

Por Luciana Boiteux

Mestre/UERJ, Doutora/USP

Professora Adjunta da Faculdade Nacional de Direito/UFRJ

As primeiras notícias veiculadas nos principais meios de comunicação do Brasil foram favoráveis à nova lei de drogas (Lei n. 11.343/06), tendo sido dado destaque na mídia que “com a nova lei de drogas, usuário não pode mais ser preso”², assim como nos primeiros artigos publicados na internet. Porém, o aspecto mais preocupante da nova legislação que não tem sido objeto de destaque, pelo menos até agora, é o aumento da pena mínima para o tráfico de drogas ilícitas, de três para cinco anos, previsto no artigo 33. Diante deste quadro, simbolismos à parte, deve ser questionado qual será o impacto desta alteração na prática.

Foi longo e tempestuoso o caminho percorrido pelos projetos de leis de drogas que tramitaram a partir da “retalhada” Lei n. 10.409/02, que teve grande parte de seus artigos vetados pelo Presidente da República. Tão logo isto ocorreu, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso um novo projeto de lei (n. 6.108/02), que tramitou por dois anos na Câmara dos Deputados, e foi apensado ao Projeto de Lei n. 7.134/02, originário do Senado Federal (PLS nº 115/02). A Câmara analisou os dois conjuntamente e aprovou no Plenário, em 2004, o Substitutivo da Câmara de Deputados (PLS nº 7.134-B). Devido às alterações feitas pela Câmara, o projeto retornou ao Senado, onde tramitou como SCD n. 115/02, que deu origem à nova lei de drogas (n. 11.343/06).

Ao se fazer uma breve análise comparativa entre o projeto proposto pelo Executivo e o texto que restou aprovado pelo Congresso nota-se que, com relação à posse de drogas ilícitas, ambos se mostram bastante semelhantes, e seguem a linha da despenalização do uso, com medidas que já estavam previstas no inovador PLC n. 3.901/93, elaborado em

¹ Artigo originalmente publicado no Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Ano 14. n. 167. Outubro 2006, p. 8-9.

² Vide o noticiário da Agência Brasil, órgão oficial de notícias, que foi depois publicado, com título semelhante, nos principais jornais do País: “Usuários e dependentes de drogas passam a receber tratamento diferenciado do que é dado aos traficantes no país. A nova lei sobre drogas foi publicada hoje (24) no Diário Oficial da União. Uma das principais mudanças é que quem “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo drogas para consumo pessoal, sem autorização legal, não poderá mais ser preso.” Disponível em <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2006/08/24/materia.2006-08-24.8281139313>, consultado em 17.09.06.

1992 pelo CONFEN, na gestão de Ester Kosovski, que na época acabou arquivado. A rejeição de sanções privativas da liberdade em caso de reincidência também se mostra um ponto positivo³ adotado pela nova lei e que já constava do projeto apresentado.

Constituem ainda outros aspectos positivos da nova legislação, além da despenalização da posse para uso próprio (artigo 28) e a equiparação a este da conduta do *grower*, ou seja, quem planta para consumo pessoal (art. 28, § 1º.), a redução da pena para a hipótese de consumo compartilhado de droga ilícita (art. 33, § 3º.), antes equiparada ao tráfico, a previsão expressa do “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas” (art. 19, III), e o reconhecimento dos princípios da liberdade e da diversidade (art. 4º), que são medidas acertadas por refletirem uma redução do controle penal sobre o usuário de drogas, especialmente se comparadas com a antiga Lei 6.368/76.

No que tange, porém, ao comércio de entorpecentes, a nova lei deu tratamento penal bastante diferente, por ter aumentado a pena mínima do delito de tráfico para cinco anos. Originalmente, o projeto encaminhado pelo Executivo mantinha a pena mínima de três anos, embora aumentasse a pena máxima para quinze anos. O texto aprovado aumentou tanto o patamar mínimo para cinco anos de reclusão como o máximo para quinze anos, provavelmente a fim de tentar impedir a aplicação das penas alternativas, o que constitui outro retrocesso, tendo em vista a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que deferiu a substituição.⁴

Diante desta grande diferença imposta às duas condutas supõe-se que o grande destaque dado à despenalização da posse de entorpecentes, com pequena representatividade estatística, teve por objetivo atuar como uma “cortina de fumaça”, para encobrir o desproporcional aumento da pena do delito de tráfico de drogas ilícitas constante do mesmo diploma legal.

³ Caso tivesse prevalecido o Substitutivo aprovado na Câmara, neste ponto, ter-se-ia previsto a absurda pena por desobediência, em caso de dupla reincidência, o que configuraria uma aberração jurídica.

⁴ HC N. 84.928-MG, Rel. Min. Cezar Peluso. “Sentença Penal. Condenação. Tráfico de entorpecente. Crime hediondo. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Admissibilidade. Previsão legal de cumprimento em regime integralmente fechado. Irrelevância. Distinção entre aplicação e cumprimento de pena. HC deferido para restabelecimento da sentença de primeiro grau. Interpretação dos arts. 12 e 44 do CP, e das Leis nºs 6.368/76, 8.072/90 e 9.714/98. Precedentes. A previsão legal de regime integralmente fechado, em caso de crime hediondo, para cumprimento de pena privativa de liberdade, não impede seja esta substituída por restritiva de direitos”. Publicado no DO de 11.11.05.

Desde logo deve ser registrado que se adota posição favorável à despenalização do uso, por considerá-la como um primeiro passo necessário de uma política criminal de drogas que deverá idealmente incluir a legalização das drogas em sua integralidade. Ao mesmo tempo destaca-se que a posse de drogas ilícitas para uso próprio já havia sido despenalizada, na prática, desde a Lei 6.416/77, que ampliou o *sursis*, e foi reforçada mais adiante pela Lei 9.099/95, que trouxe a possibilidade da suspensão condicional do processo e, mais recentemente, pela Lei 10.259/01, que aumentou o alcance da transação penal. Na realidade, a tão destacada impossibilidade de usuários serem presos já existia, sendo a nova lei de drogas apenas um símbolo, por ser a primeira vez em que se deixa de prever pena de prisão para um delito, ainda que mantendo o usuário dentro da esfera de controle penal, enquanto que, na prática, pouco altera a realidade social.

Daí porque, neste momento inicial de sua vigência, não se considera ter havido um avanço, e que melhor seria manter a lei anterior, já que o usuário não era preso da mesma forma, mas encaminhado ao Juizado Especial, enquanto que a pena mínima para o tráfico prevista era de três anos. Ao contrário, com a lei nova haverá um reforço do abismo já existente entre a figura do usuário e do traficante, que atingirá diretamente os pequenos traficantes selecionados pelo sistema para cumprirem pena.

Para que se avalie a desproporcionalidade da situação, basta imaginar a hipótese de dois garotos de dezoito anos negociando a compra de droga considerada ilícita: se a polícia os flagrasse no momento em que o vendedor (pobre, que precisa vender droga para sobreviver) entregasse a mercadoria para o usuário (rico, que tem dinheiro de sobra para poder comprar droga sem traficar), este iria ser encaminhado ao Juizado Especial e não poderia ser preso de jeito nenhum, enquanto que o outro estaria sujeito a uma pena mínima de cinco anos, somente tendo direito à liberdade condicional com dois terços da pena cumprida, desde que não fosse reincidente específico.

Tal situação só irá reforçar a grave situação atual das prisões brasileiras, que certamente sofrerão o impacto desta nova legislação. Como reflexo direto desta lei, o contingente penitenciário será diretamente afetado pelo grande número de presos que cumprem pena por este delito. Em dados atuais de junho de 2006, o Estado de São Paulo possui 18.040 pessoas cumprindo pena por tráfico, índice só inferior se comparado ao crime de roubo qualificado, pelo qual 31.953 pessoas estão encarceradas. O mesmo fenômeno ocorre no

Rio de Janeiro, onde 5.297 pessoas cumprem pena por tráfico de drogas, enquanto 14.175 por roubo qualificado.⁵

É de se notar a total desproporcionalidade de uma pena mínima de cinco anos, superior até ao patamar mínimo do crime de roubo, que requer violência ou grave ameaça, além de ter sido mantida, pelo art. 44 da nova lei, a inafiançabilidade do delito, proibida a concessão de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, bem como a conversão da pena em restritiva de direitos, o que fará com que os presos por tráfico fiquem encarcerados um tempo ainda maior.

De fato, o crescimento acelerado da população carcerária em todo o País nos últimos anos deu-se em decorrência do endurecimento das penas, e envolveu especialmente os delitos equiparados a *hediondos*, dentre eles o tráfico de entorpecentes, antes sujeito a regime integralmente fechado. Considera-se, então, a política criminal de drogas no Brasil como um dos fatores que mais contribuiu para o agravamento da população carcerária na última década, situação que só tende a piorar com a nova lei.⁶

A influência do modelo proibicionista norte-americano no Brasil é muito forte e, em especial, o impacto recai sobre o Legislativo, que tem reiteradamente recusado medidas alternativas para o tráfico, preferindo tratar a questão das drogas ilícitas dentro do direito penal e com o amplo uso da pena de prisão para o comércio de droga.

A comparação da legislação brasileira com as leis penais sobre drogas da maioria dos países europeus demonstra como, dentro de um mesmo sistema proibicionista, pode-se optar por linhas diversas, algumas mais humanas, garantistas e racionais do que outras, mas este não tem sido o exemplo seguido pelo legislador brasileiro.

Devem ser especialmente criticadas as propostas que, mantendo as situações problemáticas envolvendo tóxicos sob a égide do Direito Penal, promovam separação tão radical entre usuário e traficante.

Assim, a mera despenalização do uso de drogas, mesmo benéfica ao usuário, é ainda muito tímida, por insistir em manter o controle penal sobre o uso de todas as drogas, independente de quantidade, ainda que tal uso não cause qualquer risco concreto aos demais. Mas muito pior, sem dúvida, será a condenação de pequenos traficantes a penas

⁵ Fonte INFOPEN, Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/Depen/sistema/2006/julho/SP.pdf> e <http://www.mj.gov.br/Depen/sistema/2006/julho/RJ.pdf>. Consulta em 19.09.06.

⁶ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *O controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo sobre o sistema penal e a sociedade*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP, 2006.

de, no mínimo, cinco anos, por retirar os pequenos traficantes de seu convívio familiar, integrando-os nas facções criminosas, além de submetê-los à estigmatização, humilhação e violência dentro das prisões. Ao deixarem a penitenciária, com atitudes violentas e sem opções de trabalho, tornar-se-ão ainda mais vulneráveis à reincidência, seja no tráfico, seja nos crimes patrimoniais, como resultado do aprendizado da delinquência na cadeia.

O modelo proibicionista de drogas viola princípios garantistas e se baseia na imposição de um ideal de abstinência em relação ao consumo de um produto cuja demanda é alta, e que possui um exército de pessoas prontas para distribuir, sendo certo que a lei penal não conseguirá alterar essa realidade, como não conseguiu até hoje.

O final do século XX marca um momento em que o proibicionismo, apesar de questionado por seu fracasso, ainda se mantém forte graças à postura norte-americana, que continua defendendo sua estratégia punitiva extremada nos fóruns internacionais, e evitando políticas de redução de danos. Por outro lado, o continente europeu vem se destacando na implementação de estratégias alternativas ao proibicionismo, como as de redução de danos, e leis que prevêm desde a despenalização da posse e do uso, encontrada na ampla maioria dos países europeus, passando pela descriminalização levada a cabo por Portugal, Itália e Espanha, até a experiência holandesa que despenalizou, além da posse de drogas, o cultivo e o pequeno comércio de *cannabis*. Estas últimas em especial são estratégias de política criminal a serem estudadas, pois representam uma oposição, ainda que moderada, ao proibicionismo.

Nos EUA, contudo, mantém-se a estratégia repressiva, com as prisões gerando negócios de bilhões de dólares, enquanto as cadeias brasileiras estão superlotadas, com presos em condições desumanas e sem qualquer perspectiva. Mesmo a Europa, tradicionalmente menos repressiva, viu o número de presos aumentar, pelo reforço da severidade penal, inclusive com relação ao tráfico de drogas.

Enquanto isso, por aqui, a política criminal com relação ao usuário foi no sentido da despenalização, mas só alcança aquele que não precisa traficar para consumir droga. A estratégia penal foi fracionada: para o viciado, o modelo despenalizador, influenciado pelo discurso médico-sanitário; ao traficante a prisão, justificada pelo discurso simbólico do proibicionismo.

Diante de tudo o que já foi estudado no campo da política criminal de drogas, não se tem dúvida de que o modelo proibicionista não se mostra apropriado para proteger a saúde pública, e ainda causa outros impactos negativos na sociedade.

Não se pode esquecer, por fim, que uma política de drogas originada dos EUA, que enche as penitenciárias, encontrou um terreno fértil no Brasil, onde tradicionalmente se exerce o controle social sobre as populações desfavorecidas por meio do sistema penal, pela alta representatividade destas nas estatísticas penitenciárias, na linha que Loïc Wacquant fala sobre as “prisões da miséria”.⁷

Ainda que haja uma certa dificuldade de se alterar uma política atualmente consagrada em vários países do mundo, questionamentos precisam ser feitos, sob pena de se manter uma política irracional por inércia e falta de propostas alternativas concretas.

Por isso, se defende um modelo alternativo mais humano e racional que é o da legalização controlada, que inclui a legalização de todo o processo, do comércio à posse de drogas, que ficaria sujeito à fiscalização pelo Estado, da mesma maneira que hoje se adota para as drogas lícitas (álcool e tabaco), muito embora se saiba das dificuldades práticas de implementação de uma proposta como essa, bem como da necessidade de uma modificação das convenções internacionais sobre o tema.⁸ Tal modelo deve incluir necessariamente a proibição de propaganda, o controle de qualidade dos produtos e o maciço investimento em prevenção e em estratégias de redução de danos. Trata-se de opção que não considera suficiente a mera despenalização do uso ou mesmo sua descriminalização, e que visualiza a questão de forma ampla, incluindo o tráfico.

Existe ainda um longo caminho a ser trilhado até que se consiga alcançar um modelo de controle de drogas fora do sistema penal, mas é preciso suscitar o debate acerca da incoerência e das graves conseqüências de políticas tal como a adotada pela nova lei de drogas que reforça o abismo colossal entre usuário e traficante, razão pela qual não se considera ter havido um avanço positivo com a nova lei. Pelas graves conseqüências para os condenados por tráfico, era melhor ter deixado como estava antes.

⁷ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

⁸ Para maior aprofundamento sobre a proposta de legalização controlada remete-se ao capítulo II da tese de doutorado de nossa autoria acima citada.