

ENSAIO SOBRE A HEDIONDEZ DA LEI N. 11.343/06 E SUA INEFICÁCIA EM TUTELAR A SAÚDE PÚBLICA.

Eugênio Eduardo Esposte Sant'Anna Marrachine
Fundação Educacional do Município de Assis - FEMA
eugeniomarrachine99@gmail.com

Resumo

A guerra às drogas é centenária e perdura até os dias de hoje, todavia sua notoriedade surgiu em 1971 com então presidente norte americano Richard Nixon, que declarou oficialmente guerra as drogas a todo mundo. A principal característica desta declaração de Nixon é repugnância que pelo dicionário é sinônimo de hediondo, no qual é inerente a vários ordenamentos jurídicos espalhados mundo afora que tem o crime de tráfico como hediondo, inclusive no Brasil. Destarte esta hediondez não tem sido competente para a diminuição do consumo de entorpecentes, deste modo a população carcerária brasileira teve um gigantesco aumento nos últimos dez anos, o que nós entendemos ser consequência dos crimes taxados nos artigos 33 e 35 da lei 11.343/06 como hediondo. Por seu turno, ainda vamos além, o fato da lei de drogas tutelar a saúde pública, em nada melhorou na realidade da segurança pública e nacional e muito pior porque o Estado tem encarcerado com base na proteção da saúde coletiva, enquanto os estabelecimentos prisionais são os que mais as pessoas são infectadas por doenças em tese de fácil tratamento. Nesta senda, o projeto ainda conclui apresentando o modelo do controle do uso de tóxicos sobre o prisma Islandês, explanando como a Islândia passou de um país onde os jovens mais usavam droga no continente europeu para líder do ranking de menores consumidores de entorpecentes do velho continente.

Palavras chave: Hediondez. Nixon. Saúde Pública. Guerra às Drogas.

Abstract

The war on drugs is a century-long war and continues to this day, but its notoriety came in 1971 with then-American President Richard Nixon, who officially declared drug warfare to everyone. The main feature of this statement by Nixon is repugnance which by the dictionary is synonymous with hideous, in which it is inherent to various legal systems scattered throughout the world that has the crime of trafficking as heinous, including in Brazil. As such, this stench has not been competent to reduce the use of narcotics, so a Brazilian prison culture has increased enormously in the last ten years, which we considered to be a reason for crimes taxed in articles 33 and 35 of law 11.343 / 06 as heinous. In turn, we go even further, the fact of the drug law protecting public health has in no way improved in the reality of public and national security and much worse because the state has imprisoned based on collective health protection, while prisons are the more people are infected by diseases in easy-to-treat thesis. In this way, the project concludes by presenting the model of the control of the use of toxicants on the Icelandic prism, explaining how Iceland moved from a country where young people used drugs on the European continent to be the leader in the ranking of smallest drug users. old continent.

Keywords: Heinous Crimes. Nixon. Publics Health. War on Drugs.

1. Introdução

Esta pesquisa científica tem por objetivo explicar a lei 11.343/06 como crime hediondo desde antes da sua conceituação como repugnante até sua aplicação no dias de

hoje, demonstrando assim seu fracasso no controle do consumo de drogas em solo nacional.

Discute-se aqui também, o bem jurídico por ela tutelada, que também não obteve sucesso na proteção da vitalidade coletiva brasileira, além da questão de se prender e se encarcerar em um local onde a saúde não é protegida, ou seja os presídios, onde está a coerência?

A partir disto, efetuamos desde pesquisas intrínsecas a um trabalho científico como revisão de literatura até trabalhos de campo como a entrevista com advogados criminais que atuam na aplicação prática de lei de drogas.

Os fins pretendidos com este trabalho, é demonstrar que o crime de tráfico como hediondo é inconstitucional pelo princípio da proporcionalidade, e da mesma forma com a saúde pública, pois há crimes piores para obterem este bem jurídico.

1.1. Do histórico de combate as drogas

Esta pesquisa começa sua crítica a partir de uma breve exposição histórica a respeito da guerra contra as drogas. Apesar do foco deste artigo ser a hediondez na legislação brasileira, é mister uma explanação sobre as origens deste rigor ao tráfico de drogas.

O termo guerra as drogas é mais conhecido e associado ao ex presidente americano Richard Nixon, que no ano de 1971 “declarou” oficialmente a guerra as drogas nos EUA e posteriormente a todo mundo também, todavia esta temática é muito complexa e antiga do que método espartano adotado por Nixon.

No século XIX, milhares de trabalhadores chineses foram para os Estados Unidos para construírem estradas de ferro, após o término desta grandiosa empreitada a maioria destes operários permaneceram na américa e se tornaram uma ameaça para a mão de obra americana. No entanto os americanos não poderiam simplesmente expulsar os chineses dali se um motivo prévio. Foi aí que os saxões observaram um hábito dos orientais que não condiziam com a conduta norte americana, era o consumo do ópio.

Foi naquele contexto, que no ano de 1905 com a liderança do Bispo Brent, um religioso que representava os EUA nas Filipinas, escreveu uma carta ao então presidente Franklin Roosevelt, dizendo que o uso de cocaína era a principal causa da violência na américa do norte em seus territórios de domínio, no caso as Filipinas, Brent fundamentava que a droga tinha um efeito mais nocivo em negros, relatava que na semana em que escreveu a carta ao chefe de estado, um policial teve que dar diversos tiros para conter

um negro sob efeito da cocaína. Após isto, uma convenção internacional de entorpecentes criou uma criatura, sob a liderança de Brent e a partir disso surgiu a primeira legislação proibitiva americana.

É curioso, que naquele mesmo período, a cocaína e a heroína eram estudadas pela gigante alemã da indústria farmacêutica, a Bayer, no qual destes estudos descobriram alguns analgésicos e anestésicos, como a morfina.

Pois bem, a partir daquele momento dezenas de chineses foram condenados e começaram a encher as prisões americanas em nome da moral. A elite norte americana não fazia o uso do ópio, diferentemente dos chineses sua droga preferida era a cocaína que era vendida em farmácias, no entanto, a cocaína não foi alvo da proibição em um primeiro momento, ela só entrou no rol dos ilícitos, após a independência financeira dos negros, que naquele período já não eram mais escravizados, e começaram também fazer o uso deste tóxico. Com o ingresso dos negros no mesmo hábito da alta sociedade norte americana, novamente se voltou debater a proibição, desta vez deveria ser da cocaína. A já mencionada fala do bispo Brent a respeito de que o efeito colateral da cocaína nos negros era pior se espalhou por todo país, o jornal The New York Times chegou a trazer a seguinte manchete: “NEGRO COCAINE “FIENDS” ARE A NEW SOUTHERN MENACE; (...)” Traduzido para o português, negros sob uso de cocaína são a nova ameaça no sul. (arquivos, the new York time – feb. 1914 By EDWARD HUNTINGTON WILLIAMS).

Desta maneira, podemos completar que a proibição das drogas nos EUA nunca foram relacionadas de fato com a própria substância e sim por uma questão racial. A respeito disso assinala Js Rafaeli:

“Antes do século 19, as drogas hoje ilegais eram usadas amplamente pelo mundo. Remédios derivados do ópio e cannabis eram usados para aliviar a dor, e menos amplamente para “recreação”. A própria Rainha Vitória gostava muito de ópio e cannabis, antes de ser apresentada à cocaína mais tarde na vida.” (JS Rafaeli - matéria Vice-Reino Unido, trazido por Marina Schnoor)

A partir daí o Estados Unidos passaram a investir pesado no combate às drogas, chegando à conhecida fala de Nixon. Em 1971, em pleno ápice da guerra do Vietnã e com milhares de manifestações de americanos pelo fim da violência no oriente, o então chefe do executivo americano não se contentou com apenas uma guerra, e declarou em rede nacional a guerra às drogas.

No início a “war on drugs” parecia angariar sucesso, o rei do rock, Elvis Presley manifestou o interesse de ajudar o país na guerra as drogas trabalhando como um agente federal, além de fazer propaganda usando sua popular imagem para criticar o uso de drogas e reforçar a ideia de que os entorpecentes eram o inimigo público número um dos EUA. Porém o mais contraditório é que sete anos depois, Elvis foi encontrado morto, ainda pairam dúvidas sobre as causas de sua morte, mas o laudo do exame de sangue apontava o uso de dez drogas e a motivação de seu óbito poderia ser a overdose. Sobre este episódio, o autor Luís Carlos Valois anota:

“Nixon agradeceu a arma e não tocou mais no assunto sobre o alistamento do Rei. Sete anos depois, o médico legista declarava a morte de Elvis: causa indeterminada. Contudo, em sua corrente sanguínea havia vestígios de dez drogas, e era conhecido o abuso por parte do cantor de drogas como: “Percondan, Placidyl, Dexdrine, Biphetamine, Tuinal, Desbutal, escatrol, amytal , Quaaludes, Carbrital, Seconal, Metadona e Ritalina.”

Deste momento em diante, diversos métodos e formas para reprimir o narcotráfico foram criados e aprimorados, entre eles a criação da DEA (Drug Enforcement Administration), uma agência que tinha a missão de controlar a venda e consumo de drogas, e coordenar outras polícias em diversos países em nome da repugnância de Nixon, os agentes da DEA tiveram papel fundamental no combate ao traficante Pablo Escobar, eles eram a inteligência e o controle central da polícia Colombiana, atuaram também no México, e podemos dizer que ajudaram a propagar essa ideia que as drogas devem ser combatidas de forma violenta e ojeriza, tal como é adotada pela atual legislação de penal drogas brasileira, afinal o tráfico é equiparado ao crime hediondo.

1.2. A guerra as drogas chega ao Brasil

Há relatos históricos que no Brasil, o combate as drogas desde os tempos da colônia, onde se tomava medidas de repreensão aos tóxicos, tal como o confisco dos bens de traficantes, essa medida foi criada pelo bispo Brent na convenção das filipinas e adotadas pelo governo imperial. A legislação Municipal do Rio de Janeiro do século XIX, previa crime o uso de Maconha, naquela época denominado como “Pito do Pango”, vejamos:

“É proibida a venda e o uso do pito do pango, bem como a conservação dele em casas públicas. Os contraventores serão multados, a saber: o vendedor em 20\$000, e os escravos e mais pessoas, que dele usarem, em três dias de cadeia. “(Mott in Henman e Pessoa Jr., 1986)

Anos após essa regulamentação, veio a legislação de 1938, sob o governo Vargas, que tinha missão de controlar drogas relacionadas aos fármacos, como por exemplo a morfina e o ópio injetável, vale salientar que essas drogas foram aprimoradas graças a proibição norte americana para prender os chineses, pois estes fumavam o ópio, que exalava um cheiro forte e facilitava o trabalho dos milicianos, para diminuir as chances de flagrantes, os orientais passaram a injetar o ópio, o que se transformou em uma droga muito mais pesada que a consumida em um cachimbo.

Voltando ao diploma legal de 1938, este já sob grande influência norte americana previa penas de situações em tese criminosas ridículas, como a do artigo 37, onde um dentista ou veterinário, prescrevessem doses exageradas de dos psicotrópicos que listavam nesta lei, estes poderiam ser presos e deveriam pagar multa, além de serem declarados profissionais suspeitos. A maior incoerência é quem que avaliava isto era um juiz, no qual não tem competência para saber o que é uma dose exata de morfina para um cavalo com dores.

Outro ponto a ser destacado sobre esta legislação, são as considerações gerais onde, se falava que era necessário uma legislação definitivamente eficiente em relação ao controle dos entorpecentes, veja-se que anos mais tarde esta lei “mega eficiente” foi totalmente revogada e substituída por outra em 1976, já demonstrando indícios que a guerra as drogas seria um fracasso.

Como citado, em 1976, no regime militar, uma nova lei foi implantada com a tentativa de sanar de vez o consumo de drogas que só cresciam no Brasil, afinal novas drogas chegavam as terras tupiniquins afrontando a rigor da ditadura militar. A lei n. 6.368/76, previa pena de prisão tanto para o usuário, como para o traficante, o artigo 12 deste diploma previa uma pena de 03 a 15 anos cometesse a infração dos verbos do caput, já o artigo 16 fazia menção aos usuários, que poderiam ser submetidos a uma reclusão de 06 meses a 02 anos. Destaca-se que, de 1976 a até 1990 com lei dos crimes hediondos, o número presos por tráfico era relativamente baixo comparado a hoje, e isso não pode se atribuir a impunidade ou a uma legislação não severa, pois como já citado a pena não era baixa, pelo contrário, se aproxima muito até da pena da atual lei de drogas (lei n. 11.343/06) que é a que mais encarcera no Brasil. Outro ponto interessante, é que na legislação da década de 70, não existia a presença da causa de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, como na atual lei de drogas em seu parágrafo quarto. Olhando assim em um primeiro momento, se passa a impressão que a lei de 76 era muito mais rigorosa, portando se prendia muito mais, porém a resposta é negativa, os números apontam

exatamente o contrário, até os anos 2000 o percentual de presos pelo delito de tráfico não chegava a 30,000 pessoas no Brasil, hoje dos mais de 600 mil presos no total, e cerca de 125 mil homens são presos pelo artigo 33 da lei 11.343/06, entre as mulheres a situação é ainda mais alarmante, cerca de 66% das mulheres encarceradas são pelo crime do tráfico de drogas, de 2000 a 2016, número de mulheres presas aumentou 698% apontam o DEPEN, senão vejamos:

“A população carcerária feminina cresceu 698% no Brasil em 16 anos, segundo dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão do Ministério da Justiça. No ano 2000, havia 5.601 mulheres cumprindo medidas de privação de liberdade. Em 2016, o número saltou para 44.721. Apenas em dois anos, entre dezembro de 2014 e dezembro de 2016, houve aumento de 19,6%, subindo de 37.380 para 44.721.” (Fabio Masssali, Pop. Carceria feminina no Brasil – dados DEPEN)

Destarte isso, se pode observar que apesar da lei 11.343/06, separar as figuras do traficante e usuário, o que houve na prática foi um aumento expressivo das prisões pelo crime de tráfico de drogas e isto pode se atribuir a sua tipificação como hediondo, como explanaremos no tópico a seguir.

1.3. O crime de tráfico de drogas como hediondo

Como já citado, o artigo 33 da lei n. 11.343/06 é equiparado como hediondo pela Carta Magna em seu artigo 5º, inciso XLIII, mesmo antes da própria normatização dos crimes hediondos, afinal como sabe-se, a lei dos crimes repugnantes é de 1990, já a Constituição de 1988.

O grande problema desta característica jurídica penal, é que um delito de pouca lesividade a sociedade e principalmente ao indivíduo, está encarcerando mais do que os outros delitos que de fato merecem estar no rol da lei 8.072/90.

Ora, se um jovem decide pela triste escolha do uso de entorpecentes, isto se reflete em sua vida pessoal, os dilemas que surgiram devido ao seu uso é algo da esfera íntima, portanto cabe ao Estado apenas lhe oferecer ajuda a sua triste realidade, e não a sua comparação a crimes que transcendem o indivíduo, como por exemplo o terrorismo, também equiparado a hediondo.

A respeito disso, nos ensina o saudoso mestre liberal Milton Fridemann:

“Uma criança que leva um tiro numa favela é uma vítima inocente, mas alguém que consome drogas por conta própria não é uma vítima inocente. Ela escolheu para si própria ser uma vítima.” (Net Mundi. ORG. Milton Fridemann, Porque as drogas deveriam ser legalizadas)

Além do direito de escolha estar sendo cerceado pelo Estado, o pior são os outros efeitos que da hediondez / criminalização das drogas, pois um delito equiparado a hediondo, padece das mesmas decorrências da lei dos crimes repugnantes, tais como a progressão de regime mais vagarosa, desta maneira o resultado disto é um aumento da população carcerária e disto se decorre mais atribuições ao Estado, por sua própria responsabilidade.

2. Dos efeitos negativos da hediondez do delito de tráfico de entorpecentes

O crime de tráfico de drogas é o que mais encarcera atualmente no Brasil segundo o DEPEN, e isto tem contribuindo e muito para fortificação das facções criminosas que atuam dentro dos presídios comandando seus soldados que estão do lado de fora das unidades penitenciárias, este fato se deve muito a atual modalidade repugnante de combate as drogas.

Nos dias hoje, um jovem ao ingressar em um presídio, seja ele dominado pelo Comando Vermelho ou pelo Primeiro Comando da Capital, este deverá se filiar a uma facção criminosa até por questões de sua sobrevivência interna no sistema carcerário. O que parece ser bom de um modo geral a sociedade, que é a prisão em massa de pequenos traficantes, na verdade é uma circunstância terrível, pois as próprias Facções veem este fato como algo positivo, pois o seu recrutamento de soldados tem sido tão grande quanto o do serviço militar obrigatório brasileiro, gerando o aumento da ocorrência de outros crimes, tais como o assalto a banco e homicídio, pois como se sabe, as condutas desta organizações são pautadas no ganho ilícito de valores bem como a declaração de morte a seus inimigos. A respeito desta tese indica o ilustre Ministro do STF Luís Roberto Barroso:

“A segunda prioridade entre nós deve ser impedir que as cadeias fiquem entupidas de jovens pobres e primários, pequenos traficantes, que entram com baixa periculosidade e na prisão começam a cursar a escola do crime, unindo-se a quadrilhas e facções. Há um genocídio brasileiro de jovens pobres e negros, imersos na violência desse sistema.” (Voto Min. Barroso no HC. 635.659 – Supremo Tribunal Federal, 2015)

Nota-se que como nos primórdios da legislação penal de drogas que surge sob os olhos do Bispo Brent, o encarceramento em massa que decorre da guerra as drogas não atinge fato as substancias, significando em tese uma diminuição de seu consumo, e sim representa que cada vez mais uma classe social ou étnica sofre que os sequelas da batalha as drogas, pois o que se percebe é que no século XIX, os chineses e posteriormente os

negros entraram na alça de mira da “War on Drugs”, já no Brasil os pobres são quase que exclusivamente os prejudicados com esse método jurídico penal de controle de tóxicos.

Deste modo, podemos afirmar que além da atual legislação de drogas ter contribuído para o crescimento das facções criminosas, o que se vê é são os pobres respondendo como traficantes perante a lei n. 11.343/06 e os de classe A são enquadrados como usuários, escapando assim das garras da hediondez que como já citado, lesam e muito a vida do apenado.

Insta salientar também os números de 2006 a 2014 que foram levantados pela defensoria pública do estado de São Paulo, que mostram de uma maneira efetiva que a criminalização se aproxima mais da pobreza do que da própria droga, tendo em vista as baixas quantidades na maioria dos flagrantes, além dos dados sobre a classe social dos apreendidos. Vejamos:

I) Da quantidade drogas: 62,13% dos presos são pegos com até com 100g e apenas 33,83% superam essa margem.

II) Da idade dos presos em flagrante: 53,82% tem a idade de 18 a 24 anos, 21,82% são de 25 a 29 anos e 22,91% são de 30 a 49 anos de idade.

III) Dos que conseguem recorrer em liberdade: Apenas 7% dos presos em flagrante conseguem este benefício, a grande maioria que é de 93% continua presos após a sentença de piso.

Já os dados da NEV. USP, apontam os números a respeito das testemunhas que presenciam o flagrante e depõem em Juízo. Observemos:

I) Policial como única testemunha: 47%.

II) Justificou ser usuário: 30%.

III) Comprovada a relação do preso com organizações criminosas: 1,8%.

Ponderando os dados acima aludidos, não é difícil perceber que os pobres são os que padecem da hediondez da legislação penal, se verifica também o preocupante dado do número de jovens presos, que permanecem muito tempo na cadeia sem o trânsito em julgado de sua sentença penal condenatória, contrariando assim a Constituição Federal em seu artigo 5º inciso LVII.

Frisa-se, que a hediondez, que se impõe de uma maneira mais severa em relação ao crime de tráfico com o escopo de ser mais eficaz no combate as drogas, na realidade só contribuiu nos últimos vinte anos para o progresso de facções criminosas e regressos de jovens com pouca drogas mas com muita certeza de uma pequena chance em dar certo na vida.

2.1. Tráfico privilegiado (parágrafo 4º do art. 33 da lei n. 11.343/06) como não hediondo

Ainda acerca da lei de drogas como crime hediondo, vamos além a respeito desta temática, no ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas corpus de número: 118.533, decidiu que os crimes tráfico julgados pelos magistrados com a possibilidade enquadramento do parágrafo 4º da lei de drogas, este não deveriam ser natureza hedionda, tendo em vista que este instituto jurídico foi criado para alcançar os pequenos traficantes primários que não compõem organizações criminosas. Destarte, a boa intenção dos nobres julgadores do pretório excelso, será que esta decisão tem impactado de uma maneira positiva em relação aos inúmeros julgados diários do crime previsto no artigo 33 da lei de drogas?

Pois bem, devido a data desta decisão ser recente, ainda não há pesquisas e dados concretos em relação a este enunciado, desta feita nos restou se socorrer aos profissionais que atuam na prática e manuseiam diariamente as interpretações da lei 11.343/06 e seus aspectos jurídicos legais. Assim sendo os Doutores Orlando Machado da Silva Junior e Danilo Seródio de Oliveira, ambos Advogados criminais, atuantes no interior do estado de São Paulo.

Para o ilustre DR. Orlando, o tráfico privilegiado como não hediondo tem gerado um mal estar jurídico, afinal alguns magistrados por terem uma formação mais punitiva acabam por haverem mais dificuldade no tocante ao reconhecimento do tráfico privilegiado, aos casos que em tese possibilitariam por este exame, e deste modo acarretando penas severas para jovens primários e de bons antecedentes.

Nesta esteira, frisa-se que o *modus operandi* de se prender réus primários é a sustentação de um ciclo vicioso já citado nesta pesquisa, haja vista que o atual sistema penitenciário falido, é apenas um depósito de pessoas, onde o facções ali criam uma verdadeira escola do crime e um laboratório de perversos.

Já o nobre DR. Danilo Seródio, entende que na questão do tráfico privilegiado a falta de critérios objetivos do artigo 33 da lei 11.343/06 acaba por acarretar até uma dificuldade nos critérios analíticos de um juiz, sendo determinante para uma eventual condenação desproporcional, porém reconhece as decisões progressistas do poder judiciário entre elas a descaracterização do tráfico privilegiado como hediondo, entretanto aduz que o referido julgado ainda causa pareceres desparelhos em casos semelhantes.

Nesta senda, se nota que a visão dos dois defensores é convergente no que concerne a posição dos excelentíssimos ministros no caso em voga, contudo as decisões desproporcionais são mais um sintoma de que a mazela da hediondez no crime de tráfico só pode ser curada com sua revogação.

2.2. O caso do jovem W.F.C, um olhar próximo da não aplicação do tráfico privilegiado

Michel Foucault começa sua obra Vigiar e Punir, narrando a execução de Damians, que fora esquartejado e queimado vivo em Paris em 1757, demonstrando a vergonha e a ineficácia da então aplicação da pena do suplício.

O autor Luís Carlos Valois, narra em sua celebre pesquisa O Direito Pena da Guerra às Drogas, o acontecimento do jovem Kennedy, um garoto que descumpra uma medida da pena privativa de liberdade (art. 118 da lei de execuções penais), este jovem viciado em drogas acaba tendo uma pena regredida como manda o citado dispositivo legal, e um mês após esta ocorrência Kennedy morre devido a um incêndio na penitenciária. Sim, este jovem morreu queimado.

Isto posto, por admirar as duas mencionadas obras, este autor também opta pelo conto de mais uma triste história do direito penal no mundo real. Insta dizer que, serão ditas apenas as iniciais do garoto deste caso por questões éticas.

O jovem W.F.C, morava na cidade de Paraguaçu Paulista, município pequeno do interior paulista. Em julho de 2017, este rapaz resolveu ir com um amigo a uma festa na referida cidade, no entanto este não tinha sequer dinheiro para adentrar ao baile, que custava cerca de R\$20,00. Por não poder entrar W.F.C, manda uma mensagem a sua mãe, pedindo esta pequena quantia, sua genitora por seu turno, nega-lhe o valor, argumentando não ter o montante para tal.

Instantes após este ocorrido, o jovem é abordado por policiais, no qual com base em apenas um transeunte anônimo, prendem este rapaz, pois fora encontrado 19 pedras de Crack em um terreno baldio, e não em sua posse, todavia, W.F.C é levado a delegacia e sua prisão em flagrante é convertida em preventiva.

O citado garoto, é de uma família pobre, sem as menores condições de pagarem um advogado por conta própria, onde se socorrem a defensoria pública que em convênio com a OAB/SP, nomeiam um defensor da mesma cidade que o agora réu, W.F.C.

Por sorte ou não, este escritório é mesmo onde a época estagiava este autor que vos fala, que após ao breve discorrido caso, não tinha noção que a partir dali mudaria sua

vida estudantil para sempre! Este estagiário, até então aluno de primeiro ano do curso Direito, passa a ter uma outra visão sobre a faculdade, o Direito Penal, a justiça, a vida. Este menino verá neste caso o grito da injustiça e o barulhento silêncio da justiça não realizada, sendo a partir daí, com este fato se tornando motriz para a produção deste artigo científico.

Retomando o caso em tela, o garoto agora réu, permanece por seis meses preso preventivamente, até sua audiência ser realizada, na data do exame dos autos em solo judicial, a defesa levava como provas os “prints” das conversas de “whatsapp” do réu e sua mãe, argumentando que seria trágico que um traficante de Crack que em tese obtivesse sucesso de seu comércio de ilícitos necessita-se de pedir dinheiro a sua mãe, trazia também uma testemunha no qual tinha visto todo o ocorrido e afirmava veementemente que W.F.C nada tinha ver com a droga encontrada. Já o Ministério Público tinha como única prova os policiais do flagrante que com base em apenas informações do transeunte anônimo.

Destaca-se que, não havia sequer um inquérito aberto contra W.F.C antes deste fato muito menos ações penais em curso contra o requerido penal.

Após esta breve síntese dos fatos, é de fácil compreensão que a acusação é tênue para que se aplique uma pena corporal em um Estado Democrático de Direito, mas o principal desta história é que mesmo em uma contestada condenação o ora réu faz jus ao instituto do tráfico Privilegiado (§4º art. 33 da lei 11.343/06), por ser primário, de bons antecedentes, não se dedicava a atividades criminosas e muito menos era filiado a qualquer organização criminosa.

Todavia, o respeitável pretor do caso, assim não entendeu, e dosou uma pena exasperada ao frente ao presente caso, considerou que as 7g de Crack, estavam embrulhadas em papel alumínio, e que deste modo era ato típico de “tráficação profissional”, para o douto magistrado, abre aspas:

“Na mesma toada, também deve ser rechaçada a incidência da causa de diminuição de pena do §4º do art. 33 da lei 11.343/06. Isso porque os elementos colacionados aos autos indicam a forma profissional da tráficação.”

Ora, com a devida vênia, mas o caso em tela não demonstra meio profissional como destaca o juiz, acaso as drogas estarem em um terreno baldio é de fato um forte indicio de mercancia aplicada de tráfico de drogas? E outro ponto a ser destacado, se este jovem obtivesse tanto sucesso assim em vender entorpecentes em uma “baladinha”, por que este precisou pedir dinheiro a sua mãe para adentrar a festa?! Contudo, o objetivo

deste tópico não é reformar a sentença de piso tampouco criticar, mas apenas apresentar que o instituto do tráfico privilegiado pode cair na banalização de sua aplicação, em que juízes podem considerar que apenas casos com pouquíssimas quantidades de drogas se fazem necessária a invocação do parágrafo quarto do artigo 33 da lei 11.343/06, ou talvez nem isto, até porque o presente caso a quantidade de drogas encontrada fora de miseráveis 7g de Crack.

Deste modo, este item se conclui convergindo com a visão dos ilustres defensores acima mencionados, e se espera que não ocorra mais casos de descasos por parte do judiciário como este, pois um jovem primário e possuidor de bons antecedentes, no qual haviam-se fortes controvérsias quanto a sua traficância teve sua pena dosada em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de prisão.

2.3. Do bem jurídico tutelado pela lei de drogas e sua ineficácia em tutelar a saúde pública

O bem ora protegido pela lei de drogas de 2006 é saúde pública, destarte, essa tutela jurisdicional tem sido eficaz? É esta nossa indagação para este tópico, e para tal, faremos a análise do item pela óptica neoliberal, bem como um breve exame dos impactos sociais causados por esta tutela jurídica.

A respeito disto, nos ensina Paulo Queiroz:

“De acordo com a doutrina, o bem jurídico protegido nos crimes de tráfico de droga e afins é a saúde pública, visto que o consumo de substâncias psicoativas prejudicaria a saúde dos usuários, levando-os, eventualmente, à morte, inclusive. Nesse sentido, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi têm que “o bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga.”

Isto posto, em que pese a motivação estatal para que o coletivo seja protegido, o que se ocorre quando a lei de drogas tutela a saúde pública o que se sucede que de uma forma antiética o Estado interfere na liberdade individual de escolha de cada um, pois se um viciado opta pela escolha do uso de drogas, isto de forma alguma é algo benéfico, todavia esta escolha não deve passar ao crivo do Estado para que diga se esta ação é ou não lícita.

Sobre este tema em tela, assevera o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

“É preciso não confundir moral com direito. Há coisas que a sociedade pode achar ruins, mas que nem por isso são ilícitas. Se um indivíduo,

na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área.”

Ora, de fato o consumo arbitral de drogas nunca foi e nunca será algo bom, porém é preciso analisar a questão diante de um espectro comportamental, onde muitos indivíduos fazem uso destes entorpecentes para fuga de sua realidade devido às dificuldades do mundo real ou busca de uma alegria não havida naturalmente naquele momento. Assim também ocorre com outros vícios, como a gula, o cigarro, álcool vício em redes sociais e etc.

Ocorre que ao se prender em nome da saúde pública acaba se tornando em apenas um grande desserviço por parte Estado, tendo em vista que o número de consumidores no Brasil só aumentou nos últimos, bem como as drogas que surgem são cada vez mais pesadas. Como foi na lei seca do Estado Unidos e também na guerra ao ópio no século XIX, onde os chineses pararam de fumar o ópio para não chamar a atenção dos policiais e passaram a injetar esta droga, tornando-a em um narcótico muito mais lesivo que o anteriormente existente.

Ainda sobre este ponto, frisa-se que o principal método de combate as drogas no Brasil é a prisão, em nome da saúde pública diga-se de passagem, entretanto o local onde as pessoas são colocadas para o cumprimento de suas penas é totalmente inadequado perante as normas básicas de saúde pública. Milhares de detentos tem suas vidas ceifadas por doenças de fácil prevenção que são contraídas dentro dos presídios.

Nesta senda o Estudo da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro:

“Desde 2010 o número de mortes dentro de prisões tem aumentado de forma espantosa no Rio de Janeiro. Ano passado, foram 257. Este ano, até o dia 11 de julho foram 132 casos. Gente morrendo por doenças que poderiam ser facilmente tratadas.

Geralmente é tuberculose e problemas com HIV, que são acentuados. São o que a gente tem chamado de morte silenciosa. Elas são geradas em razão de deficiências do sistema de saúde interno do sistema penitenciário. Sem medo de errar, eu diria que 90% das mortes no interior do sistema prisional do Rio são geradas por doenças e não são mortes violentas como às vezes o senso comum pode pensar, diz o defensor público Ricardo André de Souza.”

De certo ponto, chega ser contraditório se prender pela saúde e o local da prisão não tem qualquer proteção em nome da saúde Pública.

Nota-se que, com base nos dados da Defensoria pública do Rio de Janeiro, as mortes ocorridas dentro dos presídios são relacionadas a mazelas e não a violência. O que de é impressionante e ao mesmo tempo também é revelador, demonstrando assim a falência do Estado no sentido da proteção a saúde pública no que toca ao crime de tráfico de drogas.

Com efeito, chega a ser absurdo que das mortes no sistema prisional é pela falta da do devido cuidado em relação a saúde tendo-se em seu ordenamento jurídico a legislação que mais encarcera que tem por bem jurídico a própria vitalidade.

Neste prisma, se expõe mais um caso real do fracasso estatal no que tange ao sistema prisional. O relato a seguir é de um Jovem chamado Jonathan, no qual este veio a falecer por uma tuberculose adquirida dentro de uma unidade penitenciária no estado do Rio de Janeiro. Assim ponderamos:

“A agonia de Márcia Helena de Souza, mãe de Jonathan Conceição, durou nove meses. Pouco a pouco, ela viu o filho perder a saúde, o ar, a vida.

De maio para junho eu o senti muito mais magro. Ele falou que tinha botado sangue pela boca. Aí, comecei a correr atrás de saber o que ele tinha. Fui na Corregedoria, não me atenderam. Disseram que não podiam fazer nada”, contou Márcia, que numa visita de fim de semana recebeu a notícia que filho tinha sido internado no hospital da unidade. “Bateram muito nele, para levar ele. Toda vez que um preso passa mal, eles batem. Eles socorrem, mas eles não gostam. Encontrei ele com uma máscara e com uma blusa que ele estava pior que um mendigo. O lugar era muito sujo, horrível. Esse hospital dentro do complexo é horrível o ambiente”, disse Márcia.

Jonathan Conceição foi preso quando tinha 18 anos e cumpriu pena durante sete anos. Deixou a cadeia tão debilitado que teve de ser carregado até o portão de saída. Na tentativa desesperada de salvar o filho, Márcia correu para um hospital particular. Ele fez uma bateria completa de exames mas já era tarde. Passaram os remédios e o médico disse que Jonathan não tinha mais um pulmão e o outro só tinha metade. Ele morreu um mês depois de deixar o Complexo de Gericinó.” (fonte. Portal G1 – número de presos mortos por doenças aumenta a cada ano no Rio)

Este é o Governo que protege a saúde pública? O que se observa do relato doloroso desta genitora em relação ao óbito de seu filho é a falha do estatal não só em relação as norma de higiene básicas, mas sim da própria disfunção dos órgãos públicos procurados por dona Márcia Helena.

Ainda sobre o exame deste espectro, é de nosso ofício mencionar o posicionamento de grandes pensadores neoliberais acerca deste assunto, tendo em vista o intervencionismo estatal na vida alheia.

A respeito desta atuação por parte do Estado, assinala o respeitado economista Russ Roberts:

“Não quero que meus filhos tomem drogas, nem os seus filhos, mas não quero usar o governo para atingir este objetivo, por mais atrativo que pareça, porque não quero tornar o Estado maior e não acho que isso vá necessariamente reduzir de forma muito efetiva a quantidade de drogas usadas.” (Entrevista Revista Exame – Robert Russ. Porque legalizar as drogas, segundo um economista liberal.)

Neste turno, o vencedor do Prêmio Nobel, Milton Friedemann, entende que além da antiética por parte do Estado em intervir no direito de escolha do indivíduo, o douto cientista afirma que a história da guerra as drogas comprovam que devido a proibição, cada vez mais, drogas piores foram surgindo ao longo dos anos, fruto da coibição governamental. Tem-se, portanto:

“Friedman afirma que drogas como o crack surgiram graças à proibição; que o combate às drogas onera o Estado e não muda nada; que as pessoas consomem drogas com ou sem proibição; que cidadãos vão para cadeia por uso casual e por aí vai. A argumentação vai evoluindo chegando aos cartéis que, segundo o economista, é uma organização criminosa totalmente beneficiada pela proibição.” (As drogas deveriam ser legalizadas? Netmundi.org.)

Dessa forma, se temia esta disposição com uma certeza após todo o exposto, o a atual legislação de drogas não é eficaz em tutelar a saúde pública e desta maneira ou se faz uma mudança drástica no atual sistema prisional o fazendo funcionar de uma maneira efetiva ou simplesmente que se mude o atual bem jurídico da lei n. 11.343/06 para que fique menos vexatório.

3. Dos métodos de outros países no controle do consumo de drogas

Após todo desenvolvimento feito até aqui na presente pesquisa, se comprova que o atual modelo espartano adotado pelo Brasil no combate e consumo de drogas se mostrou ineficaz, arbitrário e inconstitucional.

Destarte, outras nações podem nos ensinar que de uma forma menos violenta e controladora, se pode diminuir o consumo de entorpecentes e acima de tudo encarcerar menos.

O país referencia para tal citação é a Islândia, que até meados dos anos 1990 era a nação da Europa em que mais se tinha consumo de drogas entre jovens e adolescentes. Os números apontam que, a taxa de meninos de 15 e 16 anos que consumiram grande quantidade de álcool no último mês caiu de 42% em 1998 para 5% em 2016. Já o índice dos que haviam consumido *cannabis* alguma vez passou de 17% para 7%, e o de fumantes diários de cigarro despencou de 23% para apenas 3%.

Porém, essa realidade mudou, com a alteração da postura por parte do governos islandês, que com base nos péssimos dados de seu país, desenvolveu um método para que os jovens ficassem longe das drogas, a partir da ciência empírica.

Um estudo realizado pela jornalista Emma Young para o jornal El país, explanou que o país nórdico conseguiu de fato uma diminuição do consumo de álcool e drogas entre os jovens, e este método foi desenvolvido pelo pesquisado americano Harvey Milkman, que partir dos dados ruins, potencializou um programa de integração entre as escolas da Islândia e neste programa os alunos eram obrigados a escolher e praticar um esporte.

O mencionado pesquisador, descobriu em sua tese de mestrado que maioria jovens que faziam uso de drogas, sobretudo as psicotrópicas, estes buscavam obter sensações intensas, para inibir os sabores da vida. A respeito disto, nos ensinamos o venerável professor norte-americano:

“As pessoas podem se tornar dependentes de bebida, carro, dinheiro, sexo, calorias, cocaína... de qualquer coisa”, diz Milkman. “A ideia da dependência comportamental se transformou no traço que nos caracteriza.”

Foi a partir daí que o plano passou a ser desenvolvido, as leis mudaram. Penalizou-se a compra de tabaco por menores de 18 anos e a de álcool por menores de 20. Proibiu-se a publicidade das duas substâncias. Reforçaram-se os vínculos entre os pais e os centros de ensino, mediante organizações de mães e pais, que deviam ser criadas por lei em todos os centros, juntamente com conselhos escolares com representação dos pais. A estes também foi pedido que comparecessem às palestras sobre a importância de passar muito tempo com os filhos, em vez de dedicar a eles “tempo de qualidade” esporadicamente, assim como falar com eles de suas vidas, conhecer suas amizades e ressaltar a importância de ficar em casa de noite. Além disso, foi aprovada uma lei que proibia que os adolescentes de 13 a 16 anos saíssem depois das 22h no inverno e da meia-noite no verão. A norma continua vigente.

Também aumentou-se o financiamento estatal para clubes esportivos, musicais, artísticos, de dança e outras atividades para oferecer aos garotos maneiras alternativas de se sentirem bem fazendo parte de um grupo, sem terem que consumir álcool e drogas. Os filhos de famílias de baixa renda receberam ajuda para participar das atividades. Em Reykjavik, onde mora um terço da população do país, o chamado Cartão do Lazer dá direito a 35.000 coroas (cerca de 1.030 reais) anuais por filho para custear atividades recreativas.

Entre 1997 e 2012, duplicou a proporção de adolescentes de 15 e 16 anos que declararam que “com frequência ou quase sempre” passavam tempo com os pais no fim de semana – a cifra passou de 23% para 46%. Já a dos que participavam de atividades esportivas organizadas pelo menos quatro vezes por semana subiu de 24% para 42%. Ao mesmo tempo, o consumo de cigarros, álcool e maconha nessa mesma faixa etária caiu drasticamente. “Embora não possamos apresentar esse fenômeno como uma relação causal – o que é um bom exemplo de por que às vezes é difícil vender aos cientistas os métodos de prevenção primária –, a tendência é muito clara”, observa Kristjánsson. Que foi um dos pesquisadores braço direito do professor Milkman.

Com efeito, os números de 2016 apresentam que apenas 7% dos jovens experimentaram maconha no país do norte da Europa, demonstrando o total sucesso, do plano de recuperação da juventude fomentado pelo governo islandês com base na pesquisa dos cientistas acima mencionados.

3.1. Das considerações finais

O presente artigo teve como objetivo, argumentar que hediondez espalhada por Nixon nunca funcionou, desde dos anos 70 o com a declaração oficial da guerra as drogas o Brasil passou a ser um soldado dos Estados unidos nesta batalha que já dura mais de quarenta anos, porém se esqueceu o país latino americano de se preocupar com sua própria guerra, que é o combate aos dois delitos que mais assolam a sociedade brasileira, os crimes ligados a violência e a corrupção.

Infelizmente, os delitos que mais prendem não são estes, nós prendemos o menino pobre com 100g de maconha enquanto somos incapazes de punir os caciques do colarinho branco.

Não se pode adotar a gravidade do crime tráfico sob a ótica de outras sociedades, pois se levarmos em conta por exemplo a Arábia Saudita, nesta nação o uso de álcool é crime inafiançável, mas não por influência de outros países e sim por questões religiosas

intrínsecas a sua própria realidade e a religião que lá fora adotada, como Estado Mulçumano.

É preciso olhar o problema das drogas sob a perspectiva brasileira, não devemos tratar tráfico com o mesmo peso do homicídio qualificado. A política de lei e ordem pregada por Nixon, contaminou nossa sociedade com uma falsa moral que perdura até os dias de hoje, e estão aparelhadas em todos os setores instrucionais brasileiros.

Também podemos afirmar diante de tudo aqui explanado, que a lei de drogas como crime hediondo pode estar ferindo o princípio da proporcionalidade, pois este princípio advindo da doutrina alemã tem como base duas hipóteses para que uma norma seja declarada inconstitucional a necessidade e a adequação.

Ora, a necessidade em que esta fundada a lei de drogas como crime hediondo podemos dizer que é um capricho do legislador, tendo em vista outros crimes hediondos que são muito mais degradantes a sociedade que o próprio tráfico, entre eles o terrorismo por exemplo.

No que tange adequação, podemos observar que os meios utilizados pelo legislador para buscar os fins pretendidos não estão obtendo sucesso devidos as trágicos números aqui já apresentados.

Neste raciocínio, a norma é passível de controle de constitucionalidade sob a égide do princípio da proporcionalidade.

Deste modo, concluímos que uma possível saída para este problema é a revogação da lei drogas como crime hediondo, além da aplicação dos métodos utilizados pela Islândia.

Todavia, os trabalhos de cunho humanos e sociais, não ciências exatas portanto é preciso experimentar, tentar mudar, pois o atual modelo não deu certo, predemos muito e recuperamos muito pouco, fortificávamos as organizações criminosas e enfraquecemos as esperança de muitos jovens pobres que vivem na realidade da pobreza.

Assim sendo, encerramos a presente pesquisa com a frase do saudoso jurista Raymundo Faoro: “Se o governo encarcera com base na lei injusta, o dever do homem justo se define na luta para libertar o prisioneiro e revogar a lei.”

4. Referências Bibliográficas

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Pena da Guerra às Drogas**. Editora D'Plácido, Belo Horizonte/MG. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Editor Vozes 42º ed. Petrópolis/RJ. 2014.

LOPES, Karina Nathécia Sousa Lopes, **Princípio da Proporcionalidade: questionamentos sobre sua consistência e riscos do uso retórico do Supremo**. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro/RJ. 2017.

FRANCO, Gustavo. **Antologia da Maldade**. Editora Zahar. Rio de Janeiro. 2015.

CUNHA, Rogério Sanchez, **Manual de Direito Penal**. Editora Jus Podivm. 6 ed. Salvador/BA. 2018.

CAPEZ, Fernando, **Legislação Penal Especial Vol. 1**. Editora Damásio de Jesus. 2004.

QUEIROZ, Paulo, **Proposito do bem jurídico protegido no tráfico de drogas e afins**. Artigo. 2009. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-do-bem-juridico-protegido-no-traffic-de-droga-e-afins/>>.

D'AGOSTINO, Roseane. **Com Lei de Drogas, presos por tráfico passam de 31 mil para 138 mil no país**. Reportagem. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/com-lei-de-drogas-presos-por-traffic-passam-de-31-mil-para-138-mil-no-pais.html>>.

YOUNG, Emma. **A Islândia sabe como acabar com as drogas entre adolescentes, mas o resto do mundo não escuta**. Reportagem. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/02/internacional/1506960239_668613.html>.

RJTV, **Número de presos mortos por doenças na prisão aumenta a cada ano no Rio**. Reportagem. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/numero-de-presos-mortos-por-doencas-na-prisao-aumentam-a-cada-ano-no-rio.ghtml>>.

CONJUR, **Direito Penal brasileiro não impede crimes, diz Barroso, na Argentina.** Reportagem. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-nov-06/direito-brasileiro-nao-impede-crimes-barroso-argentina>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Voto no HC 635.359.** Supremo Tribunal Federal. 2015. Disponível em: <<https://jota.info/docs/leia-o-voto-do-ministro-barroso-no-julgamento-das-drogas-10092015>>.

FEDERAL, Senado. **História do combate às drogas no Brasil.** Artigo. 2016. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>.

CARNEIRO, Alfredo. **As Drogas Deveriam ser legalizadas?** Artigo. 2018. Disponível em: <<http://www.netmundi.org/home/2016/as-drogas-deveriam-ser-legalizadas/>>.

CALEIRO, João Pedro. **Por que legalizar as drogas, segundo um economista liberal.** Reportagem. 2016. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/por-que-legalizar-as-drogas-segundo-um-economista-liberal/>>.

RAFAELI, JS. **Como os EUA convenceram o mundo a demonizar as drogas.** Artigo. 2018. Disponível em: <https://www.vice.com/pt_br/article/594j8b/eua-convenceu-o-mundo-a-proibir-drogas>.