

A INFLUÊNCIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS SOB PERSPECTIVA DA LEI Nº 11.343/06.

Autora: Fernanda Souto Perfeito¹

Orientador: Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha²

RESUMO: O presente artigo, por meio de ampla pesquisa bibliográfica e apuração histórica, pretende analisar, dedutivamente, como o processo de criminalização das drogas no Brasil se tornou uma política de guerra, contrária às diretrizes de um Estado Democrático de Direito, haja vista as constantes violações às garantias constitucionais penais e processuais penais dos cidadãos. Para tanto, aborda o Direito Penal do Inimigo como discurso legitimador do Estado de Exceção permanente que se instaurou no território nacional.

PALAVRAS CHAVES: Política de Guerra; Estado Democrático de Direito; Garantias Constitucionais; Direito Penal do Inimigo; Estado de Exceção permanente.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Repressão às drogas no Brasil: breves considerações históricas 3. Diferenciação entre usuário e traficante: a imprecisão e a seletividade penal 4. A constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 4.1 Dos princípios e direitos violados pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 4.1.1 Do princípio da intervenção mínima 4.1.2 Da intimidade e a vida privada 4.1.3 Do princípio da ofensividade 4.1.4 Do princípio da proporcionalidade 4.1.5 Do princípio do *ne bis in idem* 4.2 Da posição do Supremo Tribunal Federal 5. O reflexo do direito penal do inimigo na Lei de Tóxicos 5.1 Diretrizes teóricas do Direito Penal do Inimigo 5.2 A supressão de garantias penais na Lei 11.343/06 5.2.1 Antecipação da tutela penal 5.2.2 A desproporcionalidade das penas 5.2.3 Das leis penais em branco 5.2.4 Da liberdade provisória e da pena restritiva de direitos 6. Conclusão

ABSTRACT: This article, through extensive bibliographic research and historical investigation, intends to deductively analyze how the process of criminalization of drugs in Brazil has become a war policy, contrary to the guidelines of a Democratic Rule of Law, given the constant violations to the penal constitutional guarantees and criminal procedural guarantees of citizens. To this end, it approaches the Enemy's Criminal Law as a legitimizing discourse of the permanent State of Exception that was established in the national territory.

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail para contato: fernandasoutoperfeito@yahoo.com.br

² Professor na Universidade Federal de Uberlândia. Doutor pela Universidad de la Empresa em 2011. E-mail para contato: damishelvecio@yahoo.com.br

KEY WORDS: War Politics; Democratic State; Constitutional guarantees; Criminal Law of the Enemy; Permanent Exception State.

1. INTRODUÇÃO

Desde a década de setenta, o Brasil está inserido no projeto de transnacionalização do controle social. Por essa razão, a política criminal de drogas do país se adequou ao modelo proibicionista norte americano, que identifica a figura do traficante como o inimigo interno da nação.

Por essa razão, a construção de políticas públicas no território nacional são todas pautadas pelo raciocínio beligerante de eliminação dessa categoria de sujeitos, identificados como perigo à organização interna do Estado.

Para tanto, o sistema penal se utiliza da justificativa de segurança nacional para instaurar um Estado de Exceção Permanente, em que as garantias processuais penais são constantemente violadas, de forma que, essa violência é legitimada por meio do discurso do Direito Penal do Inimigo.

Desta forma, cria-se verdadeiro abismo entre as funções declaradas do direito penal e aquelas funções que são realmente exercidas pelas agências de punitividade. Como principal desdobramento dessas reais funções, tem-se um direito penal assentado em postulados de autoritarismo que fomentam “a incidência vertical e seletiva das agências de punitividade, obstaculizando políticas públicas preocupadas em efetivar valores constitucionalmente previstos como o pluralismo, a tolerância e o respeito à diversidade”. (CARVALHO, 2016, p. 381).

Esse artigo, portanto, propõem-se a analisar como a política de drogas tem instrumentalizado esse discurso de eliminação de inimigos e como esse modelo repressivo não se coaduna com um Estado Democrático de Direito.

Em um primeiro momento será feita uma breve explanação histórica acerca do processo de criminalização das drogas, bem como uma análise da forma de atuação seletiva das agências penais ao se diferenciar o usuário do traficante de drogas. Posteriormente, será examinado como esse modelo proibicionista é fator de desestabilização constitucional, haja vista as inúmeras supressões de garantias inerentes ao status de cidadão, conferidas pela Carta Magna.

Cumprir destacar que, para elaboração do presente trabalho, adota-se o método hipotético-dedutivo e de pesquisa documental, com vasta busca bibliográfica, a fim de

analisar a teoria e os conceitos do problema de pesquisa em tela, bem como a metodologia histórica, que propicia uma compreensão mais adequada do tema, ao confrontá-lo com circunstâncias do passado.

2. REPRESSÃO ÀS DROGAS NO BRASIL: BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A política de drogas no Brasil, há décadas, vem seguindo os passos do modelo repressivo de “guerra às drogas”, proposto pelos Estados Unidos. Depois de anos de experiência, essa política proibicionista colheu nada mais que um grande fracasso quanto aos seus resultados e, ainda assim, seus defensores não se cansam de insistir nessa metodologia que apenas produz dor e danos.

Em uma breve retomada histórica a respeito desse processo de criminalização das drogas no Brasil, verifica-se que a primeira legislação em que se encontra a restrição ao uso, porte e comércio de substâncias venenosas foram nas Ordenações Filipinas. Não se tratava de uma criminalização em si dessas substâncias, ditas venenosas, mas estava mais próximo de uma regulamentação das mesmas.

Foi somente no Código da República de 1890 que a criminalização foi retomada. No artigo 159 do referido diploma, estava previsto pena de multa àquele que “expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários” (BRASIL, 1890). Com o aumento do consumo de ópio e haxixe no século XX, a Consolidação das Leis Penais de 1932, acrescentou à pena de multa prevista no artigo 159 a prisão celular.

É com o Decreto-Lei 891/38 que o país ingressa no modelo internacional de controle, norma esta elaborada de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, que passa a proibir inúmeras substâncias consideradas entorpecentes. O ingresso definitivo no cenário exterior de combate as drogas ocorre no contexto da Ditadura Militar, com a promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/64.

Quanto ao Código Penal de 1940, hoje vigente, a proibição ao comércio posse ou uso de drogas vinha no artigo 281, imputando pena de reclusão de um a seis anos ao autor do fato (BRASIL, 1971). Ou seja, tanto o usuário de drogas quanto o traficante recebiam a mesma pena pela prática de condutas totalmente distintas.

Mesmo diante da proibição penal, os índices de consumo e comércio de entorpecentes não diminuía. Nos Estados Unidos, o Presidente Richard Nixon traça uma política de

“guerra contra as drogas” no início da década de setenta, conduzindo a opinião pública a eleger as drogas como o novo inimigo interno e, estando o Brasil inserido no projeto de transnacionalização do controle, essa política norte americana se reflete na promulgação da Lei de Tóxicos nº 6.368/76, no contexto da Ditadura Militar.

Com a nova lei, o discurso belicista torna-se o modelo oficial do repressivismo brasileiro. O traficante torna-se o inimigo interno do Estado, e a política de drogas, baseada num paradigma sanitário-médico-jurídico, passa à ampliar a esfera do jurídico, por meio da multiplicação dos verbos inseridos na conduta típica do tráfico de drogas, o aumento das penas, a previsão de um tratamento coercitivo ao dependente, – haja vista a criminalização do toxicodependente - a antecipação da tutela penal, dentre outras disposições que suprimiram as garantias penais e processuais penais do réu, tornando o devido processo legal um formalismo incômodo.

Com o fim do golpe militar, o discurso de eliminação de inimigos – traficantes – se mantém no período pós transição democrática. Aliás, o sistema proibicionista se torna cada vez mais uma política criminal de intolerância, sustentada no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem, pela Ideologia da Defesa Social e, pela Ideologia da Segurança Nacional.

Esses três pilares que sustentam o discurso autoritário da política criminal de drogas, projetam horizontes de maximização do sistema de repressão penal, resultando em intervenções punitivas que invertem os postulados legitimadores do Estado de Direito. Os efeitos dessas campanhas foram instaurar a constante sensação de temor na sociedade, distorcendo o quadro de criminalidade entre o real e o imaginário e, ocasionando, portanto, uma legislação alarmista, tendo a droga papel de destaque.

Embora a lei 6.368/76 tenha separado a conduta do traficante e do usuário em dois artigos distintos, cominando penas privativas de liberdade diferentes às duas condutas, essa ideologia de diferenciação tentava justificar o injustificável. Havia nítida dicotomização entre o tratamento conferido ao usuário/dependente e o traficante, de forma que o discurso médico-sanitário aplicava-se ao usuário/dependente e o discurso jurídico-penal ao traficante. Todavia, em razão da seletividade penal, a resposta repressiva aplicada ao autor dependia de seu status social, de forma que o que se punia era a marginalidade – já estereotipada em um grupo certo de pessoas - e não o fato em si:

A visão seletiva do sistema penal para adolescentes infratores e a diferenciação no tratamento dado aos jovens pobres e aos jovens ricos, ao lado da aceitação social que existe quanto ao consumo de drogas, permite-

nos afirmar que o problema do sistema não é a droga em si, mas o controle específico daquela parcela da juventude considerada perigosa (CARVALHO, 2016, p. 70).

A emergência da atual Lei de Tóxicos, Lei 11.343/06, se dá diante do contexto de aumento da criminalidade, no auge a repressão ao crime organizado, com a promulgação da Lei de Crimes Hediondos e da Lei de Organizações Criminosas, respectivamente as Leis 8.072/90 e 9.034/95.

A Lei 9.034/95 – Lei de Organizações Criminosas - tinha como foco principal a repressão ao crime de tráfico de drogas. Para tanto, referido diploma trazia à legislação inúmeros dispositivos legais que representavam verdadeiro regresso quanto aos direitos e garantias conquistados constitucionalmente pelos cidadãos.

Exemplos de supressão dessas garantias eram: a) a figura do juiz inquisidor – o artigo 3º do referido diploma permitia ao juiz, além de julgar, realizar diligências pessoalmente, afastando-lhe da imparcialidade que lhe é devida; b) permitia-se, no artigo 5º, a identificação criminal compulsória do investigado, indo de encontro ao princípio da presunção de inocência; c) proibia-se, no artigo 7º, a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança; dentre outras disposições que instrumentalizavam a política criminal beligerante.

Em 2003, ainda houve a federalização do Regime Disciplinar Diferenciado, regime aplicado na condução da execução da pena dos suspeitos de participarem de organizações criminosas, principalmente aquelas envolvidas com o tráfico de drogas e armas, ou quando apresentassem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

A estruturação da nova Lei de Tóxicos demonstrou a dificuldade governamental em elaborar uma política de drogas coerente, haja vista a coexistência entre duas correntes distintas – proibicionista e antiproibicionista. Embora a Lei tenha retirado a pena privativa de liberdade como sanção ao uso de entorpecentes, conservou os mecanismos penais de controle e do processo moralizador, dificultando a implantação de políticas públicas saudáveis.

3. DIFERENCIAÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE: A IMPRECISÃO E A SELETIVIDADE PENAL

Ao se deparar com a Lei 11.343/06, percebe-se que a redação do caput dos artigos que incriminam, respectivamente, o uso de drogas e o narcotráfico, é bem semelhante, a se ver:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, **para consumo pessoal**, drogas sem autorização ou em desacordo

com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
[...]

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, *adquirir*, vender, expor à venda, oferecer, *ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar*, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar [...]. (BRASIL, 2006. Grifo nosso).

A partir da transposição dos artigos, nota-se que os mesmos verbos do tipo que estão no artigo 28, também estão no artigo 33. O único diferencial está no fim de agir do agente, que é especificado apenas no artigo 28, qual seja, a destinação da droga para o consumo pessoal. Este artigo requer uma específica vontade por parte do autor - o uso próprio. Já no artigo 33 o dolo é genérico, não há nenhuma referência à intenção do agente, de forma que, mesmo que a destinação do entorpecente não seja para fins de comércio e lucro, caso o sujeito esteja a executar quaisquer dos verbos inseridos no tipo, sua conduta já será subsumida à norma.

A única forma de diferenciação entre as condutas seria a comprovação do objetivo para consumo pessoal (art. 28). Em não ficando demonstrado este especial fim de agir, qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33, decorrência da generalidade, abstração e universalidade do dolo. (CARVALHO, 2016, p. 269).

Como se verifica, ocorre espécie de inversão do ônus da prova, pois fica a cargo do réu, a fim de que não seja investigado pelo crime de tráfico de drogas, comprovar ser o entorpecente para uso pessoal, já que a conduta do tráfico não exige a comprovação de nenhuma finalidade específica.

E não para por aí. Em caso de dúvida se a droga se destina a uso pessoal “o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente” (artigo 28, §2º, Lei 11.343/06).

Percebe-se que esse dispositivo traz uma norma de caráter aberto, em razão de não especificar qual substância, qual a quantidade dessa substância, bem como quais seriam essas circunstâncias sociais e pessoais que qualificaram a conduta do autor como tráfico de drogas. Essa imprecisão confere largo espaço para as agências estatais usarem e abusarem de arbitrariedades. O elemento subjetivo contido no caput do artigo 28 acaba sendo objetificado pelas disposições do artigo 28, §2º, haja vista que diversamente de se prestar como critério indiciário, passa a taxar determinadas situações empíricas como tráfico de drogas.

Isso quer dizer que, diante da ausência de critérios e procedimentos pormenorizados que avaliem e comprovem a finalidade do entorpecente, o que se torna muito comum é visualizar setores vulneráveis da sociedade, submetidos à seletividade penal. Desta forma, esses setores, caso sejam flagrados pelo sistema repressivo, se ostentarem contra si antecedentes criminais, forem apreendidos em zonas periféricas da cidade, tiverem certa forma de acondicionamento do produto, muito provavelmente, eles serão indiciados pelo crime de tráfico de drogas, ainda que a quantidade de produto apreendido seja ínfima.

Essa seletividade penal, associada ao caráter aberto da norma do artigo 33 da Lei de Tóxicos, provoca o encarceramento em massa, antes mesmo da condenação – os presos preventivos - de sujeitos etiquetados como traficantes, ainda que não o sejam, em razão do estereótipo que lhes é conferido. Pune-se mais o autor – estigmatizado – do que o próprio fato em si. A dúvida, no momento de oferecimento da denúncia, acaba cedendo, na maioria dos casos, para o lado mais repressivo do sistema jurídico, em razão do princípio *in dubio pro societate*, de duvidosa constitucionalidade, haja vista seu confronto com o princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, LVIII da Carta Constitucional.

O chamado principio *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus [...] O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal. (CARVALHO, 2016, p. 279).

A preocupação se torna ainda maior quando se analisa as penas cominadas ao crime de tráfico de drogas e do uso. A lei 11.343/06 formou dois estatutos penais absolutamente distintos, variando entre crime de menor potencial ofensivo a crime equiparado a hediondo, não constando tipos penais intermediários, de gradações proporcionais, como por exemplo, diferenciando o pequeno do grande traficante.

A lei, marcada pela ideologia de diferenciação, reforça a imagem de consumidor-doente e traficante-delinquente. A retirada da pena privativa de liberdade como forma de sanção ao consumo de drogas na Lei 11.343/06, deve-se em razão da tensão na política criminal contemporânea, marcada pela disputa entre as correntes criminalizantes e descriminalizantes.

O esforço das correntes críticas é no sentido de construir modelos alternativos de controle social – Políticas Criminais Alternativas - procurando restringir ao máximo a

atuação das agências de persecução, haja vista que a reação contra o delito tem gerado danos superiores aos do próprio crime praticado.

Por outro lado, os Movimentos de Lei e Ordem, associados à política de tolerância zero³, ambos de grande adesão no território nacional, possibilitam a difusão do discurso autoritário da política criminal de drogas. Essa política acaba se tornando um instrumento de legitimação da atividade policial violenta sobre a pobreza e marginalidade que incomoda as camadas mais abastadas da sociedade. O combate deixa de ser ao crime e passa a ser contra a marginalidade, grupo social que é sempre vítima da seletividade penal.

Nos ensinamentos de Rogério Greco (2011, p. 155), a seletividade penal pode ser verificada em três momentos distintos. O primeiro deles é da criação da norma, quando o legislador seleciona as condutas no mundo dos fatos a serem tipificadas como crime no plano jurídico. O segundo momento é quando da aplicação da norma, já elaborada, ao caso concreto, e o terceiro se dá no final do processo penal, quando o juiz profere a sentença.

Sabe-se que as atividades das agências penais são direcionadas de acordo com os interesses dominantes da sociedade, de forma que, nem contra todo aquele que comete crime é instaurado um processo penal. Esse fenômeno é espécie de descriminalização imprópria e denomina-se cifra oculta da criminalidade.

Em outras palavras, isso significa que apenas uma pequena parcela dos crimes cometidos é investigada, de forma que a seletividade penal não depende da conduta em si, mas da situação do agente na pirâmide social.

Como resultado, o conhecimento da população acerca da criminalidade acaba sendo distorcido, tendo em vista que o que se divulga são as estatísticas oficiais – a criminalidade oficial – e não a criminalidade real. A cifra oculta é justamente a diferença entre esses dois fenômenos.

O sistema atua e persegue a formulação do tipo ideal de criminoso, ou seja, daquele estereótipo criado acerca do sujeito desviante na sociedade. Ademais, diante da ostensiva criminalização – maximização do direito penal -, a estrutura administrativa não é capaz de cumprir com as tarefas que lhe são atribuídas, de forma que, na maioria das vezes a área policial é que seleciona quais casos serão registrados e quais serão “esquecidos”.

³ De acordo com Salo de Carvalho (2016), essa política tem como base o modelo teórico da BROKEN WINDOWS THEORY, formulado por James Q Wilson e George Kelling, nos Estados Unidos. A teoria fala sobre a necessidade de luta constante sobre pequenos distúrbios cotidianos, seja na forma de higienização social, como instrumento para recuar as grandes patologias criminais.

O Estado ainda não acordou para o fato de que ao Direito Penal somente deve importar as condutas que ataquem os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. **Enquanto o Direito Penal for máximo, enquanto houver a chamada inflação legislativa, o Direito Penal continuará a ser seletivo e cruel, escolhendo, efetivamente, quem deverá ser punido, escolha esta que, com certeza, recairá sobre a camada mais pobre, abandonada e vulnerável da sociedade.** (GRECO, 2011, p. 157, grifo nosso).

Embora essa filtragem ocorra, em sua grande maioria, no momento da abordagem policial, a atuação do Ministério Público e dos Magistrados também tem significativa participação na seletividade penal, seja nas representações abusivas por prisões preventivas, nas condenações lastreadas em duvidoso conteúdo probatório, nas denúncias que deveriam ser arquivadas e nos arquivamentos que deveriam ter se tornado denúncia.

De acordo com o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, no dia seis de agosto de 2018, haviam 602.217 pessoas cadastradas no sistema como privadas de liberdade, sendo que desse total, 241.090 são presos sem condenação⁴.

Para corroborar o argumento da seletividade penal, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, atualizado em junho de 2016, ainda traz que os crimes de tráfico correspondem a vinte e oito por cento das incidências penais pelas quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento. Os crimes de roubo e furto somam trinta e sete por cento das incidências e os homicídios representam onze por cento. Ademais, o perfil da população prisional confirma essa seletividade, haja vista que sessenta e quatro por cento do total da população prisional é negra, sendo mais da metade sem ensino fundamental completo⁵.

4. A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06

O Direito Penal, dependendo do sistema político ao qual está inserido, pode ser concebido sob diferentes maneiras. A Constituição Federal de 1988 institui o Estado Democrático de Direito como sistema político, desta forma, é o consenso entre os sujeitos inseridos em sociedade que legitima a atuação punitiva estatal. Interpretando essa disposição a partir da ideia de contrato social, tem-se que:

Cada indivíduo disporia ao depósito público a mínima porção possível de sua liberdade, suficiente apenas para induzir outros a defendê-lo. O agregado dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir. Tudo o que vai além disso é abuso, não justiça. (BECCARIA, 2012, p. 14).

⁴ Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018

⁵ Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2016; PNAD, 2015.

Desta forma, caberia ao legislador, mormente em um Estado de Direito Democrático e Social, tipificar penalmente apenas aquelas condutas graves que lesionem ou coloquem em real perigo de lesão os bens jurídicos.

Por bem jurídico, nas lições de Cezar Bitencourt (2015, p. 44), entende-se, de acordo com a teoria desenvolvida por Hassemer, ser aquele concebido como um interesse humano concreto, isto é, como bens do homem, imprescindíveis para a sua sobrevivência em sociedade. Quanto a sua função, uma delas seria estabelecer garantias e limites para o exercício do Direito de Punir do Estado.

Somente bens de extrema valia para a coexistência do indivíduo é que poderão ser objeto de lei penal. **Isto porque, sendo o direito penal o instrumento mais poderoso de que se vale o Estado no combate à violência, e porque sua utilização encerra, inexoravelmente, também uma violência, é de forma muito comedida que ele deve ser chamado a atuar.** (BIANCHINI, 2002, p. 30. Grifo nosso).

Esses breves apontamentos são relevantes quando se analisa a conduta criminalizada no artigo 28 da Lei 11.343/06. Por ocasião do advento dessa lei, houve quem sustentasse a ocorrência da descriminalização da conduta de porte de drogas para uso pessoal, haja vista o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Lei 3.914/41) considerar como crime a “infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa” (BRASIL, 1941).

Esse conceito de que crime seriam apenas aquelas condutas típicas à que se comina pena privativa de liberdade – reclusão ou detenção - vigorava na Constituição Federal de 1937. A Constituição de 1988 redefine o conceito de delito em seu artigo 5º, XLVI, ampliando as hipóteses sancionatórias, passando a dispor como pena: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

Sendo assim, levando em conta o princípio da Supremacia da Constituição, a Lei de Introdução ao Código Penal - lei ordinária - não poderia prevalecer em oposição ao disposto na Carta Constitucional, tendo, portanto, a doutrina e jurisprudência, superado esse impasse, entendendo que a conduta do artigo 28 da Lei 11.343/06 segue sendo penalmente típica, muito embora não mais sancionada com pena privativa de liberdade.

Realmente, a Lei 11.343/06 não descriminalizou nem despenalizou a conduta de trazer consigo ou de adquirir droga para consumo pessoal, tipificando-a expressamente como crime em seu artigo 28, todavia, o legislador apenas deixou de cominar ao crime a sanção de restrição de liberdade, ainda que em caráter subsidiário, para prever exclusivamente as penas

de (a) advertência sobre os efeitos das drogas, (b) prestação de serviços à comunidade e (c) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

4.1 Dos princípios e direitos violados pelo artigo 28 da Lei 11.343/06

Em um Estado que se pretenda democrático, deve ter como norte de atuação a garantia da dignidade da pessoa humana - fundamento da República, previsto no artigo 1º, III, da Constituição. É da dignidade da pessoa humana que derivam uma série de direitos pertencentes ao indivíduo, de forma que, desrespeitados esses direitos, afronta-se a sua própria dignidade. Passa a se a expor adiante como a criminalização do uso de drogas no Brasil tem violado determinadas garantias individuais e princípios intrínsecos ao Direito Penal o que, por conseguinte, viola o respeito ao ser humano, materializado no respeito a sua dignidade.

4.1.1 Do princípio da intervenção mínima

Analisando o contexto histórico e social da Lei 11.343/06, parece possível concluir que o Congresso Nacional, a despeito de se alinhar rumo à descriminalização do “uso de drogas”, optou por instituir um tipo penal manifestamente figurativo, apenas forjado para acalmar o clamor público com uma repressão penal puramente aparente, haja vista a repercussão negativa que a descriminalização total poderia desencadear nos setores mais conservadores da sociedade.

Dentre as penas cominadas pelo tipo em foco, a de advertência é a que se revela mais estranha aos fins do direito penal. Tal sanção não se sustenta como pena. Advertir o usuário quanto aos efeitos nocivos das drogas não pune nem recupera o agente, impondo ao magistrado responsável, de outro lado, uma atuação paternalista - que foge aos fins do direito penal de *ultima ratio* – tornando-se, na prática, inútil.

Impossível acreditar que um usuário ou dependente se veja impelido a abandonar o consumo de entorpecentes pelo simples fato de ser advertido por um juiz (ou por um promotor de justiça no caso de transação penal) a respeito dos males causados pelo consumo de drogas. Uma orientação adequada nesse sentido envolve um conhecimento que escapa aos domínios de um profissional do direito (magistrados e promotores de justiça). Ademais, cumpre ressaltar o fato de que o ambiente forense, com seus formalismos, acaba por distanciar o agente dessa advertência, comprometendo por completo sua eficácia.

Não incumbe ao direito penal, em respeito ao princípio da intervenção mínima, a educação e a conscientização da população e em especial dos usuários e dependentes sobre os

efeitos do consumo de drogas. Há instrumentos extrapenais mais céleres e eficazes para tal fim do que a instauração e instrução de um processo penal.

Ademais, não contente, o legislador determinou, conforme enunciado pelo artigo 28, §6º, da lei nº. 11.343/06, no caso de descumprimento da pena aplicada, que compete ao juiz admoestar verbalmente o apenado e, caso mantida a resistência, aplicar-lhe multa.

Quanto à admoestação verbal, é ilusório acreditar que a oposição injustificada ao cumprimento de uma pena seja superada pelo simples fato de o juiz chamar a atenção do apenado, repreendendo-o verbalmente à semelhança de um pai para com o filho desobediente. A medida, por outro lado, só vem a contribuir para o descrédito do judiciário, haja vista que não cabe ao Estado suplicar o cumprimento da pena imposta.

No caso de aplicação de multa ao agente persistente no descumprimento da pena que lhe fora imposta, não há dúvida de que a sanção pecuniária representará, na maioria dos casos, medida inócua, haja vista que os acusados, em sua maioria, são jovens pobres incapazes de arcar com esse ônus. Ao juiz, não restará alternativa senão se conformar com o descumprimento da pena aplicada e aguardar a prescrição da pretensão executória, restando todo tempo e recursos públicos despendidos com a instrução criminal em vão.

Conclui-se que referido tipo penal presta verdadeiro desserviço à segurança jurídica, carecendo de qualquer fundamento constitucional válido. O que se percebe é verdadeira administrativização do direito penal.

Sendo a questão do uso de entorpecentes tomada pelo legislador como essencialmente afeta à saúde pública, resta claro que as sanções cominadas pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 poderiam ser aplicadas, com muito mais efetividade e eficiência, pelos órgãos administrativos responsáveis pelo provimento da saúde pública, os quais estão de posse do conhecimento técnico que lhes é peculiar, em melhores condições de identificar a medida mais adequada a cada caso e mesmo de orientarem os usuários e adictos quanto aos efeitos nocivos das drogas.

Nessa linha, conclui-se que a invocação do direito penal para a implementação das sanções abstratamente cominadas no artigo 28 da Lei nº. 11.343/06 contrapõe-se à natureza subsidiária do direito penal, haja vista existirem outros meios menos onerosos para o indivíduo e mais eficazes na proteção da saúde pública.

4.1.2 Da intimidade e a vida privada

Sabe-se que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, garante como direito fundamental a intimidade e a vida privada. Esses direitos são instrumentalizados na seara penal quando da observância do princípio da secularização. Esse princípio se resume na

devida separação entre direito e moral, que, por sua vez, veta “a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos” (FERRAJOLI, 2002, p. 372).

Indo de encontro ao que preleciona esse princípio, o que se verifica é que o processo de criminalização do uso de drogas é um produto eminentemente moralizador, haja vista que a norma intervém nas opções pessoais do agente, impondo padrões de comportamento que reforçam concepções morais, violando o direito à autonomia do cidadão.

Na verdade, em respeito à intimidade do agente, o que se deveria proibir no direito penal, em observância ao princípio da ofensividade, seriam as condutas que coloquem em risco bem jurídicos de terceiros, e não a autolesão, de forma que as decisões sobre a saúde pessoal são exclusivas do indivíduo, não cabendo ao sistema jurídico, muito menos ao direito penal, coagi-lo a ter um comportamento diferente.

4.1.3 Do princípio da ofensividade

Outra violação acarretada pela proibição do artigo 28 da Lei de Tóxicos diz respeito ao princípio da ofensividade, recepcionado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Referido princípio preleciona que a repressão penal somente se justificaria quando houvesse, ao menos, um perigo concreto de dano ao bem jurídico penalmente tutelado.

Dessa forma, os chamados crimes de perigo abstrato, amplamente utilizados na sociedade atual denominada “de risco”, são de questionável constitucionalidade e demonstram uma antecipação da tutela penal, haja vista que a lesão ao bem jurídico nesses tipos de conduta não chega a acontecer, tampouco o perigo de lesão, sendo este apenas presumido por lei com base na periculosidade do comportamento.

Nos delitos constantes da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), as criminalizações são vinculadas a um suposto bem jurídico, a saúde pública. Trata-se, porém, de um falso bem jurídico-penal. O recurso a bens jurídicos aparentes, de natureza coletiva, encobre uma antecipação indevida da atuação do Direito Penal e uma inadmissível ingerência na autonomia individual. A ausência de um autêntico bem jurídico não é, contudo, sintoma da deficiência desse referencial material, mas manifestação de uma intervenção penal ilegítima, arbitrária e desproporcional. (CARVALHO; ÁVILA, 2015, p. 152).

Sobre a intervenção penal, Paulo Souza de Queiroz, dispõe que:

somente deve ter lugar quando uma dada conduta represente uma invasão na liberdade ou direito ou interessem doutrem, é dizer, a incriminação somente se justifica, quer jurídica, quer politicamente, quando o indivíduo transcendendo a sua esfera de livre atuação, os lindes de sua própria

liberdade, vem de encontro à liberdade de seu co-associado” (QUEIROZ, 1998, p.110, APUD, BIANCHINI, 2002, p. 56).

Feitas essas breves considerações, percebe-se que artigo 28 da Lei 11.343/06 traz ao ordenamento jurídico um crime de perigo abstrato. Referida norma elenca a saúde pública como o bem jurídico protegido, todavia, há décadas vêm-se tentando demonstrar – sem êxito - como essa conduta individual poderia lesionar a saúde de toda uma sociedade. A saúde pública, mesmo sendo de interesse coletivo, deve exigir algum grau de lesividade individual para que possua relevância penal.

A falta de dados empíricos sobre a ofensividade da conduta acaba por demonstrar que, caso não se reconheça a inconstitucionalidade da norma, o princípio da insignificância deveria ser aplicado em cada caso concreto.

É evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansividade do perigo (...). nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansividade do perigo e a destinação individual são antagônicas (CARVALHO, 2016, p. 340).

Nessa suposta tentativa de proteção à saúde pública, temos uma política para reduzir o consumo de drogas com mais custos do que benefícios. O discurso punitivo realiza uma inversão ideológica, criando uma ideia de contraposição entre direitos fundamentais: tutelar a saúde pública sacrificando a saúde individual. Essa situação conflituosa encobre formas alternativas viáveis de tutela e de efetivação de direitos.

Alice Bianchini (2002, p. 63), reforçando esse entendimento de necessária valoração do interesse individual sobre o coletivo, apresenta duas concepções possíveis para o bem jurídico: a) considerá-lo do ponto de vista de sua importância para a sociedade ou; b) contemplá-lo em função da sua repercussão na seara individual. O primeiro enfoque seria de um estado social autoritário, no qual o indivíduo é subordinado ao todo social. O segundo, e recomendado, é adotado pelo estado democrático, que condiciona os interesses coletivos aos interesses individuais.

4.1.4 - Do princípio da proporcionalidade

Sobre esse princípio, leciona Cezar Bitencourt (2015, p. 67-68):

O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação e apreciação de necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação de “custo-benefício” para o cidadão e para a própria ordem jurídica. Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos; e, pela adequação, espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos.

O dependente de drogas ou mesmo o usuário não dependente, ambos estão em situação de fragilidade, e devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social. Ao se conferir tratamento criminal a esse tipo de conduta, caminha-se em sentido contrário aos próprios objetivos das políticas públicas, estigmatizando-se as vítimas e dificultando sua inserção social.

Ademais, o perigo de lesão à saúde pública, preconizado pelo artigo 28 da Lei 11.343/06, como já abordado anteriormente, é de duvidosa ocorrência. Somado a essa ausência de lesão, o fato de se criminalizar uma questão de saúde pública, qual seja, a toxicodependência, por si só, demonstra a falta de proporcionalidade entre a gravidade da conduta incriminada e a respectiva sanção atribuída.

4.1.5 – Do princípio do *ne bis in idem*

Outro princípio também violado pela Lei 11.343 é o *ne bis in idem*, haja vista a possibilidade de cumulação das penas previstas no artigo 28 da referida lei. Sabe-se que na legislação penal brasileira atual, permite-se apenas a hipótese de cumulação entre pena privativa de liberdade e multa. Por outro lado, o artigo 27 da Lei 11.343/06, ao permitir a aplicação cumulativa de pena e medida (educativa), revive o sistema duplo binário revogado pela reforma penal de 1984, em que o indivíduo suportava duas consequências gravosas pelo mesmo fato.

4.2 Da posição do Supremo Tribunal Federal

No ano de 2011, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs perante o Supremo Tribunal Federal Recurso Extraordinário (RE 635.659) contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que condenou o réu a prestação de serviços comunitários por portar três gramas de maconha para consumo pessoal.

No recurso, a Defensoria requer a absolvição do sentenciado, fundamentando o pedido na inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06. Afirma que o referido dispositivo viola o artigo 5º, X, da Constituição Federal no que diz respeito ao direito fundamental a

intimidade e vida privada, bem como que o bem jurídico atingido pela conduta do agente não transpassa a sua própria esfera de liberdade, não acarretando lesão a terceiros.

Em resposta ao recurso, o Ministério Público destaca que o bem jurídico tutelado pelo dispositivo em análise seria a saúde pública, uma vez que a conduta daquele que traz consigo droga para uso próprio contribuiria para a propagação do vício no meio social.

Diante do caso, a Corte Suprema esta prestes a julgar, por via de controle de constitucionalidade incidental, a constitucionalidade da criminalização da posse de drogas para consumo próprio - artigo 28 da Lei 11.343/06-, tendo sido reconhecida a Repercussão Geral do pleito.

O julgamento foi interrompido no ano de 2015 por um pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, tendo o Ministro Alexandre de Moraes herdado seu lugar na Corte em razão do falecimento daquele, todavia, o julgamento ainda não foi retomado.

Até o momento da interrupção, os Ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin já haviam votado. A retomada do debate havia sido marcada para o dia cinco de junho do presente ano, entretanto, o presidente da Corte, o Ministro Dias Toffoli, vem adiando o julgamento.

A protelação se deve, muito provavelmente, às grandes chances de o Supremo decidir pela descriminalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06 quanto à maconha, decisão esta que iria de encontro aos interesses conservadores do atual governo⁶.

Quanto aos votos já proferidos, observa-se uma concordância entre os Ministros quanto à descriminalização do uso da maconha, todavia, em relação às demais drogas, apenas o ministro Gilmar Mendes, relator do recurso, é favorável a descriminalização.

Outro ponto de consenso é a respeito da carência de critérios objetivos de natureza quantitativa e qualitativa para guiar a atuação dos operadores do direito quanto à diferenciação entre o usuário e o traficante. Essa distinção, por consequência, fica a mercê da discricionariedade das agências penais, restando necessário, portanto, que sejam estabelecidos esses critérios de diferenciação.

⁶ Correlata às inovações ao tema, a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa aprovou, em setembro do presente ano, a sugestão legislativa (SUG 6/2016) que estabelece regras para fiscalização e tributação da maconha medicinal. Com a decisão, a matéria sugerida pela Rede Brasileira de Redução de Danos e Direitos Humanos passa a tramitar como projeto de lei – Fonte: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/26/cdh-aprova-sugestao-legislativa-para-uso-medicinal-da-maconha>.

Os ministros destacam, ainda, a importância em se reduzir os danos causados pela atual política de drogas que, há décadas, traz mais prejuízos à sociedade do que os próprios entorpecentes, circunstância essa que deslegitima a atuação penal do Estado.

Finalmente, ambos os votos concluíram que a criminalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/2006 viola os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ofensividade, bem como aos direitos fundamentais à autonomia da vida privada, da intimidade e da privacidade, todos previstos expressamente na Constituição Federal e já esclarecidos em tópicos anteriores.

5. O REFLEXO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEI DE TÓXICOS

O Direito Penal da contemporaneidade vive uma crise de legitimidade sem precedentes. A sensação de insegurança constante que se instaurou na sociedade globalizada faz com que o público consumidor do direito penal anseie cada vez mais por respostas, que na maioria das vezes são dadas por parte do poder legislativo na criminalização de condutas e do recrudesimento das penas. O expansionismo penal, portanto, é decorrência dessa sensação de emergência e de imediatismo.

Na tensão entre a crise de segurança individual, vivenciada pela sociedade, que se vê cada vez mais como vítima em potencial, e a falência da segurança pública, apresentada pela incapacidade de os órgãos de Estado administrarem em minimamente os riscos, tentações autoritárias brotam com a aparência de instrumentos eficazes ao restabelecimento da lei e da ordem. No cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparenta ser preço razoável a ser pago pela retomada da segurança. (CARVALHO, 2016, p. 118).

É nesse cenário, portanto, que surge um Direito Penal de Emergência, ou em outras palavras, um Direito Penal do Terror. O sistema penal passa a ser instrumento da segurança pública e não um limite ao poder punitivo.

O Estado, sob a justificativa de proteção da segurança nacional, faz a sociedade crer na oposição entre segurança e a manutenção das garantias penais e processuais penais constitucionalmente previstas. Todavia, essa é a maior mentira já servida ao público, haja vista que em um Estado Democrático de Direito, não existe dicotomia entre a manutenção dessas garantias individuais e um sistema de controle de ilícitos penais.

Nesse sentido, o sistema penal, na tentativa de legitimar sua atividade violenta, passa a ter uma função declarada diversa de sua função real, sendo esta última constantemente mascarada. A função declarada é a de que o direito penal respeita atua em conformidade com as garantias constitucionais na tutela dos principais interesses da sociedade. Todavia, a

realidade é que se instaurou uma situação de Estado de emergência permanente, e o sistema penal vem se valendo dessa situação para legitimar uma política criminal de guerra, que constantemente desestabiliza preceitos constitucionais.

Um dos instrumentos utilizados para embasar e legitimar os discursos repressivos autoritários emanados pelo sistema penal é a teoria do Direito Penal do Inimigo. É esse “direito” que tem “justificado” o Estado de Terror instaurado.

5.1 Diretrizes teóricas do Direito Penal do Inimigo

A teoria do Direito Penal do Inimigo foi formulada por Günther Jakobs, um penalista germânico que mudou a concepção do Direito Penal, propondo sua divisão em dois sistemas distintos, de forma a compreender duas categorias de seres humanos: os cidadãos e os inimigos.

Para Jakobs, cidadão seria aquele sujeito que mesmo exteriorizando um comportamento lesivo, os crimes por ele praticados seriam delitos ordinários, incapazes de subverter a estrutura jurídica do Estado. Desta forma, mesmo tendo uma conduta desviante, o cidadão ainda ofereceria garantia cognitiva mínima de comportamento, no sentido de respeito à norma jurídica. Portanto, aquele com status de cidadão praticaria crimes de forma acidental ou esporádica, sendo-lhe imputada uma pena para restabelecer a confiança social na estabilidade da norma jurídica. A norma jurídica, portanto, é o maior bem jurídico do sistema.

Por outro lado, aqueles sujeitos que não possuem o mínimo de garantia cognitiva de condutas pessoais estabilizadoras da vigência da norma, não são tratados como cidadão, devendo ser neutralizados. Realiza-se, portanto, para Jakobs, a despersonalização do desviante, momento em que ele perde sua personalidade política – seu status de cidadão – e, conseqüentemente, não lhe sendo devido as garantias inerentes ao Estado de Direito.

Conforme já afirmado, o direito penal do inimigo consiste numa estratégia de contenção formulada por Jakobs, que tem como objetivo, por meio do reconhecimento formal desse “ramo” do direito penal, restringir sua aplicação apenas aos indivíduos considerados perigosos, impedindo assim sua indevida propagação para o restante do direito penal. No entanto, embora sua proposta tenha como escopo proteger os princípios e garantias do direito penal liberal da intromissão de características do direito penal do inimigo, o professor alemão se equivocou, de acordo com Zaffaroni (2007, p. 159), ao não levar em consideração o fato, já assinalado anteriormente por Carl Schmitt, de que não há espaço jurídico para o inimigo no marco do Estado de Direito, mas apenas num Estado absoluto. (BORGES e OLIVEIRA, 2013, p.237).

O penalista chega a essa conclusão haja vista coadunar com a visão funcionalista do sistema penal. Para ele, a norma jurídica é o bem mais valioso do ordenamento, e é ela quem confere o status de cidadão ao sujeito. Aquele que não respeita a norma, não faz jus ao status de cidadão que ela confere: “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa” (JAKOBS, 2012, p. 27). Sendo assim a intervenção punitiva que lhe resta é o direito penal do inimigo e não o do cidadão.

O inimigo, destinatário desse direito penal sem garantias, seria essa não pessoa, que não oferece nenhuma garantia cognitiva quanto aos seus comportamentos em respeito à lei. Suas características seriam a reiteração delitiva, habitualidade e profissionalização no cometimento de crimes, não precisando estar necessariamente inserido em uma organização criminosa.

Por fim, as principais características inerentes ao Direito Penal do Inimigo seriam:

[...] em primeiro lugar, constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas [...]. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas (JAKOBS, 2012, f. 64).

Feitas essas considerações, ao analisar a Lei 11.343/06, o que se percebe, como já dito anteriormente, é que o traficante em nosso ordenamento foi elencado ao status de inimigo, sendo a ele destinado um direito penal não democrático, característico de um Estado de Exceção, haja vista a supressão de garantias constitucionais durante a instauração e conclusão do processo penal.

5.2 A supressão de garantias penais na Lei 11.343/06

O ordenamento jurídico brasileiro, como analisado no tópico anterior, tem se alinhado no sentido de conferir à figura do traficante a imagem de inimigo interno do Estado. Por essa razão, a legislação penal destinada à esses desviantes suprime cada vez mais seus direitos e garantias constitucionalmente tutelados, haja vista que, sendo considerados como não cidadãos, não fazem jus à esses “benefícios”.

À serviço desse discurso belicista, os meios de comunicação, a todo o momento, disparam argumentos alarmistas contra o público, a fim de legitimar a atuação repressiva autoritária do sistema penal. Em contrapartida, a opinião pública, sentindo-se insegura, pressiona uma resposta estatal, gerando uma histeria punitiva.

Essa resposta por parte do Estado vem na forma da criminalização de mais condutas e no recrudescimento das penas, ocasionando um círculo vicioso de maximização e ineficácia do sistema penal.

Todavia, a solução simplista é logo desmascarada, pois a ineficácia das novas regras demonstra-se na incapacidade de redução dos índices de criminalidade. Com isso, o sistema legal deslegitima-se perante o seio coletivo. Num círculo vicioso, aumenta-se mais ainda a sensação social de insegurança. (SOUZA, 2007, p. 154).

É fato que o Direito Penal possui um caráter simbólico, representado pela intimidação que a ameaça de uma futura sanção penal causa naqueles que apresentem intenções desviantes. Todavia, o abuso desse caráter simbólico, ocasionado pela hipertrofia do direito penal, acaba por deslegitimar todo o sistema, em razão de que, por se tornar uma figura meramente alegórica, perde a capacidade de efetivo controle social.

[...] o objeto de consumo ofertado pelo legislador são incriminações severas, alimentando em seu público, através de forte apelo aos meios de comunicação, a sensação de que se está efetivamente buscando soluções ao problema da violência e da criminalidade. (CARVALHO, 2016, p. 183).

Dita essas coisas, quando se analisa a política criminal de drogas, é notável que ela ofende mais a saúde pública – suposto bem jurídico tutelado - e mata mais do que as próprias drogas. Nas palavras de Ferrajoli, “uma política penal de tutela de bens tem justificação e credibilidade somente quando é subsidiária de uma política extrapenal de proteção dos mesmos bens.” (2002, p.379), o que, infelizmente, não é o caso do Brasil. Pelo contrário, o sistema jurídico tem focado unicamente no direito penal autoritário como resposta aos sujeitos desviantes considerados inimigos.

Ademais, com a descodificação do direito penal, o sistema passou a ter legislações autônomas utilizadas como instrumento de governo e não como tutela de bens e, como decorrência desse fenômeno, “forma-se microssistemas jurídicos nos quais os rígidos princípios da lei codificada são flexibilizados, quando não absolutamente ignorados, acentuando rupturas com a base garantista do direito penal.” (CARVALHO, 2016, p. 256).

Passa a seguir, sem querer esgotar o tema, a uma análise dessas rupturas de garantias. Primeiramente, vale frisar que o rompimento que as leis de emergência operam na principiologia constitucional do direito penal, podem ser identificados na utilização de normas penais em branco, termos imprecisos e genéricos, proliferação de verbos nucleares do tipo e incriminação de condutas autolesivas, meramente preparatórias, com a cominação de sanções

desproporcionais, entre outras características típicas de um direito penal do inimigo que se passa a expor.

5.2.1 Antecipação da tutela penal

O fenômeno de criminalização de condutas que não chegam a lesionar o bem jurídico, tampouco expô-lo a perigo concreto de dano, é denominado de antecipação da tutela penal, a qual vai de encontro com o princípio da ofensividade, constitucionalmente recepcionado no artigo 5º, XXXV.

Uma forma de instrumentalização dessa antecipação de tutela é na tipificação dos crimes de perigo abstrato como a saúde pública, supostamente tutelada na Lei de Drogas. Por esse tema já ter sido abordado no tópico 4.1.3 do presente artigo, não será aqui mencionado novamente.

Mas vale a pena destacar que a Lei 11.343/06 também antecipa a tutela ao punir atos meramente preparatórios.

Em modelos de direito penal do fato, regrados processualmente pela presunção constitucional de inocência e pelo devido processo legal, descarta-se a criminalização dos atos de preparação por não representarem perigo concreto ao bem jurídico e estarem distantes do início da realização do verbo do tipo. (CARVALHO, 2016, p. 301).

Os atos preparatórios são aqueles realizados antes do delito ser executado. É fase do inter criminis entre a cogitação e a execução e, portanto, não são puníveis. Todavia, o artigo 33, §1º e o artigo 34 da Lei 11.343/06 incrimina:

Art. 33 § 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas,

sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (BRASIL, 2006).

Percebe-se nesses artigos que a conduta do tráfico de drogas não chega a ser executada, todavia, a lei se antecipa a esse fato, punindo o mero indício de que pudesse vir a ocorrer.

5.2.2 A desproporcionalidade das penas

Nesse tópico, apenas se faz uma ressalva acerca da punibilidade indiscriminada do artigo 33 da Lei 11.343/06. Dentre as penas privativas de liberdade constantes do ordenamento penal, o artigo 33 do referido diploma possui uma das mais exuberantes, haja vista que a margem de reclusão varia de cinco a quinze anos.

A situação se agrava quando se dá conta de que cada verbo do tipo do artigo 33 apresenta um grau distinto de lesão ao suposto bem jurídico saúde pública, todavia, a pena cominada é a mesma.

A título de exemplo, a conduta de importar droga é de certa forma mais gravosa do que a de quem fornece droga gratuitamente, todavia, a pena imposta é idêntica.

Além disso, a série de condutas descritas nos tipos penais que reprimem a comercialização ou uso de substâncias entorpecentes, recorrendo-se a uma infinidade de verbos que dão a ideia geral de comercialização ou consumo com o intuito de gerar na população a sensação e proteção por estarem todas as atividades assemelhadas àquelas abarcadas pelo tipo, longe de garantir a fiel observância e a eficaz aplicação da norma, levam a criação de um tipo de perigo abstrato de difícil intelecção e diferenciação das condutas (SOUZA, 2007, p. 145).

Ademais, a todas as condutas inseridas no artigo 33, sem distinção, é conferido, pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XLIII, tratamento equiparado a crime hediondo.

A quantidade assustadora de hipóteses previstas como delito no art 33 da Lei de Drogas demonstra a necessidade de se restringir a incidência da valoração como crime hediondo, pois nem todas as ações descritas nos referidos artigos podem ser subsumidas à categoria tráfico de entorpecentes. A chave interpretativa que melhor possibilita a constrição do horizonte de punitividade é aquela que qualifica como tráfico apenas os comportamentos cuja natureza identifica ato comercial, basicamente os de importação, exportação, venda e exposição à venda de substâncias entorpecentes. Todos os demais, inclusive aqueles relacionados à produção, não se compatibilizam com a noção constitucional de tráfico de drogas, estando blindados pelo princípio da legalidade dos efeitos da Lei 8.072/90. (CARVALHO, 2016, p. 298).

Salo de Carvalho (2016) defende a posição de que a palavra tráfico de drogas se vincula a ideia de comércio fraudulento e, por essa razão, deveria se realizar um processo de fechamento do artigo 33 da lei 11.343/06, haja vista que não são todos os verbos que remetem a essa ideia de ato comercial.

5.2.3 Das leis penais em branco

As leis penais em branco são aqueles dispositivos normativos redigidos pelo legislador de forma vaga e genérica e que por essa razão requerem um complemento advindo, muitas das vezes, por ato do Poder Executivo. Referido complemento não segue o rigoroso e burocrático procedimento de criação da lei penal – princípio da legalidade - todavia, detém dos mesmos efeitos incriminadores.

A abertura da norma, ademais, possibilita maior flexibilidade no momento de atuação do operador do direito, dando espaço para arbitrariedades. Exemplo disso é a própria proliferação de verbos nucleares nos tipos penais da Lei 11.343/06, circunstância esta que oferece largo espaço para imputação das normas a condutas totalmente diversas.

Outro exemplo dessa abertura normativa é a menção ao termo entorpecente na Lei 11.343/06. Referido diploma legal gira em torno da proibição das drogas, todavia não especifica quais são essas substâncias consideradas entorpecentes e, portanto, proibidas, deixando a cargo do Poder Executivo da União elaborar listas atualizadas periodicamente do que se tratariam essas substâncias.

O artigo 34 da mesma Lei também traz uma norma aberta ao proibir “objetos destinados à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas”. Embora existam instrumentos idôneos a esse fim, esses aparelhos não se destinam exclusivamente à essa finalidade, de modo que a lei não pode apenas presumir que sejam destinados à esse designo.

Todos esses dispositivos geram, portanto, um expansionismo do direito penal, de forma que propiciam que uma única norma penal, em razão de sua generalidade, possa abarcar condutas totalmente distintas. O sistema penal, desta forma, transforma-se em uma agência reguladora, a fim de gerenciar os riscos ligados a sociedade, atividade esta que é típica do Direito Administrativo. Esse fenômeno em que o direito penal se converte num sistema de gestão primária dos problemas sociais é denominado de administrativização do direito penal.

5.2.4 Da liberdade provisória e da pena restritiva de direitos

A Constituição Federal, ao equipar o crime de tráfico de drogas aos crimes hediondos, restringiu certas garantias a esse crime em seu artigo 5º, XLII como a fiança, anistia e graça, não tendo abordado nada a respeito da liberdade provisória ou aplicação de pena restritiva de direitos.

Por outro lado, a Lei 11.343/06, em seu artigo 44, ampliou a restrição trazida pela norma constitucional, proibindo a concessão de liberdade provisória e a conversão da pena em restritivas de direitos para os crimes dos artigos 33, caput e § 1º, e 34 a 37 da Lei.

Embora lei ordinária não possa ir além da restrição constitucional, o entendimento perdurou por muito tempo nos Tribunais em razão da forte perseguição ao inimigo interno, o traficante.⁷

6. CONCLUSÃO

Ao logo de todo esse trabalho, restou claro a diferença de tratamento dispensada pelas agências penais ao crime de tráfico de drogas se comparado com os demais delitos do ordenamento penal. Isso se dá em razão de ter sido o traficante elencado ao status de inimigo do Estado, o que ocasionou um recrudescimento constante das legislações que tratam do tema.

A lógica beligerante da política criminal de drogas, amparada pelos discursos alarmistas proferidos pelos meios de comunicação em massa, difunde no ideário popular a ideia de que apenas o direito penal seria capaz de lidar com o aumento da criminalidade, o que, conseqüentemente, gera a inflação deste que deveria ser a ultima ratio do ordenamento.

Como decorrência dessas propostas de recrudescimento penal, o penalista gemânico Jakobs desenvolve a teoria do Direito Penal do Inimigo, segundo a qual a função do Direito Penal é proteger a estabilidade das normas jurídicas para que o sistema permaneça estável – visão funcionalista sistêmica. O crime seria então uma negação a vigência da norma e, para restabelecer a confiança social nela, seria necessária a aplicação da pena.

Todavia, para o autor, aqueles que violassem as normas jurídicas com habitualidade, não poderiam oferecer nenhuma garantia de que respeitariam o sistema jurídico e, por isso, deveriam ser neutralizados.

⁷ No ano de 2010 e 2012, o STF declarou, respectivamente, a inconstitucionalidade da vedação ao impedimento da pena alternativa e da liberdade provisória.

Para tanto, Jakobs admite a imposição de um direito penal sem garantias, que hoje, se tem instrumentalizado na Lei 11.343/06, diploma que regulamenta a política de drogas no Brasil.

Referida legislação prevê duas respostas penais dicotômicas ao usuário e ao traficante de drogas mas não estabelece critérios objetivos de diferenciação entre esses dois tipos de autores, nem modalidades intermediárias de punição para este tipo penal, de forma que essa abertura normativa proporciona a intensificação da seletividade penal.

Ademais, a Lei ainda se vale de técnicas legislativas para suprimir diversas garantias constitucionais, valendo-se de aberturas normativas, medidas de antecipação da tutela penal, aumento na criminalização de condutas, recrudescimento das penas, punição de atos preparatórios, criação de bens jurídicos abstratos, dentre outras disposições contrárias ao Estado Democrático de Direito protegido constitucionalmente.

Após toda a análise da presente pesquisa, conclui-se que a política de guerra às drogas é uma opção falha, que trouxe como único resultado a produção de mais danos do que aqueles causados pela própria da droga.

REFERÊNCIAS:

BECCARIA, Cessare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2ª ed. São Paulo: Hunter Books, 2012.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos Materiais Mínimos Da Tutela Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Fernandes de. **Direito Penal Do Inimigo E A Guerra Contra O Tráfico De Drogas No Brasil**. Revista da Faculdade de Direito Ufpr, [s.l.], v. 57, p.221-243, 3 dez. 2013. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v57i0.34565>> Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto Lei no 3.914, de 9 de Dezembro de 1941.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. **Lei no 5.726, de 29 de Outubro de 1971.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htmimpressao.htm>. Acesso em: 13 nov. 2019.

BRASIL. **Lei no 11.343, de 23 de Agosto de 2006.** Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **FALSOS BENS JURÍDICOS E POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS: UMA APROXIMAÇÃO CRÍTICA.** III Encontro de Internacionalização do Conpedi – Madrid, Florianópolis, v. 10, n. 1, p.132-155, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/07/doctrina43786.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões.** Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/09/abc7c9d895ba4e6cd3e0518e6f840164.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal.** 3º Ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 6ª ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2011.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. Organização e Tradução André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6ª Edição. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2012.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: Atualização – Junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.