



100 ANOS
Saraiva

7ª edição

/// SALO DE CARVALHO

A Política
Criminal
de Drogas
no Brasil

//////
○○○○○○ ○○○○○○
○○○○○

ESTUDO CRIMINOLÓGICO E DOGMÁTICO
DA LEI 11.343/06



A Política Criminal de Drogas no Brasil



ESTUDO CRIMINOLÓGICO E DOGMÁTICO
DA LEI 11.343/06

www.editorasaraiva.com.br/direito

Visite nossa página





SAL O D E C A R V A L H O

Professor dos programas de Mestrado da Unilasalle
(Professor permanente) e da UFSM (Professor colaborador).
Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito.
Pós-Doutor em Criminologia pela Universidade Pompeu Fabra
(Barcelona) e pela Universidade de Bolonha.

A P o l í t i c a
C r i m i n a l
d e D r o g a s
no B r a s i l



ESTUDO CRIMINOLÓGICO E DOGMÁTICO
DA LEI 11.343/06

7ª edição
revista, atualizada e ampliada

2014





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César – São Paulo – SP
CEP 05413-909
PABX: (11) 3613 3000
SAC: 0800 011 7875
De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30
www.editorasaraiva.com.br/contato

Direção editorial Luiz Roberto Curia
Gerência executiva Rogério Eduardo Alves

Gerência editorial Thaís de Camargo Rodrigues
Assistência editorial Poliana Soares Albuquerque

Coordenação geral Clarissa Boraschi Maria
Preparação de originais Maria Izabel Barreiros Bitencourt Bressan e
Ana Cristina Garcia (coords.)
Bianca Miyuki Nakazato

Arte e diagramação Lais Soriano
Revisão de provas Amélia Kassis Ward e
Ana Beatriz Fraga Moreira (coords.)
Ivani A. Martins Cazarim
Paula Brito Araújo

Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva
Kelli Priscila Pinto
Marília Cordeiro

Capa Casa de Ideias / Daniel Rampazzo

Produção gráfica Marli Rampim
Impressão
Acabamento

ISBN 978-85-02-22723-1

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Carvalho, Salo de
A política criminal de drogas no Brasil : estudo
criminológico e dogmático da Lei 11.343/06 – Salo de
Carvalho. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo :
Saraiva, 2014.

1. Direito penal - Brasil 2. Drogas - Leis e legislação
- Brasil 3. Tóxicos - Leis e legislação - Brasil I. Título.

12-11522 CDU-343.347(81)(094)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Lei de drogas : Direito penal 343.347(81)(094)
2. Leis : Drogas : Direito penal 343.347(81)(094)

Data de fechamento da edição: 30-7-2014

Dúvidas?

Acesse www.editorasaraiva.com.br/direito

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio
ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e
punido pelo artigo 184 do Código Penal.

072.367.007.001

965463



Para Mari e Inês.





SUMÁRIO

<i>Prefácio (3ª edição) – Vera Malaguti Batista</i>	15
<i>Prefácio (1ª edição) – Vera Regina Pereira de Andrade</i>	23
<i>Nota explicativa à 7ª edição</i>	31
<i>Nota explicativa à 6ª edição</i>	35
<i>Nota explicativa à 5ª edição</i>	37
<i>Nota explicativa à 4ª edição: A Profecia de Kirchmann</i>	41
<i>Nota explicativa à 3ª edição</i>	45

	7
INTRODUÇÃO	47
1. A Justificativa	47
2. O Enfoque Criminológico e Transdisciplinar	48
3. As Dimensões do Proibicionismo	50
4. A Estrutura da Investigação	51
PARTE I	
CONFIGURAÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS DO MODELO BRASILEIRO DE COMBATE ÀS DROGAS (DA MILITARIZAÇÃO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO)	55
1. O MODELO INTERNACIONAL DE CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS	57
1.1. As Pesquisas sobre (Criminalização das) Drogas	57
1.2. Brevíssima Apresentação da Legislação de Drogas no Brasil	59
1.3. A Transnacionalização do Controle: o Discurso Médico-Jurídico e a Ideologia da Diferenciação	64



2.	A INSTAURAÇÃO DO MODELO JURÍDICO-POLÍTICO	71
2.1.	A Adequação Nacional ao Projeto de Transnacionalização	71
2.2.	A Assinatura Latina: A Ideologia de Segurança Nacional	74
2.3.	O Discurso Médico-Jurídico-Político na Lei 6.368/76	77
2.3.1.	A Perspectiva Sanitarista: Tratamento Coercitivo	78
2.3.2.	A Perspectiva Jurídico-Política: Incremento da Repressão	79
2.3.3.	Hiatos de Criminalização: Pequeno Comerciante e Usuário de Drogas	80
3.	A BASE IDEOLÓGICA DA POLÍTICA CRIMINAL DA INTOLERÂNCIA: GERMENS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA ESTRUTURA PUNITIVA BRASILEIRA	85
3.1.	A Dupla Face do Programa de Defesa Social	86
3.1.1.	A Ideologia da Defesa Social: Características e Principiologia	87
3.1.2.	Variante: os Movimentos de Defesa Social	92
3.2.	A Ideologia de Segurança Nacional e a Militarização do Sistema de Controle Social	95
3.3.	A Política Criminal dos Movimentos de Lei e Ordem	99
3.4.	A Fusão dos Horizontes de Punitividade	103
4.	A ESTRUTURA DE PUNIBILIDADE DA LEI 11.343/06: ANTECEDENTES E ESTATUTO POLÍTICO-CRIMINAL	105
4.1.	A Reforma da Lei 6.368/76	105
4.2.	A Lei do Crime Organizado no Cenário Global da Repressão ao Narcotráfico	108
4.3.	O Regime Integralmente Fechado <i>Plus</i>	112
4.4.	O Controle das Fronteiras Aéreas e a Repressão ao Tráfico Internacional	114
4.5.	O Estatuto Político-Criminal da Lei 11.343/06: Retórica Preventiva, Ênfase Repressiva	117



5. MAL-ESTAR NA POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA: A GUERRA ÀS DROGAS ENTRE O DIREITO PENAL DO INIMIGO E O ESTADO DE EXCEÇÃO	121
5.1. Inquisitorialismo, Direito Penal de Emergência e Direito Penal do Inimigo	121
5.2. A Formulação (Teórica) Contemporânea do Direito Penal do Inimigo	124
5.3. O Direito Penal do Inimigo como Discurso de Legitimação da Punitividade no Estado de Permanente Exceção	130
5.4. O Inimigo (Perigoso) como Metarregra Orientadora da Atuação das Agências Penais na América Latina	135
5.5. Política Criminal de Drogas e Narcisismo Punitivo	138
PARTE II	
DROGAS E (DES)CRIMINALIZAÇÃO	141
6. AS POLÍTICAS CRIMINAIS E A CRÍTICA CRIMINOLÓGICA	143
6.1. Os Discursos Político-Criminais	143
6.2. A Tensão na Política Criminal Contemporânea: Criminalização <i>versus</i> Descriminalização	147
6.2.1. Colocação do Problema	147
6.2.2. <i>Criminologia da Práxis</i> : da Criminologia Crítica às Políticas Criminais Alternativas	150
7. TENDÊNCIAS POLÍTICO-CRIMINAIS CONTEMPORÂNEAS: CRIMINALIZAÇÃO E DESCODIFICAÇÃO	155
7.1. Os Discursos Criminalizadores: Lei e Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva	155
7.2. Os Efeitos dos Processos Criminalizadores: Descodificação (Própria e Imprópria) e Desregulamentação	161
8. OS DISCURSOS E AS PRÁTICAS DESCRIMINALIZADORAS	167
8.1. Descriminalização e <i>Criminologia da Práxis</i>	167
8.2. Descriminalização: Conceitos	170
8.3. Descriminalização Legislativa e o Caso do Porte de Drogas para Uso Pessoal na Lei 11.343/06	172



8.4.	Descriminalização Judicial	176
8.4.1.	O Papel do Operador do Direito na Efetivação da Constituição	176
8.4.2.	Descriminalização Judicial e Redução dos Danos Penais	178
8.4.3.	Descriminalização Judicial: Critérios de Interpretação e Aplicação	182
8.5.	Descriminalização de Fato e Cifras Ocultas da Criminalidade	191
9.	DESCRIMINALIZAÇÃO E POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS	195
9.1.	Programa Descriminalizador: Critérios desde o Abolicionismo, o Direito Penal Mínimo e o Garantismo Penal	195
9.2.	Drogas: Custos da Criminalização e Descriminalização	199
9.2.1.	Custos Individuais: Consumidores e Dependentes	204
9.2.2.	Efeitos nos Sistemas Educacional e Médico	207
9.2.3.	Consequências Econômicas	210
9.2.4.	Efeitos no Sistema de Administração da Justiça Penal	212
9.2.5.	Efeitos no Sistema Carcerário	214
9.3.	O Projeto Antiproibicionista no Brasil	221
9.4.	A Insustentabilidade Jurídica da Criminalização das Drogas	224
9.5.	O Direito às Drogas: Thomas Szasz e Antonio Escohotado	230
9.6.	Falácia Politicista da Lei 11.343/06 e Programa Mínimo de Redução de Danos	239
9.7.	Alternativas e Práticas de Redução de Danos: a Experiência da Prescrição de Heroína	247
9.8.	Proibicionismo e Redução de Danos: Incompatibilidades	258



PARTE III	
O DIREITO PENAL DAS DROGAS	
(CRÍTICA DOGMÁTICA E ABERTURAS JURISPRUDENCIAIS)	263
10. A INSTRUMENTALIDADE DO DISCURSO GARANTISTA E A CRÍTICA CONSTITUCIONAL AO DIREITO PENAL DAS DROGAS	265
10.1. Mudança de Perspectiva: da Crítica Criminológica à Instrumentalização Garantista	265
10.2. A Constituição Penal entre os Crimes Hediondos e os Delitos de Menor Potencial Ofensivo	267
10.3. A Estrutura da Lei no Direito Penal das Drogas e os Efeitos da Descodificação: Lei Penal em Branco e Tipicidade Aberta	272
11. O TRATAMENTO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS NA LEI 11.343/06	279
11.1. A Configuração da Tipicidade no Tráfico de Entorpecentes	279
11.1.1. A Finalidade do Agir como Critério Necessário de Identificação das Condutas Previstas nos Arts. 28 e 33, <i>caput</i> , da Lei 11.343/06	281
11.1.2. Critério Dogmático de Correção da Desproporcionalidade e a Definição da Tipicidade (Subjetiva) das Condutas	287
11.1.3. Os Equívocos na Configuração da Tipicidade do Tráfico de Entorpecentes: Objetificação dos Elementos Subjetivos	291
11.1.4. As Dificuldades de Imputação da Conduta no Oferecimento da Denúncia	298
11.1.5. Lições de Direito Penal Comparado: Fixação de Quantidade Mínima para Consumo, Tráfico Privilegiado, Tráfico Comum e Tráfico Qualificado	304
11.2. Consumo Compartilhado (art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06)	309
11.2.1. Critérios de Imputação e de Definição Típica	309
11.2.2. Lições da Jurisprudência Penal Comparada e Critérios de Imputação e de Desclassificação	311



11.3. Condutas do Art. 33, <i>caput</i> , Imunes aos Efeitos da Lei dos Crimes Hediondos e dos Arts. 33, § 4º, e 44 da Lei 11.343/06	319
11.4. A Inconstitucionalidade do Art. 34 da Lei de Entorpecentes: Criminalização de Atos Preparatórios	325
11.5. Causas de Aumento de Pena Decorrente de Transnacionalidade e Transregionalidade do Tráfico (art. 40, I e V): Proibição de Dupla Incriminação	328
11.5.1. Requisitos de Configuração da Exportação e da Importação	329
11.5.2. As Majorantes Relativas à Transnacionalidade e Transregionalidade	331
11.6. Financiamento e Custeio do Tráfico (art. 40, VII) e o Crime Autônomo do Art. 36 da Lei 11.343/06	332
11.7. A Questão do Traficante-Dependente: Ausência de Conflito entre o Art. 33 e o Art. 45 da Lei 11.343/06	334
11.8. Possibilidade de Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direito: Inconstitucionalidade do Art. 44 da Lei 11.343/06	340
11.9. A Inconstitucionalidade do Art. 2º, § 1º, Lei dos Crimes Hediondos e a Progressão de Regime no Tráfico de Entorpecentes	348
11.10. Indução, Instigação, Auxílio e Apologia ao Uso de Drogas: Análise de Casos (Práticas de Redução de Danos, Marcha da Maconha e Movimentos <i>Rapper e Funk</i>)	355
12. A RESPOSTA PENAL AO USO DE ENTORPECENTES NO BRASIL	369
12.1. A Inconstitucionalidade do Art. 28 da Lei 11.343/06	369
12.2. Porte de Drogas para Uso Pessoal e Tipicidade Material: Aplicações do Princípio da Insignificância	377
12.3. O Sistema de Penas e de Medidas Previstas para Usuários de Drogas na Lei 11.343/06	387
12.3.1. Natureza das Sanções Previstas na Lei de Drogas: Penas e Medidas	387



12.3.2. Da Inconstitucionalidade da Aplicação Cumulada entre Penas e Medidas e a Reedição do Sistema do Duplo Binário	389
12.3.3. O Caráter Moralizador da Pena de Admoestação	391
12.3.4. Tempo de Pena e Qualificação do Uso de Drogas pela Reincidência	392
12.4. Transação Penal, Justiça Terapêutica e Limites da Medida	394
12.4.1. Condições para Oferecimento de Transação Penal (Art. 48, §§ 1º e 5º, da Lei 11.323/06)	395
12.4.2. Da Inconstitucionalidade do Art. 48, § 5º, da Lei 11.323/06: <i>Nulla Poena Sine Iudicio</i>	397
12.4.3. Justiça Terapêutica e Aplicação de Medidas Educativas	399
12.4.4. Política de Redução de Danos e Justiça Terapêutica	405
CONSIDERAÇÕES FINAIS	411
1. A Constância e o Fortalecimento da Ideologia da Diferenciação	411
2. O Futuro da Política Internacional de Repressão às Drogas	413
3. As Fundações da Política Proibicionista: Defesa Social	415
4. As Fundações da Política Antiproibicionista: Crítica Criminológica	416
5. Antiproibicionismo e Redução de Danos	417
6. A Nova Lei de Drogas e a Manutenção da Lógica Punitiva	419
7. Mecanismos Moralizadores e Ética da Alteridade	420
BIBLIOGRAFIA	425
APÊNDICES	449
1. #DESCRIMINALIZASTF: um manifesto antiproibicionista ancorado no empírico	449
2. Nas Trincheiras de uma Política Criminal com Derramamento de Sangue: depoimento sobre os danos diretos e colaterais provocados pela guerra às drogas	477





PREFÁCIO (3ª edição)

Prefaciар o livro de Salo de Carvalho foi um prazer honroso com duplo risco. O primeiro prefácio, de Vera Regina Pereira de Andrade, constituiu-se num dos melhores artigos brasileiros sobre drogas e globalização do controle social; no desvelamento do poder penal e na potencialização da sua capacidade de produzir dor e danos. O segundo risco foi constatar que Salo havia transformado o seu brilhante “A Política Criminal de Drogas no Brasil” em um outro livro...

15

Eu já havia lido a primeira edição para minha análise sobre os difíceis ganhos fáceis da juventude popular brasileira, principalmente os meninos das favelas do Rio de Janeiro. O resultado é que esse outro importantíssimo livro de Salo me proporcionou uma atualização no estado das artes em que se enfronha a *questão drogas*. Há tempos venho dizendo que a falta de novidades em nossa política criminal e em nossos discursos sobre drogas tem sido inversamente proporcional aos danos, aos sofrimentos e ao extermínio produzidos por essa política e por esse discurso. Quando falamos em genocídio queremos delimitar um marco conceitual que não seja hiberbólico. Em assuntos de direitos humanos devemos ser sempre precisos. Mas o que dizer de um projeto penal que é a causa principal da morte de 33.000 jovens em 10 anos no Rio de Janeiro? Estamos com uma constante em torno de 1.000 homicídios/ano em “autos de resistência”, confrontos com a polícia. O



número de policiais mortos, da mesma faixa etária e extração social dos seus *inimigos*, também cresce. Os meios de comunicação não cessam de disparar seus argumentos perigosistas e alarmistas, suprimimentos de medo para nossas políticas criminais com derramamento de sangue. Enquanto isso, o capitalismo enlouquecido vive à custa de drogas farmacológicas da indústria transnacional. Drogas para ativar, desligar, dormir, sonhar, fornicar, enfim, não falhar... O controle social pela medicalização provida pelo complexo farmacológico (mais assustador que o de armas, só trabalha com cobaias humanas) já não é um pesadelo do *Admirável Mundo Novo*.

O Ministro do Interior da França, em resposta às barricadas juvenis da Sorbonne e da periferia, apresentou um projeto de lei que prevê a vigilância de crianças de três a seis anos para que não se transformem em *adolescentes agressivos*. Pôde propor tal aberração lombrosiana a partir da “pesquisa” *Conduzindo desordem na infância e na adolescência*, realizada pelo Instituto Nacional de Saúde e Pesquisa Médica de Paris (INSERM). Observemos o grau de periculosidade que os dispositivos médico-psiquiátricos podem produzir... “O projeto de lei prevê a medicação das crianças ditas com ‘distúrbios’ e estabelece a necessidade da presença de funcionários públicos nas creches para observar comportamentos ‘suspeitos’ de predisposição à desordem”.¹ A Europa está constantemente assombrada pelo ovo da serpente que nela profundamente dormita.

Esse novo livro, então, pretende atualizar a primeira edição. Mas, Salo liberta-se das amarras normativas que o estudo do direito (como o de sociologia) impõe ao pensar, e desconstrói o seu objeto na perspectiva transdisciplinar, ao melhor estilo da nova criminologia crítica da América Latina. Junto com Maximo Sozzo,

1 “Estigma condena infância”, matéria de Clara Cavour para a seção Internacional do *Jornal do Brasil* de 19 de março de 2006, p.A25.



na Argentina, ele está ajudando a criminologia crítica dos anos 70 a seguir seu curso.

O interessante no caso de Salo de Carvalho é que sua *filiação* é concreta, como filho do imprescindível intelectual e magistrado Amilton Bueno de Carvalho, chefe da mais generosa *Escola* brasileira, aquela do Direito Alternativo, que vem mantendo a tradição libertária gaúcha desde sempre na história.

Desconstruído o objeto, Salo analisa-o à luz de múltiplas perspectivas, mas principalmente no sentido da contenção do furor penal que hoje preside qualquer discussão sobre o assunto no Brasil. No momento em que a ideia de Estado Penal de Loïc Wacquant se cristaliza, com uma projeção de 500 mil presos para 2007, pululam os discursos e a histeria punitiva. São os tais discursos que matam, que dão conta dos escombros da classe trabalhadora no capitalismo de barbárie.

Salo compreende a criminalização por drogas como um processo histórico socialmente construído a partir da transnacionalização do controle. Ele dá voz a uma das mais importantes intelectuais latino-americanas, a admirável Rosa Del Olmo, pioneira na produção de um olhar latino-americano sobre a política criminal de drogas. Iluminado por essa perspectiva, Salo analisa a adequação brasileira ao projeto de transnacionalização, cujo suporte central de atuação seria o paradigma “médico-sanitário-jurídico”.

A Lei 6.368/76, no auge do período duro do regime militar, instaura uma maximização do jurídico, ampliando maciçamente os horizontes da criminalização e da punição. Naquilo que Zaffaroni chama de fenômeno da multiplicação dos verbos, o caráter mágico e fetichista da nossa política criminal de drogas vai demonizando tudo à sua volta. Parece que na questão criminal, como em Lavoisier, nada se perde, tudo se transforma. Na sua brutal e inédita magnificação, o sistema penal contemporâneo alarga seus domínios sem abrir mão de nenhuma velha técnica: são as penas alternativas e mais o cárcere, a prisão, a tortura e o extermínio de sempre, multiplicados.



A *marca da ideologia* da Segurança Nacional vai aprofundar os estereótipos do discurso médico-jurídico-político, sem abrir mão dos discursos morais. O tratamento coercitivo, previsto no art. 10 da Lei 6.368/76, vai, nas palavras de Salo, associar a dependência ao delito, abandonar a ideia de voluntariedade no tratamento e subliminarmente, ampliar as possibilidades de identificação do usuário como dependente. Este movimento de expansão da penalização por drogas gera a “naturalização do crime ou a criminalização da adição”. Os efeitos dramáticos desses tratamentos compulsivos podem ser percebidos em relatos dramáticos daquele período: pais entregando filhos à polícia, internações violentas e principalmente “tratamentos” à base de drogas muitas vezes mais fortes que as que motivaram as terapias, porém drogas lícitas.

Mas o incremento da repressividade vai acentuar suas feições no artigo 12, na inclusão de outros itens nesse projeto pan-penalista: remessa, preparo, produção, fornecimento e transporte, com aumento das penas e da margem para sua fixação. É nesse exato momento que a criminalização primária tratará de delinear os contornos do novo estereótipo do inimigo interno: o traficante. Salo de Carvalho chama a atenção para o rigor presente tanto nos casos de hiatos de punibilidade (criminalização do uso) ou da baixa danosidade ao bem jurídico tutelado (comércio de drogas ilícitas em pequena quantidade). O fato é que nesse momento o sistema penal com sua seletividade ontológica vai distribuir seus papéis fixos: estereótipo médico para os jovens usuários de classe média e estereótipo criminal para a juventude recrutada para o varejo desse circuito informal.

É neste momento que “a tecnologia legal possibilitou o desencadeamento de política de repressão integrada (planos legislativo, executivo e judiciário) na otimização do projeto transnacional de guerra às drogas. Paradoxalmente, o projeto criminal de drogas do período militar é aprofundado e estendido através da ‘democratização’”. Isto só pode acontecer através da articulação de



3 instâncias da ideologia punitiva: os movimentos de “Lei e Ordem”, a ideologia da Defesa Social e a ideologia da Segurança Nacional. Atualizando essa aliança nos dias de hoje temos a ressonância da tese do Direito Penal do Inimigo, simulacro mal enjambrado da nazi-finura de Schmitt, remendado às pressas por Jakobs para dar conta do que Bush filho chamou de eixo do mal: terroristas e narcotraficantes. Curiosamente, os primeiros vivem em terras aonde abunda o petróleo, e os segundos detêm as áreas de produção da principal mercadoria ilícita, a cocaína.

A fina criminologia de Salo faz questão de abandonar e deslegitimar as ideologias “re” (reeducação, recuperação, ressocialização), nas quais muitos bem intencionados se perderam, ao tombarem pela repetição *ad infinitum* do senso comum punitivo. Ao invés disso, utiliza o conceito de vulnerabilidade para trabalhar a atribuição de estigmas que os movimentos de “Lei e Ordem” produzem. É na análise da construção dos discursos na estrutura repressiva dos anos 60 e 70 que Salo vai constatar o que ele chama de “fusão dos horizontes da punibilidade”: defesa social, segurança nacional e “Lei e Ordem”. A lógica defensivista seria o eixo central do que Baratta denominou como ideologia conformadora do sistema penal da modernidade ocidental.

O problema, para todos nós, é reconhecer e denunciar a maneira como tudo piorou com a “transição democrática”. É assustador, mas temos que encarar os fatos: este simulacro de democracia representa a liberdade para o mercado e restrições infinitas para a humanidade. Como disse Loïc Wacquant: o “mundo livre” está encarcerado. Somos mais exterminadores e autoritários do que éramos no fim da ditadura. A partir dos anos 80 do século XX, nossa legislação penal aprofunda o seu potencial bélico. Com a Lei de Crimes Hediondos institui-se um oceano de criminalização sem perspectivas, projetos de emparedamento de uma geração de jovens. A ela soma-se a Lei do Crime Organizado (essa categoria frustrada e frustrante) e o cenário econômico-transnacional que



institui uma nova geopolítica: de um lado a supremacia ocidental com seus hábitos de consumo, do outro, os criminalizáveis, produtores de petróleo e cocaína, *terroristas* e *narcotraficantes*.

A partir daí, a engenhosidade demoníaca do sistema penal do inimigo só se expande, acumula discursos, atualiza estratégias. No caso do Rio de Janeiro, a situação é agravada pela histórica posição de cidade rebelde. A chegada de Leonel Brizola e sua recusa radical ao modelo do “pé na porta do barraco” ativou medos antigos na *Zona Sul global*, e no Brasil *imperial-escravista*. Motivou, inclusive, uma das discussões mais estéreis da criminologia: desde logo, a direita raivosa e etiológica que atribui o aumento da violência à ausência do pelourinho – o mercado é ótimo, mas só funciona com o chicote bem à vista. A figura emblemática do governador gaúcho e os ecos da Campanha da Legalidade, trouxeram os meios de comunicação para um protagonismo descarado. A política de segurança pública de Brizola, Batista e Nazareth Cerqueira é massacrada pela construção do medo e da desmoralização das garantias. A Operação Rio (1994–1995) é uma intervenção político-militar nesse sentido. Naquela conjuntura eleitoral realizam-se os sonhos de Ipanema: tanques apontados para os morros, neoliberalismo na Presidência e na economia. Os livros de Wilson Couto Borges e Cecília Coimbra iluminam o debate destacando o ponto de vista dos derrotados. Uma parcela grande da esquerda não se deu conta do que acontecia ou preferiu não se associar àquela *mácula*, o melhor era ficar bem com a imprensa. Esqueceram-se da poesia de Brecht e hoje são acossados pela mesma máquina de guerra. Uma vez detonado o mecanismo diabólico é difícil controlá-lo.

20

De lá para cá, o que se vê é um verdadeiro circo dos horrores, a obra insana do *petucanismo* político penal: além do eixo crimes hediondos/crime organizado, RDDs, administralização dos “benefícios”, justiça terapêutica e outros dispositivos a magnificar na legislação penal, no processo penal e na execução penal, as grosseiras feições autoritárias da nossa história.



Mas o trabalho de Salo não é só crítico e nem desesperançoso. Ele aposta em novas perspectivas para a descriminalização das drogas. E ele as discute no território da dogmática, trincheira fundamental para a desconstrução do arbítrio e da brutalidade. Salo leva o garantismo até as últimas consequências, no sentido da redução de danos e da exploração dos paradoxos e contradições do liberalismo. Os discursos e as práticas descriminalizadoras são companheiras essenciais na luta contra o neoliberalismo e o Estado Penal.

É curioso observar a magnitude subjetiva da *questão drogas*. Elas põem em jogo sua condição de “alteradoras da consciência”, e parece que o *establishment* requer controle total sobre a forma como são alteradas as consciências: as lícitas têm o processo de produção dominado e o aval do complexo farmacológico transnacional. É importante entendermos que para que se produza o assujeitamento total a essa economia é necessário uma consciência reificada, que pretende manter uma determinada ordem de coisas, impedindo a ruptura entre a consciência do lugar projetado para as classes sociais e a construção de um outro futuro. Marildo Menegat demonstra como tudo isso faz parte de relações entre os homens e deles com a natureza que são reduzidas a relações de domínio, de objetificação. Digamos então que o controle das consciências é fundamental para o capitalismo de barbárie. O paradoxo da modernidade, a barbárie produzida pelo excesso de civilização, aparece nas ciências e nas técnicas usadas para o controle da pobreza: extermínio e aniquilação. O fato é que a violência, a agressividade, a criminalização e o encarceramento apresentam estatísticas nunca vistas antes na história dos homens. A nova ordem econômica totalizante precisa das metáforas, do disciplinamento e da indústria bélica. O cenário do “excesso de civilização” é o das ocupações militares (favelas do Rio, muros na Palestina, Haiti, rebeliões nos presídios do Acre e de Kabul), seguidas das comitivas das corporações do direito humanitário e suas estrelas



hollywoodianas. Só um estado permanente de guerra pode fortalecer um “poderoso dique contra as forças utópicas”, que não cessam de se multiplicar, dos círculos bolivarianos aos meninos-bomba do Islã.

A nossa política criminal de drogas é um importante instrumento de barbárie e este renovado e revigorante livro de Salo afina nossos argumentos e nossa potência para combatê-la na direção de tempos melhores, tempos de delicadeza.

Rio de Janeiro, abril de 2006.

Vera Malaguti Batista



PREFÁCIO (1ª edição)

Dos Discursos Enunciados aos Discursos Silenciados: recuperando a dignidade da Política Criminal pelo e para o homem

Ao prefaciар “*A Política Criminal de Drogas no Brasil*”, dissertação de Mestrado de Salo de Carvalho que orientei junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD/UFSC), quero inscrever aqui a honra com que o faço, sob o crivo da responsabilidade que me é conferida. Pois, ser um prefaciador é, afinal, ser um sujeito em busca do (difícil) equilíbrio no “dizer”. Busca que não se confunde, por sua vez, com uma aproximação da (fictícia) neutralidade científica positivista.

Mas por que me honra prefaciар esta obra? Primeiramente, pelo histórico de seu autor que indireta e depois diretamente acompanhei e que trago aqui à colação, seja para homenageá-lo, seja para que o leitor melhor compreenda o lugar de onde fala e o trabalho por ele produzido.

Num modelo de Curso Jurídico de graduação fortemente centrado no “Ensino” em detrimento da Pesquisa e da Extensão e num Ensino “reprodutor” ao invés de “produtor” de conhecimento – particularmente a Dogmática Jurídica – Salo de Carvalho integra um minoritário e seletivo universo de acadêmicos que se



destaca pelo histórico de dedicação ao estudo, curiosidade intelectual e interesse na pesquisa, associados à militância em Movimentos como o Direito Alternativo, desde a Graduação em Direito, que cursou na UNISINOS, Rio Grande do Sul.

Foi com este perfil que o conheci, meu aluno que foi nas disciplinas de *Pesquisas em Criminologia e Políticas Criminais* e *Pesquisas em Dogmática Penal*, no CPGD/UFSC, a partir das quais inaugurei com ele um produtivo e prazeroso diálogo que se estendeu e aprofundou ao longo da construção desta que hoje se torna, felizmente, uma dissertação socializada.

A formação crítica e interdisciplinar que então recebeu neste curso de Mestrado só fez verticalizar um processo de conhecimento e maturação acadêmica que, por sua vez, Salo trilhou com sabedoria. A sabedoria de quem não se limita a “aprender”, mas “apreende” e (re)escreve a própria escritura.

Esta foi também a riqueza do nosso processo pedagógico, da sala de aula à orientação, a riqueza da interação permanente.

24

É o resultado deste histórico que preliminarmente se evidencia, nesta dissertação: segurança teórica, zelo metodológico, equilíbrio na argumentação. É do trabalho produzido, pois – segundo grande motivo pelo qual me honra prefaciá-lo – que passo a falar.

Do que se trata, o que objetiva e que caminhos trilha para tal?

Seu objetivo fundamental foi o de diagnosticar a existência da Política Criminal de drogas no Brasil e identificar a sua especificidade (perfil ideológico) fundamentando, neste movimento, a necessidade da descriminalização e as alternativas à criminalização.

É senso comum a ideia de que o combate à criminalidade e, particularmente, ao uso e tráfico de entorpecentes são fortemente obstaculizados, no Brasil, pela inexistência de uma adequada Política Criminal.

A hipótese aqui desenvolvida e fundamentada rompe com este senso comum precisamente ao afirmar que tal política “existe”



e tem uma coerência interna. Trata-se de uma Política de guerra, combate ou beligerância (genocida) que, inserida num processo de transnacionalização ou globalização do controle social – é potencializada, no Brasil, por uma tríplice base ideológica: a ideologia da defesa social (em nível dogmático) complementada pela ideologia da segurança nacional (em nível de Segurança Pública), ambas ideologias em sentido negativo instrumentalizadas (no nível legislativo) pelos Movimentos de Lei e Ordem (como sua ideologia em sentido positivo).

A abordagem traz, neste sentido, uma proposta de compreensão ampla do terreno onde se desenha e move a Política Criminal de Drogas (extensão que abrange os níveis legal, dogmático e de segurança pública, e perpassando-os, o nível ideológico) a partir da ampliação do próprio conceito de Política Criminal relativamente às suas matrizes clássicas (Beccaria, Feuerbach, Liszt, etc.).

O mote que sustenta toda a argumentação é o da distinção entre o discurso oficial (declarado) e a funcionalidade real da Política Criminal de drogas (não declarada) pondo a descoberto esta última e situando o primeiro como o seu discurso legitimador, o que remete, diretamente, para o conceito e o funcionamento da ideologia no interior do sistema de controle penal. O marco teórico centralmente adotado é a Criminologia desenvolvida com base no paradigma da reação social associada a outras disciplinas das Ciências Sociais. Daí que a abordagem é, marcadamente, crítica e interdisciplinar projetada para a análise do discurso oficial.

A perspectiva, enfim, em que o autor se insere, imediata e prioritariamente *jus humanista*-minimalista e, mediamente, abolicionista, o conduz a analisar o fenômeno sob o prisma do pluralismo cultural e da realidade marginal latino-americana, visualizando no processo descriminalizador a possibilidade concreta de minimização da atuação genocida e seletiva do modelo de sistema penal em vigor. Obviamente, como o leitor verá, o novo aqui não



é o (já velho) discurso da descriminalização, mas o lugar de onde é enunciado e fundamentado – a própria técnica penal –, e o modo pelo qual é feito – mediante a superação do vigor passional.

Trata-se, indubitavelmente, de uma investigação séria e importante que deverá trazer uma contribuição fundamental ao debate no país. Pois, ao mesmo tempo que é densa na apreensão e sistematização da problemática, propõe um deslocamento qualitativo de abordagem em relação ao senso comum oficial sobre as drogas, mérito, sobretudo, do marco teórico adotado.

Deslocamento antecipado, no Brasil, pelos corajosos trabalhos da Dra. Éster Kosovski, particularmente quando de sua atuação junto ao CONFEN e aos quais se rende, aqui, a devida homenagem.

De outra parte, a importância temática, acadêmica e política que este trabalho por si só detém é conjunturalmente duplicada. É que neste final de século e milênio o sistema de controle penal construído no marco do projeto da modernidade, isto é, desde os séculos XVIII e XIX, experimenta um duplo e contraditório movimento.

26

Por um lado, uma crise de legitimidade sem precedentes e traduzida no profundo déficit existente entre suas promessas e sua real funcionalidade.

Por outro lado, se uma das vias de resposta a esta crise tem sido as tendências denominadas minimalista e abolicionista do sistema penal, instrumentalizadas pelos movimentos de descriminalização, despenalização e descaracterização, a contraface desta resposta tem sido um movimento inverso de (neo)criminalização, (neo)penalização, (neo)encarceramento, que, já classicamente denominado Movimento de Lei e Ordem, implica uma forte demanda relegitimadora do sistema penal mediante a distinção do que pode ser, neste contexto de crise, considerada a nova Musa do Direito Penal: a distinção entre a criminalidade “leve” e a criminalidade “grave”, destinatária do Movimento de Lei e Ordem e contra a qual deve desaguar toda a fúria do sistema penal (deslegitimado).



Embora esta dupla tendência seja globalmente verificável, em face mesmo do processo de transnacionalização do controle social e do controle penal como espécie deste, no Brasil o pêndulo oscila, particularmente, na segunda direção. E, enquanto a primeira tendência tem atrás de si várias décadas de investigação criminológica (precisamente a Criminologia desenvolvida com base no paradigma da reação social) a subsidiar-lhe, o Movimento de Lei e Ordem só tem atrás de si a voz do voluntarismo e do poder de plantão, encontrando no *Mass Media* seu grande instrumento ideológico de difusão e formação (sensacionalista) de opinião. Nesta esteira, tudo se substitui à Criminologia, tudo é fonte da Política Criminal: a dor de uma mãe, a obsessão de um pai... O privado assume o lugar do público e dita as regras do jogo criminal.

O “combate às drogas” recebe, neste contexto de crise, uma particular atenção do discurso oficial, estando inscrito no centro desta bipolaridade: descriminalização? Até certo ponto sim, mas para o usuário (leve). (Neo)criminalização? Hediondez? Com certeza..., para o traficante (grave). Combate transnacional ao narcotráfico.

Ao abordar também a retórica desta distinção Salo de Carvalho acaba por evidenciar, ainda que indiretamente, como o campo da drogadição se converteu num dos grandes “bodes expiatórios” da manipulação política da criminalidade.

Esta a importância duplicada a que me refiro. A importância de deslocar o debate para o plano epistemológico (emancipatório) quando vivemos um tempo de alucinação em matéria de Política Criminal. A importância de elaborar um contradiscurso, de dizer não ao panpenalismo, à esquizofrenia penal. E de fortalecer as fileiras, ainda que sob o preço da abissal diminuição de espectadores, do contrapoder ao poder que a mídia assume no Movimento de Lei e Ordem; contrapoder que deve unir minimalistas e abolicionistas.

E, neste deslocamento, recuperar a dignidade da Política Criminal, porque, sem sombra de dúvida, se o reinado das Ciências



Criminais já esteve com a Dogmática Penal e posteriormente com a Criminologia, este lugar, hoje, pertence à Política Criminal em plena revisão de sua identidade política epistemológica.

Enfim, quero dizer que há pelo menos duas grandes vozes sistematicamente silenciadas pelos discursos oficiais das drogas e que “vitalmente” devem ser ouvidas: a dos envolvidos na situação-problema, os drogaditos e seu universo de interação e a voz do conhecimento emancipatório. Porque, na essência, é o homem que está em questão. É o homem o grande sujeito-objeto subjacentemente tematizado nesta questão e o seu destinatário. E do que se trata, em última instância, é da salvaguarda de vidas humanas.

O universo da drogadição, ainda que ilusoriamente envolto numa profunda sensação de prazer, é um universo de dor. O universo do castigo, simbolizado e institucionalizado no sistema penal, também o é. Da mesma forma que enfrentar o problema das drogas como o objeto teórico implica um esforço de suspensão da dor – e do discurso passional –, converter o problema da drogadição num problema penal, ou seja, criminalizá-lo, com as dimensões que hoje lhe confere o processo de transnacionalização do controle social, só pode redundar numa duplicação da dor e do sofrimento inútil. O que é tão absurdo do ponto de vista humanista, epistemológico e emancipatório quanto compreensível do ponto de vista da manipulação política da criminalidade.

Salo de Carvalho – e felizmente hoje com ele uma geração de novos juristas formados sob outra direção – tem nítida consciência disto. Por isso resgata, aqui, a voz do conhecimento emancipatório e dos direitos humanos como objeto e limite do poder de punir, o que só pode desembocar numa outra voz: menos castigo, menos dor, minimização da violência. Honra-me, pois, em definitivo, ser partícipe desta geração que, superando mitos como “demonização” das drogas e “satanização” do abolicionismo, se libertou para fazer da pretérita geografia (um campo fechado



e estático) a contemporânea e futura história (um campo aberto e em “devir”) do penal.

Ilha de Santa Catarina, outubro de 1996.

Vera Regina Pereira de Andrade

Doutora em Direito e Professora nos cursos de
Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFSC.





NOTA EXPLICATIVA À 7ª EDIÇÃO

Escrevo esta nota explicativa acompanhando os intensos debates sobre o Projeto de Lei 7.663/10. Entre as principais alterações propostas, dois temas se destacam: (1º) a previsão de internação compulsória para usuários; e (2º) a inclusão de uma causa especial de aumento de pena (art. 40) para os casos de comércio de drogas com “alto poder de causar dependência”.

Para além dessas questões altamente polêmicas, o projeto objetiva modificar novamente (e de forma radical) a estrutura normativa da Lei de Drogas. Não se trata apenas de uma reforma setorial, mas de uma mudança global que densifica o significado e o direcionamento repressivo dado à política criminal de drogas no Brasil nas últimas décadas.

Em um momento em que inúmeros países avançam nas políticas de redução de danos, optando explicitamente pela descriminalização (legislativa ou judicial) do porte de drogas para consumo (emblemáticos os casos de Portugal e Argentina, mas, sobretudo, do Uruguai, que legalizou toda a cadeia de produção e distribuição de maconha), o referido projeto reforça o paradigma bélico instaurado nos anos 1980 pela política *war on drugs*. Apesar do reconhecimento mundial do fracasso desse modelo, importantes setores dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário reiteram a adesão ao punitivismo, cujos efeitos, nas últimas décadas, foram aumentar vertiginosamente os índices de encarceramento e criar



barreiras à implementação de alternativas eficazes ao tratamento das pessoas que fazem uso problemático das drogas.

Como o leitor poderá perceber, nas várias notas explicativas redigidas para as diferentes edições deste livro, nossa política de drogas é marcada por constantes alterações, com poucos avanços e muitos retrocessos, sempre no sentido de reforçar o paradigma bélico e de dificultar a implementação de políticas de redução de danos.

Todavia, em paralelo ao debate sobre o Projeto de Lei 7.663/10, o Supremo Tribunal Federal se manifestará, provavelmente ainda neste ano (2014), sobre a (in)constitucionalidade do porte de drogas para uso pessoal. O tema ganhou destaque nos meios de comunicação em decorrência de sete ex-Ministros da Justiça e do Supremo Tribunal Federal (Tarso Genro, Márcio Thomaz Bastos, Aloysio Nunes, Miguel Reale Júnior, José Carlos Dias, Nelson Jobim e José Gregori) haverem redigido, no final de 2012, um manifesto defendendo a inconstitucionalidade da criminalização. O manifesto foi entregue ao Ministro Relator do caso, Gilmar Mendes, e, para além de contundentes argumentos jurídicos, apresentou importantes e positivos dados sobre a descriminalização em Portugal, Espanha, Colômbia, Argentina, Itália e Alemanha. Outrossim, no próprio âmbito legislativo a questão é dúbia, pois o Anteprojeto de Reforma do Código prevê a descriminalização para o uso pessoal.

32

Em meio à indecisão acerca do direcionamento da nossa política criminal, a sétima edição apresenta algumas novidades. Em primeiro lugar, atualizei os dados relativos ao impacto do proibicionismo nos níveis de encarceramento e, em razão da ausência de novas e pormenorizadas informações do Departamento Penitenciário, optei por excluir o mapa dos substitutivos penais. Os números sobre composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo e penas alternativas fornecidos pelo Ministério da Justiça, além de desatualizados (2009), não esclarecem de que forma a política de drogas contribui para o aumento da



rede não carcerária de controle. Por outro lado, em segundo, incluí, como anexo, artigo redigido com Marcelo Mayora, Mariana Garcia e Mariana Weigert, que apresenta dados concretos sobre o tratamento penal (substitutivos penais) imposto aos usuários de drogas na cidade de Porto Alegre. O texto, a partir do estudo de casos concretos, permitirá compreender a forma de utilização dos substitutivos penais pelo sistema penal, enfatizando como a irracionalidade da política proibicionista atinge o Poder Judiciário. Além disso, em terceiro, anexei artigo que apresenta, de forma nominal (novamente através da técnica metodológica dos estudos de casos), os problemas decorrentes da alta volatilidade dos tipos penais e dos critérios postos na Lei de Drogas, sobretudo do dispositivo do art. 33 da Lei 11.343/06.

Percebe-se, pois, que o momento da política criminal brasileira de drogas é de polarização entre dois modelos absolutamente distintos. Possível, inclusive, que, nesse debate, Legislativo e Judiciário assumam posições radicalmente opostas. Assim, resta aguardar alguma definição e torcer para que o Brasil avance positivamente na matéria, o que significaria, na crueza do cotidiano da repressão penal às drogas, salvar inúmeras vidas de pessoas e de grupos sociais em situação de vulnerabilidade.

Santa Maria da Boca do Monte, UFSM, novembro de 2013.