*Marcela Cardoso Linhares Oliveira Lima*¹⁴⁰

Introdução

A perspectiva de tratamento do tráfico de entorpecentes a partir da Lei n.º 11.343, de 2006, não se desvencilhou do critério punitivista da legislação anterior. No estado do Rio Grande do Norte, 19,5% da população carcerária está detida por delitos tipificados na Lei de Drogas, enquanto a média nacional é de 28,29% (SENAPPEN, 2023).

Conhecido que o delito de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, da Lei n.º 11.343, de 2006, não enseja a aplicação de penas superiores a 8 (oito) anos em mais da metade dos casos analisados na pesquisa, tem-se nos delitos associativos, quando em concurso com o crime do art. 33 da Lei n.º 11.343, de 2006, a aplicação de penas próximas ou superiores a 10 (dez) anos.

Normativamente, o tratamento da pluralidade de agentes, antes vigente na Lei n.º 6.368, de 1976, foi alterado na sistemática da Lei n.º 11.343, de 2006, seguindo, ainda, as alterações dos delitos autônomos, previstos no Código Penal e na legislação extravagante. Interessam ao estudo os delitos de associação para o tráfico (art. 35 da Lei n.º 11.343, de 2006), associação criminosa (art. 288 do

¹³⁹ Mestrando e graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Pesquisador no grupo 'Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no estado do Rio Grande do Norte' (CNPq/UFRN). Advogado. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3552-6382>.

¹⁴⁰ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestra e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito e Processo Penal pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogada. Pesquisadora nos grupos de pesquisa 'Criminalidade Violenta e Diretrizes para uma Política de Segurança Pública no Estado do Rio Grande do Norte' (CNPq/UFRN) e 'Direito Penal das empresas' (CNPq/UFRN), vinculados à Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6825-3042>.

Código Penal, alterado pela Lei n.º 12.850, de 2013) e o crime de organização criminosa (art. 2º da Lei n.º 12.850, de 2013), que servem de vetor de majoração das penas e impedem o reconhecimento do tráfico privilegiado.

A problemática da pesquisa, originada na fase de levantamento de dados, está na tipificação dos delitos associativos e seus elementos de prova da materialidade, além da pluralidade de agentes. Isso porque, as inovações legislativas e a tipificação plural dos delitos associativos permitem, na prática, múltiplas tipificações de uma única conduta, em concurso, ainda, com o delito de tráfico de drogas.

A pesquisa utilizou das metodologias de estudo de caso, por meio da amostragem de processos coletados para confecção do trabalho coletivo, e a revisão bibliográfica sobre o tema.

Os processos selecionados foram segmentados no presente capítulo e submetidos à análise quantitativa e qualitativa, de modo analisar a tipificação dos delitos associativos, a quantidade de pena aplicada e a comparação entre com o anteprojeto de lei apresentado por comissão de juristas à Câmara dos Deputados, sob o método hipotético-dedutivo.

O capítulo segue dividido em tópicos, iniciando com a apresentação dos dados coletados na pesquisa, seguidos da descrição e exposição dogmática do tipo do art. 35 da Lei n.º 11.343, de 2006. No terceiro tópico apresenta a questão da razoabilidade, proporcionalidade e do devido processo legal enquanto elementos dogmáticos necessários à compreensão de controvérsia, com especial enfoque à análise da prova nos processos pesquisados e à discussão atinente ao *bis in idem* entre os delitos associativos, em subtópicos específicos.

Antecedendo as considerações finais, são apresentadas as perspectivas de atualização legislativa prevista no anteprojeto de lei elaborado por comissão de juristas da Câmara dos Deputados, nas partes que tangenciam a temática dos delitos associativos em concurso com o tráfico de drogas e a análise das consequências da aprovação do projeto.

1. Apresentação dos dados

A pesquisa teve como objeto o levantamento de processos de apenados da Penitenciária Estadual de Alcaçuz e de apenadas do Complexo Penal Dr. João Chaves, ambos, em razão de delitos tipificados na Lei de Drogas. Dentro da amostragem foi possível aferir que o concurso de agentes nas imputações específicas que envolvem os delitos da Lei n.º 11.343, de 2006, em 44,68% dos casos. Destaca-se, na segmentação por gênero, que os delitos em concurso de pessoas representam 76,9% dos processos entre as apenadas do sexo feminino.

O concurso de crimes foi observado em 43,2% dos processos pesquisados na Penitenciária Estadual de Alcaçuz e 50% nos processos do Complexo Penal Dr. João Chaves, sendo majoritariamente visualizado o concurso de crimes com os delitos tipificados no Estatuto do Desarmamento, Lei n.º 10.826, de 2003; a associação para o tráfico, tipificado no art. 35 da Lei n.º 11.343, de 2006; e o delito de integrar organização criminosa, previsto no art. 2º da Lei n.º 12.850, de 2013.

Na amostragem coletiva foram identificados 58 (cinquenta e oito) processos nos quais houve a condenação dos agentes por associação para o tráfico e/ou organização criminosa, sendo 47 (quarenta e sete) processos referentes exclusivamente à associação para o tráfico, 05 (cinco) referente à integração de organização criminosa e 06 (seis) processos nos quais houve a dupla imputação.

Para este capítulo, foram observados, analiticamente, um recorte, por amostragem, de 22 (vinte e dois) processos¹⁴¹ que constam com condenações pela prática dos delitos de associação para o tráfico e de organização criminosa,

¹⁴¹ompõ Cem o espaço amostral da pesquisa segmentada no presente capítulo os processos n.º 0101982-46.2020.8.20.0124, 0101576-25.2020.8.20.0124, 0102903-88.2017.8.20.0001, 0100531-68.2020.8.20.0129, 0100293-64.2019.8.20.0103, 0106353-97.2013.8.20.0124, 0102281-91.2018.8.20.0124, 0801181-81.2020.8.20.5300, 0100585-34.2015.8.20.0121, 0103210-75.2014.8.20.0121, 0100512-58.2018.8.20.0153, 0100316-07.2019.8.20.0104, 0100882-64.2018.8.20.0144, 0105463-56.2016.8.20.0124, 0100968-63.2015.8.20.0104, 0100386-71.2018.8.20.0132, 0101661-62.2018.8.20.0162, 0801025-93.2020.8.20.5300, 0100578-72.2019.8.20.0001, 0101012-12.2018.8.20.0158, 0102484-97.2019.8.20.0001 e 0101515-35.2017.8.20.0104 disponíveis para consulta através do sistema do processo judicial eletrônico (PJe) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte – TJRN.

não sendo observados processos com a imputação do delito de associação criminosa previsto no art. 288, do Código Penal em concurso com os delitos da Lei de Drogas.

No espaço amostral deste capítulo houve a condenação, cumulada ou não com a prática dos delitos de tráfico de drogas, de agentes por associação para o tráfico (art. 35, da Lei n.º 11.343, de 2006) e organização criminosa (art. 2º, da Lei n.º 12.850, de 2013) em 04 (quatro) processo. A tipificação da conduta de organização criminosa aparece isoladamente em 02 (dois) processos, restando aos 16 (dezesesseis) remanescentes da amostra a condenação exclusiva pelo delito de associação para o tráfico, mantendo-se proporção do espaço amostral com o universo da pesquisa.

2. Tipicidade do delito de associação para o tráfico

A Lei n.º 6.368, de 1976, apresentava tutela diferenciada para os delitos associativos, prevendo a associação de duas ou mais pessoas tanto como causa de aumento (art. 18, III), quanto delito autônomo (art. 14), com pena superior ao delito de quadrilha ou bando, tipificado na redação originária do art. 288 do Código Penal, que exigia a associação de três ou mais pessoas.

No plano internacional, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto n.º 154, de 1991¹⁴², reclama maior eficácia na tutela dos delitos associativos, incluindo, a afetação aos proveitos econômicos da referida organização criminosa, sem prejuízo da internalização *conforme os seus princípios constitucionais e os conceitos fundamentais do ordenamento jurídico* interno. Hodiernamente, o

¹⁴² A Convenção promulgada tem a seguinte redação: “Art. 3º *Delitos e Sanções I - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente: a) [...] v) a organização, a gestão ou o financiamento de um dos delitos enumerados nos itens i), ii), iii) ou iv); [...] c) de acordo com seus princípios constitucionais e com os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico; [...] iv) a participação em qualquer dos delitos mencionados neste Artigo, a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a assistência, a incitação, a facilitação ou o assessoramento para a prática do delito.*”

“*combate a todas as formas de crime organizado*” faz parte dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da ONU.

No ordenamento jurídico interno, a Lei n.º 12.850, de 2013 foi responsável por alterar o delito, agora de associação criminosa no Código Penal, e tipificar o delito de organização criminosa. As alterações normativas referentes aos delitos associativos posteriores à Lei n.º 11.343, de 2006, não ensejaram a mudanças na legislação especial, o que repercutiu em divergências na aplicação do tipo especial, associação para o tráfico, com os demais tipos associativos.

O delito de associação para o tráfico de drogas, previsto no art. 35 da Lei n.º 11.343, de 2006, tipifica a conduta de associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei n.º 11.343, de 2006, a pena de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, além do pagamento da pena pecuniária¹⁴³.

A norma trouxe, ainda, no parágrafo único do mesmo artigo a inclusão da responsabilização penal às mesmas penas do *caput* deste artigo para aqueles que se associarem para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta lei. De forma literal, associar-se é o ato de unir, congregar ou de se aliar para alcançar um objetivo comum, permanecendo de modo permanente ou estável.

Percebe-se que o atributo da associação é a constância do vínculo existente entre os agentes. Vale frisar que, apesar de o art. 35 da Lei n.º 11.343, de 2006 dispor a expressão “reiteradamente ou não”, esse tipo penal deve possuir a estabilidade ou a permanência (LIMA, 2015). Comentando a superação da literalidade, Ney Bello Filho e Ludmila Bello (2017), destacam que é da ausência de previsão da causa de aumento específica para o simples concurso de agentes na Lei n.º 11.343, de 2006, que não se pode dispensar ao

¹⁴³ O art. 35 da Lei n.º 11.343, de 2006, reproduziu o preceito primário do delito antes previsto no art. 14 da Lei n.º 6.368, de 1976, cuja pena privativa de liberdade também variava entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão. Na legislação anterior, cuja ementa iniciava-se com o destaque à “prevenção e repressão ao tráfico de drogas”, a conduta associativa também servia como causa de aumento da pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços), nos termos do art. 18, inciso III, da Lei n.º 11.343, de 2006.

delito, de concurso necessário, autônomo de associação a prova da permanência e estabilidade.

Em razão disso, para o delito ser caracterizado, deve ser demonstrado o dolo de estabilidade e de permanência, sendo este verdadeiramente imprescindível para a configuração do tipo penal em análise, conforme jurisprudência de ambas as turmas com competentes para a uniformização da interpretação da lei federal em matéria penal do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a exemplo dos precedentes consubstanciados no HC 438.022/RJ e no AgRg no AREsp 1.786.455/RJ, respectivamente, da Quinta e da Sexta Turma.

O bem jurídico objeto da proteção penal desse delito é, semelhantemente a outros previstos na Lei n.º 11.343, de 2006, a proteção da saúde pública, de modo que a associação efetiva, e não o mero concurso, deve gerar perigo ao bem jurídico tutelado. Logo, o bem tutelado juridicamente deve ser observado no plano coletivo ou social, em atenção à saúde geral das pessoas que habitam em uma sociedade.

Mais um importante aspecto a ser pontuado é que o crime de associação para o tráfico não é considerado hediondo, não estando previsto na Lei n.º 8.072, de 1990, Lei de Crimes Hediondos, cujo rol de crimes é taxativo, conforme reconhecido pela jurisprudência do STJ a exemplo do HC 296.207/SP¹⁴⁴. É essencial fazer tal consideração, pois influencia na obtenção de benefícios para aquele que ocupa um assento no banco dos réus, como a progressão de regime e do próprio livramento condicional, por estabelecer *quantum* diferente aos crimes hediondos e aos não hediondos¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Conforme trecho retirado da ementa do referido precedente: “O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que o delito de associação para o tráfico de drogas não possui natureza hedionda, por não estar expressamente previsto nos arts. 1º e 2º, da Lei n. 8.072/90”.

¹⁴⁵ Não se descuidava quanto à controvérsia de que, com a vigência da Lei n.º 8.072, de 1990, o preceito secundário da norma de associação para o tráfico passou a ser o mesmo para o delito de associação criminosa (art. 288 do Código Penal) nos termos do art. 8º da Lei de Crimes Hediondos. Este, ademais, era o entendimento do Supremo Tribunal Federal no final da década de 90, segundo o qual a especialidade da norma do art. 14 da Lei n.º 6.368, de 1976 veiculava o preceito primário da norma, cujo preceito secundário estava no art. 8º da Lei n.º 8.072, de 1990, como comenta Evandro Capano (2015), referenciando o julgamento do Habeas Corpus n.º 75.350/SP de relatoria do Ministro Aldir Passarinho na Primeira Turma do STF. Assim, somente a partir da vigência da Lei n.º 11.343, de 2006, firmou-se a

Feita esta breve caracterização acerca do delito de associação para o tráfico, não se pode confundir este delito com o de associação criminosa ou de organização criminosa, evitando que alguém seja denunciado por mais de um crime em razão da mesma conduta, conforme será explanado nas linhas seguintes.

3. A razoabilidade, proporcionalidade e o devido processo legal

A Constituição de 1988, abrindo alas do período de redemocratização em nosso país e sustentando o próprio estado democrático de direito, prevê uma gama de direitos fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, tal qual consta no art. 5º da Carta Magna ao longo dos seus 87 (oitenta e sete) incisos. Não poderia ser diferente, considerando o forte período de tolhimento de direitos que antecedeu a Constituição Cidadã, como costuma ser denominada, por tornar aqueles que residem no Brasil cidadãos, de fato, com os seus direitos e deveres bem delineados.

Dentre os direitos ao longo do art. 5º, está o devido processo legal, ditado pelo inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. A partir desta afirmativa, o constituinte elenca uma série de direitos para garantir um processo devido e legal, pois, antes da concepção processual sob esta perspectiva, a persecução criminal era uma atividade profundamente administrativa, a exemplo do que ainda ocorre hoje com o inquérito policial – o qual é mero procedimento administrativo, desprovido de contraditório e ampla defesa, muitas vezes feito sob o manto do sigilo, com o único objetivo de angariar indícios de autoria e de materialidade para fundamentar a *opinio delicti* do Ministério Público em caso de oferecimento de denúncia (LIMA, 2023, p. 28).

“Com o devido processo legal, a jurisdição penal saiu da esfera apenas administrativa e passou a ser processualizada, sob a direção de um juiz independente e imparcial” (SILVA JÚNIOR, 2022, p. 85-86). Há,

compreensão de que o delito de associação para o tráfico, agora tipificado no art. 35 da lei vigente, não está no rol taxativo da Lei de Crimes Hediondos.

primeiramente, a necessidade de reunir as provas quanto à infração, checar a existência de materialidade e aos indícios referentes à autoria, para haver justa causa e seja, futuramente, ajuizada a ação perante o Judiciário, com o consequente pedido de aplicação da sanção penal cabível ou de outra medida judicial adequada (SILVA JÚNIOR, 2022, p. 85).

Esta se mostra como uma das funções essenciais do Estado desde que atue em consonância com as balizas previstas na Constituição de 1988, consubstanciadas pelos direitos fundamentais, em atenção ao princípio da legalidade constitucional¹⁴⁶. Para isso, não podem deixar de ser aplicados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que, propriamente no âmbito penal e processual penal, evitam a aplicação de sanção que seja desarrazoada à conduta do agente. Mais que isso: evitam que o agente seja indiciado ou denunciado por mais de um tipo penal, quando a sua conduta poderia, em uma análise inicial, configurar mais de um crime.

Fala-se em “poderia”, pois os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao *bis in idem* e da especificidade não permitem que tal ato seja efetivado. Neste sentido, a tutela dos bens jurídicos não pode ser realizada a qualquer custo ou de qualquer modo, vez que só poderá ser considerada legítima se forem observados os requisitos impostos ao Estado Democrático de Direito como legalidade, culpabilidade e intervenção mínima (LIMA, 2023, p. 37).

Além disso, como enfatiza Brandão (2010, p. 15), somente haverá proporcionalidade – considerando que a pena retira direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo a liberdade – no caso em que o bem jurídico tutelado tenha guarida constitucional, quer seja de natureza individual (vida e patrimônio) ou supraindividual (meio ambiente e ordem econômica). A

¹⁴⁶ Com enfoque na matéria probatória destaca Badaró (2023, p. 23) que “[...] o processo penal tem por finalidade legitimar o exercício do poder de punir estatal, mediante a verificação probatória e posterior decisão sobre a imputação penal. Não se pode aceitar, porém, qualquer instrumento como apto a legitimar o resultado final. Mesmo que haja uma correta reconstrução histórica dos fatos, bem como seja realizada uma adequada atividade hermenêutica, o desrespeito às garantias constitucionais do processo fará com que o resultado seja injusto”.

proporcionalidade é “um critério de controle da conduta do Estado, seja ela legislativa, administrativa ou jurisdicional, no escopo de proteger os direitos fundamentais” (SILVA JÚNIOR, 2022, p. 229), sendo composta por três elementos parciais, quais sejam: 1) adequação ou idoneidade; 2) necessidade ou exigibilidade; e 3) proporcionalidade em sentido estrito.

Hamilton (2019, p. 76) nomina mais um elemento integrante do princípio da proporcionalidade, qual seja, a menor ofensividade social, pois, especialmente no âmbito criminal, é preciso estar atento à menor ofensividade social da posição escolhida quando ocorrer o sopesamento dos direitos fundamentais em determinado caso.

Sem proporcionalidade e sem razoabilidade, um processo penal dificilmente será devido e, menos ainda, legal, pois direitos, como ampla defesa e contraditório, correm o sério e iminente risco de serem injustamente cerceados. Aliás, o direito a ter uma pena proporcional e razoável à conduta praticada e mesmo o de não ser responsabilizado penalmente por mais de um crime a partir de uma única conduta encontra-se igualmente ameaçado.

Assim, ainda que na hipótese de delitos autônomos, entre si e ao tráfico de drogas, é indispensável a compreensão exata dos bens jurídicos tutelados e do *standard* probatório necessário para subsunção do fato à norma, para que a autonomia do tipo não enseje a dupla punição pelo mesmo fato.

No plano fático, discussão quanto à incidência de qual conduta associativa atrai qual tipo penal da ensejam as discussões referentes às situações cotidianas quanto à apreensão de substâncias ilícitas em uma residência coabitada ou ainda quando a apreensão em que o agente com quem é apreendida a droga está acompanhado de outro, serão ambos condenados pela prática do crime de tráfico de drogas em concurso com o delito da associação para o tráfico?

Isto é, a simples pluralidade de agentes na prática do delito de tráfico de drogas é fundamento para a tipificação do delito de associação criminosa, em dissonância das premissas doutrinárias e jurisprudenciais referenciadas antes?

Os 22 (vinte e dois) processos pesquisados, cujas sentenças, quando recorridas, não foram reformadas quanto à tipicidade dos ilícitos associativos, foi possível observar um *standard* mínimo para as condenações, lastreado em produção de provas a partir de interceptações telefônicas e/ou a quebra do sigilo de dados de telefones apreendidos. Em alguns casos, entretanto, houve a utilização de outros meios de provas que aferem de modo menos preciso as condutas associativas, essencialmente a prova oral.

Na sistemática vigente, a condenação de agentes pela prática do delito de associação para o tráfico ou de organização criminosa, cumulados ou não, são, em sua maioria, responsáveis pelas condenações superiores a 8 (oito) anos de reclusão visualizadas nos processos pesquisados, de modo a evidenciar a necessidade da delimitação da tipificação dos ilícitos associativos.

3.1. A prova da tipificação do delito de associação para o tráfico

O espaço amostral permitiu aferir a relevância das provas obtidas a partir da interceptação telefônica – 12 (doze) processos – e da quebra de sigilo de dados dos aparelhos telefônicos – 2 (dois) processos – para subsidiar a condenação, tanto no delito de associação para o tráfico, quanto no delito de organização criminosa. As provas são derivadas de investigações prévias com a apreensão de quantidade significativa de entorpecentes e o processamento de 3 (três) ou mais agentes.

Nestes casos, verifica-se que a interceptação telefônica prévia, autorizada judicialmente, permite a cognição mais ampla de quais os agentes e quais as atividades desenvolvem dentro da estrutura associativa, o que tende a ser corroborado por outros meios de prova no curso da instrução processual.

Nos outros 8 (oito) casos analisados, a prova dos delitos é subsidiada pela prova documental e testemunhal, merecendo destaque o depoimento dos agentes policiais que aduzem a prévia associação ante a informação da

existência de denúncias anônimas anteriores¹⁴⁷, deflacionando o grau de certeza sobre o delito demonstrado unicamente pela prova oral.

Isso porque, sem desprivilegiar as razões do livre convencimento motivado, a materialidade delitiva, conforme apresentado antes, se distancia da simples pluralidade de agentes, reclamando a demonstração da estabilidade e permanência associativa. Ou seja, reclama sua demonstração autônoma ao delito de tráfico, não sendo suficiente a pluralidade de agentes na prática do delito¹⁴⁸.

3.1.1. Da associação para o tráfico na coabitação

Na pesquisa foram identificados casos nos quais o flagrante em residências enseja a denúncia dos coabitantes. No processo nº 0801181-81.2020.8.20.5300, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Parnamirim, perfilhado ao entendimento colegiado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte citado acima, houve a prolação do juízo absolutório quanto ao delito associativo entre dois irmãos e um amigo de um destes. Com a apreensão de entorpecentes no ambiente doméstico, todos os agentes foram condenados pela prática do crime de tráfico de drogas, mas absolvidos, na forma do art. 386, II, do Código de Processo Penal, do delito de associação para o tráfico sob o fundamento de que não restou demonstrado um “*elo estável e duradouro entre os acusados*”, elemento essencial do tipo autônomo.

Em outro processo, também, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Parnamirim, distribuído sob o n.º 0106353-97.2013.8.20.0124, foi tutelado caso no qual a autoridade policial, ouvida em juízo, narra a existência de uma

¹⁴⁷ Esta é a hipótese observada nos processos n.º 0106353-97.2013.8.20.0124, 0103210-75.2014.8.20.0121, 0100882-64.2018.8.20.0144 e 0801025-93.2020.8.20.5300.

¹⁴⁸ Nesse sentido o entendimento colegiado da Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte no julgamento da Apelação Criminal n.º 0800619-88.2020.8.20.5133, cuja ementa destaca: “EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DESCRITOS NOS ARTS. 33 E 35 DA LEI 11.343/06. CONDENAÇÃO. [...] PLEITO ABSOLUTÓRIO DO ILÍCITO DE ASSOCIAÇÃO FORMULADO POR AMBOS OS APELANTES. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS CONTEXTUALIZADOS DO VÍNCULO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. ANIMUS ASSOCIATIVO NÃO DEMONSTRADO NOS AUTOS. ACOLHIMENTO. [...]” (TJRN. Apelação Criminal n.º 0800619-88.2020.8.20.5133. Rel. Des. Glauber Rêgo. Câmara Criminal. Julgado em 01/09/2022. Publicado em 02/09/2022).”.

“organização criminosa” formada por dois irmãos e as respectivas companheiras, todos denunciados pelos delitos dos arts. 33 e 35 da Lei n.º 11.343, de 2006.

Finda a instrução, a companheira do irmão responsável pelo depósito foi absolvida de ambas as acusações, enquanto a companheira do “líder” foi condenada apenas pelo ilícito do art. 35, sob o fundamento de que esta seria responsável por auxiliar o companheiro na traficância.

No mesmo sentido, no processo distribuído sob o n.º 0103210-75.2014.8.20.0121, da 1ª Vara da Comarca de Macaíba/RN, a cognição monocrática concluiu pela tipicidade do delito de associação para o tráfico entre mãe e filho, que residiam em local conhecido como boca de fumo. A sentença fundamentou que o depoimento dos policiais narrou a denúncias anteriores quanto ao funcionamento de um ponto de traficância na residência.

Nos últimos casos citados, os parâmetros de estabilidade e permanência são consignados a partir da prova testemunhal, não corroborada por outros elementos de prova, inexistindo investigação prévia¹⁴⁹.

3.1.2. Da organização criminosa

Os processos que tutelam o tipo penal de organização criminosa, previsto no art. 2º da Lei n.º 12.850, de 2013, têm como meio de prova a interceptação telefônica em 5 (cinco) dos 6 (seis) processos pesquisados, nos quais constata-se, ainda, o concurso com o delito de associação para o tráfico. A análise do concurso entre os delitos associativos será objeto do tópico seguinte, reservando-se o presente subtópico à análise do *standard* probatório, em destaque, o processo de n.º 0100578-72.2019.8.20.0001, da 1ª Vara da Comarca de Extremoz/RN.

¹⁴⁹ Ainda que não pacificado, ecoa entre os precedentes da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça a tese de que a mera alusão da prova oral de que o local da prisão dos agentes é conhecido como ponto de traficância, não fundamenta o delito associativo, exemplificando o julgamento do AgRg no HC n. 842.797/PR de relatoria da Ministra Laurita Vaz, julgado em 18/9/2023 e disponibilizado no DJe de 25/9/2023.

No caso, iniciada a persecução penal a partir da apreensão de drogas ilícitas e outros materiais que indicavam a traficância na casa do único acusado, que faziam referência a determinada organização criminosa, foi ofertada a denúncia com a descrição das condutas tipificadas no art. 33 da Lei n.º 11.343, de 2006, em concurso com o art. 2º, § 2º, da Lei n.º 12.850, de 2013.

O relatório e a fundamentação da sentença condenatória foram proferidos de forma oral em audiência, destacando a prova documental juntada aos autos, precisamente a apreensão de uma caderneta que consta com as iniciais e regras da referida organização, além da venda dos entorpecentes. Em sede de alegação finais, valendo-se dos mesmos fatos imputados na denúncia, o Ministério Público pleiteou a aplicação da *emendatio libelli* para condenar o agente denunciado pela prática do crime de associação para o tráfico, aceita pelo Juízo, mas sendo absolvido o acusado sob o fundamento de que não houve prova da estabilidade e permanência necessário para a caracterização do delito do art. 35 da Lei nº 11.343, de 2006.

Abstraindo-se do caso concreto, sucede a discussão quanto a possibilidade de distinção entre os delitos de organização criminosa e associação para o tráfico nas hipóteses em que se tutela o crime associativo em concurso com os delitos da lei de drogas, de modo a afastar a dupla tipificação de único fato.

3.2. Indicativo de ocorrência de *bis in idem*

Diante do exposto acima, considerando os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal, alguns casos indicativos da ocorrência de *bis in idem* costumam ocorrer na prática com relação aos delitos associativos¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Nereu José Giacomolli aduz que “Do ponto de vista material ou substancial, a incidência da vedação do *bis in idem* evita que o poder público penalize duplamente o mesmo sujeito, pelo mesmo fato. Na esfera processual, mais precisamente, veda a duplicidade da persecutio criminis, da imputação e do processamento (bis de aedem re non sit actio). [...] A identidade de interesse e fundamento exige a aplicação do *ne bis in idem*. Este ocorre, em casos tais, quando houver identidade entre a situação fática, sujeito, interesse e fundamento.” (2016, p. 362).

Tem-se por princípio do *ne bis in idem*, em sua função material, a proibição de que o mesmo agente seja “*por idênticos fatos e fundamentos, a imposição de mais de uma sanção, em sentido autônomo e individualizado, assim como a associação de mais de uma consequência jurídico-repressiva*” (SABOYA, 2012, p. 161). Majoritariamente, entretanto, vige o entendimento jurisprudencial de que a dupla valoração do mesmo fato em delitos autônomos não infringe o princípio destacado.

Na prática, algumas situações já são evidenciadas no momento da denúncia, em que o Ministério Público, titular da pretensão acusatória, acusa uma mesma pessoa por associação para o tráfico e organização criminosa aferindo do mesmo cotejo fático a dupla imputação, como visto no processo n.º 0100578-72.2019.8.20.0001. Ainda que a pessoa acusada estivesse associada aos demais corréus de forma preordenada para se beneficiar com o lucro do mercado de entorpecentes, não é crível que se faça incidir sobre o mesmo fato duas imputações diferentes, sob pena de configurar o *bis in idem*.

A proibição insculpida nesse princípio, apesar de não estar expressamente prevista na Constituição de 1988, é uma garantia que decorre diretamente do sistema jurídico do estado democrático de direito e da valoração da dignidade da pessoa humana, referendada nos diplomas internacionais, destacando-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que veda a dupla condenação pelos mesmos fatos (art. 8.4).

Assim, se os tipos penais punem a associação de pessoas voltada ao cometimento de delitos – no caso específico, voltado ao tráfico de drogas –, não pode o Ministério Público atribuir duas tipificações distintas ao mesmo fato, devendo ter optado por somente uma delas. No caso, deveria prevalecer o princípio da especialidade. A dupla imputação é excessiva e fere os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além da vedação ao *bis in idem*.

Buscando garantir a justiça na prestação jurisdicional, o princípio *ne bis in idem* garante que nenhum indivíduo seja processado ou condenado mais

de uma vez pelo mesmo fato delituoso¹⁵¹, fundado nos valores do estado democrático de direito que se manifesta por meio do princípio da legalidade.

O entendimento dos tribunais pátrios sobre o tema¹⁵², inclusive, é no sentido de que, caso o grupo criminoso se dedique a prática de outros crimes

¹⁵¹ Em estudo prévio à vigência da Lei n.º 12.850, de 2013, Badaró anunciava que o oferecimento de denúncia com a capitulação da conduta autônoma do art. 14 da Lei n.º 6.368, de 1972, sob o argumento de que a formação da quadrilha tinha como objeto o tráfico de drogas, seria válida a *emendatio libelli* na qual houvesse a condenação do agente pelo delito de tráfico com a incidência da causa de aumento da pena pelo concurso de agentes, ressaltando a impossibilidade de se seguir o caminho contrário, que reclamaria a *mutatio libelli* (2013). Na época não se cogitava o concurso com o delito do art. 288 do Código Penal, visto que a associação para o tráfico era tipo especial.

¹⁵² EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS, POR DUAS VEZES, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – CONDENAÇÃO [...] 2. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – PROPALADO BIS IN IDEM – OCORRÊNCIA – IDENTIDADE DE PESSOAS E DE CONTEXTO FÁTICO – [...] 9. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. [...] 2. Se, eventualmente, em um mesmo contexto fático, a organização criminosa perpetrar somente o crime de tráfico de drogas, evidentemente o grupo criminoso, ainda que com quatro ou mais pessoas com tarefas previamente divididas e relação de hierarquia, praticará o crime de associação para o tráfico [art. 35, Lei 11.343/06], observando-se, assim, a relação de especialidade incidente sobre o referido tipo penal; se esse mesmo grupo praticar vários crimes, incluindo o de tráfico de drogas, caracterizado estará somente o crime do art. 2º da Lei 12.850/13, afastando-se a incidência da associação para o tráfico, sob pena de bis in idem. (TJMT. Apelação n.º 0002080-45.2019.8.11.0015. Rel. Des. Juvenal Pereira da Silva. Terceira Câmara Criminal. Julgamento em 17/06/2020. Publicação em 22/06/2020).

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. [...]. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA PRESENTES. CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA PELOS DOIS CRIMES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO PELO TRÁFICO DE DROGAS. NECESSIDADE. GRUPO CRIMINOSO QUE PRATICAVA DIFERENTES TIPOS PENAIIS ALÉM DO TRÁFICO. CONFLITO APARENTE DE NORMAS. CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE. [...] 13. No que diz respeito à alegação de bis in idem em razão da condenação simultânea por associação para o tráfico e organização criminosa, tem-se que a Gangue do Cinquentinha tratava-se de associação criminosa composta por mais de 4 (quatro) pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas com objetivo de obter vantagens econômicas mediante a prática de várias infrações penais, tais como tráfico de drogas, roubos e homicídios. 14. Assim, a mesma associação, na espécie, pode ser conceituada como organização criminosa, nos termos do art. 1º da Lei 12.850/2013, ou como associação para o tráfico de drogas, conforme disposto no art. 35 da Lei 11.343/06, razão pela qual não podem os apelantes, em função de integrarem o mesmo grupo criminoso, ser condenados pelos dois delitos ao mesmo tempo, sob pena de violação ao princípio do ne bis in idem, devendo o presente conflito aparente de normas ser resolvido pelo critério da especialidade, haja vista que as leis de organização criminosa e de drogas trazem normas de mesma hierarquia. 15. Considerando que, no caso dos autos, a Gangue do Cinquentinha não resumia suas atividades ao tráfico de entorpecentes, mas também a atividades relacionadas a roubos e homicídios, certo é que, pelo princípio da especialidade, deve ser mantida a condenação somente pelo delito de organização criminosa. (TJCE. Apelação n.º 0126732-25.2016.8.06.0001. Rel. Des. Mario Parente Teófilo Neto. 1ª Câmara Criminal. Julgamento em 30/06/2020. Publicação em 30/06/2020).

além do tráfico de drogas, deve prevalecer a imputação do art. 2º da Lei n.º 12.850, de 2013. Entretanto, caso o grupo pratique apenas o tráfico de drogas deve subsistir, em razão do princípio da especialidade, a associação para o tráfico.

Outro caso de incidência do *bis in idem* diz respeito a uma condenação por tráfico e por associação para o tráfico, mais precisamente no momento da dosimetria. O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema trifásico de aplicação da pena. Na primeira fase, o juiz analisa as circunstâncias judiciais presentes no art. 59 do Código Penal, dosando a pena-base de forma que só poderá afastá-la do mínimo legal caso tais circunstâncias sejam desfavoráveis ao réu. Para isso, deve o magistrado fazê-lo fundamentadamente, em atenção ao postulado constitucional do artigo 93, IX, da CFRB/88.

Além das 8 (oito) circunstâncias tradicionalmente previstas no art. 59 do Código Penal para a dosimetria da pena, para os crimes da Lei n.º 11.343, de 2006, acrescenta-se mais uma, qual seja a natureza e a quantidade da substância ou do produto, nos termos do art. 42 da referida Lei de Tóxicos. A crítica tecida neste ponto é que, não raro na prática, quando se observa a justificativa posta em uma sentença condenatória para negativar a “natureza e quantidade da droga” com relação ao delito previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343, de 2006, constata-se que é a mesma justificativa posta para tornar desfavorável a mesma circunstância judicial em relação ao art. 35 da Lei n.º 11.343, de 2006.

Aqui não se desconsidera o ponto de que incidam para tipos penais diferentes, mas, adotando-se uma visão garantista, não se pode deixar de penar no réu que terá uma mesma fundamentação utilizada em seu desfavor para exasperar a mesma circunstância judicial em relação a delitos que compõem uma mesma acusação, de forma que o réu seria duplamente penalizado. Questiona-se a ocorrência de *bis in idem* sobre esse viés, sendo até mesmo o caso, de fundamentação insuficiente e/ou de dupla fundamentação para tornar desfavorável a mesma circunstância judicial para dois delitos em uma mesma acusação, recaindo sobre a mesma pessoa do réu.

Foram apontados, neste tópico, dois momentos em que se vislumbra uma possível ocorrência de *bis in idem*, em que a ânsia punitiva do Estado não pode se sobrepor aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do devido processo legal nos casos em que esteja presente na acusação a tipificação penal relativa à associação para o tráfico.

4. Associação para o tráfico no anteprojeto de reforma da Lei n.º 11.343, de 2006

Em 2018, o então presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, instituiu a comissão de juristas para apresentar anteprojeto de atualização da Lei n.º 11.343, de 2006, por meio do Ato do Presidente de 21/06/2018. Os trabalhos foram presididos pelo Ministro Ribeiro Dantas, contando com a participação do coordenador desta Base de Pesquisa, Walter Nunes da Silva Júnior e outros juristas como Pierpaolo Cruz Bottini e Maurício Stegman Dieter.

Concluído em fevereiro de 2019, a comissão apresentou o anteprojeto constatando o “*consenso que a atual política brasileira sobre drogas ilícitas não tem obtido sucesso quanto à redução de crimes.*” (DANTAS *et al*, 2019), sendo substrato deste consenso o aumento do número de encarceramento dos agentes derivados dos ilícitos da Lei de Drogas desde a vigência da norma.

Na proposta, a comissão aloca o concurso de agentes como duas hipóteses de causa de aumento, sendo revogada a previsão de associação para o tráfico da atual redação do art. 35, da Lei n.º 11.343, de 2006. A primeira hipótese, capaz de aumentar a pena de um sexto a um terço, a ser posta no art. 40, inciso II, incidiria pela pluralidade de agentes¹⁵³. Já a segunda, ensejaria o aumento de dois terços da pena, caso preenchidos os mesmos critérios da Lei de Organização Criminosa, nos termos do proposto para o art. 40-B, inciso, III¹⁵⁴.

¹⁵³ A proposta legislativa apresenta como causa de aumento “Art. 40. As penas previstas nos artigos. 33-A, 33B, 33-C, 33D, 33G, 33H, 33-I, 34, 36 e 37 desta Lei serão aumentadas de um sexto a um terço, se: [...] II – o crime for cometido em concurso de pessoas”.

¹⁵⁴ A proposta legislativa apresenta como causa de aumento “Art. 40-B. As penas previstas nos artigos. 33-A, 33-B, 33-C, 33D, 33G, 33H, 33-I, 34, 36 e 37 desta Lei serão aumentadas em dois terços, se: [...] III – o fato foi praticado pela associação de três ou mais pessoas, de

Subsiste, ainda, o delito autônomo e subsidiário para a hipótese de “*colaboração para o tráfico de drogas ilícitas*”, reformando o disposto no art. 37, do mesmo diploma¹⁵⁵, que permite a aplicação das causas de aumento descritas no parágrafo anterior, limitado às condutas de vigilância, informação e comunicação, ou colaboração de qualquer modo.

A proposição, caso aprovada, permite a redução da pena a ser aplicada nas hipóteses de concurso de agentes, adstrita à culpabilidade da conduta, além de elevar o *standard* probatório aceito pela jurisprudência e pela doutrina para a tipificação das causas de aumento.

Os parâmetros normativos propostos refletem necessário distanciamento dos juízos de presunção quanto às tipificações associativas do delito de tráfico de entorpecentes. É o que se vislumbra com o delito autônomo do art. 37, cujas condutas presumem a existência do concurso de agentes com condutas previamente ordenadas, mas não ensejam, por si, caso tipificadas, a aplicação da causa de aumento do art. 40-B.

A quantidade de pena aplicada ao delito associativo também é passível de adequação. Atualmente, enquanto o concurso de dois agentes permite a aplicação da pena mínima de 3 (três) anos, sendo controverso os elementos de prova para demonstração da permanência e estabilidade, do art. 35, da Lei n.º 11.343, de 2006, a proposta de reforma legislativo tutela a pluralidade de agentes, dispensada a prova dos critérios de permanência e estabilidade, com o aumento da pena do delito de tráfico em, no máximo, 1 (um) ano e 8 (oito) meses, da pena mínima, de 5 (cinco) anos do delito a ser tipificado no art. 33-B, por exemplo.

forma estruturalmente ordenada, estável, permanente e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza.”

¹⁵⁵ A proposta legislativa apresenta como preceito primário e secundário da norma “Colaboração para o tráfico de drogas ilícitas Art. 37. Exercer atividades de vigilância, informação e comunicação, ou colaborar de qualquer modo, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos 33-A, 33-B, 33-C, 33-G, 33-H e 33-I desta Lei: Pena: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa de 200 (duzentos) a 500 (quinhentos) dias-multa, se o fato não constitui crime mais grave”.

Previendo discussões futuras quanto à causa de aumento a ser inserida no art. 40-B, inciso III, e o delito de organização criminosa, destaca-se o prévio entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.290.296/SP, no qual foi consignado o entendimento de que quando o agente incorre na conduta do delito de tráfico (art. 33, da Lei n.º 11.343, de 2006), eventual conduta autônoma, no caso o financiamento do tráfico (art. 36, da Lei n.º 11.343, de 2006), deve ser tipificada como causa de aumento (art. 40, VII, da Lei n.º 11.343, de 2006), sob pena do *bis in idem*. Extraí-se a previsão de que o delito autônomo cuja agravante absorva a tipicidade de outro delito deve prevalecer sobre este. Assim, pelos mesmos fundamentos, a causa de aumento referente ao delito de organização criminosa deve impedir o concurso com o delito da Lei n.º 12.850, de 2013, não se desconhecendo a divergência jurisprudencial sobre o tema.

Considerações finais do capítulo

A tipificação da associação para o tráfico no ordenamento jurídico constituía não apenas delito autônomo, como causa de aumento da pena na vigência da Lei n.º 6.368, de 1976, o que a mera pluralidade de agentes não configura, por si o delito associativo, que limitar-se-ia à causa de aumento. A Lei n.º 11.343, de 2006, em sua redação originária, ainda vigente, manteve a tipificação da associação de duas ou mais pessoas como delito autônomo, excluindo a hipótese de aumento da pena pelo concurso de agentes.

Conhecida influência da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, pelo Decreto n.º 154, de 1991, a Lei de Drogas vigente apresentou conflito superveniente com a tipificação do crime de organização criminosa pela Lei n.º 12.850, de 2013, que não alterou a norma especial do tráfico de entorpecentes.

Pelos números absolutos da pesquisa, a condenação dos agentes por delitos associativos é inferior ao percentual de delitos praticados em concurso de agentes. Verifica-se, portanto, em consonância com a construção doutrinária e jurisprudencial, incluindo o julgamento da Apelação Criminal n.º 0800619-88.2020.8.20.5133 pelo TJRN, que o delito de associação criminosa prescinde

a prova da permanência e estabilidade entre os associados, ainda que a literalidade da norma dispense a reiteração.

Especificamente, entretanto, dentre os processos analisados foi aferível a vulneração de quais elementos de prova permitem a condenação pelos delitos associativos, especialmente nas hipóteses de detenção dos agentes em flagrante, sem a prévia existência de investigações policiais.

As condenações dos agentes pelos delitos associativos, quando ausente prévias investigações, são fundamentadas em provas orais e documentais oriundas do flagrante, que tornam questionáveis a prova da materialidade delitiva do delito de concurso necessário que exige a prova da estabilidade e permanência, responsável pela imposição da reprimenda estatal com penas superiores a 8 (oito) anos.

Dogmaticamente, a autonomia dos delitos de associação não reclama a dupla tipificação de um mesmo fato, tampouco a aplicação de penas elevadas originadas do concurso de crimes associativos pelos mesmos fatos se revela como parâmetro para tutela da culpabilidade, que são instrumentos de majoração das penas dentro da política punitivista constatada ao longo da pesquisa, alheio ao preceito constitucional da proporcionalidade.

A importância da tutela dos delitos associativos, precisamente do crime organizado, não se torna eficaz com a imputação dos tipos à mera pluralidade de agentes em cumprimento de um flagrante, que dispensa, na prática, a produção de provas específicas quanto ao delito associativo e não frustra o proveito econômico da organização criminosa, situação bastante diversa, quando a persecução penal é lastreada em investigações prévias e utilizam-se de meios de provas que não se limitam ao flagrante.

Em aparente caráter corretivo da política criminal, a proposição legislativa consolida a aplicação da reprimenda estatal devida para as hipóteses associativas, valorando-a como causas de aumentos, cuja majoração se dá por critério objetivo, e compatibilizando a associação para o tráfico com a organização criminosa, suprimindo, mediante um tratamento legislativo

coerente, as discussões vigentes quanto à aplicação de elevadas penas que tangenciam o *bis in idem*.

Emblemática foi a análise do processo n.º 0100578-72.2019.8.20.0001, no qual o órgão de acusação aduz a prática dos delitos de organização criminosa e associação para o tráfico a partir dos mesmos fatos. Em perspectiva, os fatos narrados não permitiriam a tipificação, sequer, das causas de aumento previstas no anteprojeto de lei conquanto que ausente a prova da associação ou mesmo a identificação do agente com o qual existiria o concurso.

Os parâmetros elencados no anteprojeto de lei não comportariam, por exemplo, a cognição verificada nos autos do processo n.º 0106353-97.2013.8.20.0124, referenciado no subtópico 3.1, *supra*, dando espaço à tipificação sugerida para o art. 37 à agente não condenada pelo delito de tráfico de drogas, mas sim pelo delito de associação criminosa. A pena aplicada no caso em pesquisado foi de 5 (cinco) anos de reclusão, superior ao mínimo legal pela valoração negativa de duas circunstâncias judiciais, enquanto o comando sugerido ao art. 37 tem pena máxima os 5 (cinco) anos, sendo a mínima de 2 (dois) anos.

Nos demais casos em que não houve a dilação probatória, da estabilidade dos agentes, também não sobressairia margem para aplicação da causa de aumento de dois terços, a ser prevista no art. 40-B, inciso III, da Lei n.º 11.343, de 2006. Nestes termos, vislumbra-se na proposição legislativa a adequação da norma quanto à tutela adequada dos delitos associativos, cuja necessidade, não deve servir de fundamento para aplicação de elevadas penas a agentes singulares, sem que haja a efetiva afetação da associação ou organização criminosa imputada.

Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Correlação entre acusação e sentença** [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

- BELLO FILHO, Ney; BELLO, Ludmila. Tese para a Caracterização do Crime de Associação para o Tráfico é Imprescindível o Dolo de se Associar com Estabilidade e Permanência In: ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (coord.). **Teses Jurídicas dos Tribunais Superiores: Direito Penal II** [livro eletrônico] São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRASIL. Decreto n.º 154, de 26 de junho de 1991. **Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 6 nov. 2023.
- BRASIL. Lei n.º 6.368, de 21 de outubro de 1976. **Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htmimpressao.htm. Acesso em: 6 nov. 2023.
- BRASIL. Lei n.º 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad**; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 11 nov. 2023.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **14º Ciclo. Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário**. jul. 2023. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoib2Q1ZmFmZWItNDNhMi00OTFjLTgyZGYtMjc1MmFiZDhmNGQ4IiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 1 dez 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.786.455/RJ**. Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região). Sexta Turma. Julgado em 8/6/2021. DJe de 11/6/2021.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 842.797/PR**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Julgado em 18/9/2023. DJe de 25/9/2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 296.207/SP**. Relator Ministro Ericson Marinho (Desembargador Convocado do TJ/SP). Sexta Turma. Julgado em 18/8/2015. DJe de 4/9/2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 438.022/RJ**. Relator Ministro Jorge Mussi. Quinta Turma. Julgado em 2/8/2018. DJe de 9/8/2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.290.296/PR**. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 17/12/2013. DJe de 3/2/2014.
- CAPANO, Evandro. **Legislação penal especial**. [livro eletrônico] São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro *et al.* **Anteprojeto de lei** (comissão de juristas responsável pela atualização da Lei de Entorpecentes), 2019. Disponível em http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Anteprojeto.pdf. Acesso em 6 nov. 2023.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- HAMILTON, Olavo. **Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas**. 4. ed. Natal: OWL, 2019.
- LIMA, Marcela Cardoso Linhares Oliveira. **O populismo penal midiático como obstáculo às políticas de segurança pública de estado e à redução da criminalidade**. 2023, 177f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2023.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.
- RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Apelação Criminal n.º 0800619-88.2020.8.20.5133**. Relator Desembargador Glauber Rêgo. Câmara Criminal. Julgado em 01/09/2022. Publicado em 02/09/2022.
- SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. **Dimensões do princípio do *ne bis in idem***. 2012, 295f. Tese (Doutorado em Direito Penal). Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2012.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Reforma tópica do processo penal: inovações aos procedimentos ordinário e sumário, com o novo**

regime das provas, principais modificações do júri e as medidas cautelares pessoais (prisão e medidas diversas da prisão). 4. ed. rev., ampl. e atual. Natal: OWL, 2022.

Capítulo 14

Tópicos interdisciplinares sobre dependência de drogas no contexto jurídico brasileiro: evolução histórica, imputabilidade penal e análise do artigo 45 da Lei de Drogas.

José Luciano da Silva Cruz¹⁵⁶

Introdução

A questão da inimputabilidade penal e sua relação com a dependência de drogas, prevista no artigo 45 da Lei nº 11.343, de 2006 (Lei de Drogas), é um tema complexo e multifacetado que desafia tanto juristas quanto profissionais da segurança pública em todo o Brasil. Dentro do contexto de guerra às drogas, essa problemática ganha contornos específicos, exigindo uma análise aprofundada e uma compreensão detalhada dos aspectos legais, jurisprudenciais, doutrinários e de saúde que a cercam.

Segundo Sanchez e Santos (2013, p. 21-22), a dependência química se manifesta quando o consumo de uma substância se torna compulsivo. Nesse contexto, o comportamento do usuário é predominantemente direcionado para o impulso de ingerir a droga de forma contínua ou periódica, buscando alcançar um estado de alteração da consciência, prazer, evitação ou alívio de sintomas de abstinência. Essa intensidade do comportamento, conforme os autores, é capaz de acarretar problemas sociais, físicos e/ou psicológicos.

Desta forma, o presente capítulo pretende explorar os desafios e dilemas que emergem da aplicação da isenção penal da Lei de Entorpecente

¹⁵⁶ Oficial da Polícia Militar do Rio Grande do Norte; Mestrando em Direito (UFRN), com ênfase na área de Constituição e garantia de direitos; Pós-graduado (lato sensu) em Direito de Trânsito pela Faculdade Legale (2021); Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (2017); e Participante do Projeto de Pesquisa Criminalidade violenta e diretrizes para uma política de segurança pública no Estado do Rio Grande do Norte; ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3863-0848>.

no Brasil. Este artigo estabelece a isenção de pena para o agente que, em razão da dependência de drogas, era, ao tempo da infração penal, *inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*. Embora destinada a humanizar a abordagem legal da questão da dependência das drogas, essa disposição legal suscita uma série de questões difíceis que afetam tanto a administração da justiça, da política de segurança pública e da saúde no Brasil.

Ao longo do percurso, diversas normas procuraram enfrentar esta temática, como o Decreto-Lei n.º 891, de 1938, que aprovou a lei de fiscalização de entorpecentes; a Lei n.º 6.368, de 1976, que refletia uma política de culpabilização dos sujeitos, desviando o foco das raízes materiais do uso de drogas no país; a Lei n.º 7.560, de 1986, que criou o fundo de prevenção e de combate às drogas de abuso (Funad); a Lei n.º 8.764, de 1993, que criou a Secretaria Nacional de Entorpecentes; a Resolução n. 03/GSIPR/CH/Conad, de 2005, que aprovou a Política Nacional sobre Drogas; e a Lei n.º 11.343, de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), dentre outras.

Neste contexto, o tema ganhou cada vez mais relevância. Em 1987, a Organização das Nações Unidas lançou o dia internacional contra o abuso e tráfico ilícito de drogas, celebrado em 26 de junho, visando alertar os governos quanto à necessidade de tratar este problema social com um olhar cada vez mais humanitário e focado no dependente químico.

No período de 13 a 15 de setembro de 2023, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ - realizou, em Brasília/DF, o 4º Fórum Nacional de Alternativas Penais (FONAPE), visando qualificar a discussão sobre a terceira onda das alternativas penais no Brasil, concentrando-se nas questões relacionadas às drogas (CNJ, 2023). O evento pretendeu aprimorar serviços penais e políticas para aqueles envolvidos no sistema de justiça criminal, especialmente na esfera das drogas, a fim de que o Estado possa se qualificar para operacionalizar medidas alternativas de maneira mais

eficaz, promovendo uma abordagem mais humanizada e adequada no tratamento dessas questões, visando transformações necessárias no campo da privação de liberdade.

No Brasil, a pesquisa desenvolvida por Bastos *et al.* (2017, pp. 131-135) revelou que cerca de 1,2 milhão de indivíduos, entre 12 e 65 anos, manifestaram dependência de substâncias, excluindo álcool e tabaco, nos últimos 12 meses, com uma prevalência de 0,8% na população geral e 13,6% entre consumidores dessas substâncias. Maconha, benzodiazepínicos e cocaína destacaram-se como as dependências mais frequentes. Não houve diferença estatisticamente significativa na prevalência entre homens e mulheres, mas a faixa etária de 25 a 34 anos apresentou a maior incidência, com 517 mil dependentes. A pesquisa observou uma prevalência mais significativa entre pessoas com nível educacional mais alto. Geograficamente, a prevalência foi menor na faixa de fronteira (0,1%) em comparação com o restante do país (0,8%), com a Região Sudeste apresentando a maior prevalência, embora não estatisticamente significativa em comparação com outras regiões.

Nesta perspectiva, pretende-se realizar a abordagem da dependência de substância entorpecente no Brasil sobre diversos eixos. Primeiramente, exploraremos os aspectos evolutivos da legislação de drogas no país até chegarmos à construção legislativa do atual texto do artigo 45 da Lei n.º 11.343, de 2006 (Lei de Drogas), em que serão analisados e discutidos os critérios estabelecidos para a exclusão da imputabilidade penal nele previsto. Em seguida, examinaremos a legislação correlata, a doutrina e a jurisprudência referente ao alcance e aplicação do referido instituto da ausência de responsabilidade penal pelo transtorno por uso de substâncias que causam dependência, bem como sua divergência, destacando as contribuições teóricas que contribuem na construção da jurisprudência pátria sobre o assunto.

Finalmente, com base nas conclusões extraídas dessas análises, apresentaremos recomendações para o aprimoramento das políticas públicas diretamente envolvidas no sistema de justiça criminal com relação à dependência de substâncias entorpecentes e sua implicação na falta de responsabilidade criminal, a partir de uma abordagem mais eficaz e equilibrada da criminalidade violenta associada à dependência de drogas.

Nesse sentido, este capítulo busca contribuir para a construção de diretrizes sólidas que possam melhorar a qualidade de vida da população e promover a justiça em um contexto tão desafiador, o qual é o reconhecimento e a aplicação do instituto da incapacidade penal por dependência de drogas, tendo em vista o caráter marginalizado que envolve esta questão.

Importante salientar que não se constitui o foco deste capítulo abordar a questão da intoxicação não intencional de substâncias ilícitas ocorridas por caso fortuito ou força maior, previstas também na cabeça do artigo 45 da Lei de Drogas, a qual tem como consequência a diminuição das faculdades mentais e, em síntese, a absolvição automática do acusado de infração penal. Entende-se que o agente estará isento de pena, pois será considerado inimputável (SILVA, 2016, p. 172).

1. Tratamento jurídico da dependência de drogas no Brasil: uma análise histórica do artigo 45 da Lei n.º 11.343, de 2006

Em 17 de agosto de 1938, por meio do Decreto n.º 2.994, o Brasil promulgou a Convenção para a repressão do tráfico ilícito das drogas nocivas, visando o enfrentamento do tráfico ilícito destas. Posteriormente, o Decreto-Lei n.º 891, de 1938, inaugurou no Brasil uma sequência legislativa que visa a fiscalização de entorpecentes, objetivando controlar estritamente a produção, distribuição e consumo de substâncias entorpecentes, buscando alinhar a legislação brasileira com convenções internacionais sobre a matéria e proteger a saúde pública.

Na mesma linha, a origem do tema da ausência de imputação penal em relação à dependência de substância entorpecente remonta à revogada Lei n.º 5.726, de 1971, que versava sobre a recuperação do viciado em substância que determina dependência (arts. 9º ao 13). A legislação, em seu Capítulo II, tratava da recuperação de infratores viciados, prevendo medidas para aqueles que praticassem crimes relacionados ao uso de substâncias entorpecentes. Se reconhecido que o vício comprometesse a capacidade do agente de compreender o caráter ilícito do fato, a lei previa sua internação em estabelecimento hospitalar para tratamento psiquiátrico. Em situações em que o vício reduzia significativamente essa capacidade, a pena poderia ser atenuada ou substituída por internação. Além disso, a reabilitação criminal do viciado, sujeita a condições específicas, poderia ser requerida após dois anos do término da pena ou medida de segurança, desde que o indivíduo demonstrasse sua recuperação do vício.

Destaca-se que, na vigência da referida legislação, o crime relacionado às drogas estava previsto no artigo 281 do Código Penal, que definia: *“plantar, importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo, substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez mil cruzeiros.”* Este crime fazia parte do rol dos crimes contra a saúde pública constante do Capítulo III (Título VIII - Dos crimes contra a incolumidade pública).

No entanto, a Lei n.º 6.368, de 1976, revogou tanto a Lei n.º 5.726, de 1971, quanto o artigo 281 do Código Penal Brasileiro, mantendo os requisitos quanto à dependência de droga previstos no artigo 11. Este artigo estabelecia que o dependente químico que recebesse pena de prisão ou medida de segurança com internação hospitalar pela prática de infração

penal teria acesso a tratamento ambulatorial dentro do sistema penitenciário onde estivesse cumprindo a respectiva pena.

Contudo, diante da premente necessidade de atualização legislativa, a Lei de Tóxicos - Lei n.º 6.368, de 1976, ao longo desse tempo, sofreu modificações visando “*adaptá-la às transformações pelas quais passaram o uso, o abuso, a dependência e o tráfico ilícito de substâncias ou produtos capazes de gerar dependência física ou psíquica*” (Câmara dos Deputados, 2006).

Desse jeito, um importante incremento nesta discussão de uma política de saúde pública focada no dependente químico foi a criação do fundo de prevenção, recuperação e de combate às drogas de abuso, através da Lei n.º 7.560, de 1986. Esta lei dispõe sobre os bens apreendidos e adquiridos com produtos de tráfico ilícito de drogas ou atividades correlatas, destinando-se aos programas de formação profissional sobre educação, prevenção, tratamento, recuperação, repressão, controle e fiscalização do uso e tráfico de drogas (art. 5º, I), dentre outros.

Posteriormente, com a promulgação da Lei n.º 11.343, de 2006, foi instituído o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), o qual prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, bem como estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Esta medida visa “*o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade*” (art. 4º, I), igualmente o direito à saúde.

Neste contexto, observa-se que o artigo 45 da Lei de Drogas trouxe a previsão de uma exceção à regra geral de imputabilidade penal. Esse artigo passou a admitir a possibilidade de isenção de pena ao agente que, em razão da dependência de drogas, era, ao tempo da infração penal, “*inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento*”. Ainda, no artigo 46, informa que as penalidades

podem ser diminuídas de um terço a dois terços se, em virtude das circunstâncias descritas no artigo 45 desta Lei, o indivíduo, no momento da ação ou omissão, não possuía *plena capacidade de compreender a ilicitude do ato ou de agir conforme esse entendimento*.

Essa mudança legislativa trouxe maior responsabilidade quanto aos aspectos relacionados à saúde da pessoa doente por razão da dependência de droga. Segundo Hamilton (2019, p. 159), a abordagem terapêutica tem o poder de diminuir a quantidade de pessoas nas prisões, ao encaminhar para fora do sistema penitenciário o indivíduo que, ao invés de ser um recluso, transforma-se em usuário dos serviços de saúde.

Neste ínterim, é imperativo que o sistema de justiça se debruce com maior vigor para as alegações de insanidades mentais apresentadas em juízo, as quais subsidiam as decisões quanto à ausência de responsabilidade legal do agente que comete uma infração penal sob o comprometimento por substâncias psicoativas. Neste aspecto, pontuam Silva Junior e Hamilton (2022, p. 355), que na análise da inimputabilidade, “*deve-se levar em consideração a higidez biopsíquica e a maturidade do agente*”. A percepção em entender o caráter ilícito do fato ou sua determinação deverá estar afetada para afastar as possibilidades de cárcere.

1.1 Imputabilidade penal no contexto jurídico brasileiro: uma análise comparativa entre o Código Penal e a Lei de Droga

A imputabilidade, segundo Estefam (2018, p. 325), refere-se à capacidade mental de uma pessoa para compreender a natureza ilícita de um ato, isto é, reconhecer que seu comportamento é condenável perante a ordem jurídica, e de agir de acordo com esse entendimento, exercendo autocontrole. Esse conceito, conforme interpretado a contrário *sensu* do art. 26, *caput*, do Código Penal Brasileiro, implica um conjunto de condições relacionadas à maturidade e à saúde mental do sujeito, permitindo-lhe ter a

capacidade de compreensão e autodeterminação necessárias para ser responsabilizado legalmente por suas ações.

Por esse ângulo, a imputabilidade é um conceito fundamental no direito penal e diz respeito à capacidade do agente de ser responsabilizado pela prática de um crime. Em geral, pressupõe que o agente possua discernimento para entender a ilicitude do seu ato e para determinar-se de acordo com esse entendimento.

Desde já, precisamos distinguir a diferença existente entre a imputabilidade prevista no artigo 26, *caput*, do Código Penal Brasileiro da contida no artigo 45 da Lei de Drogas. Neste íterim, a imputabilidade prevista no Código Penal Brasileiro refere-se a doença mental, que diz respeito às condições psiquiátricas que afetam a saúde mental, em geral, enquanto a Lei de Drogas se associa com a síndrome de abuso de substâncias, relacionada ao uso compulsivo de substâncias psicoativas, levando a uma série de problemas físicos e mentais.

Logo, Greco (2022, p. 977) nos orienta que o Código Penal Brasileiro, no artigo 26, adota o critério biopsicológico para avaliar a inimputabilidade do agente, considerando a presença de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, e a absoluta incapacidade de compreender a ilicitude do ato ou agir de acordo com esse entendimento, indicando a conjunção desses critérios como base para a inimputabilidade.

Nesta medida, Masson e Marçal (2019, p. 179) também afirmam o aspecto biopsicológico do reconhecimento da dependência de droga, enquanto causa de isenção de pena. Assim, diante da compreensão de que a Lei n.º 11.343, de 2006, se trata de uma norma penal em branco, em que as drogas que causam dependência e isentam de pena são as previstas na Portaria n.º 344, de 1998, da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS) do Ministério da Saúde (MS), com suas respectivas atualizações, tendo em vista o ânimo de exceção que se reveste a inimputabilidade.

Deste modo, a dependência de droga, enquanto uso nocivo de substâncias na perspectiva da psiquiatria forense, é considerada uma perturbação da saúde mental. Geralmente, sua gravidade é inferior à doença mental, a menos que cause manifestações psicóticas ou outros transtornos que afetem a capacidade de entendimento (DIEHL *et al.*, 2011, 439).

Desta maneira, o afastamento da imputabilidade prevista na Lei de Drogas só se realiza quando, além da dependência química, existe capacidade de entendimento e/ou autodeterminação totalmente prejudicadas. No caso específico da dependência de drogas, o entendimento seria distorcido por psicose induzida por drogas, por exemplo. Já no caso da autodeterminação, o prejuízo seria uma incapacidade de autocontrole em razão de abstinência, fissura ou grave impulsividade.

1.2 Imputabilidade penal e dependência de drogas: interfaces legais e humanitárias sob o prisma do artigo 45 da Lei de Drogas

A imputabilidade penal e sua relação com a dependência de drogas é um tema de grande relevância no contexto do sistema jurídico criminal e de saúde pública do Brasil. A Constituição Federal prevê que a saúde, enquanto direito fundamental, é dever de todos e responsabilidade do Estado, o qual deve assegurar, por meio de políticas sociais, a redução do risco de doenças e outros agravos à saúde. Além disso, deve garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde da população (Constituição, artigo 196).

Do mesmo modo, é necessário entender a dependência, prevista no art. 45 da Lei de Drogas, a partir da definição apresentada pela Organização Mundial da Saúde - OMS (1993, p. 10) sobre síndrome de dependência. Essa síndrome é descrita como um conjunto de manifestações comportamentais, cognitivas e fisiológicas resultantes do consumo repetido de uma substância psicoativa. Ela é caracterizada pelo forte desejo de consumir a substância, dificuldade em controlar o uso, persistência no

consumo apesar das consequências prejudiciais, priorização do uso da substância em detrimento de outras atividades e obrigações, aumento da tolerância e, eventualmente, a ocorrência de estados de abstinência física. A síndrome de dependência pode estar relacionada a uma substância psicoativa específica, a uma categoria de substâncias (como narcóticos) ou a um conjunto mais amplo de substâncias farmacologicamente diversas.

Nessa linha, a dependência de substâncias psicotrópicas, que causam mudanças na atividade cerebral e são divididas em depressoras, estimulantes ou perturbadoras, deve ser analisada a partir do caráter humanitário da política de drogas prevista na Lei nº 11.343, de 2006. Essa lei instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), que visa, dentre outras razões, separar o dependente, dando-lhe dignidade e tratamento através da atenção e reinserção social (art. 1º). Essa separação é importante para distinguir o dependente do traficante, responsável pela proliferação da gravidade de saúde pública das pessoas portadoras da síndrome de dependência.

A Lei 11.343, de 2006, que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), estabeleceu medidas abrangentes para abordar a problemática da dependência de drogas ilícitas. A legislação enfatiza a necessidade de programas de atenção à saúde que adotem abordagens preventivas e individualizadas, baseadas em protocolos técnicos respaldados por evidências científicas. Além disso, destaca a importância da articulação entre diferentes setores, incluindo saúde, assistência social e órgãos do SISNAD, para garantir uma atenção integral ao dependente de drogas.

Dentro desta perspectiva, a abordagem atual da criminalização do uso e fornecimento de substâncias psicotrópicas tem sido amplamente criticada por sua falta de eficácia e pelos danos sociais e à saúde que causa. A Comissão Global de Políticas sobre Drogas destaca a necessidade de políticas mais abrangentes e apropriadas, que levem em conta a

complexidade do mercado de drogas e os problemas relacionados ao uso e dependência dessas substâncias. Além disso, enfatiza a importância de reduzir os níveis de violência e criminalidade associados ao tráfico de drogas e de minimizar os danos causados às pessoas (HAMILTON, 2019).

A humanização na política de drogas implica em adotar abordagens que priorizem a saúde e o bem-estar das pessoas, em vez de focar apenas na punição e repressão. Isso inclui o acesso a tratamentos oportunos para os usuários de drogas, em vez de estigmatizá-los e dificultar seu acesso à assistência médica. Também envolve a consideração dos fatores sociais, econômicos e de saúde que influenciam o uso de drogas, em vez de simplesmente criminalizar o comportamento.

Neste ínterim, o Supremo Tribunal Federal (STF), em sede do Recurso Extraordinário (RE) n.º 635.639/PR, ainda pendente de julgamento, conta atualmente com cinco votos favoráveis à eliminação da criminalização do porte de maconha para consumo pessoal. Essa perspectiva traz outra visão sobre a abordagem a respeito de drogas no país. Contudo, o julgamento encontra-se suspenso pelo pedido de vista do Ministro André Mendonça. O relator, Ministro Gilmar Mendes, ajustou seu voto para restringir a inconstitucionalidade à apreensão de maconha, seguindo os parâmetros propostos pelo Ministro Alexandre de Moraes. A Ministra Rosa Weber e outros ministros argumentam que a criminalização é desproporcional, prejudicando a autonomia privada e estigmatizando os usuários e dependentes. Há divergência, contudo, com o Ministro Cristiano Zanin, que, apesar de reconhecer as disparidades na aplicação da lei, acredita que a mera descriminalização pode agravar problemas de saúde relacionados ao vício.

No entanto, é importante ressaltar que a humanização na política de drogas ainda é um desafio em muitos países, onde a abordagem repressiva e criminalizadora prevalece. Por esta razão, a confirmação da decisão do STF no RE 635.639/PR refletirá em uma mudança paradigmática quanto

aos dependentes químicos da maconha, pois operacionalizará a abolição criminis ao dependente e/ou usuário que for flagrado com uma quantidade compreendida entre 25g a 60g da maconha. Dentro desta ótica, Hamilton (2019, p. 166) traz a perspectiva da necessidade de uma abordagem mais humanizada, o que requer vontade política e a adoção de políticas baseadas em evidências e no respeito aos direitos humanos.

Nessa direção, ressalta-se a urgente necessidade da análise, compreensão e aplicação do artigo 45 da Lei de Drogas no sistema de justiça criminal, na segurança pública e no sistema de saúde do país, como fator de diferenciação legal da discriminação dos sujeitos que cometem crimes acobertados pela inaptidão para responsabilização penal gerada pela dependência de substância entorpecente. Esses sujeitos não eram, no momento da ação ou omissão, capazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, dado que mesmo diante de fatos reprovados pelo ordenamento jurídico, nessas circunstâncias, o indivíduo não era capaz de se conter.

Neste íterim, na concepção finalista de Rogério Greco (2022), a imputabilidade deve ser compreendida como um elemento crucial da culpabilidade no direito penal brasileiro. Refere-se à capacidade do agente de ser responsabilizado por um ato previsto pela lei, exigindo pleno entendimento da ilicitude e capacidade de agir conforme o direito. No momento do delito, é essencial que o agente possua essa capacidade psíquica, conforme o princípio de coincidência, que analisa no instante da comissão do crime.

Para ocorrer a exclusão da responsabilidade penal, visando ao encerramento do processo com a emissão de sentença absolutória, é imprescindível que o magistrado possua convicção material acerca da inocência, da ausência de imputabilidade ou da efetiva não configuração do fato atribuído ao acusado como crime (SILVA JUNIOR, 2021, p. 392).

Desta forma, o estudo do artigo 45 perpassa pela compreensão do termo droga previsto na Lei nº 11.343, de 2006, onde a define como sendo as substâncias ou produtos que tenham o potencial de gerar dependência, conforme delineado em legislação ou listados em atualizações periódicas pelo Poder Executivo Federal (art. 1º, parágrafo único), cujo rol encontra-se na Portaria da Secretaria de Vigilância em Saúde (SVS) do Ministério da Saúde n.º 344, de 1998, consoante preconizado no artigo 66 da referida Lei.

Dentro desta percepção, analisar-se-á a dependência de droga enquanto substrato hábil a reconhecer que o agente não deverá ser responsabilizado penalmente, mas encaminhado para tratamento médico satisfatório ao caso concreto com vista à concretização dos direitos humanos deste sujeito, a fim de se ter um caráter mais humanizado sobre a questão e a adequação à proporcionalidade da conduta do agente.

1.3 Dependência de drogas e exclusão de imputabilidade penal: uma abordagem da complexidade sob o prisma jurídico

A dependência de drogas é reconhecida como uma condição que pode afetar a capacidade de discernimento do agente no momento da prática do crime. É crucial distinguir entre o uso recreativo ou ocasional de substâncias e a dependência, pois esta última pode levar a alterações significativas no funcionamento cognitivo e no controle comportamental do indivíduo.

Segundo Hamilton (2019), a criminalização das drogas não tem sido eficaz na abordagem da dependência. As políticas de guerra às drogas não conseguiram reduzir a demanda por drogas nem mitigar os danos decorrentes do seu uso, bem como a dependência. Assim sendo, a dependência de drogas é um aspecto a ser considerado na análise da eficácia das políticas de proibição e criminalização das substâncias psicotrópicas. O autor menciona que, ao longo dos anos, muito foi aprendido sobre a natureza da dependência e os padrões de uso das drogas.

Para comprovar a dependência, é necessário realizar um procedimento técnico-clínico que ateste a inimputabilidade do acusado, a fim de isentá-lo de pena ou promover a sua diminuição. O exame forense, eminentemente clínico, é realizado por um psiquiatra, ocorre, em regra, tempos após o cometimento do delito, o que pode dificultar sua constatação e prejudicar o reconhecimento do instituto da inimputabilidade ao tempo da ação ou da omissão do agente sob investigação.

Neste sentido, o perito, ao reconhecer ou negar a dependência química, não pode estar adstrito exclusivamente ao relato do periciando. É essencial adquirir informações adicionais de fontes secundárias, como familiares, amigos, vizinhos ou testemunhas oculares do evento, já que, na maioria das situações, não é realizado um teste toxicológico imediatamente após o incidente (DIEHL *et al.*, 2011, 438).

A análise minuciosa da trajetória de vida do periciando e a consistência com a literatura devem ser delineadas, incluindo desempenho no trabalho, na escola, na esfera familiar, no círculo social e qualquer envolvimento com o sistema judiciário por meio de registros criminais. Indivíduos dependentes de substâncias frequentemente apresentam impactos em diversas áreas da vida, permitindo ao perito o uso de ferramentas como avaliações neuropsicológicas e exames de neuroimagem para enriquecer o processo diagnóstico. Esses elementos conferem à atividade pericial uma complexidade notável em comparação com sua abordagem clínica.

Vale ressaltar que o fato de ser usuário não se relaciona diretamente ao reconhecimento da toxicomania apta a afastar ou reduzir a imputabilidade penal. O usuário recreativo não tem afetado seu domínio quanto ao agir e determinar-se, sendo, desta forma, plenamente responsável por suas consequências jurídicas.

Nesta linha, entende-se que a política humanizada sobre drogas no Brasil caminha ao reconhecimento do caráter de saúde pública que envolve

a síndrome da compulsão química, a fim de tratar as pessoas de acordo com sua dignidade humana, tendo em vista que isto impacta um julgamento mais justo às pessoas acometidas por este transtorno que cometa uma infração penal com a sua capacidade comprometida.

1.4 Aplicação da isenção de pena da legislação antidrogas: critérios e procedimentos na exclusão de imputabilidade

A aplicação da isenção de pena da legislação antidrogas não se processa de forma automática; ela está condicionada ao preenchimento de certos requisitos. Dentre os critérios discutidos na doutrina e jurisprudência, destacam-se a necessidade de comprovar a dependência de drogas do agente, a contemporaneidade entre a dependência e a infração penal, bem como a completa incapacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

O reconhecimento da dependência de substância entorpecente por parte do psiquiatra forense deve levar em consideração os critérios clínicos previstos na Classificação Internacional de Doenças (CID-10) e no Manual de Diagnóstico e Estatística de Transtornos Mentais (DSM-IV). Estes critérios incluem pelo menos um ano de uso, tolerância à substância, síndrome de abstinência ao interromper o uso, com alívio ao consumi-la novamente, dispêndio de um grande tempo ao utilizá-la ou obtê-la, tentativas fracassadas em deixar o uso, comprometimento global no funcionamento do indivíduo e incapacidade de abandonar a droga, mesmo ciente dos prejuízos (DIEHL *et al.*, 2011, 440).

Além disso, a OMS (1993, p. 9), na categoria F19 da Classificação Internacional de Doenças (CID-10), abrange transtornos mentais e comportamentais decorrentes do uso de múltiplas substâncias psicoativas, sejam elas prescritas ou não. Cada código dentro dessa categoria especifica a substância envolvida e o quadro clínico, baseada em diversas fontes, incluindo informações do próprio indivíduo, análises de sangue, sintomas

físicos e comportamentais. Essa classificação é reservada para casos em que o uso de drogas é caótico e indiscriminado, ou quando as contribuições de diferentes drogas estão misturadas.

Nesse contexto, ao perceber que o acusado cometeu a infração penal acobertado pela inimizabilidade da lei de tóxico, deverá ser requerido em juízo que seu representado seja submetido ao incidente de dependência toxicológica (exame pericial), a fim de apurar se estava totalmente incapaz de compreender a ilicitude do ato ou de agir de acordo com esse entendimento no momento que praticou o delito, ou, se, no momento da ação ou omissão, o agente não possuía plena capacidade para entender a natureza ilícita do fato ou para determinar-se conforme esse entendimento.

Por conseguinte, a avaliação de insanidade mental, no contexto da Lei nº 11.343, de 2006, segue o rito descrito nos artigos 149 a 154 do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 1941). Quando surgir dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes interessadas, determinará um exame médico-legal (art. 149, *caput*). Esse exame, que pode ocorrer durante o inquérito por representação da autoridade policial (art. 149, § 1º), envolve a nomeação de um curador ao acusado, suspendendo o processo, se já iniciado (art. 149, § 2º). Durante o exame, o acusado, se preso, será internado em manicômio judiciário ou estabelecimento adequado (art. 150, *caput*), não ultrapassando 45 dias, a menos que haja justificativa para prazo maior (art. 150, § 1º). Se diagnosticada irresponsabilidade nos termos do Código Penal, o processo prossegue com a presença do curador (art. 151). O incidente da insanidade mental é tratado em auto separado e, após apresentação do laudo, é anexado ao processo principal (art. 153).

Nesta linha, o magistrado, diante do convencimento do reconhecimento do nexa causal entre a dependência toxicológica e o cometimento do crime declarada em laudo próprio, determinará segundo o

grau de entendimento do caráter ilícito do fato se o autor é inimputável ou imputável em grau reduzido.

Nessa esteira, diante do reconhecimento da excludente de culpabilidade (inimputabilidade), realizada via avaliação médico-legal por um psiquiatra, o juiz, absolvendo o agente, ordenará na sentença sua condução para tratamento médico conveniente (artigo 45, parágrafo único, da Lei nº 11.343, de 2006)). Tal ato, na doutrina, é denominado de absolvição imprópria, pois, apesar do caráter absolutório da sentença, o juiz fixa um requisito determinante ao infrator, ou seja, uma medida de segurança. Por isso, poderá o agente ser submetido a internação ou tratamento ambulatorial a depender da situação concreta observada.

Nesta oportunidade, Dotti (2018, p. 875), orienta-nos que a “*medida de segurança é uma reação criminal, detentiva ou restritiva, que se liga à prática, pelo agente, de um ilícito típico e tem como pressuposto a periculosidade*”. Da mesma forma, pode-se inferir que a medida de segurança representa uma resposta restritiva do sistema criminal, que está intrinsecamente ligada à prática de um ato ilícito pelo agente, tendo como pressuposto a periculosidade do indivíduo, a fim de prevenir futuros comportamentos prejudiciais ao indivíduo e à sociedade, devendo levar em conta os princípios da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nesta esteira, o juiz, seguindo a regra do art. 386, parágrafo único, III, do Código Penal Brasileiro, irá aplicar a medida de segurança conforme disciplinado nos art. 96 a 99 do Código Penal Brasileiro. Assim, o absolvido imprópria poderá ser internado em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento penal adequado, por prazo indeterminado (art. 96, I, do CP). Além disso, a Lei de Drogas em relação ao prazo de tratamento médico para dependentes com transtorno mental mostra-se omissa. Nesta ocorrência, deve-se aplicar subsidiariamente as proposições do artigo 12 do Código Penal, devendo ser observado que as

disposições comuns do Código Penal são válidas para as condutas criminalizadas por legislação específica quando estas forem omissas.

Na sentença absolutória imprópria, deverá ser fixado o prazo mínimo de um a três anos para o tratamento. A análise considera a necessidade de perícia médica para constatar a cessação da dependência, assemelhando-se ao princípio da indeterminação presente nas medidas de segurança. A abordagem visa equilibrar a individualidade dos casos com a eficácia do tratamento, buscando uma solução para a lacuna legislativa (SILVA, 2016, p.173).

Importante destaque merece a divergência doutrinária quanto à aplicação do instituto da inimputabilidade da Lei de Drogas no tocante a sua abrangência, tendo em vista que, para Masson e Marçal (2019, 179-180), ela se aplica a qualquer infração penal enquanto, para Silva (2016, p. 172), a norma está restrita aos crimes previstos na Lei n.º 11.343, de 2006.

Nesta seara, observa-se uma divergência na literatura, exemplificada pelos autores acima. Contudo, a jurisprudência entende a aplicação deste dispositivo para todas as infrações penais, conforme se observará a seguir.

2. O artigo 45 da Lei de Drogas na prática jurídica: uma análise das decisões judiciais sobre a excludente de imputabilidade

Segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), eventual dependência química do réu não implica necessariamente na instauração de incidente de insanidade mental. O julgador deve analisar essas peculiaridades, juntamente com os demais elementos nos autos, para aferir dúvidas sobre a imputabilidade do acusado. Se as instâncias ordinárias concluírem que não há indícios de inimputabilidade, a inversão dessa premissa fática demandaria uma análise profunda do acervo probatório, incompatível com a via estreita do habeas corpus (STJ, AgRg no HC n.

814.474/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 5/6/2023).

Neste sentido, o STJ entende que o juiz, diante de provas com caráter meramente protelatório, deve aplicar o previsto no art. 400, § 1º, do CPP (*As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias*), ou seja, poderá indeferi-la de plano, sem que isso se traduza em prejuízo à defesa. Tal entendimento visa, dentre outras razões, dar maior celeridade processual. Da mesma maneira, para que o juízo admita o exame de insanidade mental, não deve o requerente se fundamentar apenas em dilações, mas trazer um conjunto probatório mínimo a ensejar a dúvida razoável do estado mental do acusado.

Sendo assim, cabe a quem alegar o incidente de insanidade mental demonstrar as razões que fundamentam o pedido, como receituários médicos, internações pretéritas, testemunhos oculares do fato delinquente, bem como vídeos e demais provas juntadas por parentes que demonstram a reiteração da conduta. Isso permitirá ao juiz sopesar as informações e decidir conforme a necessidade do periciando.

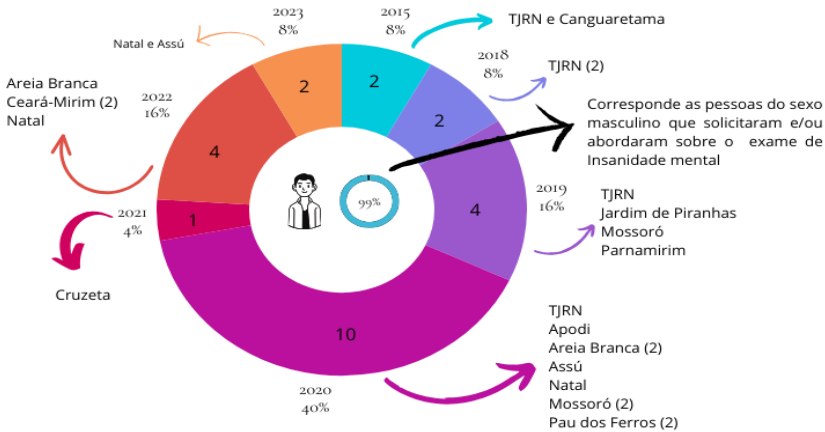
Em consulta ao sítio eletrônico de jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (TJRN)¹⁵⁷, utilizando-se do filtro de busca: "*dependência química. Lei 11.343. inimputabilidade*", foram encontrados 26 processos, sendo que um encontra-se duplicado, originários das diversas comarcas a respeito dos procedimentos e alegações que envolvem o exame de insanidade mental com fundamento no abuso de substâncias psicoativas dos acusados por prática de infrações penais diversas, tais como: do Código Penal Brasileiro {ameaça (1), furto (2), roubo (4) e associação criminosa (1)}; da Lei n.º 8.069, de 1990 {corrupção de menor (1)}; da Lei n.º 9.503, de 1997 {embriaguez ao volante (1)}; da Lei n.º 10.826, de 2003 {posse de arma de fogo de uso permitido (3) e disparo

¹⁵⁷ <https://jurisprudencia.tjrn.jus.br/>

de arma de fogo (1)); da Lei nº 11.343, de 2006 {tráfico de drogas (14) e associação para o tráfico (3)}.

No que diz respeito ao recorte temporal dos processos analisados, constata-se a distribuição conforme o gráfico abaixo, referente aos anos de 2015 a 2023.

Gráfico 1. Processos dos últimos 9 anos no TJRN que alegaram insanidade mental por dependência química, de acordo com a chave de busca.



Fonte: TJRN

Consoante se observa do gráfico acima, 99,75% dos casos em que foram solicitados e/ou abordados sobre o exame de insanidade mental referem-se a processos em que tinham como réus pessoas do sexo masculino (24 casos). Destes, em 18 processos há o pedido expresso do exame de insanidade mental, sendo 15 solicitados pela defesa, 01 pelo Ministério Público e 01 pelo magistrado. Contudo, em apenas 8 casos o magistrado deferiu a realização do exame. As negativas se deram com fundamento no fato de que os juízes não estão obrigados a deferir o exame com base em meras alegações que não estejam lastreadas em um conjunto probatório razoável a consignar a dúvida do julgador.

Conforme se observa, no ano de 2020 tiveram 10 processos a respeito da insanidade mental do acusado com fundamento na isenção penal da Lei nº 11.343, de 2006, não sendo possível verificar se a pandemia da

Coronavírus SARS-CoV-2 (COVID-19) teve alguma relação direta com os casos em apreço.

Capta-se que o tema é comum no âmbito do TJRN, sendo que as perícias são encaminhadas para o Núcleo de Perícias Judiciais (NUPEJ/RN) ou ao Instituto Técnico Científico de Polícia (ITEP). Todavia, em sua maioria, os exames são indeferidos por falta de elementos que corroborem a tese de inimizabilidade da Lei n.º 11.343, de 2006. Ainda, apesar da alegação com fundamento na dependência química, verifica-se que em alguns casos, os magistrados fazem nota do art. 26 do Código Penal Brasileiro.

Neste caso, apercebe-se que no processo n.º 0109414-73.2015.8.20.0001, em grau de apelação, o TJRN absolveu o acusado sem a necessidade da aplicação de medida de segurança, pois os elementos indicavam que não mais seria necessária, tendo em vista que o acusado já não mais fazia uso de substâncias entorpecentes. Todavia, no processo n.º 0104176-97.2020.8.20.0001, oriundo da Comarca de Natal, houve sentença absolutória imprópria com aplicação de medida de segurança, onde o réu era acusado do crime previsto no artigo 157, *caput*, do Código Penal Brasileiro. Já no processo n.º 0102411-67.2020.8.20.0106, oriundo da Comarca de Mossoró, houve o reconhecimento da semi-imimizabilidade, em que o réu é acusado do crime previsto no art. 157, *caput*, do Código Penal Brasileiro.

Considerações finais do capítulo

A abordagem da dependência química no Brasil é um desafio para o Sistema Único de Saúde (SUS) e o Sistema de Justiça Criminal. O país tem adaptado suas legislações visando a humanização do tratamento, distinguindo traficantes, usuários e dependentes.

O Artigo 45 da Lei n.º 11.343, de 2006, que trata da falta de imputação por dependência de droga, é crucial na busca pela

individualização da pena. Esse dispositivo permite ao juiz, no caso concreto, aplicar o princípio da dignidade humana, evitando a inclusão do sujeito em um sistema penal reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como violador dos direitos fundamentais.

As dúvidas sobre a inimputabilidade levam os magistrados a deferirem exames de insanidade mental, avaliando a capacidade do acusado. Meras alegações do consumo de entorpecentes não são suficientes, e a rejeição desse argumento é feita pelos médicos peritos.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN), observa-se que, nos últimos nove anos, a maioria dos acusados que solicitaram exames de insanidade mental por uso nocivo de substâncias são do sexo masculino. Entretanto, a maioria desses pedidos foi negada pelos juízes, interpretando-os como estratégias para atrasar os processos.

É fundamental que os magistrados entendam que, ao suscitar o incidente de insanidade mental por dependência química, é imperativo respeitar os direitos dos acusados para que a justiça concretize os direitos humanos.

A discussão sobre o tratamento da dependência de drogas no cenário jurídico brasileiro é complexa. O Artigo 45 da Lei de Drogas, ao longo de sua evolução, reflete a adaptação do ordenamento jurídico diante das transformações sociais e científicas. A conciliação entre a aplicação da lei e a compreensão da dependência como uma condição que exige tratamento e suporte é um desafio crucial.

O diálogo constante entre a legislação, a jurisprudência e as demandas sociais é crucial para uma abordagem justa e compassiva aos afetados pela dependência de drogas. Em síntese, a análise do Artigo 45 proporcionou uma compreensão das interseções entre imputabilidade penal e dependência de drogas no contexto brasileiro. Este capítulo contribui para a reflexão sobre as interfaces entre a legislação e a saúde mental, destacando

a necessidade de uma abordagem científica e humanitária nas políticas públicas e decisões judiciais relacionadas à dependência de drogas.

Referências

- BASTOS, Francisco Inácio Pinkusfeld Monteiro *et al.* (Org.). III **Levantamento Nacional sobre o uso de drogas pela população brasileira**. Rio de Janeiro: FIO CRUZ/ICICT, 2017. 528 p.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos**. 2006. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html> (acesso em 03 nov. 2023).
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Exposição de motivos**. 2006. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html> (acesso em 03 nov. 2023).
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **4º Fonape começa hoje com discussões sobre alternativas penais e políticas sobre drogas**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/4o-fonape-comeca-hoje-com-discussoes-sobre-alternativas-penais-e-politicas-sobre-drogas/>>. Acesso em: 2 nov. 2023.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. de 2023.
- BRASIL. Decreto n.º 2.994, de 17 de agosto de 1938. **Aprova a Lei de Fiscalização de Entorpecentes**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 ago. 1938. Seção 1, p. 18237. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1938/d02994.html>. Acesso em: 5 nov. 2023.
- BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 ago. 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 28 out. 2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HC n. 814.474/SP**. Relatora Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Julgado em 29/5/2023. DJe de 5/6/2023. Disponível em:<<https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num>

_registro=202301143292&dt_publicacao=05/06/2023 >. Acesso em: 10 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **STF tem cinco votos para afastar criminalização do porte de maconha para consumo próprio**. Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral (Tema 506). Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=512815&ori=1>>. Acesso em: 3 nov. 2023.

DIEHL, Alessandra *et al.* **Dependência química: prevenção, tratamento e políticas públicas. Dados eletrônicos**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018. 1008p.

dpsicobio/Nova_versao_pagina_psicobio/CAPITULO1CLASEFEITOSFARMACOLOGICO.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2023.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <<https://acljur.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Direito-Penal-Parte-Geral-Volume-1-Andr%C3%A9-Estefam-2018.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2023.

GOMIDE, Henrique Pinto. **Ações Integradas Sobre Drogas: Prevenção, Abordagens e Políticas Públicas**. *Psicol. pesq.*, Juiz de Fora, v. 7, n. 2, p. 281-282, dez. 2013. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-12472013000200017&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 16 nov. 2023.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: volume 1: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. 24. ed. Barueri [SP]: atlas, 2022.

HAMILTON, Olavo. **Princípio da proporcionalidade e guerra contra as drogas**. Natal: OWL, 2019. 225p.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: aspectos penais e processuais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Nacional Antidrogas. **Resolução n. 3/GSIPR/CH/CONAD, de 27 de outubro de 2005, aprova a Política Nacional Sobre Drogas**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 out. 2011. Disponível em: <https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/1267/1/RES_CONAD_2005_3.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2023.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Classificação dos transtornos mentais e de comportamento da CID-10**. Porto Alegre: Artmed; 1993.

SANCHEZ, Z.V.D.M; SANTOS, M.G.R: **Classificação e efeitos farmacológico das drogas: O que são drogas de abuso**. Cap.1 Disponível em: <<http://www2.unifesp.br/>

- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal** - 3ª Edição. Revista, ampliada e atualizada. Natal: OWL, 2021. 730p.
- SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da; NUNES, Cíntia Bezerra de Melo Pereira. Perspectivas para uma política norte-rio-grandense de execução penal baseada nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). **Política criminal: monitoramento de espaços públicos, (in)eficiência dos inquéritos policiais, duração razoável dos processos e tratamento dos presos**, por Walter Nunes da SILVA JÚNIOR e Olavo HAMILTON (Orgs.). Natal: OWL, 2022.
- SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

Capítulo 15

Lei de drogas: fundamentação, desproteção e fracasso

*Olavo Hamilton*¹⁵⁸

Introdução

Segundo a teoria do crime, o que justifica o emprego da violência estatal, consubstanciada na aplicação do direito penal, é a tutela dos bens jurídicos mais importantes à convivência humana e ao pleno desenvolvimento da personalidade. Por se tratar de medida extrema e gravosa, somente se faz legítima, enquanto *ultima ratio* do direito, quando manejada para consecução de determinado fim, exponencialmente mais difícil de se alcançar por outros meios.

Assim, afastando-se de qualquer construção conceitual fundada precipuamente na ética ou nos sentimentos, é possível objetivar o conceito de bem jurídico passível de tutela penal como aqueles de caráter fundamental e difícil proteção por outros métodos do direito, cuja violação ou ameaça lesiona o livre desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos humanos ou as estruturas sociais que lhes garantem.

Importa, então, averiguar se a intervenção penal para o problema das drogas tem cumprido suas funções manifestas, enunciadas nas normas incriminadoras, dirigidas à proteção do bem juridicamente tutelado, a saúde pública. É que o método mais seguro, simples e direto para investigar se a lei criminal cumpre satisfatoriamente sua tarefa preventiva consubstancia-se em perquirir se, no desempenho da norma aplicada, realmente produz a tutela dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada.

¹⁵⁸ Advogado, Conselheiro Federal da OAB (2009-2025), Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN), Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).

Assim, apresentando-se enquanto o ponto de confluência entre o direito penal e a política criminal (Liszt, 2003), o bem jurídico desempenha função decisiva de legitimação (Bacigalupo, 2005), revelando sua importância e capacidade de ser identificado como chave política (Terradillos Basoco, 1995), sobretudo quando sistematicamente interpretado de forma crítica.

O discurso oficial¹⁵⁹ da criminalização das substâncias psicotrópicas, exposto na teoria jurídica do crime e da pena quanto ao direito penal das drogas, apresenta a saúde pública como objeto de proteção de sua norma incriminadora e do sistema de justiça criminal que se move a partir dela. Tratar-se-ia, portanto, da tutela de valores relevantes para a vida individual ou coletiva, delimitados e sintetizados na expressão “saúde pública”.

No entanto, o que se entende por saúde pública, apesar de corresponder a um interesse coletivo que afeta um número indefinido de pessoas, demanda concreta condição de ameaça ou lesividade individual para que apresente relevância jurídico-penal. Não se mostra suficiente que a saúde pública seja em abstrato, como se proclama ser, um bem coletivo fundamental, para que mereça tutela pela via da norma incriminadora (Prado, 1997). Em síntese, não é legítimo “criar tipos para proteção de bens jurídicos, sendo estes descritos através de conceitos com base nos quais não é possível pensar nada de concreto” (Roxin, 2008, p. 51). Enquanto não seja possível demonstrar, de modo seguro, que certa conduta individual ofende a integridade de terceiros, seja ela física ou moral, essa ação não pode ser legitimamente bloqueada pelo poder público, ainda que seu autor

¹⁵⁹ Entende-se por “discurso oficial” sobre a legitimação do direito penal, o discurso jurídico sobre o delito, consubstanciado na teoria jurídica do crime, construído a partir da legislação penal imposta pelo Estado, tendo como objetivo imputar penas aos autores de fatos definidos como ilícitos penais, de acordo com os princípios de interpretação e de aplicação concreta da norma penal, no intuito declarado de promover, segundo teoria da pena, a prevenção geral (Cirino dos Santos, 2014).

de qualquer forma prejudique a si próprio, no curto ou longo prazo (Soares, 1993).

A esse respeito, mencionando especificamente a criminalização das substâncias psicoativas, Claus Roxin (2008) critica a norma penal e a jurisprudência alemãs que postulam a saúde pública como bem jurídico sob proteção, vez que não teria um corpo real, uma existência possível de ser elevada à condição de bem tutelável. Ainda segundo o autor, não seria viável deduzir da proteção à saúde pública um fundamento adicional de punição, muito menos pela via do direito penal.

Nesse sentir, a saúde pública seria um bem jurídico fictício, cuja dificuldade de materialização no plano individual inviabilizaria sua proteção pelos mecanismos da norma penal. Entretanto, essa refutação não é objeto do presente capítulo, delimitado a investigar o fundamento da criminalização das drogas e se cumpre o seu papel de proteção social – a legitimidade do discurso oficial segundo o qual o direito penal das drogas atua no sentido de proteger a saúde pública, bem jurídico pretensamente concreto e identificável, afetado pelo consumo de psicotrópicos. É a partir dessa proposição que se desenvolve o presente capítulo.

A investigação é importante pois, segundo Alessandro Baratta (1994), a função oficial da norma incriminadora quando carece de instrumentalidade, pode ocultar as funções latentes da ação punitiva estatal, dissimulando a realidade da pena enquanto violência institucional, reproduzindo no sistema de justiça criminal a moral que impõe e a desigualdade que lhe é ínsita.

Assim, se a saúde pública, apresentada como bem jurídico a fundamentar a criminalização das substâncias psicoativas, de forma a justificar a operação do direito penal, não se fizer satisfatoriamente tutelada, revelando-se inidônea a intervenção punitiva, ter-se-á importante indicativo que a atuação jurídico-normativa pode estar desempenhando função outra, simulando instrumentalidade, ocultando seu déficit, em uma relação de

dissimulação e ilusão incompatível com a própria teoria do crime e com o discurso oficial de proteção.

O passo inicial é, portanto, a investigação crítica quanto a racionalidade de seu desempenho no cumprimento das funções manifestas que enuncia: os resultados apresentados pela criminalização das drogas. Nessa tarefa, o bem jurídico tutelado é o parâmetro avaliativo comum.

Antes, porém, é preciso compreender que a criminalização das drogas encontra correspondência no que Gunther Jakobs (2012) intitulou de “direito penal do inimigo”, segundo o qual o Estado pode, em situações que exponham a coletividade a grave perigo, negar a determinada categoria de criminosos (os inimigos) as garantias inerentes ao que chama de “direito penal do cidadão”, cabendo-lhes apenas a coação estatal.

1. O inimigo como fundamento do direito penal das drogas

A sociedade, por vezes, ameaçada pela violência e pelo delito, posta-se encurralada. Em sua percepção, não pode se dar ao luxo de ter um direito penal dirigido à proteção da liberdade, como a “Magna Carta do delinquente”. Seu medo impõe a exigência de uma “Magna Carta do cidadão”, enquanto arsenal de efetiva luta contra o delito e repressão da violência. Determinados delinquentes se convertem tendencialmente em inimigos e o direito penal em “direito penal do inimigo” (Hassemer, 1997, p. 448).

Percebe-se, atualmente, uma dramatização da violência e da ameaça. A consequência é o recrudescimento da política criminal e do direito penal, convertendo-se este em um mero instrumento de coerção estatal. Assim, perdem a regência os princípios que orientam o direito penal. E este, com o tempo, fica descaracterizado (Hassemer, 1997).

É o que acontece com o direito penal das drogas. Desde o início, a criminalização do uso e do comércio de substâncias psicoativas

consideradas nocivas ao indivíduo e à sociedade foi o fundamento jurídico da guerra contra as drogas. Além de fundamento, a criminalização também se fez método, sendo a principal frente de combate aos psicotrópicos. Além de método, a penalização passou a ser resultado – resposta ao anseio moral que permeia o tema. Ou seja, a criminalização, a partir do argumento ético, é o cerne da guerra às drogas, pelo que esta seria esvaziada sem aquela.

E esse modelo criminal proibicionista, destinado ao enfrentamento dos males relacionados ao consumo de substâncias psicoativas, encontra alicerce no que Gunther Jakobs (2012) intitulou de “direito penal do inimigo”, segundo o qual o Estado pode, em situações que exponham a coletividade a grave perigo, negar a determinada categoria de criminosos, os inimigos, as garantias inerentes ao que chama de “direito penal do cidadão”, cabendo-lhes apenas a coação estatal.

Nessa linha de raciocínio, o direito regularia o vínculo entre pessoas titulares de direitos e obrigações recíprocas, enquanto o inimigo tem sua relação regida apenas pela coação. Embora a coação seja ínsita ao direito, apresenta-se mais árdua no campo do direito penal, inclusive naquele que se dirige ao cidadão. Ainda mais intensa quando se trata do direito penal imposto ao inimigo, pois nesse caso é o único instrumento a reger a relação entre o Estado e o infrator (Jakobs, 2012).

Segundo essa ideia, o direito penal garantista somente se dirigiria ao cidadão, enquanto o direito penal do inimigo aplicar-se-ia aos traidores do ordenamento jurídico, capazes dos atos mais nocivos à sociedade: o inimigo. Com a prática dos crimes considerados mais abjetos pela coletividade, o inimigo provocaria a rescisão do contrato social, pelo que ficaria sem a proteção das cláusulas que lhe resguardam contra a ação totalitária do Estado.

Portanto, o direito penal reconheceria dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento deferido ao 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, contra quem se combate por sua periculosidade e se ‘abate’ por prevenção. O direito penal do cidadão manteria a vigência da norma, enquanto o direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o direito das medidas de segurança) combateria os perigos (Jakobs, 2012).

De acordo com esse raciocínio, contra o inimigo deve-se usar a violência, legítimo monopólio do Estado, a qual estaria submetido antes mesmo de praticar o ato que o fez ser considerado hostil. O combate à criminalidade, quando o criminoso é o inimigo, não se faria pelos meios convencionais do direito, senão pela guerra – justificada pelo direito penal do inimigo: “frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra” (Jakobs, 2012, p. 317).

Foi exatamente o que aconteceu com a questão das drogas, declaradas por Richard Nixon (Nutt, 2012, p. 264) como o inimigo número um dos Estados Unidos da América, o que justificaria o uso de “uma nova ofensiva total”, em nível global, com o apoio das Nações Unidas e seus Estados membros.

O proibicionismo criminalizador voltado contra as drogas tornadas ilícitas, expressando-se na política “guerra às drogas”, explícita, de forma eloquente, a partir dessa própria denominação, os parâmetros bélicos que orientam a atual e globalizada expansão do poder punitivo, exacerbando os danos, as dores e os enganos provocados pela intervenção do sistema penal sobre seus selecionados “inimigos”. (Karam, 2009, p. 7)

Rechaçou-se qualquer possibilidade de resolução do problema por meio de outros métodos. Nem mesmo o direito penal garantista foi reconhecido como hábil a mitigar o problema das drogas. A violência, monopólio do Estado, teria de ser invocada contra o inimigo. “Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação” (Jakobs, 2012, p. 395).

A eliminação do perigo justificaria os atos de guerra. A filosofia da criminalização das atividades relacionadas às drogas ilícitas se alinha perfeitamente com o pensamento de Gunther Jakobs (2012, p. 376), segundo o qual “a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos”, enquanto que a noção de lesão se afirma pela mera sensação de constante ameaça que suscita o inimigo.

Assim foi instituída, em nível global, a criminalização das drogas, cunhada no direito penal do inimigo e construída, a partir de padrões ético-morais, pela força da política externa de um Estado hegemônico. E assim ela prossegue fomentando a guerra, sem qualquer perspectiva de se alcançar a paz ou, ao menos, uma saída honrosa. Prossegue, inclusive, sem apresentar os resultados um dia prometidos, não mais esperados e há muito esquecidos, não obstante ainda enunciados pelo direito penal das drogas.

2. A desproteção do bem jurídico sob tutela

O bem juridicamente tutelado pelo tratamento penal dado às atividades relacionadas às drogas consideradas ilícitas é a incolumidade coletiva, especificamente no que é pertinente à saúde pública. A criminalização das substâncias psicoativas fundamenta a guerra às drogas que, por sua vez, consubstancia-se em uma campanha de proibição e intervenção militar internacional, fundada no direito penal do inimigo, empreendida pelo governo dos Estados Unidos da América, com o auxílio de diversos outros países, tendo como objetivo manifesto definir e reduzir o comércio ilegal de drogas (Cockburn & St. Clair, 1998), a fim de mitigar progressivamente os males a ela relacionados, até a erradicação total.

No entanto, a criminalização das drogas tem custado muito caro – em todos os sentidos, sobretudo quanto aos efeitos sociais e econômicos. Por isso, no dizer de David Nutt (2012), impõe-se o dever de descobrir se tem alcançado seus objetivos declarados. Assim, para avaliar o sucesso

dessa política penal seria preciso, segundo o autor, responder três perguntas: a criminalização reduziu a oferta de substâncias consideradas ilícitas? Reduziu a demanda por psicoativos? Mitigou os danos decorrentes das drogas?

Qualquer estudo científico que procure responder a essas questões terá como resultado inequívoco a resposta de que a criminalização das drogas fracassou. O que se pode constatar é “a falência do modelo repressor, pelo menos nos seus fins declarados de erradicar o cultivo e a produção das substâncias hoje ilícitas e de reduzir o consumo” (Boiteux, 2017, p. 197). Quando a Convenção Única de Entorpecentes de Nova Iorque foi aprovada na Organização das Nações Unidas em 1961 e, dez anos depois, no contexto histórico em que Richard Nixon declarou guerra às drogas, acreditava-se que a repressão rigorosa sobre as substâncias psicotrópicas e a implantação de políticas públicas contra os responsáveis por sua produção, distribuição e consumo, conduziriam a uma redução do mercado ilícito até o ponto da erradicação total, culminando em um mundo completamente livre de drogas (Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011). No entanto, o resultado obtido foi o extremo oposto: o crescimento exponencial do mercado internacional de substâncias ilícitas, largamente controlado pelo crime organizado (Commission of the European Communities, 2009).

A própria taxa de homicídios avaliada durante um século (1900 a 2000) nos Estados Unidos da América guarda relação direta com o investimento no combate às substâncias consideradas ilícitas, indicando que, historicamente, do incremento no orçamento dirigido à guerra contra as drogas resulta, quase sempre, o aumento do índice de crimes dolosos contra a vida (Werb, et al., 2010).

Como consequência de décadas de proscrição severa nos Estados Unidos da América, enquanto o número de prisões por todos os crimes na década de 1980 havia sofrido incremento de 28%, os encarceramentos por

delitos relacionados às drogas tiveram acréscimo de 126%, em relação à década anterior (Austin & McVey, 1989).

No Brasil, em junho de 2016, 26% da população carcerária masculina era formada por homens condenados por tráfico de drogas (DEPEN, 2016). Quanto às mulheres cumprindo pena pelo mesmo delito, o índice é ainda mais impressionante: em sua maioria mulheres negras (Borges, 2018), 62% da população carcerária feminina, no mesmo mês e ano, estava presa em razão da prática de narcotráfico (DEPEN, 2016). Esse quadro é agravado por diversos fatores ínsitos à realidade carcerária brasileira que se torna ainda mais degradante em relação à mulher submetida à execução de pena criminal, tais como “as péssimas condições físicas de encarceramento, o tratamento discriminatório das mulheres presas e as violações de direitos fundamentais, em especial da saúde e da maternidade” (Castilho, 2007, p. 39).

Voltando à situação norte-americana, considerando a evolução dos encarceramentos decorrentes de delitos relacionados aos psicotrópicos entre os anos de 1972, início da estratégia de guerra contra as drogas, e 2002, somente nos Estados Unidos da América, o número de pessoas aprisionadas evoluiu de menos de cinquenta mil para quase quinhentos mil – o décuplo (Werb, et al., 2010).

A realidade internacional não difere daquela que se apresenta nos Estados Unidos da América, até porque é o modelo norte-americano que tem orientado o direito penal das drogas nos mais diversos Estados. Atualmente, no mundo, existem cerca de dois milhões de pessoas presas por delitos relacionados às drogas, o que representa um quarto da população carcerária, sem que a demanda e a oferta de substâncias ilícitas tenham sofrido qualquer decréscimo. A maioria dos encarcerados são pequenos traficantes que não estão diretamente vinculados a qualquer atividade violenta (Nutt, 2012).

Além do incremento na população carcerária, o tratamento do problema por meio da norma penal trouxe outra consequência deletéria, pois transformou usuários e dependentes em criminosos, na medida em que a posse de droga para o consumo também foi tipificada. Esse fenômeno se observa desde o início da proscrição das substâncias psicoativas consideradas ilícitas. A proibição das drogas, enquanto estratégia de política criminal, cumpriu a função de transformar meros adictos em adictos delinquentes (Rowe, 2006).

Estima-se que, desde o início da guerra às drogas, os países tenham gasto entre US\$1 trilhão a US\$2,5 trilhões (Nutt, 2012) na erradicação da produção, repressão aos traficantes e criminalização das pessoas que fazem uso de psicotrópicos. Nem mesmo os recursos dispendidos foram hábeis a reduzir a oferta, muito menos o consumo, de substâncias consideradas ilícitas. Aparentes êxitos, obtidos em pequena escala, com a eliminação de determinadas fontes de produção, foram invariavelmente compensadas em razão do surgimento de outras organizações criminosas e pela migração do processo produtivo para outras áreas geográficas (Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011).

É que as organizações criminosas, relacionadas com o narcotráfico, estão em constante mudança, de modo a escapar aos esforços engendrados pelas agências de controle, sempre procurando novas fontes de matéria-prima e bens intermediários, rotas de exportação e mercados. Até mesmo o sigilo inerente à própria ilegalidade impede uma organização mais transparente e estruturada, na qual os encarregados conheçam os líderes, o que fazem e como operam (Woodiwiss, 2005).

Não fosse o bastante, por mais alta que seja a quantia empregada pelos Estados na criminalização das drogas e na guerra que lhe é consequente, se comparada aos recursos do narcotráfico, torna-se ínfima. Estima-se que o rendimento anual da indústria das drogas ilícitas equivale a US\$400 bilhões, o que correspondia a 8% de todo o comércio mundial no

final dos anos noventa (Lima, 2009). Número semelhante, quanto ao volume que o comércio ilícito de substâncias psicoativas representa, é exibido por David Nutt (2012), segundo o qual o narcotráfico movimentaria £300 bilhões ao ano, cerca de 1% da economia global, sendo a segunda maior atividade econômica do mundo – atrás apenas da indústria petrolífera.

Deve-se observar que tamanho recurso, representativo de 1% da economia mundial, sendo movimentado por grupos criminosos, que se utilizam de vários negócios de fachada, paraísos fiscais e até países inteiros para torná-lo aparentemente legítimo, causa sérios danos ao sistema financeiro internacional (já volátil pela inerente especulação), sujeito que fica aos interesses escusos do narcotráfico.

O dinheiro proveniente do comércio ilícito de drogas, após ser lavado por meio de empresas de fachada e paraísos fiscais, é então integrado novamente ao sistema bancário convencional, para que as organizações criminosas possam ter acesso aos fundos ‘legítimos’. Técnicas diferentes são utilizadas, como transferências eletrônicas em pequena escala e faturamento falso. Estima-se, por exemplo, que o Panamá apresente uma lacuna de £1 bilhão, todos os anos, entre o ingresso de capital e as mercadorias exportadas. A diferença estaria relacionada aos rendimentos de organizações criminosas, principalmente ao narcotráfico (Nutt, 2012).

No mesmo fio condutor, vários estudos científicos (Rowe, 2006; Cockburn & St. Clair, 1998; Courtwright, 2002; Escohotado, 2002; Klotter, 2001; Rodrigues, 2017; Szasz, 1996; Werb, et al., 2010) demonstram que quanto mais se investe no combate ao narcotráfico, quanto mais se recrudescer na criminalização das drogas, mais arriscada se torna a atividade e, conseqüentemente, lucrativa; de tal forma que, da expansão da guerra às drogas decorre, quase sempre, o incremento no número de indivíduos dispostos a assumir os riscos do negócio em razão do lucro oferecido.

As atuais revisões sistemáticas sugerem que as intervenções jurídico-penais para as drogas são ineficazes quanto a redução da violência

a elas relacionada. Contrariamente ao pensamento convencional de que o aumento no rigor da criminalização reduz a violência, a evidência científica existente sugere, veementemente, que a proibição das substâncias psicoativas contribui para seu incremento no contexto do mercado ilícito, elevando as taxas de homicídio. Com base nestas conclusões, é razoável inferir que métodos cada vez mais sofisticados, destinados à interrupção das redes de distribuição de drogas, podem elevar os níveis de violência. Com efeito, pesquisas têm mostrado que ao remover os principais traficantes do lucrativo mercado ilegal, o desempenho da criminalização das drogas pode ter o efeito perverso de promover a significativa criação de incentivos financeiros, motivando outros indivíduos a preencherem este vazio (Werb, et al., 2010).

Aliás, enquanto se intensificaram os esforços de coerção, a produção das drogas proibidas ficou mais simples, mais racional e consideravelmente mais barata. A difusão do conhecimento quanto a produção, refino, adulteração e distribuição dessas drogas desenvolveu-se muito mais rapidamente do que os meios coercitivos legais. Mais importante, a margem de lucro na produção, contrabando e distribuição proporcionou fortunas a um pequeno grupo no topo da pirâmide do tráfico de drogas, especialmente em países com governos debilitados por conflitos ou corrupção. E, naturalmente, a proibição global das drogas forneceu a base financeira para o crime organizado internacional (Woodiwiss, 2005).

Pode-se afirmar com segurança, então, que a criminalização das atividades voltadas à produção, distribuição e comércio das drogas ilícitas não surtiu o efeito prometido de reduzir sua oferta. O mesmo fracasso se pode apontar, embora por motivos diferentes, quanto à demanda por tais substâncias ilícitas. A proscrição, ainda quando consubstanciada na criminalização do usuário, não se mostrou apta a reprimir a procura por substâncias psicotrópicas.

Atualmente, mais de 200 milhões de pessoas, em torno de 5% da população mundial, usam drogas ilegais – exatamente a mesma proporção da década de 1990, não obstante o governo norte-americano destinar US\$40 bilhões anuais para o controle de substâncias ilícitas em seu território e nos demais países. Somente nos Estados Unidos da América, em torno de 1,5 milhão de cidadãos são detidos todos os anos em razão de crimes relacionados às drogas, enquanto mais de 500 mil encontram-se encarcerados pelo mesmo motivo (Will, 2009).

Com efeito, entre os anos de 1998 e 2008, período de maior recrudescimento no combate internacional às drogas, o número de consumidores de substâncias derivadas do ópio experimentou um acréscimo de 34,5%, passando de 12,9 milhões para 17,35 milhões usuários. O mesmo se verificou quanto aos consumidores de cocaína, de 13,4 milhões para 17 milhões, 27% a mais, e de maconha, de 147,4 milhões para 160 milhões, aumento de 8,5% (Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011).

Assim, pode-se afirmar não haver correlação entre o rigor na legislação (leia-se: criminalização) e o consumo de drogas. Os cidadãos sujeitos às leis mais rígidas, nas quais o uso de droga configura crime, não consomem menos do que aqueles sujeitos às leis menos rígidas, onde os usuários não são considerados criminosos. Nem mesmo as diferenças culturais explicam esse fenômeno.

Ao defender essa ideia, George Frederick Will (2009) toma por exemplo a realidade vivenciada pela Suécia e Noruega. Ambas têm o mesmo padrão institucional quanto ao respeito da legalidade. Mesmo a Suécia tendo legislação mais rígida no combate às drogas e sendo a Noruega bem mais liberal, apresentam os mesmos índices de consumo ilícito. O autor ainda ressalta que o progresso mais relevante quanto à diminuição do uso de drogas se dá justamente com o cigarro, droga com potencial de dependência maior que as substâncias consideradas ilegais.

Da mesma forma, também não se pode afirmar que décadas de proscrição e criminalização reduziram os danos causados pelas drogas ou delas indiretamente decorrentes. O direcionamento prioritário das ações repressivas às pessoas que fazem uso de substâncias ilícitas tem, reiteradamente, o efeito negativo de dificultar o acesso às medidas de saúde pública, capazes de mitigar o número de mortes causadas por overdose e doenças relacionadas ao consumo de drogas (como contaminação pelo vírus do HIV, por exemplo). A insistência em ações ineficazes de repressão e criminalização se consubstancia em grande desperdício de recursos públicos que poderiam ser dirigidos para ações tendentes à efetiva redução da demanda e dos danos (Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011), tal qual ocorre com o álcool e o tabaco.

Arquétipo desse efeito negativo da criminalização das drogas sobre a saúde pública, milhões de usuários de drogas injetáveis, no mundo, são portadores do vírus HIV e outro tanto, embora ainda não contaminados, enquadram-se no grupo de risco. Medidas preventivas, como o fornecimento de seringas descartáveis, por exemplo, não podem ser adotadas em diversos países em razão da proscrição e criminalização dessas mesmas substâncias (Nutt, 2012). Ou seja, a intenção da criminalização era mitigar os danos inerentes às drogas, mas produziu o efeito inverso.

Na verdade, essa discussão sobre as consequências da criminalização das drogas não é recente. Sua conclusão em nada difere daquela alcançada pela *Comissão Wickersham*, a *National Commission on Law Observance and Enforcement*, instituída em 1931 pelos Estados Unidos da América, para avaliar o impacto da proibição do álcool naquele país. A experiência da Lei Seca, inserida no contexto histórico proibicionista do início do século passado, pode e deve servir de parâmetro emblemático para a política de penalização das substâncias psicoativas:

O constante barateamento e simplificação da produção de álcool e de bebidas alcoólicas, o aperfeiçoamento da qualidade daquilo que pode ser produzido por meios ilícitos,

a difusão do conhecimento da maneira de produzir bebidas alcoólicas e a perfeição da organização da manufatura e distribuição ilegais se desenvolveram com mais rapidez do que os meios de coerção destinados ao cumprimento da lei. Mais significativa, porém, é a margem de lucro no contrabando de álcool, no desvio da produção de álcool, na destilação e fermentação ilegais, no transporte clandestino e na fabricação e venda de produtos cuja maior parte sirva para obter bebidas alcoólicas fabricadas de maneira ilícita. Esse lucro possibilita a violação organizada e sistemática do *National Prohibition Act* em ampla escala e oferece ganhos idênticos às das indústrias legítimas mais importantes. Torna possíveis gastos milionários para corrupção. Coloca grandes tentações no caminho de todos os que se dediquem à aplicação e administração da lei. Proporciona base financeira para o crime organizado. (National Commission on Law Observance and Enforcement, 1931, p. 92)

Assim, como resultado de sua inerente criminalização, mesmo tendo consumido, no mínimo, US\$1 trilhão, custado a vida de centenas de milhares de pessoas e ter encarcerado aos milhões, pode-se dizer que a criminalização das drogas e a guerra que dela decorre não diminuiu a oferta de substâncias consideradas ilícitas, não reduziu a demanda por drogas, nem mitigou os danos dela decorrentes. Conforme sugere a Comissão Global de Políticas sobre Drogas (2016, p. 11), a abordagem penal fracassou em sua tarefa de demarcar e extinguir o mercado ilegal. Seu objetivo manifesto é a tutela da saúde pública, mas sua execução conduziu a “consequências sociais e de saúde devastadoras para os usuários de drogas, para outros atores no comércio de drogas e para a sociedade em geral”. Incontáveis violações a direitos fundamentais são praticadas todos os dias a pretexto do combate às substâncias psicoativas, tais como “pena de morte, execuções extrajudiciais, tortura, brutalidade policial e programas de tratamento desumanos para usuários de drogas”.

No entanto, não obstante o evidente fracasso da criminalização que orienta a guerra às drogas, persiste na sociedade e nos formuladores de políticas públicas, nacionais e globais, forte resistência a reconhecer a falência das estratégias repressivas, bem como para debater sobre alternativas mais eficientes e humanas. Uma revisão metodológica se impõe

e seu ponto de partida é o reconhecimento de que o problema relacionado às drogas é um desafio interdisciplinar para a saúde e a segurança das sociedades, muito mais do que uma guerra a ser vencida (Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011).

E não é somente uma questão de desproteção o problema do bem jurídico tutelado na criminalização das drogas. Perpassa também pela própria legitimidade do bem que realmente se busca tutelar. A construção do direito penal das drogas, ao longo da história, demonstra a arbitrariedade na escolha e rotulação das substâncias que deveriam ser consideradas lícitas ou ilícitas, seja por uma ideologia de dominação, seja a partir de um juízo ético-seletivo a declarar, determinar e sancionar penalmente condutas tidas por reprováveis ou imorais, em nítida violação à teoria do bem jurídico.

No mesmo sentido, a proibição e criminalização do uso de substâncias psicoativas, na medida em que pretende proteger a saúde do indivíduo e resgatar sua dignidade enquanto ser humano, supostamente violadas pela autolesão consciente, consubstanciada na mera conduta de usar droga, não atende às restrições impostas ao alcance do bem jurídico tutelável por meio do direito penal. A noção de bem jurídico não pode alcançar esse nível de abrangência e abstração.

3. O fracasso da criminalização das drogas

A criminalização das substâncias psicotrópicas objetiva tutelar a saúde pública a partir de três frentes: 1) reduzir a oferta de substâncias consideradas ilícitas; 2) reduzir a demanda por drogas; e 3) mitigar os danos decorrentes das drogas. Na perspectiva do modelo proibicionista, “os efeitos perversos no campo da saúde pública devem ser resolvidos mediante a repressão penal” (Boiteux, 2017, p. 185). Portanto, a análise da utilidade, a aferir sua adequação, deve ser sistematizada a partir dessa compartimentação. Isso porque as políticas de criminalização devem ter

fundamento em evidências científicas sólidas e confiáveis, nas quais o principal critério seja “a redução de danos à saúde, à segurança e ao bem-estar dos indivíduos e da sociedade” (Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011, p. 5).

No entanto, a criminalização que fundamenta a guerra às drogas não reduziu a oferta, a demanda, nem mitigou os danos delas decorrentes. Transcorridos mais de quarenta anos da promessa de Richard Nixon por um mundo livre das drogas, não se tem o mínimo controle quanto a oferta ou mesmo a demanda por substâncias ilícitas. As intervenções governamentais contra a venda representam para o narcotráfico apenas um custo comercial, ao invés de uma grave ameaça. Os recursos dispendidos em programas de educação e enfrentamento, bem como a prisão dos usuários, ainda não estancaram o inexorável aumento do consumo de drogas na maior parte do mundo. Em seus próprios termos, a criminalização das substâncias psicoativas falhou e a evidência mostra a utilização de uma estratégia equivocada para a redução dos danos. Adicionalmente, os efeitos perversos e intencionais da guerra às drogas têm espalhado doenças, inibido a pesquisa médica, colocado a lei em posição de descrédito e arruinado a vida de milhões (Nutt, 2012). Além de não ter realizado o objetivo proposto, já não há sequer perspectiva que no futuro, próximo ou distante, a criminalização das drogas cumpra sua missão, a proteção da saúde e pública.

Desde a década de 1950, quando a Organização das Nações Unidas implantou um sistema global de proibição das substâncias psicoativas, muito se aprendeu sobre sua natureza e seus padrões de produção, distribuição, uso e dependência, bem como quanto a eficiência das estratégias para reduzir esses problemas. É até compreensível que há cinquenta anos, a par das escassas informações existentes, os formuladores do sistema acreditassem no acerto da proposta de erradicação da produção e do uso das drogas (Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011). O

juízo em prognose apontava para utilidade na criminalização dos psicotrópicos, pelo que se justificava o argumento da adequação.

Entretanto, a experiência tem demonstrado inequivocamente a falência da estratégia de criminalizar o uso e o fornecimento de drogas consideradas ilícitas, de forma que, atualmente, o juízo concreto (e mesmo aquele realizado em prognose) da utilidade de tal medida legislativa aponta, necessariamente, para sua inadequação – inábil que se mostrou à consecução de seu fim enunciado.

Por isso, não se pode ignorar as evidências e as experiências acumuladas desde então. As políticas e estratégias de drogas continuam sendo fortemente influenciadas por preconceitos e visões ideológicas ou de conveniência política, que não levam em conta a crescente complexidade do mercado de drogas e das questões relativas ao uso e sua inerente dependência (Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011).

Quanto mais se investe no combate à circulação de substâncias ilícitas, mais arriscada se torna a atividade do narcotráfico e, conseqüentemente, os lucros são incrementados. Ou seja, do reforço na guerra contra as drogas e sua intrínseca criminalização decorre, quase sempre, o aumento no número de indivíduos dispostos a assumir os riscos do negócio em contrapartida ao ganho oferecido.

Criminalizar o comércio de drogas equivale a limitar o fornecimento da mercadoria proibida, aumentando o risco do empreendimento, pelo que o produto se torna mais caro. Com preços mais elevados, poder-se-ia supor que uma diminuição da demanda fosse provocada. Entretanto, “a experiência tem demonstrado que não é bem assim que as coisas funcionam, e as pessoas continuam a comprar entorpecentes, ainda que tenham que roubar, por exemplo, para pagarem o preço” (Gomes, 2003, p. 147).

Os lucros relacionados ao narcotráfico são tão altos que compensariam, na ótica enviesada dos traficantes, a probabilidade de uma

futura sanção de natureza penal. A criminalização da atividade, por suas peculiaridades, não põe o propalado temor aos que se propõem a traficar, sendo, também por isso, inadequada aos fins perseguidos. Em uma atividade na qual a concorrência está disposta a sequestrar, extorquir e matar, o direito penal não terá o necessário condão coercitivo para se fazer cumprir, por mais rígido que seja e por maior o temor que suscite (Rowe, 2006).

E o mesmo fracasso se verifica em relação à demanda por substâncias ilícitas. A proscrição, mesmo que consubstanciada na criminalização do usuário, não se mostrou apta a mitigar a busca por drogas. Não obstante configurar delito, 5% da população adulta mundial faz uso de alguma substância entorpecente ilícita ao menos uma vez por ano. Esse índice tem se mantido estável desde a primeira tentativa de controle das substâncias consideradas perigosas, com a *Pure Food and Drug Act of 1906*, passando pelo início da criminalização, com o *Harrison Narcotics Tax Act of 1914*, até os dias atuais.

Na verdade, as estimativas demonstram que o mesmo fenômeno manifesto na comercialização das substâncias ilícitas se verifica no nível do usuário: o investimento no combate às drogas é acompanhado do incremento no consumo. Conforme já mencionado, entre os anos de 1998 e 2008, período de maior recrudescimento no combate internacional às drogas, o número de consumidores de substâncias derivadas do ópio experimentou um acréscimo de 34,5%, passando de 12,9 milhões para 17,35 milhões usuários. O mesmo se verificou quanto aos consumidores de cocaína, de 13,4 milhões para 17 milhões, 27% a mais, e de maconha, de 147,4 milhões para 160 milhões, aumento de 8,5%.

Ademais, os fatores que influenciam na tomada de decisão individual para principiar a usar substâncias psicotrópicas guardam mais relação com a moda, a influência dos pares e o contexto socioeconômico, do que com o *status* legal da droga, o risco da prisão ou as mensagens de

prevenção na propaganda oficial do governo (Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011).

Quando se trata de drogas ilícitas, nem mesmo campanhas publicitárias, por mais massivas que sejam, alcançam o resultado pretendido. Aliás, seria ingênuo sugerir que as políticas modernas contra as drogas são exclusivamente direcionadas por uma fria avaliação das evidências científicas sobre a efetividade. Muitos exemplos podem ser citados para demonstrar que este não é o caso, como o investimento de grandes somas de dinheiro nos meios de comunicação em massa com campanhas antidrogas, quando cada vez mais se evidencia que estas, na melhor das hipóteses, são ineficazes ou, na pior, produzem o efeito contrário (Davoli, et al., 2010).

Assim como não fez refrear a demanda e a oferta por substâncias ilícitas, a criminalização das drogas também não alcançou o objetivo de mitigar os danos à saúde relacionados ao consumo abusivo. Nesse aspecto, o resultado é ainda pior, sendo o oposto do pretendido. É nesse sentido a afirmação de Fernando Henrique Cardoso (2011, p. 3):

Toda a evidência disponível demonstra que as medidas punitivas por si só, por mais duras que sejam, não são capazes de reduzir os consumos. Pior, em muitos casos têm consequências nefastas. Ao estigmatizar os usuários de drogas, o medo da polícia e o risco de prisão tornam mais difícil o acesso ao tratamento.

A criminalização das substâncias psicoativas provoca também outro deletério e grave efeito à saúde dos usuários, torna o consumo bem mais inseguro. Da falta de controle e regulação inerente à clandestinidade, própria da atividade ilícita, resulta a circulação de drogas impuras e, muitas das vezes, misturadas com substâncias ainda mais nocivas ao organismo humano.

Dessa forma, se o objetivo da criminalização das drogas é mitigar os danos relacionados a seu consumo, a legalização, seguida de regulação, se configuraria (em juízo prognóstico) na medida legislativa adequada, não a criminalização (Hamilton, 2016). A regulação das substâncias psicoativas resultaria em ganho real para a saúde pública. Uma vez que os usuários são obrigados a comprar drogas de fontes clandestinas, nunca sabem o que efetivamente estão recebendo, nem podem ter certeza do potencial da substância adquirida. Uma pessoa que tenha desenvolvido dependência em heroína, por exemplo, pode esperar obter uma dose que seja 20% pura e receber alguma que é a metade ou o dobro disso. O cálculo da dosagem para ter um efeito ideal torna-se problemático (Rowe, 2006), perigoso e até mortal. Não fosse o bastante, quase sempre a heroína vendida nas ruas é adulterada com outras substâncias nocivas à saúde.

Além disso, as pessoas que fazem uso de substâncias injetáveis podem não ter acesso a uma agulha limpa, o que pode trazer sérios riscos à saúde, os quais são causados não pela droga em si, mas pelo fato de se tratar de uma substância proscrita. Se regulamentada, poderiam obter o produto de uma empresa farmacêutica respeitável, saberiam exatamente o que estariam recebendo e, sem dúvida, teriam acesso a modos de entrega esterilizados (Rowe, 2006). Ou, em um ambiente de maior controle e rigor, poderiam ter acesso à droga a partir de programas governamentais, como a prescrição de heroína.

Acrescente-se que os fatores preponderantes ao desenvolvimento de padrões de uso problemático (dependência, doenças delas decorrentes, atos de violência, dentre outros) se relacionam mais com traumas ou negligências na infância, condições de vida impróprias, marginalização social e problemas emocionais, fatores que não se suprimem por força da lei penal, do que com a fragilidade moral ou hedonismo (Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011).

Assim, a história da proscrição das drogas, em matéria criminal, demonstra sua completa inadequação à proteção da saúde pública, fazendo transparecer o argumento subjacente a sustentar a criminalização, não obstante seu completo fracasso – aquele de cunho moral. Entretanto, questões de ordem eminentemente moral não podem se tornar a razão de ser da norma penal.

As leis não se prestam a punir a imoralidade, senão para garantir a justiça – ao menos é o que se pode legitimamente esperar de seu desempenho. Por isso, devem ser justas, em vez de éticas. O proibicionismo se apoia no moralismo que ‘legitima’ a criminalização das drogas como resultado de um imperativo ético, desvinculando a natureza das substâncias psicoativas dos efeitos sociais decorrentes de seu consumo (Pizano, 2013).

A própria noção do que significa crime não pode ter uma aproximação ética, senão pragmática. É nessa linha de raciocínio que Clarence Darrow (1922) o definia como ato proibido pela lei, suficientemente grave para justificar sua inerente pena, não implicando, necessariamente, que seja, na perspectiva ética, bom ou ruim. A *ultima ratio* da lei incriminadora demanda a proteção de um bem garantido constitucionalmente, não de um mero juízo valorativo (subjetivo, volátil, sazonal e territorial que é) acerca do comportamento humano. Demanda ainda que seja adequada à tutela pretendida. Por isso mesmo, não obstante ao tabu, ao caráter sagrado que permeia às discussões sobre as drogas,

Líderes políticos e formadores de opinião devem ter a coragem de dizer em público o que muitos deles reconhecem em particular: que as pesquisas comprovam de modo irrefutável que as estratégias repressivas não são nem serão capazes de resolver o problema das drogas e que a guerra às drogas não foi nem pode ser vencida. Cabe aos governos discutir e adotar políticas mais abrangentes, apropriadas a suas realidades nacionais, e lidar com os problemas causados pelos mercados de drogas e pelo uso de drogas de modo a reduzir os níveis de violência e criminalidade associadas ao tráfico de

drogas e a reduzir os danos que as drogas causam à saúde e bem-estar das pessoas. (Comissão Global de Políticas sobre Drogas, 2011, p. 10)

Independentemente de sua legalização ou criminalização, as pessoas continuarão a comprar substâncias psicotrópicas. É uma decisão política se elas o farão em um *coffee shop* (a um *barman*), ou em guetos (a criminosos munidos de armamento pesado). Até porque a circulação das drogas não é passível de ser circunscrita a uma legalidade conclusiva, nem mesmo a uma idealizada normalização da conduta humana – “não há escolarização, educação continuada e adestramentos que interponham um não categórico à experimentação da vida” (Passetti, 2017).

Enfim, pode-se afirmar, com segurança, que a criminalização das drogas é inadequada aos fins perseguidos. Em sendo inidônea, a insistência em sua manutenção revela indícios de motivos subjacentes, ocultos, a desempenhar função diversa daquela que se espera da norma penal. Pode ser o caso típico das leis que, “de várias formas, não estão mais em condições de atuação transformadora, mas, frequentemente, assumem funções meramente simbólicas” (Hill, 1982, p. 37).

A saúde pública, enquanto bem jurídico, apresentada como fundamento da criminalização das drogas, porque as substâncias consideradas ilícitas lhe põem em risco, o que justificaria a operação do direito penal, não restou satisfatoriamente tutelada, mostrando-se inadequada, inidônea, a intervenção punitiva.

Há, pois, forte indicativo que a *ultima ratio* jurídico-normativa, posta à proscrição das drogas, pode estar desempenhando função simbólica, latente, simulando instrumentalidade, ocultando seu déficit, em uma relação de dissimulação e ilusão que em tudo se contrapõe à mais básica noção da política criminal. É que insistir nessa medida, inadequada aos fins enunciados, somente teria sentido prático se a função normativa for cumprir fins outros, não enunciados.

Considerações finais do capítulo

O direito penal das drogas, expressando-se na política de guerra às substâncias psicoativas, revela de forma explícita os métodos bélicos que conduzem à hodierna expansão globalizada do poder punitivo, incrementando os danos, os sofrimentos e os enganos provocados pela intervenção criminal sobre seus rotulados inimigos (Karam, 2009). Como resultado, têm-se a desproteção do bem jurídico. Daí porque, para avaliar o sucesso da criminalização das drogas, é necessário investigar se de sua atuação decorreu a redução da oferta de substâncias consideradas ilícitas, a redução da demanda por drogas e a mitigação dos danos que lhes são decorrentes. Qualquer estudo científico que procure enfrentar essas questões terá como resultado inequívoco a resposta de que referida criminalização fracassou em seus objetivos declarados.

Mesmo tendo consumido vastos recursos financeiros e a vida de centenas de milhares de pessoas, além de ter encarcerado aos milhões, pode-se afirmar que a intervenção penal para o problema das drogas, assim também a estratégia de guerra que lhe é decorrente, não reduziu a oferta de substâncias consideradas ilícitas, nem sua demanda, muito menos mitigou os danos que lhes são intrínsecos. Na verdade, produziu o efeito inverso, posto que tornou o mercado ilegal mais lucrativo, a demanda mais estável e incrementou o problema de saúde pública relacionado ao consumo abusivo.

Esse déficit de instrumentalidade evidencia o caráter inidôneo da legislação penal que proscreve o uso e o livre comércio das drogas, enquanto instrumento de tutela à saúde pública, bem jurídico pretensamente tutelado pela criminalização. A história da proscrição das drogas, em matéria penal, demonstra sua completa inadequação à proteção da saúde pública.

Referências

- Austin, James, e Aaron David McVey. 1989. “The 1989 NCCD prison population forecast: the impact of the war on drugs.” National Council on Crime and Delinquency, San Francisco.
- Bacigalupo, Enrique. 2005. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Malheiros.
- Baratta, Alessandro. 1994. “Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico.” *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 5-24.
- Boiteux, Luciana. 2017. “Modelos de controle de drogas: mapeando as estratégias de política de drogas em busca de alternativas ao modelo repressivo.” Em *Drogas & sociedade contemporânea: perspectivas para além do proibicionismo*, por Regina Figueiredo, Marisa Feffermann e Rubens Adorno, 183-201. São Paulo: Instituto de Saúde.
- Borges, Juliana. 2018. *O que é: encarceramento em massa?* Belo Horizonte: Letramento: Justificando.
- Cardoso, Fernando Henrique. 2011. “Prefácio à edição portuguesa.” Em *Política da Droga em Portugal: os benefícios da descriminalização do consumo de drogas*, por Artur Domośławski, tradução: Nuno Portugal Capaz. Warsaw: Open Society Foundations.
- Castilho, Ela Wiecko Volkmer de. 2007. “Execução da pena privativa de liberdade para mulheres: a urgência de regime especial.” *Justitia*, 37-45.
- Cirino dos Santos, Juarez. 2014. “Os discursos sobre crime e criminalidade.” Em *Escritos Transdisciplinares de Criminologia, Direito e Processo Penal: homenagem aos Mestres Vera Malaguti e Nilo Batista*, por Márcia Adriana Fernandes e Roberta Duboc Pedrinha, 561-574. Rio de Janeiro: Revan.
- Cockburn, Alexander, e Jeffrey St. Clair. 1998. *Whiteout: The CIA, Drugs & the Press*. London: Verso.
- Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2016. “Avanços na reforma de políticas sobre drogas: uma nova abordagem à descriminalização.”
- Comissão Global de Políticas sobre Drogas. 2011. “Guerra às Drogas: Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas.”

- Commission of the European Communities. 2009. "A Report on Global Illicit Drug Markets 1998-2007." European Communities, Amsterdam, 69.
- Courtwright, David T. 2002. *Forces of habit: drugs and the making of the modern world*. 3rd Edition. Edição: Kindle. Cambridge: Havard University Press.
- Darrow, Clarence. 1922. *Crime: its cause and treatment*. New York: Thomas Y. Crowell.
- Davoli, Marina, Roland Simon, e Paul Griffiths. 2010. "Current and future perspectives on harm reduction in the European Union." Em *Harm reduction: evidence, impacts and challenges*, por European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction EMCDDA, 437-446. Luxembourg: Publications Office of the European Union.
- DEPEN. 2016. "Levantamento nacional de informações penitenciárias." INFOPEN - Atualização Junho de 2016, Departamento Penintenciário Nacional, Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Brasília.
- Escohotado, Antonio. 2002. *Historia general de las drogas*. 5a. Edición. Barcelona: Espasa.
- Gomes, Mariângela Gama de Magalhães. 2003. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Hamilton, Olavo. 2016. "Legalizando as drogas: uma abordagem conforme a regulação responsiva." *Revista de Direito Setorial e Regulatório - Journal of Law and Regulation*, 10: 139-160.
- Hassemer, Winfried. 1997. *Crítica del derecho penal de hoy*. Edição: Kindle. Tradução: Patricia S. Ziffer. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Hill, Hermann. 1982. *Einführung in die Gesetzgebungslehre*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag.
- Jakobs, Gunther. 2012. "Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo." Em *Direito penal do inimigo: noções e críticas*, por Gunther Jakobs e Manuel Cancio Meliá, edição: Kindle, tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Karam, Maria Lúcia. 2009. *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

- Klotter, Jule. 2001. “War on Drugs.” *Townsend Letter for Doctors and Patients*, 07: 59.
- Lima, Rita de Cássia Cavalcante. 2009. “Uma história das drogas e do seu proibicionismo transnacional: relações Brasil-Estados Unidos e os organismos internacionais.” Rio de Janeiro.
- Liszt, Franz von. 2003. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Vol. 1. Campinas: Russell.
- National Commission on Law Observance and Enforcement. 1931. “Report on the Enforcement of the Prohibition Laws of the United States.” National Commission on Law Observance and Enforcement, Washington.
- Nutt, David. 2012. *Drugs - Without the Hot Air: Minimising the Harms of Legal and Illegal Drugs*. Cambridge: UIT Cambridge Ltd.
- Passetti, Edson. 2017. “Guerra sem fim?” Em *Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico*, por Thiago Rodrigues, 7-18. São Paulo: Desatino.
- Pizano, Ernesto Samper. 2013. *Drogas: prohibición o legalización*. Edição: iBooks. Debate.
- Prado, Luiz Regis. 1997. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2a. Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Rodrigues, Thiago. 2017. *Política e drogas nas Américas: uma genealogia do narcotráfico*. São Paulo: Desatino.
- Rowe, Thomas C. 2006. *Federal narcotics laws and the war on drugs: money down a rat hole*. Edição: Kindle. New York: Routledge.
- Roxin, Claus. 2008. “Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais.” Em *Estudos de direito penal*, por Claus Roxin, tradução: Luís Greco, 31-53. Rio de Janeiro: Renovar.
- Soares, Luiz Eduardo. 1993. “A política de 'drogas' na agenda democrática do século XXI.” Em *Drogas, é legal?: um debate autorizado*, por Francisco Inácio Bastos e Odair Dias Gonçalves, 125-141. Rio de Janeiro: Imago.
- Szasz, Thomas. 1996. *Our Right to Drugs: The Case for a Free Market*. New York: Syracuse University Press.
- Terradillos Basoco, Juan. 1995. “Función simbólica y objeto de protección del derecho penal.” Em *Pena y estado: función simbólica de la pena*, por Juan Bustos Ramírez, 9-22. Santiago de Chile: ConoSur.

- Werb, Dan, Greg Rowell, Gordon Guyatt, Thomas Kerr, Julio Montaner, e Evan Wood. 2010. "Effect of Drug Law Enforcement on Drug-related Violence: Evidence from a Scientific Review." International Centre for Science in Drug Policy, Vancouver.
- Will, George Frederick. 2009. "A reality check on drug use." *Washington Post*.
- Woodiwiss, Michael. 2005. *Gangster Capitalism: The United States and the Globalization of Organized Crime*. New York: Carroll & Graf Publisher.