



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O IMPACTO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO HIPERENCARCERAMENTO
NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Eduardo Carvalho da Nóbrega

Rio de Janeiro
2019

EDUARDO CARVALHO DA NÓBREGA

O IMPACTO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO HIPERENCARCERAMENTO
NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* de Especialização em Direito Penal e
Processual Penal da Escola de Magistratura do
Rio de Janeiro

Professores Orientadores:

Lucas Tramontano de Macedo

Néli Luzia C. Fetzner

Nelson C.Tavares Junior

Rio de Janeiro

2019

O IMPACTO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS NO HIPERENCARCERAMENTO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Eduardo Carvalho da Nóbrega

Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Universidade Candido Mendes.

Resumo – Este trabalho trata do impacto da criminalização das drogas no hiperencarceramento no sistema carcerário brasileiro. O objetivo principal é mostrar a criminalização das drogas como a grande culpada no hiperencarceramento do sistema carcerário. Aborda também a enorme quantidade de pessoas presas provisoriamente. Desta forma, mostra a realidade do cárcere hoje em dia.

Palavras-Chave – Direito Penal. Processo Penal. Sistema Carcerário. Direito Constitucional à Igualdade. Lei de Drogas. Política de Combate às Drogas.

Sumário – Introdução; 1. Histórico da Legislação de Drogas; 2. Impacto da Lei de Drogas no Sistema Carcerário e Seletividade da Política Criminal; 3 Considerações do Supremo Tribunal Federal Acerca das Prisões por Crimes de Drogas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A prisão possui, em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, característica imprescindível quanto à pena e punição propriamente dita. Apesar disto, é cediço que sua aplicação desmedida e mesmo desnecessária produz, em contrapartida, prejuízos irreparáveis em face do particular e da própria sociedade, ao perder-se o seu objeto, sua razão para existência. Esse excesso carcerário, em especial no Brasil, diz respeito principalmente, conforme será demonstrado, às prisões efetuadas em crimes relacionados a substâncias entorpecentes, seja o crime de tráfico ou a própria posse.

Desta forma, importante será observar, de maneira inicial, todo o panorama relacionado a esta conduta jurídica de combate e criminalização das substâncias entorpecentes, que atinge não só àqueles que traficam, mas, também, os meros usuários. Assim, observa-se todo o movimento jurídico e social em relação a evolução das próprias drogas e de sua comercialização e entende-se, de maneira mais aprofundada e ampla, cada um dos passos que levaram à sociedade e o próprio Estado a criminalização das drogas entorpecentes.

Importante ainda, em âmbito intermediário no presente artigo, traçar os efeitos pontuais relacionados a aplicação da lei de drogas em face do pobre e limitado sistema

carcerário brasileiro, trazendo observações que se estendem não só até a loteção destes propriamente dita, mas, em especial, tratando as próprias prisões efetuadas, suas motivações e críticas, em especial acerca da chamada seletividade criminal, tese que aponta uma espécie de biotipo e de status social onde a pressão policial se verifica não só mais rígida, mas, inclusive, mais preconceituosa, o que por si só agride, pontualmente, a questão carcerária no Brasil.

Por fim, importante ao analisarmos tal questão, quanto ao âmbito jurídico é, também, observar e tratar acerca dos posicionamentos e pronunciamentos do próprio Supremo Tribunal Federal, visto que a Corte Suprema do Brasil não só têm se manifestado quanto ao tema, mas trazido à sua análise importantes quesitos e critérios para que possamos, de maneira integral, entendermos todas as mazelas que envolvem a criminalização das drogas e o hiperencarceramento no Brasil.

1. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE DROGAS

Apesar de o combate público às substâncias entorpecentes remontar a séculos passados, aproximadamente do início do século XIX, as leis de drogas aplicáveis a nível nacional, como descrito nos capítulos seguintes, iniciaram seu surgimento no ordenamento brasileiro apenas em 1914. Neste momento, o próprio conceito de “drogas” ainda era obscuro e o combate, desordenado, já que não havia sequer unanimidade quanto ao que seria ou não considerado uma droga¹.

Em 1914, momento da primeira legislação brasileira de combate específico as substâncias psicotrópicos ou entorpecentes, o combate se fazia, em especial, as drogas como haxixe e ópio. Assim, em 1912, o Brasil participara e assinara sua participação na Conferência Internacional do Ópio em Haia e, por este motivo, cria os primeiros decretos legislativos atinentes ao tema: O Decreto nº 2.961 de 1914 e, como consequência direta, o Decreto nº 11.481 de 1915, iniciando assim o que viria a se configurar como um dos maiores “embates” da legislação brasileira: Contra as drogas.

¹ “A legislação anterior a 1914, seja aquela inscrita na tradição, que remonta às Ordenações Filipinas (V, XXXIX), das “substâncias venenosas” (expressão empregada no CP 1890, art. 159), com sabor de delito profissional dos boticários, preventivo do venefício, seja aquela esparsa em posturas municipais, como a proibição do “pito-de-pango” pela Câmara do Rio de Janeiro, em 1830, a legislação anterior a 1914 não dispõe de massa normativa que permita extrair-lhe uma coerência programática específica.” BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 20. São Paulo: IBCCRIM/Revista dos Tribunais, 1997. p. 79.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 59-61: “(...)no início do século XX o aumento do consumo de ópio e haxixe, sobretudo nos círculos intelectuais e na aristocracia urbana, incentiva a edição de novos regulamentos sobre o uso e a venda de substâncias psicotrópicas”

Importante menção ainda se faz em relação às características iniciais e transitórias da definição dos sujeitos relacionados aos crimes de drogas. Inicialmente, cabe ressaltar, apesar de um combate legislativo eficaz, a questão das drogas ainda era tratada, principalmente, como questão sanitária, onde o usuário se configuraria como um doente (fato natural ou do meio), de forma que estaria passível de sofrer internações compulsórias, apesar de inexistir pena atinente ao mero usuário².

Com a evolução pontual e marcante dos estudos acerca dos efeitos das drogas e principalmente pela própria evolução destas, em termos de abrangência e em especial, em relação ao próprio comércio ilegal destas substâncias, o Brasil, assim como todo o mundo, passara a aderir a métodos mais completos de combate as drogas e de denominação destas, frente ao ordenamento. Assim, o usuário não era mais um mero doente, mas, um dependente que, apesar de possuir em muitos casos seu discernimento afetado, ainda assim é considerado sujeito de Direitos e, por isso, não mais seria receptor de medidas sanitárias ou higienistas³.

Junto com a própria mudança no entendimento acerca do usuário de drogas, o ordenamento brasileiro, em conjunto com diversos tratados internacionais⁴ sobre o tema, passa a observar e reconhecer as drogas e, em especial, o tráfico destas como um problema não mais de higiene ou de fiscalização, mas sim de segurança pública, tendo em vista o poderio econômico observado por aqueles que “dominavam” a comercialização destas.

Com o início do tratamento da questão das drogas como segurança pública, inicia-se também o debate jurídico acerca de diversas questões a nível individual ou coletivo, em especial, o tratado neste artigo: O hiperencarceramento causado por estas medidas.

No Brasil a criminalização das drogas inicia-se, sendo o uso ou porte e o comércio de entorpecentes, quando da Instituição das Ordenações Filipinas, publicara um texto criminalizando qualquer tipo de entorpecente. Em decorrência quase direta disto e utilizando-se de adequação temporal, fora estabelecido no Código Penal de 1980, no artigo 159 a pena de multa àquelas pessoas que expusessem a venda ou vendessem estas substâncias.

O Decreto Lei nº 891/38 foi elaborado por conta do modelo da Convenção de Genebra de 1936 o qual seu objetivo era enfrentar o tráfico e o consumo.

² SILVA, Antonio Fernando de Lima Moreira da. *Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/19551/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais>> Acesso em: 08 Mai. 2019.

³ Alteração em especial observada em 1968, trazida pelo Decreto-Lei nº 385 que igualava o consumidor ao traficante. Entretanto, a modificação foi pontual e importante de 1971, pela Lei 5.726/1971.

⁴ A mais importante a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena (1971)

Mesmo com a elaboração do Decreto, o Código Penal⁵ de 1940 tipificou no artigo 281 o comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes.

Artigo 281,CP: 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 contos de réis.

Em 1961 com a aprovação da Convenção Única Sobre Entorpecentes, ponto de cisão da concepção e entendimento das drogas ao redor do mundo, mostrou-se o real interesse da política de segurança em relação a drogas, a qual considera a um perigo social e econômico de caráter universal.

Dessa maneira, esta política internacional de repressão das drogas tinha como objetivo destruir as fronteiras nacionais para o enfrentamento da criminalidade.

Entretanto, em contramão ao que se fundamenta mundialmente, no Brasil é publicado o Decreto-Lei nº 385/68, o qual iguala o traficante e o usuário de drogas, alterando o artigo 281 do Código Penal.

O Brasil após três anos, na tentativa de consolidar o entendimento internacional, edita a Lei nº 5.276/71, demonstrando o controle repressivo ao consumo e em especial a comercialização das drogas.

Outro marco, foi a alteração da Lei nº 5.276/71 para Lei nº 6.368/76, denominada como Lei de Tóxicos, onde propõe-se o legislador no sentido de reprimir ao comércio das substâncias e a possibilitar a internação compulsória dos usuários.

Ainda, com a vigência da lei supramencionada, havia a possibilidade de o usuário ser condenado de 6 meses a 2 anos de detenção, enquanto os traficantes estavam sujeitos a penas de 3 a 15 anos de prisão. Como percebe-se a lei propunha um controle severo, chamado de proibicionista e era liderada e motivada pelos Estados Unidos, por meio do qual se aumenta o controle interno e internacional sobre as substâncias consideradas ilícitas.

Percebe-se ainda que, historicamente, apesar das diversas legislações criadas, que a grande mudança fora a diferenciação do traficante em relação ao usuário de drogas, onde anteriormente eram equiparados e sofriam se não as mesmas, sanções muito similares.

Em 2002 com a grande violência que assolava o país, combinada à recente política de guerra às drogas disseminada pelos Estados Unidos, o poder legislativo brasileiro

⁵BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 01 mai. 2019.

necessitava elaborar uma lei que diminuísse o índice de crimes violentos no país, assim como regularizar o tratamento dado, em termos jurídicos, ao traficante e o usuário de entorpecentes.

Diante disso, a Comissão Mista Especial de Segurança Pública apresentou o Projeto de Lei nº 115/2002, o qual extinguiu a prisão para o usuário de drogas e mantinha a pena mínima de 3 anos e máxima de 15 anos para o tráfico de drogas. Entretanto, como exigia o momento, fora apresentada uma emenda que elevou a pena mínima para o tráfico de drogas para 5 anos e manteve a pena máxima em 15 anos.

Assim, aprovado o Projeto de Lei nº 11.343/06, que apesar da nova tratativa acerca do combate ao tráfico de drogas, excluía de seu texto final os dispositivos que acabariam com a prisão àqueles considerados meramente usuários.

Além disso, fora aprovado juntamente ao texto do Projeto de Lei supramencionado o chamado “tráfico privilegiado”, o qual define requisitos objetivos para a concessão de redução de pena⁶, que, desta feita, seria reduzida de um sexto a até dois terços.

Por fim, no ano de 2006, entra em vigor a Lei nº 11.343 que gera os maiores e mais importantes impactos em face da chamada guerra à drogas no território nacional e que representa, até hoje, a legislação mais moderna existente no Brasil, voltada a este cenário.

2. IMPACTO DA LEI DE DROGAS NO SISTEMA CARCERÁRIO E SELETIVIDADE DA POLÍTICA CRIMINAL

Em 2006, quando a Lei nº 11.343 passara a vigorar, existiam 31.520 presos por tráfico de entorpecentes nos presídios brasileiros. Em junho de 2013, esse número subira para 182.779, um aumento de 339%. Nesse mesmo período, só um outro crime aumentou mais dentro das cadeias: tráfico internacional de entorpecentes (446,3%).

Em contrapartida, a legislação mais recente, como citada, observa o porte para consumo próprio como infração, sendo causa para penas de advertência, prestação de serviços à comunidade ou medida sócio-educativa. O acusado é detido, assina um termo circunstanciado, e é liberado para responder em liberdade, não integrando e aumentando os números de presos no Brasil.

Por sua vez, a pena para o tráfico, como já mencionado, terá, em aspectos mínimos, 5 anos e, no caso de pena máxima, 15 anos. Assim sendo, até o ano de 2012, o sujeito que fosse

⁶ Os requisitos tratados pelo dispositivo legal eram: Primariedade, bons antecedentes e que não fizesse parte de associação criminosa (conceito alterado posteriormente). Conforme dispõe o artigo 33 parágrafo 4 da Lei nº 11.343/06. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em: 01 mai. 2019.

preso em flagrante, poderia ser condenado a uma prisão preventiva, esta sem prazo determinado. Entretanto, apenas após o ano de 2012, o STF impossibilitou essa conduta judiciária.

A mudança proposta na Lei nº 11.343/2006 tinha o intuito, por sua vez, de abrandar o tratamento penal dado ao usuário, gerando o efeito direto de diminuir-se o número de presos. Contudo, na prática, tal mudança causou um efeito inverso e, principalmente, perverso.

Impulsionados pela demonização das drogas e descontentes com o fato de os consumidores não serem presos, policiais, promotores e juízes passaram a enquadrar muitos deles como traficantes. Tal classificação pode ser feita devido à ausência de critérios objetivos para determinar quais quantidades de entorpecentes configuram posse para uso próprio e quais demonstram atividade comercial.

Como consequência direta desta conduta, o número de preso provisórios no sistema carcerário aumentara de forma significativa, chegando a representar, em 2019, 35,9% de toda a população carcerária do Brasil⁷.

A intensificação da guerra às drogas também aumentou, por relação de causa e efeito, o poder de facções criminosas que mercantilizam estes entorpecentes. Isso porque quanto mais se reprime traficantes de pequeno e médio potencial lesivo e de vendas, com acesso mais dificultado ficarão os consumidores em relação aos traficantes, o que, levando-se em conta as leis naturais de mercado, aumenta diretamente o preço dos entorpecentes, aqui observados como produtos, daqueles que ainda conseguem negociá-los com maior liberdade e segurança.

A mudança legal, juntamente à intensificação do combate à drogas resultara em uma explosão do número de presos por tráfico de entorpecentes. Em 2005, eram 31.520 detidos por esse crime, o equivalente a 9% da população carcerária do país, que então contava com 361.402 pessoas, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional, órgão do Ministério da Justiça. Já em 2014, o número de presos por tráfico subiu expressamente como já abordado acima, e esse delito passou a ser o que mais leva gente para as penitenciárias: 29% dos 686,6 mil detentos do Brasil⁸.

A criminalização das drogas, como demonstrado, desde 2006, vem causando grande impacto nos presídios, gerando, conforme levantamento de 2017, o percentual de 32,4%

⁷ VELASCO, Clara e col. *Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml> > Acesso em: 02 mai. 2019.

⁸ Agência CNJ de Notícias. *Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>> Acesso em: 03 mai. 2019.

presos em nosso país por conta do combate as drogas, sendo responsável principal pelo fenômeno da superlotação nos presídios brasileiros⁹.

É de fácil constatação, conforme todo o apanhado informativo presente nos fragmentos textuais anteriores, que a própria política de combate as substâncias entorpecentes e psicotrópicas gera efeitos diversos, em relação não só aos indivíduos, mas, em especial, frente à coletividade. Tais efeitos, ainda que em tese, tenham cunho benéfico, devem ser observados com parcimônia, em especial, quanto ao sistema carcerário brasileiro. Temos, então, a seguinte análise:

Frente aos indivíduos, a política repressora às drogas possuem efeitos “mão e contramão”. Ou seja, enquanto, por um lado, a política de drogas tende a tornar menos propensa a entrada dos indivíduos ao chamado “mundo das drogas”, esta, também, torna o meio de obtenção destas cada vez mais marginalizado, obscuro e violento. A ilegalidade atinente ao tema causa, de forma natural de causa e consequência, uma maior periculosidade que se demonstra pela própria dificuldade de contato entre os indivíduos e as drogas. Esta periculosidade, apesar de coibir uma parcela significativa da sociedade, gera também, em contramão, diversas mortes que poderiam, com uma política social relativa às drogas, ser evitadas.

Em relação à coletividade, os efeitos são ainda mais visíveis e de complexa análise, já que enquanto tende a diminuir a propagação do uso de drogas e coibir seus abusos, gera diversos problemas ainda mais significativos, em especial, o crescimento estrutural da “força” do tráfico de drogas. Ora, enquanto marginalizado e proibido, o tráfico ilegal, por exercer uma espécie de monopólio comercial das substâncias aqui tratadas, continuará a evoluir quanto a seu poderio e, principalmente, quanto ao crescimento econômico presente neste meio. Constatar isto é, também, constatar o crescimento não só da violência, mas também dos chamados “poderes paralelos”, sendo certo que este constitui, se não o maior, um dos maiores problemas estruturais de todos os Estados do território nacional.

Entretanto, os efeitos sociais da política de combate às drogas não se resumem a problemática marginalização das drogas e dos próprios usuários, mas, também, quanto a própria estrutura judiciária do Brasil.

Enquanto uma política de adequação e controle das drogas possibilitaria um maior cuidado atinente a esta questão, a política de combate às drogas prevê e aplica, em excesso, a

⁹ VELASCO, Clara e col. *Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>> Acesso em: 03 mai. 2019.

punição penal¹⁰. Desta forma, cada vez mais, se verifica como regra o encarceramento de sujeitos que poderiam e deveriam ser recuperados. Inclusive, a própria adequação no fornecimento e controle das drogas influenciaria na quebra do “monopólio” do tráfico, o que, objetivamente, diminuiria o poder exercido pelo próprio tráfico e a necessidade de encarceramento nestes casos.

Importante frisar, ainda, que estes encarceramentos não são casos isolados, conforme já demonstrado anteriormente. Além disto, o efeito na estrutura judiciária brasileira se dá neste sentido: O maior encarceramento alavanca a questão carcerária de forma pontual, causando o que já fora constatado por todos os órgãos de atuação prisional no território nacional – super lotação e precariedade das prisões.

Conforme afirmado pelo CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público)¹¹, mais de 65% dos presídios brasileiros sofrem com super lotação, sendo certo que em diversos polos, a capacidade do presídio é menor que a metade do número detentos que ali cumprem pena. Desta forma, não só os presídios perdem completamente sua eficácia como medida restauradora, mas também transforma, cada vez mais, o próprio presídio em um local inseguro, inclusive, para aqueles que ali desempenham suas funções laborais, assim como causa ao judiciário uma condição de dificuldade em aplicar suas próprias funções típicas, tendo em vista que a tendência nacional é a impossibilidade de encarceramento por falta de condições estruturais e propriamente físicas para que se efetive todas prisões devidas.

Tais efeitos da política de combate às drogas, assim, representam uma grave ameaça não só ao sistema prisional brasileiro, mas também à própria jurisdição condizente ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal brasileiros.

A seletividade criminal, conforme conceito amplamente debatido e positivado em termos de Direito Penal, se manifesta em duas vertentes, ambas tratadas neste artigo: A seletividade primária, esta relacionada com a própria produção legislativa¹², e a seletividade secundária que se configura como a aplicação prática da seletividade primária¹³. Ou seja, a seletividade secundária se demonstra como a possibilidade de o legislador prever, por

¹⁰ Conforme já mencionado anteriormente, principalmente pelos dados que demonstram os números de prisões preventivas e de prisões por tráfico de drogas no território nacional.

¹¹ Conselho Nacional do Ministério Público. *CNMP divulga que 65% dos presídios brasileiros têm ocupação superior à capacidade máxima*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/noticias-cddf/11177-cnmp-divulga-que-65-dos-presidios-brasileiros-tem-ocupacao-superior-a-capacidade-maxima>> Acesso em: 06 mai. 2019.

¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2013: “é o ato o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2013: “é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”.

medidas diretas ou indiretas, utilizando-se das agências de criminalização secundárias para permitir que a eficácia da legislação seja plena em face de um grupo social concreto.

Entender tal conceito é importante para se entender, em termos iniciais, as motivações do ente governamental ao encarcerar e marginalizar uma parcela da sociedade, quando a questão pode ser tratada e controlada de outras formas, com maiores benefícios e maior eficácia.

Por motivos que só podem ser descritos como racismo estrutural e puro preconceito econômico¹⁴, os crimes referentes às drogas vem, continuamente, sendo associados à periferia e a seus moradores. Não raro nos deparamos com magistrados que afirmam que os réus “não possuem características físicas próprias do cometimento daquele delito” ou, em contramão, que “o réu possui característica física semelhante ao usual quanto do cometimento deste delito”. O que se segue é certa manifestação contrária, quando tais escândalos são divulgados, mas nenhuma mudança prática.

Ora, é interesse dos poderosos e influentes que as drogas continuem não só sendo marginalizadas, mas que os agentes dos crimes referentes a estas sejam considerados distantes de suas próprias características, pois, desta forma, garantem não só certa “imunidade” a seus pares, como garantem que o combate estrutural ao tráfico de drogas se dará pela “base” do tráfico e não em face daqueles que, de fato, injetam a grande parte do dinheiro que financia o tráfico de drogas e que compõe a cúpula inatingível e quase invisível do topo da cadeia criminal condizente ao tráfico de entorpecentes.

No que tange a dita “imunidade” à parcela da sociedade que não se enquadra no falso e pretensioso “estereótipo” do tráfico de drogas, esta se verifica não só pela facilidade na liberação de brancos e ricos, quando apreendidos cometendo os crimes aqui mencionados, mas também na própria definição, inclusive pela própria sociedade, do acusado – Não raro, se percebe em manchetes de jornais a menção à “criminoso” ou a “bandido” quando um negro de periferia é preso por porte ou tráfico de drogas, enquanto, quando o fato é atribuído a um branco, rico ou de classe média, as manchetes destes mesmos jornais costumam defini-lo como “jovem”.

Esta seletividade, que vai muito além de ser meramente questão jurídica, se verifica, na prática, observando-se a própria população carcerária brasileira. Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública afirmam que, pelo menos, 64% dos presos no Brasil são

¹⁴ El País. *Como o racismo influencia nas sentenças de negros e brancos para tráfico*. Disponível em: <<https://blogdacidadania.com.br/2018/12/como-o-racismo-influencia-nas-sentencas-de-negros-e-brancos-para-trafico/>> Acesso em: 05 mai. 2019.

negros e que também são os negros que mais morrem em operações policiais, em geral, ações em combate ao tráfico de drogas: Entre os mortos, 76% são negros.¹⁵

A seletividade da política criminal brasileira, em especial no tocante as drogas, é não só declarada, mas absolutamente obscena. E é esta seletividade, quase estrutural, que afeta não só o dia a dia da população, como também eleva a dificuldade no combate eficaz a violência urbana e, em especial, encarcera em excesso apenas parte da população, lotando presídios por todo o território nacional sem, de fato, solucionar qualquer problema, ainda que mínimo, quanto ao tráfico e consumo de drogas.

3. CONSIDERAÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DAS PRISÕES POR CRIMES DE DROGAS

O Supremo Tribunal Federal, por meio de comunicados, notas, julgados ou posicionamentos, têm se manifestado continua e ativamente, não só no tocante da questão da lei de drogas e do combate ao tráfico e consumo destas, mas, em especial, também, quanto ao hiperencarceramento causado por estas medidas e seus efeitos para o panorama prisional do Brasil.

Inicialmente, cabe menção à positivação jurisprudencial da inconstitucionalidade da negativa de liberdade condicional em casos de tráfico de drogas¹⁶. Tal posicionamento afirma, de forma límpida, o posicionamento do STF quanto ao excessivo encarceramento causado pela lei de drogas e suas diretrizes.

Naturalmente, tal positivação jurisprudencial não se baseia unicamente na sobre a questão carcerária do Brasil, sendo certo que esta se faz, em especial, basilarmente, ao tratar das próprias prisões efetuadas, sua legalidade e principalmente sua eficácia. Entretanto, é cediço que, ao trazer tal tema à debate, o STF também considera a questão carcerária como aspecto primordial, já que tal questão a muito é observada atentamente pela Suprema Corte Brasileira e é, necessariamente, um efeito direto desta positivação jurisprudencial, utilíssima tanto ao ordenamento jurídico e ao próprio processo penal como em relação à coletividade e o bem estar social.

¹⁵ Agência Brasil. *Negros são maioria nos presídios e entre as vítimas de homicídios*. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/direitos-humanos-br/negros-sao-maioria-nos-presidios-e-entre-as-vitimas-de-homicidios>> Acesso em: 04 mai. 2019.

¹⁶ BRASIL. *STF reafirma inconstitucionalidade da regra que proíbe liberdade provisória a presos por tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=354431>> Acesso em: 04 mai. 2019.

Não só por esta jurisprudência, mas a questão carcerária vem sendo observada com atenção pela Corte Suprema Brasileira, inclusive em conjunto com o CNJ (Conselho Nacional de Justiça). Em 2017, o próprio CNJ financiou pesquisa de abrangência nacional, buscando saídas e alternativas para o excesso de prisões no território nacional, tendo em vista a superlotação de presídios e a constante falta de possibilidade destes, estruturalmente, de receber novos internos.¹⁷

Tal pesquisa, em especial por ser impulsionada pelo STF em conjunto com o CNJ indica que a questão carcerária, em especial quanto a superlotação vem sendo observada com atenção pelo Poder Judiciário em conjunto com o Poder Executivo. Entretanto, tal olhar não se resume a superlotação em si, mas também quanto a duração das prisões e sua devida eficácia, já que em grande maioria, em especial em relação a crimes envolvendo entorpecentes, diversas medidas cautelares seriam devidas a proporcionar um efeito mais benéfico a sociedade como um todo, em contrapartida à prisão. Estes quesitos, então, se configuram como o grande problema encarado, ao observar-se à questão carcerária no Brasil.

O Supremo, ainda, vem atuando no sentido de procurar, por si mesmo, alternativas a esta atual condição carcerária. Por isso, a Suprema Corte, também, por meio de debate institucional, tenta dar andamento a Projeto de Lei nº 299 de 1999 que tem como intuito evitar o encarceramento excessivo e, por muitas vezes, desnecessário.¹⁸ Tal medida se configura como uma das mais importantes em pauta pelo Judiciário e Legislativo, já que esta possibilitaria o cumprimento de prisões em regime aberto ou semi-aberto de forma diferenciada à instituição prisional tradicional, o que, por si só, relaxaria a questão carcerária como um todo, já que, conforme declarado, inclusive pelo CNJ, grande parte das prisões efetuadas no Brasil não são exclusivamente devidas, já que poderiam ser cumpridas de formas alternativas.

Entretanto, não só por meio de medidas diretas, mas também por meios secundários, como seus próprios votos, decisões e posicionamentos em ações individuais ou mesmo de menor abrangência, o Supremo Tribunal Federal tenta reduzir este encarceramento e, também, reestabelecer as funções típicas e necessárias às instituições prisionais, sendo certo que a instituição prisional, em tese, deveria ser utilizada por presos cumprindo pena em regime fechado, o que não é observado em grande maioria dos casos, no Brasil. Tais posicionamentos

¹⁷ MONTENEGRO, Manoel Carlos. *Pesquisa busca na Justiça saídas para encarceramento excessivo*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85093-pesquisa-busca-na-justica-saidas-para-encarceramento-excessivo>> Acesso em: 02 mai. 2019.

¹⁸ BRASIL. *Representantes do Executivo e Legislativo federal defendem alternativas ao encarceramento*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=239716&caixaBusca=N.>>> Acesso em: 02 mai. 2019.

se verificam, por exemplo, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 580252, onde o STF definira que o Estado deverá indenizar o preso que se encontre em situação degradante.¹⁹

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão Geral. Constitucional. Responsabilidade civil do Estado. Art. 37, § 6º. 2. Violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários. Indenização. Cabimento. O dever de ressarcir danos, inclusive morais, efetivamente causados por ato de agentes estatais ou pela inadequação dos serviços públicos decorre diretamente do art. 37, § 6º, da Constituição, disposição normativa autoaplicável. Ocorrendo o dano e estabelecido o nexo causal com a atuação da Administração ou de seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. 3. "Princípio da reserva do possível". Inaplicabilidade. O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. É seu dever mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir danos que daí decorrerem. 4. A violação a direitos fundamentais causadora de danos pessoais a detentos em estabelecimentos carcerários não pode ser simplesmente relevada ao argumento de que a indenização não tem alcance para eliminar o grave problema prisional globalmente considerado, que depende da definição e da implantação de políticas públicas específicas, providências de atribuição legislativa e administrativa, não de provimentos judiciais. Esse argumento, se admitido, acabaria por justificar a perpetuação da desumana situação que se constata em presídios como o de que trata a presente demanda. 5. A garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional (Constituição Federal, art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura), como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil (Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955). (...) RE 580.252, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 11/9/2017.

Esta medida, ainda que de difícil aplicação prática, é um sinalizador do posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a questão carcerária do Brasil, ao tentar condicionar os Estados a aprimorarem seus sistemas de prisões, sob pena de arcarem, financeiramente, com seu descaso e falta de critério ao efetivar as prisões (estas por meio do judiciário estadual).

Ainda que dificilmente observe-se de fato a plena aplicação de julgados como o supramencionado, a mera existência do mesmo impulsiona não só os Estados, mas também dá claras indicações que o Brasil e suas instituições lutam contra o ataque aos Direitos Humanos verificados em presídios pelo país, onde despreza-se as garantias individuais e coletivas dos

¹⁹ BRASIL. *Estado deve indenizar preso em situação degradante, decide STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352>> Acesso em: 02 mai. 2019.

indivíduos ali encarcerados em nome de aplicar-se uma política criminal já a muito superada, ultrapassada e que apenas conduz os aplicadores do Direito e a própria sociedade como um todo ao cadafalso institucional e social.

Tais posicionamentos indicam também que não só a sociedade, como a própria Suprema Corte Nacional percebem os efeitos catastróficos do hiperencarceramento, este motivado, como demonstrado anteriormente, principalmente, pelas prisões impulsionadas pelo chamado combate às drogas e, por perceberem tais efeitos, buscam saídas que evitem o total colapso do sistema carcerário brasileiro e, por consequência, do próprio Direito Penal e Processual Penal.

CONCLUSÃO

São inegáveis os efeitos danosos causados pelo hiperencarceramento, principalmente ocasionado pela prisão daqueles acusados de crimes de posse de drogas. Tais efeitos, como demonstrados, superam o âmbito meramente jurídico, gerando demonstrações na própria sociedade, destes efeitos problemáticos, em especial prejudicando a crença da sociedade em relação ao sistema prisional e sua própria aplicação, quanto aos objetivos que se pretendia, quando da própria fundamentação da prisão conforme instituto máximo de Direito Penal.

Os efeitos aqui tratados, como dito, possuem viéses diversos, em especial, o efeito social e o efeito jurídico. Enquanto o primeiro diz respeito a própria eficácia das prisões, sua plena aplicação, com respeito aos direitos fundamentais individuais, os efeitos jurídicos são ainda mais amplos, ao apontarem não só um prejuízo à própria pena, instituto fundamental ao direito penal como gera uma insegurança jurídica àqueles que integram, independentemente do polo, as ações em varas criminais. Válido mencionar ainda que tal insegurança, além de jurídica, se demonstra de fato, quanto as prisões e sua efetiva validade.

A impossibilidade de efetuar-se prisões (impossibilidade esta que verifica-se em tese, já que na prática, os presídios, em sua grande maioria, já se encontram superlotados e continuam a receber presos), a ineficiência do sistema carcerário em seus objetivos primários e a própria utilização precária destes, são alguns dos danos primários da prisão de acusados relacionados às leis de drogas.

Tais danos, conforme demonstrados, se dão pela falta de cautela e de razoabilidade ao criminalizar as drogas, assim como seus usuários. Tendo em vista que esses não representam, objetivamente, um perigo à sociedade, injustificável é a prisão destes, em especial ao observar-se toda a complexidade da questão carcerária no Brasil e o altíssimo índice de

crimes violentos, em especial, nas grandes metrópoles. Tal menção não relativiza um crime em relação ao outro, mas sim, tem o condão de trazer à vista a real necessidade de aplicação da prisão, já que, em contrapartida, o próprio legislador, ao positivar as medidas cautelares e a progressão de regime, prevê a possibilidade de atuação positiva do Estado em face de crimes de menor potencial ofensivo, mesmo que esta atuação não represente diretamente um encarceramento do réu ou acusado.

Não só de pouca razoabilidade frente à periculosidade dos acusados se dá as prisões por crimes relacionados a substâncias entorpecentes, mas também pela irregularidade e excesso na aplicação de prisões preventivas desnecessárias, infrutíferas e desreguladas que se verificam, o que majora, sensivelmente, todos os problemas da questão carcerária no Brasil, sendo certo que a própria questão das prisões preventivas, no geral, geram diversos questionamentos e debates no âmbito jurídico brasileiro, observando-se naturalmente que sua aplicação frente a crimes como os ora tratados e tendo em vista o hiperencarceramento no Brasil, se torna ainda mais sensível tal aplicação e utilização da prisão preventiva, principalmente ao se tratar de medida com efeito que deveria se configurar como meramente processual.

Desta feita, conclui-se que a criminalização desmedida e irrazoável em crimes relacionados ao uso e posse de substâncias entorpecentes, traz à sociedade prejuízos muito maiores do que os benefícios que subjetivamente deveriam revelar, por isso, configura-se como uma incongruência político-judiciária permitir que tais condutas e institutos permaneçam sendo aplicados conforme se apresentam, com tais políticas encarceradoras em vigor. Conforme todo o apanhado de informações apresentadas, deve-se, primariamente, evitar o encarceramento desmedido, para que, por consequência, as próprias medidas do processo criminal possuam a devida eficácia e, assim, o próprio Direito Penal teria, em sua essência, maior relevância e eficiência de aplicação, tanto em termos absolutamente jurídicos como, inclusive, frente à sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de. (Orgs.). *10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais*. Belo Horizonte: D'Palácido, 2016.

NORONHA, Eduardo. *10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político-Criminais*. Belo Horizonte: D'Palácido, 2017.

PRUDENTE, Neemesias Moretti. *O Subsistema penitenciário de Drogas no Brasil: Desafios e Soluções*. Disponível em: <<https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942832/sistema-prisional-brasileiro-desafios-e-solucoes>> Acesso em: 10 fev. 2019.

RODRIGUES, Thiago. *Narcotráfico, uma guerra na guerra*. São Paulo: Desatino, 2013.

SELL, Sandro César. A etiqueta do crime. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano12, n.1507, 17 ago. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10290/a-etiqueta-do-crime>> Acesso em: 18 set. 2018.

SILVA, José Geraldo. *Lei de drogas anotada*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. *Direito Penal Brasileiro I*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.