



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ROSA KHRISTINE DE OLIVEIRA LIMA

**A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA
ACUSAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES DECORRENTE
DA INDETERMINAÇÃO DA LEI 11.343/06**

UBERLÂNDIA, MARÇO DE 2017.

ROSA KHRISTINE DE OLIVEIRA LIMA

**A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA
ACUSAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES DECORRENTE
DA INDETERMINAÇÃO DA LEI 11.343/06**

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha - FADIR/UFU

Prof. Dra. Simone Silva Prudêncio – FADIR/UFU

UBERLÂNDIA, MARÇO DE 2017.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a violação do princípio da presunção de inocência, consagrado no art. XI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, nos casos dos acusados pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes previsto nos artigos 33 e 34 da Lei 11.343/06. Associa-se tal tratamento dispensado aos acusados à teoria do Direito Penal do Inimigo desenvolvida por Gunther Jakobs. O tratamento desumano àqueles aos quais é imputado o delito de tráfico acarreta a expansão do direito penal e a preponderância do Direito Penal do Autor e do Direito Penal Simbólico, insuportáveis em um Estado Democrático de Direito.

Faz-se um breve estudo sobre a Lei de Drogas (Lei 11.343/06) a fim de verificar a presença de várias indeterminações que levam à ampla discricionariedade. A falta de critérios objetivos para a diferenciação de traficante e usuário é uma das lacunas que contribui para o arbítrio policial e judicial. Para corroborar tal afirmação usa-se dados estatísticos e trechos de depoimentos de operadores do Direito, sobretudo do Estado de São Paulo. Assim, usando o método indutivo, conclui-se que esse contexto provoca a inversão do ônus da prova, sendo que o acusado por tráfico deve provar que é apenas usuário.

Por fim, estuda-se o Princípio da Presunção de Inocência, seus aspectos históricos, seu significado, seu desrespeito e as consequências disso nos casos de tráfico ilícito de drogas. Atribui-se o atentado ao referido princípio, principalmente, ao anseio de punir do Estado levando a um modelo processual inquisitório moderno, inadmissível em tempos democráticos.

Palavras chave: Direito Penal do Inimigo; Direito Penal Simbólico, Direito Penal do Autor, Expansão do Direito Penal, Princípio da Presunção de Inocência.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to demonstrate the violation of the principle of presumption of innocence, enshrined in art. XI of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen and in art. 5, item LVII of the Federal Constitution, in the cases of

those accused of the crime of illicit traffic in drugs provided for in articles 33 and 34 of Law 11.343 / 06. Such treatment of the accused is associated with the theory of criminal law of the Enemy developed by Gunther Jakobs. The inhumane treatment of those charged with the crime of trafficking entails the expansion of criminal law and the preponderance of the Criminal Law of the Author and Symbolic Criminal Law, unbearable in a Democratic State of Law.

A brief study is made of the Drug Law (Law 11.343 / 06) in order to verify the presence of several indeterminations that lead to the broad discretion. The lack of objective criteria for the differentiation of trafficker and user is one of the gaps that contributes to police and judicial arbitrariness. In order to corroborate this statement, statistical data and excerpts from the statements of legal operators, especially from the State of São Paulo, are used. Thus, using the inductive method, it is concluded that this context causes the reversal of the burden of proof, and that the accused for trafficking must prove that he is only a user.

Finally, we study the Principle of Presumption of Innocence, its historical aspects, its meaning, its disrespect and the consequences of this in cases of illicit drug trafficking. It is attributed the attack to the said principle, mainly, to the yearning to punish the State leading to a modern inquisitorial procedural model, inadmissible in democratic times.

Keywords: Criminal Law of the Enemy; Symbolic Criminal Law, Criminal Law of the Author, Expansion of Criminal Law, Principle of Presumption of Innocence.

Sumário

INTRODUÇÃO	6
DIREITO PENAL DO INIMIGO	8
1.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL DO AUTOR	13
1.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL.....	16
LEI DE DROGAS	26
2.1 ESTUDO DOS CRIMES PREVISTOS NA LEI DE DROGAS	30
2.2 CRIME DE TRÁFICO.....	34
2.3 DIFERENCIAÇÃO DO DELITO DE USO E TRÁFICO	39
2.3.1 AUSÊNCIA DE PARÂMETROS PARA DIFERENCIAR USUÁRIO DE TRAFICANTE	40
PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	44
3.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS.....	44
3.2 MODELOS PROCESSUAIS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA	
COMO COROLÁRIO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.....	47
3.3 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA	
PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	57
4. CONCLUSÃO	61
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	65

INTRODUÇÃO

Apesar dos importantes avanços simbólicos da Lei 11.343/2006 em relação à da Lei nº 6.368/76, ainda é compatível com o movimento de *guerra às drogas* na América Latina em geral. Dentre as inovações destaca-se a distinção entre o “traficante profissional” e o “traficante ocasional”, conforme art. 33, § 4º; a diferenciação entre estes e o usuário e, sobretudo, o fim da pena privativa de liberdade na hipótese do porte de droga para uso próprio. O art. 33 da nova lei manteve as mesmas condutas descritas como típicas em sua antecessora, mas aumentou da pena mínima de três para cinco anos de reclusão, ainda que permitindo a redução da pena na forma do § 4º de tal dispositivo.

Todavia, a mitigação de garantias processuais e a cristalização da figura do *traficante* como inimigo público, ocasionam diversas violações de direitos humanos. De acordo com os dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em 2006, primeiro ano de vigência da Lei nº 11.343/06, havia 47.472 presos por tráfico de drogas no Brasil, valor que representa 14% dos presos por todos os crimes. Já em 2011, foram 125.744 presos por este delito, número 164% maior que em 2006 e que corresponde a 24% de todos os presos do sistema.¹

No que se refere a quantidade de drogas apreendidas por ocorrência, as pesquisas realizadas pela NEV-USP em São Paulo no ano de 2011 indicam pequenas quantidades de drogas. Em 62,1% das ocorrências foram apreendidos até 100 gramas de drogas. Outra pesquisa feita pelo ISDP em São Paulo no ano de 2012 revela que em 71,35% dos casos de tráfico de drogas não foi concedida liberdade provisória.

Além disso, dentre as justificativas mais frequentes para a manutenção da prisão provisória está a gravidade abstrata do delito. Argumenta-se que o tráfico “incentiva a criminalidade”, que “a sociedade fica desprovida de garantias para a sua tranquilidade” (NEV-USP, 2011) e que “há previsão de que ao final o acusado será condenado ao cumprimento de pena de em regime fechado.”

¹Instituto Sou da Paz (ISDP). Fascículo 3 - Drogas e Prisão Provisória, 2013, p.6. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/justi_a_rede_fasciculo3_drogas_11_11_13.pdf>. Acesso em: 10 de Nov. 2016.

As pesquisas corroboram o perfil mais comum capturado pelo sistema repressivo no combate ao tráfico de drogas: pequeno traficante, sem recursos para contratar defensores particulares que postulem a liberdade.

A indeterminação da lei faz com que os juízes demais operadores do Direito fiquem reféns das provas apresentadas pela polícia. Diante disso, o ônus da prova passa a ser do acusado, em total dissonância com o art. 156 do Código de Processo Penal.

Na Constituição Federal brasileira o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII. É uma garantia processual que oferece ao acusado o direito de não ser considerado culpado por um ato delituoso até a sentença penal condenatória transitada em julgado. Entretanto, como revelam as pesquisas, no âmbito da legislação antidrogas tal princípio é negligenciado devido à estigmatização traficante como inimigo da sociedade e, portanto, indigno de gozar das garantias fundamentais constitucionais.

Assim, em prol da defesa social, nota-se a tolerância às ilegalidades perpetradas contra direitos e garantias fundamentais. Vê-se um processo inquisitivo moderno travestido de acusatório; a substituição de um Direito Penal do Fato pelo Direito Penal do Autor, o uso simbólico do Direito Penal e a etiquetagem de categorias de criminosos conforme a teoria do Direito Penal do Inimigo.

DIREITO PENAL DO INIMIGO

Direito penal do inimigo é uma doutrina de exceção introduzida em 1985 por Günther Jakobs, jurista alemão, que se assenta na ideia que quando uma pessoa infringe uma norma, em lugar do cidadão nasce um inimigo que será regido pelo Direito Penal do Inimigo. Denomina-se Direito o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação.²

Do ponto de vista das Teorias Contratualistas do Estado todos os cidadãos estão ligados entre si através do Direito. Entretanto, essa vinculação só existe de fato se norma tiver força para configurar a realidade social. Se ela for violada há ruptura do contrato social e o “inimigo” não merece participar dos benefícios deste.

O autor leva ao entendimento de que o direito penal é um instrumento de preservação da identidade social, razão pela qual defende a inviolabilidade da norma, a fim de garantir simbolicamente a confiança dos cidadãos:

Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de uma pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se portando a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.³

Logo, o Direito Penal do Cidadão não se presta apenas a proteger os cidadãos, mas também ao poder e respeito ao próprio Estado, pois a prática de um delito é a negação de sua existência. É como se o delinquente regredisse ao estado de natureza e,

² JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 24.

³ Ibidem, p. 22.

sendo assim, não deve ser castigado como súdito, mas como inimigo. Nesse sentido assevera que:

Um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa.” Assim, por se encontrar em estado de natureza, já que feriu o contrato social agindo em liberdade ilimitada, assim também será tratado, ou seja, contra ele haverá luta exaustiva, sem as garantias que a cidadania oferece.⁴

Segundo Jakobs, sua doutrina encontra precedentes em Rousseau, para quem “qualquer „malfeitor” que ataque o „direito social” deixa de ser „membro” do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor⁵.

Hobbes, por sua vez, afirma que o cidadão não tem o poder de eliminar por si mesmo seu status, mas é considerado inimigo quando se tratar de alta traição. Nesse sentido, Hobbes (apud JAKOBS, 2007, p. 27) “Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão[4], o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos”.

Fichte afirma que quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a estar em um estado de ausência completa de direitos. Filósofo afirma também que é possível atenuar tal situação através de um contrato de penitência, entretanto, nos casos de homicídio intencional e premeditado deve ser mantida a privação de direitos.⁶

⁴ Ibidem, p. 36.

⁵ Ibidem, p.25.

⁶ Ibidem, p. 26.

A fim de evitar confusões, o autor esclarece que

A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e de estado de natureza acabada de citar, pela circunstância, de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança de fatos futuros, não há sansão de fatos cometidos.⁷

Para Jakobs, trata-se o inimigo como pessoa, pois, o delito só existe em uma comunidade ordenada formada por pessoas, ao aplicar-lhe uma sanção ele é reconhecido como tal. É o Estado que confere personalidade às pessoas, assim, se o criminoso viola normas ele está negando a existência do estado e por conseguinte, da personalidade. A pena revela que o criminoso vive em sociedade e deve se ajustar aos ditames do contrato social a que se obrigou outrora, isto é, não tem mais direito à tudo como quando vivia em estado de natureza.

Apesar de o autor não citar o filósofo alemão Hegel, nota-se que a finalidade do direito penal nasce a partir de sua teoria, segundo a qual “a ordem jurídica é a manifestação da vontade geral”. Ou seja, quando alguém comete um delito, ele nega a vontade geral. Diante disso, a pena é a negação da vontade do delinquente: o delinquente nega a vontade geral e a pena nega a vontade do delinquente. A pena, portanto, é a negação da negação do Direito.⁸

É de se ressaltar que Jakobs vê como inimigo aquele que defrauda a expectativa de um comportamento de forma duradoura, de modo decidido. Isto é, aquele que não proporciona a garantia cognitiva mínima para que os demais cidadãos esperem dele fidelidade à norma. Quando a expectativa de um comportamento é defraudada constantemente diminui-se a disposição de tratar o delinquente como pessoa, como

⁷ Ibidem, p. 35-36.

⁸ SALMEN, Amir Roberto. O direito penal do inimigo segundo Gunter Jakobs. Disponível em: <<http://www.dpi.policiacivil.pr.gov.br/arquivos/File/odireitopenaldoinimigo.pdf>>. Acesso em: 10 de Nov. 2016.

ocorre nos casos dos crimes contra a administração pública, terrorismo, tráfico ilícito de entorpecentes, dentre outros crimes organizados. Pois,

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve trata-lo como pessoa, pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.⁹

Portanto, a teoria de Jakobs também sofre influência do sociólogo alemão Niklas Luhmann, autor da *Teoria dos Sistemas*, pela qual o direito é um sistema que tem a função de manter estáveis as expectativas, ainda que estas sejam frustradas no plano fático. As expectativas são as normas jurídicas, que, assim, permanecem estáveis independentemente de uma eventual violação.

Entretanto, a existência de normas que garantam direitos aos cidadãos não é suficiente para que estes se sintam seguros já que

(...) quando é séria a possibilidade de ser lesionado, de ser vítima de um roubo ou talvez de um homicídio, em um determinado parque, a certeza de estar, em todo caso, em meu direito, não me fará entrar nesse parque sem necessidade. Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente susceptível de ser vivida.¹⁰

Por isso revela-se necessária a aplicação da pena. O que para Hegel é a negação da negação do Direito, Luhmann denomina de expectativa contrafática. Embora Jakobs assevere que “não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo”¹¹ nota-se que a pena tem uma função mista:

⁹JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. 2ª ed. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 42.

¹⁰*Ibidem*, p. 33.

¹¹*Ibidem*, p. 35.

estabilizadora da vigência da norma, mantenedora do contrato social e também de neutralização de delinquentes.

1.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO E DIREITO PENAL DO AUTOR

O Estado Democrático de Direito tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, incisos II e III da Constituição Federal), assim, como desdobramento do princípio da igualdade (art. 5º, caput da Constituição Federal), vigora o Direito Penal do Fato e não o Direito Penal do Autor.

Conforme o Código de Processo Penal, tanto para a instauração de um inquérito quanto para o início de uma ação criminal pública ou privada é imprescindível a narração do fato com todas as suas circunstâncias (art. 50, 41 e 44 do CPP).

Além disso, se o juiz, quando da sentença, verificar que a tipificação não corresponde aos fatos narrados na petição inicial, poderá de ofício apontar sua correta definição jurídica, ainda que, em consequência disso, tenha de aplicar pena mais grave (art. 383 do CPP). É o que a doutrina denomina de *emendatio libelli*.

Pode ocorrer também a *mutatio libelli*, quando o juiz concluir que o fato narrado na inicial não corresponde aos fatos provados na instrução processual; nesse caso, deve o juiz remeter o processo ao Ministério Público que deverá aditar a peça inaugural (art. 384 do CPP).

Logo, o Acusado se defende do fato que lhe é imputado na denúncia ou na queixa e não da classificação ou da definição jurídica desse fato.

Por outro lado, no Direito Penal do Autor, o que verdadeiramente configura o delito é o comportamento social do agente que represente uma ameaça aos padrões morais aceitáveis pela maioria dos cidadãos. Assim, o ato, que em si mesmo não expressa muito valor, mas sim a atitude interna jurídica corrompida do agente. Vê-se, portanto, que o princípio da culpabilidade é violado, pois, sabendo que a responsabilidade subjetiva está erradicada do direito penal, para que a ocorrência de um crime, é imprescindível que a conduta seja analisada em três aspectos, quais sejam, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (esta como elemento do conceito de crime).

O dolo e a culpa, por sua própria natureza, só poderão ser averiguados em um Direito Penal do fato, pois, por serem estados anímicos, são impossíveis se serem perquiridos, portanto, a não ser quando tomados em relação ao fato.

Na doutrina do Direito Penal do Autor, o delito em si tem um significado sintomático: “O ato é apenas uma lente que permite ver alguma coisa daquilo onde verdadeiramente estaria o desvalor e que se encontra em uma característica do autor”.¹² Por ser um ser inferiorizado e perigoso, como nas hipóteses do *sujeito nocivo para o povo* e do *delinquente habitual*, o autor deve ser punido ou neutralizado, porque representa um perigo à sociedade. Neste sentido, o Direito Penal de autor foi alcunhado de *Direito Penal de ânimo*, sendo a defesa social, em suma, o que nele justifica a pena. Com o Direito Penal de autor surge o denominado *tipo de autor*, pelo qual o *criminalizado* é a personalidade, e não a conduta.

Durante o acompanhamento processual realizado pela pesquisa do Núcleo de Estudos sobre Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) em 2011 foram identificados os argumentos utilizados pelos juízes em suas decisões sobre o pedido de liberdade provisória em casos de acusados de tráfico de entorpecentes. Dentre as justificativas as mais frequentes foram: gravidade do delito, garantia da ordem pública e garantia da aplicação da lei penal.¹³

Os magistrados, em algumas decisões, esboçam opiniões sobre o crime chegando a argumentar que o tráfico “incentiva a criminalidade”, que ele é crescente, que “não tem piedade dos familiares dos usuários” e desagrega famílias, que compromete a saúde pública, que com este tipo de crime “a sociedade fica desprovida de garantias para a sua tranquilidade”, bem como que é um crime que inquieta a população.¹⁴

Logo, vê-se claramente a ideia de que os traficantes são a fonte de toda a violência que assola a população, a vitimização do usuário e o uso simbólico do Direito Penal a fim de trazer tranquilidade à população e também de dissuadir o envolvimento com o tráfico. Além disso vê-se a influência das teorias de Hegel e Luhman.

¹²ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I, p. 131.

¹³JESUS, M. G. M; et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2011, p; 89-90 Disponível em: < <http://nevusp.org/wp-content/uploads/2015/01/down254.pdf>>. Acesso em: 10 de Nov. 2016.

¹⁴ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I, p. 90.

No processo penal, o Estado elimina direitos do sujeito processual de modo juridicamente ordenado. Também no Direito Penal do Inimigo são tomadas medidas que não têm lugar fora do Direito. Assim, parece que o que há é uma guerra contida e legalizada contra as drogas. Ou seja, pode-se retirar garantias que o próprio Estado as outorga, em nome da guerra contra o inimigo.

Enfim, pode-se concluir que o Direito Penal do Inimigo se caracteriza pelos seguintes elementos: punição prematura, antes mesmo de lesionar o bem jurídico; penas desproporcionalmente altas; garantias processuais relativizadas ou até suprimidas; abandono da orientação com base no Princípio do Direito Penal do Fato e função estabilizadora da pena.

1.2 DIREITO PENAL DO INIMIGO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

O mundo hodierno assiste a expansão do Direito Penal, que consiste na cominação de penas desproporcionais e na criação de tipos penais que constituem hipótese de criminalização do estado prévio às lesões a bens jurídicos. Jesus-Maria Silva Sánchez é um dos autores que adota uma postura mediana no embate entre as teorias expansionistas e as garantistas do Direito Penal. Para ele, o Direito Penal clássico, tradicionalista, deve ser recusado. Mas não afirma que deve haver flexibilização do Direito Penal.

Em seu livro, *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*, Jesús-Maria Silva Sánchez desenvolveu o chamado processo de expansão do Direito Penal, através das chamadas velocidades, que seriam como fases do Direito Penal. Segundo ele, as garantias podem ser diferentes a depender da consequência jurídica imposta ao delito. Tendo em vista a expansão do Direito Penal, para guardar a razoabilidade e dar legitimidade à esta expansão haveriam duas opções, as quais denomina primeira e segunda velocidade do Direito Penal:

Uma primeira velocidade representada pelo Direito Penal da prisão, na qual se haveriam de manter rigidamente os princípios políticos-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais; e uma segunda velocidade, para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção.¹⁵

Ocorre que, se instalaram vários Direitos Penais distintos, de forma que tem-se hodiernamente a preponderância das penas restritivas de liberdade aplicadas deliberadamente devido à indeterminação da lei e à flexibilização das regras de

¹⁵ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª Ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 193.

imputação, garantias e princípios. É o que se entende por terceira velocidade do Direito Penal.

Conforme Pesquisa do NEV-USP, em 33% dos casos de tráfico de drogas não foi apreendido dinheiro; em 97% dos casos não foi apreendida arma, em 85% dos casos analisados não contém foto da droga apreendida em flagrante e 84% dos acusados não contaram com a assistência de advogado do momento da apresentação do acusado na delegacia.¹⁶

Devido às lacunas da Lei 11.343/06 policiais e juízes detém amplo poder. Vê-se que apesar de os acusados serem ditos presos em flagrante, em grande parte dos casos não existem fortes indícios da traficância, redundando na flexibilização das regras para a flagrância. Ademais, a ausência de um advogado nesse momento no qual predomina o inquisitório é prejudicial ao acusado, ferindo o art. 5º, inciso LXIII da CF/88. Como não há defensor público nos distritos policiais, somente quem tem condições para contratar advogado particular consegue fazer a defesa nesse momento.

Vários crimes apenas cumprem papel simbólico no ordenamento jurídico, ou seja, aqueles criados para dar impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido¹⁷. O Direito Penal do Inimigo descende do Direito Penal Simbólico. A expansão do Direito Penal se dá com a criação de normas simbólicas, através da alta criação novos tipos e o endurecimento das penas de tipos existentes.

Conforme uma pesquisa realizada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) analisou-se 100 projetos de lei e dentre as 579 normas de comportamento, foram identificadas 531 que correspondiam à criação de norma de comportamento e 41 à modificação de norma de comportamento existente. Em se tratando de modificação, 39 diziam respeito à expansão e duas, à redução. Sete normas foram classificadas como indiferentes, isto é, não apresentavam nenhuma alteração

¹⁶JESUS, M. G. M; et al. Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2011, p. 61 Disponível em: < <http://nevusp.org/wp-content/uploads/2015/01/down254.pdf>>. Acesso em: 10 de Nov. 2016 P.61.

¹⁷QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. Boletim IBCCRIM. São Paulo, n. 74, p. 09, jan. 1999.

substancial. É importante registrar que não encontrou-se nenhuma norma direcionada à descriminalização de comportamentos.¹⁸

Cancio Meliá, quando tece críticas ao Direito Penal do Inimigo, vai mais a fundo: afirma que o ressurgimento no punitivismo, verificado pela inflação legislativa, deve-se também à política, já que a esquerda e a direita descobriram que através da produção de leis serão vistos como pessoas interessadas no progresso do país. Em relação à Espanha o autor diz que:

(...) ninguém quer ser conservador, mas progressista (...). Neste sentido, a direita política – em particular, refiro-me a situação da Espanha- tem descoberto que a aprovação de normas penais é uma via para adquirir matizes progressistas. A esquerda política tem aprendido o quanto rentável pode resultar o discurso da Law and Order, antes monopolizado pela direita política.¹⁹

O Ressurgimento do Punitivismo, o uso do Direito Penal Simbólico e do Direito Penal do Inimigo fazem com que se construa a imagem de um tipo específico de autor a ser excluído pela sociedade, apartando-se portanto do direito penal do fato. Nesse sentido Meliá assevera:

Dito com toda brevidade: o Direito Penal Simbólico não só identifica um determinado fato, mas também (ou sobretudo) um específico tipo de autor, que é definido, não como igual, mas como outro. Isto é, a existência da norma penal- deixando de lado as estratégias técnico-mercantilistas, a curto prazo, dos agentes políticos- persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como outros, não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do outro. E parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um

¹⁸Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). Série Pensando o Direito– Análise das justificativas para a produção de normas penais. Volume nº32/2010. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/32Pensando_Direito1.pdf>. Acesso em: 10 de Nov. 2016.

¹⁹JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

punitivismo exacerbado, em escala, especialmente, quando a conduta em questão já está apenada.²⁰

Assim, não é só o fato que enseja a tipificação penal, mas também outros elementos que sirvam à demonização do autor, ou seja, sua caracterização como inimigo. É o que Meliá chama de atribuição de perversidade mediante demonização.²¹ Tal entendimento coaduna-se com a *Labeling Approach Theory*, ou *Teoria do Etiquetamento Social*, que é uma teoria criminológica marcada pela ideia de que as noções de crime e criminoso são construídas socialmente a partir da definição legal e das ações de instâncias oficiais de controle social a respeito do comportamento de determinados indivíduos considerados *outsiders* (estranhos, em português).²²²³

Ulrich Beck, sociólogo alemão, originalmente em 1986, desenvolveu a Teoria da Sociedade de Risco, enunciando que a sociedade atual é marcada por riscos criados por ações humanas que podem acarretar danos globais, ilimitados e, portanto, irreparáveis. Nessa esteira, configurou-se o risco de procedência humana como fenômeno social-estrutural, advindos, conforme Silva Sanchez, do manejo de novas técnicas biológicas, genéticas, industriais etc, e, também, da *estigmatização* de certos grupos de criminosos, construindo a imagem de indivíduos perigosos, ou seja, fonte de riscos pessoais e patrimoniais.²⁴

Assim, o emprego de meios técnicos, a comercialização de produtos ou a utilização de substâncias cujos possíveis efeitos nocivos ainda são desconhecidos ou que se manifestarão anos depois após a conduta conduzem à insegurança.²⁵ Ou seja,

²⁰Ibidem, p. 65.

²¹Ibidem, p. 72.

²²BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 11.

²³BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 15.

²⁴GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em: 12 de Nov. 2016.

²⁵SÁNCHEZ, Jesús María Silva. A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3ª Ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 37.

levam à multiplicação emocional do risco existente: cada vez mais pessoas partem de que podem confiar cada vez em menos gente e em circunstâncias cada vez mais excepcionais e de que fazem bem em desconfiar profilaticamente cada vez em mais ocasiões e de mais gente.²⁶

Nesse ínterim a passagem do livro de Sanchez:

O desenvolvimento da tecnologia incentivou a mentalidade de que o homem pode dominar todas as coisas. Não somos mais comunidade, mas um conjunto de indivíduos egoístas, sendo que a norma se tornou a única forma de ligação entre os homens. Nesse anseio de tudo controlar e sentir-se seguro faz-se a antecipação da tutela penal punindo-se os riscos. Assim, se existe alguma possibilidade de uma conduta trazer malefícios aos cidadãos esta será criminalizada, conduzindo a um Direito Penal Máximo. Até que seja provado que determinada conduta não acarrete males aos cidadãos coletiva ou singularmente considerados a conduta continuará sendo tipificada como crime. Diante disso, na sociedade hodierna a vivência subjetiva dos riscos é superior a própria vivência objetiva do mesmo”, ou seja, existe uma insegurança subjetiva que não corresponde ao nível de risco objetivo.²⁷

Existem muitos estudos sobre as drogas, mas as informações ainda chegam desencontradas à sociedade, de forma que ainda existe muitas fontes de insegurança. Os estudos sobre os malefícios das drogas ainda estão em desenvolvimento mas, ainda que fossem considerados acabados, certamente ainda haveria muito o que se estudar. Exemplo disso é o recente estudo publicado na revista Scientific Reports, cujos pesquisadores, o álcool é 114 vezes mais mortal que a maconha.²⁸

O anseio pela segurança não é ilegítimo, tanto que está expresso nos arts. 3º e 22º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e no preâmbulo, no art.5º, caput; art. 6º, caput e art. 144 da Constituição Federal Brasileira.

²⁶Ibidem, p. 40.

²⁷Ibidem, p. 46.

²⁸ Maconha é menos mortal que álcool e tabaco, afirma estudo. Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/ciencia/maconha-e-menos-mortal-que-alcool-e-tabaco-afirma-estudo/>>. Acesso em. 20 de Fev. 2017.

Entretanto, é alarmante o uso do Direito Penal flexibilizado em suas garantias essenciais chegando-se a um direito penal simbólico. Já que a sociedade dos tempos modernos carece elementos de orientação cognitiva, é crescente a busca por elementos de orientação normativa. Nesse sentido Silva Sanchez (2013, pág. 77) citando Jean-Claude Guilhaud: “Quando uma sociedade perde pontos de referência, quando os valores compartilhados - e sobretudo uma definição elementar do bem e do mal- se desvanecem, é o Código Penal que os substitui”²⁹

Quando isso ocorre, O resultado é desalentador:

Por um lado porque a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supõe uma expansão ad absurdum da outrora ultima ratio. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, à medida que transfere ao Direito Penal um fardo que não pode carregar.³⁰

A criminalidade organizada é típica da era da globalização. Caracteriza-se pela organização hierarquizada de pessoas para a prática de crime. Isso faz com que exista uma distância entre o executor material e o mentor dificultando a responsabilização dos sujeitos mais relevantes na estrutura. Além disso, com a globalização é possível que o resultado lesivo seja visto dissociado da ação no tempo e no espaço. Nesse sentido, é interessante a ponderação de Sanchez:

Não se deve olvidar, ademais, que essa situação coincide no tempo com a aparição de dúvidas dos cidadãos europeus acerca da permanência do modelo de “Estado de prestações” ou “Estado do bem-estar, dúvidas essas que de resto surgem em anos nos quais, como mencionado, se verifica uma elevadíssima sensibilidade ao risco e uma obsessão pela segurança em nossas sociedades; assim como, enfim, concorre também com um crescente desencanto, fundado ou

²⁹ Ibidem, p. 77.

³⁰ Ibidem, p. 61.

não, tem torno das possibilidades de uma intervenção ressocializadora do Estado sobre o delinquente.³¹

Em suma: Toda ação cria um risco, que pode ou não ser tolerado. Quando uma conduta cria um risco permitido pelo ordenamento não há que se falar em delito. Mas, se há um incremento do risco permitido poderá configurar crime. O risco permitido é estabelecido com base no custo-benefício da realização da conduta, tendo em vista uma escala de valores relevantes àquela sociedade. A sociedade atual é hipercomplexa e, pelo exposto acima, os sujeitos passivos³², assim chamados por Silva Sanchez, supervalorizaram a segurança em detrimento de outros valores, como o da liberdade, diminuindo os níveis de risco permitido. Em outras palavras “(...) a liberdade de ação deriva de um perigo abstrato em si mesma. Em campos de ação densamente entrelaçados, como é característico nas sociedades de risco, o próprio uso individual da liberdade é perigoso em si.”³³

Além da demonização dos traficantes e da identificação de sua conduta como um risco, acrescenta-se a isso como causa da expansão do Direito Penal a seguinte observação de Sanchéz:

O Estado Social é responsável pela expansão do Direito Penal, na medida em que continua a produzir leis para solucionar facilmente os problemas sociais, deslocando ao plano simbólico o que deveria ser resolvido no plano material. Ocorre que, houve uma mudança nas expectativas que os cidadãos têm em relação ao papel que toca ao Direito Penal. Hodiernamente os cidadãos anseiam por mais punição, pois assim se sentem mais protegidos. A mídia contribui para tal feito na medida em que transmitem uma imagem da realidade na qual o que está distante e o que está próximo tem uma presença quase idêntica na forma como o receptor recebe a mensagem.³⁴

A atuação da mídia pode ser nociva, pois

³¹Ibidem, p. 129.

³²Ibidem, p. 56.

³³Ibidem. P. 56.

³⁴Ibidem, p. 48.

Os meios de comunicação, que são o instrumento da indignação e da cólera públicas, podem acelerar a invasão da democracia pela emoção, propagar uma sensação de medo e de vitimização e introduzir de novo no coração do individualismo moderno o mecanismo do bode expiatório que se acreditava reservado aos tempos revoltos.³⁵

É evidente a tendência de sempre buscar alguém para atribuir-lhe a culpa, rechaçando a ideia de que existem situações que a própria “vítima” é culpada. Assim, ao mesmo passo que é construída a imagem de um delinquente perigoso que deve ser tratado como inimigo, também há um esforço para a identificação social com a vítima, a qual não deve ser responsabilizada por seus atos, isto é, pelo exercício de sua liberdade. Substitui-se, então, a explicação empírica pela imputação normativa.³⁶

Para Silva Sanchez, a sociedade atual é composta por sujeitos passivos acomodados a política do bem-estar social: pensionistas, desempregados, consumidores, aposentados etc. Com efeito, a criminalidade é sentida como consequência da falência do Estado social, provocando

uma alteração progressiva na concepção do Direito Penal Subjetivo (*jus puniendi*): de uma situação em que se destacava, sobretudo, a espada da sociedade contra o delinquente desvalido, se passa a uma interpretação do mesmo como uma espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos.³⁷

Os poderosos seriam aqueles que estão de alguma forma em situação de superioridade: os ligados a criminalidade organizada e econômica, inclusive a corrupção. Assim, vem ganhando força as teorias antigarantistas como uma reação à criminalidade dos poderosos, pois as garantias devem servir apenas a delinquentes débeis. Embora a maioria dos criminosos pertençam a classes baixas e, consequentemente marginalizadas, o todo é tomado pela parte e o desafio passar a ser, não a eliminação das garantias na repressão da delinquência dos poderosos, mas sim fazer com que os marginalizados gozem as mesmas garantias.

³⁵Ibidem, p. 48

³⁶Ibidem, p. 61.

³⁷Ibidem, p. 64-65

Ademais, complementa o autor:

Em um momento cultural em que a referida criminalidade dos poderosos preside a discussão doutrinária, e também na atividade dos tribunais que transcende por intermédio dos mass media (meios de comunicação) e, portanto, a repressão social do delito, é seguramente compreensível que a maioria se incline a contemplar-se a si mesma mais como vítima potencial do que com autor em potencial. Isso, de novo, redundará na conformação de um consenso restritivo enquanto ao alcance dos riscos permitidos.³⁸

Em síntese, nas palavras do autor:

O raciocínio é o seguinte: já que a sociedade não foi capaz de evitar que a vítima sofresse o trauma causado pelo delito, tem, aos menos em princípio, uma dívida perante ela, consistente no castigo do autor. No cumprimento dessa dívida, além disso, somente as penas de prisão e multa cumprem essa desejada função simbólica. (...) a pena manifesta solidariedade para com a vítima.³⁹

Na verdade, a estrita medida da necessidade é a estrita medida de algo que não tem limites, porque esses limites são exercidos por quem exerce o poder.⁴⁰ Sendo assim, a periculosidade de um grupo é presumida até o momento que quem decide quem é o inimigo deixa de considerá-lo como tal⁴¹, negligenciando os conceitos da teoria do delito, o princípio da presunção de inocência, o princípio da culpabilidade e as regras do devido processo legal que são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas.⁴²

³⁸Ibidem, p. 69

³⁹Ibidem, p. 68.

⁴⁰ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no Direito Penal. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro/RJ. Ed. Revan. 2007. p.25.

⁴¹Ibidem, p.25.

⁴²Expansão do Direito Penal. Pág.90

Portanto, vê-se, paradoxalmente, que, junto a um Direito Penal Máximo existe uma desconfiança do que é público estimulando o surgimento da justiça negociada e propostas de privatização e desformalização.

Para ter legitimidade o Direito Penal do Inimigo deveria ser utilizado em um contexto de emergência e ser baseado em critérios de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia. Mas remanesce a questão conceitual se, então o Direito Penal do Inimigo persiste sendo “Direito ou se já é ao contrário um não direito, uma pura reação defensiva de fato perante sujeitos excluídos”.

LEI DE DROGAS

As mais remotas manifestações legislativas pertinentes à questão não representam uma reação que dispõe de um conjunto de dispositivos legais com uma coerência programática e, portanto, não constituem um verdadeiro sistema legislativo. A primeira dessas disposições remonta às Ordenações Filipinas, que no livro V, título 89, dispõe que *“nenhuma pessoa tenha em sua casa para vender rosalgar branco, nem vermelho, nem amarelo, nem solimão, nem escamonéa, nem ópio, salvo se for boticário examinado e que tenha licença para ter botica, e usar do ofício”*.¹

Apesar de já adentrar no próximo período histórico-político, na fase Imperial ainda não se registra um arcabouço legislativo sobre o tema e, mesmo com o advento do Código Criminal do Império, sancionado em dezembro de 1830, a temática continuou sendo objeto de posturas municipais.

Já o Código Penal da República de 1890 proibia, em seu art. 159, o comércio de “substâncias venenosas”, inserindo-se na tradição que remonta à matriz colonial que denota um matiz de delito profissional dos boticários.⁴³

Em 1830, os ingleses obtiveram exclusividade das operações comerciais no porto de Cantão enquanto a Grã-Bretanha sofria um grande déficit comercial em relação à China. Para compensar suas perdas econômicas, a Grã-Bretanha traficava o ópio indiano para o Império do Meio (China). Diante disso, o governo de Pequim proibiu novamente o tráfico de ópio em 1839, já que havia um decreto de 1800 que não era cumprido. Os britânicos, então, declararam guerra à China que só foi

⁴³ A origem das atividades relacionadas à farmácia se deu a partir do século X com as boticas ou apotecas, como eram conhecidas na época. Neste período, a medicina e a farmácia eram uma só profissão.

Na Espanha e na França, a partir do século X, foram criadas as primeiras boticas. Esse pioneirismo, mais tarde, originaria o modelo das farmácias atuais.

Neste período, o boticário tinha a responsabilidade de conhecer e curar as doenças, mas para exercer a profissão devia cumprir uma série de requisitos e ter local e equipamentos adequados para a preparação e guarda dos medicamentos

Geralmente, o boticário manipulava e produzia o medicamento na frente do paciente, de acordo com a farmacopéia e a prescrição médica.

Fonte: História da Farmácia: Surgimento das boticas. Disponível em:<
<http://portal.crfsp.org.br/index.php/historia-da-farmacia-/51-nossa-historia/-nossa-historia/290-surgimento-das-boticas.html>>. Acesso em: 10 de Jan 2017.

encerrada em 1842 com a assinatura do Tratado de Nanquim, pelo qual a China aceitou abrir cinco portos ao comércio de ópio britânico. A Segunda Guerra do Ópio ocorreu em 1856 até 1860 encerrando com a assinatura do Tratado de Tianjin pelo qual a China teve de abrir mais onze novos portos para o comércio da droga.⁴⁴

Em 1909 a Comissão Internacional do Ópio ou Conferencia de Shangai reuniu 13 países com o objetivo de limitar as importações de ópio da Índia para a China e controlar, em geral, o comércio do ópio para fins não terapêuticos.

Em 1912 ocorreu a Primeira Convenção Internacional do Ópio Resultante da Conferência de 1911, em Haia, da qual o Brasil foi signatário. Regulamentou a produção e a comercialização da morfina, heroína e cocaína. Entretanto, só entrou em vigor em 1921, após o término da Primeira Guerra Mundial.⁴⁵

A partir de então as legislações posteriores serão baseadas no ordenamento internacional formado pelos acordos internacionais para tratar do combate às drogas seguindo uma política criminal denominado de “modelo sanitário”.

Foi criada a Comissão Consultiva do Ópio e Outras Drogas Nocivas, foi feita a Convenção e o Acordo de Genebra e a Convenção de Bangkok, mas a posse ilícita só foi criminalizada no Brasil em 1932 (Decreto 20.930, de 11.01.32) e o consumo em 1938, por meio do Decreto-lei 891, de 25.11.1938. Logo em 1940 sobreveio o Código Penal que revogou todos os dispositivos descriminalizando o consumo, o que cresceu as preocupações relacionadas à questão das drogas. Na contramão, o golpe militar de 1964 criou condições propícias para o surgimento da agressiva política criminal militar, denominada de modelo bélico.⁴⁶

A primeira alteração legislativa do regime militar nesse sentido foi o Decreto-lei 385, de 26.12.1968, que, treze dias após a edição do Ato Institucional 5⁴⁷, alterou o art.

⁴⁴ PINTO, Jeronimo Calorio. Liberdade de expressão, Justiça e a legalidade da Marcha da Maconha, 2013. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5367/1/2013_JeronimoCalorioPinto.pdf>. Acesso em: 10 de Jan de 2017.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ O Ato Institucional nº 5, AI-5, baixado em 13 de dezembro de 1968, durante o governo do general Costa e Silva, foi a expressão da ditadura militar brasileira (1964-1985). Definiu o momento mais duro do

281 do Código Penal para, dentre outros, equiparar a conduta do usuário à do traficante. A distinção entre eles só foi feita em 1976 pela Lei 6.368, conhecida como a Lei de Entorpecentes.

Após o fim do regime ditatorial no país, sobretudo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ganha força o anseio pela alteração da Lei 6.368/1976, uma vez que os dispositivos legais que impunham a censura prévia a respeito do tema drogas estavam revogados, sendo que não era permitida a realização de uma conferência sem prévia autorização.

Com o fim da Guerra Fria e a vitória do capitalismo, este foi paulatinamente implantado nos países provocando grande expansão comercial no plano internacional. Surgiu, então, o tráfico internacional de entorpecentes que devido ao seu potencial de milícia, sua capacidade econômica e sua estrutura organizacional⁴⁸ provocou uma política declaradamente militar, incentivada pelos Estados Unidos.

Em 2005, o Governo Federal aprovou a Política Nacional sobre Drogas (PNAD), considerada avançadas para a época. Foram instituídos princípios inovadores: redução de riscos e de danos, não estigmatização das pessoas usuárias de drogas e garantia de tratamento adequado. Além disso, estabelece a meta de *“buscar, incessantemente, atingir o ideal de construção de uma sociedade protegida do uso de drogas ilícitas e do uso indevido de drogas lícitas”*

No ano seguinte, foi promulgada a Lei 11.343/2006 que em seus artigos 1º, 3º incisos I e II, art. 4º, inciso X e art. 5º, inciso III, estabeleceu diretrizes para prevenção, tratamento e reinserção social de dependentes químicos, reconheceu expressamente as ações de redução de danos e aboliu a pena de prisão cominada às condutas previstas em seu art. 28. De outro, previu sanções consideravelmente mais altas para os crimes de produção e tráfico. O objetivo era garantir um sistema de proteção e tratamento aos usuários e punição severa aos traficantes, atendendo ao clamor da sociedade. Assim, o

regime, conferindo poder de exceção aos governantes para punir arbitrariamente os que fossem inimigos do regime ou como tal considerados.

⁴⁸ Carvalho, Salo. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p. 129, 2001

que verificou-se foi o aumento das penas aplicáveis e a supressão de garantias processuais.

2.1 ESTUDO DOS CRIMES PREVISTOS NA LEI DE DROGAS

O art. 1º, parágrafo único, da Lei 11.343/06 trata-se de uma norma penal em branco, ou seja, depende de outro ato normativo para que tenha sentido, uma vez que seu conteúdo é incompleto. Sua exequibilidade depende do complemento de outras leis ou atos administrativos.

Considera-se droga todo o produto ou substância capaz de causar dependência com previsão em lei ou em listas emitidas pelo Poder Executivo da União. Quem faz a regulamentação do que é considerado droga, é a ANVISA –Agência Nacional de Vigilância Sanitária. No caso, a regulamentação é procedente da ANVISA através da Portaria nº 344/98. É uma norma penal em branco heterogênea, pois o complemento é dado por ato normativo diverso de lei.

2.1.1 BEM JURÍDICO

De acordo com a doutrina, o bem jurídico tutelado pelos crimes previstos na lei de drogas é a saúde pública⁴⁹, não obstante o tipo penal do art. 39 tutelar a incolumidade pública representada pela segurança aérea, marítima ou fluvial. Portanto, os crimes previstos nessa lei não exigem a ocorrência de dano para sua consumação, ou seja, são crimes de perigo abstrato e não crimes materiais.⁵⁰

A tese de que a saúde pública é o bem jurídico dos crimes previstos na Lei 11.343/06 é infundada, pois, segundo Paulo Queiroz “primeiro, porque a proibição indiscriminada acaba por inviabilizar a realização de um controle oficial mínimo sobre a qualidade da droga produzida e consumida, inclusive porque as autoridades sanitárias nada podem fazer a esse respeito, em razão da clandestinidade; segundo, porque os consumidores não têm, em geral, um mínimo de informação sobre os efeitos nocivos das substâncias psicoativas; terceiro, porque o sistema de saúde (hospitais, médicos, planos de saúde etc.) não está minimamente aparelhado para atender aos usuários e

⁵⁰ JESUS, Damásio de. Lei antidrogas anotada. Saraiva: São Paulo, 2009, 9ª edição, p. 79-82.

dependentes; quarto, porque o próprio usuário é ainda tratado como delinquente, e, pois, como alguém que, mais do que tratamento, precisa de castigo.”⁵¹

Além disso, as drogas não são em si mesmas prejudiciais à saúde, a sua nocividade dependerá de quem as usa, como e quando o faz. Nas palavras de Paulo Queiroz “afinal, as drogas – lícitas ou não – são neutras, como o é um martelo ou uma faca de cozinha, que podem ser usados eventualmente (também) para ferir ou matar alguém.”.⁵²

Nesse contexto, interessante é o pensamento do filósofo John Stuart Mill: “O indivíduo não responde perante a sociedade pelas ações que não digam respeito aos interesses de ninguém, a não ser ele próprio. Conselho, ensino, persuasão, esquiva da parte de outras pessoas, se para o bem próprio a julgam necessária, são as únicas medidas pelas quais a sociedade pode legitimamente exprimir o desagrado ou a desaprovação da conduta do indivíduo”⁵³

2.1.2 SUJEITOS

Sujeito ativo do crime é qualquer pessoa (delito comum). Sujeito passivo é a coletividade, titular do bem jurídico saúde pública.

Quanto ao seu resultado naturalístico, os crimes podem ser materiais, formais ou de mera conduta. O *crime material* só se consuma com a produção do resultado naturalístico. O *crime formal*, por sua vez, não exige a produção do resultado para a consumação do crime, ainda que possível que ele ocorra. No *crime de mera conduta* o resultado naturalístico não só não precisa ocorrer para a consumação do delito, como ele é mesmo impossível.

2.1.3 CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

⁵¹QUEIROZ, Paulo. A propósito do bem jurídico protegido no tráfico de droga e afins, 2009. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-do-bem-juridico-protegido-no-trafico-de-droga-e-afins/>>. Acesso em: 25 de Jan 2017

⁵²Idem.

⁵³MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 137.

Diante disso, consuma-se o crime quando o agente pratica qualquer das condutas descritas no tipo fundamental, vez que se trata de crime instantâneo ou de mera conduta que se consuma de pronto. Não se admite a forma tentada como regra. A doutrina admite a tentativa na modalidade adquirir, já que a conduta pode ser fracionada e o agente pode ser surpreendido ao adquirir a droga e não entabular o negócio por motivos alheios à sua vontade.

2.1.4 CLASSIFICAÇÃO

Delitos comum, uniofensivos, unissubjetivos, plurissubsistentes, de conteúdos variado, de perigo abstrato, de mera atividade, comissivo e doloso. Trata-se ainda de delito permanente nas modalidades de guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo. Na modalidade de adquirir, assim como naquelas descritas no parágrafo 1.º, é delito instantâneo.

Os crimes previstos pela Lei de Drogas são materiais pois exigem que haja dano ou perigo dano à saúde pública.⁵⁴ Ademais, esses crimes, com exceção do previsto no art.39, são de perigo abstrato, ou seja, há presunção de dano ou ameaça de dano ao bem jurídico. Já o crime previsto no art. 39 é de perigo concreto. Por fim, os crimes da Lei de Drogas podem ser classificados como crime vago, pois tem como sujeito passivo várias pessoas ou a coletividade.

2.1.5 OBJETO MATERIAL

O objeto material dos crimes inculpidos no art. 33 e parágrafos é a própria droga, entretanto, no caso do art. 34 é o maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação.

Dois são os elementos subjetivos do crime, quais sejam o dolo e a culpa. À exceção do crime do art. 38 (prescrição culposa de droga), todos os delitos previstos na lei só são puníveis na forma dolosa, isto é, quando o agente quer o resultado (dolo

direto) ou assume o risco de produzi-lo (dolo eventual), conforme o art. 18, I, do Código Penal.

2.1.6 CONCURSO MATERIAL

Cabe assinalar que, se o agente ultrapassar a esfera da proibição preventivo-formal e chegar à efetiva produção ou mercância da droga, o crime praticado, obviamente, será o de tráfico ilícito. Neste caso, não ocorre a figura do concurso material ou formal de crimes, mas apenas um único crime mais grave. Pelo princípio da consunção, o crime maior e mais grave previsto no art. 33, *caput*, absorverá o tipo penal em exame, legalmente entendido como crime-meio menos grave.

2.2 CRIME DE TRÁFICO

2.2.1 TIPO OBJETIVO

A doutrina converge no sentido de que a expressão *tráfico ilícito de drogas* refere-se a um gênero de infração penal, o qual se subdivide em espécies. O tipo básico tráfico ilícito de entorpecentes está previsto no caput art. 33 da Lei 11.343/06:

*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:*

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

(...)

Grifo nosso.

Além dos verbos descritos no caput, o §1º do art. 33 traz outros que praticados equivalem ao crime de tráfico. Em suma, as principais condutas que configuram o crime de tráfico ilícito de drogas são as seguintes:

Importar: introduzir no país, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, droga, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas provenientes de outros países.

Exportar: mandar ou transportar para outros países,

Remeter: fazer seguir, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, droga, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas para determinado lugar.

Preparar: compor substâncias que juntas tornam-se substâncias capazes de causar dependência física ou psíquica.

Produzir: fazer as substâncias que compõem a droga.

Fabricar: fabricar é produzir mediante meio mecânico industrial.

Adquirir: comprar, obter mediante pagamento.

Vender: Ceder, mediante preço convencionado.

Expor à venda: pôr a vista a fim de ceder, mediante preço. Oferecer: propor a venda.

Ter em depósito: ter armazenado suprimento que traga uma idéia de mais perpetuidade, maior quantidade.

Transportar: Levar de um lugar para outro, em malas, veículos, etc.

Trazer consigo: Ter junto ao corpo, no bolso, na carteira, etc.

Guardar: armazenar para consumir em curto período de tempo, tomar conta de algo, proteger.

Prescrever: dar o meio legal para que se obtenha a droga, receitar drogas a alguém. Nesse caso, ressalta-se que trata-se de crime próprio.

Ministrar: aplicar, inocular a droga gratuitamente ou mediante paga.

Entregar a consumo: dar a posse ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, droga, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas.

Fornecer drogas: Facilitar (prover) a venda ou a entrega de droga, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Semear: espalhar sementes de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas em qualquer terra.

Cultivar: Preparar e cuidar a terra para que produza plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

Colher: apanhar da terra plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas.

Utilizar 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 a prática de quaisquer das condutas descritas anteriormente.

Por sua vez, o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao uso indevido de drogas (art.33, §2º) significa fazer nascer na mente da pessoa a ideia de fazer uso de

entorpecentes, estimular a vontade já existente ou ainda dar apoio material ao ato, disponibilizar os meios materiais para que a pessoa faça uso da droga.

O crime previsto no art. 33, §3º refere-se ao crime de uso compartilhado, no qual ou seja, o agente oferece droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem. Dito de outro modo, aquele que adquire a droga para o uso compartilhado, ainda que dividam as despesas para a aquisição da droga, se amolda ao crime previsto no art. 33, §3º.⁵⁵

O art. 33, §4º traz uma causa de diminuição de pena, difundida sob a denominação de *tráfico privilegiado*. Nos delitos definidos no caput e no § 1º do referido artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.⁵⁶

O art. 34 trata do crime de petrechos 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:*

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.

Grifo nosso.

⁵⁶ A discussão ocorreu no julgamento do Habeas Corpus (HC) 118533, que foi deferido pelo STF por maioria dos votos.

O crime de tráfico (em amplo sentido) trata-se de tipo misto, pois prevê uma pluralidade de condutas; e alternativo ou crime de conteúdo variado, pois a prática de qualquer um dos verbos descritos leva à consumação do crime.

Nota-se que as cinco condutas previstas no artigo 28 também constam no artigo 33:

*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:*

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Grifo Nosso.

*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:*

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

(...)

Grifo nosso.

Diante disso, é necessário que se estabeleça critérios diferenciadores entre estas duas condutas. Conforme o art. 28, § 2º a natureza da droga, sua quantidade, o local e das condições gerais, as circunstâncias que envolveram a ação e a prisão, a conduta e os antecedentes do agente são fatores distintivos.

2.3 DIFERENCIAÇÃO DO DELITO DE USO E TRÁFICO

O dolo é elemento do conceito analítico de crime e, portanto, pode ser usado para definir a configuração de um ou outro delito.

Para o professor Paulo Queiroz⁵⁷, para a caracterização do crime de tráfico não há necessidade de o autor agir com objetivo de lucro, já que a própria lei traz como elemento normativo a expressão “ainda que gratuitamente”.

Por outro lado, o professor carioca, Doutor Salo Carvalho, defende que para que não ocorra inversão do ônus da prova e para que se respeitem os princípios constitucionais de proporcionalidade e ofensividade, a imputação do crime do art. 33 pressupõe a vontade de lucrar com a droga. Assim, não havendo prova nesse sentido, deve haver a desclassificação para o crime do art. 28 da lei (porte para consumo próprio). Entendimento ao qual nos filiamos.

O vocábulo *tráfico*, segundo o Dicionário Michaelis, significa trato mercantil; negócio ilícito e clandestino de produtos de comercialização proibida. Se assim não fosse, o sentido dos crimes insculpidos no art. 28 (uso próprio) e no art. 33, §3º (uso compartilhado) seria esvaziado.

Os verbos *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo, semear, cultivar ou colher* plantas destinadas à preparação de drogas, estão presentes tanto no art. 28 quanto no art.33, caput. Além disso, o verbo *oferecer* está presente no art. 33, caput e no §3º do mesmo artigo. Entretanto, o próprio §3º já especifica que para sua ocorrência é necessário eventualidade e dolo de consumo junto com outra pessoa. Não faria sentido, tais repetições de verbos se o dolo específico não fosse critério diferenciador dos crimes.

Portanto, para a configuração do crime de uso é necessária a prática das condutas com a finalidade de consumo próprio; e, por outro lado, configura-se crime de tráfico quando as condutas são praticadas com a finalidade de repassar a droga a terceiros e obter lucro.

O dolo é vontade livre e consciente de praticar uma conduta, ou seja, se encontra na zona insondável do ser humano. Portanto, ainda que superada a celeuma acerca da

⁵⁷ QUEIROZ, Paulo. Notas sobre a lei de drogas, 2014. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/notas-sobre-a-lei-de-drogas/>>. Acesso em: 25 de Jan 2017.

exigência do dolo específico remanesce outra questão: quais serão os critérios adotados para perquirir a finalidade com que o acusado praticou as condutas previstas.

Conforme dito acima, o art. 28, § 2º determina que a natureza da droga, sua quantidade, o local e das condições gerais, as circunstâncias que envolveram a ação e a prisão, a conduta e os antecedentes do agente são fatores distintivos.

À luz do pensamento finalista de Hans Welzel, “a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são os três elementos que convertem uma ação em um delito”.⁵⁸ Dito de outro modo, o conceito analítico ou tripartite de crime pressupõe que o fato seja típico, antijurídico e culpável.

O fato é formalmente típico se há perfeita subsunção da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, a um tipo penal incriminador (tipicidade material); e materialmente típico se significar efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (tipicidade material). A tipicidade conglobante, portanto, ocorre quando há tipicidade formal e material.

Assim, no caso em que o agente pratica uma conduta que configuraria o crime de tráfico, como por exemplo, importar, mas com a finalidade de uso pessoal, exclui-se a conduta, desde que pelas circunstâncias do art. 28, §2º não fique provado o dolo específico. Logo, em respeito ao princípio do *in dubio pro reo*, o fato é atípico.

2.3.1 AUSÊNCIA DE PARAMETROS PARA DIFERENCIAR USUÁRIO DE TRAFICANTE

A nova Lei Antitóxicos lança mão da norma penal em branco. É necessário outra lei ou ato administrativo que complemente o sentido do referido dispositivo, sobretudo que defina o quantum que poderia ser cientificamente considerado como quantidade razoável de droga para consumo pessoal.

Diversos países já estabeleceram parâmetros para firmar a quantidade de droga apreendida que seria aceitável para o consumo pessoal, gerando uma presunção relativa. Vejamos:

⁵⁸ Derecho Penal Aleman, parte general. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. Santiago: Editora Juridica de Chile: 1993, p. 57.

PAÍS	QUANTIDADE PERMITIDA
Alemanha	6g a 30g*(Maconha)/ 50mg (Cocaína)
Áustria	2g (Maconha)/ 1,5g (Cocaína)
Bélgica	3g (Maconha)/ Não Disponível
Dinamarca	10g (Maconha)/ Não Disponível
Estônia	50g (Maconha)/ 1g (Cocaína)
Finlândia	15g (Maconha)/ 1,5g (Cocaína)
Países Baixos	5g (Maconha)/ 0,2g (Cocaína)
Portugal	2,5g**(Maconha)/0,2g**(Cocaína)

* A quantidade estabelecida pela legislação alemã varia em cada unidade federativa.

** Limites quantitativos para cada dose diária, sendo o limite temporal máximo 10 (dez) dias.⁵⁹

Ressalta-se que apenas Portugal adota um parâmetro temporal, qual seja, a indicação de dose diária, podendo se considerar até 10 (dez) dias como projeção para o consumo. Nos demais casos, a quantidade indicada se refere tão somente ao montante apreendido com o indivíduo.

Isto posto, a ausência de orientação ou norma regulamentar oficial a respeito da quantidade da droga propicia a discrepância das decisões, de maneira que ora pessoas são condenadas por trazer drogas consigo para consumo pessoal e submetidas a penas alternativas ora processadas ou condenadas como traficantes por trazer consigo a droga, a uma pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e multa.

Existe grande preocupação com a fixação do critério “quantidade”, muito embora sabe-se que há possibilidades de manipulação do critério, fracionando-se a droga, por exemplo. A inquietude se justifica porque 28% dos detentos respondem ou foram condenados por crime de tráfico de drogas.⁶⁰

Dos presos em flagrante quase 54% que portavam maconha e quase 53% dos que portavam cocaína tinham de 10,1g a 100g das respectivas substâncias. Dos que portavam maconha, apenas 6,7% tinha 1kg e 4,58% dos que portavam cocaína, tinham

⁵⁹ Secretaria da Justiça, cidadania e direitos humanos do Paraná. Sobre a quantidade de drogas para uso ou tráfico e a necessidade regulamentação, p.4. Disponível em: http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/cms/grupopaginas/105/988/Relat%C3%B3rio_sobre_a_quantidade_de_drogas_para_uso_ou_tr%C3%A1fico_-_NUPECRIM-PR.pdf. Acesso em: 25 de Jan de 2017.

⁶⁰ Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), 2014, p. 33.

1kg. Ou seja, sabendo que a média de droga apreendida em posse dos presos em flagrante é de 66g, vê-se que as prisões de microtraficantes predominam.⁶¹

É incontestável que a definição de tal critério já traria mais segurança jurídica, mas é evidente que a Lei Antidrogas têm muitos outros pontos que carecem de regulamentação.

O dinheiro, por exemplo, é apontado como importante elemento de prova da traficância, mas, em 33,08% das apreensões os presos, não apresentavam em seu poder nenhum dinheiro. O local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa também devem ser observados, entretanto, pode-se verificar que em 39,52% das ocorrências houve apreensão de apenas um tipo de droga e 97% não portavam arma. Ademais, dos que responderam a esta questão, 58% declararam-se usuários de algum tipo de droga.

Com relação às provas, os entrevistados alegaram que raramente são produzidas outras provas além do que foi produzido durante a lavratura do flagrante. Para o promotor (4), quando o flagrante chega à delegacia raramente é iniciada uma investigação, “a Polícia Civil não faz este trabalho, os inquéritos nada mais são do que os autos de prisão em flagrante”. O entrevistado acrescentou que isso acontece porque grande parte das prisões é realizada pela PM, que não tem poder investigativo- “os PMs não precisam se preocupar em reunir testemunhas, produzir provas porque isto é competência da Polícia Civil”, alegou o promotor.⁶²

Em praticamente todos os casos “fica a palavra do policial contra a do acusado”, afirmou o defensor (3). Para ele, “essa idéia de in dubio pro reo não existe” pois para a

⁶¹ Instituto Sou da Paz (ISDP). Fascículo 3 - Drogas e Prisão Provisória, 2013. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/justi_a_rede_fasciculo3_drogas_11_11_13.pdf>. Acesso em: 10 de Nov. 2016.

⁶² JESUS, M. G. M; et al. Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2011, p. 59 Disponível em: <<http://nevsp.org/wp-content/uploads/2015/01/down254.pdf>>. Acesso em: 10 de Nov. 2016.

maioria dos juízes ”a palavra dos policiais vale, o pensamento dominante é dar confiança para a palavra dos policiais, porque o policial tem fé pública”.⁶³

Para a maioria dos entrevistados, a polícia prende o “pequeno traficante”, o que está na ponta do tráfico, frequentemente jovem ou adolescente, com pouca escolaridade e desprovido de recursos. Não foi raro ouvir dos entrevistados que eles têm a sensação de “enxugar gelo”. Para o delegado (9), o grande traficante dificilmente é preso porque ele ocupa posições na sociedade que o exime de qualquer suspeita. Para pegar esse tipo de traficante o entrevistado diz que é necessário realizar uma grande investigação, com autorização para fazer interceptação telefônica.⁶⁴

Parte da doutrina entende que a pequena quantidade de droga não é justa causa para a ação penal (Gilberto Thums e Bizzotto). Entretanto, o entendimento perfilhado pelas Cortes Superiores é da não aplicação princípio da insignificância na Lei de Drogas por se tratarem de crimes de perigo abstrato. Neste sentido o STF (HC 88.820) e o STJ (HC 59190).

⁶³Ibidem, p. 60.

⁶⁴Ibidem, p. 69-70.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

3.1 CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Sob a inspiração do Iluminismo, a partir dos séculos XVII e XVIII, notadamente, após a Revolução Francesa de 1789, iniciou-se o período moderno de administração da justiça sob o lema “Liberté, égalité e Fraternité!” fazendo constar na Constituição francesa que “todo homem é presumido inocente até que ele tenha sido declarado culpado; se ele está julgado indispensável prendê-lo, todo rigor que não seria necessário para a segurança de sua pessoa deve ser severamente reprimido pela Lei”.

Além disso, em 5 de agosto do mesmo ano de 1789, foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Organização das Nações Unidas defendendo direitos considerados básicos e fundamentais reproduzindo em seu art. 9º as mesmas palavras da Constituição francesa.

Em 22 de maio de 1948 a Organização das Nações Unidas aprovou uma nova versão que também abarca os direitos de 2ª dimensão visando a igualdade formal e material. Dispõe sobre o princípio da presunção de inocência em seu artigo XI nos seguintes termos:

Artigo XI

1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta 6 7 pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), um dos três instrumentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, também traz

disposição no mesmo sentido: Art. 14.2 Qualquer pessoa acusada de uma infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida”

Na Constituição Federal brasileira o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII. É uma garantia processual que oferece ao acusado o direito de não ser considerado culpado por um ato delituoso até a sentença penal condenatória transitada em julgado.

O Código de Processo Penal brasileiro data de Dezembro de 1941, tempo em que o Brasil passava pela Ditadura Vargas. Em 1937, quando se aguardavam as eleições presidenciais marcadas para janeiro de 1938, que seriam disputadas por José Américo de Almeida, Plínio Salgado e Armando de Sales Oliveira, foi denunciado pelo governo a existência de um plano comunista para a tomada do poder. Este plano ficou conhecido como Plano Cohen. Foi elaborado pelo capitão Olympio Mourão Filho, integralista membro do Serviço Secreto do governo, o qual usou como se fosse verdadeiro, encontrando aí uma ótima desculpa para a tomada preventiva do poder por Getúlio. Anos mais tarde foi comprovado que o plano se tratava de uma simulação que tentara fazer com que o presidente Getúlio Vargas fosse acusado de tentar tomar o poder por um dos candidatos que disputariam a eleição de 1938.

Além disso, Francisco Luis da Silva Campos era Ministro da Justiça do Governo Vargas e foi o responsável pela redação da Constituição brasileira de 1937, do Código Penal e Processual de 1941 e do Ato Institucional do golpe de 1964.

A presunção de inocência, então, teria surgido com o Iluminismo que defendia ideais de liberdade, igualdade e fraternidade entre os homens, afastando-se, portanto, do modelo que vê o criminoso como inimigo. Segundo Zanoide de Moraes:

Significaria uma nova ordem processual penal, um novo parâmetro, agora pautado na proteção do indivíduo, e não mais na repressão autoritária aos inimigos. Em vez do *hostis alienígena* e do *hostis judicatus*, entraria em cena o investigado/acusado cidadão. Em

resumo: antes um sistema penal do inimigo, agora a perspectiva de um modelo cidadão.⁶⁵

O referido princípio pode ser observado sob três aspectos. E primeiro lugar, é uma regra processual, segundo a qual o acusado não é obrigado a fornecer provas de sua inocência, sendo ônus da acusação provar o crime e todas suas circunstâncias, conforme art. 156 do Código de Processo Penal. É também uma regra de tratamento, segundo a qual os policiais, o juiz e a sociedade devem tratar o acusado como inocente até a condenação definitiva, vedada a adoção de medidas restritivas da liberdade do acusado, ressalvados os casos de absoluta necessidade. Além disso, o princípio do *in dubio pro reo* decorre da presunção de inocência, pois, por ser da acusação o ônus da prova, se não conseguir angariar provas suficientes para a condenação o acusado deve ser absolvido.

⁶⁵ Zanoide de Moraes, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.77-79.

3.2 MODELOS PROCESSUAIS E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA COMO COROLÁRIO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

A doutrina aponta a existência de três sistemas processuais penais: inquisitivo, acusatório ou misto. O modelo inquisitivo é marcado por um autoritarismo por parte do Estado. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito de direitos e se converte mero objeto da investigação. O processo é sigiloso, sempre escrito, não é contraditório e as práticas como a tortura eram frequentemente admitidas como meio para se obter a prova-mãe: a confissão. Foi largamente utilizado entre os séculos XIII a XVIII.⁶⁶

Com a Revolução Francesa e suas novas ideologias e tendências de valorização do homem, houve um abandono gradual do modelo inquisitório e retornando aos poucos ao sistema garantista. O modelo acusatório tem como característica primordial as divisões das funções de acusar, julgar e defender que são atribuídas a pessoas diversas. O juiz é órgão imparcial que aplica a lei e somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação e é seu o ônus da prova; o réu, por sua vez, exerce todos os direitos, inclusive a defesa técnica e a auto defesa.

Há também o sistema misto caracterizado por ter uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório. Assim, propôs uma solução intermediária entre os sistemas inquisitivo e acusatório, por meio da união da eficiência inquisitória na investigação dos delitos e o tipo processual acusatório, sendo o mais adequado na defesa dos direitos humanos.⁶⁷

Hodiernamente, vê-se que foi-se dos esquemas pré-modernos da inquisição às modernas teorias da prevenção especial, da defesa social, do tipo normativo de autor,

⁶⁶ARRUDA, Wesley Rodrigues. Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto?, 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto,51623.html>>. Acesso em: 25 de Jan 2017

⁶⁷ Ibidem.

nas suas múltiplas variantes eticistas, antropológicas, decisionistas e efficientistas.⁶⁸ Ou seja, o sistema acusatório foi se revelando insuficiente para as novas necessidades de repressão dos crimes, de forma que o inquisitório se expandiu no Direito brasileiro tanto no Direito Penal quanto no Processual Penal.

Para Ferrajoli, o modelo inquisitorial constitui-se pela concepção ontológica do delito e pelo decisionismo processual. A concepção ontológica do delito faz com que a análise da periculosidade não recaia no fato (pré)determinado pela lei penal válida mas à personalidade da pessoa classificada como perversa, perigosa, herética.

O decisionismo processual, é o fenômeno que ocorre quando o juiz inquisidor abdica da busca pela verdade real, tornando a sentença subjetiva. Segundo Ferrajoli (1998, p.15-16), conforme citado por Salo Carvalho (2008, p.1)

o efeito desta subjetivação é a perversão do processo, dirigindo-o antes da comprovação de fatos objetivos à análise da interioridade da pessoa julgada; antes da constatação processual sustentada empiricamente a convencimentos incontroláveis do julgador sustentados por signos de „verdade material.

Nesse sentido, conforme Franco Cordero (1986, p.51), citado por Salo Carvalho (2008, p.18)

pode-se identificar o estilo inquisitivo a partir de duas constatações: (1a) a sobrevalorização da imputação em relação à prova, configurando o primado das hipóteses sobre os fatos; e (2a) a conversão do processo em psicoscopia, ao estabelecer rito fatigante e isento de forma rígida. O modelo estabelece, pois, no magistrado, quadros mentais paranóicos e tendências policialescas, visto que, ao invés de o juiz se convencer através da prova careada para os autos, inversamente, a prova servia para demonstrar o acerto da imputação formulada pelo juiz-inquisidor.

⁶⁸ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 14

Nas palavras do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, (2003, p.46): “No século XIX, surgiram inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática, segundo determinados princípios”.

A Escola Clássica, era composta por doutrinas heterogêneas, tinha cunho liberal e humanitário e teve destaque no século XVIII. Havia basicamente duas teorias com fundamentos distintos: o Jusnaturalismo e o Contratualismo. O primeiro pregava a existência de direito natural superior resultado da própria natureza humana, imutável e eterno. O segundo a concepção de que o estado, e por extensão a ordem jurídica resulta de um grande e livre acordo entre os homens, que cedem parte dos seus direitos no interesse da ordem e segurança comuns.

Flávio Mirza (2010), citando Alexandra Vilela (2000, p.38), afirma que a Escola Clássica via a presunção de inocência como um postulado fundamental que se manifestava em todo o direito penal processual. Enrico Ferri, criminologista e político socialista italiano, expoente Escola Positiva Italiana, considerava a presunção de inocência deveria ficar limitada à etapa investigatória preliminar e desde que não houvesse prisão em flagrante delito ou confissão. Também não deveria ser aproveitada pelos reincidentes ou criminosos natos.⁶⁹

No século XIX, ganharam corpo as teorias que formaram a Escola Positivista. Teve como precursor Augusto Comte (1798-1857), filósofo francês, quando crime começou a ser examinado sob o ângulo sociológico, e o criminoso passou também a ser estudado, se tornando o centro das investigações biopsicológicas. Porém, foi iniciada pelo médico Cesare Lombroso (1835-1909) com sua obra *L'uomo delinquente* (1875). Para ele, o criminoso já nascia com predisposição orgânica à prática de crimes. Segundo César Bitencourt (2003, p.52):

A Escola Positiva surgiu no contexto de um acelerado
desenvolvimento das ciências sociais (Antropologia, Psiquiatria,

⁶⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes. Presunção de inocência: do iluminismo europeu ao autoritarismo brasileiro. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), boletim 279, Fev/2016. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5702-Presuncao-de-inocencia-do-iluminismo-europeu-ao-autoritarismo-brasileiro. Acesso em: 25 de Jan 2017.

Psicologia, Sociologia, Estatística etc.) Esse fato determinou de forma significativa uma nova orientação nos estudos criminológicos. Ao abstrato individualismo da Escola Clássica, a Escola Positiva opôs a necessidade de defender mais enfaticamente o corpo social contra a ação do delinquente, priorizando os interesses sociais em relação aos individuais.

Os pilares do movimento eram: método indutivo; o crime é visto como um fenômeno social e natural oriundo de causas biológicas físicas e sociais; responsabilidade social em decorrência do determinismo e da periculosidade e; a pena era vista como um fim a defesa social e a tutela jurídica. Para Lombroso, influenciado pela teoria da evolução de Darwin, os criminosos possuíam traços genéticos específicos, que poderiam ser mapeados e utilizados para a prevenção de novos crimes.

Com a difusão dos estudos do fato criminoso e da personalidade do agente sob o método empirista fomentou-se a preocupação com a periculosidade do indivíduo, tentando através da pena privativa de liberdade, afastar o delinquente da sociedade. Em nome disso foram cometidas as maiores atrocidades aos direitos humanos, aceitando a figura do criminoso nato, conforme Lombroso. Nesse sentido, assevera Salo Carvalho (2008, p. 59-60):

A mudança de objeto – da lei ao homem delinquente – condiciona uma mudança radical de método – do lógico aristotélico (dedutivo) ao indutivo experimental (empirista) –, e do acerto processual dos casos penais – do modelo cognoscitivista jurisdicional ao decisionismo valorativo substancialista. Do estudo das relações objetivas e subjetivas entre o fato e o resultado, a ciência penal parte para anamnese reconstrutiva da personalidade do indivíduo desde os seus primórdios, julgando e punindo sua história de vida. A um direito penal do fato-crime se sobrepõe um direito penal do autor fundado na periculosidade, independente da relação de proporcionalidade entre a lesão do bem jurídico tutelado e a norma jurídica. **A um modelo processual acusatório baseado na presunção de inocência e nas possibilidades fáticas de comprovação e refutação de hipóteses, impõe-se um modelo inquisitorial de julgamento da personalidade**

do réu e suas ‘tendências’. A uma estrutura retributiva da pena, cominada com escopo de reprovar a violação da norma, impõe-se a tarefa de influenciar e modificar o „ser“ do „Outro“. *Grifo nosso.*

Depois das escolas penais Clássica e Positiva, surgiram outras correntes denominadas pela doutrina de ecléticas ou intermediárias. A Escola Técnico-Jurídica caracterizou-se, sobretudo, por retomar o objeto do Direito Penal sem desprezar os aspectos antropológicos e sociológicos do crime. Flávio Mirza (2010), citando Alexandra Vilela (2000, p.42), afirma que a escola positivista e mais tarde a escola técnico-jurídica, rejeitam o princípio da presunção de inocência pois dificulta a defesa social.

Vicenzo Manzini, professor de direito penal e processo penal na Universidade de Torino, adepto à Escola Técnico-Jurídica tornou-se referência nesse movimento de oposição à presunção de inocência, a qual considerava “grosseiramente paradoxal e irracional”.

Autores como Manzini, diferem o *princípio da presunção do princípio de não culpabilidade*. Conforme se depreende da análise do art. 5º, LIV da CF/88, há, de fato, uma presunção de não culpabilidade, mas não de inocência, pois a presunção indica apenas que uma pessoa provavelmente seja inocente, sem que haja qualquer juízo de certeza sobre este fato. Justamente por isso, nada impede que esta pessoa seja investigada e processada.

São características principais da Escola Tecno-Jurídica: a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança – preventiva – deve ser aplicada aos inimputáveis; d) responsabilidade moral (vontade livre); e) método tecno-jurídico; e f) recusa o emprego da filosofia no campo penal.

A Escola Moderna Alemã, considerada por alguns doutrinadores como a mais importante das escolas ecléticas ou intermediárias surge principalmente dos estudos de um político-criminólogo alemão Franz Von Liszt.

Segundo Ferrajoli (1998, p.256) citado por Salo Carvalho (2008, p.70)

pois teleológica e pragmaticamente concentrado na função de prevenção especial da pena, seguindo a orientação de individualização e diferenciação dos réus/condenados –quem, ao invés, retomou e desenvolveu esta ideia, dentro de uma doutrina teleológica e correcionalista orgânica foi Franz von Liszt, que em seu Programa de Marburgo de 1882 elaborou um modelo de direito penal como instrumento flexível e polifuncional de „ressocialização“, „neutralização“ ou de „intimidação“, segundo os diversos „tipos“ – „adaptados“, „inadaptados“ ou „ocasionais“ – de delinquentes tratados.

A Escola Correcionalista, por sua vez, tem como marco a obra *Comentatio na poena malum esse debeat* (1839), de Cárlos Davis Augusto Röder, autor alemão. A tríade delinquente *como* portador de patologia de desvio social; a pena como remédio social *e o* juiz como médico social sintetizam o pensamento dos correcionalistas.

Aqueles correcionalistas que são adeptos pensamento determinista, acreditavam que o indivíduo que fosse determinado a cometer uma conduta descrita como crime viria a cometê-la se sofresse estímulo para tanto. Os que defendiam o livre-arbítrio, acreditavam que o indivíduo seria injustamente determinado, que poderia acarretar na prática de um crime.

Diante da incapacidade desses indivíduos de se autodeterminarem, seriam considerados débeis e inferiores aos demais necessitando da aplicação de uma influência determinante capaz ajustá-lo aos padrões da sociedade, qual seja, a pena. Aquele que irá aplicar o remédio social deve, então, gozar de discricionariedade irrestrita no seu atuar já que visa sanar a debilidade que acomete o indivíduo.

O que ocorreu na verdade foi a dissimulação de velhas práticas através do humanismo científico, em nome do qual houve descriminalização de algumas condutas insignificantes, desjudicialização de alguns procedimentos, ampliação das medidas alternativas ao cárcere e revalorização da vítima como sujeito da relação processual.⁷⁰

⁷⁰ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 72

Não obstante, o discurso criminológico crítico tenha se chocado com a Escola Clássica, não houve mudança na concepção de crime. Conforme Salo Carvalho (2008, p. 73-75)

É que mesmo a resposta da criminologia crítica ao fenômeno do delito/desvio, negando o determinismo biológico e psicológico e alçando o enfoque micro-individualista à macro-sociologia, não deixou de incorrer em um determinismo socioeconômico. (...) Nasce, então, uma criminologia administrativa tão nociva às garantias e aos direitos fundamentais quanto aquela proposta por Lombroso, Ferri e Garófalo. A relevância e o intenso labor prático deste novo modelo criminológico correcionalista e causal, capitaneado por discursos psiquiatrizados, obstaculiza a formação do modelo garantidor, reincorporando nas legislações (plano políticocriminal), no imaginário do jurista (plano dogmático), na esfera do controle policial (plano da segurança pública), no modelo de execução da pena e no direito penitenciário (plano criminológico) premissas periculosistas autoritárias *—en la fase de experimentación e innovación de entreguerras se extendió una ambivalente ideología penal preventiva, paternalista en el mejor de los casos, que hacía hincapié en el concepto de ‘peligrosidad social’; en ella hay fuertes elementos de una concepción penal totalitaria.* (...) É claro que reduziu o status do saber criminológico oficial a um plano secundário em relação ao posto de „a“ ciência do direito penal que ocupava no final do século XIX. No entanto, no plano da eficácia, seu discurso continuou gerando, sem resquícios, os efeitos desmascarados pela incisiva crítica dos anos sessenta e setenta. (...) O argumento torna-se perceptível quando da avaliação das práticas administrativas e judiciais do processo penal (cognitivo e executivo), nos quais conceitos como periculosidade continuam a orientar medidas absolutamente desconexas com os postulados garantidores expressos nas Constituições democráticas. As hipóteses levantadas conduzem à afirmação de que é imprescindível novo processo secularizador, não restrito apenas aos vínculos do direito com a moral (ainda necessários em relação a alguns tipos penais e ao modo de proceder do operador do direito), mas, sobretudo, à sincronia do saber jurídico com o saber naturalístico.

A realidade do sistema de justiça criminal brasileiro tornou-se uma verdadeira contradição, inclusive em nível normativo. Isso porque a estrutura do Código Penal e Processual Penal é absolutamente incompatível com o modelo constitucional e, pior, não passamos pela devida constitucionalização do direito processual penal. A prática do processo penal continua sendo, na maior parte dos casos, flagrante manifestação de um sistema inquisitório sem qualquer filtragem de constitucionalidade ou convencionalidade.

É cediço que o Direito Penal é reação mais forte do Estado contra o cidadão e deve ser utilizado com cautela, pois restringe até mesmo sua liberdade de ir e vir. Assim, só se justifica o uso do Direito Penal quando os outros meios de controle social forem ineficazes, ou seja, é subsidiário (*ultima ratio*).

Sabendo que o estado natural é o de inocência e a regra é a liberdade dos cidadãos, o princípio da presunção de inocência visa à tutela da liberdade pessoal, sendo dever do Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo através do devido processo legal garantido pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LIV. Caso não sejam acostadas aos autos provas suficientes para a condenação deve o magistrado decidir com base no princípio *in dubio pro reo*, corolário do princípio da presunção de inocência previsto no art. 5º, inciso LVII da CF/88.

Todavia, parece não ser essa a teoria adotada nos julgamentos dos crimes da Lei 11.343/06, muito embora a média de droga apreendida em posse dos presos em flagrante é de 66g. Depreende-se da jurisprudência que a inversão do ônus da prova, passando a ser da defesa a responsabilidade de comprovar que a droga destinava-se para uso pessoal. É o que nota-se nos julgados TJ-RO - APL: 00179491520148220501 RO 0017949-15.2014.822.0501, Relator: Desembargador Valter de Oliveira, Data de Julgamento: 08/10/2015, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 16/10/2015, TJ-RJ - APL: 00237677220118190068 RJ 0023767-72.2011.8.19.0068, Relator: DES. JOAO ZIRALDO MAIA, Data de Julgamento: 17/07/2012, SEGUNDA CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/03/2013 19:29, (TJMG - Apelação Criminal 1.0461.14.001851-0/001, Relator(a): Des.(a) Sálvio Chaves , Relator(a) para o acórdão: Des.(a) Marcílio Eustáquio Santos , 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 16/04/2015, publicação da súmula em

24/04/2015) e (TJMS – Apelação Criminal 0021660-57.2011.8.12.0001, Relator(a): Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, julgamento em 15/10/2015, publicação em 22/10/2015).

Ocorre que, a tese de que caberia ao autor provar o(s) fato(s) constitutivo(s) de seu direito e, ao réu, eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que o autor é falaciosa, pois o réu não alega fato algum, apenas opõe-se a pretensão do autor porque é presumidamente inocente. É a acusação que, ao provar o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias jurídicas relevantes, ilidirá a alegação do acusado. Ao fazer a acusação o Ministério Público ou o querelante afirma que o acusado praticou um fato típico, ilícito e culpável, sendo assim, transferir o ônus da prova da ocorrência de alguma excludente de ilicitude, culpabilidade ou tipicidade é negar vigência ao preceito constitucional, pois não se conseguindo produzir esta prova, a culpa seria presumida.

Além disso, dados da pesquisa do NEVUSP revelam que em 17,5% dos casos houve entrada na residência ou entrada franqueada como denominas alguns. Desse modo, para que a entrada seja considerada legal o policial deve encontrar droga na casa, ou poderá responder por abuso de autoridade. Entretanto, segundo um policial militar entrevistado pela NEV-USP em 2011

Às vezes, para que a entrada não seja considerada ilegal, o policial diz que estava perseguindo o suspeito cujo flagrante já havia sido feito. Porque se o policial não achar nada, colocou sua profissão e sua liberdade em risco. O comandante instaura com certeza o inquérito para averiguar. Às vezes o próprio traficante foge e vai à delegacia dizendo que a Polícia Militar invadiu sua casa. O contrário também ocorre, com certeza se o policial não encontrar nada ele vai sair que nem um louco pra achar droga, nem que seja um pino.

Ademais, na pesquisa do Instituto Sou da Paz (ISDP) na cidade de São Paulo em 2012, em 75, 35% dos casos de tráfico de drogas não foi concedida liberdade provisória e apenas em 3,1% dos casos de tráfico de drogas a prisão ilegal foi relaxada. Durante o acompanhamento processual realizado pela pesquisa do NEV-USP foram

identificados os principais argumentos utilizados pelos juízes em suas decisões sobre o pedido de liberdade provisória em casos que envolvem suposto tráfico de drogas. Cerca de 93% dos acusados não tiveram o direito de recorrer da decisão em liberdade, sendo que em 88,64% dos casos não foi concedido sequer o direito de responder ao processador em liberdade.

A pesquisa NEV-USP aponta os argumentos usados pelos magistrados para justificar a manutenção das prisões provisórias: o fato de todas as prisões terem sido realizadas em flagrante e a previsão de que ao final o acusado será condenado ao cumprimento de pena de detenção em regime fechado.

Isto posto, verifica-se que a presunção de inocência é totalmente negligenciada, haja vista que o acusado, muito antes de sua sentença final, é tratado como se culpado fosse e não conta com o benefício da dúvida a seu favor, já que, na prática, deve provar os fatos que alegar em sua defesa.

3.3 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

É inegável a ocorrência da expansão do Direito Penal, que cria hipóteses de incidência independentemente da lesão ou perigo concreto ao bem jurídico, e qualquer conduta pode ser arbitrariamente considerada delitiva. Diante disso, conforme Salo Carvalho (2008, p. 81) é definido um modelo de controle administrativizado com incidência desigual nos diversos estratos sociais e sem os vínculos à lei característicos do direito e do processo penal.

Segundo o estudo de Carvalho (2008, p.83) Ferrajoli criou o sistema garantista, fixando uma principiologia adequada para (des)legitimação de toda atuação penal: teoria da norma (princípio da legalidade, princípio da necessidade e princípio da lesividade); teoria do delito (princípio da materialidade e princípio da culpabilidade); teoria da pena (princípio da prevenção dos delitos e castigos); e teoria processual penal (princípio da jurisdicionalidade, princípio da presunção de inocência, princípio acusatório, princípio da verificabilidade probatória, princípio do contraditório e princípio da ampla defesa). Adiante serão explicados apenas os princípios nos quais se baseará a conclusão.

O pressuposto da teoria garantista é o princípio da legalidade, entendido como regra semântica que identifica o direito vigente como objeto exaustivo e exclusivo da ciência penal, estabelecendo que somente as leis (e não a moral ou outras fontes externas) dizem o que é crime, e que as leis dizem somente o que é crime e não o que é pecado, de acordo com Ferrajoli apud CARVALHO (2008, p. 86).

O princípio da legalidade pode ser dividido em duas regras. A legalidade ampla (ou princípio da mera legalidade) é a subsunção perfeita do fato à norma incriminadora. O princípio da legalidade estrita (princípio da previsibilidade mínima ou taxatividade) define *técnicas semânticas de qualificação da conduta punível, ou seja, regras de formação da linguagem penal que prescreveriam ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição de delito para que seja, em momento posterior, possível sua aplicação na linguagem judicial a partir de*

*predicados verdadeiros de fatos processualmente comprováveis.*⁷¹ A primeira é dirigida ao juiz, aplicador da norma. A segunda é dirigida aos legisladores, que devem redigir a norma de maneira que todos os elementos do crime sejam definidos taxativamente e exaustivamente.

Sabe-se que a teoria garantista define critérios legitimadores da intervenção penal, quais sejam, princípio da necessidade, princípio da lesividade e o princípio da culpabilidade. O primeiro consiste na ideia de que as proibições só são legítimas somente quando absolutamente necessárias. O segundo na ideia de que deve-se conciliar a máxima tutela de bens com o mínimo necessário de proibições e punições.

O princípio da culpabilidade, por sua vez, deriva do brocardo “nullum crimen sine culpa”, ou seja, a responsabilidade é subjetiva não bastando que o fato seja materialmente causado pelo agente, para que seja responsabilizado o fato deve ter sido querido (dolo) ou, ainda que não quisto, o resultado fosse previsível (culpa).

Conforme a teoria relativa ou preventiva da pena, a aplicação desta tem a função de dissuadir as pessoas a praticar crimes. Em apertada síntese, a prevenção pode ser geral, quando a lei intimida o indivíduo que pondera e decide não praticar crimes; ou especial quando é direcionada ao próprio indivíduo, com o objetivo de convencê-lo a não praticar novos crimes. A prevenção especial associada à figura do criminoso nato leva a

classificação dos criminosos segundo três pontos básicos: a maior ou menor propensão ao delito, as características físicas e psíquicas, e o tipo de crime cometido. A criação de tipologias delinquenciais permitiria reduzir os criminosos em categorias específicas, impondo-lhes códigos exatos para facilitar o estudo empírico através do método experimental: *devem constituir esquemas que sejam capazes de agrupar em categorias os delinqüentes, possibilitando, dessa forma, melhor apreciação de seu grau de periculosidade e, em consequência, maior acerto no tratamento, através da cominação da sanção mais adequada.* A

⁷¹ CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 22.

classificação representa o primeiro passo na anamnese reconstrutiva do grau de periculosidade apresentado pelo delinquente.⁷²

Conforme pesquisa realizada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) analisou-se 100 projetos de lei e nas justificativas foram encontradas 35 referências à função da pena. Entre elas, as idéias relacionadas a dissuasão foi a mais frequente, encontradas de forma isolada em 14 justificativas e em outras seis de forma combinada com a retribuição e a denúncia.

As doutrinas fundamentadas nos juízos de periculosidade, ou seja, na conduta social, personalidade, reincidência e antecedentes, ferem o princípio da legalidade, no tocante à previsibilidade mínima (taxatividade) pois através de figuras elásticas e indeterminadas conferem ao juiz maior discricionariedade. Isso se deve ao fato de que o magistrado se encontraria mais próximo da verdade real do que o legislador, uma vez que vive nas redondezas do acusado, tem contato direto com este e com as provas carreadas aos autos.

No que tange ao direito processual penal, o juízo de periculosidade nesses casos revela-se incompatível com o modelo garantista, visto ser o extremo oposto do princípio da presunção de inocência.⁷³ Isto porque, se o acusado é considerado perigoso apenas pela sua vida pregressa, pelo tipo de crime a ele imputado ou pelo meio em que vive o que tem-se, em verdade é a presunção de culpa. Diante disso, vê-se que o princípio do acusatório é ofendido, pois o ônus de mostrar-se inocente passa a ser do próprio acusado, inexistindo o princípio do in dubio pro reo.

O modelo garantista acusatório busca a racionalidade do juízo, tendo como objetivo principal a máxima tutela das liberdades contra os poderes. Entretanto, o modelo irracionalista inquisitivo é isento de instrumentos de contenção à intervenção do poder punitivo, gerando um sistema incerto e ilimitado. O discurso garantista pretende

⁷²Ibidem, p.131.

⁷³Ibidem, p.136.

uma alternativa ao totalitarismo dos movimentos hipercriminalizadores dos discursos de Lei e Ordem e Tolerância Zero, potencializados pelas ideologias de Defesa Social.

4. CONCLUSÃO

O Direito penal do inimigo é uma doutrina de exceção que se fundamenta na idéia de que quando uma pessoa infringe uma norma nasce um inimigo que não merece gozar das garantias oferecidas aos cidadãos de bem acobertados pelo Direito Penal do Cidadão.

Para Jakobs o inimigo é aquele que defrauda a expectativa de um comportamento de forma duradoura, ou seja, aquele que não proporciona a garantia cognitiva mínima para que os demais cidadãos esperem dele fidelidade à norma.

Nota-se que, apesar do autor não apontar, em sua teoria a pena tem finalidade estabilizadora e neutralizadora. A primeira trata-se da negação da negação do Direito – expressão usada por Hegel - visando à prevenção geral e especial garantindo simbolicamente a confiança dos cidadãos e a manutenção do contrato social. Vê-se, portanto, que também existe a influência do sociólogo alemão Niklas Luhmann, autor da *Teoria dos Sistemas*, pela qual o direito é um sistema que tem a função de manter estáveis as expectativas, ainda que estas sejam frustradas no plano fático.

A função neutralizadora refere-se a exclusão do criminoso da sociedade, já sua delinqüência é vista como regressão ao estado de natureza. No século XIX, ganharam força as teorias que formaram a Escola Positivista, quando o criminoso começou a ser analisado sob o aspecto sociológico e o biopsicológico. A partir dessa teoria, três elementos são levados em conta na classificação dos criminosos: a maior ou menor propensão ao delito, as características físicas e psíquicas, e o tipo de crime cometido. Tal metodologia permite que sejam etiquetados (*teoria do labelling approach*) transformando o Direito em um Direito Penal do Autor, pois a culpabilidade é substituída pela noção de periculosidade, qualidade esta que vem da análise do comportamento social do indivíduo e não do fato. O delito em si passa a ter um significado sintomático.

O uso simbólico do Direito Penal acarreta a expansão deste, que consiste na cominação de penas desproporcionais e na criação de tipos penais que constituem hipótese de criminalização do estado prévio às lesões a bens jurídicos. Hodiernamente tem-se a combinação das penas restritivas de liberdade e a flexibilização das regras de

imputação, garantias e princípios. É o que se entende por terceira velocidade do Direito Penal.

A simbolização (ou funcionalização) do Direito Penal deve-se sobretudo à falta de orientação cognitiva, à crescente teoria de gerência dos riscos através da lei penal e a crença de que os problemas sociais podem ser resolvidos através do rigor da lei criminal. Assim, os conceitos da teoria do delito, o princípio da presunção de inocência, o princípio da culpabilidade e as regras do devido processo legal que são contemplados como sutilezas que se opõem a uma solução real dos problemas.

A ausência de parâmetros para diferenciar tráfico de uso é uma das causas do encarceramento em massa e da violação de garantias fundamentais. A média de droga apreendida em posse dos presos em flagrante é de 66g⁷⁴, ou seja, principalmente devido às indeterminações do art. 28, § 2º da Lei 11.343/06, o acusado passa a ter o ônus de provar que é apenas usuário e não traficante.

Isto ocorre, pois dissemina-se os discursos que o sistema acusatório é insuficiente para as novas necessidades de repressão dos crimes. Assim, por ser o traficante tido como fonte de todos os males da sociedade, merece que lhe sejam negadas todas as garantias do cidadão, renascendo o moderno modelo inquisitório como o único capaz de dar segurança à sociedade.

É cediço que a maior característica do Estado Democrático de Direito é o princípio da legalidade que pode ser visto sob dois aspectos: a subsunção perfeita do fato à norma incriminadora e a previsibilidade mínima ou taxatividade) da lei.

Conforme art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal brasileira a liberdade do cidadão é a regra, isto posto, os requisitos autorizadores para a violação de uma garantia fundamental inerente ao indivíduo devem ser determinados taxativamente na norma penal ou processual penal, sob pena de violação do Princípio da Legalidade em sentido amplo, derivado, sobretudo, do brocardo *nulla crimen, nulla poena sine lege* do art. 5º,

⁷⁴ Instituto Sou da Paz (ISDP). Fascículo 3 - Drogas e Prisão Provisória, 2013. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/justi_a_rede_fasciculo3_drogas_11_11_13.pdf>. Acesso em: 10 de Nov. 2016.

inciso XXXIX da CF/88. Portanto, a indeterminação da Lei de Drogas, tanto no tocante à falta de critérios diferenciados do crime de tráfico e o crime de uso quanto aos conceitos indeterminados do art. 28, 2º da referida lei, fere o princípio da legalidade.

Aliás, todas as doutrinas fundamentadas nos juízos de periculosidade, ou seja, na conduta social, personalidade, reincidência e antecedentes, ferem o princípio da legalidade, no tocante à previsibilidade mínima (taxatividade), pois através de figuras elásticas e indeterminadas conferem ao juiz maior discricionariedade.

Em consequência disso, há violação do princípio da presunção de inocência. Está previsto no art. 5º, inciso LIV da CF/88 de dele decorre as seguintes consequências. Se as provas angariadas durante a instrução forem insuficientes, e reste ao juiz alguma dúvida quanto a culpabilidade do acusado, este deve decidir em favor do acusado, que será declarado inocente, conforme o princípio do in dubio pro reo.

Todavia, parece não ser essa a teoria adotada nos julgamentos dos crimes da Lei 11.343/06. Vê-se que no anseio de neutralizarem a fonte de males da sociedade, ignoram-se os princípios, a teoria do delito e às regras processuais. Conforme explanou-se na p. 47 não cabe ao réu provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito. Conforme o princípio da presunção de inocência o réu nada tem que provar, pois se assim não fosse, o que haveria era a presunção da culpabilidade, incompatível com Estado Democrático de Direito.

No que tange ao direito processual penal, o juízo de periculosidade nesses casos revela-se incompatível com o modelo garantista, visto ser contrário ao princípio da presunção de inocência. Isto porque, se o acusado é considerado perigoso apenas pela sua vida pregressa, pelo tipo de crime a ele imputado ou pelo meio em que vive o que tem-se, em verdade é a presunção de culpa. Diante disso, vê-se que o princípio do acusatório é ofendido, pois o ônus de mostrar-se inocente passa a ser do próprio acusado, inexistindo o princípio do in dubio pro reo.

Os ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, concederam o Habeas Corpus (HC) 123221 para absolver um condenado pelo crime de tráfico de entorpecentes flagrado com 1,5 grama de maconha. Na oportunidade, os ministros decidiram, ainda, oficializar ao Conselho Nacional de Justiça

(CNJ) para que realize uma avaliação de procedimentos para aplicação da Lei 11.343/06 (Nova Lei de Drogas).

Devido à quantidade de casos semelhantes que chegam ao STF, o relator Ministro Gilmar Mendes, propôs que se officie o CNJ, pois a nova Lei das Drogas, que veio para abrandar a aplicação penal para o usuário e tratar com mais rigor o crime organizado, “está contribuindo densamente para o aumento da população carcerária”.

De acordo com o relator, a população carcerária brasileira cresceu consideravelmente nos últimos anos. “Tudo indica, associado ao tráfico de drogas”, sustentou. Nesse sentido, a ministra Cármen Lúcia sugeriu que o CNJ faça um diagnóstico da população carcerária que se encontra em situação semelhante ao caso julgado no (HC) 123221. O ministro Celso de Mello afirmou que casos de inadequada qualificação jurídica culminam “por subverter a finalidade que motivou a edição dessa nova Lei de Drogas”.

75

Defende-se, portanto, o modelo garantista acusatório, que busca a racionalidade do juízo, tendo como objetivo principal a máxima tutela das liberdades contra os poderes. Revela-se premente a necessidade de estudos que concluam qual a quantidade de droga que pode ser tolerada para consumo pessoal, a fim de que o legislador distinga com precisão quando se trata do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e quanto se trata de uso pessoal, tendo em vista o dolo específico exigido para cada um. Feito isto, a discricionariedade judicial e policial será reduzida, dificultando arbitrariedades e a prisão de usuários como traficantes. Além disso, impedirá que ocorra a inversão do ônus da prova que atualmente pesa sobre os ombros do acusado, muito obstando previsto no artigo XI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948 e no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal brasileira o princípio da presunção de inocência.

⁷⁵Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma absolve acusado de tráfico e decide officiar o CNJ quanto à aplicação da Lei de Drogas. 28 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278466>. Acesso em: 02 de Fev 2017.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SALMEN, Amir Roberto. O direito penal do inimigo segundo Gunter Jakobs. Disponível em: <<http://www.dpi.policiacivil.pr.gov.br/arquivos/File/odireitopenaldoinimigo.pdf>>. Acesso em: 10 de Nov. 2016.

ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I, p. 131.

JESUS, M. G. M; et al. *Prisão Provisória e Lei de Drogas – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo*. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2011. Disponível em: <<http://nevsp.org/wp-content/uploads/2015/01/down254.pdf>>. Acesso em: 10 de Nov. 2016.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *A expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª Ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

QUEIROZ, Paulo. Sobre a função do juiz criminal na vigência de um direito penal simbólico. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 74, p. 09, jan. 1999.

Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL). *Série Pensando o Direito– Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Volume nº32/2010. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/32Pensando_Direito1.pdf>. Acesso em: 10 de Nov. 2016.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

GUIVANT, Julia S. *A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia*. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em: 12 de Nov. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro/RJ. Ed. Revan. 2007.

PINTO, Jeronimo Calorio. Liberdade de expressão, Justiça e a legalidade da Marcha da Maconha, 2013. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/5367/1/2013_JeronimoCalorioPinto.pdf>. Acesso em: 10 de Jan de 2017.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade. Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.

QUEIROZ, Paulo. A propósito do bem jurídico protegido no tráfico de droga e afins, 2009. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/a-proposito-do-bem-juridico-prottegido-no-trafico-de-droga-e-afins/>>. Acesso em: 25 de Jan 2017

Instituto Sou da Paz (ISDP). Fascículo 3 - Drogas e Prisão Provisória, 2013. Disponível em: <http://www.soudapaz.org/upload/pdf/justi_a_rede_fasciculo3_drogas_11_11_13.pdf>. Acesso em: 10 de Nov. 2016.

QUEIROZ, Paulo. Notas sobre a lei de drogas, 2014. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/notas-sobre-a-lei-de-drogas/>>. Acesso em: 25 de Jan 2017.

Derecho Penal Aleman, parte general. Traducción del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Perez. Santiago: Editora Juridica de Chile: 1993, p. 57.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo. Pena e Garantias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008,

MACHADO, Leonardo Marcondes. Presunção de inocência: do iluminismo europeu ao autoritarismo brasileiro. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), boletim 279, Fev/2016. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5702-Presuncao-de-inocencia-do-iluminismo-europeu-ao-autoritarismo-brasileiro. Acesso em: 25 de Jan 2017.

ARRUDA, Wesley Rodrigues. Sistema processual penal brasileiro: inquisitório, acusatório ou misto? 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,sistema-processual-penal-brasileiro-inquisitorio-acusatorio-ou-misto,51623.html>>. Acesso em: 25 de Jan 2017

Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), 2014.

Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma absolve acusado de tráfico e decide oficial o CNJ quanto à aplicação da Lei de Drogas. 28 de outubro de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278466>. Acesso em: 02 de Fev 2017.