

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 18/02/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/28998-vis-o-cr-tica-pol-tica-antidrogas-brasileira>

Autore: Jeová Marques de Oliveira - Érico de Oliveira Della Torres

Visão crítica à política antidrogas brasileira

VISÃO CRÍTICA À POLÍTICA ANTIDROGAS BRASILEIRA

Érico de Oliveira Della Torres *

Jeová Marques de Oliveira **

Resumo

A repressão ao tráfico e ao uso de drogas, antes de qualquer idéia pré-concebida ou ético-cristã, deve ser vista como escolha legislativa, baseada em ideais moralizadores e médico-sanitaristas, sendo factível, no Brasil, que a opção pelo modelo repressivo é embasada em políticas estrangeiras e em ideais que, desde longa data, são criticados pela doutrina. O presente artigo busca, de forma crítica, ponderar as razões históricas e ideológicas, bem como apontar as principais críticas ao modelo repressivo antidrogas.

Palavras-chave: Política Criminal. Drogas. Repressão.

Abstract

The repression of trafficking and drug use, before any preconceived idea or ethical-Christian view, should be analyzed as a legislative choice, based on moralistic and medical ideals. In Brazil, is feasible that the choice of repression is grounded in foreign policy and ideals, witch, since a long time, have been criticized by commentators. This article wants to examine critically the historical and ideological reasons of drugs abuse repression and identify the main criticism about it.

Keywords: Criminal policy. Drugs. Repression.

* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

** Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

Introdução

Diferentemente do que ocorre com os delitos contra a vida, como o homicídio, cuja proibição remonta a longínqua data, o consumo de drogas é questão cultural e recente, sendo que

as drogas ilícitas ou proibidas mais populares nos dias de hoje já eram conhecidas e consumidas pelo homem há séculos, mas seu controle penal pelo Estado somente se concretizou nas primeiras décadas do século XX, com as primeiras previsões legais de crimes penas.¹

Lado outro, deve-se ter em mira que as drogas também representavam importante fonte de renda a alguns países, que conseguiam, com o comércio das substâncias, vultoso lucro, uma vez que as

[...] drogas hoje mundialmente proibidas eram mercadorias amplamente comercializadas e integradas às economias dos países, como o ópio na China, cuja história possui elementos bastante interessantes. Foi justamente a motivação econômica que levou, na era moderna, a um novo regime das drogas: os estimulantes - álcool e tabaco, drogas de uso mais freqüente pela população mundial – tornaram-se produtos de alta importância estratégica comercial internacional, além de aceitos pela Igreja, e o ópio, por sua vez, retomou seu papel de principal fármaco na Europa, enquanto se manteve a proibição dos alucinógenos, característica peculiar dos cultos indígenas americanos.²

Porém, a utilização de plantas alucinógenas por nativos em cultos indígenas e pagãos, apesar de comum nos primórdios da colonização, tanto nas Américas como na Europa, foi, ao arripio da cultura local, proscrita com o processo de colonização do “Novo Mundo” – influenciado pela Igreja Católica -, impondo a cultura do colonizador e afirmando-se o catolicismo como religião oficial.

¹ Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira -- São Paulo, 2006, p. 26.

² Idem, ibidem, p. 29.

Assim, é notório que a religião se demonstrou forte instrumento para justificação de uma política de proibição às drogas, mormente quando se analisa a cultura protestante norte-americana e seu ideal religioso de abstinência.

Some-se a tal fato que, nos Séculos XIX e XX, assistiu-se ao aumento do consumo de drogas, uma vez que a circulação de substâncias psicoativas, utilizadas na área médica (como éter, cocaína e morfina), era livre e seu potencial desconhecido, o que levou ao aumento do consumo e, por conseguinte, de dependentes. Surge, então, com a Lei Harrison, baseada em idéias médico-sanitaristas, novos argumentos para o combate ao tráfico e uso de drogas

Percebe-se, pois, que a atual política de controle das drogas tem por base aspectos religiosos, econômicos e sociais, em que pese a predominância de justificativas médicas, fazendo-se necessário, portanto, a análise do quadro dentro de um contexto maior, uma vez que coexistem drogas proibidas, de consumo semiclandestino, e substâncias terapêuticas legais, fabricadas pelas grandes indústrias multinacionais, cuja diferenciação é feita por critérios políticos.³ Para CARVALHO

[...] o processo de criminalização das drogas [*deve ser entendido*] como produto eminentemente moralizador, incorporado à idéia de punição de opções pessoais e de proliferação de culpas e ressentimentos próprios das formações culturais judaico-cristãs ocidentais, [...].⁴

1. A adoção da política ‘*war on drugs*’ nos Estados Unidos da América e sua influência no Brasil

Na década sessenta, assiste-se ao aumento do consumo de drogas, vinculado aos movimentos de contracultura, representando protesto contra as

³ Fala-se em critério político, uma vez que a catalogação de uma substância como droga e a conseqüente proibição de seu porte/consumo e mercancia dependem da atividade regulamentar e da inscrição da substância na Portaria SVS/MS 344, de 12 de Maio de 1998, que complementa os tipos penais (*em branco*) da Lei 11.343/06.

⁴ CARVALHO, SALO. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4.ed. ampl. atualiz. e com comentários à Lei 11.343/06, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10. (adaptou-se)

políticas belicistas e armamentistas vigentes, o que faz com que surjam instrumentos totalizantes de repressão, uma vez que

o problema da droga se apresentava [na década de sessenta] como 'uma luta entre o bem e o mal', continuando com o estereótipo moral, com o qual a droga adquire perfis de 'demônio', mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos 'vampiros' que estavam atacando tantos 'filhos de boa família'.⁵

Ora, a adoção de uma política antidrogas repressiva, segundo as concepções desenvolvidas naquele momento, era necessária, tendo, inclusive, a revista norte-americana 'Time', noticiado, sob a vigência do governo Nixon, a adoção de novos paradigmas quanto à política de drogas a ser adotada, frisando-se a necessidade de repressão ao abuso de drogas, conforme o trecho abaixo transcrito:

The president [...], declaring a "national emergency" and initiating the most intensive antidrug program yet undertaken in the U.S. Said Nixon: "America's Public Enemy No. 1 is drug abuse.

[...]

The largest share is slated for compulsory treatment and rehabilitation of addicted Viet Nam veterans. What Nixon proposed, and quickly put into effect last weekend at Cam Ranh Bay and Long Binh, is a program that will subject all G.I.s to urine tests before they return to the U.S. to ascertain whether they have been using heroin or amphetamines. Those found to be on drugs will be given a week of detoxification before they are sent home.⁶

Percebe-se, claramente, que os Estados Unidos adotaram uma política belicista antidrogas, tal como o fizeram em relação ao comunismo, suprimindo várias

⁵ OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 34.

⁶ "O presidente [...], declarando 'emergência nacional' e iniciando o mais intensivo programa antidrogas já realizado nos Estados Unidos. Disse Nixon 'O inimigo público n.º 1 da América é o abuso de drogas.

[...]

A maior parte do dinheiro será direcionada para o tratamento compulsório e a reabilitação dos veteranos do Vietnã. Nixon propôs e rapidamente efetivou, em Cam Ranh Bay e Long Bihn, um programa ao qual se submeterão todos militares, que deverão fazer exames de urina antes de retornar aos Estados Unidos, com o fito de verificar se usaram heroína ou anfetaminas. Quando constatada a presença de drogas, será concedida uma semana para desintoxicação, antes do retorno às suas casas." AUTOR DESCONHECIDO. *The new public enemy n.º 1*. Revista Time, 28/06/1971. Disponível em: <<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,905238,00.html>> Acesso em 22 de abril de 2009, às 23h17min. (tradução livre)

liberdades e garantias dos cidadãos, sob o argumento de combate aos inimigos internos⁷.

Aliada a tal perspectiva, o governo estadunidense operou a transferência de responsabilidade pelo avanço no consumo e comércio de drogas para os países latinos produtores de tais substâncias. Nos dizeres de RODRIGUES

A 'tropicalização' do discurso repressivo, aliado ao fato de os EUA se considerarem 'polícia mundial' no controle de entorpecentes, trouxe graves conseqüências para essas regiões, sentidas até hoje. A militarização do combate às drogas, a violência policial, a opção por um direito penal simbólico, o aumento de penas e a imposição maciça da pena de prisão como estratégia de política criminal podem ser apontados como fatores preponderantes a marcar fortemente a política de drogas, a partir dos anos 80, no Brasil e na América Latina em geral.⁸

Nesse desiderato, em que pese o Brasil não figurar entre os maiores produtores de entorpecentes, sofreu o aumento do controle externo devido à sua posição geográfica, próxima aos países produtores de drogas, funcionando, assim, como rota de passagem para o tráfico de tais substâncias.

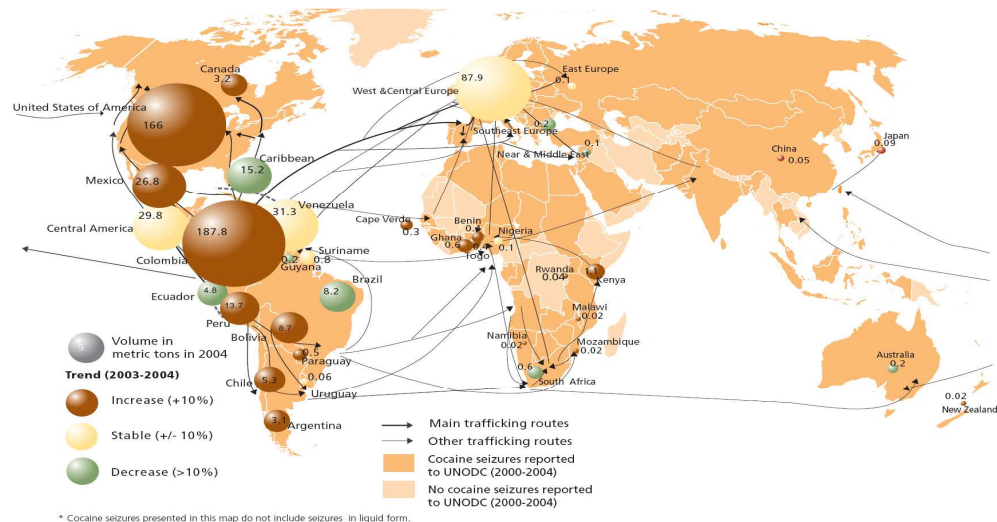
No âmbito interno, influenciado pela política norte-americana, que ganhou contornos mundiais, o Brasil adotou o sistema de repressão ao consumo e tráfico de drogas, em que pese a ausência de recursos humanos e materiais suficientes para a manutenção da política.

A título ilustrativo, tem-se o esboço dos principais produtores de cocaína e a rota do tráfico de tal substância, embasado nos dados da Organização das Nações Unidas (ONU).

⁷ Política criminal presente até os dias atuais, bastando, para tal conclusão, a análise da 'Guerra contra o terrorismo' implementada pelo governo George W. Bush logo após os atentados terrorista de 11 de setembro de 2001.

⁸ Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira -- São Paulo, 2006, p. 152.

Figura I: Tráfico de cocaína



Note: Routes shown are not necessarily documented actual routes, but are rather general indications of the directions of illicit drug flows.

Fonte: Relatório Mundial de Drogas (2006): Organização das Nações Unidas

Mesmo diante das deficiências nacionais, que impedem a completa aplicação das medidas legalmente previstas, a política repressiva, em seus aspectos, se mostra ineficaz e deve ser questionada, bastando, para tanto, a análise de dados estatísticos referentes ao uso de drogas no Brasil e nos Estados Unidos, o que denota que uma política repressiva não representa diminuição ao consumo de drogas, conforme destacam os pesquisadores:

Pode-se observar que tanto o uso na vida, quanto no ano e no mês, o estudo americano apresentou porcentagens muito superiores ao brasileiro. O uso de qualquer droga na vida, exceto tabaco e álcool, foi duas vezes maior entre os americanos quando comparado aos dados das 107 cidades com mais de 200 mil habitantes. Por outro lado, o uso na vida de heroína foi doze vezes maior naquele país, e o uso de *crack*, seis vezes maior.⁹

Ignorando tais constatações, o caminho adotado pelo Brasil foi outro, sendo notório o aumento da repressão e a exclusão de garantias dos

⁹ CARLINI, E. A.; GALDURÓZ, José Carlos F.; NOTO, Ana Regina; Nappo, Solange A. *I Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil: Estudo Envolvendo as 107 Maiores Cidades do País*, p. 318. Disponível em: < http://www.unifesp.br/dpsicobio/cebrid/levantamento_brasil/parte_1.pdf > Acesso em 30 de março de 2009, às 21h43min.

jurisdicionados, sem, ao menos, pensar no impacto social, legal, jurisdicional e carcerário de tal política¹⁰.

2. Aumento da repressão ao tráfico e diminuição da repressão ao uso de drogas

A adoção do regime democrático e a promulgação da Carta Magna de 1988, com maiores garantias ao cidadão, vieram acompanhadas de um nítido recrudescimento do sistema penal e encarcerador, influenciado pelo que a doutrina chama de Movimento Lei e Ordem, inicialmente adotado nos Estados Unidos da América, onde

a comoção pública e o apoio popular insuflados pela mídia tiveram como objetivo garantir a eleição de políticos “linha-dura” conservadores, e conseguir, no Congresso Americano, a liberação de verbas significativas para a segurança pública e a construção de prisões. Esse novo mercado da segurança ficou conhecido como a *indústria do controle do crime*, que movimentava bilhões de dólares anuais, e incluía o custoso empreendimento de construção de novas prisões para abrigar a imensa quantidade de presos que entravam no sistema.¹¹

Assim, aliado à concepção de *limpeza* social, de controle da criminalidade, o direito penal ganha contornos extremamente simbólicos, reforçando o medo para justificar a necessidade da adoção de medidas repressivas, aumentando o número de presos, o controle às classes mais baixas e justificando a adoção de políticas mais rudes e mais ‘etiquetadoras’.

Sob essa perspectiva, no Brasil, é editada a Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), que equipara o tráfico de drogas aos delitos considerados mais

¹⁰ As críticas à política antidrogas repressiva serão alvo do próximo capítulo, oportunidade em que serão analisados seus problemas estruturais, bem como seus efeitos perversos.

¹¹ Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira -- São Paulo, 2006, p. 155.

graves, com medidas ríspidas e anti-garantistas, privando o **investigado**¹² de diversas garantias penais e processuais, levando em consideração, tão-somente, o delito por ele praticado.

Dentre as vedações legais, à época, incluía-se a liberdade provisória, demonstrando que o legislador concebia que o investigado possuía, sobre si, a imagem de perigo à sociedade quando fosse flagrado com drogas destinadas à mercancia, sendo, ainda, irrelevante qualquer dado pessoal ou fático para a determinação da constrição cautelar, excrescência esta que só fora revogada recentemente, com o advento da Lei 11.464/2007.

Ocorre que o *animus* de repressão do legislador não fora satisfeito com a edição da citada lei, tendo, com a nova lei de drogas (Lei 11.343/06), vedado, novamente, a garantia legal em seu artigo 44¹³, opção legislativa endossada pelo Pretório Excelso que, por diversas vezes, em sua função de guardião das garantias constitucionais, entendeu cabível a medida sob argumentos estritamente legais e formais, conforme se percebe na ementa abaixo citada:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. CRIMES DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE E ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO. PRESSUPOSTOS DA PRISÃO CAUTELAR. DENEGAÇÃO. 1. A questão de direito tratada nos autos deste habeas corpus diz respeito à suposta ausência de fundamentação na decisão do juiz de direito que decretou a prisão preventiva do paciente, denunciado como incurso nas sanções dos arts. 33 e 35, ambos da Lei n° 11.343/06. 2. **Esta Corte tem adotado orientação segundo a qual há proibição legal para a concessão da liberdade provisória em favor dos sujeitos ativos do crime de tráfico ilícito de drogas (art. 44, da Lei n 11.343/06), o que, por si só, é fundamento para o indeferimento de eventual requerimento de liberdade provisória. Cuida-se de norma especial em relação àquela contida no art. 310, parágrafo único, do CPP, em consonância com o disposto no art. 5 , XLIII, da Constituição da República.** 3. Houve fundamentação idônea para o decreto prisional e posterior manutenção da prisão processual do paciente, não tendo a decisão se limitado a consignar que a prisão seria mantida apenas em razão do tipo de crime perpetrado. 4. Existência de organização criminosa

¹² Fala-se em investigado uma vez que a lei, sem considerar as condições pessoais do agente ou a existência de pressupostos da decretação de medidas cautelares, proíbe a concessão de vários benefícios legais, representando verdadeira antecipação da tutela penal.

¹³ Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

voltada à prática de crimes de tráfico espúrio de substâncias entorpecentes (de várias espécies), com clara divisão de tarefas, bem como utilizando-se de armamento pesado, com possíveis práticas violentas ("encomenda de morte de pessoas envolvidas com grupos inimigos"). 5. A prisão preventiva, no caso em questão, se revela legitimada em virtude da presença de fundamentos concretos e sólidos que exigem a restrição da liberdade do paciente. 6. Não há que se cogitar de qualquer tratamento anti-isonômico em relação ao paciente - comparativamente aos demais réus -, levando em conta que a matéria relacionada ao possível excesso de prazo não envolve o paciente que se encontrava foragido enquanto que os demais co-réus haviam sido presos. 7. Habeas corpus denegado.¹⁴

Não bastasse tal medida, com respaldo, inclusive, jurisprudencial, o elastério temporal exigido para a progressão de regime em crimes hediondos é diferenciado, tendo, no início, sido vedado.

Conforme se nota, o tratamento penal passa a ser diferenciado àqueles que cometem delitos legalmente definidos como hediondos ou a eles equiparados, ao arrepio de todas as garantias penais e processuais já conquistadas, adotando-se uma visão contraditória, bifacetada e maniqueísta, em relação aos sujeitos ativos de tais crimes. A célebre obra de Jakobs parece definir bem os rumos que começam a ser adotados na política de combate às drogas:

Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. E que o estado de natureza é um estado de ausência de normas, isto é, de liberdade excessiva, tanto como de luta excessiva. Quem ganha a guerra determina o que é norma, e quem perde há de submeter-se a esta determinação.

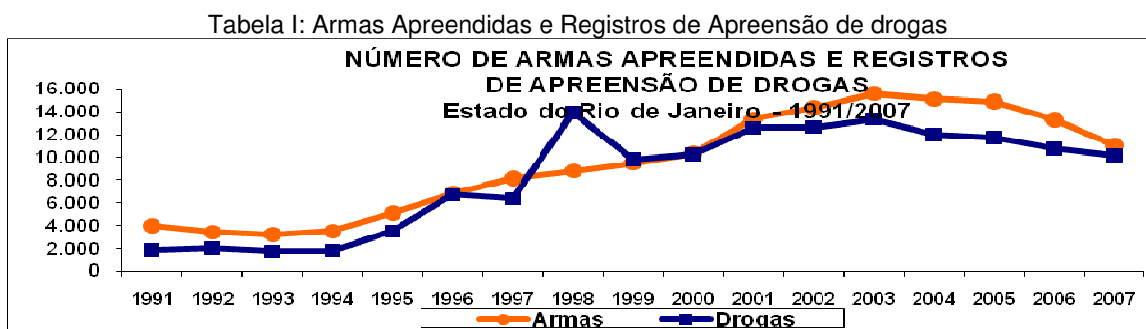
Ao que tudo isto segue parecendo muito obscuro, pode-se oferecer um rápido esclarecimento, mediante uma referência aos fatos de 11 de setembro de 2001. O que ainda se subentende a respeito do delinqüente de caráter cotidiano, isto é, não tratá-lo como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age erroneamente já passa a ser difícil, como se acaba de mostrar, no caso do autor por tendência.¹⁵

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 94921/MG. Donizete Francisco dos Santos e Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Ellen Gracie*. DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008. (Grifei)

¹⁵ JAKOBS, Günther; Meliá, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas* (Trad.: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli). 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 36.

A repressão passa a ser o “instrumento salvador”, “purificador” da sociedade contra as drogas, implementando-se verdadeira guerra em desfavor dos traficantes, inimigos da sociedade.

Ocorre que a repressão não representa um avanço, muito menos se demonstrou eficiente no âmbito interno, bastando, para tal conclusão, a análise dos dados do CeSEC (Centro de Estudos de Segurança e Cidadania), que demonstram que delitos ligados à tóxicos continuam sendo um grande problema a ser combatido e que a política de repressão não liquidou, muito menos fez reduzir, o problema no Rio de Janeiro, sendo notório, ao contrário, um aumento na criminalidade. Veja-se a tabela abaixo:



Fonte: CeSEC (Centro de Estudos de Segurança e Cidadania). [Apreensões de armas e de drogas registradas pela polícia no estado do Rio de Janeiro - 1991/2007](#).

Não se deve olvidar, porém, quando se analisa dados estatísticos que estes não representam a realidade criminal, uma vez que representam, tão-somente, o cotidiano das agências de punitividade, ou seja, aqueles casos em que, tempestivamente, a polícia e/ou qualquer outra agência de repressão conseguiu reprimir o delito. Há assim, uma cifra oculta da criminalidade, ou seja, “*aquelas condutas delitivas que não ingressam nas estatísticas oficiais e que expressam a diferença entre a criminalidade real (totalidade dos fatos ilícitos previstos em lei) e a criminalidade oficial (estatísticas criminais)*”¹⁶

¹⁶ CARVALHO, SALO. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4.ed. ampl. atualiz. e com comentários à Lei 11.343/06, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 145.

Assim, temos que o consumo e o tráfico de drogas aumentaram em grande escala e a população sentiu suas conseqüências em proporções muito maiores àquelas representadas pelos dados oficiais.

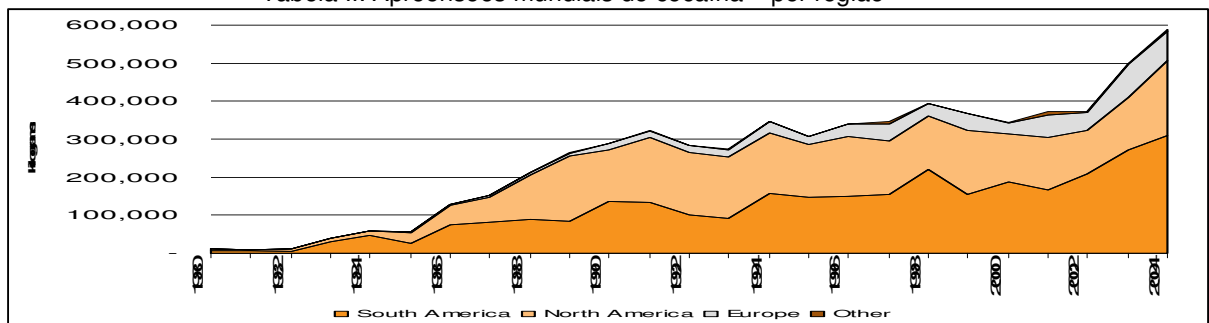
Mesmo assim, o derramamento de sangue continua presente, com sua total ineficiência e inefitividade, bem como com seus efeitos perversos, bastando, para tal constatação a análise da 'Operação Rio', cujo objetivo era reduzir a violência derivada do tráfico de entorpecentes e capturar os líderes dos grupos que comandavam o crime organizado na capital carioca, mediante a invasão militar e posterior ocupação de favelas com intenso tráfico de drogas. Efetivada a operação,

[...] poucas horas após a desocupação das áreas pelas Forças Armadas, o comércio de entorpecentes, principalmente de cocaína, retomara suas atividades normais.

As conseqüências do fracasso da operação militar forma notórias: (a) insucesso no controle do tráfico e (b) inúmeras lesões aos direitos fundamentais da população residente nas áreas de intervenção (detenções ilegais, busca e apreensões sem autorização judicial), [...].¹⁷

Em escala mundial, a situação não tem se demonstrado diferente, sendo factível que o número de apreensões de cocaína demonstra-se crescente, denotando que o problema das drogas não tem sido efetivamente combatido ou amenizado com a adoção de táticas de polícia internacional e de aumento da repressão ao tráfico de drogas. O gráfico abaixo, retirado do relatório mundial de drogas da ONU evidencia tal fato:

Tabela II: Apreensões mundiais de cocaína – por região



¹⁷ CARVALHO, SALO. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4.ed. ampl. atualiz. e com comentários à Lei 11.343/06, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 54-55.

Na prática, o impacto da legislação e da política adota foi sentido no aumento do número de presos por tráfico de drogas e na diferenciação de tratamento entre o traficante e o usuário que, com a criação dos Juizados Especiais Criminais, assistiu à possibilidade de cumprimento de penas alternativas e à impossibilidade de sua prisão em flagrante.

Ora, a adoção de políticas diversas para o usuário de drogas e para aquele que é enquadrado como traficante se mostrou ainda mais patente com a criação dos Juizados Especiais Criminais e seus institutos despenalizadores (transação penal e suspensão condicional do processo), demonstrando um duplo discurso oficial. Percebe-se que *“o legislador ordinário ao obedecer aos comandos constitucionais definiu, (...), hard (crimes hediondos) e soft crimes (crimes de menor potencial ofensivo), elaborando dois estatutos autônomos: a Lei 8.072/90 e a Lei 9.099/95”*.¹⁸

Assim, além de medidas totalmente díspares aos investigados, uma vez que é vedada a manutenção da prisão em flagrante do usuário de drogas e obrigatória – nos termos do art. 44 da Lei 11.343/06 – daquele que trafica, percebe-se que o rito processual e as medidas a serem adotadas também são diferenciados, dependendo da conduta que é imputada à pessoa, o que pode acarretar demora processual e constrição ilegal da liberdade do usuário de drogas indevidamente enquadrado como traficante.

O problema se tornava ainda mais patente quando, ao pequeno traficante, era negada a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, entendimento consagrado até o julgamento do *Habeas Corpus n. 84.928/MG*, relatado pelo Min. Cezar Peluso, que, rompendo com todos os precedentes, admitiu tal possibilidade, sob argumentos lógicos e jurídicos. *In verbis*:

EMENTA: 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.

¹⁸ CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4.ed. ampl. atualiz. e com comentários à Lei 11.343/06, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 182.

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 direitos¹⁹

Ora, a contradição era manifesta, podendo-se concluir, juntamente com RODRIGUES, que

o panorama das estratégias penais do final da década de 90 desenvolveu-se no sentido de aumentar a repressão penal para os crimes classificados como graves ou hediondos, sem que se tenha, efetivamente, um critério lógico para tal distinção. Por outro lado, foram despenalizadas condutas como o uso de entorpecentes e outros delitos de pequeno potencial ofensivo como a lesão corporal.²⁰

3. Justificação Ideológica da Repressão

O Brasil aderiu à rede internacional para o controle da criminalidade das drogas, tendo ratificado vários tratados internacionais de repressão ao tráfico, o que pode ser vislumbrado pelas inúmeras alterações legislativas perceptíveis no decorrer da história, quase sempre visando ao recrudescimento do sistema penal nesta matéria.

Nesse desiderato, sustenta-se a legislação antidrogas no tripé ideológico: Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, Ideologia da Segurança Nacional (ISN)²¹.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 84928/MG. Audaúlio Claudino e Superior Tribunal de Justiça*. Rel. Min. Cezar Peluzo. DJ 11-11-2005 PP-00029.

²⁰ Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. Orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira -- São Paulo, 2006, p. 162.

²¹ CARVALHO, SALO. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4.ed. ampl. atualiz. e com comentários à Lei 11.343/06, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31.

3.1. Ideologia da Defesa Social

A Ideologia de Defesa Social apresenta um caráter dúplice, sendo que, do ponto de vista negativo, da formação da identidade repressiva da Modernidade, se apresenta como “*pano de fundo teórico que conforma o senso comum dos atores do sistema penal*”²². No aspecto positivo, todavia, se agregando ao Movimento da Defesa Social (MDS), representa o objetivo de transnacionalização de projetos de reformas de leis penais.

Porém, deve-se lembrar que

El termino "ideología", en un significado positivo (conforme al uso que de él hace Karl Mannheim), se refiere a los ideales o programas de acción; en un significado negativo (conforme al uso que de él hace Marx), se refiere a la falsa conciencia, que legitima instituciones sociales atribuyéndoles funciones ideales diversas de las que realmente ejercen. Aquí y a todo lo largo de este trabajo usamos el término en este segundo sentido, en particular con referencia a la ideología penal identificada como *ideología de la defensa social*.²³

Nessa senda, a Ideologia de Segurança Nacional (ISN) forma um conjunto principiológico rígido, ao passo que o Movimento de Defesa Social (MDS) representa o aspecto de transnacionalização e se relaciona à defesa nacional. A diferenciação é bem delineada por CARVALHO:

Apesar de IDS e MDS estarem pautados em pressupostos similares, ambos projetando horizonte de maximização do sistema de repressão penal, não podem ser confundidos, pois sua funcionalidade é diversa, isto é, a IDS pauta os saberes sobre crime e criminalidade definindo sua forma de interpretar o fenômeno delitivo; o MDS, sob influxo de idéias da IDS, cria movimentos político-criminais cujo escopo é transnacionalizar projetos penais nos países ocidentais.²⁴

²² Idem, p. 32.

²³ O termo ‘ideologia’, em um significado positivo (conforme o uso que dele faz Karl Mannheim), se refere aos ideais ou programas de ação; em um significado negativo (conforme o uso que lhe faz Marx), se refere à falsa consciência, que legitima instituições sociais, atribuindo-lhes funções ideais diversas das que realmente exercem. Aqui e ao longo deste trabalho usamos o termo neste segundo sentido. Em particular com referência à ideologia penal identificada como *Ideologia de Defesa Social*” BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 35 (Tradução livre).

²⁴ Idem, ibidem.

Percebe-se, pois, que a Ideologia de Defesa Social dissemina tipo ideal de resposta ao delito, criando a idéia de uma intervenção punitiva racional e científica, fundada em uma sociedade abstrata e a-histórica. Baseia-se nos seguintes princípios:

1) **Princípio do bem e do mal.** Há um controle da criminalidade (mal) em defesa da sociedade (bem). O delito é um dano para a sociedade e o delinqüente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social.

2) **Princípio de culpabilidade.** O fato punível é expressão de uma atitude interior reprovável, porque seu autor atua conscientemente contra valores e normas que existem na sociedade previamente à sua sanção pelo legislador.

3) **Princípio de legitimidade.** O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos. Isto se leva a cabo através das instâncias oficiais de controle do delito (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciária). Todas elas representam a legítima reação da sociedade, dirigida tanto ao rechaço e condenação do comportamento individual desviante como à reafirmação dos valores e normas sociais.

4) **Princípio de igualdade.** O Direito Penal é igual para todos. A reação penal se aplica de igual maneira a todos os autores de delitos. A criminalidade significa a violação do Direito Penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviada.

5) **Princípio do interesse social e do delito natural.** No centro mesmo das leis penais dos Estados civilizados se encontra a ofensa a interesses fundamentais para a existência de toda a sociedade (delitos naturais). Os interesses que o Direito Penal protege são interesses comuns a todos os cidadãos. Somente uma pequena parte dos fatos puníveis representa violações de determinados ordenamentos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).

6) **Princípio do fim ou da prevenção.** A pena não tem (ou não tem unicamente) a função de retribuir o delito, mas de preveni-lo. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contra motivação ao comportamento criminal, isto é, intimida-lo (prevenção geral negativa). Como sanção concreta, tem como função a ressocialização do delinqüente (prevenção especial positiva).²⁵

Do que se nota, a Ideologia de Defesa Social não corresponde à realidade, uma vez que estudos posteriores já demonstraram que a criminalidade é um fenômeno normal em toda estrutura social, atuando como fator necessário e útil

²⁵ MOURA, Genilma Pereira de. *Ideologia da defesa social e a construção da ideologia da punição*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/genilma_pereira_de_moura.pdf>. Acesso em 10/05/2009, às 15h36min.

ao desenvolvimento e equilíbrio social; o princípio da culpabilidade já é mitigado pelas novas teorias do Direito Penal, como a idéia de co-culpabilidade²⁶, demonstrando que, diante do caso concreto, não se deve atribuir a conduta tão-somente o *animus* do agente, uma vez que sempre será influenciado pelo meio social em que se desenvolveu.

Lado outro, deve-se observar que o direito penal atua de forma seletiva em delitos relacionados ao tráfico de drogas, o que, somado à possibilidade de corrupção das agências formais de repressão, quebranta a matriz ideológica do princípio da igualdade, uma vez que

diante da clara incapacidade de impedir a venda ou consumo, a polícia atua apenas eventualmente, quando interessa e da maneira que interessa. Ainda que a agência policial fosse eficaz, bem aparelhada e incorruptível, o que não ocorre em nenhum país do mundo, não seria capaz de impedir que a indústria da droga mantivesse suas atividades em funcionamento, nem muito menos o sistema penal teria condições de absorver todos aqueles que praticam os crimes previstos na lei de tóxicos, principalmente no caso brasileiro.

[...]

Portanto, se o tipo de política pública proposta – o proibicionismo – é impossível de ser realizado na prática, a polícia fica liberada mais que nunca para selecionar os casos em que vai atuar. Abre-se, então, campo para a corrupção, diante da grande margem de discricionariedade dos policiais, reforçada pela falta de razoabilidade e da impossibilidade concreta da implementação da política oficial de abstinência e proibição do controle.²⁷

Não bastassem as críticas feitas a tais postulados, a IDS continua a balizar as interpretações do crime, do criminoso e da imposição de pena na atualidade, graças a seu forte poder de persuasão do senso comum, permitindo a legitimação dos aparelhos repressivos.

Noutro norte, os Movimentos de Defesa Social (MDS) procuram estabelecer modelo transnacional para reforma das instituições e leis penais, tendo

²⁶ “É que há casos em que as condições sócio-econômicas do agente são de tal modo adversas que o juiz, ao proceder à individualização da pena, não pode ignorá-las, devendo lhe atenuar o castigo por isso, desde que haja relação casual entre tais condições e o delito cometido, motivo pelo qual a sua aplicação ocorrerá principalmente, mas não exclusivamente, nos crimes patrimoniais (furto, estelionato etc.).” (QUEIROZ, Paulo de. *Co-culpabilidade?*. Disponível em: < <http://pauloqueiroz.net/co-culpabilidade/>>, Acesso em 11/05/2009, às 22h32min.

²⁷ Rodrigues, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira -- São Paulo, 2006, p. 155.

como principal objetivo “a tutela da sociedade contra os criminosos através dos sistemas de prevenção do delito (prevenção geral negativa) e tratamento do delinqüente (prevenção geral positiva)”²⁸.

O projeto de universalização do controle social busca a reforma dos sistemas penais nos termos da IDS, propugnando a luta científica contra o delito sem fronteiras, considerando a criminalidade como um fator humano, que necessita da cooperação internacional para a sua eliminação.

3.2. A Ideologia de Segurança Nacional (ISN)

Surgida na primeira metade do século XX, a ideologia da Segurança Nacional ganhou força nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial, em um cenário marcado pela silenciosa Guerra Fria, capaz de dividir o mundo em dois blocos.

Assim, apesar de, primeiramente, se encontrar ligada à perseguição de crimes políticos, identificando o dissidente como inimigo interno a ser eliminado, ao se unir à Ideologia da Defesa Social (IDS), a Ideologia de Segurança Nacional (ISN) torna-se instrumento de combate à criminalidade comum, representando

uma tese simplista que alucinava um estado de guerra total e permanente, o qual comprometia todo o planeta. Daí sacrificar-se tudo nessa guerra até aniquilar o comunismo, motivo da emergência de turno. Os estados policiais se reservam à função de determinar quem, em cada caso concreto, era o inimigo, dentro de uma nítida tradição schmittiana. Valia-se da militarização de toda a sociedade, onde os seres humanos e seus direitos se subordinavam ao objetivo primário de modelo de defesa do Estado, ainda que para isso montassem um estado de polícia que era sua negação, [...].²⁹

Vê-se, pois, que a função desse modelo de controle social é a eliminação do crime através da coação direta das agências repressivas, cujas

²⁸ CARVALHO, SALO. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4.ed. ampl. atualiz. e com comentários à Lei 11.343/06, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 37.

²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 39 In: CARVALHO, SALO. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4.ed. ampl. atualiz. e com comentários à Lei 11.343/06, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 39.

origens remontam à visão bifacetada da Guerra Fria, separando o mundo em dois blocos (o bloco do bem *versus* o do mal), que, reforçada pelo Estado de exceção, implementado no Brasil com o Golpe Militar de 1964, ganha força e visa à eliminação de inimigos externos e internos (inicialmente criminosos políticos e, posteriormente, comuns). Noutros termos,

era preciso defender a nação de inimigos, de amigos e de si próprio, já que no âmbito nacional poderiam estar incrustadas forças ligadas ao bloco adversário. Se ninguém era *a priori* confiável, em quem se deveria confiar? Apenas no ente que, representando a sociedade e, em tese, escolhido ou aceito por ela, poderia defendê-la, ao apontar caminhos para a garantia da Segurança Nacional – ou seja, os diferentes governos à frente da máquina estatal.³⁰

Visa-se a eliminação dos infratores, ao invés de sua recuperação, instalando-se, em conseqüência, um sistema beligerante de segurança pública, bem como um sistema penal e processual anti-garantista, legitimando discursos policiaescos e intervenções beligerantes, como a ineficaz ‘Operação Rio (1994-1995)’. Lado outro, difunde-se, no seio social, a idéia de que infratores são inimigos e, como tais, devem ser eliminados.

3.3. Os Movimentos de Lei e Ordem (MLO)

Aliados às demais justificações ideológicas da política repressiva adotada no combate às drogas no Brasil, os Movimentos de Lei e Ordem remontam suas origens à década de 60, como meios de combate à contracultura e reivindicação dos princípios basilares éticos, morais e cristãos da sociedade, apontando, novamente o crime como patologia social e o criminoso como o causador desta.

Nos dizeres de Baratta,

³⁰ PIERANTI, Octavio Penna. *Da Segurança Nacional à Insegurança Jurídica nas Telecomunicações: o Código Brasileiro de Telecomunicações, 45 Anos Depois*. Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación, Revista Eptic On Line, v. IX, n. 3, Set./Dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.eptic.com.br/arquivos/Revistas/v.%20IX,n.3,2007/AOctavioPieranti.pdf>>. Acesso em 13 mai. 2009, às 23h45min.

En la opinión pública se realizan, en fin, a través del efecto de los *mas media* y la imagen de la criminalidad que transmiten procesos de inducción de la alarma social, que em ciertos momentos de crisis del sistema de poder son manipulados directamente por las fuerzas políticas interesadas, en el curso de las llamadas campañas de "ley y orden", pero que, independientemente de estas campañas limitadas en el tiempo, desenvuelven una acción permanente para la conservación del sistema de poder, oscureciendo la conciencia de clase y produciendo la falsa representación de una solidaridad que une a todos los ciudadanos en la lucha contra un común ' enemigo interno"³¹

Utiliza-se a mídia como instrumento de legitimação das ações estatais, inculcando no senso comum a idéia de perigo constante e iminente, que só pode ser afastado pela efetiva ação estatal, o que legitima a 'flexibilização' dos direitos fundamentais e o recrudescimento do sistema penal material. O Direito penal de *ultima ratio* ganha novos contornos, tornando-se extremamente simbólico e, quiçá, de *prima ratio*.

Não foi outra a idéia difundida, quando da utilização das diretrizes do Movimento 'Lei e Ordem' em países europeus, vislumbrando-se que

La clara finalidad de esta campaña ha sido la de sobreponer la imagen del terrorismo a la imagen del disenso frente al sistema político, concurriendo de tal modo a la criminalización del disenso, y más en general a legitimar el abandono de garantías constitucionales y procesales establecidas para la tutela del ciudadano frente a la función punitiva del Estado.³²

A imprensa, notadamente a sensacionalista, figura como parte integrante das agências penais, etiquetando os criminosos e criando a sensação de alarde social, de total insegurança. Notícias de âmbito regional são 'nacionalizadas' de maneira mítica, como forma de legitimar toda a ação policiaesca estatal e

³¹ "Na opinião pública se realizam, enfim, através do efeito da 'mídia de massa' e da imagem da criminalidade que transmitem processos de indução de alarma social, que em certos momentos de crise do sistema de poder são manipulados diretamente pelas forças políticas interessadas no curso das chamadas campanhas de "lei e ordem", mas que, independentemente destas campanhas, limitadas no tempo, desenvolvem uma ação permanente visando a conservação do sistema de poder, ocultando a consciência de classe e produzindo a falsa representação de uma solidariedade que une todos na luta comum contra um inimigo interno." BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 218. (Tradução livre).

³² "A clara finalidade desta campanha foi sobrepor a imagem do terrorismo à imagem do dissenso frente ao sistema político, concorrendo de tal modo à 'criminalização do dissenso' e, mais em geral, a legitimação do abandono de garantias constitucionais e processuais estabelecidas para a tutela do cidadão frente à função punitiva estatal." BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004, p. 218. (Tradução livre).

inquinar o sentimento de revolta contra os ‘criminosos’. Cite-se, a título de exemplo, a notícia relacionada ao assassinato da adolescente Jenifer Aparecida dos Santos³³, publicada pelo *site* ‘globominas.com’, que não só relata o fato, mas qualifica-o como brutal.

Como conseqüência,

tais ações reproduziriam a crença no sistema penal como único meio eficaz de combate à criminalidade, logrando, entre outros efeitos, a criação de demandas às agências internacionais de controle, a deterioração dos valores ligados aos direitos humanos e suas garantias e a promoção de fratura artificial da sociedade (bem *versus* mal).³⁴

4. Conclusão

Do exposto, é factível que os princípios da Ideologia de Defesa Social, entendida como a ideologia justificadora do sistema penal da Modernidade ocidental, são divulgados ao público consumidor pelos Movimentos de Defesa Social, bem como pelos Movimentos de Lei e Ordem.

Some-se a isso que a experiência de governos autoritários configurou nos países da América Latina modelos belicistas de gestão da segurança pública³⁵, influenciados por ideais e paradigmas estrangeiros de impossível aplicação prática, o que tornou e mantém insustentável, tanto fática quanto ideologicamente, a política adotada pelo Brasil.

Não bastassem tais ponderações, a adoção de políticas díspares no tratamento ao “usuário” e ao “traficante” de drogas pode gerar distorções de difícil correção, uma vez que ao último é vedada a aplicação de diversos benefícios legais.

³³ AUTOR DESCONHECIDO. *Crime brutal contra adolescente choca a cidade de Uberlândia*. Disponível em: <<http://globominas.globo.com/GloboMinas/Noticias/BomDiaMinas/0,,MUL1110488-9077,00.html>>, Acesso em 12 mai. 2009, às 14h33min.

³⁴ CARVALHO, SALO. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4.ed. ampl. atualiz. e com comentários à Lei 11.343/06, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45.

³⁵ Idem, *ibidem*.

Referências

AUTOR DESCONHECIDO. *Crime brutal contra adolescente choca a cidade de Uberlândia*. Disponível em: <<http://globominas.globo.com/GloboMinas/Noticias/BomDiaMinas/0,,MUL11104889077,00.html>>, Acesso em 12 mai. 2009, às 14h33min.

AUTOR DESCONHECIDO. *The new public enemy n.º 1*. Revista Time, 28/06/1971. Disponível em: <<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,905238,00.html>> acesso em 22 de abril de 2009, às 23h17min. (tradução livre)

BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 84928/MG. Audaurlio Claudino e Superior Tribunal de Justiça*. Rel. Min. Cezar Prluzo. DJ 11-11-2005 PP-00029.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus 94921/MG. Donizete Francisco dos Santos e Superior Tribunal de Justiça*. Rel. Min. Ellen Gracie. DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008. (Grifei)

CARLINI, E. A.; GALDURÓZ, José Carlos F.; NOTO, Ana Regina; Nappo, Solange A. *I Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil: Estudo Envolvendo as 107 Maiores Cidades do País*, p. 318. Disponível em: <http://www.unifesp.br/dpsicobio/cebrid/levantamento_brasil/parte_1.pdf> Acesso em 30 de março de 2009, às 21h43min.

CARVALHO, SALO. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4.ed. ampl. atualiz. e com comentários à Lei 11.343/06, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JAKOBS, Günther; Meliá, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas (Trad.: André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli)*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOURA, Genilma Pereira de. *Ideologia da defesa social e a construção da ideologia da punição*. Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/genilma_pereira_de_moura.pdf>. Acesso em 10/05/2009, às 15h36min.

OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PIERANTI, Octavio Penna. *Da Segurança Nacional à Insegurança Jurídica nas Telecomunicações: o Código Brasileiro de Telecomunicações, 45 Anos Depois*. Revista de Economía Política de las Tecnologías de la Información y Comunicación, Revista Eptic On Line, v. IX, n. 3, Set./Dez. 2007. Disponível em: <<http://www2.eptic.com.br/arquivos/Revistas/v.%20IX,n.3,2007/AOctavioPieranti.pdf>>. Acesso em 13 mai. 2009, às 23h45min.

QUEIROZ, Paulo de. *Co-culpabilidade?*. Disponível em: < <http://pauloqueiroz.net/co-culpabilidade/>>, Acesso em 11/05/2009, às 22h32min.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade. Orientador Prof. Dr. Sergio Salomão Shecaira -- São Paulo, 2006.