

**A Política Criminal de Drogas no Brasil  
(do discurso oficial às razões da descriminalização)**

Salo de Carvalho

Dissertação apresentada ao curso de Pós-graduação em  
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para  
obtenção do título de Mestre em Direito

Orientadora: Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

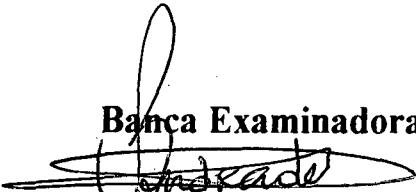
Florianópolis  
1996

**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas e Sociais**  
**Curso de Pós-Graduação em Direito**

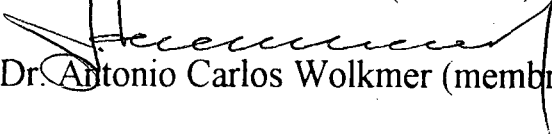
A dissertação com o título “**A Política Criminal de Drogas no Brasil (do discurso oficial às razões da descriminalização)**”, elaborada por *Salo de Carvalho* e aprovada por todos os membros da Banca, foi julgada adequada para obtenção do título de *Mestre em Direito*.

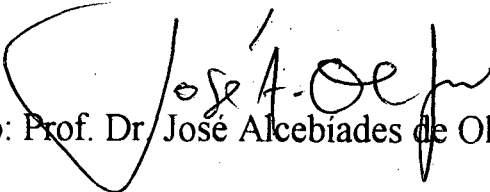
Florianópolis (SC), 29 de agosto de 1996

**Banca Examinadora**

  
Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade (presidente)

Prof. Dr. Lênio Luis Streck (membro)

  
Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer (membro)

  
Coordenador do Curso: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Jr.

Orientadora: Profa. Dra. Vera Regina Pereira de Andrade

# Sumário

<b>Resumo/Abstract</b> .....	06
<b>Introdução</b> .....	09
 <b>Capítulo I:</b>	
<b>A política brasileira de combate às drogas ilícitas</b> .....	24
1. Brevíssima referência histórica sobre as Leis de drogas no Brasil e seu vínculo com o modelo internacional de controle.....	24
2. Lei 6.368/76: estudo político-criminal, normativo e jurisprudencial.....	36
2.1. Configurações político-criminais do estatuto.....	37
2.2. Análise normativa e jurisprudencial.....	44
2.2.1. A prevenção e o tratamento.....	45
2.2.1. Delitos, penas e procedimento criminal.....	47
3. Crítica intra-sistemática ao sistema das drogas: desconstrução a partir da Teoria do Delito.....	60
3.1. O tipo a partir de conceito material de delito.....	62
3.2. Culpabilidade e valoração das (sub)culturas.....	76

## Capítulo II:

<b>Incidência constitucional no sistema de repressão às drogas.....</b>	<b>93</b>
1 O controle da legislação penal imposto pela principiologia garantidora: Princípios de Direito Constitucional Penal: a neo-secularização.....	93
1.1. Princípio da Legalidade.....	98
1.1.1. Princípio da Reserva Legal.....	99
1.1.2. Princípio da Previsibilidade Mínima.....	102
1.1.3. Princípio da Extratividade da ‘ <i>Lex Mitior</i> ’.....	104
1.2. Princípio da Humanidade.....	105
1.3. Princípio da Ofensividade e da Presunção de Inocência.....	108
1.4. Princípio da Igualdade, da Intimidade e da Vida Privada.....	114
1.5. Princípio da Pessoaalidade e da Individualização da Pena.....	119
2. “Jurisprudência do terror”: os julgados contra a Constituição .....	122
3. Cláusulas criminalizantes: a consolidação legislativa da intolerância.....	129
3.1. “Crimes hediondos” .....	133
3.2. “Crime organizado” .....	141

### **Capítulo III:**

<b>Existe uma política nacional de drogas? Configurações ideológicas do modelo político-criminal brasileiro de entorpecentes.....</b>	<b>158</b>
1. A Defesa Social como ideologia estruturante do modelo dogmático: gênese e atualidade .....	158
1.1. A Ideologia da Defesa Social: características e principiologia.....	159
1.2. O Movimento da (Nova ou Novíssima) Defesa Social.....	169
2. Defesa Social, Ideologia da Segurança Nacional e Movimentos de ‘Lei e Ordem’: a imposição de política criminal intolerante.....	173

3. O modelo repressivo da década de noventa e o ingresso do Brasil na “guerra às drogas”: projeções político-criminais para o terceiro milênio.....	193
---	-----

#### **Capítulo IV:**

<b>Projeção da política brasileira de entorpecentes e o seu confronto com os modelos alternativos.....</b>	<b>218</b>
--	------------

1. Contextualizando as possibilidades alternativas em Política Criminal: criminalização/descriminalização.....	218
--	-----

1.1. Descriminalização.....	233
-----------------------------	-----

1.2. Drogas: efeitos da criminalização e descriminalização.....	241
---	-----

2. O modelo de reforma e os projetos relativos ao tráfico e uso de estupefacientes .....	251
--	-----

2.1. O Projeto de Lei 1.873/91 e as conclusões da CPI do narcotráfico (Projeto de Lei 2.454/91).....	256
--	-----

2.2. A perspectiva preventiva do projeto elaborado pelo Confen em 1992.....	264
---	-----

2.3. A mudança na política do Confen - Ante-projeto de 1995.....	271
--	-----

3. Projeções à política brasileira de drogas.....	278
---	-----

<b>Considerações Finais.....</b>	<b>286</b>
----------------------------------	------------

<b>Bibliografia.....</b>	<b>309</b>
--------------------------	------------

## RESUMO

A necessidade das agências internacionais de controle penal em tornar homogêneo o sistema de controle de drogas, viabilizou um processo de militarização, impondo uma Política Criminal autoritária sob o signo da 'guerra às drogas' e legislações que lesionam, gravemente, as conquistas garantidoras da humanidade (Direitos Humanos como limite e objeto do Direito Penal). O processo de transnacionalização do controle das drogas é fruto de processo idêntico na área do controle social.

O presente trabalho objetiva avaliar o processo pelo qual o Brasil foi se inserindo, gradativamente, no modelo transnacional de controle, potencializado pelas ideologias da Defesa Social, Segurança Nacional e pelos movimentos da 'Lei e Ordem'. Assim, pretende diagnosticar a atual Política Criminal de drogas e propor alternativas à criminalização.

Parte de fundamentação crítica *jushumanista*, analisando o fenômeno sob o prisma do pluralismo cultural e da realidade marginal latino-americana. Desta forma, confronta o modelo político-criminal tradicional com as programações críticas das Políticas Criminais alternativas, fundadas na matriz criminológica do paradigma da Reação Social, pretendendo visualizar as condições de implementação do processo descriminalizador como possibilidade concreta de minimização da atuação genocida e seletiva dos sistemas penais.

## ABSTRACT

The necessity of the international agencies to make similar systems of drugs control made the military process possible, imposing authoritative criminal politics, under the sign of "war against drugs" and legislation that seriously violate the guaranteed human conquests (Human Rights as the limit and the object of the Criminal Law). The globalization process of drugs control is the result of a similar process of the social control issue.

This essay aims to evaluate the process through which the model of globalized control was gradually introduced in Brazil, strengthened by the ideologies of Social Defense, National Security and by the "Law and Order" movements. So, it intends to diagnose the current criminal policies on drugs and offer for discussion choices to the criminalization.

It starts with a critical fundamentation based on Human Rights, analysing the phenomenon as far as the cultural pluralism and the marginal latinamerican reality are concerned. In this way, it confronts the traditional criminal politics model with the critical programmings of alternative Criminal Politics, founded on the criminological source of the Labeling Approach, intending to visualize the establishment of conditions for the descriminalization process as a concrete possibility of contraction of genocide and selective performance of criminal systems.

***“O morro não tem vez,  
mas se derem vez ao morro  
toda cidade vai cantar”.***  
(Antonio Carlos Brasileiro Jobim)



# INTRODUÇÃO

## 1. Objeto

O debate sobre a questão das drogas tem, na atualidade, percorrido inúmeros campos do conhecimento científico, proporcionando em diversos momentos, estudos interdisciplinares a respeito da temática. A problemática na área dos entorpecentes tem possibilitado pesquisas que vão desde as Ciências médicas (enfoque sanitário proporcionado pela psiquiatria e farmacologia) até as humanas (antropologia, sociologia, história, psicanálise, psicologia e direito).

Nossa área de trabalho, na presente dissertação, será privilegiada por enfoque interdisciplinar no âmbito das Ciências Jurídicas e Sociais, mais especificamente ao campo das Políticas Criminais. Logicamente, não pretendemos desprezar, muito menos omitir, enfoques alienígenas ao ramo do Direito. A presença destes, contudo, será de forma incidental, como justificadores ou interrogadores dos posicionamentos político-criminais, de cunho tradicional ou alternativo.

Mesmo pretendendo realizar pesquisa interdisciplinar nas áreas Penal, Criminologia e Sociológica, o discurso jurídico-formal será corrente

pois, além de possibilitar claras representações sobre a matéria, funda o discurso oficial que será gerido pelas Ciências que estudam o desvio. Contudo, no que diz respeito à órbita jurídica, não pretendemos realizar pesquisa meramente exegética ou sistemática da legislação em vigor ou dos atuais projetos de reforma que circulam atualmente no Congresso Nacional. A ideia que instrumentaliza a dissertação é a de identificação da Política Criminal brasileira de combate às drogas ilícitas e seu perfil ideológico<sup>1</sup> - no âmbito da atual lei, das leis incidentes, dos projetos e da estrutura repressiva do Estado. Neste sentido, procuraremos confrontar o discurso oficial com as funções reais do modelo repressivo e a atuação dos aparelhos formais e informais de controle social.

Desde um marco teórico jushumanista, cuja avaliação do Sistema Penal se pauta pelo respeito e garantia dos Direitos Humanos, estruturado na matriz criminológica do Paradigma da Reação Social, trabalharemos com a hipótese central de que existe uma Política Criminal brasileira de drogas. Frequentemente, os pesquisadores que procuram criticar o modelo repressivo/preventivo nacional partem do pressuposto da inexistência de programas e ainda menos de uma Política de drogas no país. Ocorre que este diagnóstico somente é comprovável, se entendermos Política Criminal como Política Pública de tutela e garantia de direitos. Todavia, há um modelo

---

<sup>1</sup>Trabalharemos o conceito de ideologia em dois sentidos. Primeiramente, em sentido positivo, significando um “*sistema de ideias conexas com a ação*”, que compreendem tipicamente “*um programa e uma estratégia para a atuação*” e destinam-se a “*mudar ou a defender a ordem política existente*”; e, em sentido negativo, através do legado de Marx, compreendendo, as “*ideias e teorias que são socialmente determinadas pelas relações de dominação entre as classes e que determinam tais relações. dando-lhes uma falsa consciência*” (Mario STOPPINO, *Ideologia*, p.585-597).

Em sentido negativo, a ideologia representaria uma falsa consciência que tem a função de justificar e legitimar o poder, as instituições e a integração social, a partir de uma inversão da realidade, atribuindo funções ideais diversas das que realmente exercem (Alessandro BARATTA, *Criminologia Crítica y Crítica del Derecho Penal*, p. 35).

político-criminal brasileiro de controle ('combate') às drogas, o qual viabiliza uma Política Criminal bélica ('genocida'). Tal política advém de processo de transnacionalização (globalização) do controle social e potencializa-se, no país, por tríplice base ideológica: Defesa Social e Segurança Nacional, enquanto ideologias em sentido negativo, e pelos movimentos da 'Lei e da Ordem', entendidos como ideologia em sentido positivo.

Centralizaremos as críticas, primeiramente, sob o enfoque do Direito Penal Mínimo garantidor<sup>2</sup>, obtendo avaliações internas ao sistema

<sup>2</sup> O modelo penal garantidor nasce com a Escola Clássica, principalmente a partir das obras de Cesare de **BECCARIA** (*Dos Delitos e das Penas*) e Pietro **VERRI** (*Observações sobre a Tortura*).

Na atualidade, Luigi **FERRAJOLI** (*Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*) é o principal expoente da vertente renovada do Garantismo. O autor italiano elenca dez axiomas, cada um com implicações deontológicas próprias, nos quais o modelo ideal-típico deve ser estruturado.

*"Cada una de las implicaciones deontológicas - o principios - de que se compone todo modelo de derecho penal enuncia, por tanto, una condición sine qua non. esto es, una garantía jurídica para la afirmación de la responsabilidad penal y para la aplicación de la pena: no téngase en cuenta, una condición suficiente en presencia de la cual está permitido o es obligatorio castigar, sino una condición necesaria en ausencia de la cual no está permitido, o está prohibido, castigar"* (p. 92).

O sistema garantista dar-se-ia na articulação dos seguintes princípios: (a) *nulla poena sine crimine*; (b) *nullum crimen sine lege*; (c) *nulla lex (poenalis) sine necessitate*; (d) *nulla necessitas sine iniuria*; (e) *nulla iniuria sine actione*; (f) *nulla actio sine culpa*; (g) *nulla culpa sine iudicio*; (h) *nullum iudicium sine accusatione*; (i) *nulla accusatio sine probatione*; e, (j) *nulla probatio sine defensione*. Ou seja,

*"El modelo garantista descrito em SG [ Sistema Garantista] presenta las diez condiciones. límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada a cabo por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos"* (p. 103-104).

A principiologia seria balizadora do Estado moderno de Direito que, incorporada pelo sistema constitucional positivo, estabeleceria condições de validade e legitimidade às legislações penais.

Na razão inversa do Estado de Direito garantidor, localizar-se-ia o Estado Autoritário, caracterizado pela ausência e/ou debilidade de algum(s) dos limites da intervenção punitiva. Dos modelos estatais, surgiriam dois modelos penais distintos, relativos ao vínculo qualitativo e/ou quantitativo às garantias: o **Direito Penal Mínimo** e o **Direito Penal Máximo** (*panpenalismo*). Segundo Ferrajoli, "(...) *el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del*

jurídico (Teoria do Crime e Teoria Constitucional). Nossa perspectiva, porém, apesar de aliada ao garantismo como tática a curto prazo, nele não se esgota, pois finalizaremos o trabalho propondo formas de controle e superação do Sistema Penal, a partir da perspectiva (u)tópica do abolicionismo penal. Desta forma, é mister ressaltar que a aceitação da proposta garantidora de forma alguma esgota o universo crítico. A reivindicação da legalidade e constitucionalidade do Sistema Penal parte do pressuposto de que a racionalidade formal positivada pode, em determinados momentos, servir de instrumento de emancipação social. Todavia, o trabalho não limita ingenuamente a crítica ao patamar constitucional-legal, visto a evidência de normas constitucionais inconstitucionais, frente às hierarquizações de normas no seio do estatuto, e de Direitos que transcendem a própria Constituição. Assim, vincula o projeto de controle da legalidade ao enfoque dos Direitos Humanos historicamente conquistados e, em determinados momentos, positivados.

---

*arbitrio punitivo, sino que también a un ideal de racionalidad y de certeza. (...) Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles: y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible procesalmente, incluso con los límites más arriba puestos de manifiesto, la 'verdad formal' ” (p. 104-105).*

*“A la inversa, el modelo de derecho penal máximo, es decir, incondicionado e ilimitado, es el que se caracteriza, además de por su excesiva severidad, por la incertidumbre y la imprevisibilidad de las condenas y de las penas; y que, por consiguiente, se configura como un sistema de poder no controlable racionalmente por ausencia de parámetros ciertos y racionales de convalidación y de anulación” (p. 105).*

Conclui o autor que a categoria garantismo deve ser avaliada sob tríplice acepção: (a) enquanto modelo normativo de direito (estrita legalidade - Estado Democrático de Direito); (b) como teoria jurídica de validade e efetividade das normas (legitimidade); e © como filosofia política “*que impone al derecho y al estado la carga de la justificación externa conforme a los fines y a los intereses cuya tutela y garantía constituye precisamente la finalidad de ambos*”(p. 853).

O objetivo central da dissertação, pois, é criticar (desvendar) aquelas ideologias ocultadas pelos Aparelhos de Estado<sup>3</sup> que inviabilizam a otimização dos Direitos Humanos, demonstrando a diafonia existente entre o discurso oficial e a funcionabilidade do sistema de drogas fundados em “legislações penais do terror”.

Normalmente, as pesquisas sobre os programas oficiais e as Políticas Criminais de drogas situam-se em dois pólos distintos, legitimando apaixonadamente ou criticando raivosamente o modelo repressivo - muitas vezes realizando, inclusive, discursos apologéticos sobre as drogas. No Direito, os comentários sobre a temática, reiteradamente, restringem-se à legislação. Os adeptos da tradição manualística realizam meras descrições com singelos comentários de artigos. Carecem, totalmente, de fundamentação mais apurada, e, quando ousam realizar pesquisas interdisciplinares, limitam-se a conceituar e categorizar as drogas a partir do discurso farmacológico. Demonstram-se, desta maneira, extremamente úteis ao sistema repressivo, revelando importante e eficaz instrumento ideológico ao encobrir o real escopo das leis. O eixo da discussão é deslocado e o que importa ao jurista é limitar-se à técnica. Assim, percebemos que estes discursos tradicionais, amplamente divulgados pelo *mass*

---

<sup>3</sup> Segundo Louis **ALTHUSSER** (*Aparelhos Ideológicos do Estado*), os aparelhos de Estado (AE) podem se subdivididos em: Aparelhos Ideológicos do Estado (AIE) e Aparelhos Repressivos do Estado (ARE).

*“Diremos, com efeito, que todo Aparelho de Estado, seja ele repressivo ou ideológico, funciona tanto através da violência como através da ideologia, que impede que se confundam os Aparelhos Ideológicos do Estado com o Aparelho (repressivo) do Estado.*

*O aparelho (repressivo) do Estado funciona predominantemente através da repressão (inclusive a física) e secundariamente através da ideologia. (Não existe aparelho unicamente repressivo)”* (p. 70).

*“Da mesma forma, mas inversamente, devemos dizer que os Aparelhos Ideológicos do Estado funcionam principalmente através da ideologia, e secundariamente através da repressão seja ela bastante atenuada, dissimulada, ou mesmo simbólica. (Não existe aparelho puramente ideológico)”* (p. 70).

*media* jurídico, acabam integrando e justificando o sistema repressivo, ocultando seu procedimento empírico (funções reais). As análises legislativas correntes em nossas letras jurídicas, estruturadas a partir da concepção dogmático-positivista, acabam fragmentando o saber e neutralizando o discurso do controle das drogas, como se este não adquirisse conotação política e ideológica de recepção de postulados internacionais de controle social.

O instrumento possível para proceder criticamente ao modelo político-criminal de drogas, procurando revelar o invisível que se encontra obscurecido pelo visível aparente<sup>4</sup>, é a análise conjunta dos elementos legais, do modelo de controle internacional e do sistema de seguridade pública. Assim, haverá possibilidade de rompermos com os discursos trágico-fatalistas e/ou apologéticos em matéria de entorpecentes, conformando visão realista sobre o fenômeno.

## **2. Sobre a Política Criminal**

Devido ao fato do trabalho estar centrado no eixo fundamental da Política Criminal realizaremos, neste local, breve identificação conceitual desta ‘Ciência ou arte’, com intuito de que o leitor adquira instrumento ágil no decorrer do texto.

---

<sup>4</sup>Para Michel MIAILLE (*Introdução Crítica ao Direito*), o pensamento crítico merece este qualificativo, pois, “*suscitando o que não é visível, para explicar o visível, ele se recusa a crer e a dizer que a realidade se limita ao visível. Ele sabe que a realidade está em movimento, quer dizer, que qualquer coisa para ser aprendida e analisada tem de o ser no seu movimento interno; não se pode, pois, abusivamente reduzir o real a uma das suas manifestações, a uma das suas fases*”. (p. 22).

A Política Criminal, como noticia o maior expoente da *Jovem Escola alemã*, Franz von Liszt<sup>5</sup>, surge na segunda metade do século XVIII em Itália, principalmente com o advento da publicação da obra ‘Dos Delitos e das Penas’, do Marquês de Beccaria, Cesare de Bonesana.

Beccaria, representante da primeira fase (teórica) da Escola Clássica, propõe vertente racionalista no Direito Penal e na Política Criminal. No penúltimo capítulo, ‘Dos meios de Prevenir Crimes’, o Marquês advoga que

**“É melhor prevenir os crimes do que ter de puni-los; e todo legislador sábio deve procurar antes impedir o mal do que repará-lo, pois uma boa legislação não é senão a arte de proporcionar aos homens o maior bem estar possível e preservá-los de todos os sofrimentos que se lhes possam causar, segundo o cálculo dos bens e dos males desta vida”**<sup>6</sup>.

A grande indagação de Beccaria eram as formas eficazes de prevenção do delito e o conteúdo legislativo efetivo para alcançar tal finalidade. O questionamento projeta a teoria do Direito Penal, até então meramente descritivo e submisso às funções declarativas, à ênfase projetiva. Da perspectiva de *lege lata*, o pensador italiano propõe estudos de *lege ferenda* na busca de soluções para o problema da criminalidade.

O dinamismo imposto por Beccaria a partir de princípios de análise e reforma, faz nascer uma novo ramo nas Ciências Penais: a Política

---

<sup>5</sup> Franz von LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, p. 44.

<sup>6</sup> Cesare de BECCARIA, *Dos Delitos e das Penas*, p. 193.

Criminal.

Todavía, após um século de debates sobre Política Criminal em toda Europa, o objeto, as relações com o Direito Penal e o *status* da nova Ciência ainda eram discutidos. Feuerbach, durante o século XIX, define a Política Criminal como “*o conjunto dos procedimientos repressivos através dos quais o Estado reage contra o crime*”<sup>7</sup>. Assim, de “*italiana, por su origen, la Política Criminal descuidada por los escritores italianos, se hace alemana por adopción*”<sup>8</sup>.

Franz von Liszt, no início deste século, determinará as balizas, o ponto limítrofe e a autonomia entre Direito Penal e Política Criminal. Segundo o autor,

**“Entre el Derecho penal dogmático - principios fundamentales del Derecho penal -, rígido, invariable, igualitario, que encarna en la ley penal estatutaria - derecho necesario -, igualmente rígida, igualitaria, invariable, y la viviente realidad de la práctica criminal y penal, eminentemente variable, bajo la ‘interfunción de lo accidental’ (Hegel) - individuales, circunstancias, casos - como la vida misma, se abría desde el nuevo punto de vista (finalísimo, teleología), el abismo aislador de una solución de continuidad.**

**Era preciso llenar este vacío y para llenarle se precisaba a su vez, una actividad consciente, cuyo contenido se rigiese por una norma, un principio, una orientación diretriz”**<sup>9</sup>.

Os princípios e diretrizes para entendimento da complexa e

---

<sup>7</sup> Apud, Mireille DELMAS-MARTY, *Modelos e Movimentos de Política Criminal*, p. 24.

<sup>8</sup> Franz von LISZT, *op. cit.*, p. 50.

<sup>9</sup> *Ib. ibidem*, p. 60.



mutável vida social e sua teleologia à legislação penal seria proposta pela Política Criminal, Ciência apta para colmatar aquele vazio.

Define-se, portanto, Política Criminal em seu local de autonomização, como

**“Contenido sistemático de principios - garantidos por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena -, según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución”<sup>10</sup>**

Crítica da legislação penal vigente, à luz dos fins do Direito Penal e da pena, e proposições para reforma do Direito Penal atual seriam as duas funções mestras desta Ciência<sup>11</sup>. A projeção legislativa, análise de *lege ferenda*, redefine o objeto político-criminal e determina os limites entre esta e o Direito Penal.

Percebemos, pois, que, no berço da atual Política Criminal, encontram-se presentes noções defensivistas, cujo desenrolar determinará modelo repressivo autoritário (Defesa Social).

**“Su asunto es puramente *político*; se propone la continuación de la legislación en el sentido de una *lucha consciente* contra el delito, y, en especial, pero no exclusivamente, por la pena y por medidas análogas.**

**De aquí la distinción práctica fundamental, dentro de la lucha**

---

<sup>10</sup> Ib. ibidem, p. 62.

<sup>11</sup> Ib. ibidem, p. 63.

**contra el crimen, de su actividad legislativa - Política Criminal - y su actividad gubernativa - Política social - en un terreno común donde se alían sus armas**<sup>12</sup>.

A Política Criminal, em que pese as divergências conceituais entre os autores italianos e alemães, é definida por Rocco como “(...) *la ciencia o la arte de la legislación, pero que tiene en mira el juicio, la crítica y la reforma del derecho penal vigente*(...)”<sup>13</sup>. A ‘Ciência da luta contra o delito’, no modelo proposto pelo tecnicista, não se limita tão-somente ao plano legislativo. Além da arte de legislar, dividir-se-ia em outros dois momentos específicos: (a) o judicial, de aplicação conforme os fins políticos propostos (*arte da aplicação da lei*), e (b) o executivo (*arte da administração*).

Segundo Marc Ancel<sup>14</sup>, porém, é em Liszt que encontramos a determinação, em primeiro plano, da noção de Política Criminal cientificamente orientada, segundo a qual a aplicação da pena deveria corresponder à personalidade do delinqüente, ou seja, é no autor alemão que a Política Criminal nasce enquanto Ciência.

Das primeiras noções de Política Criminal (Beccaria e Feuerbach) e sua independência científica (Rocco e, principalmente, Liszt), obtemos algumas premissas estruturantes, as quais serão fundamentais para a visualização dos hodiernos movimentos.

Primeiramente, percebemos a importância da crítica de *lege lata*, seus diagnósticos e as projeções que deverão estruturar o câmbio legal. Em

---

<sup>12</sup> Ib. *ibidem*, p. 66.

<sup>13</sup> Arturo **ROCCO**, *El problema y el metodo de la ciencia del Derecho Penal*, p. 82.

<sup>14</sup> Marc **ANCEL**, *A Nova Defesa Social*, p. 90.

segundo lugar, notamos caráter eminentemente preventivo e, finalmente, a noção restritiva aos aparelhos formais de controle (estatais) à repressão (combate) da delinquência (situações definidas em lei).

Apropriando-se do legado dos primeiros teóricos, Marc Ancel instituirá o movimento político-criminal de maior aceitação durante o século XX. Denominado Nova Defesa Social, a proposta identifica-se com os autores mencionados, pois a concepção de Política Criminal será orientada por medidas de prevenção da reincidência em todos os níveis repressivos, ou seja, “(...) a *Política Criminal pretende inspirar e desenvolver uma ação de luta eficaz contra o crime tanto no plano legislativo, como judiciário e penitenciário*”<sup>15</sup>.

Percebemos, pois, a estrita ligação entre Política Criminal e aparelhos de Estado. Na concepção tradicional, a Política Criminal será definida como os princípios e recomendações para reação ao fenômeno delitivo, através dos instrumentos estatais (aparelhos do Estado). O Estado pretende monopolizar toda forma de reação contra o delito e/ou desvio e necessita da Política Criminal como ‘conselheira’, “*que se limitaria a indicar ao legislador onde e quando criminalizar condutas*”<sup>16</sup>.

Todavia, a concepção tradicional sofre grande abalo, a partir das concepções críticas e do estudo do funcionamento do Sistema Penal pela Criminologia posterior aos movimentos contraculturais dos anos 60.

**“A constatação, pela pesquisa empírica nos últimos cinquenta anos, do fracasso da pena privativa de liberdade com respeito a seus objetivos proclamados, levou a uma autêntica *inversão de sinal*: uma**

---

<sup>15</sup> Marc ANCEL, op. cit., p. 301.

<sup>16</sup> Nilo BATISTA, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 35.

## **Política Criminal que postula a permanente redução do âmbito de incidência do Sistema Penal**<sup>17</sup>

Se das concepções tradicionais sobre Sistema Penal e Política Criminal extraímos indicações para um modelo repressivo projetado para o futuro, as conclusões de que este sistema atuava contra os postulados por ele mesmo declarados levou os teóricos críticos a propugnar a contração máxima do sistema punitivo. Destarte, como consequência das pesquisas criminológicas críticas, principalmente as estruturadas no paradigma da Reação Social, percebe-se que o monopólio reativo contra as situações problemáticas (delito/desvio) não se reduz somente ao âmbito estatal, mas sim a toda estrutura social. A comprovação desta tese leva, inclusive, a novas definições de Política Criminal. A ‘ciência ou arte da reação contra o delito/desvio’ passa a ser, segundo Delmas-Marty, “o conjunto através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”<sup>18</sup>.

Com os postulados tradicionais deslegitimados, apesar da freqüente busca de (re)legitimação, as correntes críticas partem para a construção de modelos alternativos de controle social, restringindo a atuação dos aparelhos repressivos do Estado e remetendo o conflito ao seu local de origem: a sociedade.

Das Políticas Criminais alternativas surgirão novos modelos de resposta ao fenômeno delitivo, baseados, em sua totalidade, em amplo processo de descriminalização, ainda que tal processo seja extremamente problemático, pois “os mecanismos instaurados para prevenir e reprimir o crime o são no

---

<sup>17</sup>Nilo BATISTA, op. cit., p. 36.

<sup>18</sup>Mireille DELMAS-MARTY, op. cit., p. 24.

*interior das engrenagens do Estado e dizem respeito aos seus aparelhos repressivos*<sup>19</sup>.

O diagnóstico da Política Criminal brasileira (oficial) sobre drogas, suas promessas e seu real desempenho empírico; a identificação com modelos transnacionais de controle; a projeção desta política para o próximo milênio e o confronto com os modelos alternativos serão o objeto de análise deste trabalho conclusivo do curso de Pós-graduação em Direito.

### **3. Estrutura da Dissertação**

O primeiro capítulo da dissertação inicia com uma referência histórica às leis sobre estupefacientes e sua identificação nos modelos políticos transnacionais de controle, principalmente a partir da década de sessenta. Segue pretendendo visualizar o modelo legal brasileiro de combate às drogas ilícitas e suas implicações dogmáticas e político-criminais através da análise da legislação em vigor que trata especificamente do tema - Lei 6.368/76. No seio da Teoria do Crime, construiremos duas críticas preliminares: a primeira no que tange à tipicidade (princípio da insignificância como tese de atipicidade) e, posteriormente, sobre o juízo de culpabilidade (conceito de culpabilidade e pluralismo cultural).

No segundo capítulo, projetaremos o estudo do plano meramente (intra) sistemático ao patamar constitucional, trabalhando com duas hipóteses

---

<sup>19</sup>Wanda de Lemos **CAPELLER**, *Fênix e o eterno retorno: a dialética entre a 'imaginação criminológica' e a força do Estado*, p. 63.

específicas. A primeira, da construção de principiologia garantidora pela Constituição de 1988, a qual estabelece parâmetros para a normatização superveniente e cláusulas descriminalizadoras (princípios fundamentais em Direito Penal); a segunda, relativa às cláusulas criminalizantes, cujo entendimento induziu o legislativo a recrudescer o sistema repressivo das drogas (Lei dos Crimes Hediondos e Lei do Crime Organizado). Não obstante, trabalharemos com a *'jurisprudência do terror'* consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, e cuja vinculação às instâncias inferiores do Poder Judiciário impede a *'constitucionalização'* das legislações penais anteriores à Constituição de 1988 (impossibilidade de inconstitucionalidade superveniente).

O diagnóstico da atual política brasileira de repressão às drogas é ponto específico do terceiro capítulo. Iniciamos este item com a descrição da ideologia da Defesa Social, sua origem, a diferenciação com o movimento da Defesa Social e a formação da cadeia principiológica que orientará todos os níveis de controle (formais e informais) na formação do consenso sobre a criminalidade. A partir da Defesa Social (defensivismo) como estrutura ideológica do modelo dogmático, indicaremos a ideologia correlata e harmônica que perfaz a estrutura da Segurança Pública: a ideologia da Segurança Nacional. Determinadas as duas ideologias (em sentido negativo) que conformam a Política Criminal brasileira, apresentaremos um terceiro ângulo, que potencializa o modelo repressivo: os movimentos de *'Lei e Ordem'*. Assim, desde uma visão tripartite (*'Lei e Ordem'* - nível legislativo; Defesa Social - nível dogmático; e Segurança Nacional - plano da Segurança Pública), aterrisaremos no estudo da introdução do Brasil na política internacional de *'guerra às drogas'*, iniciada, na América Latina, nos países andinos.

Finalmente, confrontaremos o modelo repressivo vigente com as Políticas Criminais alternativas, avaliando os projetos de lei correntes no Congresso Nacional sobre o novo estatuto de tóxicos. Nesta análise, identificaremos quais projetos se aproximam do modelo tradicional e qual viabiliza a política alternativa.

# Capítulo I: A política brasileira de combate às drogas ilícitas

## 1. Brevíssima referência histórica sobre as Leis de drogas no Brasil e seu vínculo com o modelo internacional de controle

A incriminação do uso, porte e comércio de determinadas substâncias tóxicas no Brasil já aparece nas Ordenações Filipinas, especificamente em seu Título 89, do Livro V<sup>1</sup>. A primeira codificação de ordem criminal, o Código Penal Brasileiro de 1830 (Código Imperial), nada mencionava à respeito da matéria, sendo que a primeira disposição expressa sobre a proibição de algum tipo de substância tóxica somente é encontrada no Código Penal Republicano de 1890.

Segundo o Código, era considerado delito:

***“Expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem***

---

<sup>1</sup>“Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”, e ainda “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 o usar do ofício”. A sanção determinada é a “perda de sua fazenda e a degradação para a África”.



*legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários”.*

Note-se que a primeira disposição expressa referente a substâncias tóxicas no país já consagrava norma penal em branco que seria complementada, posteriormente, pelos regulamentos sanitários vinculados à discricionariedade do poder executivo.

No início do século, a onda da toxicomania, seguindo o exemplo europeu, invade as principais capitais do país e o consumo, principalmente de ópio e haxixe pela casta intelectual, incentivando a criação de medidas legislativas que regulamentassem o uso e a venda de tais substâncias. Neste sentido, a Consolidação das Leis Penais de dezembro de 1932, disciplina a matéria em seu artigo 159.

Em abril 1936, a publicação do Decreto 780, modificado pelo Decreto 2.953 de agosto de 1938, é considerada o primeiro ‘*grande impulso*’ na luta contra a toxicomania no Brasil<sup>2</sup>.

Todavia, o primeiro momento legislativo, no que tange ao ingresso do país em **modelo internacional de controle** de estupefacientes, dá-se com a edição do Decreto-lei 891 de novembro de 1938. Este Decreto-lei é elaborado de acordo com as disposições da *Convenção de Genebra* de 1936 e traz normas relativas a produção, tráfico e consumo, juntamente com relação de substâncias consideradas tóxicas e que, logicamente, deveriam ser proibidas

---

<sup>2</sup> Vicente **GRECO FILHO**, *Tóxicos: prevenção e repressão*, p. 41.

pelos países que ratificassem a orientação da Convenção<sup>3</sup>.

Em 1940, entra em vigor o novo Código Penal que vem a disciplinar a matéria em seu artigo 281:

*“Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou de qualquer maneira entregar ao consumo substância entorpecente”.*

A manutenção da norma penal em branco pelo referido dispositivo e a utilização do impreciso termo “*de qualquer maneira*” começam a delinear o perfil da técnica legislativa que será utilizada até os nossos dias não só ao que se refere às leis de tóxicos, mas também a maior parte das legislações penais especiais. A principal característica do dispositivo do artigo 281 do Código Penal, contudo, é a tentativa de preservar o controle sobre o consumo e tráfico de substâncias entorpecentes ilícitas em estatuto codificado. A partir de 1942, quando o Decreto-lei 4.720 dispõe sobre o cultivo e, principalmente, após 1964, momento em que a Lei 4.451 introduz ao tipo do artigo 281 a ação de plantar, veremos, na legislação pátria, processo de total descodificação<sup>4</sup> do

---

<sup>3</sup> O artigo 33 do Decreto-lei determina: “Facilitar, instigar por atos ou palavras o uso, emprego ou aplicação de qualquer substância entorpecente, ou, sem as formalidades prescritas nesta lei, vender, ministrar, dar, deter, guardar, transportar, enviar, trocar, sonegar, consumir substâncias compreendidas no artigo 1º ou plantar, cultivar, colher as plantas mencionadas no artigo 2º, ou de qualquer modo proporcionar a aquisição, uso ou aplicação destas substâncias - penas: 01 a 05 anos de prisão celular e multa de 01 a 05 contos de réis”.

<sup>4</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI (Entrevista) salienta que, atualmente, ocorre na América Latina um verdadeiro processo de desqualificação dos códigos penais, com a criação de leis especiais.

controle das drogas ilícitas, com conseqüências drásticas para toda a estrutura legislativa em matéria criminal.

Com a aprovação e promulgação da *Convenção Única sobre Entorpecentes* através do Decreto 54. 216, pelo Presidente Castello Branco, em 27 de agosto de 1964, o Brasil ingressa definitivamente no cenário internacional de combate às drogas.

A partir da década de sessenta, o consumo de drogas, principalmente drogas psicodélicas, como o LSD e a maconha, alcança amplitude generalizada e o controle torna-se extremamente difícil para as agências de poder dos Estados. Os movimentos contestatórios passam a utilizar as drogas como instrumento de protesto contra o imperialismo, base da política externa norte-americana para a América Latina, contra a síndrome armamentista e, fundamentalmente nos Estados Unidos da América do Norte, contra a Guerra do Vietnã. O uso de drogas ilícitas passa a ter, neste preciso momento histórico, sentido libertário, adquirindo caráter de manifestação política. Contrariamente ao que vinha acontecendo nas décadas anteriores, o consumo de drogas sai dos guetos e invade a classe média. O pânico criado por este fato solidificará campanhas de '**Lei e Ordem**'<sup>5</sup>, que orientarão a produção

---

*"Cada vez que surge uma nova lei sobre aluguéis, zoneamento urbano, seja o que for, é incluído nessa lei três ou quatro tipos de pena. Isso é multiplicado infinitamente. Nem nós, que somos professores, entendemos todos os tipos de penas, porque há uma inflação penal incrível"*(p. 09).

No Brasil o grande salto descodificador aconteceu na década de sessenta, com especial relação à Lei de Entorpecentes.

<sup>5</sup> A categoria 'Lei e Ordem' será exaustivamente explicada em local propício. Mas, inicialmente, podemos entender 'Lei e Ordem' como um movimento político-criminal autoritário, baseado em um modelo punitivo-retributivista, que se instrumentaliza a partir do '*mass media*'. Estes movimentos primam pelo recrudescimento do sistema punitivo com a diminuição das garantias individuais, aumento de possibilidade de prisões cautelares e adoção de medidas penológicas extremas (v.g. pena de morte, ergástulo...).

legislativa norte-americana de combate às drogas e, conseqüentemente, a transnacionalização<sup>6</sup> do controle sobre entorpecentes. A *Convenção Única sobre Estupefacientes* de 1961 é reflexo imediato desta realidade.

Começa a ser gerado, segundo Rosa del Olmo<sup>7</sup>, duplo discurso sobre a droga que pode ser conceituado como **modelo médico-jurídico**, tendendo a estabelecer **ideologia de diferenciação**.

---

<sup>6</sup> A transnacionalização do controle sobre entorpecentes, coloca-se no projeto de transnacionalização do controle social. Segundo Rosa del OLMO (*América Latina y su Criminología*), a transnacionalização do controle social implicaria a concepção do direito como Ciência universal, com a finalidade de dirimir as fronteiras nacionais para o controle da criminalidade e 'manutenção da paz'. A universalização de normas para enfrentar o problema delitivo obteve projeção após a Segunda Guerra Mundial.

O substrato ideológico do controle transnacional será dado pelo movimento da Defesa Social, "que corresponde a una ideologia caracterizada por una concepción abstracta y ahistórica de la sociedad donde se destacan fundamentalmente los principios del bien y del mal y de la culpabilidad, necesaria en ese momento como centralizadora y unificadora de las 'normas universales' que debían imponerse" (p. 90).

A noção de periculosidade resgatada do positivismo da Escola Criminológica italiana, volta a ser o centro das investigações e dos planos de ação contra a criminalidade.

Como acontece(ia) com os processos de transnacionalização econômica (transnacionalização e globalização do neocapitalismo), os argumentos centrais do controle da delinquência passam a ser invocados independentemente da contextualização sócio-cultural dos países envolvidos. Há um nexo de causalidade crucial entre a transnacionalização do capital e a transnacionalização do controle social, sendo que, em ambos, as conseqüências são trágicas:

"Sin embargo, al querer uniformizar el control social transnacionalmente a través de estos códigos, se le está dando al delito un carácter abstracto y ahistórico, olvidando su especificidad concreta en cada formación social" (p. 105).

Independentemente deste fato notório, surge um complexo de regras mínimas a serem incorporadas nos estatutos criminais das nações, determinando um verdadeiro plano de consolidação de um **Direito Penal Supranacional (Transnacional)**.

A referência se toma primordial, pois percebemos que o processo de transnacionalização do controle de drogas atinge seu principal momento - década de sessenta - na época em que as quatro associações internacionais (*Associação Internacional de Direito Penal, Sociedade Internacional de Criminologia, Sociedade Internacional de Defesa Social e Fundação Penal e Penitenciária Internacional*) organizavam, conjuntamente, congressos com intuito de acelerar o processo de universalização do controle, partindo do pressuposto diferenciador que é o periculosismo.

Sobre o tema, conferir também Hans-Heinrich JESCHECK, *Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma del Derecho Penal*, e Roberto BERGALLI, *Observaciones Críticas a las Reformas Penales Tradicionales*.

<sup>7</sup> Rosa del OLMO, *A face oculta da droga*, p. 34.

A principal característica deste discurso, segundo a criminóloga venezuelana, é traçar distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre o *doente* e o *delinqüente*. Assim, sobre os ‘*culpados*’ recai o **discurso jurídico** que define o **estereótipo criminoso**, passando a serem considerados como corruptores da sociedade. Sobre o consumidor, devido a sua condição social, incidiria o **discurso médico**, consolidado pelo **modelo médico-sanitário** em voga na década de cinquenta, que difunde o **estereótipo da dependência**<sup>8</sup>.

### “O problema da droga se apresentava [na década de sessenta]

---

<sup>8</sup> A categoria **estereótipo**, constantemente utilizada nesta dissertação, é conceituada a partir da **Teoria da Reação Social**. A teoria da Reação Social compreende as teorias da rotulação (Becker, Erikson, Lemert e Kitsuse), do estigma (Goffman) e do estereótipo (Chapman).

Por estereótipo, entendemos os elementos simbólicos que são manipuláveis na sociedade. O estereótipo serve para justificar a existência e o comportamento do sujeito em relação com seu meio, e é determinado pelas características consensuais encontradas nos *aparelhos de controle social*, difusos (escola, família, opinião pública) ou institucionais (aparelhos repressivos do Estado), sobre o desviante, no caso específico o dependente ou o delinqüente.

Segundo Lola Anyar de CASTRO (*Criminologizada Reação Social*), “O criminoso estereotipado, quer dizer, tal como o define o estereótipo, provém geralmente do proletariado ou do subproletariado: cresce em condições econômicas e afetivas precárias que o determinam a ser um adulto instável, agressivo, incapaz de incorporar-se com êxito ao sistema de produção”. “(...) O criminoso estereotipado é pois, função do sistema estratificado e concorre para mantê-lo inalterado. Isto permite à maioria não criminosa, redefinir-se com base nas normas que aquele violou e reforçar o sistema de valores do seu próprio grupo” (p.126).

A principal função do estereótipo é transformar o delinqüente estereotipado em **bode expiatório** da sociedade, ao qual dirige-se toda a carga agressiva do sistema social.

O estereótipo, entretanto, não se confunde com a **etiqueta**, que é a característica pessoal do indivíduo que se substitui pelo rótulo (dependente, criminoso, drogado...). Todavia, tanto estereótipo como etiqueta, conseqüências diretas do processo de seleção proporcionado pela lei penal (criminalização primária), atuam como (a) *instrumentos de identificação*, (b) *de produção de desvio secundário* (relacionado com as expectativas e a autopercepção da etiqueta e do estigma pelo desviante), e (c) *como formador de subculturas*.

A produção de novos desvios, a criação de subculturas e a (auto) identificação produzidas pela estigmatização são relatadas por Hulsman (*Penas Perdidas*): “Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que a rejeição social por ela (estigmatização) produzida podem determinar a percepção do eu como realmente ‘desviante’ e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente” (p. 69).

como *'uma luta entre o bem e o mal'*, continuando com o estereótipo moral, com o qual a droga adquire perfis de *'demônio'*; mas sua tipologia se tornaria mais difusa e aterradora, criando-se o pânico devido aos *'vampiros'* que estavam atacando tantos *'filhos de boa família'*<sup>9</sup>.

Extremamente definida fica a avaliação deste discurso pelo estudo da *Convenção Única sobre Entorpecentes* de 1961. No preâmbulo da Convenção, o escopo do estatuto é definido em relação à saúde física e moral da humanidade, sendo a toxicomania considerada *"grave mal para o indivíduo"*, constituindo *"perigo social e econômico para a humanidade"*. O *"combate a esse mal"* exigiria *"ação conjunta e universal"*, *"orientada por princípios idênticos e objetivos comuns"*. Desta forma, a Convenção viria a *"substituir os tratados existentes sobre entorpecentes"*, estabelecendo a política internacional de controle de substâncias tóxicas.

A Convenção arrola, em quatro listas anexas, todas as substâncias sujeitas à fiscalização, bem como proibidas de produção, fabricação, importação e exportação, comércio, posse e uso, salvo se necessárias à pesquisa científica e médica<sup>10</sup>. Além do controle e fiscalização, disciplina, em seu artigo 35, a *"ação contra o tráfico ilícito"* e, em seu artigo 38, o *"tratamento dos toxicômanos"*.

Além da *"demonização"* da droga e do estabelecimento da ideologia da diferenciação, outra decorrência do uso político dos entorpecentes

---

<sup>9</sup> Rosa del OLMO, op. cit., p. 34.

<sup>10</sup> As pesquisas, no entanto, devem ser supervisionadas e fiscalizadas pela *Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social* e pelo *Órgão Internacional de Fiscalização de Entorpecentes* designados pela ONU (art. 2º, 5, b c/c art. 5º da C. U. E.).

foi sua visualização, pelas agências de poder, no que tange à matéria de segurança interna, como “*inimigo interno*”<sup>11</sup>.

Da mesma forma que os Estados Unidos impõem sua política econômica e transnacionalizam a ideologia da Segurança Nacional, na década de sessenta, também incorporam os países da América Latina no processo de combate às drogas.

O Brasil, seguindo os passos já trilhados pela Venezuela e Colômbia, edita, em 10 de fevereiro de 1967, o Decreto-lei 159 que iguala aos entorpecentes algumas substâncias capazes de criarem dependência física e/ou psíquica<sup>12</sup>.

Substancial modificação, porém, acontece com a publicação do Decreto-lei 385, de 26 de dezembro de 1968. Apesar do incremento do Decreto-lei 4.720/42 e da Lei 4.451/64, ainda vigorava no país o dispositivo do art. 281 do Código Penal, no que concernia ao usuário e ao traficante. No entanto, vigora, até então, a interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, cujo entendimento era de que o art. 281 do Código Penal não abrangia os consumidores, pois em seu § 3º previa a punição do induzidor ou instigador. A interpretação era de que, sancionando o induzidor ou o instigador, estaria excluindo o usuário, visto que bastaria a regra geral do art. 25 do Código Penal de 1940 para a configuração da co-autoria.

A descriminalização do uso, operada pela via jurisprudencial,

---

<sup>11</sup> O Presidente Nixon, num discurso da época sobre a questão, afirmaria que “*O abuso de drogas atingiu dimensões de emergência nacional*”. Posteriormente, qualificaria as drogas como “*o primeiro inimigo público não econômico*”. Apud, Rosa del OLMO, op. cit., p. 36-39.

<sup>12</sup> “*Nesta matéria, o Brasil foi o segundo país do mundo a enfrentar o problema, considerando tão nocivo quanto o uso de entorpecentes o uso, por exemplo, de anfetamínicos ou dos alucinógenos*”. Vicente GRECO FILHO, op. cit., p. 42.

gerava situação que “(...)suscitava preocupações no âmbito da repressão(...)”, logo, “(...) o legislador brasileiro optou pela medida drástica de identificar, na mesma categoria, todos os envolvidos com tóxicos, independentemente do grau da sua participação”<sup>13</sup>.

Contrariando toda orientação internacional e rompendo com o próprio discurso oficial fundamentado pela ideologia da diferenciação, o Decreto-lei 385/68 estabelecia a mesma sanção para traficante e usuário<sup>14</sup>, ainda que o último fosse dependente.

Como observa Menna Barreto<sup>15</sup>, esta legislação vexatória tornou-se inoperante e inaplicável pelos tribunais, que acabavam por absolver réus primários e/ou dependentes, ao invés de aplicar-lhes “equilibradas condenações”.

Segundo o professor Ney Fayet de Souza, em tese aprovada pelo I Congresso do Ministério Público paulista, em 1971,

**“O Decreto-lei nº 385, abalou a consciência científica e jurídica da Nação, dividindo juristas, médicos, psiquiatras, psicólogos e todos quantos se voltam para o angustiante problema da vertiginosa disseminação do consumo de produtos entorpecentes”<sup>16</sup>.**

---

<sup>13</sup> J. D. Lacerda MENNA BARRETO, *Estudo geral da nova Lei de Tóxicos*, p. 29.

<sup>14</sup> Modificando o art. 281 do Código Penal, o Decreto-lei 385 passou a dar a seguinte redação ao § 1º: “Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

<sup>15</sup> Op. cit., p. 30-31.

<sup>16</sup> Ney FAYET, *Lei anti-tóxicos: reparos e sugestões para o art. 314 do novo Código Penal*, p. 57.



“É orientação deplorável e inexplicável, posta em péssima perspectiva social”, concluiria o penalista Heleno Cláudio Fragoso<sup>17</sup>.

Não encerram neste ponto, porém, os abusos produzidos pelo Decreto-lei 385. Como notamos, historicamente as legislações anti-drogas optam pela técnica das leis penais em branco com escopo de tutelar o bem ‘saúde pública’ com maior agilidade, porque o ato administrativo é menos moroso que a modificação e/ou publicação de leis penais. No entanto, a exegese do decreto em questão, feita pelo Supremo Tribunal Federal, remetia à complementação da norma penal em branco - este corpo errante a procura de alma, na clássica e popularizada conceituação de Binding - ao laudo toxicológico, que seria o instrumento eficaz para demonstrar a capacidade da droga e sua potencialidade em causar dependência física e/ou psíquica<sup>18</sup>. Assim, não haveria necessidade de publicização, pelo Poder Público, das substâncias proibidas, pois o laudo toxicológico determinaria a idoneidade lesiva da droga.

Posições jurisprudenciais e doutrinárias, a favor de tal interpretação, acabavam por legitimar sistema de total violação das garantias individuais. Em nível teórico, malabarismos doutrinários justificavam o entendimento oficial:

**“(...) o ato administrativo acudiria com inevitável atraso,**

---

<sup>17</sup> Op. cit., p. 59.

<sup>18</sup> “(...) a partir da vigência do Decreto-lei n° 385 não tem como se exigir que a droga entorpecente conste na lista editada pelo Poder Público. Bastante é que o exame toxicológico demonstre que a droga examinada seja idônea para gerar dependência física ou psíquica” (STF - R.E. 71.525 - 2a. Turma - decisão unânime).

**vicejando a difusão do vício irremediavelmente. A solução é entregar ao exame toxicológico a determinação daquilo que seja enquadrável, ou não, na repressão penal”<sup>19</sup>.**

Passados estes três anos de verdadeira excrescência legislativa, o Brasil ingressa na década de setenta de forma exemplar, em perfeita sintonia com a orientação internacional no que diz respeito às legislações anti-drogas, sendo que a edição da Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, marca total autonomia da disciplina em tela.

A Lei 5.726/71 renova a redação do artigo 281 do Código Penal<sup>20</sup> e modifica o seu rito processual, representando real e coerente iniciativa na repressão aos estupefacientes, chegando a ser considerada exemplar em nível mundial. O fato de não mais considerar o dependente como criminoso, porém, escondia faceta ainda perversa da Lei, que é de não diferenciar o usuário eventual (ou experimentador) do traficante.

**“Realmente, a ‘Lei Anti-Tóxicos’ [Lei 5.726/71] deixou a desejar porque quando todos esperavam que o tratamento punitivo para o consumidor da droga, que a trouxesse consigo, desaparecesse ou fosse bem menor do que o dispensado ao traficante - apenas para justificar a imposição da medida de segurança -, ambos**

---

<sup>19</sup> Luiz Matias FLACH, *Entorpecentes. Drogas que não causam dependência física ou psíquica não relacionadas pelo poder público. Aplicação da lei penal no caso*, p. 67.

<sup>20</sup> A nova redação passa a ser: “*Importar ou exportar. preparar, produzir, vender, expor a venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ou ministrar, ou entregar de qualquer forma ao consumo substância entorpecente ou que determine dependência*”. A pena é de 01 a 06 anos de reclusão e multa de 500 a 100 vezes o maior salário mínimo do país. Nas mesmas penas incorre “*quem traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica*”.

**continuaram a ter idêntico apenamento. E agora, com pena ainda maior: reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos, e multa (...) <sup>21</sup> ”.**

Esta legislação ainda preserva o discurso médico-jurídico encontrado na década anterior e sua notória consequência de definir usuário habitual como dependente - estereótipo da dependência - e traficante como delinqüente - estereótipo criminoso. Apesar de trabalhar com esta falsa realidade, distorcida e extremamente maniqueísta ao dividir a sociedade entre os ‘bons’ e os ‘maus’, a Lei 5.726 representa real avanço em relação ao Decreto pretérito e inicia o processo de substituição do modelo repressivo, que atingirá seu ápice na Lei 6.368/76.

Contudo, ainda não havia uniformização das leis anti-drogas no Brasil e o discurso médico se sobrepunha ao jurídico. A necessidade de incrementar a repressão e criar nova estratégia político-criminal, voltada para a década de oitenta, fomenta o surgimento da Lei 6.368 de 1976, ainda em vigência no país.

---

<sup>21</sup>Ney FAYET, op. cit., p. 58-59.

## 2. Lei 6.368/76: estudo político-criminal, normativo e jurisprudencial

Após percebermos a influência da Convenção Única de 1961 na configuração do modelo brasileiro de combate aos entorpecentes, passaremos a abordar, precedentemente, o sistema legislativo em vigor.

A Lei 6.368/76 instaura, no final dos anos setenta, novo modelo de controle que acompanha, novamente, as tratativas internacionais. A escassez do discurso médico-jurídico, no que tange à repressão, dá lugar ao **sistema preponderantemente jurídico**, baseado em legislação severa que, ao mesmo tempo que ainda mantém resquícios do antigo sistema (discurso médico-jurídico), elabora e legitima novo discurso, enfatizando o **jurídico-político**.

É indiscutível que o sistema penal brasileiro de combate às drogas ilícitas é muito mais amplo e complexo em seu aspecto normativo, não podendo ficar restrito ao aspecto exegético da Lei 6.368/76. Todavia, as legislações posteriores incidentes na matéria, e que serão posteriormente abordadas, potencializam e quantificam as idéias inseridas no atual estatuto. Assim, as características principais do modelo ainda são esboçadas pela referida lei, sendo clara a defasagem legislativa, a qual se tornou lugar comum nas críticas que se fazem atualmente à estrutura repressiva.

Desta forma, passaremos à avaliação preliminar de cunho legal, jurisprudencial e político-criminal.

## 2.1. Configurações político-criminais do estatuto

O texto da atual lei muda em muito pouco as figuras típicas encontradas nos estatutos anteriores (artigo 281 do Código Penal com a redação da Lei 5.726/71). A real diferenciação concerne à graduação das penas e à produção de novo modelo político-criminal, com novos estereótipos e nova legitimação repressiva.

Na década de setenta, entra em cena novo estereótipo, identificado e revestido com a roupagem da traficância.

A tática de transnacionalizar o controle sobre as drogas ilícitas tinha obtido êxito desde a ratificação da *Convenção Única sobre Estupefacientes*, por mais de cem países, nos anos sessenta. Entretanto, a dimensão do problema estava se agravando, principalmente nos Estados Unidos, onde o consumo de droga, ainda identificado com os movimentos contestatórios, gerava clima de total transgressão do *status quo*. Nixon e Bush, este último representante dos EUA em relação à política de drogas na ONU, conduzem a opinião pública a elegerem as drogas, principalmente a heroína, como o inimigo interno da nação.

Com a popularização do consumo de heroína e a criação dos programas de metadona, forma indireta de controlar e legalizar o vício, eliminase o inimigo interno, começando a surgir a discussão sobre a possibilidade de existência de novo inimigo dos EUA: o inimigo externo<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> A criminóloga Rosa del OLMO (op. cit., p. 41) percebe que esta era a melhor forma de responsabilizar um “país inimigo” pelo consumo de drogas no “mundo livre”, tanto que uma teoria sobre um provável “Pacto de Pequim”, pelo qual a China estaria envenenando o ocidente com

Os resultados da política norte-americana incidiram diretamente em toda a América Latina, sendo a Lei 5.726 claro reflexo desta assertiva. Mas é com a Lei 6.368/76 que o discurso jurídico-político toma dimensões específicas no país.

Um interrogante, no entanto, pode ser sugerido: se a política norte-americana de combate às drogas suscita a existência de um inimigo externo, e este se encontra em local específico - no Oriente ou na América Latina (países produtores e 'responsáveis' pela degradação do 'american way of life') -, qual o tipo de delinqüente seria eleito como inimigo no Brasil?

Parece claro que, através da absorção do discurso central, o inimigo interno, para nós, será o produtor e o traficante, ambos comerciantes da droga regionalmente e, esporadicamente, exportadores da droga para os países centrais.

A solução da transferência ilusória do problema para os países produtores resulta, para estes, na obrigação de criar **guerra interna**. A cômoda posição das agências centrais (EUA) instaura *modelo genocida* que, no dizer de Rosa del Olmo<sup>23</sup>, criaram resultados desastrosos porque, sendo importados e impostos, estes discursos alheios não levavam em conta a diferença entre as drogas e entre os grupos sociais envolvidos<sup>24</sup>. Aliados a este fato, os Estados Unidos passam a aferir-se o título de *policia mundial* encarregada do controle e

---

heroína, logo tomou conta da opinião pública. A América Latina não ficou imune de tal especulação, principalmente pelo fato de ser grande produtora, tanto que, em 1972, após a publicação do informe do Congresso dos EUA sobre "O tráfico mundial de drogas e seu impacto na segurança dos Estados Unidos", uma missão de estudos sobre o tema percorreu o território latino.

<sup>23</sup> Ib. ibdem., p. 46.

<sup>24</sup> Um claro exemplo desta política genocida e até mesmo etnocida, imposta pelos organismos internacionais, é a inclusão da folha de coca nas listagens de drogas ilícitas a serem eliminadas, destruindo culturas seculares dos povos andinos. Quando tratarmos da militarização do controle, abordaremos com maior propriedade esta questão.

repressão de entorpecentes.

A modificação do modelo tupiniquim de legislação anti-drogas, em total sintonia com as tratativas internacionais, revela-se, no relatório, embrião da Lei 6.368/76, apresentado pela Comissão constituída pelo Ministério da Justiça e aprovado pela Câmara dos Deputados (Projeto de Resolução 116) em 1974.

**“Constatado que o problema existe e se agrava, causando fundadas preocupações, este órgão sindicante, sem pretender buscar soluções definitivas, mesmo porque nenhum país as encontrou ainda, formula algumas respostas que lhe parecem positivas no encaminhamento de medidas nos campos *educacional, médico-social, político-administrativo, jurídico-legal* e de *segurança*”** (grifamos).

Nota-se, pelo exposto no relatório desta Comissão interdisciplinar, tanto a preservação do discurso médico-jurídico como a implementação do discurso jurídico-político. A questão fica ainda mais clara nas observações de João de Deus Lacerda Menna Barreto, membro do grupo de estudos criado pelo Ministério da Justiça que elaborou o Ante-projeto da nova Lei de Tóxicos.

**“A presente legislação sobre entorpecentes tem três características primaciais: celeridade racional dos prazos, quanto ao processo; modernidade adequada dos métodos, em relação ao tratamento do dependente de drogas, e proporcionalidade equitativa de sanções, no que concerne ao direito substantivo. Além disso, o princípio da autonomia legal que presidiu a feitura do novo estatuto,**

torna-o suficientemente flexível e capaz de adaptações às contingências sócio-econômicas e, até mesmo, de ordem científica, sem os inconvenientes das modificações reiteradas no Código Penal do País. Não há mais remissões a outros dispositivos legais (...)"<sup>25</sup>.

Tanto no plano político-criminal transnacional quanto em nível de técnica jurídica, a comissão legitima o novo estatuto. No que concerne ao plano político-criminal, mantém-se o discurso médico-jurídico, com a diferenciação básica entre dependente e criminoso e a manutenção dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente, instaurando-se, gradualmente, o discurso jurídico-político (plano da segurança) onde surgirá a figura do inimigo, igualmente encarnada no traficante. Percebe-se, neste ponto, o porquê da excessiva exacerbação da pena ao traficante em relação aos estatutos pretéritos.

Outro ponto, porém, é mister ressaltar. Ainda que o ápice do modelo jurídico-político ocorra em meados da década de setenta e início da década de oitenta, com a total incorporação dos postulados da *Doutrina de Segurança Nacional* na concepção de *seguridade pública*, as feições iniciais deste discurso serão emanadas já em meados dos anos sessenta com o apogeu da doutrina e a gênese da implementação irracional do **modelo repressivo militarizado**.

A ideologia da Segurança Nacional, como é sabido, ingressa oficialmente no cenário político nacional com a posse do General Castello Branco, em decorrência do golpe militar de 1964. Nesta época, já havia

---

<sup>25</sup> J. D. Lacerda MENNA BARRETO, op. cit., p. 33.



teóricos nacionais, principalmente Golbery do Couto e Silva, que desenvolviam categorias como *geopolítica*, *hipolaridade*, *guerra total* e *inimigo interno*. Contudo, a radicalização do sistema de Segurança Nacional ocorrerá em dezembro de 1968, com a edição do Ato Institucional nº 5, o qual marcará estrutura legislativa dirigida ao combate do inimigo interno, cujo desenvolvimento desenrolar-se-á até o processo de (re)democratização, ocorrido em meados dos anos oitenta. Sucedâneo do AI5, o Decreto-lei 898/69 dispõe sobre a Segurança Nacional, em clara referência, nos seus preceitos conceituais, à Doutrina de Segurança Nacional importada dos Estados Unidos.

Não podemos, entretanto, visualizar, no que diz respeito às legislações sobre entorpecentes, identificação direta com a ideologia da Segurança Nacional. A estrutura ideológica, como será tratado posteriormente, tanto da Lei 5.726/71 como do estatuto de 1976, será baseada em outro substrato ideológico, que é a ideologia da Defesa Social, estabelecendo clara diferenciação entre traficante e usuário, drogaditos e sadios. Da mesma forma, é impossível admitirmos transferência conceitual, doutrinária e jurisprudencial e entrega irrestrita dos juristas à doutrina da Segurança Nacional. Cremos que os postulados de Segurança Nacional orientaram e ainda fazem parte do imaginário de alguns juristas nacionais não, entretanto, como base ideológica dos estatutos criminais ou da Dogmática jurídico-penal que trata da temática, mas sim como fundamento e estrutura do modelo repressivo no que tange à concepção e formação da agências responsáveis pela Segurança Pública desde o regime militar<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> O que concerne à identificação e vínculo dos modelos de Segurança Pública à Ideologia da Segurança Nacional e à ideologia da Defesa Social, bem como seus efeitos no 'combate às drogas', desenvolveremos no final deste capítulo.

Como perceberemos posteriormente, o sistema de 'combate às drogas' será conformado por ideologias distintas, com postulados específicos e área de ação determinada. Um ponto, contudo, será comum: a divisão maniqueísta na estrutura social.

Com relação à técnica legislativa, a Lei 6.368/76 revigora o processo de descodificação, sob o embasamento de que haveria flexibilização muito maior em legislação esparsa e que esta flexibilidade proporcionaria total sintonia com os avanços científicos ocorridos na matéria de drogas. Aliás, esta foi a mesma justificativa utilizada para o emprego constante de *normas penais em branco* - caracterização do que é "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica" - e de *tipos penais abertos*, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas - como é o caso do emprego de expressões como "*de qualquer forma*", seguida de vários verbos nucleares (art. 12) ou, no caso do crime próprio do art. 15, a sanção ao médico que ministra ou prescreve dose superior "*evidente*".

Preambularmente, podemos fazer ao processo de descodificação crítica no que diz respeito à tendência, no Direito Penal nacional, de que leis especiais se convertam em direito de menor valor, freqüentemente ignorado pela doutrina, academia (ensino jurídico) e tribunais. Desta forma, a perspectiva de manutenção de modelo unitário é lesada.

Se salutar a manutenção repressiva em matéria de entorpecentes, entendemos que se enquadraria melhor no corpo do Código Penal. Como sabemos, a desvalorização que normalmente ocorre com as outras leis não foi constatada, mas é notório que a descodificação dos crimes de estupefacientes foi crucial para a implementação do atual modelo penal de criação e recriação

de leis ordinárias. A rigidez dos códigos garante, no mínimo, maior debate e maior seriedade nas alterações legislativas, impedindo as freqüentes legislações de cunho emotivo, alarmista e de ocasião.

Segundo Zaffaroni,

**“(...) la legislación penal latinoamericana padece de un *mal endémico*, que son las ‘leyes penales especiales’, cuja proliferación acarrea un enorme componente de inseguridad jurídica (...). La cantidad de leyes penales especiales es tal que puede afirmarse que se trata de un verdadero processo de ‘descodificación’ penal”<sup>27</sup>.**

A própria divisão dos capítulos da lei deixa clara a submissão da legislação pátria às imposições internacionais. Após a modificação na *Convenção Única sobre Estupefacientes*, em 1972 e a visita do grupo de estudos do Congresso norte-americano à América Latina, em 1973, foi instaurado, no mesmo ano, o *Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos* (ASEP), único órgão regional de tipo governamental na região. Com características nitidamente médico-jurídicas, o estudo do grupo subdividiu-se em quatro comissões: ‘Prevenção’, ‘Tratamento’, ‘Reabilitação’ e ‘Fiscalização e Repressão’. Curiosamente, é a estrutura tipológica principal do nosso estatuto anti-drogas.

A consequência deste duplo discurso, importado sem as adaptações necessárias à realidade sócio-econômica e cultural dos países da

---

<sup>27</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Política Criminal Latinoamericana*, p. 147. (grifamos).

América Latina, foi de gerar estereótipos bem específicos, pois,

**“(...) tudo dependia na América Latina de quem a consumia [droga]. Se eram os habitantes de favelas, seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava agressivos. Se eram os ‘meninos de bem’, a droga os tornava apáticos”<sup>28</sup>.**

Outro item importante a ser explicitado é o fato de que, enquanto as principais drogas nos anos setenta eram a cocaína e a heroína nos Estados Unidos e na Europa, a maconha era a droga de eleição para consumo nos países latinos. Desta forma, a importação do modelo em nada condizia com o padrão e o perfil do consumidor latino-americano. Igualmente, os programas, tanto repressivos quanto preventivos e de tratamento, eram totalmente obsoletos nesta avaliação empírica.

## **2.2. Análise normativa e jurisprudencial**

Ao iniciar a abordagem legal, seguiremos a divisão do estatuto em dois momentos distintos: o primeiro relativo à prevenção e ao tratamento, seguido da análise dos delitos, penas e procedimento criminal.

Sublinharemos, contudo, alguns aspectos relevantes quanto à

---

<sup>28</sup> Rosa del OLMO, op. cit., p. 46.

constitucionalidade que serão retomados, numa perspectiva crítica, mais adiante, quando a temática será tratada com exclusividade.

### **2.2.1. A prevenção e o tratamento**

O primeiro capítulo do texto legal trata “Da Prevenção”. De início, a lei estabelece o dever de toda pessoa, física ou jurídica, de colaborar na prevenção e repressão ao tráfico e ao uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Apesar desta norma não ter aplicabilidade concreta, a lei sanciona pessoas jurídicas com a perda de auxílios e subvenções do Estado, mas não estabelece as formas de colaboração. Assim, aponta tonalidade alarmista na problemática, visto que, em 1976, o consumo e o tráfico de drogas não atingiam índices elevados. Este pânico, que cremos importado acriticamente, demonstra distorção entre o real e o imaginário e revela os tipos de ilusão nos quais o sistema repressivo se estrutura e se mantém.

Claro exemplo do que foi afirmado no parágrafo anterior são os comentários do criminalista Vicente Greco Filho sobre o dispositivo. Diz o autor, em relação à falta de sancionamento pessoal:

**“O sancionamento pessoal, portanto, somente é válido através de norma específica. Poderia, então, haver a alegação de que o dispositivo é inútil. Não podemos, porém, chegar a este extremo. A**

**ausência de sanção transforma a norma de imperativa em exortiva, no chamamento das *forças da Nação para esta verdadeira guerra santa que é o combate aos tóxicos*. O dever mais que jurídico é moral (...)**<sup>29</sup>.

Da mesma forma entende o membro da Comissão que elaborou o Ante-projeto da Lei:

**“(...) o artigo inicial mantém a filosofia de que é indispensável a colaboração e o esforço conjunto num *campo de luta que hoje compromete toda humanidade*. É questão de sobrevivência político-econômica e social (...)**<sup>30</sup>.

A mobilização nacional pretendida pelo artigo primeiro da lei transforma a legislação anti-droga em verdadeira **legislação penal beligerante**, quiçá de **exceção**.

Em sintonia total com o artigo 1º, o artigo 4º enumera uma série de sociedades (culturais, esportivas, de ensino) que, através de seus diretores, deverão adotar medidas preventivas em relação ao uso e ao tráfico. A falha do artigo 1º se repete identicamente, ou seja, o dispositivo não descreve a conduta, ficando praticamente impossível determinar a responsabilidade penal e administrativa mencionada no parágrafo único.

O capítulo segundo (artigos 8º, 9º, 10 e 11) estabelece as

---

<sup>29</sup> Vicente **GRECO FILHO**, op. cit., p. 52 (grifamos).

<sup>30</sup> J. D. Lacerda **MENNA BARRETO**, op. cit., p.37 (grifamos).

condições para o tratamento e a recuperação, instaurando, normativamente, o discurso médico e desenvolvendo a categoria de dependente, que será extremamente útil para diferenciação do usuário e do traficante.

No caso, o dependente fica sujeito ao tratamento previsto em Lei, tendo cometido ou não delito. Este arbítrio legislativo revela o entendimento, no seio do discurso oficial, da dependência como fator criminógeno e de constante '*perigo social*' (*perigo abstrato decorrente de mera atividade*).

### 2.2.2. Delitos, penas e procedimento criminal

O capítulo terceiro diz respeito aos delitos e penas, trazendo série de modificações no sistema legislativo de combate aos estupefacientes no Brasil.

O texto revoga o art. 281 do Código Penal de 1940, autonomizando o estatuto. Finalmente, a série de legislações que se referiam ao combate às drogas se encontram expressas em apenas um documento legal.

O artigo 12, todavia, incorpora a estrutura legal encontrada anteriormente no artigo 281 do Código Penal com as inovações da Lei 5.726, ou seja, mantém quantidade expressiva de verbos núcleo do tipo (precisamente dezoito), preserva a norma penal em branco ("*substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*") e reitera elaborações genéricas ("*de qualquer forma*").

Em relação à norma penal em branco, apesar de ferir a

principiologia<sup>31</sup> estrutural do Direito Penal garantidor, representa avanço em comparação ao estatutos pretéritos, pois, como vimos nas conseqüências do Decreto-lei 385, estes conferiam competência definitiva ao laudo toxicológico. A partir da nova legislação, o complemento da norma fica adstrito à lei complementar ou às listagens publicadas, freqüentemente, pelo órgão de vigilância sanitária (Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, atualmente Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos - DIMED), conforme o art. 36 das disposições gerais.

Outra característica da estrutura do tipo do artigo 12, e também do artigo 13, é a incriminação de vários atos de execução que normalmente seriam encarados como preparatórios (v.g. “*possuir ou guardar maquinismo, aparelho ou objeto destinado à fabricação...*”), impossibilitando a caracterização e configuração da tentativa.

Quanto ao resultado lesivo ao bem jurídico tutelado - *salus publicae* - o delito elencado na norma é de **perigo abstrato**, isto é, não há necessidade de que ocorra efetiva lesão do bem jurídico para consumação do crime<sup>32</sup>. A simples conduta, determinada no tipo e presumida pelo legislador,

---

<sup>31</sup> A utilização da norma penal em branco fere o Princípio da Legalidade em uma de suas três subdivisões - Princípio da Reserva Legal (absoluta).

<sup>32</sup> Quanto à lesão do bem jurídico, os delitos podem ser classificados em Crimes de Dano e Crime de Perigo. Nos Crimes de Dano, ocorre a infração penal no momento em que há efetiva lesão do bem jurídico, quando ocorre uma alteração no bem provocada pela ação do sujeito. Já os Crimes de Perigo são caracterizados pela probabilidade de dano. “*É o dano em potencial*”, segundo Paulo José da COSTA JR. (*Curso de Direito Penal*, p.56). Estes subdividem-se em Crimes de Perigo Concreto e Crimes de Perigo Abstrato. Há crime de perigo concreto quando o perigo faz parte do tipo e o integra enquanto elemento normativo. A periculosidade necessita ser averiguada *in loco* e, se confirmada, configura o delito. No Crime de Perigo Abstrato, não há necessidade de tal averiguação. A ameaça ao bem é decorrente de lei. A conceituação do penalista alemão Winfried HASSEMER (*Perspectivas de uma Moderna Política Criminal*, p. 90) é esclarecedora: “*Para este tipo de delito não é necessário que se produza um dano. sequer é necessário que haja o perigo concreto, é suficiente que um ato proibido pelo legislador seja praticado para caracterizar o delito*”.



define o fato como criminoso.

No discurso da política oficial, a classificação dos crimes como de perigo abstrato possibilita que tanto repressão quanto prevenção sejam realizadas conjuntamente. É a tecnologia mais utilizada na atualidade em relação à “*criminalidade moderna*” (delitos econômicos, delitos ecológicos, criminalidade no comércio exterior e, logicamente, a questão das drogas ilícitas, principalmente o contrabando internacional).

Todavia, no plano substantivo, a utilização irrestrita de crimes de perigo abstrato causa sérias violações na estrutura clássica do Direito Penal, que reivindica, na atualidade, total harmonia com valores e princípios de ordem constitucional. Paulo José da Costa Jr. & Giorgio Gregori, ao trabalharem com esta categoria no plano das legislações ecológicas, salientam que a aplicação prática de normas de perigo abstrato apresenta “*um grande número de problemas de compatibilidade com os princípios em geral vigentes, nos ordenamentos penais, em matéria de legalidade e culpabilidade*”<sup>33</sup>.

Winfried Hassemer, ao criticar a excessiva utilização dos delitos abstratos na atualidade, afirma que, apesar das infrações ficarem muito mais fáceis de serem comprovadas, “*quanto menores forem as pré-condições para a sanção, tanto menores serão as possibilidades de defesa*”<sup>34</sup>.

A violação de princípios constitucionais e a quebra das garantias de ampla defesa indicam característica arriscada na manutenção deste tipo de incriminação.

Além das violações no plano material e constitucional, a definição

---

<sup>33</sup> Paulo José da COSTA Jr. & Giorgio GREGORI, *Direito Penal Ecológico*, p. 65.

<sup>34</sup> Winfried HASSEMER, op. cit., p. 90.

do crime como de perigo abstrato impede que se sustente a tese da atipicidade e a conseqüente descriminalização judicial do porte de ínfima quantidade de estupefacientes.

Lesão substancial decorrente da estrutura normativa do direito pátrio pela norma do artigo 12 da Lei 6.368/76, é a falta de definição precisa no elemento subjetivo do tipo, referindo apenas o dolo genérico, ausentando o dolo específico, que, para configuração do tráfico, seria o propósito de comércio ou fim de lucro<sup>35</sup>. O dolo específico é encontrado apenas na figura do artigo 16 (“Adquirir, guardar ou trazer consigo, *‘para uso próprio’*...”).

A norma anterior, que regulamentava o tráfico (art. 281 do Código Penal), determinava que a caracterização do delito somente poderia ocorrer se houvesse teleologia dirigida ao comércio ou contrabando ilegal pelo agente. Contudo, com a imperfeição da regra do artigo 12 e a localização precisa do elemento subjetivo do tipo no artigo 16, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que a incidência do artigo 12 ocorre por exclusão, ou seja, como o artigo que trata da traficância não refere dolo específico, sendo elencado apenas na regra do artigo 16, a distinção da ação deverá ocorrer conforme os critérios apreendidos pelo magistrado no processo.

**“O art. 12 da Lei 6.368/76 indica, de modo pormenorizado, as ações que podem importar em crime. Pode-se criticar o texto legal por abranger e fixar a mesma pena para condutas que variam do ‘trazer consigo’ ao ‘vender, expor a venda, ou oferecer’ substância**

---

<sup>35</sup> Aliás, o próprio conceito de tráfico é relativo ao comércio, negócio, busca de vantagens, favores, benefícios ilegais ou irregulares. Fazer negócios fraudulentos (Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA, *Médio Dicionário Aurélio*, p. 1672).

entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. A regra é tecnicamente defeituosa. Acontece, no entanto, que no seu art. 16 a mencionada lei veio a distinguir aquele que adquire, guarda, ou traz consigo, para uso próprio, substância tóxica, fixando a pena privativa de liberdade de seis a dois anos de detenção. Desse modo, a distinção entre as várias condutas deve ser feita pelo juiz diante dos elementos de prova, em cada caso concreto” (STF - HC 58.534 - Rel. Djaci Falcão - RTJ 101/134).

Posição idêntica encontramos em Celso Delmanto:

**“Um dos maiores defeitos do art. 12 é estabelecer a punição de condutas que podem ser praticadas por outras pessoas que não os verdadeiros traficantes de drogas. A não exigência do propósito de comércio ou fim de lucro (o art. 12 pune o fornecimento ainda que gratuito) dá margem a punições que serão injustas, se a lei não for aplicada com prudência nesse particular”<sup>36</sup>.**

Além dos defeitos técnicos, demonstrados pela doutrina e pela jurisprudência do STF, alia-se a este entendimento a regra contida no artigo 37 da Lei 6.368/76 (classificação provisória). Segundo o referido artigo, para a caracterização dos delitos levar-se-á em conta a natureza e a quantidade da substância, bem como o local, condições e circunstâncias da prisão, além da conduta e antecedentes do infrator.

Ora, a admissão desta leitura combinada entre os referidos artigos,

---

<sup>36</sup> Celso DELMANTO, *Tóxicos*, p. 18.

e legitimada doutrinária e jurisprudencialmente, apesar de não romper com a metodologia finalista adotada oficialmente pelo Código Penal brasileiro, visto que descarta a possibilidade de divisão no dolo, sendo este único e o fim especial, desrespeita a própria conceituação de ação. Sabemos que a ação do agente que estrutura o tipo de injusto deve ser encarada como ‘*ontologicamente finalista*<sup>37</sup>’ à realização do resultado. A proposição do fim é elemento substancial na definição do delito e não pode ser desprezada, sob pena de relegitarmos responsabilidade penal objetiva. A análise meramente objetiva distorce quase um século de avanços hermenêuticos na Ciência jurídico-penal ocidental.

Não obstante, delega-se a competência classificatória (provisória) à agência policial, que, pelas condições, local e circunstâncias determinará se o autor é traficante ou usuário.

O dolo genérico, elemento subjetivo do tipo, que compõe a regra do artigo 12, não pode se impor em lugar da especificidade exigida pela teoria final da ação, modeladora de todo o nosso ordenamento penal, sob pena de admitirmos interpretações vexatórias e arbitrárias, próprias de sistemas penais autoritários<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Hans WELZEL (*Derecho Penal Alemán*), o maior expoente da Escola Finalista da Ação, entende que a “*Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer final, no solamente causal. La finalidad o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecuencia de estos fines*” (p. 39).

Prossegue afirmando que a “*actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso*” (p. 39-40).

<sup>38</sup> Exemplos de jurisprudências que endossam a interpretação oficial dominante na doutrina são encontrados nos principais Tribunais do país:

Conseqüência ainda mais grave seria a possibilidade de incriminação, no mesmo *quantum*, do cedente, visto que a regra do artigo 12 não diferencia nem qualifica as espécies de tráfico. Todavia, tanto jurisprudência como a doutrina analisaram ponderadamente tal questão.

**“Punir-se, com as mesmas graves penas tanto o traficante profissional que ganha a vida às custas daquele comércio, como o usuário que cede ou passa a outro, ocasionalmente parte do tóxico que adquiriu não seria justo. Observa-se que faltou no elenco das punições da Lei de Tóxicos, uma capitulação intermediária entre o tráfico do art. 12 e o porte para uso do art. 16. Como é natural, a falha levou a jurisprudência à criação de forte corrente no sentido de que a cessão ou divisão esporádica de tóxicos entre amigos ou companheiros, enquadra-se na punição prevista pelo art. 16 (para uso próprio), não configurando o crime mais grave do art. 12”<sup>39</sup>**

Quanto à penalização, é notória a exacerbação do dispositivo em relação ao estatuto anterior. A pena de um a seis anos de reclusão e multa prevista no artigo 281 do Código Penal, com a redação da Lei 5.726/71, é

---

*“O crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76, não exige para sua configuração, a venda de substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação, a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância”* (TJSP - AC 6.635 - Rel. Onei Raphael - RJTJSP 70/371).

*“Caracteriza-se o tráfico ilícito de substância entorpecente, pela inexigibilidade do dolo específico, qualquer das condutas do agente, típicas e genuínas, de adquirir, vender, ter em depósito e fornecer, cloridrato de cocaína, sem autorização legal ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”* (TJRJ - AC 12.298 - Rel. Enéas Cotta).

Note-se que, pela interpretação da primeira decisão, a possibilidade de guarda em “estoque” para consumo é totalmente descartada, sendo completamente irrelevante, para este tipo de entendimento, a finalidade à qual o agente se propôs.

<sup>39</sup> Celso DELMANTO, op. cit., p. 18

elevada para reclusão de três a quinze anos e multa. A justificativa para o excessivo lapso entre o mínimo e o máximo punitivo decorre da pretensa possibilidade determinada pelo legislador de diferenciação entre grandes e pequenos traficantes. Não obstante, devido ao ingresso da Lei dos Crimes Hediondos no cenário criminal tupiniquim, o regime de cumprimento da pena deverá ser integralmente fechado, isto é, sem qualquer possibilidade de progressão.

Os artigos 13 e 14 da Lei 6.368/76 seguem rigorosamente as disposições da *Convenção Única sobre Estupefacientes*, com sua revisão, em 1971, pelo *Programa*<sup>40</sup>.

O artigo 13 versa sobre a incriminação de fabricação, venda, aquisição e fornecimento de máquinas, aparelhos ou instrumentos destinados à fabricação de substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física e/ou psíquica. Novamente temos como elemento do tipo o dolo genérico; contudo, a indeterminação da regra do art. 13, no que diz respeito ao tipo de maquinário e instrumento, bem como sua característica essencialmente preparatória, deixa-nos a interrogação da verdadeira necessidade do referido

---

<sup>40</sup> Dispõe o artigo 36, 02, a, II da Convenção:

*“Serão considerados delitos puníveis, na forma estabelecida no parágrafo 1, a participação deliberada, a confabulação destinada à consumação de qualquer dos referidos crimes, bem como a tentativa de consumá-los, os atos preparatórios e as operações financeiras em conexão com os mesmos”.*

No § 1º, encontramos a relação dos atos que os países signatários deverão incriminar:

*“Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena de prisão ou outras de privação de liberdade”.*

dispositivo.

Apesar do caráter preventivo revelado no artigo, não há como precisar os tipos de instrumento, pois, como sustenta Greco Filho, “*não existem aparelhos de destinação exclusivamente a essa finalidade*”<sup>41</sup>. Ao avaliarmos conjuntamente a falta de precisão no que tange ao objeto da ação, a inexigibilidade do dolo específico e o fato de ser o ato meramente preparatório, notamos verdadeira aberração na norma.

Quanto ao artigo 14, que trata da associação, a lei criou um crime autônomo (“crime de associação”), diverso da regra da quadrilha ou bando do artigo 288 do Código Penal e conflituoso com o artigo 8º da lei 8.072/90. Alberto Silva Franco, apesar das controvérsias e das inúmeras propostas de conciliação pela doutrina nacional entre os estatutos, entende como revogado o artigo 14 da Lei 6.368/76 pela regra do artigo 8º da Lei dos Crimes Hediondos. Assim, tendo a quadrilha ou bando se formado com a **intenção de tráfico**, deverá, “*para sua configuração típica, respeitar a redação do preceito primário do art. 288 do Código Penal e terá, como preceito sancionatório, a pena reclusiva prevista no art. 8º da Lei 8.072.90*”<sup>42</sup>.

Como podemos notar, principalmente pelo sancionamento das condutas dos artigos 13 e 14, a postura do legislador nacional foi de receber as diretrizes da Convenção e sancionar os fatos cujo entendimento era considerado salutar pelo órgão de repressão e controle internacional.

No artigo 16, encontramos a reafirmação dos tóxicos como crime de perigo abstrato e a determinação dos elementos subjetivos do tipo. O

---

<sup>41</sup> Vicente **GRECO FILHO**, op. cit., p. 107.

<sup>42</sup> Alberto Silva **FRANCO**, *Crimes Hediondos*, p. 331

primeiro elemento subjetivo determina ao agente o conhecimento de que se trata de substância entorpecente não autorizada; o segundo é o de identificação quanto à teleologia da atividade, ou seja, uma conduta destinada ao ‘uso próprio’.

Através de malabarismos retóricos, a Dogmática jurídico-penal brasileira afirma que a lei não pune o vício em si, mas “*o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, qualquer que seja o fim a que se destina*”<sup>43</sup>. A partir desse entendimento, torna-se consensual na tradição jurisprudencial brasileira que a lei não incrimina o uso, mas o adquirir, guardar ou trazer consigo.

Esta sutileza do discurso oficial produz, ao nosso ver, dupla consequência. Primeiramente, uma **função simbólica**<sup>44</sup> que impõe ao senso comum a idéia de que o consumidor não é sujeito da repressão penal, pelo fato de que o hábito de *usar* não configura o tipo. A *contrario sensu*, uma **função real**<sup>45</sup> que amplia a repressão, incidindo a lei sobre qualquer tipo de ação que se refira aos entorpecentes, eis que os verbos nucleares do tipo incorporam quaisquer espécies de condutas nas quais o modelo repressivo pretenda atuar. Neste sentido, concordamos plenamente com Alberto Zacharias Toron ao afirmar que

---

<sup>43</sup> TJSP - A.C. nº 58.511 - Rel. Camargo Sampaio.

<sup>44</sup> Por ‘**função simbólica**’ entendemos o discurso que gera uma falsa expectativa na sociedade, sendo que é irreal e contrário à atuação do sistema repressivo criminal.

<sup>45</sup> A ‘**função real**’ diz respeito à incidência das agências de controle sobre o simbolismo proposto, ou seja, num primeiro momento há uma expectativa de que o uso não é punido mas, latentemente, existe um regime penalógico que impossibilita e reprime todas as ações que o possibilitam.



**“Dizer-se que o uso de drogas não é punido soa, quando menos, estranho porque todas as condutas que possibilitam esta prática (adquirir, guardar ou trazer consigo) são incriminadas. Com efeito, se o usuário para consumir o entorpecente deve, em algum momento, detê-lo e essa detenção constitui crime, é evidente que o uso, ainda que por via oblíqua, é punido. Afirmar o contrário é sofismar<sup>46</sup>”**

Apesar disso, algumas decisões isoladas passaram a entender que o porte de pequena quantidade de entorpecente não configuraria figura típica, pelo fato de serem insuficientes à lesão do bem jurídico saúde pública<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Alberto Zacharias TORON, *A proteção constitucional da intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos*, p.43.

<sup>47</sup> Decisões exemplares, neste sentido, encontramos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e São Paulo:

*“Crime de tóxico. O crime é de perigo contra a saúde pública. Não se tipifica portanto quando a maconha, por tão pequena sua quantidade, não pode conter o mínimo de tetrahidrocanabinol capaz de criar aquele perigo, que é o estado de dependência. Nenhum tipo penal é estatuido pela lei para existir por si mesmo, sem um sentido finalístico definido. A criação de tipos em Direito Penal é determinada pelo princípio da imprescindibilidade da existência do tipo incriminador como meio de proteger bens jurídicos essenciais. Por isso, não se pode considerar como típica a conduta de portar substância entorpecente sem a indispensável presença do perigo comum, que vem a ser, precisamente, o elemento necessário para que haja a consumação delituosa”* (TJRS - AC 68006024 - Rel. Ladislau Fernando Rohnelt - RJTJRS 116/131).

*“Indivíduo preso por trazer consigo 0.5 g de maconha - quantidade ínfima não acarreta perigo à saúde do agente, nem à saúde pública, bens que a legislação de tóxico objetiva tutelar - Interpretação do art. 16 com o art. 37 da Lei de Tóxicos - sentença absolutória mantida, por maioria”* (TJRS - AC 687013847 - Rel. Moacir Danilo Rodrigues - RJTJRS 125/94).

*“A apreensão de porção ínfima de maconha e o exame de um decigrama de substância reconhecida como maconha, tudo confirma que, embora substância ativa, não pode por si causar dependência física ou psíquica ao seu portador ou a quem venha fumá-lo. O enchimento das condições legais que tipificam o delito não é puramente lógico-formal, mas sim reajustam à situação concreta onde o ínfimo não constitui ofensa penal. No Direito Penal, inclusive, há outras considerações a fazer, especialmente a razoabilidade”* (TJRS - AC 684000789 - Rel. Milton dos Santos Martins - RJTJRS 106/134).

*“Quantidade ínfima de maconha. Inocuidade para gerar distorções psíquicas. Fato atípico”* (TJSP - AC 42.883 - Rel. Gonçalves Sobrinho - RJTJSP, 102/451).

Logicamente, este tipo de interpretação tornou-se extremamente contraditório, dividindo tribunais em todo o país.

Continuando essa breve análise sistemática da Lei 6.368/76, percebemos, no artigo 17 (crime próprio praticado por funcionário público), problema de inflação normativa. Trata o artigo de violação de sigilo das peças, autos, inquérito e processo, se assim o magistrado desejar. Esta tipificação é totalmente desnecessária, pois os artigos 153 e 154, bem como o artigo 325 do Código Penal, já tutelam a administração pública e o segredo de justiça.

Em relação ao artigo 18, que define causas especiais de aumento de pena, temos o direcionamento obstinado da repressão ao traficante internacional (inciso I), àquele que tenha praticado delitos valendo-se de função pública (inciso II), se a ação for decorrente de associação ou visando menores (inciso III) e, por fim, se os atos de preparação, execução ou consumação ocorrerem próximos à entidades de natureza educacional, social *et coetera*.

O artigo que finda o capítulo dos delitos e das penas prevê isenção penalógica no caso em que o agente, ao tempo da ação, em razão de dependência ou sob efeito, fortuito ou de força maior, de estupefacientes era incapaz de entender o caráter ilícito da conduta. Se absolvido nestas circunstâncias, o juiz determinará tratamento médico (artigo 29).

O capítulo quarto da Lei 6.368/76 refere-se ao procedimento criminal. Entretanto, houve inúmeras alterações dos procedimentos em face da edição da Lei dos Crimes Hediondos.

A Lei 8.072/90 duplica os prazos para os processos referentes aos

---

No mesmo sentido conferir também os votos dos Des. Donato João SEHENEM (RJTJRS, 89/28) e Néilson Luis PUPERI (RJTJRS, 121/122).

dos artigos 12, 13 e 14, prazos estes determinados especificamente na lei especial e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Penal (artigo 20). Amplia o prazo, que pode ser prorrogável, da prisão provisória para o processo iniciado mediante prisão em flagrante, proibindo o direito de fiança (no caso tráfico de entorpecentes - artigo 5º, XLIII da Constituição) e prorroga o prazo de oferecimento da denúncia.

Notória violação constitucional ao direito de ampla defesa é encontrada no artigo 22, § 4º, que determina revelia após a citação por edital, caso o réu não seja encontrado no endereço dos autos. A lei determina revelia antes de esgotados os meios de procura pessoal do réu. A maioria dos doutrinadores entendem como inaplicável o dispositivo.

Outra grave violação constitucional, em que pese entendimento sumular contrário (Súmula 09 do Superior Tribunal de Justiça<sup>48</sup>), é a necessidade de o condenado em primeiro grau de jurisdição recolher-se à prisão como condição do apelo. No nosso entendimento, esta norma não somente fere o princípio da presunção da inocência (artigo 5º, LVII), como também os princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal, que, em hipótese alguma, poderiam ser limitados por disposição especial ou complementar<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Segundo o entendimento sumular, “A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

A problemática toma dimensões draconianas no momento em que não há previsibilidade, no direito pátrio, de controle de constitucionalidade das Súmulas e da Jurisprudência ordinária. Desta forma, criamos um judiciário legislativo, que interpreta a Constituição a partir das leis ordinárias e de suas decisões aleatórias. A propósito, não seria esta uma forma de ditadura do judiciário?

<sup>49</sup> A relação de violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e da presunção de inocência, conferida pela necessidade do recolhimento à prisão para apelação, será desenvolvida com maior propriedade no capítulo II, em título específico sobre os princípios constitucionais.

Os principais artigos das disposições gerais são o artigo 36, que institui a norma penal integrante da norma penal em branco dos artigos 12, 13 e 16, e os artigos 39 e 44 (normas programáticas), que instituem organização de serviços de informações oficiais relacionados com prevenção e repressão e dispõem sobre a especialização dos policiais encarregados da repressão, respectivamente.

Quanto ao artigo 35, que estabelece como condição de apelo o recolhimento à prisão, a análise será realizada nas críticas constitucionais - princípio da presunção de inocência, do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.

### **3. Crítica intra-sistemática ao sistema das drogas: desconstrução a partir da Teoria do Delito**

Neste item, abordaremos duas espécies de crítica: uma no que tange à **teoria do tipo**, e outra remetendo o sistema legislativo à **teoria da culpabilidade**, com intuito de submetê-lo a exame de ordem sociológica, iniciando, assim, as manifestações críticas a partir da Criminologia do desvio.

Todavia, pode parecer estranho privilegiarmos estes dois momentos específicos da Teoria do Delito - tipicidade e culpabilidade -, relegando a segundo plano a questão da antijuridicidade. Explicamos. Partimos,

na abordagem da Teoria do Delito, do pressuposto finalista<sup>50</sup>, percebendo que culpabilidade e tipicidade tem enormes semelhanças, pois ambas são o fundamento da imputação - objetiva e subjetiva<sup>51</sup>.

“(...) en la acción y en la antijuridicidad se trabaja con elementos *negativos* (excluyentes), en la tipicidad y en la culpabilidad con elementos *positivos* (fundamentadores)”<sup>52</sup>.

Na tipicidade, encontramos os elementos fundamentais do comportamento e o vínculo do autor com o resultado, ao passo que, no juízo de culpabilidade, determinam-se as valorações sobre o agente.

Quanto aos elementos excludentes - ação e antijuridicidade -, serão complementados em diversos momentos desta explanação<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> A adoção do finalismo na Teoria do Delito, porém, não é feita acriticamente. Vemos a Teoria do Delito como um processo em evolução nas Ciências Penais, não acabado e em constante modificações. No entanto, a eleição finalista ocorre, em nosso posicionamento, por exclusão, no momento em que entendemos que a teoria de Welzel explica, com maior propriedade, o problema das omissões impróprias, delitos de mera atividade e dos delitos negligentes do que o causalismo à questão da tentativa, dos aspectos subjetivos do tipo e da participação. Da mesma forma, percebemos a problemática gerada pelas teorias psicológicas e normativas da culpabilidade.

Indubitavelmente, não percebemos o finalismo como uma doutrina isenta de problemas. Em alguns momentos, ‘esvazia a culpabilidade’ e suscita críticas qualitativas à concepção ‘ontológica de ação’. Sustentamos que adotar irrestritamente a doutrina do finalismo pode acarretar problemas imensuráveis, como os apontados por Eduardo Novoa **MONREAL**, (*Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*) legitimando um **Direito Penal do autor**, cujos pressupostos de imputabilidade são determinados pelo que o agente é e não pelo que fez. Monreal chega ao ponto de relocalar a discussão à secularização e às possíveis reedições de um Direito Penal vinculado com a Moral.

<sup>51</sup> Winfried **HASSEMER**, *Fundamentos del Derecho Penal*, p. 267.

<sup>52</sup> Winfried **HASSEMER**, op. cit.

<sup>53</sup> Ao tratarmos dos artigos 12, 13 e 16 da Lei 6.368/76, iniciamos uma crítica relativa à ação. Posteriormente, no que tange à antijuridicidade, abordaremos uma discutível categoria que será sustentada nesta dissertação: o **traficante famélico** - comércio de drogas por estado de necessidade.

### **3.1. O tipo a partir de conceito material de delito**

A teoria do tipo penal foi desenvolvida, no início do século, por Beling (1906). Segundo o autor, o tipo penal seria totalmente objetivo, isto é, isento de qualquer espécie de valoração. Esta teoria foi mantida sem maiores divergências até a descoberta dos elementos subjetivos especiais do tipo, por Fischer, em 1911.

Como é sabido, as implicações da teoria de Beling e seu modelo integrado causalista (modelo Liszt-Beling) determinarão feição própria à Teoria do Delito. Com a descoberta dos elementos subjetivos do tipo e com a nova conceituação de ação por Welzel, o tipo penal será invadido de aspectos subjetivos que anteriormente, na teoria causalista, eram localizados na culpabilidade. A revolução doutrinária imposta pelo finalismo colocará em dúvida a teoria psicológica da culpabilidade, propondo que esta (culpabilidade) seja percebida e valorada normativamente - teoria normativa da culpabilidade.

Sem dúvida alguma, ocorre mudança radical na estrutura da Teoria do Delito e em suas implicações com a Dogmática jurídico-penal<sup>54</sup>. Não realizaremos, porém, estudo minucioso, sequer superficial das teorias do crime, visto não ser este o objeto da presente dissertação. Partimos, como afirmamos

---

<sup>54</sup> Não classificamos, entretanto, como opostas as perspectivas finalistas e causalistas. Entendemos que o finalismo representa uma evolução, dentro da Teoria do Delito, que tem como base estrutural o causalismo.

anteriormente, da perspectiva finalista para avaliarmos as funções do tipo e suas conseqüências no estudo ora proposto.

O tipo penal aparece na Teoria do Delito como “o centro da Dogmática do crime”<sup>55</sup>, como categoria seletiva e redutora das mais variadas espécies de condutas do mundo social. Welzel afirmará que o tipo, como figura puramente conceitual, seleciona “de la multitud de conductas humanas aquellas que son relevantes para el Derecho Penal (...)”<sup>56</sup>.

Segundo Zaffaroni,

**“El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)”<sup>57</sup>.**

O predicado tipo, tendo como sujeito a ação do agente, terá íntima relação com o princípio da legalidade (tipo-garantia), posto que poderemos reduzir o princípio do “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” ao aforismo “*nullum crimen, sine tipo*”. Podemos afirmar que a doutrina do tipo representa, na Dogmática penal, a versão técnica do apotegma político *nullum crimen sine lege*<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Álvaro Mayrink da COSTA, *Teoria do Tipo*, p. 65.

<sup>56</sup> Hans WELZEL, op. cit., p. 65.

<sup>57</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, p. 371.

<sup>58</sup> Luis LUISI, *O Tipo Penal. a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*, p. 13.

Tal relação corresponderia a uma função sistemática no Direito Penal, onde o tipo apareceria como categoria racionalizadora do princípio da legalidade.

Desenvolvendo a teoria em perspectiva criminológica, o tipo penal apareceria como instrumento fundamental da criminalização primária (**seletiva**), eis que é abstração artificial decorrente do processo de escolha prévia de condutas pelo legislador penal<sup>59</sup>. A *contrariu sensu*, aparece também como instrumento de garantia, nos moldes da fundamentação teórica advinda dos teóricos clássicos oitocentistas.

Assim, “*não há crime sem tipo legal, que não só funciona como elemento essencialíssimo na definição formal de crime, mas também um resguardo de liberdade*”<sup>60</sup>.

Contudo, em decorrência da eleição do conceito de delito empregado pelo pesquisador, o tipo penal adquirirá funções totalmente diversas.

Se partirmos da **concepção formal** de delito, em que este é entendido apenas como infração da norma ditada pelo Estado, o tipo penal resguardará, primeiramente, esta função oficial garantidora, seguido de função real de seleção de condutas. Partindo-se, contudo, do **conceito analítico-dogmático** em que o crime é ação típica, antijurídica, culpável e punível, a categoria será um elemento cognoscitivo da ilicitude - função indiciária onde o

---

<sup>59</sup> WELZEL (op. cit.) chega a afirmar este processo de seleção, logicamente sem a carga crítica e valorativa imposta pela Criminologia pós etiologismo.

“(…) el tipo selecciona entre la cantidad innumerable de conductas jurídicamente indiferentes aquella que es relevante para el Derecho Penal y que está sujeta a una valoración como jurídica o antijurídica” (p. 65).

<sup>60</sup> Álvaro Mayrink da COSTA, op. cit., p. 68.



tipo atua como valoração, eis que a antijuridicidade apareceria como juízo material negativo da tipicidade (Mezger). Se concebermos, todavia, o delito a partir de **conceitos materiais**, este denotará função totalmente adversa.

Materialmente, conceitua-se o delito como

**“(...) um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um *bem*, ou um valor da vida social.**

**(...) Crime é, assim, numa definição material, a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de uma pena”<sup>61</sup>.**

O interesse social e o bem jurídico passam a ser o caráter normogenético do tipo. Aliás, a própria doutrina moderna do crime tem colocado o bem jurídico<sup>62</sup> como fundamental e ponto estrutural na análise das condutas delitivas<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Heleno Cláudio **FRAGOSO**, *Lições de Direito Penal*, p. 144 (grifamos).

<sup>62</sup> O magistério de **ZAFFARONI** (op. cit.) esclarece a definição de “bem jurídico”.

*“(...) bien juridico tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan”* (p. 389) (grifamos).

Para o penalista argentino, é fundamental na caracterização, do bem jurídico, o poder de disponibilidade que o agente adquire em relação ao interesse. Exemplifica:

*“En realidad, si bien no es incorrecto decir que el honor es un bien juridico, eso pasa de ser una abreviatura, porque el bien no es propriamente el honor, sino el derecho a disponer del proprio honor. como el bien juridico no es la propiedad, sino el derecho a disponer de los derechos patrimoniales”* (p. 389).

Assim, *“bienes juridicos son los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos”* (p. 390), pois o direito sanciona quem nos impede de dispor de alguns bens. Não obstante, não nos pune

Hassemer percebe que, “*la misión del estudio de la tipicidad es caracterizar el relieve de la protección de bienes jurídicos, que es lo que constituye la especificidad de toda cultura juridicopenal*”<sup>64</sup>.

Assim, a função do tipo, desde uma concepção material, é a de proteção aos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Contudo, pode ocorrer que, no processo de seleção legislativa, ingressem na órbita jurídica, como tipos penais, interesses ímpares e alheios àquela estrutura ascendente.

**“Muitas vezes, pode ocorrer de o próprio interesse criar valores abstratos, formais, sem correspondência real e direta com aspectos da vida social. Estes valores, porém, mesmo sendo criação abstrata, se integram à norma como interesses juridicamente protegidos, fazendo parte, juntamente com os valores sociais concretos, dos denominados bens jurídicos”**<sup>65</sup>.

---

por destruirmos um bem próprio, porque sabemos que a auto-lesão e o dano da própria saúde ou propriedade não são típicos.

Zaffaroni classifica em autoritária a intenção de reduzir os bens jurídicos a uma única entidade, o Estado, visto que ele próprio é um bem, e bem disponível. O sentido de **disponibilidade** é empregado como uso dos bens. Logo, o Estado é um bem jurídico disponível, porque o utilizamos diária e irrestritamente.

Sobre a temática, conferir também o artigo de Alessandro **BARATTA**, “*Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico*”.

<sup>63</sup> Neste aspecto, percebemos os avanços da Teoria do Delito nas palavras de Juarez **TAVARES** em sua obra *Direito Penal da Negligência*. Segundo o autor, “*a doutrina moderna tem entendido que a função do Direito Penal é, primordialmente, a proteção dos denominados bens jurídicos*” (p. 105).

“*Afora o positivismo jurídico, ninguém nega que o Direito não está alheio aos interesses da estrutura social, nem pode sobreviver por muito tempo sem eles. Há, portanto, uma relação necessária entre a norma jurídica e o interesse que lhe serve de substrato*” (p. 106).

<sup>64</sup> Winfried **HASSEMER**, op. cit., p. 261.

<sup>65</sup> Juarez **TAVARES**, op. cit., p. 109.

Ocorre, nesta hipótese, descompasso entre o valor social e o interesse tutelado.

**“Os bens jurídicos, portanto, servem de suporte à norma jurídico-penal, como expressão mediatizada de interesses concretos das classes sociais dominantes”<sup>66</sup>.**

A lição de Fragoso<sup>67</sup> se torna fundamental, visto que a referência ao *juízo do legislador* é imprescindível e o interesse deste (legislador) não pode ser desconectado da aplicação normativa, ou seja, o tipo, ao incidir nas ações sociais (positivas ou negativas), não se neutraliza em sentido político-social. É claro que a opção metodológica proposta infringe abertamente os postulados positivistas adotados pela Teoria do Delito tradicional. A noção conceitual neutralizada, gênese desta categoria (tipo), vincula-se à falta de valoração anímica do agente ao concretizar e ser subsumido pelo tipo penal. Beling<sup>68</sup>, ao classificar o tipo, afirmava que “*o tipo não é valorativo, mas descritivo, pertence à lei, e não à vida real*”<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> Ib. ibdem.

<sup>67</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO, op. cit., p. 145.

<sup>68</sup> Segundo WELZEL (op. cit.), “*Belting sostuvo que el tipo no contenía ‘ningún juicio de valor’ y que estaba libre de todo elemento subjetivo-animico*” (p.62). Porém, este defeito teria sido corrigido com a descoberta dos elementos subjetivos do tipo, sendo a ausência de valoração dirigida aos aspectos intelectivos do sujeito sobre o qual a norma subsume, e não aos aspectos político-sociais aqui referidos.

<sup>69</sup> Luis LUISI, op. cit., p. 15.

Logicamente, a crítica à tese da neutralidade axiológica, derivada do positivismo científico<sup>70</sup>, não cabe, nos mesmos parâmetros, à estrutura do tipo<sup>71</sup> neutro de Beling, visto que, neste caso, a própria Dogmática superou este grave equívoco<sup>72</sup>.

Em tese, os tipos não descrevem características existenciais próprias do sujeito. Contudo, existem os chamados **tipos de autor**, “*onde se destaca não a conduta que o tipo encerra, mas a personalidade do autor desse obrar*”<sup>73</sup>. O laborador da norma nos remete à tipicidade, a qual se perfaz pela habitualidade, como é o caso das incriminações da Lei de Entorpecentes.

A racionalidade exigida ao sistema impõe que o legislador penal crie tipos essencialmente de ato e não de autor, eis que “*es de toda evidencia que prohibir una personalidad implica la aberrante pretensión de un derecho penal que ignora cualquier límite de privacidad y reserva*”<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Uma bela ilustração dos efeitos do positivismo sobre às Ciências é dada por Michel LÖWY em sua clássica obra *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. Para o sociólogo mineiro radicado em Paris, a lógica do positivismo pode ser expressa a partir da fábula do Barão de Münchhausen, em que o objeto de estudo se auto-retira de seu nascedouro.

“*Liberar-se por um ‘esforço de objetividade’ das pressuposições éticas, sociais ou políticas fundamentais de seu próprio pensamento é uma façanha que faz pensar irresistivelmente na célebre história do Barão de Münchhausen. ou este herói picaresco que consegue, através de um golpe genial, escapar ao pântano onde ele e seu cavalo estavam tragados, ao puxar a si próprio pelos cabelos... Os que pretendem ser sinceramente seres objetivos são simplesmente aqueles nos quais as pressuposições estão mais profundamente enraizadas*” (p. 31).

<sup>71</sup> Uma salutar observação é a da diferença entre **tipo** e **norma penal**. O legislador parte do bem jurídico para criar a norma e estabelecer o tipo que será utilizado pelo jurista para avaliar a norma e tutelar o bem. São dois processo inversos, diferenciados.

<sup>72</sup> Segundo Álvaro Mayrink da COSTA (op. cit.) “*É admitido hoje que determinados tipos de crime contêm elementos subjetivos, que pertencem ao âmbito da reprovabilidade, o que resultaria na antecipação da tipicidade. A presença ou ausência daria a tipicidade ou a atipicidade*” (grifamos).

Cabe aqui, no entanto, uma breve diferenciação entre **tipo** e **tipicidade**. O tipo é a abstração legal, a fórmula legal que permite averiguar a conduta, realizada pelo legislador. A tipicidade é a adequação da conduta ao tipo, enquanto que o juízo de tipicidade é relativo à observação e adequação da conduta (p. 75-79).

<sup>73</sup> Ib. ibdem., p. 83.

<sup>74</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit., p. 376.

Ao passo que a tutela da personalidade é imprescindível para confinar a atuação legiferante e conceitual, limitando as funções do tipo, este, por sua vez, deve restringir sua incidência, tendo como escopo a proteção de atitudes individuais em que o Direito Penal minimizará sua atuação.

O principal câmbio na conceituação de delito - de formal e analítico para material - e a assunção dos bens jurídico como estrutura normogenética e lapidar da Teoria do Delito, dar-se-á pelo fato de que a tipicidade, do ponto de vista meramente formal e dogmático, “(...) *não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do Direito Penal diante de seu reconhecido caráter subsidiário, já que manifesta a sua ineficiência como o único meio de controle social*”<sup>75</sup>.

O reconhecido fracasso das agência penais, demonstrado empiricamente pela crítica criminológica, requer que este instrumento formal de controle seja utilizado em *ultima ratio*. Desta forma, cresce qualitativa e quantitativamente os teóricos que estão exigindo a efetividade do **princípio da intervenção mínima**<sup>76</sup>.

Advém do princípio da intervenção mínima a principal crítica interna ao sistema penal. O caráter de subsidiariedade e fragmentariedade expresso neste princípio demonstra que o aparato penal é em demasia ilusório, que o próprio sistema somente admite sua utilização em casos de máxima urgência, onde outras soluções, nos níveis informais ou formais de controle,

---

<sup>75</sup> Vico MAÑAS, *O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*, p. 53.

<sup>76</sup> Como abordaremos posteriormente, não podemos confundir a perspectiva advogada pela intervenção mínima com o modelo político-criminal sustentado pelo minimalismo crítico, que tem como horizonte programático a abolição do sistema penal.

## 2. Lei 6.368/76: estudo político-criminal, normativo e jurisprudencial

Após percebermos a influência da Convenção Única de 1961 na configuração do modelo brasileiro de combate aos entorpecentes, passaremos a abordar, precedentemente, o sistema legislativo em vigor.

A Lei 6.368/76 instaura, no final dos anos setenta, novo modelo de controle que acompanha, novamente, as tratativas internacionais. A escassez do discurso médico-jurídico, no que tange à repressão, dá lugar ao **sistema preponderantemente jurídico**, baseado em legislação severa que, ao mesmo tempo que ainda mantém resquícios do antigo sistema (discurso médico-jurídico), elabora e legitima novo discurso, enfatizando o **jurídico-político**.

É indiscutível que o sistema penal brasileiro de combate às drogas ilícitas é muito mais amplo e complexo em seu aspecto normativo, não podendo ficar restrito ao aspecto exegeticamente da Lei 6.368/76. Todavia, as legislações posteriores incidentes na matéria, e que serão posteriormente abordadas, potencializam e quantificam as idéias inseridas no atual estatuto. Assim, as características principais do modelo ainda são esboçadas pela referida lei, sendo clara a defasagem legislativa, a qual se tornou lugar comum nas críticas que se fazem atualmente à estrutura repressiva.

Desta forma, passaremos à avaliação preliminar de cunho legal, jurisprudencial e político-criminal.

## 2.1. Configurações político-criminais do estatuto

O texto da atual lei muda em muito pouco as figuras típicas encontradas nos estatutos anteriores (artigo 281 do Código Penal com a redação da Lei 5.726/71). A real diferenciação concerne à graduação das penas e à produção de novo modelo político-criminal, com novos estereótipos e nova legitimação repressiva.

Na década de setenta, entra em cena novo estereótipo, identificado e revestido com a roupagem da traficância.

A tática de transnacionalizar o controle sobre as droga ilícitas tinha obtido êxito desde a ratificação da *Convenção Única sobre Estupefacientes*, por mais de cem países, nos anos sessenta. Entretanto, a dimensão do problema estava se agravando, principalmente nos Estado Unidos, onde o consumo de droga, ainda identificado com os movimentos contestatórios, gerava clima de total transgressão do *status quo*. Nixon e Bush, este último representante dos EUA em relação à política de drogas na ONU, conduzem a opinião pública a elegerem as drogas, principalmente a heroína, como o inimigo interno da nação.

Com a popularização do consumo de heroína e a criação dos programas de metadona, forma indireta de controlar e legalizar o vício, elimina-se o inimigo interno, começando a surgir a discussão sobre a possibilidade de existência de novo inimigo dos EUA: o inimigo externo<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> A criminóloga Rosa del OLMO (op. cit., p. 41) percebe que esta era a melhor forma de responsabilizar um “país inimigo” pelo consumo de drogas no “mundo livre”, tanto que uma teoria sobre um provável “Pacto de Pequim”, pelo qual a China estaria envenenando o ocidente com

Os resultados da política norte-americana incidiram diretamente em toda a América Latina, sendo a Lei 5.726 claro reflexo desta assertiva. Mas é com a Lei 6.368/76 que o discurso jurídico-político toma dimensões específicas no país.

Um interrogante, no entanto, pode ser sugerido: se a política norte-americana de combate às drogas suscita a existência de um inimigo externo, e este se encontra em local específico - no Oriente ou na América Latina (países produtores e 'responsáveis' pela degradação do 'american way of life') -, qual o tipo de delinqüente seria eleito como inimigo no Brasil?

Parece claro que, através da absorção do discurso central, o inimigo interno, para nós, será o produtor e o traficante, ambos comerciantes da droga regionalmente e, esporadicamente, exportadores da droga para os países centrais.

A solução da transferência ilusória do problema para os países produtores resulta, para estes, na obrigação de criar **guerra interna**. A cômoda posição das agências centrais (EUA) instaura *modelo genocida* que, no dizer de Rosa del Olmo<sup>23</sup>, criaram resultados desastrosos porque, sendo importados e impostos, estes discursos alheios não levavam em conta a diferença entre as drogas e entre os grupos sociais envolvidos<sup>24</sup>. Aliados a este fato, os Estados Unidos passam a aferir-se o título de *polícia mundial* encarregada do controle e

---

heroína, logo tomou conta da opinião pública. A América Latina não ficou imune de tal especulação, principalmente pelo fato de ser grande produtora, tanto que, em 1972, após a publicação do informe do Congresso dos EUA sobre "O tráfico mundial de drogas e seu impacto na segurança dos Estados Unidos", uma missão de estudos sobre o tema percorreu o território latino.

<sup>23</sup> Ib. ibdem., p. 46.

<sup>24</sup> Um claro exemplo desta política genocida e até mesmo etnocida, imposta pelos organismos internacionais, é a inclusão da folha de coca nas listagens de drogas ilícitas a serem eliminadas, destruindo culturas seculares dos povos andinos. Quando tratarmos da militarização do controle, abordaremos com maior propriedade esta questão.



repressão de entorpecentes.

A modificação do modelo tupiniquim de legislação anti-drogas, em total sintonia com as tratativas internacionais, revela-se, no relatório, embrião da Lei 6.368/76, apresentado pela Comissão constituída pelo Ministério da Justiça e aprovado pela Câmara dos Deputados (Projeto de Resolução 116) em 1974.

**“Constatado que o problema existe e se agrava, causando fundadas preocupações, este órgão sindicante, sem pretender buscar soluções definitivas, mesmo porque nenhum país as encontrou ainda, formula algumas respostas que lhe parecem positivas no encaminhamento de medidas nos campos *educacional, médico-social, político-administrativo, jurídico-legal* e de *segurança*”** (grifamos).

Nota-se, pelo exposto no relatório desta Comissão interdisciplinar, tanto a preservação do discurso médico-jurídico como a implementação do discurso jurídico-político. A questão fica ainda mais clara nas observações de João de Deus Lacerda Menna Barreto, membro do grupo de estudos criado pelo Ministério da Justiça que elaborou o Ante-projeto da nova Lei de Tóxicos.

**“A presente legislação sobre entorpecentes tem três características primaciais: celeridade racional dos prazos, quanto ao processo; modernidade adequada dos métodos, em relação ao tratamento do dependente de drogas, e proporcionalidade eqüitativa de sanções, no que concerne ao direito substantivo. Além disso, o princípio da autonomia legal que presidiu a feitura do novo estatuto,**

**torna-o suficientemente flexível e capaz de adaptações às contingências sócio-econômicas e, até mesmo, de ordem científica, sem os inconvenientes das modificações reiteradas no Código Penal do País. Não há mais remissões a outros dispositivos legais (...)"<sup>25</sup>.**

Tanto no plano político-criminal transnacional quanto em nível de técnica jurídica, a comissão legitima o novo estatuto. No que concerne ao plano político-criminal, mantém-se o discurso médico-jurídico, com a diferenciação básica entre dependente e criminoso e a manutenção dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente, instaurando-se, gradualmente, o discurso jurídico-político (plano da segurança) onde surgirá a figura do inimigo, igualmente encarnada no traficante. Percebe-se, neste ponto, o porquê da excessiva exacerbação da pena ao traficante em relação aos estatutos pretéritos.

Outro ponto, porém, é mister ressaltar. Ainda que o ápice do modelo jurídico-político ocorra em meados da década de setenta e início da década de oitenta, com a total incorporação dos postulados da *Doutrina de Segurança Nacional* na concepção de *seguridade pública*, as feições iniciais deste discurso serão emanadas já em meados dos anos sessenta com o apogeu da doutrina e a gênese da implementação irracional do **modelo repressivo militarizado**.

A ideologia da Segurança Nacional, como é sabido, ingressa oficialmente no cenário político nacional com a posse do General Castello Branco, em decorrência do golpe militar de 1964. Nesta época, já havia

---

<sup>25</sup> J. D. Lacerda **MENNA BARRETO**, op. cit., p. 33.

teóricos nacionais, principalmente Golbery do Couto e Silva, que desenvolviam categorias como *geopolítica, bipolaridade, guerra total e inimigo interno*. Contudo, a radicalização do sistema de Segurança Nacional ocorrerá em dezembro de 1968, com a edição do Ato Institucional nº 5, o qual marcará estrutura legislativa dirigida ao combate do inimigo interno, cujo desenvolvimento desenrolar-se-á até o processo de (re)democratização, ocorrido em meados dos anos oitenta. Sucedâneo do AI5, o Decreto-lei 898/69 dispõe sobre a Segurança Nacional, em clara referência, nos seus preceitos conceituais, à Doutrina de Segurança Nacional importada dos Estados Unidos.

Não podemos, entretanto, visualizar, no que diz respeito às legislações sobre entorpecentes, identificação direta com a ideologia da Segurança Nacional. A estrutura ideológica, como será tratado posteriormente, tanto da Lei 5.726/71 como do estatuto de 1976, será baseada em outro substrato ideológico, que é a ideologia da Defesa Social, estabelecendo clara diferenciação entre traficante e usuário, drogaditos e sadios. Da mesma forma, é impossível admitirmos transferência conceitual, doutrinária e jurisprudencial e entrega irrestrita dos juristas à doutrina da Segurança Nacional. Cremos que os postulados de Segurança Nacional orientaram e ainda fazem parte do imaginário de alguns juristas nacionais não, entretanto, como base ideológica dos estatutos criminais ou da Dogmática jurídico-penal que trata da temática, mas sim como fundamento e estrutura do modelo repressivo no que tange à concepção e formação das agências responsáveis pela Segurança Pública desde o regime militar<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> O que concerne à identificação e vínculo dos modelos de Segurança Pública à Ideologia da Segurança Nacional e à ideologia da Defesa Social, bem como seus efeitos no 'combate às drogas', desenvolveremos no final deste capítulo.

Como perceberemos posteriormente, o sistema de 'combate às drogas' será conformado por ideologias distintas, com postulados específicos e área de ação determinada. Um ponto, contudo, será comum: a divisão maniqueísta na estrutura social.

Com relação à técnica legislativa, a Lei 6.368/76 revigora o processo de descodificação, sob o embasamento de que haveria flexibilização muito maior em legislação esparsa e que esta flexibilidade proporcionaria total sintonia com os avanços científicos ocorridos na matéria de drogas. Aliás, esta foi a mesma justificativa utilizada para o emprego constante de *normas penais em branco* - caracterização do que é "substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica" - e de *tipos penais abertos*, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas - como é o caso do emprego de expressões como "*de qualquer forma*", seguida de vários verbos nucleares (art. 12) ou, no caso do crime próprio do art. 15, a sanção ao médico que ministra ou prescreve dose superior "*evidente*".

Preambularmente, podemos fazer ao processo de descodificação crítica no que diz respeito à tendência, no Direito Penal nacional, de que leis especiais se convertam em direito de menor valor, freqüentemente ignorado pela doutrina, academia (ensino jurídico) e tribunais. Desta forma, a perspectiva de manutenção de modelo unitário é lesada.

Se salutar a manutenção repressiva em matéria de entorpecentes, entendemos que se enquadraria melhor no corpo do Código Penal. Como sabemos, a desvalorização que normalmente ocorre com as outras leis não foi constatada, mas é notório que a descodificação dos crimes de estupefacientes foi crucial para a implementação do atual modelo penal de criação e recriação

de leis ordinárias. A rigidez dos códigos garante, no mínimo, maior debate e maior seriedade nas alterações legislativas, impedindo as freqüentes legislações de cunho emotivo, alarmista e de ocasião.

Segundo Zaffaroni,

**“(...) la legislación penal latinoamericana padece de un *mal endémico*, que son las ‘leyes penales especiales’, cuja proliferación acarrea un enorme componente de inseguridad jurídica (...). La cantidad de leyes penales especiales es tal que puede afirmarse que se trata de un verdadero processo de ‘descodificación’ penal”<sup>27</sup>.**

A própria divisão dos capítulos da lei deixa clara a submissão da legislação pátria às imposições internacionais. Após a modificação na *Convenção Única sobre Estupefacientes*, em 1972 e a visita do grupo de estudos do Congresso norte-americano à América Latina, em 1973, foi instaurado, no mesmo ano, o *Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos* (ASEP), único órgão regional de tipo governamental na região. Com características nitidamente médico-jurídicas, o estudo do grupo subdividiu-se em quatro comissões: ‘Prevenção’, ‘Tratamento’, ‘Reabilitação’ e ‘Fiscalização e Repressão’. Curiosamente, é a estrutura tipológica principal do nosso estatuto anti-drogas.

A consequência deste duplo discurso, importado sem as adaptações necessárias à realidade sócio-econômica e cultural dos países da

---

<sup>27</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Política Criminal Latinoamericana*, p. 147. (grifamos).

América Latina, foi de gerar estereótipos bem específicos, pois,

**“(...) tudo dependia na América Latina de quem a consumia [droga]. Se eram os habitantes de favelas, seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava agressivos. Se eram os ‘meninos de bem’, a droga os tornava apáticos”<sup>28</sup>**

Outro item importante a ser explicitado é o fato de que, enquanto as principais drogas nos anos setenta eram a cocaína e a heroína nos Estados Unidos e na Europa, a maconha era a droga de eleição para consumo nos países latinos. Desta forma, a importação do modelo em nada condizia com o padrão e o perfil do consumidor latino-americano. Igualmente, os programas, tanto repressivos quanto preventivos e de tratamento, eram totalmente obsoletos nesta avaliação empírica.

## **2.2. Análise normativa e jurisprudencial**

Ao iniciar a abordagem legal, seguiremos a divisão do estatuto em dois momentos distintos: o primeiro relativo à prevenção e ao tratamento, seguido da análise dos delitos, penas e procedimento criminal.

Sublinharemos, contudo, alguns aspectos relevantes quanto à

---

<sup>28</sup> Rosa del OLMO, op. cit., p. 46.

constitucionalidade que serão retomados, numa perspectiva crítica, mais adiante, quando a temática será tratada com exclusividade.

### **2.2.1. A prevenção e o tratamento**

O primeiro capítulo do texto legal trata “Da Prevenção”. De início, a lei estabelece o dever de toda pessoa, física ou jurídica, de colaborar na prevenção e repressão ao tráfico e ao uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Apesar desta norma não ter aplicabilidade concreta, a lei sanciona pessoas jurídicas com a perda de auxílios e subvenções do Estado, mas não estabelece as formas de colaboração. Assim, aponta tonalidade alarmista na problemática, visto que, em 1976, o consumo e o tráfico de drogas não atingiam índices elevados. Este pânico, que cremos importado acriticamente, demonstra distorção entre o real e o imaginário e revela os tipos de ilusão nos quais o sistema repressivo se estrutura e se mantém.

Claro exemplo do que foi afirmado no parágrafo anterior são os comentários do criminalista Vicente Greco Filho sobre o dispositivo. Diz o autor, em relação à falta de sancionamento pessoal:

**“O sancionamento pessoal, portanto, somente é válido através de norma específica. Poderia, então, haver a alegação de que o dispositivo é inútil. Não podemos, porém, chegar a este extremo. A**

ausência de sanção transforma a norma de imperativa em exortiva, no chamamento das *forças da Nação para esta verdadeira guerra santa que é o combate aos tóxicos*. O dever mais que jurídico é moral (...)”<sup>29</sup>.

Da mesma forma entende o membro da Comissão que elaborou o Ante-projeto da Lei:

“(...) o artigo inicial mantém a filosofia de que é indispensável a colaboração e o esforço conjunto num *campo de luta que hoje compromete toda humanidade*. É questão de sobrevivência político-econômica e social (...)”<sup>30</sup>.

A mobilização nacional pretendida pelo artigo primeiro da lei transforma a legislação anti-droga em verdadeira **legislação penal beligerante**, **quicá de exceção**.

Em sintonia total com o artigo 1º, o artigo 4º enumera uma série de sociedades (culturais, esportivas, de ensino) que, através de seus diretores, deverão adotar medidas preventivas em relação ao uso e ao tráfico. A falha do artigo 1º se repete identicamente, ou seja, o dispositivo não descreve a conduta, ficando praticamente impossível determinar a responsabilidade penal e administrativa mencionada no parágrafo único.

O capítulo segundo (artigos 8º, 9º, 10 e 11) estabelece as

---

<sup>29</sup> Vicente GRECO FILHO, op. cit., p. 52 (grifamos).

<sup>30</sup> J. D. Lacerda MENNA BARRETO, op. cit., p.37 (grifamos).



condições para o tratamento e a recuperação, instaurando, normativamente, o discurso médico e desenvolvendo a categoria de dependente, que será extremamente útil para diferenciação do usuário e do traficante.

No caso, o dependente fica sujeito ao tratamento previsto em Lei, tendo cometido ou não delito. Este arbítrio legislativo revela o entendimento, no seio do discurso oficial, da dependência como fator criminógeno e de constante '*perigo social*' (*perigo abstrato decorrente de mera atividade*).

### 2.2.2. Delitos, penas e procedimento criminal

O capítulo terceiro diz respeito aos delitos e penas, trazendo série de modificações no sistema legislativo de combate aos estupefacientes no Brasil.

O texto revoga o art. 281 do Código Penal de 1940, autonomizando o estatuto. Finalmente, a série de legislações que se referiam ao combate às drogas se encontram expressas em apenas um documento legal.

O artigo 12, todavia, incorpora a estrutura legal encontrada anteriormente no artigo 281 do Código Penal com as inovações da Lei 5.726, ou seja, mantém quantidade expressiva de verbos núcleo do tipo (precisamente dezoito), preserva a norma penal em branco ("*substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica*") e reitera elaborações genéricas ("*de qualquer forma*").

Em relação à norma penal em branco, apesar de ferir a

principiologia<sup>31</sup> estrutural do Direito Penal garantidor, representa avanço em comparação aos estatutos pretéritos, pois, como vimos nas consequências do Decreto-lei 385, estes conferiam competência definitiva ao laudo toxicológico. A partir da nova legislação, o complemento da norma fica adstrito à lei complementar ou às listagens publicadas, frequentemente, pelo órgão de vigilância sanitária (Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, atualmente Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos - DIMED), conforme o art. 36 das disposições gerais.

Outra característica da estrutura do tipo do artigo 12, e também do artigo 13, é a incriminação de vários atos de execução que normalmente seriam encarados como preparatórios (v.g. “*possuir ou guardar maquinismo, aparelho ou objeto destinado à fabricação...*”), impossibilitando a caracterização e configuração da tentativa.

Quanto ao resultado lesivo ao bem jurídico tutelado - *salus publicae* - o delito elencado na norma é de **perigo abstrato**, isto é, não há necessidade de que ocorra efetiva lesão do bem jurídico para consumação do crime<sup>32</sup>. A simples conduta, determinada no tipo e presumida pelo legislador,

---

<sup>31</sup> A utilização da norma penal em branco fere o **Princípio da Legalidade** em uma de suas três subdivisões - **Princípio da Reserva Legal (absoluta)**.

<sup>32</sup> Quanto à lesão do bem jurídico, os delitos podem ser classificados em **Crimes de Dano** e **Crime de Perigo**. Nos Crimes de Dano, ocorre a infração penal no momento em que há efetiva lesão do bem jurídico, quando ocorre uma alteração no bem provocada pela ação do sujeito. Já os Crimes de Perigo são caracterizados pela probabilidade de dano. “*É o dano em potencial*”, segundo Paulo José da **COSTA JR.** (*Curso de Direito Penal*, p.56). Estes subdividem-se em **Crimes de Perigo Concreto** e **Crimes de Perigo Abstrato**. Há crime de perigo concreto quando o perigo faz parte do tipo e o integra enquanto elemento normativo. A periculosidade necessita ser averiguada *in loco* e, se confirmada, configura o delito. No Crime de Perigo Abstrato, não há necessidade de tal averiguação. A ameaça ao bem é decorrente de lei. A conceituação do penalista alemão Winfried **HASSEMER** (*Perspectivas de uma Moderna Política Criminal*, p. 90) é esclarecedora: “*Para este tipo de delito não é necessário que se produza um dano, sequer é necessário que haja o perigo concreto. é suficiente que um ato proibido pelo legislador seja praticado para caracterizar o delito*”.

define o fato como criminoso.

No discurso da política oficial, a classificação dos crimes como de perigo abstrato possibilita que tanto repressão quanto prevenção sejam realizadas conjuntamente. É a tecnologia mais utilizada na atualidade em relação à “*criminalidade moderna*” (delitos econômicos, delitos ecológicos, criminalidade no comércio exterior e, logicamente, a questão das drogas ilícitas, principalmente o contrabando internacional).

Todavia, no plano substantivo, a utilização irrestrita de crimes de perigo abstrato causa sérias violações na estrutura clássica do Direito Penal, que reivindica, na atualidade, total harmonia com valores e princípios de ordem constitucional. Paulo José da Costa Jr. & Giorgio Gregori, ao trabalharem com esta categoria no plano das legislações ecológicas, salientam que a aplicação prática de normas de perigo abstrato apresenta “*um grande número de problemas de compatibilidade com os princípios em geral vigentes, nos ordenamentos penais, em matéria de legalidade e culpabilidade*”<sup>33</sup>.

Winfried Hassemer, ao criticar a excessiva utilização dos delitos abstratos na atualidade, afirma que, apesar das infrações ficarem muito mais fáceis de serem comprovadas, “*quanto menores forem as pré-condições para a sanção, tanto menores serão as possibilidades de defesa*”<sup>34</sup>.

A violação de princípios constitucionais e a quebra das garantias de ampla defesa indicam característica arriscada na manutenção deste tipo de incriminação.

Além das violações no plano material e constitucional, a definição

---

<sup>33</sup> Paulo José da COSTA Jr. & Giorgio GREGORI, *Direito Penal Ecológico*, p. 65.

<sup>34</sup> Winfried HASSEMER, op. cit., p. 90.

do crime como de perigo abstrato impede que se sustente a tese da atipicidade e a conseqüente descriminalização judicial do porte de ínfima quantidade de estupefacientes.

Lesão substancial decorrente da estrutura normativa do direito pátrio pela norma do artigo 12 da Lei 6.368/76, é a falta de definição precisa no elemento subjetivo do tipo, referindo apenas o dolo genérico, ausentando o dolo específico, que, para configuração do tráfico, seria o propósito de comércio ou fim de lucro<sup>35</sup>. O dolo específico é encontrado apenas na figura do artigo 16 (“Adquirir, guardar ou trazer consigo, *‘para uso próprio’*...”).

A norma anterior, que regulamentava o tráfico (art. 281 do Código Penal), determinava que a caracterização do delito somente poderia ocorrer se houvesse teleologia dirigida ao comércio ou contrabando ilegal pelo agente. Contudo, com a imperfeição da regra do artigo 12 e a localização precisa do elemento subjetivo do tipo no artigo 16, o entendimento doutrinário e jurisprudencial é de que a incidência do artigo 12 ocorre por exclusão, ou seja, como o artigo que trata da traficância não refere dolo específico, sendo elencado apenas na regra do artigo 16, a distinção da ação deverá ocorrer conforme os critérios apreendidos pelo magistrado no processo.

**“O art. 12 da Lei 6.368/76 indica, de modo pormenorizado, as ações que podem importar em crime. Pode-se criticar o texto legal por abranger e fixar a mesma pena para condutas que variam do ‘trazer consigo’ ao ‘vender, expor a venda, ou oferecer’ substância**

---

<sup>35</sup> Aliás, o próprio conceito de tráfico é relativo ao comércio, negócio, busca de vantagens, favores, benefícios ilegais ou irregulares. Fazer negócios fraudulentos (Aurélio Buarque de Holanda FERREIRA, *Médio Dicionário Aurélio*, p. 1672).

entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. A regra é tecnicamente defeituosa. Acontece, no entanto, que no seu art. 16 a mencionada lei veio a distinguir aquele que adquire, guarda, ou traz consigo, para uso próprio, substância tóxica, fixando a pena privativa de liberdade de seis a dois anos de detenção. Desse modo, a distinção entre as várias condutas deve ser feita pelo juiz diante dos elementos de prova, em cada caso concreto” (STF - HC 58.534 - Rel. Djaci Falcão - RTJ 101/134).

Posição idêntica encontramos em Celso Delmanto:

“Um dos maiores defeitos do art. 12 é estabelecer a punição de condutas que podem ser praticadas por outras pessoas que não os verdadeiros traficantes de drogas. A não exigência do propósito de comércio ou fim de lucro (o art. 12 pune o fornecimento ainda que gratuito) dá margem a punições que serão injustas, se a lei não for aplicada com prudência nesse particular”<sup>36</sup>.

Além dos defeitos técnicos, demonstrados pela doutrina e pela jurisprudência do STF, alia-se a este entendimento a regra contida no artigo 37 da Lei 6.368/76 (classificação provisória). Segundo o referido artigo, para a caracterização dos delitos levar-se-á em conta a natureza e a quantidade da substância, bem como o local, condições e circunstâncias da prisão, além da conduta e antecedentes do infrator.

Ora, a admissão desta leitura combinada entre os referidos artigos,

---

<sup>36</sup> Celso DELMANTO, *Tóxicos*, p. 18.

e legitimada doutrinária e jurisprudencialmente, apesar de não romper com a metodologia finalista adotada oficialmente pelo Código Penal brasileiro, visto que descarta a possibilidade de divisão no dolo, sendo este único e o fim especial, desrespeita a própria conceituação de ação. Sabemos que a ação do agente que estrutura o tipo de injusto deve ser encarada como ‘ontologicamente finalista’<sup>37</sup> à realização do resultado. A proposição do fim é elemento substancial na definição do delito e não pode ser desprezada, sob pena de relegitarmos responsabilidade penal objetiva. A análise meramente objetiva distorce quase um século de avanços hermenêuticos na Ciência jurídico-penal ocidental.

Não obstante, delega-se a competência classificatória (provisória) à agência policial, que, pelas condições, local e circunstâncias determinará se o autor é traficante ou usuário.

O dolo genérico, elemento subjetivo do tipo, que compõe a regra do artigo 12, não pode se impor em lugar da especificidade exigida pela teoria final da ação, modeladora de todo o nosso ordenamento penal, sob pena de admitirmos interpretações vexatórias e arbitrárias, próprias de sistemas penais autoritários<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Hans WELZEL (*Derecho Penal Alemán*); o maior expoente da Escola Finalista da Ação, entende que a “*Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer ‘final’. no solamente ‘causal’. La finalidad’ o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecuencia de estos fines*” (p. 39).

Prossegue afirmando que a “*actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en cada caso*” (p. 39-40).

<sup>38</sup> Exemplos de jurisprudências que endossam a interpretação oficial dominante na doutrina são encontrados nos principais Tribunais do país:

Conseqüência ainda mais grave seria a possibilidade de incriminação, no mesmo *quantum*, do cedente, visto que a regra do artigo 12 não diferencia nem qualifica as espécies de tráfico. Todavia, tanto jurisprudência como a doutrina analisaram ponderadamente tal questão.

**“Punir-se, com as mesmas graves penas tanto o traficante profissional que ganha a vida às custas daquele comércio, como o usuário que cede ou passa a outro, ocasionalmente parte do tóxico que adquiriu não seria justo. Observa-se que faltou no elenco das punições da Lei de Tóxicos, uma capitulação intermediária entre o tráfico do art. 12 e o porte para uso do art. 16. Como é natural, a falha levou a jurisprudência à criação de forte corrente no sentido de que a cessão ou divisão esporádica de tóxicos entre amigos ou companheiros, enquadra-se na punição prevista pelo art. 16 (para uso próprio), não configurando o crime mais grave do art. 12”<sup>39</sup>.**

Quanto à penalização, é notória a exacerbação do dispositivo em relação ao estatuto anterior. A pena de um a seis anos de reclusão e multa prevista no artigo 281 do Código Penal, com a redação da Lei 5.726/71, é

---

*“O crime de tráfico de entorpecente, previsto no art. 12 da Lei 6.368/76, não exige para sua configuração, a venda de substância tóxica a terceiros. Basta à sua consumação, a posse, guarda ou depósito dessa mesma substância” (TJSP - AC 6.635 - Rel. Onei Raphael - RJTJSP 70/371).*

*“Caracteriza-se o tráfico ilícito de substância entorpecente, pela inexigibilidade do dolo específico, qualquer das condutas do agente, típicas e genuínas, de adquirir, vender, ter em depósito e fornecer, cloridrato de cocaína, sem autorização legal ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (TJRJ - AC 12.298 - Rel. Enéas Cotta).*

Note-se que, pela interpretação da primeira decisão, a possibilidade de guarda em “estoque” para consumo é totalmente descartada, sendo completamente irrelevante, para este tipo de entendimento, a finalidade à qual o agente se propôs.

<sup>39</sup> Celso DELMANTO, op. cit., p. 18

elevada para reclusão de três a quinze anos e multa. A justificativa para o excessivo lapso entre o mínimo e o máximo punitivo decorre da pretensa possibilidade determinada pelo legislador de diferenciação entre grandes e pequenos traficantes. Não obstante, devido ao ingresso da Lei dos Crimes Hediondos no cenário criminal tupiniquim, o regime de cumprimento da pena deverá ser integralmente fechado, isto é, sem qualquer possibilidade de progressão.

Os artigos 13 e 14 da Lei 6.368/76 seguem rigorosamente as disposições da *Convenção Única sobre Estupefacientes*, com sua revisão, em 1971, pelo *Programa*<sup>40</sup>.

O artigo 13 versa sobre a incriminação de fabricação, venda, aquisição e fornecimento de máquinas, aparelhos ou instrumentos destinados à fabricação de substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física e/ou psíquica. Novamente temos como elemento do tipo o dolo genérico; contudo, a indeterminação da regra do art. 13, no que diz respeito ao tipo de maquinário e instrumento, bem como sua característica essencialmente preparatória, deixa-nos a interrogação da verdadeira necessidade do referido

---

<sup>40</sup> Dispõe o artigo 36, 02, a, II da Convenção:

*"Serão considerados delitos puníveis, na forma estabelecida no parágrafo 1, a participação deliberada, a confabulação destinada à consumação de qualquer dos referidos crimes, bem como a tentativa de consumá-los, os atos preparatórios e as operações financeiras em conexão com os mesmos".*

No § 1º, encontramos a relação dos atos que os países signatários deverão incriminar:

*"Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena de prisão ou outras de privação de liberdade".*



dispositivo.

Apesar do caráter preventivo revelado no artigo, não há como precisar os tipos de instrumento, pois, como sustenta Greco Filho, “*não existem aparelhos de destinação exclusivamente a essa finalidade*”<sup>41</sup>. Ao avaliarmos conjuntamente a falta de precisão no que tange ao objeto da ação, a inexigibilidade do dolo específico e o fato de ser o ato meramente preparatório, notamos verdadeira aberração na norma.

Quanto ao artigo 14, que trata da associação, a lei criou um crime autônomo (“crime de associação”), diverso da regra da quadrilha ou bando do artigo 288 do Código Penal e conflituoso com o artigo 8º da lei 8.072/90. Alberto Silva Franco, apesar das controvérsias e das inúmeras propostas de conciliação pela doutrina nacional entre os estatutos, entende como revogado o artigo 14 da Lei 6.368/76 pela regra do artigo 8º da Lei dos Crimes Hediondos. Assim, tendo a quadrilha ou bando se formado com a **intenção de tráfico**, deverá, “*para sua configuração típica, respeitar a redação do preceito primário do art. 288 do Código Penal e terá, como preceito sancionatório, a pena reclusiva prevista no art. 8º da Lei 8.072/90*”<sup>42</sup>.

Como podemos notar, principalmente pelo sancionamento das condutas dos artigos 13 e 14, a postura do legislador nacional foi de receber as diretrizes da Convenção e sancionar os fatos cujo entendimento era considerado salutar pelo órgão de repressão e controle internacional.

No artigo 16, encontramos a reafirmação dos tóxicos como crime de perigo abstrato e a determinação dos elementos subjetivos do tipo. O

---

<sup>41</sup> Vicente **GRECO FILHO**, op. cit., p. 107.

<sup>42</sup> Alberto Silva **FRANCO**, *Crimes Hediondos*, p. 331

primeiro elemento subjetivo determina ao agente o conhecimento de que se trata de substância entorpecente não autorizada; o segundo é o de identificação quanto à teleologia da atividade, ou seja, uma conduta destinada ao 'uso próprio'.

Através de malabarismos retóricos, a Dogmática jurídico-penal brasileira afirma que a lei não pune o vício em si, mas “o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, qualquer que seja o fim a que se destina<sup>43</sup>”. A partir desse entendimento, torna-se consensual na tradição jurisprudencial brasileira que a lei não incrimina o uso, mas o adquirir, guardar ou trazer consigo.

Esta sutileza do discurso oficial produz, ao nosso ver, dupla consequência. Primeiramente, uma **função simbólica**<sup>44</sup> que impõe ao senso comum a idéia de que o consumidor não é sujeito da repressão penal, pelo fato de que o hábito de *usar* não configura o tipo. A *contrario sensu*, uma **função real**<sup>45</sup> que amplia a repressão, incidindo a lei sobre qualquer tipo de ação que se refira aos entorpecentes, eis que os verbos nucleares do tipo incorporam quaisquer espécies de condutas nas quais o modelo repressivo pretenda atuar. Neste sentido, concordamos plenamente com Alberto Zacharias Toron ao afirmar que

---

<sup>43</sup> TJSP - A.C. nº 58.511 - Rel. Camargo Sampaio.

<sup>44</sup> Por 'função simbólica' entendemos o discurso que gera uma falsa expectativa na sociedade, sendo que é irreal e contrário à atuação do sistema repressivo criminal.

<sup>45</sup> A 'função real' diz respeito à incidência das agências de controle sobre o simbolismo proposto, ou seja, num primeiro momento há uma expectativa de que o uso não é punido mas, latentemente, existe um regime penalógico que impossibilita e reprime todas as ações que o possibilitam.

“Dizer-se que o uso de drogas não é punido soa, quando menos, estranho porque todas as condutas que possibilitam esta prática (adquirir, guardar ou trazer consigo) são incriminadas. Com efeito, se o usuário para consumir o entorpecente deve, em algum momento, detê-lo e essa detenção constitui crime, é evidente que o uso, ainda que por via oblíqua, é punido. Afirmar o contrário é sofismar<sup>46</sup>”.

Apesar disso, algumas decisões isoladas passaram a entender que o porte de pequena quantidade de entorpecente não configuraria figura típica, pelo fato de serem insuficientes à lesão do bem jurídico saúde pública<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> Alberto Zacharias TORON, *A proteção constitucional da intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos*, p.43.

<sup>47</sup> Decisões exemplares, neste sentido, encontramos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e São Paulo:

“Crime de tóxico. O crime é de perigo contra a saúde pública. Não se tipifica portanto quando a maconha, por tão pequena sua quantidade, não pode conter o mínimo de tetrahydrocannabinol capaz de criar aquele perigo, que é o estado de dependência. Nenhum tipo penal é estatuído pela lei para existir por si mesmo, sem um sentido finalístico definido. A criação de tipos em Direito Penal é determinada pelo princípio da imprescindibilidade da existência do tipo incriminador como meio de proteger bens jurídicos essenciais. Por isso, não se pode considerar como típica a conduta de portar substância entorpecente sem a indispensável presença do perigo comum, que vem a ser, precisamente, o elemento necessário para que haja a consumação delituosa” (TJRS - AC 68006024 - Rel. Ladislau Fernando Rohnelt - RJTJRS 116/131).

“Indivíduo preso por trazer consigo 0,5 g de maconha - quantidade ínfima não acarreta perigo à saúde do agente, nem à saúde pública, bens que a legislação de tóxico objetiva tutelar - Interpretação do art. 16 com o art. 37 da Lei de Tóxicos - sentença absolutória mantida, por maioria” (TJRS - AC 687013847 - Rel. Moacir Danilo Rodrigues - RJTJRS 125/94).

“A apreensão de porção ínfima de maconha e o exame de um decigrama de substância reconhecida como maconha, tudo confirma que, embora substância ativa, não pode por si causar dependência física ou psíquica ao seu portador ou a quem venha fumá-lo. O enchimento das condições legais que tipificam o delito não é puramente lógico-formal, mas sim reajustam à situação concreta onde o ínfimo não constitui ofensa penal. No Direito Penal, inclusive, há outras considerações a fazer, especialmente a razoabilidade” (TJRS - AC 684000789 - Rel. Milton dos Santos Martins - RJTJRS 106/134).

“Quantidade ínfima de maconha. Inocuidade para gerar distorções psíquicas. Fato atípico” (TJSP - AC 42.883 - Rel. Gonçalves Sobrinho - RJTJSP, 102/451).

Logicamente, este tipo de interpretação tornou-se extremamente contraditório, dividindo tribunais em todo o país.

Continuando essa breve análise sistemática da Lei 6.368/76, percebemos, no artigo 17 (crime próprio praticado por funcionário público), problema de inflação normativa. Trata o artigo de violação de sigilo das peças, autos, inquérito e processo, se assim o magistrado desejar. Esta tipificação é totalmente desnecessária, pois os artigos 153 e 154, bem como o artigo 325 do Código Penal, já tutelam a administração pública e o segredo de justiça.

Em relação ao artigo 18, que define causas especiais de aumento de pena, temos o direcionamento obstinado da repressão ao traficante internacional (inciso I), àquele que tenha praticado delitos valendo-se de função pública (inciso II), se a ação for decorrente de associação ou visando menores (inciso III) e, por fim, se os atos de preparação, execução ou consumação ocorrerem próximos à entidades de natureza educacional, social *et coetera*.

O artigo que finda o capítulo dos delitos e das penas prevê isenção penalógica no caso em que o agente, ao tempo da ação, em razão de dependência ou sob efeito, fortuito ou de força maior, de estupefacientes era incapaz de entender o caráter ilícito da conduta. Se absolvido nestas circunstâncias, o juiz determinará tratamento médico (artigo 29).

O capítulo quarto da Lei 6.368/76 refere-se ao procedimento criminal. Entretanto, houve inúmeras alterações dos procedimentos em face da edição da Lei dos Crimes Hediondos.

A Lei 8.072/90 duplica os prazos para os processos referentes aos

---

No mesmo sentido conferir também os votos dos Des. Donato João SEHENEM (RJTJRS, 89/28) e Néelson Luis PUPERI (RJTJRS, 121/122).

dos artigos 12, 13 e 14, prazos estes determinados especificamente na lei especial e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Penal (artigo 20). Amplia o prazo, que pode ser prorrogável, da prisão provisória para o processo iniciado mediante prisão em flagrante, proibindo o direito de fiança (no caso tráfico de entorpecentes - artigo 5º, XLIII da Constituição) e prorroga o prazo de oferecimento da denúncia.

Notória violação constitucional ao direito de ampla defesa é encontrada no artigo 22, § 4º, que determina revelia após a citação por edital, caso o réu não seja encontrado no endereço dos autos. A lei determina revelia antes de esgotados os meios de procura pessoal do réu. A maioria dos doutrinadores entendem como inaplicável o dispositivo.

Outra grave violação constitucional, em que pese entendimento sumular contrário (Súmula 09 do Superior Tribunal de Justiça<sup>48</sup>), é a necessidade de o condenado em primeiro grau de jurisdição recolher-se à prisão como condição do apelo. No nosso entendimento, esta norma não somente fere o princípio da presunção da inocência (artigo 5º, LVII), como também os princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal, que, em hipótese alguma, poderiam ser limitados por disposição especial ou complementar<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> Segundo o entendimento sumular, "*A exigência da prisão provisória para apelar não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência*".

A problemática toma dimensões draconianas no momento em que não há previsibilidade, no direito pátrio, de controle de constitucionalidade das Súmulas e da Jurisprudência ordinária. Desta forma, criamos um judiciário legislativo, que interpreta a Constituição a partir das leis ordinárias e de suas decisões aleatórias. A propósito, não seria esta uma forma de ditadura do judiciário?

<sup>49</sup> A relação de violação dos princípios do duplo grau de jurisdição e da presunção de inocência, conferida pela necessidade do recolhimento à prisão para apelação, será desenvolvida com maior propriedade no capítulo II, em título específico sobre os princípios constitucionais.

Os principais artigos das disposições gerais são o artigo 36, que institui a norma penal integrante da norma penal em branco dos artigos 12, 13 e 16, e os artigos 39 e 44 (normas programáticas), que instituem organização de serviços de informações oficiais relacionados com prevenção e repressão e dispõem sobre a especialização dos policiais encarregados da repressão, respectivamente.

Quanto ao artigo 35, que estabelece como condição de apelo o recolhimento à prisão, a análise será realizada nas críticas constitucionais - princípio da presunção de inocência, do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição.

### **3. Crítica intra-sistemática ao sistema das drogas: desconstrução a partir da Teoria do Delito**

Neste item, abordaremos duas espécies de crítica: uma no que tange à **teoria do tipo**, e outra remetendo o sistema legislativo à **teoria da culpabilidade**, com intuito de submetê-lo a exame de ordem sociológica, iniciando, assim, as manifestações críticas a partir da Criminologia do desvio.

Todavia, pode parecer estranho privilegiarmos estes dois momentos específicos da Teoria do Delito - tipicidade e culpabilidade -, relegando a segundo plano a questão da antijuridicidade. Explicamos. Partimos,

na abordagem da Teoria do Delito, do pressuposto finalista<sup>50</sup>, percebendo que culpabilidade e tipicidade tem enormes semelhanças, pois ambas são o fundamento da imputação - objetiva e subjetiva<sup>51</sup>.

**“(...) en la acción y en la antijuridicidad se trabaja con elementos *negativos* (excluyentes), en la tipicidad y en la culpabilidad con elementos *positivos* (fundamentadores)”<sup>52</sup>.**

Na tipicidade, encontramos os elementos fundamentais do comportamento e o vínculo do autor com o resultado, ao passo que, no juízo de culpabilidade, determinam-se as valorações sobre o agente.

Quanto aos elementos excludentes - ação e antijuridicidade -, serão complementados em diversos momentos desta explanação<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> A adoção do finalismo na Teoria do Delito, porém, não é feita acriticamente. Vemos a Teoria do Delito como um processo em evolução nas Ciências Penais, não acabado e em constante modificações. No entanto, a eleição finalista ocorre, em nosso posicionamento, por exclusão, no momento em que entendemos que a teoria de Welzel explica, com maior propriedade, o problema das omissões impróprias, delitos de mera atividade e dos delitos negligentes do que o causalismo à questão da tentativa, dos aspectos subjetivos do tipo e da participação. Da mesma forma, percebemos a problemática gerada pelas teorias psicológicas e normativas da culpabilidade.

Indubitavelmente, não percebemos o finalismo como uma doutrina isenta de problemas. Em alguns momentos, ‘esvazia a culpabilidade’ e suscita críticas qualitativas à concepção ‘ontológica de ação’. Sustentamos que adotar irrestritamente a doutrina do finalismo pode acarretar problemas imensuráveis, como os apontados por Eduardo Novoa **MONREAL**, (*Causalismo y Finalismo en Derecho Penal*) legitimando um **Direito Penal do autor**, cujos pressupostos de imputabilidade são determinados pelo que o agente é e não pelo que fez. Monreal chega ao ponto de relocar a discussão à secularização e às possíveis reedições de um Direito Penal vinculado com a Moral.

<sup>51</sup> Winfried **HASSEMER**, *Fundamentos del Derecho Penal*, p. 267.

<sup>52</sup> Winfried **HASSEMER**, op. cit.

<sup>53</sup> Ao tratarmos dos artigos 12, 13 e 16 da Lei 6.368/76, iniciamos uma crítica relativa à ação. Posteriormente, no que tange à antijuridicidade, abordaremos uma discutível categoria que será sustentada nesta dissertação: o **traficante famélico** - comércio de drogas por estado de necessidade.

### **3.1. O tipo a partir de conceito material de delito**

A teoria do tipo penal foi desenvolvida, no início do século, por Beling (1906). Segundo o autor, o tipo penal seria totalmente objetivo, isto é, isento de qualquer espécie de valoração. Esta teoria foi mantida sem maiores divergências até a descoberta dos elementos subjetivos especiais do tipo, por Fischer, em 1911.

Como é sabido, as implicações da teoria de Beling e seu modelo integrado causalista (modelo Liszt-Beling) determinarão feição própria à Teoria do Delito. Com a descoberta dos elementos subjetivos do tipo e com a nova conceituação de ação por Welzel, o tipo penal será invadido de aspectos subjetivos que anteriormente, na teoria causalista, eram localizados na culpabilidade. A revolução doutrinária imposta pelo finalismo colocará em dúvida a teoria psicológica da culpabilidade, propondo que esta (culpabilidade) seja percebida e valorada normativamente - teoria normativa da culpabilidade.

Sem dúvida alguma, ocorre mudança radical na estrutura da Teoria do Delito e em suas implicações com a Dogmática jurídico-penal<sup>54</sup>. Não realizaremos, porém, estudo minucioso, sequer superficial das teorias do crime, visto não ser este o objeto da presente dissertação. Partimos, como afirmamos

---

<sup>54</sup> Não classificamos, entretanto, como opostas as perspectivas finalistas e causalistas. Entendemos que o finalismo representa uma evolução, dentro da Teoria do Delito, que tem como base estrutural o causalismo.



anteriormente, da perspectiva finalista para avaliarmos as funções do tipo e suas conseqüências no estudo ora proposto.

O tipo penal aparece na Teoria do Delito como “o centro da Dogmática do crime”<sup>55</sup>, como categoria seletiva e redutora das mais variadas espécies de condutas do mundo social. Welzel afirmará que o tipo, como figura puramente conceitual, seleciona “de la multitud de conductas humanas aquellas que son relevantes para el Derecho Penal (...)”<sup>56</sup>.

Segundo Zaffaroni,

**“El tipo penal es un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva; que tiene por función la individualización de conductas humanas penalmente relevantes (por estar penalmente prohibidas)”<sup>57</sup>.**

O predicado tipo, tendo como sujeito a ação do agente, terá íntima relação com o princípio da legalidade (tipo-garantia), posto que poderemos reduzir o princípio do “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” ao aforismo “*nullum crimen, sine tipo*”. Podemos afirmar que a doutrina do tipo representa, na Dogmática penal, a versão técnica do apotegma político *nullum crimen sine lege*<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Álvaro Mayrink da COSTA, *Teoria do Tipo*, p. 65.

<sup>56</sup> Hans WELZEL, *op. cit.*, p. 65.

<sup>57</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, p. 371.

<sup>58</sup> Luis LUISI, *O Tipo Penal, a Teoria Finalista e a Nova Legislação Penal*, p. 13.

Tal relação corresponderia a uma função sistemática no Direito Penal, onde o tipo apareceria como categoria racionalizadora do princípio da legalidade.

Desenvolvendo a teoria em perspectiva criminológica, o tipo penal apareceria como instrumento fundamental da criminalização primária (**seletiva**), eis que é abstração artificial decorrente do processo de escolha prévia de condutas pelo legislador penal<sup>59</sup>. A *contrariu sensu*, aparece também como instrumento de garantia, nos moldes da fundamentação teórica advinda dos teóricos clássicos oitocentistas.

Assim, “*não há crime sem tipo legal, que não só funciona como elemento essencialíssimo na definição formal de crime, mas também um resguardo de liberdade*”<sup>60</sup>.

Contudo, em decorrência da eleição do conceito de delito empregado pelo pesquisador, o tipo penal adquirirá funções totalmente diversas.

Se partirmos da **concepção formal** de delito, em que este é entendido apenas como infração da norma ditada pelo Estado, o tipo penal resguardará, primeiramente, esta função oficial garantidora, seguido de função real de seleção de condutas. Partindo-se, contudo, do **conceito analítico-dogmático** em que o crime é ação típica, antijurídica, culpável e punível, a categoria será um elemento cognoscitivo da ilicitude - função indiciária onde o

---

<sup>59</sup> WELZEL (op. cit.) chega a afirmar este processo de seleção, logicamente sem a carga crítica e valorativa imposta pela Criminologia pós etiologismo.

“(…) el tipo selecciona entre la cantidad innumerable de conductas jurídicamente indiferentes aquella que es relevante para el Derecho Penal y que está sujeta a una valoración como jurídica o antijurídica” (p. 65).

<sup>60</sup> Álvaro Mayrink da COSTA, op. cit., p. 68.

tipo atua como valoração, eis que a antijuridicidade apareceria como juízo material negativo da tipicidade (Mezger). Se concebermos, todavia, o delito a partir de **conceitos materiais**, este denotará função totalmente adversa.

Materialmente, conceitua-se o delito como

**“(...) um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa (dano ou perigo) a um *bem*, ou um valor da vida social.**

**(...) Crime é, assim, numa definição material, a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de uma pena”<sup>61</sup>.**

O interesse social e o bem jurídico passam a ser o caráter normogenético do tipo. Aliás, a própria doutrina moderna do crime tem colocado o bem jurídico<sup>62</sup> como fundamental e ponto estrutural na análise das condutas delitivas<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Heleno Cláudio **FRAGOSO**, *Lições de Direito Penal*, p. 144 (grifamos).

<sup>62</sup> O magistério de **ZAFFARONI** (op. cit.) esclarece a definição de “bem jurídico”.

“(…) *bien jurídico tutelado es la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado. que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afectan*” (p. 389) (grifamos).

Para o penalista argentino, é fundamental na caracterização, do bem jurídico, o poder de disponibilidade que o agente adquire em relação ao interesse. Exemplifica:

“*En realidad, si bien no es incorrecto decir que el honor es un bien jurídico. eso pasa de ser una abreviatura, porque el bien no es propiamente el honor, sino el derecho a disponer del propio honor. como el bien jurídico no es la propiedad. sino el derecho a disponer de los derechos patrimoniales*” (p. 389).

Assim, “*bienes jurídicos son los derechos que tenemos a disponer de ciertos objetos*” (p. 390), pois o direito sanciona quem nos impede de dispor de alguns bens. Não obstante, não nos pune

Hassemer percebe que, “*la misión del estado de la tipicidad es caracterizar el relieve de la protección de bienes jurídicos, que es lo que constituye la especificidad de toda cultura juridicopenal*”<sup>64</sup>.

Assim, a função do tipo, desde uma concepção material, é a de proteção aos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Contudo, pode ocorrer que, no processo de seleção legislativa, ingressem na órbita jurídica, como tipos penais, interesses ímpares e alheios àquela estrutura ascendente.

**“Muitas vezes, pode ocorrer de o próprio interesse criar valores abstratos, formais, sem correspondência real e direta com aspectos da vida social. Estes valores, porém, mesmo sendo criação abstrata, se integram à norma como interesses juridicamente protegidos, fazendo parte, juntamente com os valores sociais concretos, dos denominados bens jurídicos”**<sup>65</sup>.

---

por destruímos um bem próprio, porque sabemos que a auto-lesão e o dano da própria saúde ou propriedade não são típicos.

Zaffaroni classifica em autoritária a intenção de reduzir os bens jurídicos a uma única entidade, o Estado, visto que ele próprio é um bem, e bem disponível. O sentido de **disponibilidade** é empregado como uso dos bens. Logo, o Estado é um bem jurídico disponível, porque o utilizamos diária e irrestritamente.

Sobre a temática, conferir também o artigo de Alessandro **BARATTA**, “*Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico*”.

<sup>63</sup> Neste aspecto, percebemos os avanços da Teoria do Delito nas palavras de Juarez **TAVARES** em sua obra *Direito Penal da Negligência*. Segundo o autor, “*a doutrina moderna tem entendido que a função do Direito Penal é, primordialmente, a proteção dos denominados bens jurídicos*” (p. 105).

“*Afora o positivismo jurídico, ninguém nega que o Direito não está alheio aos interesses da estrutura social, nem pode sobreviver por muito tempo sem eles. Há, portanto, uma relação necessária entre a norma jurídica e o interesse que lhe serve de substrato*” (p. 106).

<sup>64</sup> Winfried **HASSEMER**, op. cit., p. 261.

<sup>65</sup> Juarez **TAVARES**, op. cit., p. 109.

Ocorre, nesta hipótese, descompasso entre o valor social e o interesse tutelado.

**“Os bens jurídicos, portanto, servem de suporte à norma jurídico-penal, como expressão mediatizada de interesses concretos das classes sociais dominantes”<sup>66</sup>.**

A lição de Frago<sup>67</sup> se torna fundamental, visto que a referência ao *juízo do legislador* é imprescindível e o interesse deste (legislador) não pode ser desconectado da aplicação normativa, ou seja, o tipo, ao incidir nas ações sociais (positivas ou negativas), não se neutraliza em sentido político-social. É claro que a opção metodológica proposta infringe abertamente os postulados positivistas adotados pela Teoria do Delito tradicional. A noção conceitual neutralizada, gênese desta categoria (tipo), vincula-se à falta de valoração anímica do agente ao concretizar e ser subsumido pelo tipo penal. Beling<sup>68</sup>, ao classificar o tipo, afirmava que *“o tipo não é valorativo, mas descritivo, pertence à lei, e não à vida real”<sup>69</sup>.*

---

<sup>66</sup> Ib. ibdem.

<sup>67</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO, op. cit., p. 145.

<sup>68</sup> Segundo WELZEL (op. cit.), *“Beling sostuvo que el tipo no contenia ‘ningún juicio de valor’ y que estaba libre de todo elemento subjetivo-animico”* (p.62). Porém, este defeito teria sido corrigido com a descoberta dos elementos subjetivos do tipo, sendo a ausência de valoração dirigida aos aspectos intelectivos do sujeito sobre o qual a norma subsume, e não aos aspectos político-sociais aqui referidos.

<sup>69</sup> Luis LUISI, op. cit., p. 15.

Logicamente, a crítica à tese da neutralidade axiológica, derivada do positivismo científico<sup>70</sup>, não cabe, nos mesmos parâmetros, à estrutura do tipo<sup>71</sup> neutro de Beling, visto que, neste caso, a própria Dogmática superou este grave equívoco<sup>72</sup>.

Em tese, os tipos não descrevem características existenciais próprias do sujeito. Contudo, existem os chamados **tipos de autor**, “*onde se destaca não a conduta que o tipo encerra, mas a personalidade do autor desse obrar*”<sup>73</sup>. O laborador da norma nos remete à tipicidade, a qual se perfaz pela habitualidade, como é o caso das incriminações da Lei de Entorpecentes.

A racionalidade exigida ao sistema impõe que o legislador penal crie tipos essencialmente de ato e não de autor, eis que “*es de toda evidencia que prohibir una personalidad implica la aberrante pretensión de un derecho penal que ignora cualquier límite de privacidad y reserva*”<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Uma bela ilustração dos efeitos do positivismo sobre às Ciências é dada por Michel LÖWY em sua clássica obra *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*. Para o sociólogo mineiro radicado em Paris, a lógica do positivismo pode ser expressa a partir da fábula do Barão de Münchhausen, em que o objeto de estudo se auto-retira de seu nascedouro.

“*Liberar-se por um ‘esforço de objetividade’ das pressuposições éticas, sociais ou políticas fundamentais de seu próprio pensamento é uma façanha que faz pensar irresistivelmente na célebre história do Barão de Münchhausen, ou este herói picaresco que consegue, através de um golpe genial, escapar ao pântano onde ele e seu cavalo estavam tragados, ao puxar a si próprio pelos cabelos... Os que pretendem ser sinceramente seres objetivos são simplesmente aqueles nos quais as pressuposições estão mais profundamente enraizadas*” (p. 31).

<sup>71</sup> Uma salutar observação é a da diferença entre **tipo** e **norma penal**. O legislador parte do bem jurídico para criar a norma e estabelecer o tipo que será utilizado pelo jurista para avaliar a norma e tutelar o bem. São dois processo inversos, diferenciados.

<sup>72</sup> Segundo Álvaro Mayrink da COSTA (op. cit.) “*É admitido hoje que determinados tipos de crime contêm elementos subjetivos, que pertencem ao âmbito da reprovabilidade, o que resultaria na antecipação da tipicidade. A presença ou ausência daria a tipicidade ou a atipicidade*” (grifamos).

Cabe aqui, no entanto, uma breve diferenciação entre **tipo** e **tipicidade**. O tipo é a abstração legal, a fórmula legal que permite averiguar a conduta, realizada pelo legislador. A tipicidade é a adequação da conduta ao tipo, enquanto que o juízo de tipicidade é relativo à observação e adequação da conduta (p. 75-79).

<sup>73</sup> *Ib. idem.*, p. 83.

<sup>74</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit., p. 376.

Ao passo que a tutela da personalidade é imprescindível para confinar a atuação legiferante e conceitual, limitando as funções do tipo, este, por sua vez, deve restringir sua incidência, tendo como escopo a proteção de atitudes individuais em que o Direito Penal minimizará sua atuação.

O principal câmbio na conceituação de delito - de formal e analítico para material - e a assunção dos bens jurídico como estrutura normogenética e lapidar da Teoria do Delito, dar-se-á pelo fato de que a tipicidade, do ponto de vista meramente formal e dogmático, “(...) *não satisfaz a moderna tendência de reduzir ao máximo a área de influência do Direito Penal diante de seu reconhecido caráter subsidiário, já que manifesta a sua ineficiência como o único meio de controle social*”<sup>75</sup>.

O reconhecido fracasso das agência penais, demonstrado empiricamente pela crítica criminológica, requer que este instrumento formal de controle seja utilizado em *ultima ratio*. Desta forma, cresce qualitativa e quantitativamente os teóricos que estão exigindo a efetividade do **princípio da intervenção mínima**<sup>76</sup>.

Advém do princípio da intervenção mínima a principal crítica interna ao sistema penal. O caráter de subsidiariedade e fragmentariedade expresso neste princípio demonstra que o aparato penal é em demasia ilusório, que o próprio sistema somente admite sua utilização em casos de máxima urgência, onde outras soluções, nos níveis informais ou formais de controle,

---

<sup>75</sup> Vico MAÑAS, *O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal*, p. 53.

<sup>76</sup> Como abordaremos posteriormente, não podemos confundir a perspectiva advogada pela intervenção mínima com o modelo político-criminal sustentado pelo minimalismo crítico, que tem como horizonte programático a abolição do sistema penal.

como é o caso do juízo civil e administrativo, não foram exitosas na resolução dos conflitos.

A utilização constante do sistema penal para responder às mais diversas problemáticas da vida social - panpenalismo -resultou inoperante e extremamente desgastante aos cidadãos, à sociedade civil e ao próprio Estado. Recorrer ao sistema penal como forma primária de resolução de litígios tornou-se inadmissível, visto que, pelos estudos sociológicos e criminológicos, uma das funções do sistema penal é de manutenção da estrutura verticalizada e hierarquizada de poder, do etiquetamento de grupos, raças e/ou gêneros previamente selecionados, e da determinação da reincidência através da estigmatização.

Salienta, nesta perspectiva, o penalista gaúcho Luis Luisi que "*a restrição ou privação desses direitos invioláveis [liberdade, vida, igualdade, segurança, propriedade e dignidade humana] somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais para a sua realização social*"<sup>77</sup>.

Logo, a possibilidade de o legislador recorrer ao Direito Penal, no caso de tipificação de condutas (tipo-seleção), somente se torna legítima quando os outros instrumentos de controle social ( informais, como a família, a escola, os meios de comunicação e os demais formadores de opinião) falharam na prevenção do desvio. Reintroduz-se, pela tendência à subsidiariedade penal, a idéia de prevenção social, advogada por Marat<sup>78</sup> e Brissot de Warville no

---

<sup>77</sup> Luiz LUISI, *Os Principios Constitucionais Penais*, p. 26.

<sup>78</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Política Criminal Latinoamericana*, p.170



período pré-Revolução Francesa, como resposta possivelmente mais eficaz às situações problemáticas.

O excesso de normas penais, vinculados ao pensamento oposto ao princípio da intervenção mínima, que produz o que se convencionou chamar de inflação legal, resultou fenômeno de inoperância da lei, tanto por parte dos laboradores jurídicos como da sociedade civil<sup>79</sup>.

Desta forma, entendemos, juntamente com Vico Mañas, que

**“O juízo de tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo”<sup>80</sup>.**

Destarte, a função do Direito Penal fica restrita somente à proteção necessária do bem jurídico. Como forma de avaliação desta necessidade, estariam excluídos, por atipicidade material, todos os delitos insignificantes aos bens elencados pelos tipos: os crimes de bagatela<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> Segundo ZAFFARONI (*Entrevista*), o número de tipos penais nos códigos penais latinos é altíssimo, “geralmente mais de duzentos em cada país. Acho que esse número poderia ser reduzido a setenta. Vivemos hoje na América Latina um processo de desqualificação dos códigos penais, com a criação de leis especiais”(p. 09).

<sup>80</sup> Vico MAÑAS, op. cit.

<sup>81</sup> Segundo Luis Flávio GOMES (*Tendências Políticas Criminais quanto à Criminalidade de Bagatela*), por criminalidade de bagatela entende-se a pequena e média criminalidade de pouca ou nenhuma importância ou significância. Como características principais, apresentaria (a) escassa reprovabilidade, (b) ofensa a bens jurídicos de menor relevância, (c) habitualidade e maior incidência em delitos de trânsito e patrimoniais.

Procede-se, desta forma, a uma **descriminalização judicial**, cujo fundamento repressivo passa a ser dado pelo juiz ao caso concreto, o qual, embasado no conceito material de delito, declara atípica a conduta devido à falta de potencialidade lesiva. Assim, *“a tipicidade não se esgota no juízo lógico-formal de subsunção do fato ao tipo legal de crime. A ação descrita tipicamente deve revelar-se, ainda, ofensiva ou perigosa para o bem jurídico protegido pela lei penal”*<sup>82</sup>.

Baseado nessa assertiva, conclui Mañas que

**“A concepção material do tipo, em consequência, é o caminho cientificamente correto para que se possa obter a necessária descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não mais são objeto de reprovação social, nem produzem danos significativos aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal”**<sup>83</sup>.

---

Partindo das tipologias de Krümpelman, Gomes distingue a criminalidade de bagatela em independente (própria) e dependente (imprópria). A **criminalidade de bagatela independente** seria por natureza de escassa lesão social (mesmo consumada), derivando de uma microvalorização legislativa, enquanto que a **criminalidade de bagatela dependente** o é porque não atingiu a finalidade da ação, ficando no âmbito do delito tentado.

*“O ‘crime de bagatela’, assim, poderia ser conceituado como a infração que individualmente considerada produz lesão ou perigo de lesão de escassa repercussão social, razão pela qual não se justifica uma ‘reação’ jurídica grave (como a prisão, p. ex.)”* (p. 91-92).

As principais consequências da reprovabilidade da criminalidade de bagatela de forma equânime aos demais delitos seria a sobrecarga da administração da justiça, a falta de proporcionalidade nas penas e a pouca (ou nenhuma) eficácia intimidatória e ameaçadora das penas.

Desta forma, para alcançar esta categoria delitiva, o princípio da intervenção mínima tem sido considerado como o mais eficaz, mudando as feições do sistema repressivo e de ‘conflito’ para um modelo dialogal, de ‘consenso’.

Ver, do mesmo autor, a obra *Suspensão Condicional do Processo*.

<sup>82</sup> *Ib. ibdem.*, p. 55.

<sup>83</sup> *Ib. ibdem.*, p. 54.

O princípio desenvolvido por Claus Roxin a partir do legado romano - *minima non curat praetor* -, foi acolhido expressamente pelo Supremo Tribunal Federal em 1988<sup>84</sup>, relocando o princípio da bagatela, originariamente de tradição germânica, ao Direito Penal brasileiro.

Diferenciação, entretanto, se faz necessária: a relação existente entre a adequação social e o princípio da insignificância. Segundo Odone Sanguiné<sup>85</sup>, a adequação social pressupõe anuência da comunidade em relação àquela prática considerada pela lei como delitiva, enquanto que a insignificância seria relativa tolerância por sua escassa gravidade.

A admissibilidade do princípio da insignificância como derivação do princípio da intervenção mínima possibilita, além de decisões político-criminais de solução dos delitos de bagatela, nova feição ao sistema jurídico penal, eis que passa, no âmbito do modelo oficial, a incidir sua ação na criminalidade de alta reprovabilidade e de custo social elevado.

Não obstante, centrado neste entendimento, desenvolveríamos a primeira tese quanto ao tema da descriminalização. Tendo invariavelmente como conceito norteador o material de delito, advogamos a **ausência de tipicidade**, quando insignificante o bem ou a lesão ao bem significante.

---

<sup>84</sup> Segue a decisão do Tribunal:

*“Acidente de trânsito. Lesão corporal. Inexpressividade da lesão. Princípio da insignificância. Crime não configurado.*

*Se a lesão corporal (pequena esquimose) decorrente de acidente de trânsito é de absoluta insignificância, como resulta dos elementos dos autos - e outra prova não poderia fazer-se tempos depois - há de impedir-se que se instaure ação penal que a nada chegaria, inutilmente sobrecarregando-se as Varas Criminais, geralmente tão oneradas” (RHC n° 66.869-1, 2a. Turma do STF, 06.12.1988, Rel. Min. Aldir Passarinho).*

<sup>85</sup> Odone SANGUINÉ, *Observações sobre o Princípio da Insignificância*, p. 38.

"De acordo como princípio da intervenção mínima, com o qual se relacionam as características da fragmentariedade e da subsidiariedade, o Direito Penal só deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações leves da ordem jurídica devem ser objeto de outros ramos do direito"<sup>86</sup>

.....  
"O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações desta espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o resultado sistemático e político criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais faz do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal"<sup>87</sup>

Tornam-se, então, atípicas todas as condutas lesivas insignificantes ou que não produzam lesões ou perigo de lesão aos bens protegidos, visto que é este (bem jurídico) que determina a estrutura do tipo penal. Se este bem não tem força e/ou repercussão em nível social - entendido em amplo aspecto de relação aos valores sociais -, carece de tutela, originando processo descriminalizante no interior da estrutura da Teoria do Delito.

No que tange aos crimes de entorpecentes, a primeira afirmação que faríamos é relativa à questão do *tipo do autor*, estabelecido a partir da habitualidade da conduta e de algumas condições pessoais individuais dos agentes.

O art. 16 da Lei 6.368/76 flagrantemente revive os tipos de autor do positivismo criminológico do século passado ao impor sanções em relação a condutas habituais, privadas e relativas à opção individual. A veracidade desta

---

<sup>86</sup> Vico MAÑAS, op. cit., p. 56.

<sup>87</sup> Ib. ibdem., p. 55.

afirmação pode ser constatada se analisarmos que a hipótese do art. 16 da Lei de Tóxicos, relativa ao mero experimentador, baseia-se na falsa alegação da presunção *jus et de jure* de que o experimentador eventual possa converter-se em potencial dependente-trafficante, quando lhe faltarem os recursos para aquisição da droga que o ‘escravizou’<sup>88</sup>. O mesmo caso encontramos nas disposições dos artigos 8º e 10º, em que, pela avaliação da dependência, imputa-se internação hospitalar obrigatória - ressocializadora e reeducadora.

O entendimento jurisprudencial demonstra que, em matéria de Política Criminal - tratando-se da questão da atipicidade e da insignificância do pequeno porte -, nossos tribunais mantêm-se presos a justificativas Dogmáticas incompatíveis com a realidade social e os avanços na Teoria do Delito.

A jurisprudência dominante, adotando postura conservadora em relação a esta matéria<sup>89</sup>, consolidou-se a partir de algumas decisões sustentadas com firmeza pelo Supremo Tribunal Federal, que reafirmava o entendimento doutrinário de serem os crimes derivados de estupefacientes crimes de perigo abstrato<sup>90</sup>. Desta forma, a potencialidade lesiva ao bem jurídico incolumidade pública, em seu aspecto particular saúde pública, encontrar-se-ia em qualquer quantidade de substância ilegal, independente do

---

<sup>88</sup> Álvaro Mayrink da COSTA, op. cit., p. 83.

<sup>89</sup> Interpretações neste sentido encontramos na maior parte do território, como é o caso da jurisprudência abaixo citada, proferida por uma câmara criminal carioca:

“(…) Não importa a quantidade de tóxico portada pelo agente, porque a lei não faz qualquer diferenciação quanto ao volume encontrado em seu poder” (TJRJ - AC 728/88 - Rel. Antonio Carlos Amorim - Rev. de Direito do TJRJ 6/297).

<sup>90</sup>“(…) o Supremo Tribunal Federal repeliu com firmeza algumas decisões que descriminalizavam a quantidade de menos de um grama de maconha. O crime é de perigo abstrato, daí a irrelevância da quantidade. Basta que seja encontrado o princípio ativo, no caso da maconha, tetrahidrocanabinol”. Vicente GRECO Fo., op. cit., p. 121.

Idêntico é o entendimento quanto às contravenções de perigo presumido, como a vadiagem, a mendicância e a ‘perturbação da paz pública’.

grau de lesividade e ofensividade ao objeto jurídico tutelado.

Por consequência, os tribunais enclausuram o Direito, no momento em que não entendem o caráter de ampla aceitação social de algumas condutas, tolerando uma Dogmática senil, que trabalha com noções de delito totalmente tautológicas, como é o caso do conceito analítico. A forma de romper com as amarras e viabilizar a otimização da Dogmática dar-se-á com a aceitação, no seio da Teoria do Delito, do bem jurídico como estrutura lapidar e principal recurso heurístico para análise das peculiaridades do caso concreto.

### **3.2. Culpabilidade e valoração das (sub)culturas**

A culpabilidade tem sido entendida historicamente, pela Dogmática jurídico-penal, como o **juízo de reprovabilidade** imposto ao indivíduo pela conduta típica e ilícita - injusto penal. Com a evolução da teoria, passou-se a entender que a culpabilidade deveria abstrair toda e qualquer espécie de valoração de cunho subjetivo-psicológico - teoria psicológica da culpabilidade - devendo ser restringida a conceito normativo - teoria normativa da culpabilidade. O primeiro impulso desconstrutor ao positivismo naturalista do sistema Liszt-Beling (causalismo naturalista) foi estabelecido pela matriz neokantista valorativa da Escola de Baden e, no que se refere especificamente à culpabilidade, pelas observações teóricas de Reinhardt Frank, em 1907. Frank, apesar de não retirar o dolo e a negligência da culpabilidade, desenvolveu raciocínio normativo - reprovabilidade do injusto - segundo o qual a

culpabilidade não se esgota “*numa relação psicológica subjetiva, mas é antes de tudo uma reprovação ao sujeito porque não utilizou suas capacidades para atuar conforme ao Direito*”<sup>91</sup>.

Posterior à descoberta dos elementos subjetivos do tipo e com o deslocamento do dolo e da negligência para a tipicidade, através da revisão do sistema do crime pela Teoria Finalista da Ação, depurou-se do juízo de culpabilidade todos os aspectos de cunho psicológico. Contudo, mesmo com o advento do finalismo, a culpabilidade continuou a inserir, em sua análise, certa discricionariedade no que diz respeito à valoração da conduta do agente.

Welzel percebe a culpabilidade como “*el reproche personal contra el actor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla*”<sup>92</sup>, ou seja, a conduta do autor é contrária à exigida pelo Direito, pois este poderia ter observado os mandamentos legais - “*él habría podido observar las exigencias del deber ser del derecho, (...) hubiera podido motivarse de acuerdo a la norma*”<sup>93</sup>.

A capacidade vincular-se-ia, então, ao posicionamento real do autor em compreender ou não a antijuridicidade do fato, sendo-lhe exigível comportamento conforme o juízo de licitude.

Na doutrina nacional, Fragoso entende que a culpabilidade “*consiste na reprovação da conduta ilícita (típica e antijurídica) de quem tem capacidade genérica de entender e querer (imputabilidade) e podia, nas*

---

<sup>91</sup> Vera Regina Pereira de ANDRADE, *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*, p. 243.

<sup>92</sup> Hans WELZEL, op. cit., p. 167.

<sup>93</sup> Ib. ibdem.

*circunstâncias em que o fato ocorreu, conhecer a sua ilicitude, sendo-lhe exigível comportamento que se ajuste ao direito*<sup>94</sup>.

A culpabilidade, neste sentido finalista, deve ser encarada como reprovação pessoal do agente, eis que existe, concretamente, a exigibilidade de comportamento conforme o direito não observado pelo indivíduo. O simples resultado do fato - responsabilidade objetiva - não é determinante para imposição da pena - imputabilidade penal. Deve haver nexos causal entre o fato, a vontade do agente em produzi-lo, sua capacidade e a exigibilidade de comportamento diverso.

Reprovabilidade torna-se, desta maneira, o ponto crucial do juízo da culpabilidade<sup>95</sup>. Conseqüência lógica da assunção desta categoria é o reconhecimento do autor como capaz e livre para determinação - *livre-arbítrio*<sup>96</sup>.

**“El principio de culpabilidad entendido como ‘no hay pena si la conducta no le es reprochable al autor’, debe fundarse necesariamente en la aceptación de que el hombre es un ente capaz de autodeterminarse”**<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Heleno Cláudio FRAGOSO, op. cit., p. 196 (grifamos).

<sup>95</sup> “Culpabilidad es ‘reprochabilidad’ de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto ‘culpabilidad de la voluntad’” (Hans WELZEL, op. cit., p. 167).

<sup>96</sup> Na concepção finalista de WELZEL (ib. ibdem), “el libre albedrío es la capacidad para poderse determinar conforme a sentido. Es la libertad respecto de la coacción causal, ciega e indiferente al sentido, para la autodeterminación conforme al sentido” (p. 176).

<sup>97</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, p. 517.



Não obstante, sugere o mestre de Bonn, qualificando o conceito de culpabilidade vinculado geneticamente à categoria clássica do livre-arbítrio, que

**“(...) la libertad no es un estado, sino un acto: el acto de liberación de la coacción causal de los impulsos para la autodeterminación conforme al sentido. Esta falta de este acto se fundamenta el fenómeno de la culpabilidad: la culpabilidad es la falta de autodeterminación conforme al sentido en un sujeto que era capaz para ello”<sup>98</sup>**

Como consequência da reelaboração intra-sistemática estabelecida pelo finalismo, a *“(...)tipicidade e ilicitude implicam juízos relacionais da conduta do autor (fato-crime) com os tipos penais de crime e o ordenamento jurídico; a verificação da culpabilidade implica juízos relacionais da responsabilidade do autor em relação ao fato crime”<sup>99</sup>*.

**“Desta forma, enquanto a tipicidade e ilicitude da conduta fática constituem os requisitos objetivos; a imputabilidade e a culpabilidade do agente constituem os *requisitos subjetivos para a imputação de responsabilidade penal* pelo juiz, no que concerne à motivação de ‘Direito’ em que se funda a sentença penal; ou seja à valoração jurídico-penal dos fatos e a individualização e quantificação da pena”<sup>100</sup>**

---

<sup>98</sup> Hans WELZEL, op. cit., p. 177.

<sup>99</sup> Vera Regina Pereira de ANDRADE, op. cit., p. 255 (grifamos).

<sup>100</sup> Ib. ibdem (grifamos).

Em Francesco C. Palazzo<sup>101</sup>, o princípio da culpabilidade é expresso a partir de duplicidade, ora como fundamento do *ius puniendi*, ora como limite de intervenção punitiva do Estado. Na visão do penalista italiano, a culpabilidade restabeleceria '*perspectiva eticizante*' para o Direito Penal, no qual centralizaria o homem, sujeito de responsabilidade e dotado de autodeterminação. Prossegue o autor afirmando que, além da característica dúplice do princípio quanto a sua "*virtude constitucional*", possui, ainda, em nível de operatividade, qualidades inegáveis como critério subjetivo de imputação do delito e de dosimetria da pena.

A perspectiva dúplice do juízo de culpabilidade - limite e fundamento da punição - encontra respaldo quantitativo na grande maioria da doutrina contemporânea.

Mas, antes de avaliarmos as possíveis críticas à estrutura Dogmática do conceito e à aplicabilidade técnica do tipo de culpabilidade, cabe observarmos algumas questões de ordem explicativa. A primeira delas refere-se aos elementos. Vimos que a capacidade para culpabilidade advém de juízo hipotético, legado da tradição iluminista, que é a categoria metafísica do livre-arbítrio. Logo, podemos ressaltar, como elementos estruturantes da culpabilidade, (a) a compreensão do fato antijurídico pelo autor e (b) sua capacidade volitiva de autodeterminação conforme esta compreensão, seguindo a herança da Escola Finalista.

---

<sup>101</sup> Francesco PALAZZO, *Valores Constitucionais e Direito Penal*, p. 52.

Todavia, a partir destes elementos, uma questão torna-se fundamental: o que vem a ser a *compreensão do agente*, visto que esta é fórmula estruturante da própria autodeterminação individual.

Zaffaroni<sup>102</sup>, com a propriedade que lhe é peculiar, adverte que o conceito de '*compreensão da criminalidade*' é extremamente movediço. Representaria as características externas que fazem delitivas as condutas, exigindo, do indivíduo, pleno entendimento da ilicitude do ato. O pressuposto cognitivo seria algo mais que mera compreensão causal, inserido-se, neste plano, a **internalização e/ou introjeção** do complexo normativo.

**“(...) comprender la criminalidad del acto, es decir que, a contrariu sensu, ‘será punible; el que haya podido en el momento del hecho comprender la criminalidad del acto’. Dicho en otros términos: la ley no exige que se haya comprendido efectivamente la criminalidad, sino que haya podido comprender. Referido el problema a la antijuridicidad, exige una posibilidad de comprensión de la antijuridicidad”<sup>103</sup>**

Atualmente, a crítica ao princípio da culpabilidade tem sido constante nas linhas mais avançadas do Direito Penal. Márcia Dometila Lima De Carvalho, na obra "*Fundamentação Constitucional do Direito Penal*", adverte o leitor para dois fatores fundamentais que indicariam uma *crise* no conceito de culpabilidade<sup>104</sup>. Primeiramente, o conceito conduzia a soluções

---

<sup>102</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit., p. 525.

<sup>103</sup> Ib. ibdem.

<sup>104</sup> Juarez TAVARES (op. cit.), na mesma linha, diagnostica uma crise da culpabilidade. Segundo o autor, esta crise envolve, porém, "*toda a estrutura do delito e não apenas a culpabilidade. e cuja*

político-criminais intoleráveis na prática por darem prevalência a critérios subjetivos em detrimento dos critérios objetivos de dever social; e, posteriormente, pela nova concepção entre Dogmática, sistema penal e política-criminal, onde a política-criminal, sem desprezar o saber dogmático e sistemático do Direito Penal, traçaria os limites finais da punibilidade.

Winfried Hassemer parte dos mesmos pressupostos ao afirmar que *“el concepto de culpabilidad es una excepción entre los presupuestos de la punibilidad, constituyendo uno de los instrumentos más difíciles y oscuros del sistema juridicopenal”*<sup>105</sup>.

Palazzo admite, inclusive, possíveis problemas provenientes do princípio da culpabilidade, ponderando que

**“Abre-se, por sem dúvida, aos riscos de eventuais involuções, riscos não menores do que os que podem conduzir, no extremo oposto e segundo a perspectiva retributivista, a *uma radicação da culpabilidade no comportamento interno do réu, com uma conseqüente indiferença pelo momento objetivamente ofensivo do delito*”**<sup>106</sup>.

---

*superação nem sempre tem surtido efeito positivo. mas, ao invés, acarretado conseqüências desastrosas à liberdade individual, tais como a substituição da culpabilidade de vontade pela culpabilidade de caráter, a extinção do conceito de culpabilidade e a imposição do critério vago e inseguro da perigosidade, a justaposição da culpabilidade à finalidade da pena, a adoção de métodos autoritários de direção de comportamentos com base no critério de condicionamento animal etc.”*(p. 170).

<sup>105</sup> Winfried HASSEMER, op. cit., p.270.

<sup>106</sup> Francesco PALAZZO, op. cit., p. 54 (grifamos).

Na mesma linha argumentativa, noticia o argentino Eugenio Raúl Zaffaroni:

**“Cabe aclarar que el concepto de culpabilidad - como cualquier otro - puede adulterarse y hasta convertirse en un engendro peligrosísimo para las garantías individuales. Una de las adulteraciones más comunes consiste en olvidar que la culpabilidad es un reproche del acto y *no de la personalidad del sujeto*, reproche de lo que el hombre hizo y *no de que el hombre es*, tentación en la que frecuentemente se cae”<sup>107</sup>.**

O juízo de culpabilidade, enquanto juízo de reprovabilidade da conduta desviante, vinculada à imputabilidade, caracteriza uma das categorias a serem, urgentemente, superadas pela teoria criminal, sob pena de legitimação de um Direito Penal autoritário e anti-garantidor, resgatando perspectiva etiológica e naturalista na concepção do desvio: a periculosidade.

Apesar de a culpabilidade significar reprovação do ato praticado por um indivíduo dotado de livre-arbítrio, e esta não poder ser confundida como juízo de censura moral, invariavelmente, abandona-se sua perspectiva normativo-finalista para vincular sua aplicabilidade não à capacidade de autodeterminação do agente, mas a julgamento retributivo e ético sobre sua conduta - culpabilidade de caráter, vinculada à **periculosidade** do indivíduo. Aliás, a própria sistemática do art. 59 do Código Penal brasileiro demonstra ainda o apego às teorias positivistas etiológicas, pois admite, expressamente,

---

<sup>107</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Política Criminal Latinoamericana*, p. 166 (grifamos).

que o juiz, para cominação da pena, atenderá à **culpabilidade**, aos **antecedentes**, à **conduta social**, à **personalidade do agente** *et coetera*.

O vínculo irrestrito à teoria da culpabilidade implica no retrocesso ao Direito Penal do autor, por mais que normativamente deste se tente distanciar. Este é o risco apontado por Palazzo e Zaffaroni<sup>108</sup>. Tal assertiva fica mais clara se analisada pela perspectiva do criminólogo Alessandro Baratta<sup>109</sup> que coloca em dúvida este princípio no confronto com a **teoria das subculturas criminais**. A premissa básica de que parte Baratta, é que o comportamento desviante não deve ser interpretado como expressão de comportamento interior, dirigido contra determinado valor, pois *não existe sistema de valoração oficial*, muito menos unívoco, mas uma série de valores empreendidos nos subsistemas, cuja transmissibilidade aos indivíduos ocorre pelos mecanismos de socialização e aprendizagem, próprios dos grupos societários. Não obstante, fica fora do poder decisório do indivíduo, de sua autodeterminação, a possibilidade de integrar ou não (sub)cultura e adotar ou negar a sua deontologia.

A tentativa de unificar estrutura de valores e bens jurídicos comuns contradiz os próprios valores constitucionais preambulares de admissibilidade de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos.

---

<sup>108</sup> Sobre a caracterização da crise no conceito de culpabilidade, conferir o último capítulo da obra *Em busca das Penas Perdidas*, igualmente escrita por Eugenio Raúl ZAFFARONI.

<sup>109</sup> Alessandro BARATTA, *Criminologia e Dogmática atual: passado e futuro do modelo integrado da Ciência Penal*, p. 09, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 66-74 e *Principios de Derecho Penal Mínimo*, p. 635- 642.

“A Dogmática jurídica não pode ignorar a integração do direito em formações sociais determinadas. O dogma da culpabilidade, quando da sua concretização, não pode deixar de ter em mira, por exemplo, que o fato de um certo infrator participar de uma certa subcultura, com determinados sistemas de valores, diversos dos eleitos constitucionalmente, não pode, muitas vezes, ser-lhe imputado, porque resultante das carências dos direitos sociais, necessários à socialização, na conformidade das normas jurídicas impositivas”<sup>110</sup>.

Ignorar a teoria das subculturas e impor sistema homogêneo de valores demonstra característica intolerante do Direito Penal, típico dos sistemas inquisitoriais e ditatoriais, estruturados a partir de ideologias totalitárias.

Além das teorias das subculturas criminais, percebemos vários fatores exógenos que potencializam o atuar do indivíduo<sup>111</sup>. Contribuem para o

---

<sup>110</sup> Márcia Dometila Lima de CARVALHO, op. cit., p.72.

<sup>111</sup> Como temos sustentado, não concebemos o indivíduo como predisposto ao delito, postura encoberta adotada pela teoria tupiniquim. Da mesma forma, negamos os pressupostos de Ferri de que o autor estaria condicionado por fatores sociais - periculosidade social - e seria um bem negativo de uma minoria delinqüente. Entendemos que os fatores sociais não determinam, mas podem, em alguns momentos, potencializar condutas etiquetadas como delitivas.

É lógico que partimos da premissa do delito como ‘normalidade’, como um ‘status’, uma etiqueta empregada a certas camadas vulneráveis da população.

Neste sentido, BECKER (Apud, Vera ANDRADE, *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na Ciência e no senso comum*) é irrepreensível:

“(...) os grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui o desvio e aplicar ditas regras a certas pessoas em particular e qualificá-las de marginais (estranhos). Desde este ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato cometido pela pessoa, senão uma consequência da aplicação que os outros fazem das regras e sanções para um ‘ofensor’. O desviante é uma pessoa a quem se pode aplicar com êxito dita qualificação (etiqueta): a conduta desviante é a conduta assim chamada pelo agente” (p. 12).

Decorrente do processo de etiquetamento, sucede a estigmatização: autopercepção do indivíduo como delinqüente. O autor estigmatizado assume as características delitivas e responde a uma expectativa social em seu atuar - potencialização.

questionamento linear da culpabilidade uma série de pesquisas sociológicas<sup>112</sup> e jurídicas<sup>113</sup>, que contraditam a possibilidade de sistema valorativo oficial,

---

<sup>112</sup> Podemos acrescentar à teoria das subculturas, seguindo o magistério de HASSEMER (op. cit.) e BARATTA (*Criminologia Crítica y Crítica del Derecho penal*), em nível sociológico, a teoria “Broken Home”, a teoria dos “Contatos Diferenciais” e as teorias da “Neutralização”.

Segundo a teoria “Broken Home”, a delinquência não pode ser vista somente do plano dos fatos e processos no interior do indivíduo, mas como um resultado interativo, como uma relação de influência recíproca entre os homens. O principal núcleo de formação individual seria a família, primeiro local da socialização e aprendizagem.

Desenvolvida por Sutherland, a teoria dos Contatos Diferenciais preconiza que a formação do indivíduo depende do modo, da intensidade e da duração dos contatos com outras pessoas. Assim, o processo de adaptação ao desvio, acontece, porque:

- a. a conduta delitiva é uma conduta aprendida;
- b. o processo de aprendizagem advém do processo de comunicação com o outro, principalmente em grupos pessoais íntimos;
- c. a aprendizagem compreende as técnicas de ação e os motivos, inclinações, racionalizações e atitudes;
- d. a orientação dos motivos e inclinações são absorvidos positiva ou negativamente, tendo como referencial a lei;
- e. os contatos diferenciais variam segundo a frequência, desvio, precocidade e intensidade da reação emocional e dos contatos sociais;

A crítica fundamenta-se, também, na questão da *criminalidade branca*.

“Como conclusión de este trabajo. Sutherland ha desarrollado una crítica radical de estas teorías generales del comportamiento criminal. basado en las condiciones económicas (pobreza), psicopatológicas o sociopatológicas. Estas generalizaciones, afirma Sutherland, son erróneas por tre razones. En primer lugar, porque se basan en un falso padrón de criminalidad. la criminalidad oficial y tradicional. donde la criminalidad de cullo blanco es punto menos descuidada por entero (mientras Sutherland demuestra por medio de datos empíricos las enormes proporciones de este fenómeno en la sociedad estadounidense) En segundo lugar, las teorías generales del comportamiento criminal no explican correctamente la criminalidad de cuello blanco que, salvo raras excepciones, provienen de quien no son pobres, no han crecido en slums, no proceden de las familias desunidas, y no son débiles mentales o psicópatas. Por fin, aquellas teorías no explican ni siquiera la criminalidad de los estratos inferiores” (BARATTA, op. cit., p. 69).

As teorias da Neutralização, que corrigem alguns pressupostos das teorias subculturais, pressupõem que o indivíduo, ao associar-se a uma (sub)cultura, elabora mecanismos de justificação de sua conduta, principalmente pela renúncia da responsabilidade de seu ato ou pelo deslocamento desta (responsabilidade) aos outros integrantes do grupo, pela negação da gravidade de sua conduta, pela reprovação idêntica aos órgãos que o censuram e pela vulnerabilidade da vítima.

A teoria considera como forma de comportamento “(...) normas y valores diversos de aquellos que caracterizan el orden constituido(...)”, avaliando “(...)el modo en que el comportamiento conforme a la ley se basa en la adhesión a estos valores y normas” (BARATTA, op. cit., p. 75).

<sup>113</sup> No plano jurídico, a concepção pluralista, ressalvado o fator anomia identificado nos (sub) grupos pelas teorias interacionistas, é desenvolvido na tese de Antomo Carlos WOLKMER (*Pluralismo*



homogêneo e centralizador, cuja premissa principal indicaria sua aceitabilidade por todos os membros da sociedade.

Socialização e culpabilidade (introjeção e internalização de normas) estariam presentes num mesmo sistema de controle, determinado através da influência dos meios primários e secundários de controle social e transmitido ao indivíduo e às suas condutas - etiquetamento e estigmatização (auto-percepção e correspondência).

Ao reconhecer a validade dos preceitos sociológicos, desfaz-se a noção fechada do tipo de culpabilidade, cuja categoria principal é a **reprovabilidade** da conduta. Muñoz Conde afirma que o *processo socializador alterado* perante a valoração e determinação de bens exclui a culpabilidade, porque o parâmetro de valoração se altera, inclusive em nível cognitivo, determinante na resolução da ação<sup>114</sup>.

Para Zaffaroni,

---

*Jurídico: fundamentos para uma nova cultura no Direito*) ao resgatar a perspectiva sociológica preconizada por Ehrlich e Gurvitch.

Segundo o autor, pluralismo “designa a existência de mais de uma realidade. de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria. ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si” (p. 157-158).

O pluralismo provém da multiplicidade ideológica, social e econômica e da diversidade de culturas existentes, negando o monismo homogêneo e centralizador.

O projeto pluralista, de cunho comunitário, democrático e participativo, viabilizaria uma nova racionalidade no âmbito jurídico, na qual a racionalidade formal daria lugar à perspectiva material, vinculada originariamente aos anseios sociais. O Estado é depojado de seu monopólio de elaboração do Direito delegando às esferas sociais um local idêntico na estrutura das fontes jurídicas.

Autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância, seriam as premissas básicas, o estatuto principiológico estruturante deste novo paradigma que tem nos ‘novos sujeitos coletivos’ o centro de sua análise.

<sup>114</sup> Apud, Márcia Dometila Lima de CARVALHO, op. cit.

“(...) reprovar com a mesma intensidade a pessoas que ocupam situações de privilégios e a outras que se acham em situações de extrema penúria é uma clara violação do princípio da igualdade corretamente entendido”<sup>115</sup>.

Os riscos conseqüentes da adoção sistemática e acritica do princípio da culpabilidade pela Dogmática tradicional, relato proporcionado pelas teorias interacionistas, revelam sérios problemas ao ingressar na órbita dos entorpecentes.

Alessandro Baratta<sup>116</sup>, define a política de criminalização das drogas como processo ‘*auto-referencial*’, que se reproduz material e ideologicamente. Reprodução material é o processo pelo qual a ação do sistema, determinado por imagem inicial da realidade, altera esta realidade e produz uma visão de acordo a imagem de que inicialmente parte e legítima<sup>117</sup>. Por reprodução ideológica, entende os mecanismos em que os indivíduos, dentro de determinado grupo social (sub-cultura), confirmam sua realidade e atitudes<sup>118</sup>.

A imagem vestibular, ‘consensualmente’ elaborada do sistema das drogas, caracterizar-se-ia por quatro elementos:

---

<sup>115</sup> Apud, Nilo BATISTA, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 105.

<sup>116</sup> Alessandro BARATTA, *Introducción a la Criminología de la Droga e Introducción a la Sociología de la Droga*.

<sup>117</sup> Baratta representa a reprodução material como um processo espiral: “*cuanto más se abre, más cerca está la realidad de la imagen inicial dominante del sistema*” (Alessandro BARATTA, *Introducción a la Criminología de la Droga*, p. 329).

<sup>118</sup> A reprodução ideológica seria representada por “(…) *un proceso circular en el cual cada actor depende de los otros. de tal modo que esta dependencia hace difícil o improbable una modificación de la propia imagen de la realidad y de su actitud*” (Ib. Ibidem).

- (a) existência de vínculo necessário entre consumo e dependência;
- (b) localização sistemática dos ‘adictos’ em sub-culturas que compartilham de sentido diverso e alterado da realidade;
- (c) o comportamento dos integrantes da (sub) cultura isolando-os da vida produtiva e inserindo-os em carreiras criminais; e,
- (d) irreversibilidade no que tange à dependência.

A capacidade de auto-reprodução desta realidade, solidificada no senso comum, direciona a cultura das drogas para a constituição de ‘*sistema fechado*’. O sistema fechado, no qual os atores se condicionam reciprocamente - reprodução ideológica - e cuja reação social criminaliza e marginaliza os grupos, partindo de imagem preestabelecida - profecias que se auto-realizam (*Teorema de Thomas*) -, exerce, em seu núcleo interno, potencialidade eletiva. Este processo de produção-reprodução da realidade (consenso), determinaria a eleição simbólica dos participantes como ‘*bodes expiatórios*’<sup>119</sup>.

Prossegue Baratta, afirmando que é fundamental, nos sistemas fechados, o papel dos meios de comunicação, pois refletem o consenso sobre o *status quo* das drogas.

**“En los sistemas cerrados, como en el caso de la política de la droga, esta interdependencia y la correspondiente homogeneidad de los mensajes emitidos por los medios de comunicación es evidente, siendo, a su vez, elemento determinante de su autorreproducción material y ideológica”<sup>120</sup>**

---

<sup>119</sup> *Ib. ibdem*, p. 330-331.

<sup>120</sup> *Ib. ibdem*, p. 333.

Logo, se tomarmos como base a teoria das (sub)culturas criminais e a premissa básica de que inexistente sistema homogêneo de valores nas sociedades contemporâneas, aliado ao fato de que a (sub)cultura da droga é um sistema fechado e auto-reprodutivo, em que o *mass media* compõe e recompõe o consenso, podemos colocar em questão, neste caso paradigmático, o princípio da culpabilidade e os mitos em que este se solidificou. Torna-se impossível, assumindo tal perspectiva, valorar condutas desviantes tendo como base modelo homogêneo de reprovação. Além de serem as representações sobre a droga, no imaginário social contemporâneo, pluralistas<sup>121</sup>, a própria imagem inicial sobre o sistema potencializa as condutas dos indivíduos inseridos na (sub) cultura.

Inadmissível, porém, a exigência, no interior de um grupo, de comportamento diverso, *ajustável ao direito*. Pois, como afirma Ruth Gauer,

**“O cenário do uso das drogas é bastante diferenciado. A diferença que me refiro busca colocar a questão de forma a compreender que cada cultura faz a sua própria leitura sobre o assunto. A questão do lícito como a do ilícito é relativa a cada cultura e em nossa cultura também o será pois está relacionada a estilos de vida e gosto de classe”<sup>122</sup>.**

---

<sup>121</sup> Ruth Ma. Chittó GAUER, *Uma Leitura Antropológica do Uso de Drogas*, p. 62.

<sup>122</sup> Ruth Ma. Chittó GAUER, op. cit.

Torna-se mister interrogarmos como valorar uma conduta, restringindo o conhecimento à valoração oficial, levando em conta que: (a) a percepção do autor e suas ações são condicionadas, e ao mesmo tempo condicionantes, da realidade introjetada pelo grupo (**reprodução ideológica**); (b) o sistema social representa e cria esta realidade, tendo expectativa positiva de que o grupo atue nesta direção (**reprodução material**); (c) estamos inseridos em realidade marginal composta de pluralismo social e cultural - **sincretismo cultural**. Assim, podemos constatar um vício genético na questão da responsabilidade penal individual. A única possibilidade de dirimir os equívocos da teoria da culpabilidade é através da isenção de incidências draconianas da lei sobre os agentes que congregam uma (sub)cultura.

Neste sentido, a *teoria da co-culpabilidade*<sup>123</sup>, desenvolvida por Raúl Zaffaroni, resgatando a práxis do ‘*Bom Juiz Magnaud*’<sup>124</sup>, e a teoria de

---

<sup>123</sup> ZAFFARONI (*Manual de Derecho Penal*), criador desta teoria, conceitua co-culpabilidade partindo da impossibilidade plena de autodeterminação do sujeito.

“*Todo sujeto actúa en una circunstancia dada y con un ámbito de autodeterminación también dado. En su personalidad misma hay una contribución a ese ámbito de autodeterminación puesto que la sociedad - por mejor organizada que fuere - nunca tiene la posibilidad de brindar a todos los hombres las mismas oportunidades. En consecuencia, hay sujetos que tienen un mejor ámbito de autodeterminación condicionado de esta forma por causas sociales. No será posible poner en la cuenta del sujeto estas causas sociales y cargarle con ellas a la hora del reproche de culpabilidad. Suele decirse que aquí hay una ‘co-culpabilidad’ con la que debe cargar la sociedad misma*” (p.520-521).

Dissertando sobre as diferenças sociais, ZAFFARONI (*Política Criminal Latinoamericana*) nos explica a base fundamental da teoria: “(...) si la sociedad no brinda a todos iguales posibilidades, resulta que hay un margen de posibilidades que se les ofrecen a unos y se les niega a los otros y, por ende, cuando la infracción es cometida por aquél a quién se han negado algunas posibilidades que la sociedad le dió a otros, lo equitativo será que la parte de responsabilidad por el hecho que corresponda a esas negaciones sea cargada por la misma sociedad que en esa medida fue injusta. Esta es la co-culpabilidad: al lado del hombre culpado por su hecho, hay una co-culpabilidad de la sociedad, o sea que hay una parte de la culpabilidad - del reproche por el hecho - con que la debe cargar la sociedad en razón de las posibilidades que no ha dado. Esta es la idea plasma de la fracción 1a. del párrafo 5 del StGB de la DDR del 14 de enero de 1968: ‘Un hecho se comete culpablemente cuanto el autor, pese a las imposibilidades que

Jean Paul Marat são possibilidades reais, num primeiro momento, de resposta satisfatória. Parece-nos notório, pois, a necessidade de divisão de responsabilidade entre o indivíduo desviante e a sociedade que colabora e/ou potencializa sua ação.

---

*se le hayan dado para una conducta socialmente adecuada, realice, mediante actos irresponsables el tipo legal de un delito o crimen*” (p. 167).

<sup>124</sup> Sobre o “Bom Juiz MAGNAUD”, conferir o artigo “*O Fenômeno Magnaud*”, de nossa autoria.

## Capítulo II: Incidência constitucional no sistema de repressão às drogas

### 1 O controle da legislação penal imposto pela principiologia garantidora: Princípios de Direito Constitucional Penal: a neo-secularização

O método dogmático em Direito Penal, desenvolvido pelo ‘tecniscismo jurídico’ das escolas alemãs (Binding e von Liszt) e italiana (Rocco), enquanto recepção da matriz Dogmática da Ciência do Direito e reação ao ‘sincretismo metodológico’ de clássicos e positivistas, limita seu objeto ao estudo do Direito Penal positivo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> A opção de Arturo ROCCO fica clara em seu discurso *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal*, em que, tentando desprender-se das problemáticas causadas pela Criminologia e pela Escola Clássica, recorta seu objeto no Direito Penal positivo.

“*Me refiero, por el contrario y tan solo, al derecho positivo vigente, único que la experiencia nos señala y en lo cual solamente puede encontrarse el objeto de una ciencia jurídica como lo es el derecho penal y como debe y ha de continuar siéndolo, desmetidos los oráculos de una antropología tan cómoda como inexacta*”(p. 08).

“*Lo que se quiere es tan solo que la ciencia del derecho penal, en armonía con su naturaleza de ciencia jurídica especial, limite el objeto de sus investigaciones directas al estudio exclusivo del derecho penal y, de acuerdo con sus medios, del único derecho penal que existe como dato de experiencia, o sea, el derecho penal positivo*” (p. 10).

Todavia, percebemos que a modelagem do método dogmático nas Ciências Penais<sup>2</sup> ocorre em época na qual as Constituições eram encaradas apenas como meras cartas de intensão, em período que não havia vínculo normativo entre o principal estatuto do Estado e as leis inferiores, e em que a idéia de supremacia e rigidez constitucional era desprezada. O escalonamento e a formação do modelo espacial piramidal, na Teoria Geral do Direito, somente ocorrerá com Kelsen na primeira edição da Teoria Pura do Direito, ocorrida na década de trinta de nosso século.

O problema é que a receptação e consolidação do método dogmático na esfera penal ignorou, e tem ignorado constantemente, a questão constitucional, tanto que é correto afirmarmos que, na história do Direito Penal moderno, dificilmente houve harmonia entre os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e os hierarquizados constitucionalmente<sup>3</sup>. Destarte, é totalmente alheio ao Direito Penal o respeito à principiologia constitucional.

Neste sentido, cabe à Ciência do Direito Penal novo processo secularizador, integrando os postulados propostos pela atual crítica criminal referentes à primazia dos valores e princípios constitucionais à matéria de cunho penalístico.

Segundo Palazzo,

**"(...) pode-se dizer que da influência desses princípios constitucionais deve originar-se uma tendência à secularização do Direito Penal, secularização não identificada apenas na vitória de**

---

<sup>2</sup> Sobre o tema conferir a tese de Vera Regina Pereira de **ANDRADE**, *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*.

<sup>3</sup> Márcia Dometila Lima de **CARVALHO**, *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, p. 31.



**certas incrustações do sistema, de feição especificamente religiosa, mas como uma tendência bem mais racional que busca ajustar a intervenção penal a situações efetivamente ofensivas das condições objetivas de existência da sociedade civil, e a excluir, os fatos reprováveis de um ponto de vista apenas ideológico"<sup>4</sup>.**

A adequação da Teoria do Crime aos princípios e valores constitucionais permitiria, inclusive, nova definição de delito, tendo como base a concepção material - relativa aos bens jurídicos -, mas ampliando a tutela aos *bens constitucionalmente relevantes*.

No que tange especificamente às normas penais incriminadoras, a neo-secularização determinaria, como *conditio sine qua non*, o vínculo da Ciência Penal com os princípios e valores constitucionais, como forma de atenuar o sistema genocida e seletivo das agências e minimizar a estrutura criminal que deve respeitar seu caráter fragmentário e subsidiário. Neste aspecto, a escolha dos bens jurídicos tutelados penalmente deve ter relevância social, expressa na Constituição, sob pena de inconstitucionalidade material. O conteúdo das normas criminalizadoras deve estar harmonicamente disciplinado pela carta fundamental.

Assim, a própria noção de delito, desde uma visão interna do sistema, em perspectiva Dogmática ampliada ao patamar constitucional, se altera, passando a ser paradigmático o entendimento de Bricola ao conceituar o delito como

---

<sup>4</sup> Francesco PALAZZO, *Valores Constitucionais e Direito Penal*, p. 87.

**"(...)um fato previsto de forma taxativa pela lei, de realização exclusiva do agente ou reconduzível ao mesmo através de uma atitude culpável (dolosa ou culposa), idônea para ofender um valor constitucionalmente significativo, ameaçado com uma pena proporcional também ao significado do valor tutelado, e estruturalmente caracterizado pelo teleologismo constitucionalmente atribuído à sanção penal"<sup>5</sup>.**

Percebe Márcia Dometila Lima de Carvalho que o delito passa a ser fruto de visão político-normativa de cunho eminentemente constitucional material<sup>6</sup>. Logicamente, podemos aceitar tais assertivas em visão intra-Dogmática e como estratégia inicial de ação desestruturadora e deslegitimadora da lógica jurídico-penal. É imprescindível ressaltar, porém, que "o" delito não existe, *"pois, ontologicamente falando, só existem conflitos arbitrariamente selecionados"*<sup>7</sup>.

Admitindo esta neo-secularização da Ciência Penal, duas novas categorias principiológicas se distinguem. O penalista italiano Francesco C. Palazzo expressa estas tipologias em seu livro *"Valores Constitucionais e Direito Penal"*. O autor distingue estes princípios em: (a) **Princípios de**

---

<sup>5</sup> Apud, Márcia Dometila Lima de CARVALHO, ob. cit., p. 46-47.

<sup>6</sup> Ob. cit., p. 48.

<sup>7</sup> O criminalista argentino, Eugenio Raúl ZAFFARONI (*Em busca das penas perdidas*) demonstra com perfeição a insuficiência dos conceitos tradicionais de delito. Afirma que *"'conceito juridico de delito' nada mais é que a síntese dos requisitos que devem estar presentes em qualquer ação conflituosa de um autor selecionado pelo poder do Sistema Penal, para que a agência judicial responda afirmativamente quanto ao prosseguimento do processo de criminalização já em curso"*. Prossegue em seu magistério, reconceituando a categoria: *"'delitos' seriam as condutas conflituosas que dão lugar a uma decisão criminalizante afirmativa por parte da agência judicial, que decide não interromper a criminalização em curso, ao passo que, por outro lado, 'Teoria do Delito' é somente o 'nomemjuris' de uma parte do discurso juridico-penal que explicita de forma orgânica o conjunto dos requisitos que a agência judicial deve exigir antes de decidir-se afirmativamente pelo prosseguimento do processo de criminalização"* (p. 247-248).

**Direito Constitucional Penal e (b) Princípios (ou valores) Constitucionais pertinentes à matéria Penal<sup>8</sup>.**

Por *Princípios de Direito Constitucional Penal*, Palazzo apresenta os princípios que contêm conteúdo típico e propriamente penalístico, delineando feição constitucional no Sistema Penal. Fazem parte do sistema, em razão do seu conteúdo, no momento em que definem características essencialmente constitucionais, como o princípio da legalidade dos crimes e das penas, o princípio da individualização, o princípio da responsabilidade penal *et coetera*. Os *Princípios (ou valores) Constitucionais pertinentes à matéria Penal* ficariam adstritos àquelas matérias constitucionalmente relevantes, pela qual são traçados os rumos disciplinadores da incidência penal. Tais princípios elegeriam os bens, conteúdos e matérias jurídicas a serem disciplinados, impondo cláusulas específicas quanto à criminalização e descriminalização da matéria infra-constitucional.

Delineando, momentaneamente, o perfil do ordenamento jurídico-penal nacional que reprime o uso e comércio de drogas, preocupar-nos-emos com os Princípios de Direito Constitucional Penal que estabelecem parâmetros de constitucionalidade material ao Direito Penal substantivo (princípios em sentido amplo) para, posteriormente, avaliarmos os princípios pertinentes à matéria criminal (cláusulas criminalizadoras).

---

<sup>8</sup> Francesco PALAZZO, op. cit., p. 22-23.

## 1.1. Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade, destacado em praticamente todas as constituições contemporâneas, é legado direto da tradição iluminista. Imortalizado pela fórmula de Feuerbach "*nullum crimen nulla poena sine lege*", atualmente se desdobra em três categorias específicas - *princípio da reserva legal, princípio da previsibilidade mínima e princípio da extratividade da lex mitior* - a qual estrutura, negativamente, algumas ações legislativas - como a proibição da formulação de crimes derivados de costumes e analogia, proibição de ocultação de núcleo do tipo, proibição de utilização de elementos do tipo sem precisão semântica e proibição de tipificações abertas e exemplificativas.

Segundo Vera Andrade,

**“(...)a legalidade cumpriria funções fundamentais, ambas associadas à explicitação do seu valor de garantia: a) uma função hermenêutica, relacionada com o modo de interpretação da lei penal e b) uma função metodológica ou sistemática, referida à produção dos conceitos jurídico-penais”<sup>9</sup>.**

Hermeneuticamente, determinaria funções negativas, ou seja, viabilizaria um super-princípio balizador de toda a atuação dos juristas e da produção legal pelo órgão determinado, enquanto que, sistematicamente,

---

<sup>9</sup> Vera Regina Pereira de ANDRADE, op. cit., p. 225.

estabeleceria relação intrínseca do princípio com a teoria do tipo, eis que a tipicidade seria categoria jurídico-penal racionalizadora do princípio da legalidade. “*O nullum crimen, nulla poena sine lege corresponderia, assim, à fórmula ‘não há delito sem tipicidade’*”<sup>10</sup>.

### **1.1.1. Princípio da Reserva Legal**

A reserva legal é uma das principais garantias constitucionais contra o arbítrio estatal. Determina que somente o poder legislativo poderá normatizar em matéria criminal. Na tradição constitucionalista tupiniquim, encontramos o princípio expresso até mesmo nas constituições ditatoriais. Na Constituição de 1988, o princípio é expresso claramente no artigo 5º, XXXIX: “*Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*”.

A principal cláusula negativa resultante deste princípio é a da impossibilidade de criação de tipos penais derivados do direito costumeiro, isto é, somente as leis escritas, compatíveis com a orientação constitucional, podem estabelecer tipos e penalidades.

O rigoroso monopólio da produção legal criminal pelo legislativo, reivindicação advinda do racionalismo, garante um mínimo de certeza e segurança ao cidadão, sendo-lhe possibilitado o conhecimento dos fatos que são permitidos e proibidos.

---

<sup>10</sup> *Ib. ibidem.*, p. 225-226.

Contudo, uma das técnicas legislativas utilizadas na formulação de tipos penais que, ao nosso ver, rompe com o princípio da reserva legal e, conseqüentemente, com o princípio da legalidade, é a utilização do recurso das **normas penais em branco**, historicamente consagrado nas legislações de estupefacientes. Tal técnica permite a criação de tipos penais por órgãos vinculados a outra esfera de poder: órgãos administrativos (Poder Executivo). A norma penal em branco é norma incompleta<sup>11</sup> em que a descrição da conduta punível requer colmatação de outro dispositivo de cunho penal e/ou extra-penal<sup>12</sup>. A parte integradora do tipo não é definida pelo rigor legislativo que originou a lei penal.

Encontramos esta espécie de normas em delitos que se caracterizam peculiarmente por suas formas de evolução relativas à lesão do

---

<sup>11</sup> Como mencionado, o primeiro conceito de norma penal em branco encontramos em Karl **BINBING** que, incorporando uma visão romântica, assemelhou esta norma a um *corpo errante em busca de alma*. Uma diferenciação, todavia, é importante. Norma penal em branco não se confunde com tipo penal aberto. Segundo o professor português Miguel Pedrosa **MACHADO** (*Breve confronto entre normas penais em branco e tipos abertos*), existem três possibilidades de remissão entre normas penais: (a) a norma remete para outro preceito contido na mesma lei penal; (b) a lei remete para outra lei distinta, e (c) a lei remete para uma disposição de grau ou nível inferior (v.g., um regulamento).

A norma penal em branco corresponderia ao segundo e terceiro caso, uma vez que o primeiro caracterizariam uma norma incompleta (lacuna).

O tipo aberto, “é um conceito menos formal e que visa traduzir a existência, em muitos tipos legais de crime, de elementos carecidos de determinação material” (...). “Deixa de estar em causa a complementação do tipo mediante uma regra jurídica de nível ou categoria inferior, para se considerar a necessidade de complementação através da jurisprudência, por se estar perante normas que não contêm a determinação dos elementos do dever jurídico cuja violação significa realização do tipo” (p. 149-150). Como exemplos de tipos abertos, teríamos os crimes culposos e os crimes de omissão imprópria ou comissivos por comissão.

<sup>12</sup> “Essa complementação da norma penal em branco pode ocorrer em outro dispositivo de lei (complementação homóloga - sendo, neste caso, homovitelina quando for lei penal ou heterovitelina, quando disser respeito à lei diversa) ou por legislação de hierarquia inferior (ato administrativo, por exemplo, quando será chamada de complementação heteróloga)”. Dani **RUDNICKI** e Salo de **CARVALHO**, *Perspectiva Minimalista da Tutela do Meio Ambiente*, p. 324-325.

bem tutelado, como os delitos ambientais, de entorpecentes e criminalidade econômica. A doutrina admite, nestes casos, o recurso às normas em branco pelo fato de que a formulação legislativa seria demasiado lenta para alcançar a proteção necessária. Não podemos olvidar, no entanto, que o legislativo, em que pese suas falhas, continua a ser o meio mais idôneo e democrático para produzir normas que, possivelmente, destituirão do cidadão sua liberdade. Entendemos que, apesar da necessidade de tutela de bens difusos, incorre em inconstitucionalidade material qualquer forma de incriminação que não respeite este modelo principiológico. Assim, incorreriam em inconstitucionalidade todas formulações penais em branco, independente do discurso político-criminal contrário, como é a justificativa da norma do art. 12 - complementada pelo art. 35, da Lei 6.368/76 .

A retórica doutrinária, contudo, no que se refere às normas desta natureza, desenvolveu a teoria da "**reserva legal relativa**" em detrimento da "**reserva legal absoluta**", defendida pelos modelos garantidores das atuais políticas públicas de efetivação e tutela de direitos. A reserva legal absoluta, como frisa Nilo Batista<sup>13</sup>, postula que a lei penal resulte de debate democrático parlamentar, sendo que somente os procedimentos legislativos teriam idoneidade para cominar penas e formular ilícitos. A reserva relativa negaria o monopólio absoluto do legislativo em matéria penal, admitindo outros meios de incriminação diversos da via institucional legislativa. O legislativo seria responsável apenas pela delimitação de diretrizes gerais a serem seguidas por outros órgãos na feitura dos estatutos penais. A justificativa teórica propicia enorme ruptura na estrutura originária não só do princípio da reserva legal, mas

---

<sup>13</sup> Nilo **BATISTA**, *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*, p. 73-74.

dos princípios do Estado de Direito, bem como quebra da harmonia constitucional com as demais normas do ordenamento jurídico. Tal proposição rompe, inclusive, com o **princípio da tripartição dos poderes**.

Abrir o sistema para tipos de incriminações formulados independente do legislativo, mesmo que sustentados pelos argumentos políticos criminais de que a única forma de tutelar alguns bens relevantes seria possibilitar a técnica das leis penais em branco e que estas seriam obrigadas a seguir parâmetros vinculados pelo legislativo, lesa estrutura valorativa e global, cuja função é impedir violações autoritárias aos direitos fundamentais. A agressão de tais normas ao estatuto fundamental é inconteste e extremamente maléfica aos sistemas penais contemporâneos que se pretendem democráticos.

### **1.1.2. Princípio da Previsibilidade Mínima**

O princípio da previsibilidade mínima, ou princípio da taxatividade, como prefere a doutrina tradicional, é o segundo princípio derivado do princípio da legalidade<sup>14</sup>. A proposta de previsibilidade mínima

---

<sup>14</sup> Preferimos utilizar a expressão “**Princípio da Previsibilidade Mínima**”, ao invés de “**Taxatividade**”, pois entendemos que o aforisma “*nullum crimen nulla poena sine lege certa*” é inadmissível. Do ponto de vista crítico, não podemos afirmar que existam leis que possibilitem certeza. A busca por uma certeza absoluta, advinda do processo legislativo, é um dogma da Escola da Exegese, desmistificado pelo historicismo de vanguarda desde meados do século passado.

Afirmar que uma legislação permite certeza é admitir a impossibilidade do papel de releitura do juiz, é restringir órgão judiciário a mero reproduzidor dos preceitos legislativos (“boca que pronuncia a lei”).

A proposta de previsibilidade mínima resguardaria um campo determinado de clareza com os quais os estatutos penais deveriam estar sintonizados. Sobre a crítica historicista aos preceitos exegetas, conferir artigos de nossa autoria intitulados *Mitos sobre a Escola do Direito Livre e Sobre*



vincula o legislador da matéria penal em determinar com precisão a conduta desviante, de forma que se restrinjam ao máximo dubiedades ou interpretações obscuras decorrentes do texto.

Determinações legais imprecisas acarretariam prejuízo em relação ao cidadão, pois o mesmo não teria percepção de que tipos de condutas seriam permitidas ou proibidas pela lei penal.

O princípio referido delega ao legislador a obrigação de manufacturar leis escritas, visto que é vetado ao juiz a utilização de analogia como cláusula incriminadora ou agravadora de pena - "*Nullum crimen nulla poena sine lege scripta*".

Decorre do princípio da previsibilidade mínima a necessidade de que o legislador, além de elaborar norma escrita clara, não produza incriminações com (a) ocultação do núcleo do tipo, (b) emprego de elementos do tipo sem precisão semântica e (c) tipificações abertas e exemplificativas<sup>15</sup>. Assim, do legislador se exige o máximo de rigor lingüístico na arte da lei.

Os exemplos mais claros de violação ao princípio da previsibilidade mínima foram as determinações penais do Código Alemão Nazista, onde eram constantes os tipos exemplificativos e o emprego da analogia. Contudo, na própria legislação pátria, freqüentes são as lesões, como é o caso da elaboração genérica do art. 12 da Lei de Tóxicos. Além de instaurar a norma penal em branco, violando a reserva legal absoluta, o dispositivo inclui cláusula totalmente desprovida de rigor lingüístico, ao incriminar aquele que '*de qualquer forma*' comete os verbos previstos no corpo do artigo. No mesmo

---

a *Completeness of the Legal Order: a normative study on the lacunae in the theories of Hans Kelsen and Norberto Bobbio.*

<sup>15</sup> Nilo BATISTA, ob. cit., p. 81-82.

erro incorreu o legislador ao elaborar o art. 15, o qual determina que ao médico ou profissional de saúde incidirá penalidade de seis meses a dois anos e multa, se prescrever ou ministrar substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, *dose maior que a necessária* ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

### **1.1.3. Princípio da Extratividade da ‘Lex Mitior’**

Por princípio da extratividade, entendemos a possibilidade de projeção dos efeitos de lei benéfica, tanto para o passado (princípio da retroatividade da lei mais benigna), como para o futuro (ultratatividade da ‘*lex mitior*’).

Também conhecido por princípio da irretroatividade (da ‘*lex gravior*’), é expresso pelo aforismo "*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*". A irretroatividade prevê que uma pessoa somente poderá responder processo criminal pela lei vigente à época do fato, ou seja, não há possibilidade de um indivíduo vir a ser processado por lei que teve vigência posterior à época do desvio.

A irretroatividade é garantia fundamental contra o arbítrio do Estado perante as garantias cidadãos.

A possibilidade de norma superveniente incidir em fato anterior só são admitidas no momento em que esta venha a beneficiar o réu - *abolitio criminis* (*favor rei*). Caso contrário - *reformatio legis in pejus* -, é refutada a

possibilidade, visto que implicaria dar eficácia e, conseqüentemente prejudicar o agente, por norma inexistente no momento da ação.

A primazia do princípio põe em dúvida, inclusive, a constitucionalidade do art. 3º do Código Penal brasileiro que, limitando o princípio da irretroatividade, determina que “*a lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência*” - ultratividade. Justifica-se o termo legal através do entendimento de que a regra não descriminaliza o fato, apenas cessam temporariamente as razões da lei<sup>16</sup>. *Data venia*, discordamos dos argumentos. Tanto lei excepcional quanto temporária prevêm em seu texto termo descriminalizante - sucessão de ‘*lex mitior*’. A lei benéfica não pode ser encarada apenas como produção legislativa positiva - manufatura legal -, mas, igualmente, como processo negativo - descriminalização. Logo, temos uma hipótese sucessiva em que a lei cessa seus efeitos gerais, não podendo mais ser invocada. Caso contrário, produziria lesão à legalidade constitucional penal.

## 1.2. Princípio da Humanidade

Segundo o penalista Nilo Batista, o princípio da humanidade dividir-se-ia em **princípio da racionalidade** e **princípio da proporcionalidade das penas**. Tal como os demais princípios mencionados

---

<sup>16</sup> Roberto LYRA Fo. & Luiz Vicente CERNICCHIARO, *Compêndio de Direito Penal*, p. 44.

até o momento, a origem histórica do princípio da humanidade advém do iluminismo penal. Beccaria e Pietro Verri, instauradores do Direito Penal moderno, já postulavam que as penalidades impostas deveriam corresponder à lesão do bem jurídico correspondente. Logo, vinculam-se os princípios da racionalidade e da proporcionalidade das penas, ainda que o primeiro seja baseado na idéia da pretensão do monopólio da produção jurídica pelo Estado e o segundo, à perspectiva humanitária.

**"O princípio da humanidade intervém na cominação, na aplicação e na execução da pena, e neste último terreno tem hoje, face à posição dominante da pena privativa de liberdade, um campo de intervenção especialmente importante"<sup>17</sup>.**

Revalorizam-se os princípios da racionalidade e da proporcionalidade, consubstanciando o princípio da humanidade como instrumento orientador de todo processo de criminalização, desde a determinação da sanção até sua fase executória. A comissividade do princípio determina orientação ao legislador, ao juiz e ao órgão executor<sup>18</sup>, ou seja, introduz-se em toda teia do sistema de poder estatal.

Na órbita do Direito Constitucional pátrio, o princípio da humanidade se fez presente nos incisos XLVII ("*não haverá penas: a. de*

---

<sup>17</sup> Nilo BATISTA, ob. cit., p. 100.

<sup>18</sup> Segundo Roberto LYRA (Apud, ESPÍNDOLA Fo, *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*), "*junto às prisões não há mais acusadores, e sim defensores, no mais solene sentido da expressão*" (p. 352).

O princípio referido amplia este entendimento, não somente ao órgão encarregado de executar a pena, mas a todos os atores do processo penal e ao legislador.

*morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b. de caráter perpétuo; c. de trabalhos forçados; d. de banimento; e. cruéis") e XLIX ("é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral") do artigo 5º.*

Quanto ao regime penalógico do modelo repressivo das drogas, notórias são as violações ao princípio da humanidade.

Como veremos posteriormente, fica duvidosa a lesão em crimes de perigo abstrato - totalidade dos delitos de drogas. Nas leis de entorpecentes não há ofensividade causal, apenas jurídica, eis que o resultado das condutas não produz dano empírico, somente normativo. Diante disso, fica extremamente difícil valorar a devida proporcionalidade das penas. Exemplo significativo ocorre nos casos de cessão, em que a avaliação meramente exegética da norma remete a conduta ao tipo do artigo 12 da Lei 6.368/76, impondo penalidade de reclusão de três a quinze anos.

Mesmo em caso de tráfico, entendemos extremamente exacerbado o regime penalógico, ferindo o princípio da humanidade das penas.

Devemos salientar que a pena privativa de liberdade, em sentido amplo, viola a humanidade das penas, sendo mister elaborarmos alternativas ao regime prisional.

### 1.3. Princípio da Lesividade e da Presunção de Inocência

O princípio da lesividade ou da ofensividade complementa, de forma organizativa, o princípio da intervenção mínima. O princípio dispõe que somente poderá ser aplicada penalidade no momento em que a ação infrinja bem jurídico determinado, produzindo-lhe dano - resultado material. Quatro funções específicas são delineadas pelo princípio da lesividade, segundo Nilo Batista<sup>19</sup>:

- a. proibição de incriminações de atitudes internas;
- b. proibição de criminalizar condutas que não excedam o âmbito do próprio autor;
- c. proibição de incriminações de simples estados ou condições existenciais; e,
- d. proibição de criminalização de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico específico.

Entende-se por atitudes internas qualquer tipo de ação que resulte da ideologia do autor. Incriminações desta natureza revelam uma face *orwelliana* das agências de poder penal, visto que temos a subsunção da norma penal sobre o intelecto do indivíduo. A própria Constituição Federal refuta normas desta natureza, ao enunciar, em seu artigo 5º, inciso VI, que "*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos*

---

<sup>19</sup> *Ib. ibdem.*, p. 92-96.

*locais de culto e liturgia*"; no artigo 5º, inciso VIII, que "*ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa prevista em lei*"; no artigo 5º, inciso IX, que "*é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença*"; e, no artigo 5º, inciso X, que "*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*". O princípio decorre, igualmente, do art. 1º, III, da Constituição, ao tutelar a dignidade da pessoa como fundamento da República.

Em relação ao estado e condição existencial, o princípio garante que não haja retrocesso ao **Direito Penal do Autor** em que, apresentando o indivíduo grau determinado de *periculosidade*, haveria possibilidade de penalização de natureza criminal.

Sobre a incriminação de atos que não excedam o próprio autor, o princípio se refere à proibição de incriminação de **autolesões, crimes impossíveis e atos preparatórios**.

Relativo ao caso das drogas, torna-se questão fundamental a análise do bem jurídico tutelado e a potencialidade da lesão, principalmente nas condutas usuais.

Na concepção jurisprudencial, a posse de pequena quantidade de entorpecentes configura *crime de perigo abstrato*, sendo impossível, segundo entendimento majoritário, a alegação de atipicidade, pois a potencialidade lesiva é presumida pelo legislador, descrita em lei, não havendo nem a

possibilidade de constatação empírica.

O bem jurídico tutelado é a saúde pública, sendo sujeito passivo formal do delito o Estado (coletividade) - independente do fato ser enquadrado nas figuras do artigo 12, onde o Estado é o sujeito passivo primário e o consumidor, que recebe a substância, sujeito passivo secundário, ou do artigo 16 da Lei de Tóxicos. Em vista disso é que o revogado artigo 281 do Código Penal estava posicionado no capítulo referente aos Crimes contra a Saúde Pública.

Segundo a doutrina tradicional e dominante, tutela-se a saúde pública incriminando os crimes de perigo abstrato, pela **possibilidade de expansão do perigo à sociedade**. Todavia, discordamos dessa ótica senil e adotamos plenamente o entendimento da juíza carioca Maria Lúcia Karan.

**“Ora, é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo.”**

**“Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal - não importa em que quantidade - e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal.<sup>20</sup>”**

---

<sup>20</sup> Maria Lúcia KARAN, *De crimes. penas e fantasias*, p. 126.



Desta forma, entendemos como atípicas as condutas descritas no artigo 16 da Lei 6.368, bem como inconstitucional o conteúdo do dispositivo. O uso configura apenas autolesão, sendo sua criminalização totalmente incoerente e incompatível com a perspectiva metodológica utilizada nos estatutos criminais nacionais.

Assim, se a posse, guarda ou aquisição de qualquer tipo ou quantidade de substância não configuram fatos típicos, porque ferem a lógica do Direito Penal moderno e a principiologia constitucional, é insustentável o posicionamento assumido pela jurisprudência, respaldado amplamente pela doutrina, que vê na posse de pequena quantidade de estupefacientes delito a ser punido, tendo em vista a potencialidade de lesão à saúde pública.

É inadmissível determine o legislador que a mera atividade constitua ilícito punível, sem observar o requisito à ação, que é o processo causal e o dano efetivo do bem, já que, desde um conceito material-constitucional de delito, a tipicidade é bem mais que mera adequação ao tipo penal<sup>21</sup>.

Podemos, inclusive, ampliar a argumentação constitucional e afirmar, juntamente com Luis Flávio Gomes: “(...) *a se considerar suficiente para sua caracterização o perigo presumido ou abstrato, viola-se o princípio da ofensividade - nullum crimen sine iniuria - e até a presunção constitucional de inocência*”<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Dyrceu Aguiar Dias CINTRA Jr., *Da necessidade de se demonstrar o perigo concreto, ainda que indeterminado, na contravenção de falta de habilitação para dirigir*, p.344.

<sup>22</sup> Apud, Dyrceu Aguiar Dias CINTRA Jr., *op. cit.*

Abjurando os delitos qualificados como abstratos, encontramos decisão unânime no STJ, ao definir sobre as contravenções de trânsito:

**“A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente, renegando os delitos de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trazer, pelo menos, a probabilidade (não possibilidade) de risco ao bem jurídico. (...) A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica”<sup>23</sup>.**

A assunção da tese contrária viola o princípio da presunção da inocência, visto que *“não se pode presumir a culpabilidade, ou seja, que o agente teve a conduta perigosa. É preciso prová-la no devido processo legal”<sup>24</sup>.*

De toda cadeia principiológica elaborada pelo legislador constituinte, o princípio da presunção da inocência<sup>25</sup> sobrepõe-se aos demais.

---

<sup>23</sup> STJ - Resp. 34.322-0-RS - Rel. Min. Luiz Vicente CERNICCHIARO - julgado em 01.06.93 - DJU de 02.08.93, p. 14.295.

<sup>24</sup> Dyrceu Aguiar Dias CINTRA Jr., op. cit., p. 345.

<sup>25</sup> Railda SARAIVA (*A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*) destaca três variantes do princípio. A primeira é a impossibilidade de inversão do ônus da prova; a segunda, a imposição de condenação ao acusado, se inequivocamente comprovada sua culpa; e, finalmente, que a absolvição por sentença deve ter preferência sobre o mero arquivamento do processo (p. 77-78).

Assim, demonstra-se que qualquer ato discricionário de prisão antes do julgamento final é inconstitucional (independente do peso das argúcias de Súmulas que afirmam o contrário). A assertiva político-criminal da necessidade e conveniência da prisão preventiva ou necessidade do cidadão apelar mediante aprisionamento são injustificáveis, revelando arbítrio e antecipação da condenação por parte das agências.

Encontra-se destacado no artigo 5º, LVII da Constituição brasileira ("*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*").

A presunção de inocência do acusado, até trânsito em julgado de sentença condenatória, aliada aos princípios do devido processo legal e do contraditório, demonstram maturidade da teoria do Direito Constitucional e Penal Processual no elenco de direitos e garantias fundamentais do cidadão, embora sua inclusão na Declaração francesa de 1789 e na Declaração Universal dos Direitos do Homem tenham possibilitado historicidade particular.

Todavia, a recepção do princípio, principalmente pelo julgador, salvo raras exceções, tem ficado restrito a posicionamentos omissivos. No labor cotidiano, os juízes de primeira e segunda instância tem dado relevância secundária ao princípio constitucional. Apesar da característica essencialmente processual - onde o princípio deve orientar acusador, defensor e julgador em todas as fases procedimentais, bem como ter eficácia plena (comissiva), desde a denúncia até a sentença em grau recursal, desde a formulação subsuntiva até a fundamentação do tribunal superior -, a presunção de inocência vem proporcionando nova estrutura no que concerne à matéria de Direito Penal substantivo.

O princípio da presunção de inocência é garantia do *status libertatis*, é princípio defensivo da cidadania, como afirma Sznick:

**"A presunção de inocência, ao nosso ver, não é uma simples presunção, mas um 'estado jurídico', o *status* de inocência, que só é atingido quando ocorre a condenação"<sup>26</sup>.**

No que concerne à incriminação do uso e comércio de entorpecentes como crimes de perigo abstrato, não podemos olvidar que, ao presumir-se legalmente o perigo, fica o julgador desobrigado da atividade probatória tendente a demonstrar a culpabilidade do agente<sup>27</sup>, trazendo contornos autoritários ao Direito Penal pátrio, desestruturando os direitos e garantias fundamentais do agente. Idêntico é o caso de incriminação de atos preparatórios, constantemente presente nos estatutos de tóxicos.

#### **1.4. Princípio da Igualdade, da Intimidade e da Vida Privada**

Interessante posicionamento doutrinário, prestigiado em pequena parte da jurisprudência, mas contundente e em total sintonia com a principiologia constitucional, foi o de suscitar a inconstitucionalidade do artigo 16 da Lei 6.368/76.

Baseando-se nos princípios fundamentais, expressos na Constituição Federal de 1988 e estruturadores do ordenamento jurídico nacional, Lycurgo de Castro Santos entende como inconstitucional o

---

<sup>26</sup> Valdir SZNICK, *Direito Penal na Nova Constituição*, p.336.

<sup>27</sup> Dyrceu Aguiar Dias CINTRA Jr., *op. cit.*

dispositivo mencionado por violar os **princípios do pluralismo** (expresso na peça preambular da Carta), da **igualdade** (art. 5º, *caput*), da **inviolabilidade da intimidade e da vida privada** (art. 5º, X), bem como o **princípio da intervenção mínima**, que deve orientar manufatura legiferante em matéria penal.

Lesas o princípio da igualdade no momento em que a Constituição não restringe, em nenhuma hipótese, este direito e, de igual forma, não distingue nenhuma natureza específica<sup>28</sup> :

**“Deste modo, cremos que ou o legislador proíbe a utilização de todos os tipos de estupefacientes que cientificamente comprovado prejudicam de maneira mais ou menos uniforme a saúde, ou permite o uso e o consumo de todos aqueles que, de uma maneira ou outra, provocam em quem os utiliza situações em certo grau equivalentes. O que não pode ocorrer, desde uma perspectiva penal, é uma diversidade de tratamento que compromete seriamente esse princípio constitucional [princípio da igualdade perante a lei]”<sup>29</sup> .**

Porém, o principal argumento do autor é em relação à violação do direito à privacidade<sup>30</sup> . Sustenta o membro do Ministério Público:

---

<sup>28</sup> “*Todos são iguais perante a lei. sem distinção de qualquer natureza. garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade...*” (artigo 5º, *caput*).

<sup>29</sup> Lycurgo de Castro **SANTOS**, *Tóxicos: algumas considerações penais*, p. 123-124.

<sup>30</sup> A norma constitucional segue a orientação do artigo XII da **Declaração Universal dos Direitos do Homem**, aprovada em resolução da III sessão ordinária da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948: “*São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*” (artigo 5º, X).

“Por outro lado, o direito à privacidade como forma de exprimir todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, contrapõe ao próprio enunciado do tipo penal inserido no art. 16 da Lei de Entorpecentes: ‘adquirir, guardar ou trazer consigo, *para uso próprio* (...)’.”

“(...) não nos parece legítimo que se criminalize a conduta de adquirir, guardar ou trazer consigo, para consumo, determinada substância entorpecente.”

“E se cada um pode fazer com a sua saúde o que melhor lhe convém (neste aspecto o Código Penal é coerente com o princípio em tela, enquanto não tipifica nem o intento de suicídio nem a autolesão), tampouco pode o Estado invadir a vida privada do indivíduo para reprimir o uso de entorpecente<sup>31</sup>”.

Esta inovadora mas solitária posição foi adotada pelo Desembargador Milton dos Santos Martins no Tribunal de Justiça gaúcho<sup>32</sup>.

O grande problema encontrado é que a tutela deste direito tem ficado restrito às violações provocadas na esfera da individualidade<sup>33</sup>,

---

<sup>31</sup> Lycurgo de Castro SANTOS, op. cit., p. 124 (grifamos).

<sup>32</sup> “Não é lícito ao Estado, dentro do sistema de liberdade democrática, punir o viciado, que é, antes de tudo uma vítima. O art. 16 da Lei 6.368/76, punindo como infrator o viciado e o doente, afronta a Constituição Federal, no que respeita à liberdade individual quanto ao uso de estupefacientes” (grifamos). (TJRS - Incidente de Inconstitucionalidade na AC 686062340 - voto vencido de Rel. Milton dos Santos Martins - RJTJRS 128/34).

“A preliminar é conhecida em suas razões. O art. 16 da Lei de Tóxicos tipifica proceder da esfera individual, restrita à pessoa, não interferindo com outrem. É, portanto, inconstitucional ao invadir e violar os direitos fundamentais da pessoa (...)” (grifamos). (TJRS - AC 687043661 - voto vencido do Desembargador Milton dos Santos Martins - RJTJRS 127/99).

<sup>33</sup> Segundo Paulo José da COSTA Jr. (*O Direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 30 e ss.), diferencia-se a esfera individual da esfera da vida privada: “Os direitos que se destinam à proteção da ‘esfera individual’ servem à proteção da personalidade, dentro da vida pública. Na proteção da ‘vida privada’, ao contrário, cogita-se da inviolabilidade da personalidade dentro de

fundamentalmente à reputação (honra), enquanto que a esfera privada, que protege a intimidade, é relegada a plano inferior, quiçá inexistente. No âmbito da esfera privada, “(...) *estão compreendidos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público*”<sup>34</sup>.

Quanto à finalidade da proteção ao direito, Paulo José da Costa Jr., em sua obra “*O direito de estar só: tutela penal da intimidade*”, declara:

**“O que se pretende é a preservação da intimidade, ou quando menos do segredo, como a mais recolhida e restrita esfera do recato. Enfim o objetivo último da tutela é assegurar o desenvolvimento pleno da personalidade, no recesso da intimidade, para que se possa fruí-la sem temores, sem apreensões de que venha a ser surpreendida em postura quiçá inconveniente, ou em atitudes comprometedoras do prestígio social de que desfruta.”**

**“O direito à intimidade deriva do espírito do sistema, do complexo da valoração normativa do nosso direito, da consciência**

---

*seu retiro. necessário ao seu desenvolvimento e evolução, em seu mundo particular, à margem da vida exterior”.*

*“Estabelece-se, dessarte, a diferença entre a ‘esfera individual’ (proteção à honra) e a esfera privada’ (proteção contra a indiscrição).”*

*“Dentre as mais importantes manifestações da esfera individual, vão enumerados o direito ao nome e à reputação. Aquele, assegurando ao indivíduo, diante de eventuais abusos de terceiros, a própria individualidade”.*

*“Contrapõe-se à esfera individual a esfera particular ou privada. Aqui, não se trata mais do cidadão no mundo, relacionado com seus semelhantes, como na esfera individual. Trata-se, pelo contrário, do cidadão na intimidade ou no recato, em seu isolamento moral, convivendo com a própria individualidade”.*

*“O interesse aqui tutelado é diverso do segredo e, ainda, da reputação. Esta diz respeito a um atributo (respeitabilidade), que se insere na vida de relação (esfera individual). A intimidade concerne ao aspecto da individualidade. Corresponde tão-somente àquela aspiração do indivíduo de conservar a sua tranquilidade (la vie privée doit être murée), que uma publicidade ou uma intromissão alheia viriam perturbar”(grifamos).*

<sup>34</sup> Paulo José da COSTA Jr, op. cit., p. 36.

**social, das idéias e tendências dominantes”<sup>35</sup>.**

O direito à intimidade garantiria ao indivíduo a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos que não afetassem os direitos de terceiros. Este direito é restringido, ao nosso ver erroneamente, pela lei. A plena justificativa do princípio ora exposto descreve o teor inconstitucional do artigo 16, logicamente seguindo orientação doutrinária e jurisprudencial minoritária.

Corroborava com a mesma tese Alberto Zacharias Toron. Segundo o jurista paulista, a tutela do direito à intimidade é um preceito que tem como destinatário o próprio poder legiferante do Estado, sendo a esfera da liberdade faculdade do cidadão em preservar suas possibilidades de auto-realização em todas as ordens do íntimo (sexual, familiar, intelectual *et coetera*)<sup>36</sup>. Fundamenta seu posicionamento na interpretação feita pelo professor da Universidade de Buenos Aires, Norberto Spolansky, quando sustenta que o direito à intimidade

**“estabelece uma barreira jurídica para o legislador, pois este não pode legislar, e menos ainda em matéria penal, em relação àquelas ações que não afetem a ordem e a moral pública, nem prejudiquem terceiros”<sup>37</sup>.**

---

<sup>35</sup> *Ib. ibdem.*, p. 81-82.

<sup>36</sup> Alberto Zacharias TORON, *A proteção constitucional da intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos*, p. 38-39.

<sup>37</sup> Norberto SPOLANSKY, apud. Alberto Zacharias TORON, *ib. ibdem.*, p.41.



A visão a partir do prisma estatal parece-nos fundamental, eis que a doutrina nacional tem se preocupado tão-somente com as violações da intimidade advindas de terceiros, através da utilização de escutas telefônicas, câmeras de alta potencialidade de resolução *et coetera*.

Todavia, não podemos olvidar que o direito à intimidade é limitação, também, à intervenção do poder do Estado, como ensinam os supracitados teóricos<sup>38</sup>. A tentativa de sobreposição teórica no caso em tela, todavia, esbarra em interpretações jurisprudenciais conservadoras<sup>39</sup>.

### 1.5. Princípio da Pessoaalidade e da Individualização

"Nenhuma pena passará da pessoa do condenado(...)". O enunciado do artigo 5º, XLV da Constituição consagra a máxima "*nullum*

---

<sup>38</sup> Aliás, a inclusão desse direito nos estatutos constitucionais remete-nos aos liberais e à própria idéia contratualista. Ao firmar o hipotético pacto social, o homem cedeu uma parcela de liberdade em troca de segurança jurídica. Mas somente uma parcela, tanto que a pena de morte e o ergástulo são refutados. E, cedendo apenas uma parcela de sua liberdade, o homem resguardou para si o direito à intimidade onde o Estado não poderia intervir.

<sup>39</sup> "Violação de direito à privacidade - Posse de entorpecentes - Descaracterização pretendida por ser o art. 16 da lei 6.368/76 inconstitucional em face do art. 5º, X, da C.F., que protege a privacidade do indivíduo - Inadmissibilidade - Direito Constitucional que não pode ser oponível ao interesse coletivo de proteger a saúde pública, bem jurídico tutelado pelo referido diploma - Posse de substância entorpecente, que embora para uso próprio, representa perigo à coletividade - Condenação mantida. Não pode prosperar alegação de que a punição do delito de posse de substância entorpecente para uso próprio (art. 16 da lei 6.268/76) viola o direito constitucional à intimidade (art. 5º, X, da C. F.) por não acarretar o fato lesão ou perigo para a saúde pública.

O direito à intimidade não pode ser oponível ao interesse coletivo em proteger a saúde pública, que é o bem jurídico tutelado pela norma em debate. A posse da substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ainda que para uso próprio, representa perigo para a saúde pública, que o legislador ordinário pode apenar sem ferir o "right of privacy" (TJSP - AL - Rel. Dante Busana - RT 650/273 e RJTJSP 123/476).

*crimen, nulla poena sine culpa*". Assim, somente o responsável pode ser processado, condenado e punido. Elimina-se todo tipo de legado penalógico do condenado a outros indivíduos que não tenham participado efetivamente da conduta.

A categoria constitucional é postulado fundamental do Direito Penal contemporâneo, determinando que a pena deve ser pessoal, intransferível e objetiva.

Duas variáveis contemporâneas do Direito Penal são decorrentes do princípio da pessoalidade. A primeira determina a responsabilidade subjetiva do agente - o agente não responde meramente pelo fato, mas sim em proporção ao dolo ou culpa; segunda variável, é o princípio da individualização.

A individualização da pena é disciplinada no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal: "*A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; prestação social alternativa; suspensão ou interdição de direitos*". Nota Luiz Luisi<sup>40</sup> que o processo de individualização da pena se desenvolve em três momentos distintos e complementares. O primeiro é o procedimento legislativo, em que o legislador impõe limite mínimo e máximo que orientará o juiz. O segundo momento é o da aplicação segundo o grau de culpabilidade, ou seja, o juiz pessoaliza a pena de acordo com as balizas do artigo 59 do Código Penal; e, a terceira fase, seria da individualização administrativa ou executória, onde se determinam as condições em que o condenado cumprirá o castigo.

---

<sup>40</sup>Luiz LUISI, ob. cit., p. 37.

Valdir Sznick, no livro "*Direito Penal na Nova Constituição*", vincula aos princípios da pessoalidade e individualização o princípio da finalidade da pena. Apesar da desconstrução da criminologia crítica quanto à finalidade da pena - que prima em manter estrutura verticalizada de poder, estigmatizar e rotular pessoas, determinar exército de reserva, incitar a reincidência e afastar o indivíduo da completa e substancial cidadania -, notamos, no discurso oficial atual, certo câmbio das características retributivas e preventivas especiais, sendo priorizado o caráter utilitário. Contudo, a mudança retórica não encobre as funções ocultas, que Sandoval Huertas<sup>41</sup> organiza em três níveis: (a) psicossocial (função vindicativa e de cobertura ideológica), (b) econômico-social (função de reprodução da criminalidade, controle de mercado de trabalho e proteção à propriedade privada), e (c) política (manutenção do *status quo*, controle sobre as classes dominadas e opositores políticos). Todavia, abre-se espaço positivo e prático de ação para manter o cidadão o mais afastado possível desta cruel agência de controle.

A própria Constituição Federal enumera e estabelece alternativas à pena privativa de liberdade. Assim, consensualiza-se no Judiciário as prestações alternativas, a multa e a restrição de direitos, deixando a privação da liberdade como a *ultima ratio* de um sistema que deveria atuar como *ultima ratio* - individualização e intervenção mínima. Nota-se que o caráter criminógeno deste tipo de penalidade é reconhecido pelos próprios agentes do poder estatal (legisladores, juízes, agentes penitenciários *et coetera*).

---

<sup>41</sup> Apud, Nilo BATISTA, ob. cit., p. 113.

## 2. “Jurisprudência do terror”: os julgados contra a Constituição

Devido ao fato (grave) de a legislação penal de entorpecentes violar princípios e normas constitucionais, com respaldo nas declarações universais de direitos, poderíamos afirmar que haveria possibilidade de controle de sua constitucionalidade via Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) - controle abstrato.

Clèmerson Merlin Clève<sup>42</sup> enumera algumas condições essenciais que satisfariam os pressupostos do controle da constitucionalidade dos atos normativos: (a) existência de Constituição formal; (b) compreensão da Constituição como norma fundamental, enquanto estatuto dotado de rigidez e supremacia; e (c) previsão de órgão determinado, com competência para o exercício da atividade. As condições derivaram, principalmente, do fato de que não havia clareza quanto à força constitucional na Europa continental dos séculos XVIII e XIX, ficando a supremacia e a vinculação da Constituição às demais leis apenas no plano retórico. Supremacia e rigidez, a partir do entendimento da Constituição como lei fundamental no plano jurídico-positivo, propiciam efetivo controle da constitucionalidade e eficaz normatividade constitucional.

---

<sup>42</sup> Clèmerson Merlin CLÈVE, *A Fiscalização Abstrata...*, p. 23.

A noção de inconstitucionalidade deriva da noção de coerência do ordenamento jurídico. A falta de coerência entre normas jurídicas de mesmo ou diverso estatuto, num mesmo ou diferente grau hierárquico, causando contrariedade ou contraditoriedade, foi denominada pela Teoria Geral do Direito como antinomia<sup>43</sup>. No entanto, as questões de antinomia, no plano constitucional, somente corresponderão a um tipo de inconstitucionalidade: a *inconstitucionalidade material*<sup>44</sup>.

O controle abstrato da constitucionalidade das leis é controle direto, que impõe efeito imediato de retirada da lei inconstitucional ou do ato normativo. É fiscalização preventiva que

**"destina-se essencialmente a vedar (ou a dificultar) a vigência de normas indubitavelmente inconstitucionais, e só dessas, sem precluir uma ulterior apreciação de outras pelos órgãos competentes. É apenas como instrumento de defesa da Constituição contra violações grosseiras e inequívocas vindas dos actos normativos mais importantes que se justifica, e não como sucedâneo de uma fiscalização a posteriori a fazer no momento próprio"**<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> Norberto **BOBBIO**, *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 81.

<sup>44</sup> Por **inconstitucionalidade material** entende-se todo tipo de norma que, em sua substância (em seu conteúdo), lesa dispositivos constitucionais hierarquicamente superiores e cronologicamente posteriores. O ato normativo afeta a substância da norma constitucional, causando uma incompatibilidade dentro do ordenamento jurídico, não permitindo plena harmonização.

A inconstitucionalidade material se diferencia da **inconstitucionalidade formal**, porque a segunda é relativa aos procedimentos elencados pela norma superior como critérios imprescindíveis de validade normativa. Incorre em inconstitucionalidade formal qualquer tipo de norma produzida por órgão incompetente e/ou por defeito de forma legislativa, ou seja, em desrespeito às regras predeterminadas no texto constitucional.

O efeito da lei, formulada por órgão incompetente ou com defeito de forma, acarreta a **inconstitucionalidade total**, enquanto que o defeito de conteúdo pode determinar tanto inconstitucionalidade total como parcial, dependendo da substância normativa.

<sup>45</sup> Jorge **MIRANDA**, *Manual de Direito Constitucional*, p. 357.

Neste tipo de controle, o órgão competente para definição da matéria declara a inconstitucionalidade da lei, provocando efeito *erga omnes*.

Todavia, é a fiscalização concreta ou por via de exceção a forma mais comum de controle de constitucionalidade encontrada no direito pátrio. O requisito principal é que exista conflito específico. Neste caso, uma das partes argüi a inconstitucionalidade da lei - invoca a *exceção de inconstitucionalidade* - perante o juiz ou tribunal, em defesa de direito personalíssimo. Se confirmada a inconstitucionalidade pelo julgador, este nega a incidência da norma para o caso concreto, produzindo sentença com efeito *inter partes*.

O diferencial no controle concreto é que o caso *sub judice* determina e vincula a decisão, prosseguindo a norma com vigência aos demais conflitos, ao contrário do controle abstrato onde, após cotejo prévio de compatibilização da lei com a Constituição, declara-se a inconstitucionalidade, perdendo a norma qualquer efeito perante a sociedade. No controle concreto, se a legislação é considerada inconstitucional em primeiro grau de jurisdição, cabem recursos aos demais órgãos competentes, diferentemente do controle abstrato por via de ação, no qual o Tribunal julga a matéria em competência única e originária.

Como se percebe, o controle de constitucionalidade direta por via de ação demonstra maior eficácia na garantia da Constituição, pelo fato de ser preventivo, não pulverizado, com efeito vinculativo *erga omnes* e sem a morosidade característica dos procedimentos normais do judiciário.

A partir da concepção de Constituição rígida e dotada de supremacia, podemos afirmar que a maneira mais correta e eficaz de controle da constitucionalidade do Direito Penal seria pelas ações diretas de inconstitucionalidade. Os efeitos do controle por via de ação garantiriam os direitos da cidadania contra qualquer tipo de legislação penal autoritária, emotiva ou alarmista, contrária aos rígidos princípios conquistados no decurso histórico pela cidadania global.

O controle abstrato e preventivo responderia plenamente quanto à matéria em relevo. Todavia, a interpretação do cabimento da ação de inconstitucionalidade dada pelo Supremo Tribunal Federal restringe, de maneira ferina, uma possível constitucionalização do Direito Penal e a limitação da incidência do estatuto em tela.

É de notório conhecimento que a maioria das leis que regem a matéria penal, inclusive a Lei de Tóxicos, são anteriores ao texto supremo, ou seja, a matéria de Direito Criminal, em quase sua totalidade, é pré-constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, porém, não admite ação direta de inconstitucionalidade contra lei preexistente à Constituição.

**"O Supremo Tribunal Federal não aceita a tese da inconstitucionalidade superveniente, ou seja, do ato normativo que, constitucional no momento de sua edição, deixa de sê-lo em virtude da atuação do poder de reforma constitucional (caso específico de Portugal) ou do próprio poder constituinte"<sup>46</sup>.**

---

<sup>46</sup> Clémerson Merlin CLÈVE, op. cit., p. 148.

Entende de tal forma o Supremo Tribunal Federal, em julgado que consolida a matéria:

**"Constituição. Lei anterior que a contrarie. Revogação. Inconstitucionalidade superveniente. Impossibilidade.**

A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vetado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes, revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao serem promulgadas leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

**Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinqüentenária.**

**Ação direta de que se não conhece por impossibilidade do pedido."**

A manutenção da jurisprudência conservadora do STF foi advogada pelos Ministros Paulo Brossard, Moreira Alves, Celso de Mello, Francisco Rezek e Octávio Gallotti. A proposta inovadora, que possibilitaria ampliação no entendimento do controle abstrato de constitucionalidade e



harmonização da legislação pretérita com a nova carta constitucional, foi defendida pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio Farias de Mello e Néri da Silveira.

Infelizmente, optou-se por uma manter jurisprudência arcaica que impossibilita total constitucionalidade do ordenamento jurídico nacional. O controle da constitucionalidade da legislação pré-constitucional ficaria adstrito, assim, ao moroso processo de fiscalização por via de exceção, com decisões que vinculariam apenas as partes envolvidas e que, na realidade, mantém excrescência dentro do sistema jurídico: a existência de legislação ordinária que afronta os dispositivos, princípios e valores de uma Constituição democrática.

O principal problema da manutenção desta jurisprudência é que impede consciência constitucional-principiológica, diminuindo o poder vinculativo e normativo da norma fundamental jurídico-positiva. É inconteste que o direito pré-constitucional, se não sofrer processo de revogação ou se não houver a possibilidade de fiscalização abstrata, continua a produzir seus efeitos sobre a sociedade. Neste caso, há permissibilidade dos tribunais na manutenção de visão jurídica já superada pelo decurso histórico e refletido nos próprios anseios sociais. A incoerência permite a vigência de dispositivos como os dos arts. 12 e 16 da Lei 6.368/76 que, embora já desqualificados pela ausência de postulados principiológicos necessários, afronta o cenário democrático e pluralista visualizado na Carta Magna de 1988.

Para finalizar esta questão, é relevante citar o entendimento do publicista Clèmerson Merlin Clève:

**"A vantagem da última tese (fiscalização abstrata do direito pré-constitucional) consiste em sua consequência: - o cabimento da ação direta, 'que serve melhor às inspirações do sistema brasileiro de controle da constitucionalidade', pois permite a solução pronta de controvérsias que, de outro modo, somente com o passar dos anos e esgotados todas as instâncias e recursos, após inevitável período de dissídios entre juízes e tribunais, alcançarão solução pacificada"**<sup>47</sup>

O substrato teórico que fundamentou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em relação à inconstitucionalidade superveniente é a **teoria da recepção** das normas de Hans Kelsen, na qual haveria impossibilidade de uma lei continuar em vigor em diafonia com a Constituição sobrevinda.

No pensamento do autor vienense, não existem normas inconstitucionais, pretéritas ou atuais, pelo simples fato de que *"a afirmação de que uma lei válida é contrária à Constituição (anticonstitucional) é uma contraditio in adjecto; pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição"*<sup>48</sup>. Lei contrária à Constituição jurídico-positiva seria inválida, inexistente, pois perderia o seu fundamento de validade.

Os efeitos cruéis da absorção desta teoria pela jurisprudência brasileira, que poderíamos denominar, inclusive, como *"Jurisprudência do Terror"*, em analogia à categoria *"Direito Penal do Terror"*<sup>49</sup>, é de que impossibilita totalmente o controle de constitucionalidade da leis em sentido amplo - impossibilidade do controle abstrato pelo recurso da ADIN - e do

---

<sup>47</sup> Clèmerson Merlin CLÈVE, op. cit., p. 150.

<sup>48</sup> Hans KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, p. 367.

<sup>49</sup> Por *"Direito Penal do Terror"* e *"Jurisprudência Penal do Terror"* entendemos qualquer sistema jurídico-penal que lesiona garantias e princípios constitucionais historicamente conquistados.

artigo 16, em sentido estrito - consolidação jurisprudencial que não admite a violação da esfera privada pela regra em análise, inviabilizando o controle concreto. A tese kelseniana, advogada pelos tribunais pátrios, apesar de aparentemente coerente, não tem o poder de retirar estas normas flagrantemente inconstitucionais de circulação, produzindo anomalias jurídicas, mesmo sob o ponto de vista analítico.

### **3. Cláusulas criminalizantes: a consolidação legislativa da intolerância**

Em relação ao tráfico de entorpecentes, a Constituição de 1988 dispensou tratamento rigoroso.

Primeiramente, ao elencar o crime de tráfico como insuscetível de graça ou anistia, juntamente com a prática da tortura, terrorismo e os definidos em lei especial como hediondos<sup>50</sup>, possibilitou, com a redação da Lei 8.072/90, a inclusão do tráfico na categoria de crime hediondo, elevando penas e impondo seu cumprimento integral em regime fechado, além de impor outras consequências processuais agravadoras da situação do réu.

---

<sup>50</sup> Esta disposição encontraremos no artigo 5º, XLIII: “A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

Além do tratamento penalógico, que será tratado com maior ênfase quando avaliada a Lei dos Crimes Hediondos, a Constituição, em seu artigo 243, tratou de determinar a **expropriação** e imediato assentamento de colonos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízos de outras sanções, às glebas onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas. Em seu parágrafo único, definiu a apreensão e confisco de qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes, que será revertido em *“benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias”*.

A norma constitucional teve, como consequência imediata, a promulgação da Lei 8.257/91, que regulamentou o referido artigo.

A lei amplia o art. 34 da Lei 6.368/76, que previa a apreensão dos *“veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza utilizados para a prática dos crimes definidos nesta lei [Lei 6.368/76] (...)”*. Consoante a apreensão de bens, a nova lei determinou a expropriação.

Adquirindo a norma feições administrativas e determinando a Constituição a expropriação imediata, poderíamos suscitar a violação do princípio do devido processo legal, inscrito no artigo 5º, LIV da Constituição da República.

Dessa forma entende a Procuradora cearense Railda Saraiva:

“Cumpre observar que a expropriação, que se exige imediata, não poderá ser feita sem a observância do *devido processo legal*, princípio assegurado pela própria Constituição. A presteza da medida não pode implicar violação do princípio constitucional - ninguém será privado da liberdade *ou de seus bens* sem o devido processo legal. O processo pode ser especial, de prazos estreitos e rito célere, para garantir a imediatidade constitucionalmente exigida, mas há de ser legal, permitindo ampla defesa e contraditório”<sup>51</sup>.

A autora entende que o processo não precisa ser, necessariamente, judicial, bastando que, em processo regular, o proprietário tenha o conhecimento da plantação. Da mesma forma entende Greco Filho, em “*Comentários à Lei n.º 8.257, de 26 de novembro de 1991*”<sup>52</sup>.

Em relação ao confisco dos bens de valor econômico, é voz corrente, na doutrina, a necessidade do vínculo à condenação criminal pelo respeito ao mesmo princípio constitucional - princípio do devido processo legal.

Ainda no que diz respeito ao tráfico, a Constituição, em seu artigo 5º, inciso LI, determina a **extradição**, no caso de brasileiro naturalizado, se comprovado envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes. Reza o artigo:

---

<sup>51</sup> Railda SARAIVA, *A Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico-penal brasileiro*, p. 113.

<sup>52</sup> “*Todavia, além do elemento objetivo, que é o cultivo da terra, há necessidade de que o proprietário participe conscientemente dessa conduta. Não poderia ele ser penalizado com a perda da propriedade se terceiro, um arrendatário, por exemplo, sem seu conhecimento fizesse plantio de planta proibida. Essa circunstância será examinada administrativamente, antes do decreto de expropriação, ou no respectivo processo*”. Vicente GRECO FILHO, op. cit., p. XIII- XIV.

**“Nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.**

O dispositivo é completamente ambíguo. A norma determina que, se o estrangeiro, antes do processo de naturalização, envolve-se com qualquer tipo de delito, deve ser extraditado. Após, submeter-se-ia à legislação brasileira. No nosso entendimento, não haveria o porquê desta interpretação não se estender, também, ao tráfico. Este *plus* constitucional relativo à extradição do traficante, mesmo se naturalizado, parece-nos totalmente inadequado, pois **alça o tráfico à principal categoria delitual**, encontrando-se, em plano repressivo, superior a qualquer outro tipo de crime.

Ao nosso ver, a relevância estabelecida pelo legislador originário é irreal, tendo em vista o custo da criminalidade de drogas - tráfico -, em analogia a outras espécies de delitos, como os delitos econômicos (contra a ordem tributária, contra a economia popular *et coetera*) e ambientais. É inegável que o custo do tráfico de entorpecentes é grande, tanto em nível social quanto econômico (como a lavagem de dinheiro, por exemplo); todavia, a criminalidade econômica e ambiental tem custo tão elevado, senão maior, que o delito mencionado na Constituição.

Apesar desta categorização e de outras menções, entendemos que a principal norma constitucional, no que diz respeito aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, continua sendo a do artigo 5º, XLIII,

não somente por impedir a concessão dos institutos da graça ou da anistia, mas por inserir no mesmo item os crimes hediondos. Tal dispositivo teve efeitos enormes na elaboração da Lei 8.072/90, enquadrando e etiquetando, juntamente com outros crimes, o tráfico de entorpecentes como hediondo.

### 3.1. “Crimes hediondos”

A Lei 8.072/90 configura reflexo tardio da experiência legislativa nacional frente ao problema das drogas, que toma conta do cenário internacional na década de oitenta.

Nos anos oitenta, a cocaína surge como o grande problema de saúde pública e como a principal preocupação das agências norte-americanas. Bush, que conseguira arduamente a ratificação de vários países na *Convenção Única sobre Entorpecentes* e no *Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas*, quando representante dos Estados Unidos na ONU, agora é o vice-Presidente do governo Ronald Reagan.

Com Reagan, legitima-se o discurso jurídico transnacional e, em 1982, se inicia a ‘**guerra contra às drogas**’ do governo norte-americano, lançando estratégia federal, que se destinava a cobrir cinco aspectos: (a) cooperação internacional; (b) aplicação da lei; (c) educação e prevenção; (d) desintoxicação e tratamento, e (e) investigação. Além destas frentes repressivas, o governo dos Estados Unidos desenvolve programa nacional de combate ao crime organizado (*Comissão Presidencial sobre o Crime*

*Organizado*), principalmente ao contrabando de entorpecentes, cujo principal item era nova ofensiva legislativa<sup>53</sup>.

Segundo Rosa del Olmo<sup>54</sup>, o **discurso jurídico** alia-se ao **discurso dos meios de comunicação**, criando novo estereótipo, o do criminoso latino-americano, com ênfase ao colombiano, principalmente pelo fato de ser a Colômbia grande produtora e, na época, fonte ao maior contingente de imigrantes nos Estados Unidos.

Lafree e Perelman<sup>55</sup> afirmam que o projeto do governo Reagan resolveria notáveis problemas em nível interno e externo. Primeiramente, porque continuaria a guerra contra as drogas, sem abordar a indagação principal de por que elas são consumidas; por outro lado, *a aplicação de leis anti-drogas em outros países*, nos moldes tradicionais das legislações sobre estupefacientes, *não criariam os problemas em torno dos direitos civis da população norte-americana*, além de dificultar a avaliação sobre o êxito dos programas, visto que englobariam países estrangeiros.

Desta forma, é solidificado **modelo jurídico-político transnacional e genocida**, de total violação aos direitos fundamentais dos cidadãos dos países considerados inimigos, pelo fato de serem produtores ou rotas internacionais do narcotráfico.

O modelo se consolidará, como aconteceu no Brasil, pelo ingresso de novas legislações e pelo recrudescimento dos antigos estatutos que concretizavam a ideologia da diferenciação. Não obstante, a recepção, em nível normativo dos postulados da Doutrina de Segurança Nacional e dos anseios

---

<sup>53</sup> Rosa del **OLMO**, op. cit., p. 60.

<sup>54</sup> *Ib. ibdem*, p. 59.

<sup>55</sup> Apud Rosa del **OLMO**, op. cit., p. 64.



dos grupos de pressão autoritários (Movimentos de 'Lei e Ordem'), estabelecerão a estrutura proposta pelo governo norte-americano.

Quando acontece a *Conferência Especial Interamericana sobre Narcotráfico*, realizada pela OEA em 1986, no Rio de Janeiro, o cenário nacional estava pronto para desenvolver o modelo repressivo, eis que já havia comentários a respeito de possível vínculo dos traficantes cariocas com os cartéis colombianos de Cáli e, principalmente naquela época, de Medellín. Neste momento, a atuação do *mass media*<sup>56</sup> reitera o poderio de grupos armados nos morros do Rio de Janeiro, vinculando-os ao tráfico de drogas e contrabando de armamento pesado, bem como enfatizando que estas quadrilhas começavam a lesar o poder do Estado em sua soberania.

Torna-se consensual que o consumo de cocaína aumentava drasticamente, sendo exposto como o grande problema de saúde pública no país. *A contrariu sensu*, pesquisas empíricas realizadas pelos órgãos governamentais indicariam que o verdadeiro problema da juventude nacional relacionava-se ao álcool, inalantes e/ou psicofármacos (drogas lícitas), ficando a maconha como a terceira droga de eleição e a cocaína em remoto sétimo

---

<sup>56</sup> Quanto aos meios de comunicação e sua relação com a formação da opinião pública, compartilhamos o entendimento de Alessandro BARATTA (*Introducción a una Sociología de la Droga: problemas y contradicciones del Control Penal de las Drogodependencias*). Segundo o diretor do Instituto de Sociologia Jurídica e Filosofia Social da Universidade de Saarland, nos sistemas fechados, como é o caso das drogas, o papel dos meios de comunicação de massa são essenciais, "esto no significa, sin embargo, como as veces se sostiene, que los medios de comunicación impongan a la 'opinion pública' y a los otros actores del sistema una determinada imagen de la realidad o determinadas actitudes. Por el contrario, la relación entre los medios de comunicación y los otros actores, es más bien una relación de *condicionamiento recíproco*" (p. 76) (grifamos).

"Si existe, como en nuestro caso, un consenso generalizado del público con respecto as 'status quo' de la política de la droga, los medios de comunicación reflejan este consenso independientemente de sus diferencias de posición en otros asuntos" (op. cit.).

lugar, com baixos percentuais de consumo<sup>57</sup>.

A partir destes fatos, percebeu-se a articulação e orquestração dos movimentos de 'Lei e Ordem', tal como aconteceu nos Estados Unidos em 1985, ao exigirem 'legitimamente' do Legislativo medidas severas de combate contra às drogas.

Este quadro, absorvido pelos meios de comunicação e respaldado pela opinião pública, foi fundamental para a inclusão do inciso XLIII no artigo 5º da Constituição, visto que muitos dos Deputados e Senadores constituintes foram eleitos com sustentação em plataformas políticas que tinham como ponto crucial a segurança pública.

Segundo o texto constitucional:

**“A lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.**

Ao entrar em vigor a Constituição em 1988, a comunidade jurídica é surpreendida com a inclusão desse inciso qualificador de delitos. A localização do dispositivo no seio dos Direitos e Garantias Fundamentais, capítulo I do título II (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”), impõe, contrariando a própria essência da Constituição, restrições aos direitos elencados como estruturais da cidadania nacional.

---

<sup>57</sup> Tércio LINS E SILVA, *Panorama do consumo de drogas no Brasil*.

Vários autores, entre eles o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Vicente Cernicchiaro, reconheceram que nenhuma Constituição anterior especificou delitos que impedissem seus agentes de receberem os benefícios da graça e da anistia<sup>58</sup>.

Além de inserir no corpo do inciso omissão punível, a norma cria categoria ambígua, com conotações nitidamente alarmistas - crime hediondo -, até então inexistente no Direito Penal brasileiro. Ao não especificar o papel do garantidor, o que causa sérios problemas frente ao princípio da legalidade, o dispositivo cria a aberração normativa de norma constitucional inconstitucional, eis que o princípio (legalidade) é modelador de toda estrutura constitucional-penal.

É divulgado no país, durante o período de elaboração da Carta Magna, acréscimo nos índices de criminalidade<sup>59</sup>. Logicamente, a criminalidade violenta passa a ser o principal objeto de visualização dos meios de comunicação. A pressão e o pânico, disseminados pela imprensa, legitima alguns legisladores, identificados com modelos repressivos autoritários, a introduzirem no corpo constitucional este dispositivo. Desta forma, o espaço conquistado em nível constitucional abre caminho para a elaboração de lei ordinária que defina os “Crimes Hediondos”, imponha restrições a alguns institutos garantidores e agrave quantitativamente as penalidades.

---

<sup>58</sup> Luiz Vicente CERNICCHIARO & Paulo José da COSTA Jr., *Direito Penal na Constituição*, p. 183.

<sup>59</sup> Um lúcido posicionamento em relação às estatísticas criminais é exposto pelo jurista Nilo BATISTA (Entrevista prestada aos jornalistas Jose Paulo de Andrade, Antonio Teles, Luis Gutemberg e Luis Nassif, em 02.12.1994, no programa *Entrevista Coletiva*, da Rede Bandeirantes de Televisão).

Segundo o advogado criminalista, a imprensa, ao tratar de cidadania e limitação de direitos e garantias individuais, desprende-se de qualquer tipo de rigor científico, o que não ocorre, por exemplo, com as análises econômicas, em que os índices são extremamente detalhados.

Com propriedade, Alberto Silva Franco<sup>60</sup> identifica como substrato político-ideológico da norma constitucional os movimentos de “Lei e Ordem”, ‘manipulados’ sob o influxo do *mass media*.

A Lei dos Crimes Hediondos é a primeira grande avaria que o Sistema Penal brasileiro recebeu após a promulgação da Carta de 1988, que representou, tanto em matéria de Direito Penal constitucional como de influências constitucionais em matéria penal, real avanço na tentativa de consolidação de modelo neo-garantidor.

A lei publicada em 1990, ao regulamentar o dispositivo constitucional, define como hediondos os crimes de latrocínio (artigo 157, § 3º); extorsão qualificada com resultado morte (artigo 158, § 2º); extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (artigo 159, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º); estupro (artigo 213, *caput* c/c artigo 233, *caput* e parágrafo único); atentado violento ao pudor (artigo 214 c/c artigo 223, *caput* e parágrafo único); epidemia com resultado de morte (artigo 267, § 1º), e envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte (artigo 270 c/c artigo 285 todos do Código Penal). O crime de genocídio, tentado ou consumado, recebeu igualmente o rótulo de hediondo no parágrafo primeiro da lei.

A tese de que a lei justifica Política Criminal passional e irracional, orientada pelos meios de comunicação, é corroborada pela inclusão do homicídio (artigo 121) “*quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente*”, e homicídio qualificado

---

<sup>60</sup> Alberto Silva FRANCO, *Crimes Hediondos*, p. 32-39.

(artigo 121, § 2º, I, II, III, IV e V) pela Lei 8.930/94, que estendeu a categorização dos delitos hediondos. Neste momento, o país é surpreendido com a atuação dos grupos de extermínios, principalmente de menores, nas chacinas da Candelária e Vigário Geral<sup>61</sup>. A imediata resposta do legislador permitiu à opinião pública pequena ilusão de que os problemas estavam resolvidos.

No que diz respeito ao tráfico ilícito de entorpecentes, a Lei 8.072 não incluiu na rotulação legalo delito<sup>62</sup>. Identificou-o, porém, com os crimes

---

<sup>61</sup> Sobre as chacinas e o movimento dos grupos organizados de bairro e suas manifestações em busca da concretização da cidadania, conferir obra “*Cidade Partida*” do jornalista Zuenir VENTURA.

<sup>62</sup> Uma das grandes discussões que permearam a elaboração da lei, a partir dos projetos, foi a de qual sistema seria usado para configurar o crime hediondo: legal, judicial ou misto. O primeiro sistema, legal, adotado pela legislação em vigor, qualifica como delito hediondo os crimes elencados no rol do artigo primeiro, não deixando qualquer dúvida quanto ao princípio da taxatividade. O segundo modelo, judicial, deixaria o etiquetamento do delito ao juiz durante o processo, tendo em vista o *modus operandi* do agente.

Segundo Damásio de JESUS, através do modelo judicial “(...) deixamos ao juiz, em face do caso concreto, considerar se o crime, desde que cometido com violência física ou grave ameaça, pela forma de execução ou pela gravidade objetiva do resultado, causou intensa repulsa” (grifamos). Assim, prossegue o autor, “(...) qualquer crime executado com violência física ou moral podia ser incluído na segunda faixa [modelo judicial], permitindo ao juiz o emprego de um tratamento penal mais severo quando o fato apresentasse a característica de hediondez” (*Crimes Hediondos* (a), p. 247-248).

O sistema misto, logicamente, implementaria um rol determinado, com a possibilidade de avaliação ao juiz da ‘hediondez’ do delito no caso concreto.

Adotando um sistema misto, Damásio Evangelista de JESUS, designado pelo Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, apresentou um Ante-projeto ao Ministério da Justiça com intuito de recrudescer um sistema de “*justiça penal morosa e legislação liberal, criando a certeza da impunidade*” (*Crimes Hediondos* (b), p. 136). Justifica o autor:

“*Vê-se uma batalha campal: de um lado os delinquentes armados de intenso poder ofensivo, conseguidas via contrabando, agindo ostensivamente com astúcia e atrevimento; de outra uma população ordeira, inofensiva, despreparada e sem armas, lembrando a fábula do lobo e do cordeiro*” (grifamos) (*Crimes Hediondos* (b), p. 142).

Felizmente, o projeto elaborado às pressas pelo penalista, não logrou êxito de aprovação, o que não diminui os abusos da legislação em vigor.

No sentido de minimizar os efeitos perversos do artigo constitucional que fundamentou esta lei, cremos coerente a postura de Márcia Dometila Lima de CARVALHO (*Fundamentação Constitucional do Direito Penal*, p. 98) ao propor, devido à exigência constitucional, no máximo o acréscimo de um inciso ao artigo 61 (agravantes) do Código Penal, possibilitando ao juiz (modelo

hediondos em seu artigo segundo, restringindo os direitos de anistia, graça, indulto (causas extintivas de punibilidade), fiança e liberdade provisória, bem como determinando a impossibilidade de progressão de regime e o aumento do prazo da prisão temporária (concessão de contracautelas).

A partir deste fechamento do sistema aos delitos dos artigos 12 e 13 da Lei 6.368/76, notamos que a Lei dos Crimes Hediondos reestrutura o modelo diferencial e proporciona nova legitimidade aos aparelhos de Estado na 'guerra contra às drogas'<sup>63</sup>.

Apesar de pacífica a jurisprudência no sentido de não identificar o tráfico como crime hediondo<sup>64</sup>, os efeitos, em nível político-criminal, são incontestes, tanto no que diz respeito à cobrança da opinião pública no sentido de intensificar a repressão, como no sistema de Segurança Pública do Estado em responder a estes anseios.

Não há como, pois, isolar tal legislação do complexo legal que

---

judicial) um acréscimo de pena pelo modo de execução e pela ofensa ao bem. Desta forma, a lei também poderia alcançar os delitos da macrocriminalidade econômica.

Em perspectiva de *lege ferenda*, o projeto de Lei nº 724/95, apresentado à Câmara dos Deputados pelo Ministro da Justiça Nelson Jobim, tem como intuito definir alguns crimes como crimes de especial gravidade, estabelecendo um certo rigor punitivo, mas minimizando os efeitos perversos da Lei dos Crimes Hediondos.

<sup>63</sup> Em relação à inclusão ou não do artigo 13 da Lei 6.368/76 na similitude aos crimes hediondos, concordamos com o entendimento de Júlio Fabbrini MIRABETE que observa não estar sob a égide da lei dos Crimes Hediondos o referido artigo, pois seu objeto seria a maquinário e não a substância entorpecente propriamente dita (*Crimes Hediondos: aplicação e imperfeições da lei*, p. 36).

<sup>64</sup> "Substância entorpecente. Tráfico ilegal. Pena. Crime Hediondo. A Lei n. 8.072/90 não incluiu o crime de tráfico de entorpecentes entre os por ela chamados de 'hediondos'. sequer alterando-lhe a cominação da pena mas a ele se referindo apenas para efeitos processuais ou de execução (anistia, graça, indulto, fiança, liberdade provisória, livramento condicional, etc.) Assim, se o juiz, ao dosar a pena-base, agrava-a pura e exclusivamente por entender hediondo o crime de tráfico de entorpecentes, em verdade está se substituindo ao legislador estabelecendo uma cominação mínima não prevista em lei. Se o réu é primário, compensando-se os antecedentes com menoridade, não havendo circunstâncias outras comprovadas a considerar, a pena-base deve ser a mínima cominada em lei" (TJRJ - AC 498/91 - Rel. Adolphino A. Ribeiro).

conforma as bases da Política Criminal brasileira de combate às drogas ilícitas.

Alguns problemas de ordem principiológica e constitucional, contudo, são prementes.

Segundo Silva Franco<sup>65</sup>, o fato de a lei proibir o indulto, a liberdade provisória, elevar os prazos procedimentais nas hipóteses de tráfico ilícito de entorpecentes e proibir a progressão de regime de cumprimento da pena, indica que o legislador transformou-se em *intérprete autêntico da Constituição*, fixando o sentido dessas normas e substituindo o princípio da constitucionalidade das leis pelo da legalidade da Constituição.

Além de criar essa anomalia hermenêutica, não notou o legislador ordinário que os institutos descritos “*referem-se ao homem e não à qualidade do fato por ele praticado*”<sup>66</sup>. As violações dos direitos civis, garantidos constitucionalmente nos países periféricos pela nova ordem legislativa de combate às drogas ilícitas, confirmam as teses de Lafree e Perelman expostas anteriormente.

### **3.2. Crime organizado**

A Lei dos Crimes Hediondos tornou-se o suporte legal e político-criminal para a edição da Lei do Crime Organizado em 1995. Assim, o incremento repressivo em matéria legislativa terá revigoração com a edição da

---

<sup>65</sup> Alberto Silva FRANCO, op. cit., p. 48-49.

<sup>66</sup> João MESTIERI, apud Alberto Silva FRANCO, ib. ibdem., p. 40.

Lei 9.034/95. Infelizmente, notaremos que os grandes equívocos cometidos pela Lei dos Crimes Hediondos estarão presentes neste novo estatuto repressivo, e da mesma forma serão constantes uma série de incompatibilidades entre as normas do texto legislativo de 1995 com a Lei 8.072/90, que, por sua vez, já era conflitante com alguns dispositivos da Lei 6.368/76.

Diante disso,

**“Ambas as iniciativas legais, aquela que disciplinou o crime hediondo e esta que pretende combater o crime organizado, ressentem-se de falhas graves, que causam perplexidade ao intérprete e dificultam sobremaneira o trabalho dos juizes e tribunais”<sup>67</sup>**

A lei brasileira sobre o crime organizado surge com inspiração do modelo italiano de combate a este novo tipo de criminalidade. Dispõe sobre os métodos para a “*prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas*”, estruturando, através dos órgãos da polícia judiciária, “*setores e equipes de policiais especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas*” (artigo 4º, caput) (grifamos).

**“A palavra ‘combate’ utilizada pelo legislador dá bem a idéia da sua filiação ao modelo neoclássico de prevenção, que consiste na crença do efeito preventivo não tanto da pena em abstrato, cada vez mais severa, senão no decorrente do funcionamento do sistema legal.**

---

<sup>67</sup> Antônio Scarance FERNANDES, *Crime organizado e a legislação brasileira*, p. 33.



**(...) Jogam tudo no incremento do sistema, isto é, no seu rendimento. As palavras de ordem são ‘combate’, ‘luta’ ou ‘guerra’ contra o crime, esquecendo-se de que sua erradicação é impossível. (...) O extermínio da criminalidade é objetivo maximalista, utópico e ilegítimo e ignora o princípio da sua ‘normalidade’, anunciada desde Durkheim”<sup>68</sup>**

Na utilização de expressões repressão e combate, a lei incorpora a noção de “guerra contra o crime”, em especial o organizado. Nos termos da Política Criminal repressiva e da ideologia que a estruturou, notamos de imediato profunda harmonização com os postulados e o alvo determinado pela Lei 8.072/90. Fica ainda mais clara a intenção do legislador, no momento em que se percebe que a Política Criminal norte-americana, no final da década de oitenta e início dos anos 90, vincula-se essencialmente à problemática do tráfico ilícito de entorpecentes, contrabando de armas e criminalidade organizada. Não podemos olvidar que o desenvolvimento estratégico de combate às drogas deveu-se à elaboração do programa nacional de repressão ao crime organizado pela Comissão Presidencial sobre o Crime Organizado, ainda no governo de Ronald Reagan.

Porém, discussão fundamental precisa ser levantada: o crime organizado é realidade no país?

Segundo L. F. Gomes, o Brasil, apesar de parecer evidente que não haja nenhuma *matriz* de crime organizado internacional, encontraria demonstrações palpáveis de sua existência, particularmente no tráfico de

---

<sup>68</sup> Luis Flávio GOMES, *Crime Organizado*, p. 126.

entorpecentes, contrabando de armas e de mulheres<sup>69</sup>.

**“Todo diagnóstico social é muito problemático e discutível no Brasil, como sabemos, porque temos uma carência quase absoluta de investigações e dados empíricos. Apesar disso, talvez possamos arriscar que o crime organizado em nosso território, ou seu lado mais saliente, esteja ligado ao tráfico de drogas e de armas, corrupção (fraude contra o erário público ou contra a coletividade), furto e roubo de automóveis e roubo de cargas”<sup>70</sup>.**

O fenômeno carioca é o de maior relevância na imprensa nacional, vinculando o tráfico de drogas a ‘organizações’ como Comando Vermelho e Terceiro Comando.

Algumas críticas parecem salutares sobre esta questão.

Segundo o penalista Nilo Batista, ex-secretário de Segurança Pública e ex-governador do Rio de Janeiro, não podemos afirmar com precisão verdadeira organização entre estes grupos. Na realidade, afirma Nilo Batista, estas supostas ‘organizações’ não passam de “*um banditismo que se auto-devora*”<sup>71</sup>.

Apesar de estarem, em tese, vinculados com a corrupção dos órgãos repressivos do Estado, com o narcotráfico e com o contrabando de armas, fica difícil, pela falta de informações específicas, vincularmos a criminalidade carioca com as grandes redes transnacionais de tráfico de

---

<sup>69</sup> Luis Flávio GOMES, op. cit., p. 63.

<sup>70</sup> Ib. ibdem.

<sup>71</sup> Nilo BATISTA, op.cit.

estupefacientes e com os Cartéis da droga em determinados países da América Latina.

Podemos, a partir da análise concreta sobre os dados que nos são apresentados diariamente pela imprensa, apenas afirmar que o Brasil é uma das rotas internacionais de contrabando e pólo consumidor em pequena e média escala. A produção e o refinamento de drogas, caso da maconha e cocaína respectivamente, podemos encontrar no território nacional, mas em índices irrisórios, se comparados aos ‘grandes produtores’ internacionais.

A própria noção de Cartéis é muitas vezes questionada, no momento em que tais rótulos são normalmente empregados aleatoriamente e com grau enorme de sensacionalismo. Rosa del Olmo, ao referir-se ao caso paradigmático do Cartel de Medellín, acredita que o termo é aplicado a “*cuatro rudes rapazes colombianos*”<sup>72</sup>. Contudo, este etiquetamento proporciona, simbolicamente, grave efeito:

**“Eles são de fato muito rudes e muito ricos [Cartel de Medellín], porém, esta publicidade sensacionalista construída em torno deles, apenas os converte, ao menos no discurso, em ‘Super-homens do inferno’, o que acaba glorificando-os e contribui para a proliferação de novelas escritas na América Latina sobre suas vidas”<sup>73</sup>.**

Desta forma, podemos concluir, seguramente, que “*não existe, no entanto, consenso sobre tais ‘etiquetamentos’, que muitas vezes são feitos com*

---

<sup>72</sup> Rosa del OLMO, *O impacto da guerra americana à droga sobre o povo e as instituições democráticas da América Latina*, p. 592.

<sup>73</sup> Rosa del OLMO, *op. cit.*

*muita dose de discricionariedade*”<sup>74</sup>.

Que existem influências e que o Brasil é país com características de filial no que tange ao Crime Organizado relativo aos entorpecentes, parece-nos claro. O que indagamos são os rótulos aplicados pela imprensa numa visualização perfeita sobre fenômeno pouco estudado e com inúmeras dificuldades de identificação.

Seria possível identificarmos com maior precisão, no campo da criminalidade organizada, os cartéis de fraude contra os bens da união, a partir de amplo processo de corrupção institucionalizada.

Naturalmente, pelo aspecto seletivo das legislações penais, não seríamos ingênuos a afirmar que o público alvo desta lei são os grandes delinquentes. Os grandes delitos - conceituados por Sutherland como “*white collar crimes*”<sup>75</sup> -, a partir da experiência empírica e do saber funcional, nos demonstra que estão organicamente embutidos nas chamadas “*cifras ocultas da criminalidade*”<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> Luis Flávio GOMES, op. cit., p. 64.

<sup>75</sup> A categoria “*white collar crime*” foi introduzida por Sutherland em 1940, ao referir-se às pessoas de alto grau de respeitabilidade social e que, através de uma atividade econômico-empresarial, cometem delitos. A diferença desta categoria e dos criminosos comuns é que além de normalmente passarem imunes pelo Sistema Penal, em caso de condenação não sofreriam a reação social do etiquetamento.

A criminóloga venezuelana Lolita Anyar de CASTRO (*Criminologia da Reação Social*), ao estudar o câmbio paradigmático em criminologia nota que os delitos de ‘colarinho branco’ raramente eram (são) até o advento da Criminologia Crítica estudados pelos criminólogos. Conclui, pois, parafraseando Proudhon, que “*a grande miséria da Criminologia [Positivista] é de ter sido uma Criminologia da miséria*”(p.75).

<sup>76</sup> A categoria “*cifra oculta da criminalidade*” - ‘*numerus obscurus*’ - corresponde, em Criminologia, a uma categoria desenvolvida a partir do estudo das estatísticas criminais. Segundo Lola Anyar de CASTRO (op. cit.), a *criminalidade legal* “*é aquela que aparece registrada nas estatísticas oficiais*”, “*(...) são estatísticas que registram somente os casos em que houve condenação*”. A *criminalidade legal*, se diferencia da *criminalidade aparente*, que é “*toda a criminalidade que é conhecida por órgãos de controle social - a polícia, os juizes, etc. - ainda que não apareça registrada nas estatísticas (porque ainda não tem sentença, porque houve desistência*

Desta forma, fica clara a opção do legislador em privilegiar, na questão do crime organizado, o aparelhamento do Estado para repressão do tráfico ilícito de entorpecentes. E, como era de se esperar, deparamo-nos com uma legislação totalmente falha em matéria conceitual e extremamente retrógrada em seu aspecto processual.

O artigo primeiro da Lei 9.034/95, remete a questão do crime organizado ao tipo de quadrilha ou bando elencado no artigo 288 do Código Penal. O Projeto de Lei 3.516, vetado pela Câmara dos Deputados, elaborado pelo constitucionalista e Deputado Federal Michel Temer, conceituava o delito em seu artigo 2º. O projeto determinava como organização criminosa “*aquela que, por suas características, demonstre a exigência de estrutura criminal, operando de forma sistematizada, com atuação regional, nacional e/ou internacional*”.

De acordo com o projeto de Michel Temer, as principais fontes para caracterização do crime organizado seriam a configuração de associação ilícita organizada, o que devemos entender como estável, permanente e hierarquizada, com poder de atuação regional, nacional e/ou internacional.

---

*da ação. ou porque não se encontrou o autor. ou porque. por múltiplas razões legais ou factuais. o processo não seguiu o seu curso normal). A criminalidade real, “é a quantidade de delitos verdadeiramente cometida em um determinado momento”(p. 67).*

A cifra oculta representaria a diferença entre a criminalidade aparente (o conhecido) e a criminalidade real, determinando uma porcentagem de não incidência dos aparelhos repressivos do Estado. Prossegue Lolita Anyar:

*“Pode-se. pois. observar. facilmente. que há diferença de volume entre a criminalidade aparente. criminalidade legal e criminalidade real e que esta última não é conhecida em sua real extensão. Entre a criminalidade real e a criminalidade aparente. há uma enorme quantidade de casos que jamais serão conhecidos pela policia. Esta diferença é o que se denomina cifra obscura. cifra negra ou delinqüência oculta. A diferença entre a criminalidade real e a aparente seria. pois. dada pela cifra negra”(p. 68).*

Normalmente, como afirmamos, os grandes crimes econômicos se inserem nesta criminalidade invisível.

Entretanto, o projeto de lei não foi aprovado, sendo a redação em vigor desprovida de qualquer tipo de conceituação sobre esta nova categoria no Direito Penal pátrio.

No texto da lei, há referência expressa aos crimes de quadrilha ou bando, bem como há utilização constante do termo organizações criminosas, isento de teor conceitual.

Para Luis Flávio Gomes, a nova lei introduz cláusula geral, tipo aberto<sup>77</sup> que flagrantemente fere o princípio da legalidade em sua subespécie previsibilidade mínima.

**“Tudo indica, como se percebe, que a vontade da Lei foi criar uma nova modalidade criminosa, qual seja, a ‘organização criminosa’. Aliás, a partir do art. 2º, a Lei 9.034/95 só tem sentido se entendermos que o legislador efetivamente criou essa nova modalidade criminosa. De forma bastante surrealista, mas criou”<sup>78</sup>**

Para dirimir esta controvérsia quanto ao conceito, entende o juiz paulista que a lei determinou requisitos mínimos necessários para a

---

<sup>77</sup> Nos casos em que o tipo não contém, por completo, a descrição da conduta ilícita, temos o tipo aberto. São tipos abertos, ou necessitados de complementação, aqueles em que a lei descreve só parte das características da conduta proibida, reenviando ao juiz (jurisprudência) a exigência de complementar o restante. O tipo aberto tem uma carência na função indiciária da antijuridicidade, bem como de elementos de determinação material.

Ao contrário das normas penais em branco, a complementação do tipo será através da jurisprudência, e não por via de complementação homóloga ou heteróloga. Alguns autores entendem como plenamente constitucional esta técnica legislativa lacunar pela adoção do princípio da Reserva Legal Relativa (cf. Miguel Pedrosa MACHADO, *Breve confronto entre normas penais em branco e tipos abertos*, p.151). *Data venia*, discordamos inteiramente desta tese.

<sup>78</sup> Luis Flávio GOMES, op. cit., p. 68.

configuração delitiva, que seriam os crimes do artigo 288 do Código Penal. Assim, sem a quantidade mínima de pessoas expressa no artigo em tela (quatro integrantes), o delito tornar-se-ia atípico, mesmo se se observassem algumas das características básicas do Crime Organizado, como: (a) organização estável e permanente; (b) previsão de acumulação de riqueza indevida; (c) hierarquia estrutural; (d) uso de meios tecnológicos sofisticados; (e) recrutamento de pessoas e divisão funcional das atividades; (f) conexão estrutural ou funcional com o poder público; (g) ampla oferta de prestações sociais (clientelismo); (h) divisão territorial das atividades; (i) alto poder de intimidação; (j) real capacidade de fraude difusa; e, (l) conexão local, regional, nacional ou internacional com outra organização criminosa<sup>79</sup>.

O elemento chave estruturador da criminalidade organizada seria, para Winfried Hassemer<sup>80</sup>, o poder de corrupção das instituições que estariam, através do discurso oficial, encarregadas de reprimir esse tipo de delito.

Processualmente, a lei cria uma série de contra-sensos. Além de criar a figura do juiz inquisidor (artigo 3º), quebrando a metodologia do processo acusatório e remetendo o processo penal brasileiro ao período da Alta Idade Média pré-secularização, instaura a modalidade da ação controlada (artigo 2º, II), isto é, o retardamento do flagrante com finalidade de que ocorra em momento mais propício.

Não obstante, determina a identificação criminal compulsória (artigo 5º), a delação premiada baseada na traição (artigo 6º), a proibição de

---

<sup>79</sup> O autor, propondo uma clara definição de Crime Organizado, estabelece, a título de exemplificação, um projeto de lei que determinaria a ocorrência típica se houvesse reunião de, no mínimo, três dos itens elencados (Ib. ibidem, p. 70-77).

<sup>80</sup> Winfried HASSEMER, *Perspectivas de uma moderna Política Criminal*, p. 95.

liberdade provisória com ou sem fiança (artigo 7º), a proibição de apelar em liberdade (artigo 9º) e o estabelecimento do regime *inicial* fechado (artigo 10), o que logicamente possibilitaria a progressão do cumprimento da pena.

Além das flagrantes inconstitucionalidades dos artigos 3º (lesando o princípio do devido processo legal), 7º e 9º (ambos os artigos ferindo o princípio da presunção de inocência), a nova lei cria contrariedades e contraditoriedades com os textos das Leis 6.368/76 e 8.072/90.

Em relação à Lei de Tóxicos, como a Lei 9.034/95 não definiu taxativamente o que seria organização criminosa, poderia ocorrer entendimento jurisprudencial de que a Lei do Crime Organizado alcançaria os delitos do artigo 14 da Lei 6.368/76, que trata da associação de dois ou mais indivíduos para a prática, reiterada ou não, de tráfico ilícito de entorpecentes.

Creemos equivocada a possibilidade de tal interpretação, reafirmando o entendimento de Luis Flávio Gomes no sentido de ter a lei estabelecido mínimo da quatro pessoas, além de ser essencial o preenchimento dos requisitos estruturantes da organização criminosa<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Uma interessante discussão quanto ao princípio da irretroatividade é relativa às penalidades impostas pela Lei dos Crimes Hediondos aos delitos de quadrilha ou bando (art. 288 do Código Penal) e à revogação ou não do art. 14 da Lei 6.368/76, que versa sobre a associação criminal que visa cometer, reiteradamente, qualquer das figuras típicas elencadas nos arts. 12 e 13.

O artigo 8º da Lei dos Crimes Hediondos maximiza, com pena de reclusão de três a seis anos, os delitos previstos no art. 288 do Código penal, “quando se tratar de crimes hediondos. prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afim ou terrorismo”.

A primeira indagação seria: está revogado o artigo 14 da Lei de Entorpecentes?

A partir da análise da Lei dos Crimes Hediondos, qualquer associação que vise cometer tráfico ilícito de entorpecentes tem como sanção a referida acima. Porém, a lei de tóxicos é especial e, como é notório, o conflito de normas penais - duas ou mais normas que se aplicam ao mesmo caso - é resolvido pelos princípios da especialidade, consunção ou subsidiariedade.

Todavia, a Lei 8.072/90 reduz a penalidade máxima em quatro anos, é uma *lex mitior* posterior à *lex gravior* da lei de entorpecentes. Segundo Silva **FRANCO** (*Lei dos Crimes Hediondos*), seriam três as posições que permitiriam solucionar o conflito: “ou o art. 14 foi revogado e, neste caso, a associação criminosa, com a finalidade do tráfico de entorpecentes deve



Contudo, a contradição entre as normas da Lei dos Crimes Hediondos com a Lei do Crime Organizado poderia chegar ao absurdo. Vejamos. Um grupo de quatro pessoas associam-se de forma permanente para a prática dos delitos dos artigos 12 e 13 da Lei 6.368/76. Condenados por concurso material (tráfico e organização criminosa), sofreriam pena inicial em regime fechado, podendo ser modificado o regime (artigo 10 da Lei 9.034/95). Por outro lado, se apenas uma for condenada por tráfico, pela similitude aos Crimes Hediondos, será condenada e cumprirá o regime integralmente fechado (artigo 2º, § 1º da Lei 8.072/90).

O tratamento parece ser totalmente insustentável.

Desta maneira, concordamos que

---

*obedecer basicamente à descrição típica do art. 288 do CP tendo, como preceito sancionatório o art. 8º da Lei 8.072/90, ou o art. 14 não foi revogado, mantendo-se, em consequência, íntegro nos seus comandos primário e sancionatório: ou, por fim, o preceito primário do art. 14 foi conservado, adotando-se apenas, como regra sancionatória, a pena reclusiva cominada no art. 8º da Lei 8.072/90” (p. 330).*

Neste sentido, compartilhamos com o posicionamento do referido autor, entendendo que “*se a lei mais recente aborda a questão da associação criminosa organizada para o fim do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, é óbvio que uma figura criminosa anterior, que verse sobre a mesma matéria, foi, logicamente, revogada*”(p.330).

Não obstante, a questão se complica com a edição da Lei do Crime Organizado, no que diz respeito ao processo penal. Como vimos, parece-nos claro que a Lei 9.034/95 estabelece um mínimo de quatro pessoas para a configuração da organização criminosa, além, logicamente, dos requisitos expostos por Luis Flávio Gomes. Mas no caso de uma real associação criminosa (quatro ou mais pessoas) que tenham como finalidade a realização das figuras típicas dos arts. 12 e 13 da Lei 6.368/76, qual o estatuto correspondente a ser aplicado?

Logicamente, cremos que ao fato praticado até a edição da Lei 9.034/95 a lei mais benéfica (Lei dos Crimes Hediondos) deve prevalecer no concenente às penalidades. Contudo, processualmente, a Lei do Crime Organizado possibilita a progressão do regime de cumprimento das penas; logo, pelo princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, abre-se a possibilidade de modificação de regime aos delitos cometidos sob a égide da Lei 8.072/90.

Em hipótese de sucessão de leis penais no tempo, a doutrina é pacífica na aplicação da *lex mitior*.

**“a melhor solução é aceitar também nos crimes hediondos a progressão de regime, entendendo-se que, neste ponto, a nova lei afetou a Lei 8.072/90. É a única forma de superar o ilógico de se admitir que alguém, quando condenado só por crime hediondo, fique sempre em regime fechado e outro que, condenado por crime hediondo e também organizado, tenha direito à progressão”<sup>82</sup>**

Entretanto, avaliação meramente exegetica e/ou sistemática não satisfaz. Notamos imprescindível, após este estudo, apreciação do nível de influência desta lei na Política Criminal brasileira sobre drogas ilícitas, o que nos leva a algumas considerações sobre a questão do Crime Organizado, tanto conceitual como estruturalmente.

Winfried Hassemer, titular de Ciências Penais na Universidade de Frankfurt, diferencia os tipos de criminalidade atual em (a) Criminalidade Massificada ou de Massas e (b) Criminalidade Organizada.

A criminalidade massificada compreenderia os roubos de veículos, assaltos de rua, violência física contra estrangeiros, criminalidade juvenil com máscara política, arrombamentos de casas *et coetera*. Logo, “*essa criminalidade de massa irrita, perturba e ameaça a população em seu cotidiano*”<sup>83</sup>.

Quanto à criminalidade organizada, o jurista alemão percebe a difícil tarefa em conceituação.

**“A criminalidade organizada é menos visível que a**

---

<sup>82</sup> Antônio Scarance FERNANDES, op. cit., p. 47.

<sup>83</sup> Winfried HASSEMER, op. cit., p. 85

criminalidade de massas. Os especialistas ainda não conseguem chegar a um consenso sobre no que ela realmente consiste. A participação de bandos bem organizados ou a atividade criminosa em base habitual e profissional não parecem critérios suficientemente claros”(...).

“O que a criminalidade organizada realmente é, como ela se desenvolve, quais suas estruturas e perspectivas futuras, não sabemos precisar. A definição atualmente em circulação é por demais abrangente e vaga, sugere uma direção em vez de definir um objeto, não deixa muita coisa de fora.”<sup>84</sup>

A criminalidade organizada estaria vinculada a um novo tipo de criminalidade, a Criminalidade Moderna. Hassemer define a criminalidade moderna negativamente, ou seja, por exclusão da criminalidade clássica. Diz o autor que

“A criminalidade moderna transcende os direitos individuais universais, não é o corpo, a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio das pessoas como falava o Direito Penal clássico, mas, a capacidade funcional do mercado de subsídios, por exemplo, no caso das fraudes aos subsídios; a saúde pública no caso dos produtos farmacêuticos, a capacidade funcional das bolsas. Esses são os bens jurídicos da criminalidade moderna e do Direito Penal moderno. São bens jurídicos supra-individuais, são universais e são vagos, muito vagos, muito genéricos. Saúde pública, capacidade funcional do sistema de subsídios, capacidade funcional das bolsas, isso do ponto de vista de conteúdo praticamente, nada diz”.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup> Winfried HASSEMER, *Segurança Pública no Estado de Direito*, p. 24.

<sup>85</sup> Winfried HASSEMER, *Perspectivas de uma moderna Política Criminal*, p. 89.

Conclui afirmando que “*as formas de ação da criminalidade moderna são civis, não corre sangue, só no final, talvez, haverá um pouco de agressão*”<sup>86</sup>. Exemplificaríamos criminalidade moderna a partir da criminalidade econômica, ecológica, criminalidade no comércio exterior e contrabando internacional de drogas, cuja principal característica é a ausência de vítimas individuais, a pouca visibilidade dos danos causados e a imposição de novo *modus operandi* (internacionalização, profissionalização e divisão de trabalho).

Obviamente, nem todo tipo de criminalidade moderna é organizada (como no caso dos crimes contra o meio ambiente), mas o raciocínio a *contrariu senso* é real, ou seja, todo o tipo de criminalidade organizada vincula-se à criminalidade moderna.

Para o catedrático de Frankfurt,

**“(...) a política de drogas é um dos poucos campos onde a criminalidade organizada e a criminalidade de massas se encontram: a C. O. [criminalidade organizada] compreende o comércio internacional de estupefacientes; por outro lado, o pequeno tráfico e outras formas de criminalidade que os dependentes de droga praticam para manterem seu vício constituem uma boa fatia da criminalidade de massas”**<sup>87</sup>.

A partir deste quadro, podemos perceber que a grande preocupação da população acaba sendo por criminalidade que não a atinge

---

<sup>86</sup> *Ib. ibdem.*

<sup>87</sup> Winfried HASSEMER, *Segurança Pública no Estado de Direito*, p. 35.

diretamente, que é a organizada. Neste ponto, a imprensa adquire papel fundamental de legitimação de Política Criminal passional e repressiva.

Especificamente no que tange às drogas, o medo da população passa a ser do tráfico ilícito entre pequenos traficantes, que se utilizam deste mercado para manterem sua sobrevivência em face da escassez no mercado de trabalho. Não há visualização da população, nem dos meios de comunicação, do tráfico internacional, até porque o Brasil é mera rota de passagem. Apesar disto, o pânico social advém de figura que não é presente na nossa realidade, incidindo o rigor das agências de poder em traficantes esporádicos ou de pequena monta. Ousáramos, inclusive, classificar este pequeno traficante como *traficante famélico*<sup>88</sup>, visto que, pelas condições do mercado, só lhe resta esta atividade para sobrevivência, caracterizando, logicamente, excludente de antijuridicidade, que é o estado de necessidade.

Apesar disso, cria-se no discurso oficial a necessidade imperiosa de recrudescimento do aparato repressivo, em verdadeira guerra santa contra as drogas. Alia-se a esse fato o de que a utilização do termo ‘organização criminosa’, corrente no senso comum, define tão somente as quadrilhas de traficantes.

Acabamos, assim, por formar um “*Direito Penal Simbólico*”, onde os instrumentos utilizados não são aptos para enfrentar a criminalidade real. Cabe aqui, novamente, referência à doutrina do penalista germânico:

---

<sup>88</sup> O Estado de Necessidade justificante está estabelecido nos artigos 23 e 24 do Código Penal brasileiro. Reza o artigo 23 que: “*Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade*”. O artigo 24 diz que “*Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era exigível exigir-se*”.

O fundamento do estado de necessidade é salvar um interesse maior, sacrificando um menor.

**“Quero dizer com isso, que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetivamente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo; aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador - que sabe que a política adotada é ineficaz - faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É isso que eu chamo de ‘reação simbólica’ que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma *reação puramente simbólica*, que acaba se refletindo no próprio Direito Penal como meio de controle social.”<sup>89</sup>**

Não obstante, criando essa Política Criminal simbólica, o legislador acaba por lesionar uma série de direitos e garantias individuais estruturadas no modelo penal clássico e, além de destruir direitos fundamentais do cidadão em nome desta Política Criminal passional e ilusória, acaba por formular novo padrão político-criminal, inadequado para alcançar a realidade da criminalidade moderna.

Esse tipo de reação é perfeitamente enquadrável nas legislações dos anos noventa no Brasil - Lei dos Crimes Hediondos e Lei do Crime Organizado -, onde ocorre uma série de violações à principiologia constitucional (penas desproporcionais, prisões cautelares que ferem a presunção de inocência, regime prisional cerrado *et coetera*), estruturadas a partir do modelo garantidor do penalismo clássico, não resolvendo o problema

---

<sup>89</sup> Winfried HASSEMER, *Perspectivas de uma moderna Política Criminal*, p. 86.

a que se propuseram e destruindo, por fim, os direitos cidadãos.

**“Assim, é justamente a *defesa da sociedade* contra o crime organizado que sempre mais vezes é usada como justificação para a limitação de direitos e garantias individuais, que são também fundamentais (freqüentemente, e sobretudo com referência à esfera dos direitos ‘processuais’): com o suspeito - muitas vezes, infelizmente, fundado...- para o qual a luta contra as organizações criminais torna-se pouco mais que um pretexto para pressões autoritárias e até mesmo liberticidas”<sup>90</sup>.**

Retomando a análise sistemática da Lei 9.034/95, podemos afirmar, juntamente com Raúl Cervini<sup>91</sup>, que esta lei: (a) é notoriamente legislação de emergência, até mesmo preventiva; (b) se baseia claramente na legislação italiana de exceção; (c) não se ajusta às exigências constitucionais; (d) sacrifica os princípios da publicidade, devido processo legal e presunção de inocência; (e) recria sistema inquisitivo; e (f) que este tipo de orientação legal cria tipos de responsabilidade objetiva, tipos de perigo abstrato e tipos de autor, criando maxi-processos espetaculares, nos quais o Direito Penal é visto como o único remédio capaz de resolução de problemas totalmente diversificados.

---

<sup>90</sup> Mario CHIAVARIO, *Direitos humanos. processo penal e criminalidade organizada*, p. 27 (grifamos).

<sup>91</sup> Raúl CERVINI, *Nuevos aportes al analisis del delito organizado*, p. 248-254.

# **Capítulo III: Existe uma política nacional de drogas?**

## **Configurações ideológicas do modelo político-criminal brasileiro de entorpecentes**

### **1. A Defesa Social como ideologia estruturante do modelo dogmático: gênese e atualidade**

O estudo exegetico, sistemático e crítico (crítica de *lege lata*) possibilita visualização restrita do modelo político-criminal brasileiro de drogas ilícitas.

A dogmática nacional relativa à matéria permite, apenas, a visualização de tecnologia legal cujo escopo fundamental é desencadear *guerra contra às drogas*, fundamentalmente no âmbito do tráfico.

Todavia, não poderíamos deixar de avaliar o horizonte ideológico que estrutura este modelo legislativo, doutrinário e jurisprudencial de beligerância para podermos, posteriormente, estabelecer a real Política Criminal brasileira sobre drogas ilícitas. Somente após esta avaliação conseguiremos identificar criticamente a cooperação internacional (transnacionalização do controle social), a influência dos movimentos de ‘Lei e Ordem’ (programas de ação vinculados ao *mass media*), a ideologia da Defesa



Social e o apego subsidiário à Ideologia da Segurança Nacional (estabelecido pelos programas de Segurança Pública).

Preambularmente, porém, torna-se primordial a visualização e o estabelecimento do vínculo existente entre o sistema jurídico-penal e a ideologia da Defesa Social.

### **1.1. A Ideologia da Defesa Social: características e principiologia**

Segundo o mestre de Saarbrücken, Alessandro Baratta, a ideologia da Defesa Social perfaz a estrutura das Ciências Penais e do senso comum sobre criminalidade durante toda a construção da moderna Dogmática jurídico-penal. Nasce com o clacissismo (Escola Clássica de Beccaria - fase teórica - e Carrara - fase prática) e revigora seus postulados com o tecnicismo (Escola técnico-jurídica de Rocco na Itália e Beling na Alemanha), sendo, nuclearmente, a estrutura da Escola Positiva italiana - em que pese as diferenças fundamentais no que diz respeito ao método, objeto e funções do Direito Penal.

Em relação ao movimento da Nova Defesa Social, poderíamos considerá-lo, a princípio, como “*una de las especificaciones que en las últimas décadas ha hallado la ideología de la defensa social*”<sup>1</sup>. Desta forma, não podemos confundir o movimento político-criminal com a ideologia da Defesa Social, apesar de trabalharem com os mesmos pressupostos e princípios e esta

---

<sup>1</sup> Alessandro BARATTA, *Criminologia Crítica y Crítica del Derecho Penal*, p. 36 (grifamos).

(ideologia) instrumentalizar aquele (movimento), desde a década de 50, mais especificamente a partir do fim da Segunda Guerra Mundial.

A ideologia da Defesa Social nasce como sistema de controle social de reação contra a criminalidade. O controle social tem no sistema penal (espécie daquele gênero) engenharia específica, programada funcionalmente para tal missão: erradicação da criminalidade.

Segundo Baratta<sup>2</sup>, esta ideologia está inserida no universo macrossociológico capitalista, nascendo no tempo da Revolução Francesa e inserindo seus postulados no movimento de codificação penal. Com o câmbio do Estado liberal ao social-intervencionista, foi remodelada pela Criminologia etiológica, na vertente lombrosiana e ferriana. Apresenta, porém, em todas suas nuances, em que pese divergências sobre as concepções relativas ao homem e à sociedade, padrão de cientificidade que é repassado e apropriado pelo senso comum (*every day theories*), perfazendo não somente a realidade repressiva do sistema penal, mas também o senso comum do homem da rua sobre a criminalidade e a pena<sup>3</sup>.

Apesar das diferenças relativas ao método e objeto da ciência penal em suas diferentes vertentes (classismo, positivismo e tecnicismo), a Ideologia da Defesa Social apresenta funcionalidade justificante (legitimadora) e racionalizadora da intervenção punitiva.

**“El hilo conductor del análisis está dado por una consideración fundamental: el concepto de defensa social corresponde a una**

---

<sup>2</sup> Alessandro BARATTA, op. cit.

<sup>3</sup> Vera Regina Pereira de ANDRADE, *O penitenciário aos olhos do penal/criminal: o modelo de guerra e o encarceramento simbólico do perigo*.

**ideologia caracterizada por una concepción abstracta y ahistórica de sociedad entendida como una totalidad de valores e intereses”<sup>4</sup>.**

Em nossa realidade marginal, a ideologia da Defesa Social legitima modelo maniqueista, denominado por Vera Andrade de *paradigma da beligerância*<sup>5</sup>, ou de guerra, estruturado a partir das premissas da Escola Positiva italiana.

A base fundamental deste sistema é a primazia do incremento do aparato repressivo do Estado em todas as suas potencialidades. Para lograr êxito em sua finalidade específica, advoga que

**“(...) a criminalidade constitui uma propriedade da pessoa que a distingue por completo dos indivíduos normais e contra a qual se deve dirigir uma adequada Defesa Social. O pressuposto, pois, é o de que a criminalidade é uma realidade intrínseca do comportamento (realidade ontológica) que é desviante em si (delitos naturais) e preexistente ao controle social e penal que reage contra ela especialmente através da instituição da prisão”<sup>6</sup>.**

Assim, como modelo integrado (Movimento da Defesa Social) e ideologia (Ideologia da Defesa Social) formar-se-ia modelo de *superpositivismo* de combate à criminalidade<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Alessandro BARATTA, op. cit., p. 42.

<sup>5</sup> Vera Regina Pereira de ANDRADE, op. cit.

<sup>6</sup> Id. ibidem.

<sup>7</sup> Esta categoria é apropriação do termo utilizado por Juarez Cirino dos SANTOS (*As Raízes do Crime*) quando se refere a soma do iuspositivismo com o positivismo naturalista:

Alessandro Baratta, em sua clássica obra “*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*”, afirma que a ideologia da Defesa Social é suscetível de reconstrução, seguindo a principiologia subsequente:

(a) **Princípio da Legitimidade.** O Estado, através de suas agências (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias) interpretam a legítima reação da sociedade na reprovação e condenação dos indivíduos desviantes, reafirmando os valores e normas sociais<sup>8</sup>.

(b) **Princípio do Bem e do Mal.** A infração de normas é considerada como dano social e o delinqüente como elemento disfuncional e negativo. Assim, o desvio criminal é o mal e a sociedade, juntamente com os fiéis cumpridores da lei, o bem<sup>9</sup>.

---

“(...) um modelo de *superpositivismo*: as elaborações técnicas do positivismo jurídico são integradas às propostas essenciais do positivismo criminológico, em um sistema orgânico *autodefinido* como ‘*Política Criminal humanizadora, estruturada segundo imperativos deliberadamente aceitos*’” (p. 51).

<sup>8</sup> A ideologia da Defesa Social será extremamente criticada pelas teorias sociológicas interacionistas e pelas teorias psicanalíticas. Este marco teórico, situado principalmente nos Estados Unidos a partir dos anos 30, estabelecerá uma crise paradigmática na etiologia, possibilitando uma ruptura e a estruturação do paradigma da **Reação Social**.

A negação do princípio da legitimidade dar-se-á pelas **teorias psicanalíticas da criminalidade e da sociedade punitiva**, cuja penalidade teria uma dupla função: (a) satisfação da necessidade inconsciente de castigo, que impulsiona a ação proibida, e (b) satisfação da necessidade de castigo da sociedade, mediante sua inconsciente identificação com o delinqüente, via eleição de ‘bodes expiatórios’ sobre os quais se projetam as tendências delituosas, conscientes e/ou inconscientes, do corpo social (Alessandro BARATTA, op. cit., p. 44-54).

<sup>9</sup> O princípio do Bem e do Mal será desconstruído pelas **teorias estrutural-funcionalistas e da anomia**, representadas principalmente por Durkheim e Merton.

A teoria estrutural-funcionalista da anomia possibilitará uma profunda revisão crítica dos postulados basilares da Criminologia ao afirmar que (a) as causas do desvio não são predeterminadas e que (b) o desvio é um fenômeno normal em toda estrutura social, atuando como (c) um fator necessário e útil ao equilíbrio e desenvolvimento sócio-cultural.

Durkheim passa a afirmar o delinqüente não mais como um corpo putrefado de uma sociedade sã, mas como um elemento catalizador e agregador, como um ‘*agente regulador da vida*’

(c) **Princípio da Culpabilidade.** O delito representaria atitude reprovável, porque contraria os valores e normas sociais sancionadas pelo legislador<sup>10</sup>.

(d) **Princípio do Fim ou da Prevenção.** A função da pena é prevenir a delinquência (prevenção geral negativa), impondo intimidação e contramotivação ao indivíduo. Concretamente, atua como ressocializadora (prevenção especial positiva)<sup>11</sup>.

(e) **Princípio da Igualdade.** Os criminosos representam minoria, sendo que a lei penal atua igualmente contra todos indivíduos que a infringem<sup>12</sup>.

---

*social*’, no momento em que toda a estrutura social se volta contra o desviante (Alessandro **BARATTA**, op. cit., p.56-65).

<sup>10</sup> Como vimos no primeiro capítulo, para a teoria das sub-culturas criminais, o comportamento desviante não deve ser interpretado como expressão de comportamento interior, dirigido contra o valor, pois não existe um sistema de valoração oficial (Alessandro **BARATTA**, *Criminologia e Dogmática atual: passado e futuro do modelo integrado da Ciência Penal*, p. 09).

<sup>11</sup> Estabelecido enquanto novo paradigma em Criminologia, o *Labelling Approach* desconsidera o Princípio do Fim ou da Prevenção, visto os processos de seleção, etiquetamento e os efeitos estigmatizantes da pena.

“(…) *ponen em duda el principio del fin o de la prevención y, en particular, la concepción reeducativa de la pena. Esos resultados muestran, en efecto, que la intervención del sistema penal, y especialmente las penas que privan de libertad, en lugar de ejercer un efecto reeducativo sobre el delincuente, determinan, en la mayor parte de los casos, una consolidación de la identidad de desviado del condenado y su ingreso en una verdadera y propia carrera criminal*” (Alessandro **BARATTA**, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, p.89).

<sup>12</sup> É igualmente através do paradigma da reação social que será desconstruído o mito da igualdade em Direito Penal. Os estudos de Sutherland sobre a criminalidade de colarinho branco e sobre as cifras ocultas da criminalidade (estudo das estatísticas criminais) concluem que, apesar de tipificados, os delitos empresariais e econômicos não eram passíveis de seleção, etiquetamento e estimatização, pois estes fenômenos estavam concentrados nos estratos superiores da sociedade. Desta forma, estes grupos sociais não estavam vulneráveis às agências.

“*Estas investigaciones han conducido a otra corrección fundamental del concepto corriente de criminalidad: la criminalidad no es un comportamiento de una minoría restringida, como quiere una difundida concepción (y la ideología de la defensa social conexas a ella), sino.*

(f) **Princípio do Interesse Social e do Delito Natural.** O delito representa a ofensa aos bens comuns, aos interesses fundamentais e essenciais da sociedade<sup>13</sup>.

Percebe Vera Andrade<sup>14</sup> que a ideologia da Defesa Social se mantém constante até nossos dias, principalmente quanto ao Princípio do Interesse Social e do Delito Natural e o Princípio do Fim ou da Prevenção, porque cria mitologia relativa a um Direito Penal igualitário. Tal categoria seria estabelecida pelas proposições de que o Direito Penal protege igualmente todos os cidadãos das ofensas aos bens essenciais e de que todos são igualmente vulneráveis em receber a incidência das agências de controle penal.

---

*por el contrario, el comportamiento de amplios estratos o incluso de la mayoría de los miembros de nuestras sociedades” (grifamos) (Alessandro BARATTA, op. cit., p. 103).*

Zaffaroni chega a afirmar que *“a disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se pôr uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de corresponder a todo exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população”*. Exemplifica avaliando que *“se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizadas, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado”* (*Em busca das Penas Perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, p. 16).

<sup>13</sup> O princípio do interesse social e do delito natural estrutura-se na teoria dos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal comuns a toda a sociedade. Tem como pressupostos fundamentais que (a) a criminalidade é uma qualidade ontológica de certos comportamentos e certos indivíduos e que (b) os valores protegidos são homogêneos.

A sociologia do conflito critica este princípio pelo fato de que o desvio não é algo que precede as definições e as reações sociais, mas uma realidade construída, e que a criminalidade não é uma qualidade ontológica, mas um *status* social atribuído através de mecanismos - formais e informais - e processos - formais e informais - de reação (Alessandro BARATTA, op. cit., p. 123).

<sup>14</sup> Vera Regina Pereira de ANDRADE, *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*, p. 231.

**“A ideologia da defesa social sintetiza, desta forma, o conjunto das representações sobre o crime, a pena e o Direito Penal construídas pelo saber oficial e, em especial, sobre as funções socialmente úteis atribuídas ao Direito Penal (‘proteger bens jurídicos lesados garantindo também uma penalidade igualitariamente aplicada para os infratores’) e à pena (controlar a criminalidade em defesa da sociedade, mediante a prevenção geral - intimidação - e especial - ressocialização)”<sup>15</sup>.**

A estrutura principiológica da ideologia da Defesa Social permitiria, assim, função legitimadora do *establishment*. Legitimaria o Sistema Penal - racionalizado pelo discurso oficial das instituições - induzindo o consenso no qual o Estado, através do legislativo, tutelaria bens jurídicos universais e monolíticos, compartilhados por toda a sociedade de determinado local, em determinada época; e instrumentalizaria os aparelhos repressivos, determinando atuação letal que visa a manutenção da estrutura hierarquizada e seletiva, a partir da atuação do modelo repressivo.

Nesta concepção, valores como pluralidade, tolerância e respeito à diversidade são substituídos pelas seculares noções de monismo valorativo, intolerância e homogeneização. Não obstante, ocorre a adesão de perspectiva social consensual, ao contrário da perspectiva conflitiva demonstrada pela Criminologia da Reação Social.

---

<sup>15</sup> Vera Regina Pereira de ANDRADE, op. cit.

**“Obviamente, é um modelo consensual de sociedade que opera por detrás deste paradigma [etiológico], segundo o qual não se problematiza o Direito Penal - visto como expressão do interesse geral - mas os indivíduos, diferenciados, que o violam. A sociedade experimenta uma única e maniqueísta assimetria: a divisão entre o bem e o mal”<sup>16</sup>**

Político-criminalmente, tal perspectiva, fundada na ideologia da Defesa Social, estabelece estrutura autoritária e genocida de controle penal.

Eugenio Raúl Zaffaroni, avaliando as características da Política Criminal Latino-americana, sustenta que nosso Direito Penal é opressivo por crer, em sua auto-imagem, que sua finalidade seria defender a sociedade pela eliminação do delito.

**“Una Política Criminal, que sueñe con que su objetivo sea la erradicación será absurda, porque el delito, en su contenido concreto, es un concepto cultural y, por ende, relativo, históricamente condicionado. Siempre habrá delitos, siempre habrá conductas jurídicamente prohibidas y reprochables”<sup>17</sup>**

Igualmente entende a função intimidatória da teleologia proposta pelas teorias relativas da pena, particularmente a prevenção geral. Logo,

---

<sup>16</sup> Vera Regina Pereira de ANDRADE, *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*, p. 07.

<sup>17</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Política Criminal Latinoamericana*, p. 22



**“(...) si las llamadas ‘ciências de la conducta’ tuviesen la capacidad de determinarnos a que no cometamos más delitos, la sociedad humana dejaría de ser dinámica y un estadio de su cultura se eternizaría: un panorama tétrico de ciencia-ficción (...)”<sup>18</sup>.**

É notório que a principiologia e os estudos de Baratta na configuração e identificação da Ideologia da Defesa Social são circunscritos à realidade europeia. Em Latino-América, o sistema penal terá peculiaridades que potencializarão, ainda mais, os princípios expostos pela Defesa Social.

A capacidade da ideologia da Defesa Social incidir, indistintamente, apesar de não exclusivamente, sobre os países de tradição criminal romano-germânica, mas a totalidade da comunidade jurídica ocidental, se deve ao seu **potencial transnacional e universalista**. O potencial transnacional possibilita a justificação e legitimação de qualquer estrutura social construída hierarquicamente - verticalização. Daí o porquê, ao instrumentalizar-se pelos aparelhos de Estado, de a ideologia da Defesa Social atuar letalmente contra qualquer possibilidade concreta de horizontalização comunitária.

Cirino dos Santos, avaliando a violência nas relações internacionais entre os países de capitalismo desenvolvido e as áreas dependentes pelo processo econômico, percebe, com nitidez, que o sistema de imposição da ideologia da Defesa Social está inserido em amplo processo mercadológico de desenvolvimento de condições para transnacionalização do

---

<sup>18</sup> Op. cit, p. 23.

modelo econômico norte-americano e europeu. Imprescindível, pois, rígida base político-criminal de controle social.

**“A política de desenvolvimento do capitalismo monopolista, e de suas condições de produção e de reprodução, determina as diretrizes da política geral de controle social, como sistema de defesa social do capital monopolista. O sistema de defesa social desse capital existe como controle e repressão social das classes trabalhadoras, cujos métodos e técnicas são radicalizados com a ampliação das contradições sociais, e a freqüência das ações lesivas à ‘ordem’, os chamados crimes comuns e políticos. A repressão dos crimes comuns, concentrada na população dominada (especialmente o lumpenproletariado), e a dos crimes políticos, nas lideranças populares, intelectuais e políticas de oposição, é realizada sob a égide de estatutos criminais terroristas, tão violentos quanto imprecisos, privilegiando os interesses do capital predador entre os do trabalho produtivo”<sup>19</sup>**

Indica o criminólogo paranaense, subseqüentemente, a existência de identidade híbrida na Política Criminal nacional, que é exposta na América Latina como um todo, eis que as peculiaridade periféricas são assemelhadas. No território de herança ibérica, percebemos a coexistência de duas ideologias complementares, apesar das diferenças quanto à sua gênese e seus objetivos específicos. A ideologia da Defesa Social alcança conseqüências deterministas ao amplo aparato de controle social, aliando-se, desde a década de sessenta, à ideologia da Segurança Nacional, potencializadora de alguns princípios da Defesa Social, conformando amplo modelo defensivista.

---

<sup>19</sup> Juarez Cirino dos SANTOS, op. cit., p. 69.

Estes indicadores ideológicos é que condicionaram a artesanania do estatuto criminal de drogas vigente, atuando como formadores de opinião e núcleo básico da concepção brasileira atual no que tange à estrutura da Segurança Pública.

## **1.2. O Movimento da (Nova ou Novíssima) Defesa Social**

Ao se tratar de políticas criminais, os doutrinadores, com frequência, vinculam geneticamente a Defesa Social ao paradigma etiológico, como escola derivada deste, criada por Gramatica e atualizada por Marc Ancel, perfazendo, atualmente, o movimento da Nova Defesa Social.

**“O final da Segunda Grande Guerra viu surgir o movimento de maior destaque e permanência, de quantos tempos conhecido. Iniciado em 1945, graças à incansável atividade de Filippo Gramatica, recebeu inicialmente o nome de Defesa Social, sendo posteriormente, em 1954, rebatizado como Nova Defesa Social, cuja ‘bíblia’ é o livro de Marc Ancel, do mesmo ano, *La Défense Sociale Nouvelle*, do qual deriva a sua denominação”<sup>20</sup>.**

---

<sup>20</sup> João Marcello de ARAUJO JR., *Os grandes movimentos da Política Criminal de nosso tempo - aspectos*, p.66.

O referido ‘movimento’<sup>21</sup> da Nova Defesa Social, definido hodiernamente como Novíssima Defesa Social por alguns pesquisadores, postularia novo modelo integrado de ciências criminais, onde a Criminologia investigaria a ação criminosa como fenômeno individual e social, o Direito Penal estabeleceria regras de interpretação e aplicação, aparecendo a Política Criminal como a ciência ou a arte capaz de organizar e dar diretrizes, tanto ao legislador como ao juiz ou à administração penitenciária, para **reagir contra a criminalidade**<sup>22</sup>.

Este modelo integrado teria como principal objetivo a proteção da sociedade contra os indivíduos que violam e zombam da lei, através do modelo de prevenção do delito (prevenção geral negativa) e tratamento do delinquentes (prevenção especial positiva). Desta forma,

**“A Política Criminal que ela [Defesa Social] busca instaurar consiste portanto em estabelecer as bases e precisar as orientações de uma luta esclarecida contra o fenômeno criminal. A primeira preocupação é voltada para as condições de uma ação destinada a proteger a Sociedade no seu todo, garantindo desde logo o respeito e a proteção do homem como tal; e essa ação, que visa também por**

---

<sup>21</sup> Segundo ARAUJO Jr. (op. cit., p. 67-68), as principais características da Nova Defesa Social seriam:

- a. constituir um movimento e não uma doutrina acabada, tendente ao estabelecimento de dogmas;
- b. ser mutável, consistindo um movimento prático, que visa a reforma das instituições jurídico-penais e da própria estrutura social;
- c. estabelecer um modelo universal, acima e além das legislações nacionais.

Marc ANCEL (*A Nova Defesa Social*, p. XXIV) estabelecerá que “a defesa social não é uma escola: ela não visa uma nova dogmática nem substituir por uma única doutrina todas as outras teorias do Direito Penal: ela busca unicamente unir todos aqueles que compreendem que o mundo atual e o pensamento moderno fazem romper o quadro das doutrinas preestabelecidas e as teorias de todas escolas, num anseio de renovação humana que ultrapassa todas as técnicas”.

<sup>22</sup> Marc ANCEL, *A Nova Defesa Social*, p. XXII.

isso mesmo - acabamos de ver - a estabelecer uma melhor *higiene social (...)*<sup>23</sup>.

No entanto, a acepção hodierna do movimento de Defesa Social englobaria nova concepção na luta contra a delinqüência. A atuação não tem por objetivo a proteção social por formas retributivas, típicas do pensamento clássico garantidor, mas através dos conceitos de ressocialização, alcançando aqueles indivíduos vulneráveis nos quais o sistema de reação penal incidiu.

Categorias como periculosidade, reeducação, personalidade do agente, prevenção da reincidência e medidas de segurança extra-penais - deslocadas da Criminologia Positivista<sup>24</sup> - passam a fazer parte do sistema de Defesa Social, que tem como objetivo fundamental a reforma dos sistemas penais via processo de transnacionalização do controle<sup>25</sup>.

Sob o foco da Criminologia Radical, Juarez Cirino dos Santos afirma que, apesar da pretensão inicial em firmar-se como Política Criminal humanista,

---

<sup>23</sup> Marc ANCEL, Op. cit., p. 241 (grifamos).

<sup>24</sup> Vale lembrar que Ancel afirma, em sua obra, que o movimento se esquematizou a partir de algumas variáveis fundamentais impostas pelo positivismo, como (a) negação do livre-arbítrio, (b) assunção do crime como um fato natural e social, (c) a necessidade de proteção da sociedade contra o criminoso - periculosidade, e (d) o objetivo ressocializador e preventivo.

*"A defesa social não é uma doutrina do Positivismo, mas uma consequência indireta, e de certa forma em segundo grau, da doutrina positivista"* (Ib. ibidem., p. 87).

<sup>25</sup> A partir de ANCEL (Ib. ibidem.) fica claro a reivindicação do movimento:

*"(...) o movimento de defesa social é universalista por excelência, desconhecendo assim, naturalmente, qualquer manifestação nacionalista. O fenômeno criminal é além do mais um fenômeno humano, cujo estudo deve ser realizado antes de tudo pelas ciências humanas, que não conhecem fronteiras. Os meios de lhe fazer face devem ser pesquisados através de uma cooperação internacional decidida e leal; e o exame das experiências estrangeiras, sua confrontação sobrepondo-se às técnicas peculiares a cada país e mesmo a cada sistema, é uma das condições básicas à formulação de uma Política Criminal racional de luta contra o crime"* (p. 365).

**“Uma Política Criminal de ‘proteção da sociedade contra o crime’ como foco dirigido para o indivíduo criminoso, submetido à remoção, segregação, cura e educação, sob o fundamento do estado ‘perigoso’, mesmo que acene com um Direito Penal ‘humanizado’ pela ‘ciência do crime e do criminoso’, não deixa de constituir a forma mais acerbada de violência repressiva(...)”<sup>26</sup>**

Embora a Nova (ou Novíssima) Defesa Social, na idéia básica de seus fundadores, não passe de movimento político-criminal, entendemos, a partir do magistério de Alessandro Baratta, que

**“(...) todas estas ediciones dei modelo integrado de ciencia penal [Defesa Social - Gramatica - e Nova Defesa Social - Ancel] no se halla una alternativa crítica, sino sólo una modificación y un perfeccionamiento de la ideología de la defensa social”<sup>27</sup>**

Desta forma, podemos perceber que, mesmo que o movimento da Defesa Social negue sua tradição positivista - Escola Positiva italiana -, a Nova Defesa Social aparece como o movimento catalizador e publicizador dos princípios da ideologia da Defesa Social.

Apesar da mesma nomenclatura e do movimento estar inserido no horizonte teórico da ideologia, é mister ressaltarmos as diferenças, por duas

---

<sup>26</sup> Juarez Cirino dos SANTOS, op. cit., 51.

<sup>27</sup> Alessandro BARATTA, *Criminologia Crítica y Crítica del Derecho Penal*, p.41

razões fundamentais. A primeira é que a ideologia nasce com o Direito Penal Moderno na sua época iluminista - primeira fase da Escola Clássica -, estabelecendo os consensos sobre crime e criminalidade, dentro e fora do sistema penal. A segunda diferença é que o movimento, apesar de negar as premissas periculosistas, apresenta-se, na maioria das vezes, como solução inovadora e humanista. Todavia, nada mais é do que a exteriorização da ideologia presente desde a secularização da ciência penal, cuja programação estabelece regimes penais de exceção - guerra entre diferentes camadas sociais: grupos criminalizados (vulneráveis) e grupos criminalizadores (detentores do poder de seleção) -, “na medida em que a defesa social é intimamente ligada à noção ou a idéias fundamental de reforma penal”<sup>28</sup>.

## **2. Defesa Social, Ideologia da Segurança Nacional e Movimentos de ‘Lei e Ordem’: a imposição de Política Criminal intolerante**

Percebemos, a partir da década de sessenta, a invasão, em praticamente toda a América Latina, da Ideologia da Segurança Nacional.

Apesar de ter como objetivo específico a eliminação do ‘inimigo interno’ - o *alter* ‘subversivo’ que questiona o *establishment* -, a ideologia da Segurança Nacional, agregada à ideologia da Defesa Social, estabelece pauta

---

<sup>28</sup> Marc ANCEL, op. cit., p. 150.

de ação específica em relação ao ‘combate à criminalidade’. As falsas representações (ideologia em sentido negativo) determinam pautas de trabalho para manutenção/modificação da realidade (ideologia em sentido positivo).

A potencialidade transnacional de ambas as ideologias propiciará que ocorra, a partir da década de sessenta/setenta, total agregação dos modelos jurídico-penais latinos ao ‘sistema de guerra’ direcionado à eliminação da criminalidade (comum e política).

Podemos perceber que a principiologia fundamental das ideologias difere em alguns pontos, mas, apesar de trabalharem com categorias distintas e específicas para o combate do seu próprio inimigo, conformam universo comum no modelo repressivo.

A ideologia da Segurança Nacional, da mesma forma que o movimento da Defesa Social, tem sua gênese no período pós-Segunda Guerra Mundial, com a instauração da ‘Guerra Fria’ e a bipolaridade entre leste-oeste (polarização ideológica). Com a noção de bipolaridade, constrói-se a categoria geopolítica, que tem no general brasileiro Golbery do Couto e Silva seu principal expoente.

A estrutura conceitual, denominada geopolítica,

**“(...) orienta o homem de Estado na condução da política interna e externa do Estado e orienta o militar no preparo da defesa nacional e na conduta estratégica”.**

.....



**“A grande tese geopolítica é a divisão do mundo em dois poderes antagônicos e a inevitável integração da América Latina em um desses blocos(...)”<sup>29</sup>.**

Conceitos como geopolítica, aliados à bipolaridade, estão centrados na mesma razão principiológica maniqueísta da ideologia da Defesa Social. Contudo, enquanto na Defesa Social o antagonismo se reflete na separação entre os indivíduos (criminosos e cidadãos), para a ideologia da Segurança Nacional, são diametralmente opostas nações ou blocos políticos. A noção fragmentada da dicotomia entre o bem e o mal representará o princípio fundamental e agregador das diferentes ideologias.

Se o mundo está dividido, e esta divisão representa pólos anacrônicos em franco conflito, a Nação também se altera, separando a população entre os fiéis cumpridores da lei e aqueles que a corrompem<sup>30</sup>. Desta forma, a visão universal, de mundo desagregado, é incorporada pelos teóricos sul-americanos e, conseqüentemente, invade o panorama interno do país. Além da avaliação da existência de um inimigo externo, que pretende corromper a ‘democracia’ e os valores morais e cristãos da sociedade nacional, haverá, indubitavelmente, um inimigo interno, com as mesmas intenções, que também deve ser eliminado. Esta estrutura ideológica do poder estabelece

---

<sup>29</sup> Joseph COMBLIN, *A Ideologia da Segurança Nacional*, p. 25-28.

<sup>30</sup> COMBLIN (op. cit.) percebe nitidamente esta divisão: “Assim, a visão de mundo baseada na geopolítica é a de uma rivalidade entre as Nações que são vontades de poder e de poderio. Essas Nações estão reagrupadas em duas alianças opostas. Uma representa o *bem* e a outra o *mal*” (p. 31) (grifamos).

aparelho de controle microfísico, que se dilui até os mais finos grãos do corpo social<sup>31</sup>.

Borges Fo., ao pesquisar a estrutura política do regime militar brasileiro e sua configuração pelos aparelhos de Estado, percebe que

**“(...) a geopolítica dos militares latino-americanos visa não somente estabelecer os limites geográficos do Estado, mas trabalhar com as *fronteiras ideológicas*, um tipo de fronteira que não separa um Estado-Nação de outro Estado-Nação, mas uma parte do povo de outra parte do povo, no interior de cada Nação”<sup>32</sup>.**

Se na visão da Defesa Social o mal deve ser recuperado e punido intimidatoriamente, na ideologia da Segurança Nacional este deve ser eliminado e neutralizado, ocorrendo inversão lógica no que diz respeito ao regime de punibilidade: dos postulados da prevenção geral negativa e especial positiva (Defesa Social), passamos à prevenção especial negativa (Segurança Nacional) - Princípio do Fim e da Prevenção<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Sobre a estrutura de poder e a diluição ideológica dos postulados que o conformam pela transmissibilidade aos diversos estratos da sociedade, conferir as obras de Michel FOUCAULT, *Microfísica do Poder e Vigiar e Punir*.

<sup>32</sup> Nilson BORGES Fo., *Os militares no poder*, p. 54.

<sup>33</sup> Podemos dividir as teorias da pena em dois grandes blocos: teorias absolutas e teorias relativas. Segundo Juan Bustos RAMÍREZ (*A Pena e suas Teorias*), as Teorias Absolutas da Pena (Retributivismo) adotam postura científica que vê o sentido da pena na retribuição do passado. No seio das teorias retributivistas, encontraremos dois tipos de justificativas filosóficas distintas. A concepção hegeliana, seguida posteriormente pela Escola Clássica (Carrara), percebe a pena como a *negação da negação do direito* (metodologia dialética). Assim, a pena surge como restauradora da norma jurídica violada, recompondo o direito. Uma segunda concepção, de matriz kantiana, entende a pena como retribuição à culpabilidade do agente. Binding, neste sentido, sustenta que a pena é a *retribuição do mal com o mal*. Conforme a intensidade da violação, uma pena proporcional deverá ser imposta ao delinqüente. A penalidade retributiva, revestida de irracionalismo ao reconhecer a

O Estado de Guerra é instaurado e qualquer movimento que venha a questionar sua legitimidade é enquadrado em determinado rótulo (inimigo) e considerado como subversivo em potencial (criminoso). Desta forma, tanto os revolucionários, quanto os criminosos comuns, são encarados como inimigos a serem eliminados pelo sistema repressivo<sup>34</sup>.

---

penalidade como um mal, insere o Estado de Direito e Democrático numa perspectiva autoritária, no momento em que utiliza a pena como vingança, recompondo o talionismo (“olho por olho, dente por dente”), pois atua de maneira expiatória, onde o corpo é o centro da penalidade.

As **Teorias Relativas (Prevenção)** dividem-se em duas espécies fundamentais, que legitimam o *ius puniendi*: prevenção geral e prevenção especial. Segundo Kant, as teorias preventivas atuam considerando o culpado como um objeto, convertendo-o em instrumento de estratégia para melhorias em prol do bem estar comum. Para Hegel, as teorias relativas não respeitam nem a honra, nem a dignidade do delinqüente, tratando-o como um *cão que se ameaça*. A teoria da **Prevenção Geral (intimidatória)** estruturou-se nas teorias de Bentham e Feuerbach - Teoria da Coação Psicológica. A utilidade da pena surge no momento em que atua de modo **exemplar** e **espetacular**.

Esta coação psicológica à sociedade impõe um controle social a partir do medo, onde o indivíduo deixaria de delinqüir temendo a penalidade. A penalização do delinqüente preveniria, através da coação psicológica, atos semelhantes. Um grande exemplo utilizado pelos que sustentam a mais irracional das penas, é a espetacularidade da pena de morte. Neste regime penalógico, o indivíduo é utilizado como meio para as intenções do Estado - ameaça à dignidade humana, onde o cidadão passa a ser instrumento de utilidade social, objeto de demonstração em interesse do bom comportamento dos outros. É totalmente injustificável, no momento em que percebemos que grande número de cidadãos não delinqüem frente à falta de coerção. Empiricamente, esta tese é insustentável.

A teoria da **Prevenção Especial (ressocializadora)**, atualmente defendida pelos teóricos da Nova Defesa Social, parte do pressuposto que o sistema penal, através da ressocialização, salda parte de sua culpa na deficiência de formação e oportunidades ao desviante. A reforma dos sistemas penitenciários dos anos setenta ocorrera sob o signo da ressocialização ou do “tratamento” reeducativo e ressocializador como finalidade da pena. A finalidade da pena é o tratamento, baseado na idéia de periculosidade social do autor.

Hoje, ocorre um deslocamento do discurso oficial da prevenção especial positiva (ressocialização) para a prevenção especial negativa (neutralização, incapacitação). Esta última relegitimando as teorias absolutas retributivas.

Sobre as teorias da pena, desde uma visão crítica, conferir Alessandro BARATTA, *Resocialización o control social: por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado*.

<sup>34</sup> A fusão das várias espécies de delinqüência no tipo subversivo faz lembrar imediatamente o modelo jurídico da inquisição. Através da elaboração da categoria herege, tanto Estado como Igreja (aparelho secular e aparelho clerical) passam a incidir seu espectro repressivo nos questionadores do *status quo*, tanto católico como absolutista. Este modelo intolerante de política repressiva possibilita-nos assimilar o modelo inquisitorial com os Estados Ditatoriais Latino-americanos das últimas décadas. Sobre o assunto, conferir texto de nossa autoria, *A Desconstrução do Modelo Jurídico Inquisitorial*.

**“Por coerência com a doutrina, particularmente com a ‘doutrina militar’, inimigo é inimigo mesmo, a ser neutralizado de qualquer forma; guerra é guerra mesmo, implicando inclusive o emprego não-seletivo da força e da inteligência militar; combate é combate mesmo; há de haver vencedores e vencidos”<sup>35</sup>**

As engrenagens repressivas moldam-se, então, a partir de dois conceitos vagos, mas extremamente úteis: segurança nacional e inimigo interno.

A incidência do modelo transnacional de segurança norte-americano, aliado ao modelo ideológico da Defesa Social, instrumentalizado pela dogmática jurídico-penal, determina política repressiva, em total desrespeito aos princípios fundamentais de uma sociedade democrática e constitucional. Suprime-se

**“a diferença entre violência e a não-violência, isto é, entre os meios de pressão não violentos e os meios de pressão violentos. A segurança é a força do Estado aplicada a seus adversários: qualquer força, violenta ou não”<sup>36</sup>**

O sistema é concebido a partir de lógica inversa esplêndida, ou seja, a violência é sempre legítima, *“porque é justificada por sua segurança*

---

<sup>35</sup> Jorge da SILVA, *Militarização da Segurança Pública e a Reforma da Polícia: um depoimento*, p. 498.

<sup>36</sup> Joseph COMBLIN, *op. cit.*, p. 56.

*nacional. E a segurança nacional é insaciável. Nunca está satisfeita. Não tem limites*<sup>37</sup>. Metodologia baseada em categorias extremamente abstratas e tautológicas passa a orientar a atuação do poder e sua legitimidade não pode, de maneira alguma, ser contestada, pois (...) *Esse poder será sempre utilizado a serviço do Bem*<sup>38</sup>.

Além de incontestavelmente legítimo, torna-se ilimitado:

**“No plano da política interna, a segurança nacional destrói as barreiras das garantias constitucionais: a segurança não conhece barreiras: ela é constitucional ou anticonstitucional; se a Constituição a atrapalha, muda-se a Constituição”**<sup>39</sup>.

Se o Princípio do bem e do mal é potencializado com a divisão da sociedade entre subversivos e defensores da Nação, através da Doutrina de Segurança Nacional, a idéia de modelo unívoco de valores maximiza os princípios da culpabilidade, legitimidade, interesse social e delito natural, estabelecendo Política Criminal beligerante, estruturada a partir da idéia de guerra total - interna e externa.

A consequência deste modelo repressivo bélico será estabelecer sistema penal potencialmente genocida na América Latina. Selecionado o público que ingressará no sistema penal, coloca-se em prática a lógica de guerra permanente e um Direito Penal cuja estrutura está alicerçada no medo e

---

<sup>37</sup> *Ib. ibidem*, p. 133.

<sup>38</sup> *Ib. ibidem*.

<sup>39</sup> *Ib. ibidem*, p. 56.

no terror. Tal diagnóstico representa a realidade dos sistemas penais da América Latina das décadas de sessenta, setenta e início dos anos oitenta.

Para Zaffaroni, há intrínseca relação entre os postulados da Segurança Nacional e a construção de Estado de Terror legitimado pela legalidade penal. Desta forma,

**“La Política Criminal de seguridad nacional se caracteriza por una transferencia de conceptos propios del derecho penal militar al derecho penal común, derivada de la ‘ordinarización’ dei concepto de ‘cuerpo’ y del principio general de la ‘eficácia’, propios del plano jurídico militar. Se tiende a concibir la sociedad como un ‘cuerpo’ con ese fin, que es de ‘ganar la guerra’ y por ende, las conductas que en vida ordinaria se reservan al ámbito ético, cada vez son menos, como resultado de un ‘verticalismo social’ que implica una jerarquización”<sup>40</sup>.**

Parece-nos claro, entretanto, que não existe identidade ideológica entre a Defesa Social e a Segurança Nacional. Os objetivos específicos são próprios de cada modelo. O que ocorre é que ambos coexistiram e coexistem, de forma harmônica, na órbita do Direito Penal e da Política Criminal oficial (principalmente na dimensão da Segurança Pública), adaptando-se às necessidades políticas estruturais e/ou circunstanciais e reafirmando estruturas políticas autoritárias, como conclui o jushumanista argentino<sup>41</sup>. O modelo de guerra, baseado nos princípios de periculosidade, são expostos por ambas as

---

<sup>40</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit. p. 108.

<sup>41</sup> Ib. ibidem., p. 113.

ideologias, que tem como postulado a lógica do problema-solução, revelando verdadeira “*alucinação voluntarista*”<sup>42</sup>.

Poderia parecer, todavia, infrutífera e desatualizada a discussão sobre a influência da ideologia da Segurança Nacional no modelo político-criminal brasileiro, visto que, na esfera política formal, vivemos no período de pós-processo de (re) democratização - fim dos regimes políticos militares solidificados pela Doutrina da Segurança Nacional - e, em análise restrita ao âmbito das drogas, estaríamos próximos de câmbio legislativo, que sepultaria o modelo empregado sob a égide da Ditadura Militar.

Qual seria, então, a necessidade de constatar a presença da ideologia da Segurança Nacional em alguns estatutos criminais e processar, por analogia, sua integração, ainda que não plenamente, com o modelo de Defesa Social?

A resposta dar-se-á sob o prisma da concepção de Segurança Pública.

Principalmente em relação ao traficante, entendemos que “*o conceito de suspeito [criminoso] é uma evolução do conceito de inimigo interno*”<sup>43</sup>. Segundo Luis Eduardo Greenhalgh<sup>44</sup>, a polícia militar, força auxiliar das Forças Armadas, foi, durante a ditadura militar, treinada de acordo com a ideologia da Segurança Nacional. Durante a manutenção do regime,

---

<sup>42</sup> Vera Regina Pereira de ANDRADE, *O penitenciário aos olhos do penal/criminal: o modelo de guerra e o encarceramento simbólico do perigo*.

<sup>43</sup> Belisário dos SANTOS Jr., *Segurança Pública: conceitos e preconceitos*, p. 16.

<sup>44</sup> Luis Eduardo GREENHALGH, *Segurança Pública e Ideologia da Segurança Nacional*, p. 11.

**“(...) o inimigo era o subversivo, aquele que não está de acordo com a ordem vigente, o comunista, o guerrilheiro. ‘O inimigo é quem não é nosso amigo’. Neste processo esquizofrênico, as forças policiais militares dos estados aprendiam e introjetavam princípios ideológicos, mas eram proibidas de participar da repressão política”<sup>45</sup>**

O combate ao inimigo interno era de competência exclusiva das Forças Armadas. Contudo, o estatuto ideológico da Segurança Nacional permeava a formação do policial militar e também do policial civil.

**“Como o inimigo político era ‘privativo’ (para fins de repressão) das Forças Armadas federais, as polícias militares tiveram que inventar outro inimigo, que passou a ser determinado por fatores sócio econômicos. Os inimigos ou suspeitos eram os negros, os mais pobres, as prostitutas, os favelados. Ou seja, aqueles que estão mais marginalizados, mais afastados do processo produtivo e de seus benefícios. Instrumentalizados dentro dos mesmos princípios e métodos das Forças Armadas (tortura, violência etc.), as forças auxiliares de repressão policial comum passaram a utilizar as mesmas táticas de repressão, usufruindo também da mesma impunidade que caracterizou o regime militar”<sup>46</sup>**

---

<sup>45</sup> Luis Eduardo GREENHALGH, op. cit.

<sup>46</sup> Ib. ibidem.



É gerado, no seio do regime político que pretendia tutelar a democracia, um sistema de ampla violação da legalidade, cujos órgãos são encarregados de controle social militarizado e verticalizado.

As forças militares comandavam todo este aparelho de (in)Segurança Pública e, no que diz respeito à formação, tornavam as instituições civis encarregadas da repressão, através do processo pedagógico de aprendizagem, similar ao das Forças Armadas, tanto que

**“(...) uma das primeiras medidas do novo regime foi a de assegurar, na prática, o controle dos organismos policiais dos Estados desde logo, fazendo nomear oficiais do Exército de sua confiança para as funções de Secretários de Segurança Pública”<sup>47</sup>.**

Os militares passam, assim, a manter o controle e subordinar as polícias dos estados, anteriormente subsumidas ao poder dos governos estaduais. Neste sentido, as polícias tornam-se aparelhos repressivos do Estado e sub-aparelhos das Forças Armadas, reproduzindo a ideologia militarizada inscrita na Doutrina da Segurança Nacional<sup>48</sup>.

Contudo, esta estrutura continua em voga pois, apesar da queda do regime militar, a estrutura da Segurança Pública continua sob a organização das Forças Armadas (*“As polícia militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reservas do Exército, subordinam-se juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios”* - art.

---

<sup>47</sup> Nilson BORGES Fo., op. cit., p. 140.

<sup>48</sup> Ib. ibidem., p. 167.

144 da Constituição de 1988), mantendo em vigência toda a legislação pretérita e o funcionamento dos órgãos com base na Doutrina de Segurança Nacional.

Ademais, o efeito produzido pela transferência da ideologia da Segurança Nacional às forças policiais é, segundo Zaffaroni, extremamente problemático, “*porque as polícias tem uma capacidade de capilarização social muito maior*”<sup>49</sup>.

Perceberemos com maior nitidez a atual influência deste modelo ideológico ao final deste capítulo, quando tratarmos da ‘Operação Rio’, da redescoberta do inimigo interno no traficante e da tentativa de superação da crise de identidade nas Forças Armadas.

Fundamentado nessas ideologias maniqueístas, o Sistema Penal brasileiro, que se insere no universo criminal latino-americano, caracteriza-se, constantemente, por violar as bases constitucionais que lhe dariam, desde uma perspectiva normativa da Constituição, validade.

Não obstante, o modelo violador das garantias constitucionais recebe questionável legitimidade de grupos formadores de opinião, cuja atuação, no plano legislativo, estabelece estatutos penais lesivos às garantias individuais de modelo jurídico constitucional.

Assim, podemos identificar uma terceira aresta do modelo repressivo nacional, embasada nos movimentos de ‘Lei e Ordem’ que, em nosso entendimento, são os instrumentalizadores positivos (no sentido de plano de ação) das ideologias negativas (ocultadoras) que perfazem o modelo político-criminal.

Como vimos anteriormente, na década de sessenta, alguns

---

<sup>49</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Entrevista*, p. 10.

movimentos contestatórios começaram a fazer uso das drogas como instrumento de protesto contra o imperialismo, a síndrome armamentista e a Guerra do Vietnã. Neste momento, as campanhas de 'Lei e de Ordem' se articulam no sentido de orientar a produção legislativa norte-americana, maximizando o modelo de combate às drogas ilícitas e, conseqüentemente, impondo a transnacionalização do controle sobre os entorpecentes.

Alguns doutrinadores brasileiros têm entendido os movimentos de 'Lei e Ordem' como ideologia, onde o crime seria entendido como o “*‘lado patológico’ da sociedade, a criminalidade uma ‘enfermidade infecciosa e o criminoso como um ser ‘daninho’*”<sup>50</sup>. A referida ‘ideologia’ exploraria “*o medo, criando um clima de pânico, de alarme social*”<sup>51</sup>, de tal forma que o Direito Penal - em sua acepção panpenalista - seria visto como o único instrumento eficaz para solucionar a problemática da crescente criminalidade atual<sup>52</sup>.

Assim, 'Lei e Ordem' consistiria em um dos hodiernos **movimentos** de Política Criminal ou uma ideologia em sentido positivo (plano de ação), cujo instrumento central é o *mass media*, que transmite ao senso comum, estado de perigo constante e eminente. A interação entre o movimento e o homem da rua (*every day theories*) funda-se numa premissa central

---

<sup>50</sup> Winfried HASSEMER & Muñoz CONDE, Apud, Alberto Silva FRANCO, op. cit., p. 35.

<sup>51</sup> Alberto Zacharias TORON, *O indevido processo legal, a ideologia da 'Law and Order' e a falta de citação do réu para o interrogatório*, p. 98.

<sup>52</sup> Logicamente, há uma estrita relação entre os movimentos de 'Lei e Ordem' e o repasse da ideologia da Segurança Nacional para as polícias:

*“A transferência da ideologia dos exércitos para as polícias (...) criam uma sensação de guerra. exatamente como acontecia quando a ideologia da segurança nacional inventava guerras entre o ocidente e o oriente. Só que hoje o suposto inimigo está dentro do país. A policia mata os marginais, que são exibidos em programas de televisão como troféus de guerra, de inimigos vencidos. Repare que a policia nunca mata um marginal que não seja mostrado, ao menos que tenha outro tipo de interesse obscuro”* (Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit., p. 10).

passional, instaurando modelo repressivo de ‘guerra contra o crime e o criminoso’. É modelo político autoritário que vê na implementação de estatutos penais e penalidades severas, as quais restringem direitos e garantias constitucionais (devido processo legal, presunção de inocência *et coetera*) o instrumento eficaz para conter a ação dos criminosos que ousam desrespeitar a lei e harmonia social resgatada pelo Estado Democrático de Direito.

**“Alegam seus defensores que os espetaculares atentados terroristas, o gangsterismo e a violência urbana somente poderão ser controlados através de leis severas, que imponham a pena de morte e longas penas privativas de liberdade. Estes seriam os únicos meios eficazes para intimidar e neutralizar os criminosos e, além disso, capazes de fazer justiça às vítimas e aos homens de bem, ou seja, aos que não delinqüem”<sup>53</sup>**

Para Araújo Jr.<sup>54</sup>, essas idéias têm sido alimentadas por regimes políticos autoritários baseados na ideologia da segurança, e têm como principais metas:

- a) justificar a pena como castigo e retribuição;
- b) instaurar regime de penalidades capitais e ergastulares;
- c) impor a severidade no regime e nas instituições de cumprimento da pena;
- d) ampliar o espectro de prisões provisórias, e
- e) diminuir o poder de individualização da pena pelo magistrado<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> João Marcello de ARAUJO Jr., op. cit., p. 71.

<sup>54</sup> Ib. ibidem, p. 72.

Creemos que o estatuto ideológico deste movimento, em aspecto amplo, seja a ideologia da Defesa Social, com toda sua principiologia caracterizadora. Os movimentos de 'Lei e Ordem' seriam o plano de ação - ou, no máximo, ideologia em sentido positivo -, estruturador das campanhas que produzem efeitos na esfera legislativa. Seriam o '*sistema de idéias conexas com a ação*', destinando-se a cambiar o modelo jurídico-político. Todavia, em sentido estrito, podem justificar outra ideologia compatível, como ocorreu na implementação do regime militar de 1964, em que as campanhas deram sustentação à ideologia da Segurança Nacional.

Os movimentos de 'Lei e Ordem', como referimos anteriormente, instrumentalizam-se a partir do *mass media*, nos quais encontram sua principal arma de produção de consenso, no que diz respeito aos malefícios ocasionados pela criminalidade e a necessidade de desenvolver e maximizar o sistema criminal.

Uma das principais conseqüências da influência do *mass media* refere-se à exposição de vulnerabilidade (seletividade) de alguns grupos sociais. Constata-se que

---

<sup>55</sup> Em nossa recente história criminal, pós-Constituição de 1988, uma das principais leis forjadas pelos movimentos de Lei e Ordem foi a Lei dos Crimes Hediondos. No aspecto da individualização e no afã de diminuir o poder individualizador do juiz, a Lei 8.072/90 chegou ao ponto de estabelecer penalidade fixa, onde mínimo e máximo são idênticos.

Em seu artigo 9º, o estatuto estabeleceu algumas causas de aumento de pena, acrescentando da metade a pena base cominada pelo juiz. Como o dispositivo de lei vincula a pena privativa de liberdade ao máximo de trinta anos, nos casos de latrocínio e extorsão com resultado morte, cujo mínimo das penas são vinte anos, a pena coincidirá em seu mínimo e máximo, ou seja, trinta anos, violando o princípio da individualização trabalhado no segundo capítulo.

**“O sistema penal atua sempre seletivamente e seleciona de acordo com os estereótipos fabricados pelos meios de comunicação de massa. Estes estereótipos permitem a catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes (delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc.)”<sup>56</sup>.**

Segundo Zaffaroni<sup>57</sup>, a capacidade de reprodução da violência pelos meios de comunicação é enorme, bastando que haja publicidade aos casos de violência ou crueldade para que ocorra demanda de papéis vinculados aos estereótipos. A autopercepção do estereótipo cria e recria a criminalidade, atingindo camadas previamente selecionadas pelo grau de vulnerabilidade, possibilitando acordo quanto à imposição de rígido sistema punitivo.

Cria-se, através dos meios de comunicação de massa, sistema de produção de estereótipos que são idênticos e mais eficazes que os estabelecidos pelo modelo jurídico do Estado.

**“Cabe registrar que a carga estigmática não é provocada pela condenação formal, mas pelo simples contato com o sistema penal. Os meios de comunicação de massa contribuem para isso em alta medida, ao difundirem e adiantarem-se às sentenças com qualificações como ‘vagabundos’, ‘chacais’, ect.”<sup>58</sup>.**

---

<sup>56</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Em Busca Das Penas Perdidas*, p. 130.

<sup>57</sup> *Op. cit.*, p. 131.

<sup>58</sup> *Ib. ibidem.*, p. 134.

A incidência do *mass media* às classes vulneráveis é constatada, igualmente, por Hulsman, ao perceber que “as produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a idéia simples - e simplista - de que há os bons de um lado e os maus de outro”<sup>59</sup>.

Os meios informativos, enquanto aparelhos ideológicos, potencializam a idéia de que o sistema penal repressivo é a forma resolutiva por excelência.

As agências de comunicação ( agências não judiciais) agem, então, como ‘poder configurador’ dos sistemas penais, atemorizando a população e provocando “protesto público para pressionar as agências políticas ou judiciais e assim deter a ameaça a seu poder (entendendo sempre por tal a capacidade para obter rendimentos ilícitos)”<sup>60</sup>.

Desta forma, o sistema penal insere-se no âmbito das sociedades “videocratizadas” - ou “aquiagorizadas”, na expressão cunhada pelo jurista gaúcho Lênio Luiz Streck<sup>61</sup>. Os meios de comunicação de massa fazem-nos comprar a “suposta segurança que o sistema penal nos vende” sendo que “é a empresa de mais notória insolvência estrutural em nossa civilização”<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> Louk HULSMAN, *Penas Perdidas*, p. 56.

<sup>60</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit., p. 126.

<sup>61</sup> Lênio Luiz STRECK, *Direito Penal, Criminologia e Paradigma Dogmático: um (re)pensar crítico*, p. 84.

A expressão “aquiagorização social”, cunhada por Streck, é corruptela do título de um programa de televisão (Aqui e Agora) que desenvolve um jornalismo policiaisco sensacionalista. Diz Lenio Streck:

“(…) vivemos em uma sociedade ‘aquiagorizada’, na qual quem ‘detém’ a ‘informação’ - se o leitor me permite um certo exagero - são pessoas como Gil Gomes, Hebe Camargo, e outros mais ou menos votados. Quando falo na ‘mediocrização’ da sociedade, na ‘aquiagorização’ também quero chamar a atenção para o tipo de cultura ‘standartizada’ que se desenvolve (e cresce dia a dia) em nossa sociedade” (Op. cit., p. 70).

<sup>62</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Em Busca Das Penas Perdidas*, p. 27.

Não obstante, podemos detectar efeitos nacionais e transnacionais na atuação do *mass media*.

Segundo Zaffaroni,

**“Os meios de comunicação de massa são os grandes criadores da ilusão dos sistemas penais, em qualquer de seus níveis e, fundamentalmente, em dois níveis que devem ser cuidadosamente diferenciados: a) transnacionalizado; e b) o que corresponde às conjunturas nacionais”<sup>63</sup>.**

Transnacionalmente, o *mass media* teria como principal função reproduzir a crença no sistema penal como o meio mais eficaz de combate à criminalidade. Os ensinamentos de Raúl Cervini<sup>64</sup> demonstram que o material transnacional logra, entre outros efeitos:

- a) criar demandas de ação às agências que não coadunam com a realidade nacional;
- b) gerar sensação de insegurança;
- c) deteriorar valores vinculados aos Direitos Humanos e suas garantias; e
- d) promover enfoque maniqueísta da realidade - fratura artificial da realidade entre o bem e o mal.

---

<sup>63</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 128.

<sup>64</sup> Raúl CERVINI, *Incidencia de las 'mass media' en la expansion del control penal en latinoamérica*, p. 40.



Nas conjunturas nacionais, o *mass media* desencadearia as campanhas de 'Lei e Ordem' como instrumento de produção e reprodução de estereótipos, determinando alguns efeitos irreversíveis, como a criação de situação de pânico social em relação à comunidade.

**“También se suele hacer referencia a la innata Irreversibilidad de estos procesos. Mucho se ha discutido y se discutirá en el futuro sobre la posibilidad de ensayar con mayor o menor éxito un ‘contramensaje’, pero para un sector claramente mayoritario el efecto de estas campañas es definitivamente irreversible ya que, en estos casos, la comunicación encuadra dentro del más rígido esquema conductista de mensaje-resposta. Una vez puesta en marcha la campaña, los aislados trabajos tendientes a esclarecer a la opinión pública, ya están operando sobre una realidad. Cuando los observadores detectan el desarrollo de una campaña de Ley y Orden, ésta ya generó el sentimiento de inseguridad y se nos presenta como realidad social”<sup>65</sup>.**

Podemos perceber, a partir desta análise tripartite (Defesa Social, Segurança Nacional e movimentos de 'Lei e Ordem'), que os princípios da ideologia da Defesa Social, entendida como ideologia conformadora do sistema penal, são potencializados pelos Movimentos de 'Lei e Ordem', na medida da produção de consenso sobre os estereótipos criminais, e pela ideologia da Segurança Nacional, no momento de configuração de Política Criminal bélica que estabelece guerra contra a criminalidade, identificando o delinqüente como inimigo a ser eliminado.

---

<sup>65</sup> Raúl CERVINI, op. cit., p. 43.

Nenhuma das perspectivas poderia ser desprezada por esta análise, visto que, apesar das nuances e objetivos próprios de cada ideologia (positiva ou negativa), elas estruturam a Política Criminal latino-americana, principalmente no que tange à política de entorpecentes.

Ao partir destas três perspectivas, podemos concluir, juntamente com Delmas-Marty, que “*balizar o território da Política Criminal é, portanto, localizar as correntes ideológicas que podem influenciá-la*”, a fim de “*fornecer uma chave para compreender a diversidade dos fatos observados*”<sup>66</sup>. Desta forma,

**“(...) a Política Criminal, numa dada sociedade e num dado momento de sua história, só é aparentemente explicada pela influência desta ou daquela corrente ideológica, mesmo dominante. Além do jogo das correntes contrárias nas sociedades pluralistas, a Política Criminal é, em todo lugar, a resultante de muitos outros fatores, ao mesmo tempo individuais e sociais no sentido mais amplo, não apenas políticos, mas econômicos e culturais”**<sup>67</sup>.

Descritos os modelos e determinada sua relação com a produção e reprodução da criminalidade, passaremos à segunda etapa do diagnóstico, qual seja, a visualização da influência dessas ideologias na política nacional de entorpecentes e a sua instrumentalização através do modelo legislativo e dogmático, bem como a sua incidência na estrutura da Segurança Pública do Estado brasileiro.

---

<sup>66</sup> Mireille DELMAS-MARTY, *Modelos e Movimentos de Política Criminal*, p. 30.

<sup>67</sup> Mireille DELMAS-MARTY, op. cit., p. 40.

### 3. O modelo repressivo da década de noventa e o ingresso do Brasil na “guerra às drogas”: projeções político-criminais para o terceiro milênio

Para configurarmos a Política Criminal brasileira de entorpecentes, partiremos da máxima de que qualquer passo que possamos dar para minimizar o processo de criminalização (primária e secundária), ainda que restrita somente a um indivíduo, deve ser tomado, quando realmente inspirado no interesse pelos direitos e garantias do homem e advindo de vontade de mudança radical e humanista, e não de um reformismo tecnocrático cuja finalidade e funções sejam relegitimar o sistema e as instituições penais<sup>68</sup>.

Por outro lado, percebemos, pela avaliação histórica da criminalização das drogas no Brasil, que o modelo repressivo sempre atuou consoante as tratativas e orientações internacionais.

---

<sup>68</sup> Esta máxima é apropriação do entendimento de Alessandro Baratta sobre as mudanças no sistema carcerário. Diz o mestre:

*“Cualquier paso que pueda darse para hacer menos dolorosas y menos danosas las condiciones de vida en la cárcel, aunque sea sólo para un condenado, debe ser mirado con respecto cuando esté realmente inspirado en el interés por los derechos y el destino de las personas detenidas, y provenga de una voluntad de cambio radical y humanista y no de un reformismo tecnocrático cuya finalidad y funciones sean las de legitimar a través de cualquier mejoramiento la institución en su conjunto”* (Alessandro BARATTA, *Resocialización o control social: por un concepto crítico de ‘reintegración social’ del condenado*, p. 254).

A partir destas duas considerações prévias, partiremos para a configuração do atual modelo político-criminal e sua inclusão no modelo latino-americano de militarização do combate às drogas.

Primeiramente, é mister ressaltar que, em relação ao uso, ocorre atualmente no Brasil processo de descarcerização<sup>69</sup>. A lei vigente, ao estabelecer as balizas de pena, já possibilitava a concessão do *sursis* ao indivíduo que incorresse nas sanções do artigo 16 e, no caso do réu primário com 'bons antecedentes' - condições concretas principais para aplicação da pena mínima -, a pena seria substituída por multa<sup>70</sup>. Hodiernamente, com a entrada em vigor da Lei 9.099/95, foram instauradas medidas penais e processuais alternativas que possibilitam a suspensão do processo<sup>71</sup>, sendo extensiva à aquisição, guarda e posse de estupefaciente para uso próprio.

É lógico que a nova lei, bem como a totalidade dos projetos relativos à matéria, distanciam o usuário do sistema penitenciário, sendo inegável sua aptidão.

---

<sup>69</sup> Alguns autores, como o juiz paulista Luiz Flávio GOMES (*Juizados Especiais Criminais*), têm sustentado que a Lei 9.099/95 disciplina medidas despenalizadoras. Abstraindo a composição civil, baseada no paradigma do consenso, ao contrário do paradigma do conflito, que é estrutura do Direito Penal, entendemos que as demais medidas - penas alternativas, multa e a suspensão do processo - não são instrumentos despenalizadores e sim descarcerizantes, pelo fato de que a sua concepção original é de sanção criminal (art. 5º, XLVI da Constituição Federal).

<sup>70</sup> A substituição da pena privativa de liberdade por multa deve seguir as recomendações da leitura combinada entre os artigos 60, § 2º e 44, II e III, todos do Código Penal.

<sup>71</sup> As medidas são: a) infrações de menor potencial lesivo de iniciativa privada ou pública condicionada, havendo composição civil, resulta extinta a punibilidade (art. 74); não ocorrendo composição civil ou tratando-se de ação pública incondicionada, a lei prevê a aplicação imediata de pena alternativa (restritiva ou multa) (art. 76); c) as lesões corporais culposas ou leves passam a requerer representação (art. 88); d) os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano - caso do artigo 16 da Lei 6.368/76 - permitem a suspensão condicional do processo (art. 89). Sobre a Lei 9.099 conferir a obra *Juizados Especiais Criminais*, de Ada Pellegrini GRINOVER et. alii.

No entanto, cremos que leituras apologéticas deste pequeno avanço tendem a restringir ainda mais as buscas de alternativas às situações problemáticas potencializadas pelos entopecentes.

O efeito produzido pelo processo de descarcerização é meramente simbólico, visto que o usuário, esporadicamente, receberia pena privativa de liberdade pela incidência da Lei 6.368/76. Mesmo assim, o avanço produzido pela Lei 9.099/95 e o proposto pelo projeto Murad e pelo Ante-projeto do Confen-95<sup>72</sup> somente tornam invulnerável o usuário do processo de estigmatização produzido pela prisão. Os efeitos da criminalização primária (seleção) decorrentes da lei penal e da criminalização secundária (etiquetamento), alcançados pela atuação das agências penais, continuam em vigor, reafirmando política repressiva na qual o usuário sofre graves conseqüências (produção de criminalidade secundária) pelo simples contato com o sistema repressivo.

Parece-nos óbvio que são meramente retóricas as vantagens que a ‘despenalização’ produz sobre usuários e consumidores eventuais. Todavia, no plano internacional, esta atitude demonstra certa rebeldia do país frente às disposições transnacionais dirigidas contra a despenalização do uso de drogas com finalidade não médica submetidas à fiscalização<sup>73</sup>.

No que diz respeito ao tráfico, a posição político-criminal é muito mais delicada, visto que está inserida no processo de *militarização da Segurança Pública*.

---

<sup>72</sup> O estudo dos projetos de lei relativos à matéria serão objeto da primeira parte do capítulo seguinte.

<sup>73</sup> Esta posição é defendida com firmeza no informe de 1993 da comissão das Nações Unidas (*Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1993*, p. 04).

Como vimos anteriormente, as agências internacionais de controle sempre lograram êxito no que tange à criação de mecanismos transnacionais de controle, sendo que o estatuto que demarca a imposição desta política é a *Convenção Única sobre Estupefacientes*, de 1961.

A partir da década de setenta, com o incremento e a popularização de várias substâncias entorpecentes, o modelo político-criminal de controle passou da órbita do **discurso médico-jurídico** ao **discurso jurídico-político**. Delega-se, assim, legitimidade para repressão às agências de controle norte-americanas entendidas, através das Nações Unidas, como os operadores do controle por excelência em nível internacional e, no caso específico latino-americano, a **Organização dos Estados Americanos (OEA)** instrumentaliza esta arbitrariedade.

Abstraindo a anomalia jurídica do Decreto 385, percebemos total sintonia legislativa da República com os planos de repressão internacionais, aderindo, pois, à sua ideologia conformadora.

Determinada pela ideologia da Defesa Social (nível dogmático e legislativo), corroborada pela militarização do controle, através da ideologia da Segurança Nacional (plano da Segurança Pública), e legitimada pela produção e reprodução de consenso sobre a 'criminalidade' e seus estereótipos com os movimentos de 'Lei e Ordem' (legitimação material), temos o quadro do modelo político-criminal brasileiro de drogas desde a década de setenta.

É indubitável que algumas mudanças ocorreram ao longo destas duas décadas, principalmente pela tentativa frustrada de (re)democratização do modelo de Segurança Pública, após a queda do regime militar.

A estrutura político-jurídica se mantém desde a década de setenta, adequando-se, porém, conforme a conjuntura política nacional e internacional.

Com a Lei 6.368/76, sobrevém a idéia do traficante como inimigo (interno/externo) a ser eliminado, logicamente pela assunção do princípio do bem e do mal (Defesa Social) e da noção de bipolaridade e defesa (Segurança Nacional), em voga durante toda a década pelo recrudescimento do regime militar<sup>74</sup>.

Com o advento da Lei dos Crimes Hediondos e da Lei do Crime Organizado, é traçado novo rumo no sistema de controle das drogas, privilegiando Política Criminal estruturada essencialmente na beligerância e maximizando o modelo construído nos anos setenta, sob a égide do regime ditatorial e da transnacionalização da Doutrina da Segurança Nacional. A persistência de manutenção de termos como “*guerra contra a criminalidade e as drogas*”, “*combate*”, “*repressão*” e “*eliminação*” no corpo dos dispositivos penais indica a real face destes estatutos.

---

<sup>74</sup> A introjeção da idéia do inimigo interno nos ‘subversivos’, usuários e comerciantes de drogas, percebemos com clareza no discurso de Golbery do Couto e Silva:

*“Hoje em dia enfrentamos, não só em nosso país, mas em quase todas nações do mundo livre, uma infiltração subterrânea em todos os setores de atividade, a fim de criar contradições, explorar os problemas atuais, verdadeiros ou fictícios, lançar irmãos contra irmãos e pais contra pais, porém mantendo sempre a idéia, que é o desprezo pelos princípios religiosos, familiares e patrióticos nos quais se baseia nossa civilização cristã. Tentam principalmente conquistar a juventude que, devido ao seu idealismo, despego, sua falta de maturidade, e a simpatia natural que os jovens despertam em todas as camadas do povo, constitui a massa de manobra ideal para seus interesses.*

*Para essa ação junto aos jovens, os agentes comunistas se utilizam de todos os meios, desde a chantagem e a coação psicológica até o uso de tóxicos e freqüentemente do apelo sexual, pregando o amor livre. (...) O inimigo é indefinido, serve-se do mimetismo e adapta-se a qualquer ambiente, utilizando todos os meios, lícitos ou ilícitos, para atingir seus objetivos” (Joseph COMBLIN, op. cit., p. 48).*

É importante ressaltar, ainda, que “*la lucha antidrogas en términos de guerra no es un simple eufemismo*”<sup>75</sup>, visto que se incorpora ao estatuto político-criminal vigente, determinando o modelo político da repressão.

No entanto, o perfil exato e atual do modelo político-criminal nos será oferecido pela elaboração da *Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988*, em vigor no país desde junho de 1991, e que solidificará a política repressiva da década de noventa.

A Convenção de Viena de 1988, aprovada pelo Congresso Nacional em 1991, é resumo da política bélica de repressão às drogas que diversos tratados internacionais, sustentados pelo governo dos Estados Unidos, impuseram durante a década de oitenta.

Em sua exposição de motivos, fica patente a tonalidade alarmista em relação à “*grave ameaça à saúde e o bem-estar dos seres humanos*”, bem como os “*efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade*”, causado pela “*crescente expansão do tráfico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas*”.

Neste documento, há associação explícita do tráfico ilícito com organizações criminosas internacionais, que “*minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a **segurança** e a soberania dos Estados*”. Pelos grandes rendimentos econômicos alcançados através do tráfico, as associações criminosas internacionais procurariam “*invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis*” (grifamos).

---

<sup>75</sup> A citação provém das análises precisas do grupo andino em relação à militarização do controle das drogas pelo Estado colombiano (KINTU, *Boletín Andino sobre Coca. Guerra contra las Drogas y Sectores Populares*, n° 01, p. 06).



A ênfase neste caráter próprio do problema possibilitaria a um número crescente de nações

**“(…) comprender que la cooperación internacional en materia de fiscalización de estupefacientes, que antes era expresión de solidaridad, se ha convertido actualmente en una *cuestión de defensa propia*”<sup>76</sup>**

Colocando a questão dessa forma, o objetivo fundamental do documento é o reconhecimento de que *“(…) a erradicação do tráfico ilícito de entorpecentes é responsabilidade coletiva de todos os estados e que, para esse fim, é necessária uma ação coordenada no nível da cooperação internacional”*, sendo necessário o fortalecimento da Convenção de 1961 como instrumento para *“intensificar os meios jurídicos efetivos para a cooperação internacional em matéria penal para suprimir as atividades criminosas internacionais do tráfico ilícito”* (grifamos).

Assim,

**“La Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 es un instrumento aun más importante, ya que creó un mecanismo mundial contra las actividades delictivas internacionales relacionadas con las drogas ampliando el alcance de las medidas básicas de los tratados de fiscalización internacional de drogas con**

---

<sup>76</sup> **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**, *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1993*, p. 01 (grifamos).

**disposiciones concretas de lucha contra las actividades de las organizaciones delictivas”<sup>77</sup>**

Sem dúvida, o consenso internacional demonstra que o modelo jurídico-político, inserido na esfera do penal/criminal, seria o de reconhecida eficácia para a eliminação do mal que corrompe e contamina as sociedades livres e democráticas.

Não fica difícil entender, a partir da leitura da exposição de motivos da Convenção e dos relatórios anuais da ONU sobre fiscalização de entorpecentes, qual o substrato teórico e ideológico que estruturou, desde o início da década, as legislações penais de maior impacto lesivo aos direitos e garantias individuais no Brasil (Lei dos Crimes Hediondos e Lei do Crime Organizado). Na mesma linha de raciocínio, percebe-se claramente o porquê da força institucional do Ante-projeto do Confen (1995)<sup>78</sup>, apesar de sequer ter sido apresentado ao Congresso Nacional, para a edição do novo estatuto sobre tóxicos.

Historicamente, segundo a ONU, o Brasil, no plano internacional, caracterizou-se por ser país de trânsito de entorpecentes<sup>79</sup>. Todavia, atualmente, passou a ser país originário de grande quantidade de produtos

---

<sup>77</sup> **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**, op. cit.

<sup>78</sup> O texto do Ante-projeto do Confen de 1995, baseado na Lei portuguesa anti-drogas, é tão em sintonia com os textos internacionais, que todos os itens levantados pela Convenção de 1988 estão contemplados, principalmente no que diz respeito ao controle de precursores e lavagem de dinheiro proveniente do tráfico ilícito.

<sup>79</sup> “El Argentina, el Brasil y Chile también están se convirtiendo en importantes países de tránsito de consignaciones de drogas ilícitas destinadas no sólo a América del Norte y Europa, sino también a Asia y Africa” (**ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**, op. cit., p. 44).

químicos destinados, fundamentalmente, à produção e refino de cocaína e ponto de lavagem de dinheiro derivado do tráfico ilícito de drogas<sup>80</sup>.

A comissão de fiscalização das Nações Unidas, em visita ao país em março de 1994, concluiu que a crise política e administrativa que o Brasil enfrenta nos últimos anos prejudicou a eficiente estratégia de controle de drogas e que, pelos numerosos problemas políticos, econômicos e sociais, a repressão às drogas não tem sido prioritária. Aliado a estes problemas, a comissão entendeu que há um **vácuo legal**, que é utilizado pelos traficantes como forma de impunidade<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> Um importante estudo sobre a 'lavagem de dinheiro sujo' proveniente das drogas é expresso nos balanços preliminares do **Projeto Alternativo do Rio de Janeiro**, integrado pelos pesquisadores Marino Barbero Santos (Madrid), Raúl Cervini (Montevideu) e João Marcello de Araújo Jr. (Rio de Janeiro).

Segundo **ARAÚJO JR.** (*A problemática das drogas na América Latina: primeiras conclusões do Projeto Alternativo do Rio de Janeiro*), o Brasil e o Uruguai configuram uma importantíssima região para a lavagem de dinheiro proveniente das drogas dos Andes.

O ensaísta afirma, que o "*dinheiro sujo da droga é 'lavado' no Uruguai, por via do contrabando de ouro brasileiro*" (p. 132). O dinheiro obtido na venda das drogas, nas ruas das grandes capitais, gera um grande volume de notas de pequeno valor, que necessitaria ser convertido. Para isso, os traficantes precisariam ingressar no mercado econômico. Como o Brasil produz grande quantidade do metal e este tem valor universal, a operação passaria pelos grandes bancos e se completaria no Uruguai.

*"O sistema operacional é o seguinte: a) um Banco em Nova York (ou em qualquer outro lugar) abre uma linha de crédito em dólares. a um grupo comprador de ouro; b) o grupo, nos Estados Unidos, entrega (em mãos) um cheque em dólares ao seu comprador-armazenador no Rio de Janeiro ou São Paulo, que, por sua vez, compra nos nossos garimpos lingotes de ouro, porém pagando-os em cruzados, enviando o cheque a Nova Iorque, para cobrança; c) o ouro assim comprado circula por diversas mãos e cidades no Brasil, até chegar à fronteira com o Uruguai ou Paraguai, de onde é contrabandeado para Montevideu; d) ingressado o ouro no Uruguai, ele é custodiado livremente em um Banco; e) nesse momento, o depositante do ouro, com o comprovante do depósito, avisa ao Banco em Nova Iorque, que, à vista do comprovante, paga o cheque que lhe fora depositado pelo comprador brasileiro, depositando o dinheiro em sua conta em Nova Iorque ou determinando sua transferência para Montevideu; f) finalmente, o ouro é exportado legalmente para os Estados Unidos, como metal uruguaio, para compradores reais ou fictícios"* (p.132).

<sup>81</sup> **ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**, *Report of the International Narcotics Control Board for 1994*, p. 35-36.

O diagnóstico proferido pela comissão e relatado no informe de 1994 suscitou severas críticas ao país em nível internacional, tanto que nova comissão visita o Brasil em agosto de 1995 e, no relatório das Nações Unidas do mesmo ano, afirma novamente que não temos controlado adequadamente a manufatura e distribuição de narcóticos e psicotrópicos. Entretanto, o escopo da comissão foi de orientação e assistência às autoridades competentes para a elaboração de **nova legislação de entorpecentes**, que deveria ser adotada em **regime de urgência**<sup>82</sup>.

O impacto da globalização do controle de entorpecentes sobre o país, em nível legislativo, tem produzido as severas e alarmistas legislações supramencionadas (Crimes Hediondos e Crime Organizado). Contudo, apenas na atualidade, apesar da adoção, na década de sessenta, da ideologia da Segurança Nacional é que, em matéria de Política Criminal, o Brasil ingressa no universo de **militarização do controle das drogas ilícitas**. O processo decorre, logicamente, da imposição das Nações Unidas sob influência dos países interessados neste tipo de controle, especialmente os Estados Unidos da América do Norte.

O processo formal (explícito) de militarização, visto que em nível ideológico (negativo) imperava desde a década de sessenta, teve como gênese o convênio firmado entre o Governo do Rio de Janeiro, o Governo Federal e as

---

<sup>82</sup> "Brazil had not been controlling adequately the manufacture and distribution of narcotic drugs and psychotropic substances. In August 1995, a joint mission of the Board and UNDCP [United Nations International Drug Control Programme] visited Brazil in order to assist the competent national authorities in the development of new drug control legislation. The new draft law is to create a sound legal basis for the control of licit drugs and for the fight against illicit drugs. The Board notes with satisfaction that the Government has already decided to present the new draft legislation prepared in cooperation with the mission to the Parliament and recommends the Government to consider its adoption an issue of high priority" (**ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS**, op. cit., p. 45).

Forças Armadas, em 1994-95, com intuito de eliminar o tráfico de drogas dos morros do Rio de Janeiro. Não obstante, notamos que a militarização do controle de entorpecentes se insere no universo de militarização ideológica da Segurança, entendida como a tendência de transposição de concepções, valores e crenças da doutrina militar para a área da Segurança Pública,

**“(...) acarretando no seio da sociedade (a *ideologia* não atinge só as organizações policiais) a cristalização de uma concepção centrada na idéia de *guerra* (quando se tem um *inimigo* declarado ou potencial a ser destruído com a *força* ou neutralizado com a *inteligência* militar. Daí a concepção maniqueísta - os ‘bons’ contra os ‘perigosos’ da sociedade - refletida nas práticas do sistema policial-judicial(...)”<sup>83</sup>.**

O ‘convênio’ denominado Operação Rio é o maior exemplo da *militarização ideológica da segurança pública*. Após alguns meses de intervenção militar, a avaliação dos resultados obtidos indicam catástrofe.

O escopo fundamental da Operação era de erradicar o tráfico de entorpecentes e dizimar as principais quadrilhas ‘organizadas’ - Comando Vermelho e Terceiro Comando - que se auto-destruíam pelo objetivo maior de controlar o comércio ilícito em algumas regiões específicas da cidade do Rio de Janeiro.

Incentivados pela imprensa nacional e legitimados por vários órgãos da sociedade civil, inclusive a seccional carioca da Ordem dos

---

<sup>83</sup> Jorge da SILVA, op. cit., p. 501.

Advogados do Brasil, que acreditavam na eliminação dos conflitos sociais pela força, o Ministério do Exército, o Comando Militar do Leste e a Central de Comunicação Social e Defesa Civil publicaram, em 19 de setembro de 1994, o seguinte comunicado:

*“A coordenação das operações de Combate ao crime organizado no Rio de Janeiro informa ao público que, em prosseguimento às ações que já vinha desenvolvendo, com objetivo de reduzir a níveis toleráveis os índices de criminalidade na cidade, iniciou nesta madrugada, com efetivo combinado de Forças Armadas e policiais, operações nas áreas dos complexos do Dendê e da Mangueira.*

*Nessas ações, conduzidas de forma meticulosa, estão sendo cumpridos todos dispositivos legais, com o cuidado de que no curso das mesmas seja preservada a integridade física da população ordeira do local.*

*É oportuno enfatizar que o resultado da operação não deverá ser avaliado pela quantidade de armas apreendidas ou criminosos capturados no final das ações. Ele será medido pela significativa redução do nível de violência, resultante do restabelecimento da presença do poder público na área e a conseqüente tranqüilidade que a comunidade local voltará a desfrutar.*

*A coordenação das operações salienta, ainda, que a Segurança Pública, apesar de ser um dever do Estado, é um direito e responsabilidade de todos os cidadãos. Em conseqüência, apela à população em geral para uma atitude de cooperação com as ações desenvolvidas, bem como a compreensão e a tolerância com os eventuais transtornos que venham a ser causados nas regiões envolvidas nas operações” - Coordenação das Operações de Combate ao Crime Organizado no Rio de Janeiro.*

A operação teria como objetivo acabar com fatos como a invasão do Morro dos Prazeres, em Santa Tereza, Zona Sul do Rio de Janeiro, em outubro de 1994, pelo **Comando Vermelho**. Pretendendo assumir o ponto de comércio clandestino de maconha e cocaína que estava em poder do **Terceiro Comando**, cerca de cinquenta homens acessaram à favela pela madrugada, finalizando sua incursão somente pela manhã, com a chegada da Polícia Militar. O episódio foi amplamente noticiado pela imprensa do Rio e São Paulo e confirmado pelos moradores do local.

Assim, aos vinte dias do mês de novembro de 1994, tropas da Marinha, Exército e das Polícias Militar e Federal ocuparam cinco favelas da cidade do Rio de Janeiro - Dona Marta, Chapéu Mangueira, Pavão/Pavãozinho, Turano e Andaraí -, além da favela da Mangueira e do morro do Dendê.

Todavia, documentos revelados pelo Jornal *Folha de São Paulo* afirmam que o Exército vinha realizando simulações em favelas desde maio, ou seja, seis meses antes da assinatura do convênio, ocorrida apenas em 30 de outubro de 1994.

O documento obtido pelo órgão de comunicação paulistano é da Força de Choque Trovão, dirigida pelo General Câmara Senna que comandou a Operação Rio. O referido documento revela que “*a ação do exército em áreas de favela no Rio obedece milimetricamente ao que os militares haviam planejado para a cidade*”<sup>84</sup>.

Segundo o plano, as ações deveriam seguir as seguintes fases:

---

<sup>84</sup> *Folha de São Paulo*, 20 de novembro de 1994, p. 16.

- 1) **Ação psicológica:** demonstração de força através do policiamento ostensivo em toda a cidade;
- 2) **Controle das vias de acesso no Estado:** cerco às estradas, aeroportos e favelas com bloqueamento do tráfego;
- 3) **Investidas:** ações incertas em locais considerados como pontos de venda de drogas;
- 4) **Cerco:** isolamento das favelas;
- 5) **Ocupação e Pacificação:** expulsão dos traficantes das favelas e
- 6) **Entrega das áreas pacificadas para o Estado.**

Após trinta e seis horas da primeira ocupação do morro da Mangueira, a operação foi considerada, pelos aparelhos do Estado, sucesso total. Afirmou-se, inclusive, que o Exército tinha *'libertado a favela'*. Segundo o porta-voz da Operação, coronel Ivan Cardoso, a Mangueira tornara-se *"uma área limpa do crime organizado"*, onde o *"Exército fez o trabalho de pacificação(...)"*<sup>85</sup>.

A mesma estratégia de ocupação foi utilizada no Complexo do Alemão, Mineira, Barbante, Juramento e Zinco, na zona norte, Morro do Barbante, zona oeste, Morro do Dendê, na Ilha do Governador, e Dona Marta, na zona sul da cidade do Rio de Janeiro.

Todavia, a expectativa otimista foi frustrada. Segundo noticiado em toda imprensa nacional - falada, escrita e televisionada -, algumas horas

---

<sup>85</sup> Op. cit., 21 de novembro de 1994, p. 08.



depois da desocupação das áreas, o comércio de entorpecentes, principalmente de cocaína, retomou suas atividades normais<sup>86</sup>.

As ações de invasão e cercamento duraram até o final do mandato do Governador Nilo Batista, em dezembro de 1994.

Como uma das conseqüências da atuação militar, foram impostos limites ao exercício da imprensa. Proibida de participar e noticiar a ocupação dos morros, o que gerou total desaprovação e severas críticas dirigidas pelo presidente da ABI (Associação Brasileira de Imprensa), Barbosa Lima Sobrinho, os órgãos de notícia veiculavam apenas os fatos transmitidos pela Secretaria de Imprensa da Operação, o que contraditava totalmente com os relatos da população residente nos locais da intervenção.

---

<sup>86</sup> Um fato transmitido ao vivo pelos telejornais do país tornou-se irônico. Após a 'pacificação' e 'entrega das áreas' ao Estado pela Operação, as quadrilhas voltaram aos morros, festejando com um espetáculo pirotécnico observado por todo país.

Jorge da SILVA (op. cit., p. 540-505), ex-chefe do Estado maior da PMERJ, distingue perfeitamente o discurso oficial (retórica) dos verdadeiros resultados da Operação. Segundo o pesquisador, a retórica oficial era dividida em cinco pontos: "a) era preciso 'acabar' com a violência e com a arrogância dos 'donos' das favelas e restabelecer a autoridade do Estado; b) era preciso que as Forças Armadas montassem grandes operações de cerco às favelas; c) as Forças Armadas enfrentariam 3.000 traficantes, e por isso seria necessário até mesmo usar navios da Marinha e quartéis da PM para colocar a grande quantidade de traficantes que, esperava-se, seriam presos; d) o Exército faria cumprir 300 mandados de prisão de traficantes, e executaria obras sociais nas favelas; e) após as operações, os 'donos' dos morros teriam sido presos e as armas pesadas das quadrilhas apreendidas, sendo os morros entregues 'limpos' ao Estado para que este, com a polícia estadual, não deixasse voltar à situação anterior". Como resultados: "a) o número de crimes tais como homicídios, seqüestros, roubos a banco, e roubos de carga aumentou; b) os bandidos ficaram ainda mais arrogantes e audaciosos, reforçando despoticamente o controle sobre as comunidades sob seu jugo; c) o número de policiais mortos aumentou acentuadamente (havendo mesmo quem dissesse que numa guerra é assim mesmo, e que isso era prova de que a polícia estava trabalhando...); d) o 'traficante mais procurado do Rio', o da manchete 'Uê desafia a polícia', do dia 2 de setembro de 1994, continuou solto, da mesma forma que soltos ficaram: o traficante conhecido por 'Miltinho', 'dono' do Morro do Dendê, na Ilha do Governador, morro este que foi 'cercado' algumas vezes pelos fuzileiros navais, e o traficante 'Robertinho de Lucas', tido como 'dono' das favelas de Vigário Geral e de Parada de Lucas; e igualmente soltos ficaram outros bandidos em posição inferior no 'ranking' da bandidagem convencional".

Percebeu-se, desta maneira, que as principais violações da operação incidiram sobre as garantias individuais dos moradores. Detenções ilegais por falta de documentação<sup>87</sup>, mandados de busca generalizados para determinado morro ou emitidos posteriormente com data retroativa e realização de revistas em situações humilhantes são alguns dos exemplos de abuso de poder trazidos à tona pelo então presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, José Roberto Batochio.

Aliás, o próprio general Câmara Senna assumiu violações a direitos constitucionalmente consagrados. Diz o comandante da operação, em entrevista coletiva prestada a Câmara dos Vereadores do Rio de Janeiro:

**“Infelizmente alguns direitos constitucionais estão sendo prejudicados. Eu reconheço que está havendo um cerceamento das**

---

<sup>87</sup> Vejamos o entendimento de Nilo BATISTA (*Punidos e mal pagos*) sobre estes episódios rotineiros - detenção por falta de documentação:

*“Em primeiro lugar, quando a policia aborda um cidadão que não está armado ou cometendo um crime (em flagrante delito como se diz), o agente é que deve se identificar exibindo sua carteira funcional (‘carteira de policia’).*

*Em segundo lugar, não existe lei que imponha ao cidadão o dever de andar sempre acompanhado de documentos que atestem sua identidade. O que existe é o seguinte: todo o cidadão é obrigado a fornecer à autoridade policial informações sobre a sua identidade (...), desde que justificadamente solicitadas por ela” (p. 116).*

Conclui de forma esplêndida:

*“Já imaginaram se as leis fossem respeitadas e cumpridas em nosso país? Poderíamos ouvir diálogos assim:*

- *É cana. Documentos.*
- *Estão em casa.*
- *Sem documentos? Teje preso.*
- *Quem está preso é o senhor, por abuso de autoridade.*

*Ou como este outro:*

- *É cana. Documentos.*
- *Aqui estão.*
- *Guarda aí, Edu, os documentos da criança...*
- *O senhor está preso por retenção de documentos” (p.117).*

**liberdades. Nós não somos um batalhão de assistentes sociais. É impossível evitar um ou outro excesso. É preciso às vezes ser duro, ríspido, na ponta da linha”<sup>88</sup>.**

É importante ressaltar que o fracasso da intervenção militar, ou ‘colaboração’, como preferiu o então Ministro da Justiça, Alexandre Dupeyrat, no Rio de Janeiro, deveu-se ao fato de que, além de não conseguirem acabar com o tráfico (que notoriamente não é problema circunscrito geograficamente à cidade do Rio de Janeiro), houve uma série de lesões à direitos fundamentais da população carente da região. Os agentes das Forças Armadas e das polícias organizadas (militar e federal) acabaram por suscitar animosidade nos moradores, na imprensa e na Ordem dos Advogados do Brasil que, em momento pretérito, exigira sua presença na região. Ocorreu que, com a expectativa criada em acabar com o tráfico, a incidência do poder repressivo se deu em parcela da população que não tinha absolutamente nenhuma relação com a venda de entorpecentes. A operação foi criticada e deslegitimada pelos próprios órgãos da sociedade civil e do poder estatal.

Com o fim do mandato do governador Nilo Batista, que havia sucedido Leonel de Moura Brizola, e a posse de Marcelo Alencar, há reformulação no modelo da Segurança Pública do Rio de Janeiro, que “*começou a usar estratégias militares de ação em guerras para combater a criminalidade no Estado*”<sup>89</sup>.

---

<sup>88</sup> Folha de São Paulo, 23 de novembro de 1994, p. 05.

<sup>89</sup> Folha de São Paulo, *Caderno Cotidiano*, 10 de maio de 1995, p. 01. Conferir também *O Globo*, 05 de abril de 1996, cuja manchete foi “*Militares treinarão policiais no Rio*”.

O fato ganhou notoriedade quando ocorreu a cessão de armas pesadas do exército às polícias militares, através da edição do “*Plano Emergencial de Combate ao Crime Organizado no Estado do Rio de Janeiro*”, firmado pelo governo carioca em concurso com o Ministério da Justiça, e no câmbio da Secretaria de Segurança Pública, assumida pelo general Milton Cerqueira, nacionalmente conhecido por comandar a operação na guerrilha do Araguaia e por ter capturado e matado o guerrilheiro Lamarca, em 1971.

Hodiernamente, percebemos com espanto as notícias da adoção do “*Programa de Ação Nacional Antidrogas*” (PANAD) pelo governo federal. O plano, lançado em 19 de abril do corrente, determina competência às Forças Armadas em operações de repressão e combate ao tráfico internacional de entorpecentes, que são restritas constitucionalmente à Polícia Federal<sup>90</sup>.

O impacto e as conseqüências deste processo obtuso de militarização da Segurança Pública sobre a sociedade civil, são visualizados nos abusos cometidos na Operação Rio. Quanto ao PANAD, apresentado pelo Ministro da Justiça Néelson Jobim a ONU, no dia 20 de maio do corrente, devido à falta de ação concreta até o momento, consideramos prematuro qualquer espécie de avaliação e diagnóstico<sup>91</sup>.

---

<sup>90</sup> Reza o artigo 114, § 1º da Constituição Federal:

*“A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a:*

*I - (...)*

*II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência.”*

<sup>91</sup> Podemos, pois, projetarmos alguns fatos como a cobrança feita pelo Min. da Justiça Néelson Jobim ao governo dos Estados Unidos no auxílio e rigor ao narcotráfico (Jornal **Zero Hora**, 11 de julho de 1996, p. 80).

Todavia, reiteramos que o processo de controle ao tráfico, fundamentalmente militarizado, está inserido num modelo transnacional de repressão, estruturado a partir de Política Criminal maniqueísta que percebe a realidade do ponto de vista de dois pólos inconciliáveis: o bem e o mal.

Se o Brasil é importante país de trânsito e hoje ingressa no pequeno rol dos países com possibilidades de produção; se o controle jurídico-político da repressão se coaduna e está cooptado pelas tratativas internacionais; e se ao Brasil incide o modelo político-criminal apresentado aos países Latino Americanos; útil seria uma avaliação das conseqüências da militarização nos países fronteiriços, principalmente andinos, como diagnóstico de possibilidades.

A cruzada às drogas no território latino ocorre há mais de década tendo como locais específicos o México, a Bolívia e a Colômbia - históricos produtores e consumidores de coca<sup>92</sup>.

**“El narcotráfico y la ‘guerra contra las drogas’ son dos realidades que se han impuesto en el mapa mundial. Las agendas y políticas prioritarias de un creciente número de países están**

---

<sup>92</sup> Aqui cabe uma primeira distinção: coca não é cocaína, somente 1% da folha de coca é utilizado na produção da cocaína.

Nos países andinos, o uso da coca tem quatro mil anos de história, é uma planta de uso cultural e medicinal, tendo um seguro mercado nestas regiões. Abastece a economia e gera uma série de empregos diretos e indiretos.

A coca foi considerada ilegal em 1920, numa definição de política antidroga que *“no ha contemplado justamente estas diferencias de orden cultural y, en un acto de etnocentrismo absurdo, el mundo occidental ha decidido que la hoja de coca es una droga y que por tanto debe desaparecer del mundo”*.

*“Hay quienes para justificar la desaparición de la coca, han llegado a afirmar que en mundo existen ‘culturas buenas y culturas malas’ y que las culturas baseadas en la coca deben ser objeto de ‘reconversión cultural’ o desaparición”* (KINTU (a), p. 04).

**dirigidas a combatir lo que se presenta como uno de los principales problemas que afrontan las sociedades contemporáneas. Hoy el tráfico y la producción de narcóticos, son vistos como una amenaza permanente para la salud de la humanidad y la seguridad nacional de los Estados”<sup>93</sup>.**

O México, por ser grande centro de distribuição e pelo fator geográfico estratégico (fronteira com os Estados Unidos), sofre grandes problemas em relação ao tráfico. Todavia, a militarização ocorrida no final da década pretérita, com a participação efetiva dos militares em função policial e a transferência de competência dos abusos aos tribunais de jurisdição especial (cortes militares), obteve, como principal ponto de referência, “*muitas violações dos direitos fundamentais e perigos para a democracia*”<sup>94</sup>.

Na Bolívia, uma das questões principais de discussão, além da militarização do controle, é a da participação das Forças Armadas dos Estados Unidos nas tarefas de repressão à produção e à comercialização, ferindo, inclusive, um dos pressupostos essenciais do Estado: a Soberania.

O convênio entre Estados Unidos e Bolívia data de 1990, quando há incrementação da política repressiva do governo Bush que, assumindo o legado da cadeira presidencial, compartilhava da política de ‘guerra às drogas’ de Reagan.

Além dos problemas gerados em nível de soberania, a implementação desta política bélica causou, como não poderia deixar de ser, violações extremas no que tange aos direitos humanos, onde as principais

---

<sup>93</sup> KINTU, op. cit., p. 01.

<sup>94</sup> João Marcelo de ARAÚJO JR., op. cit., p. 125.

vítimas são os setores populares vulneráveis, mais débeis, que estão completamente fora do comércio ilegal ou que sofrem os efeitos simplesmente por viverem em zonas de conflito<sup>95</sup>.

A conclusão óbvia mas, ao mesmo tempo, surpreendente, é que a política de ‘guerra às drogas’ é um grande fracasso, não obtendo controle, muito menos abolição, do fenômeno do narcotráfico, além de gerar um subproduto trágico: a violação dos direitos humanos nas camadas menos favorecidas da população.

Contudo, apesar destas sérias conclusões, mesmo durante o governo Clinton, o intervencionismo norte-americano é recrudescido.

Atualmente, o discurso amplia seu espectro de incidência. Segundo o DEA, o cultivo de coca estendeu-se por toda a região amazônica, não ficando restrito à região andina, mas também ao Brasil, Equador e Colômbia<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> Alguns dados sobre a situação econômica na Bolívia são extremamente relevantes:

*“Metade de suas crianças morrerá antes dos dez anos. Sua dívida externa [em 1991] é de dez mil dólares por habitante, entretanto sessenta e quatro por cento de seu lucro com as exportações destina-se ao pagamento dos juros da dívida externa. O salário mínimo anda em torno de trinta dólares por mês e a ‘cesta básica’ custa, mais ou menos, duzentos dólares”* (Ib. ibidem., p. 1270).

Deve ser acrescido a este fato o declínio da produção e o baixo lucro proveniente da agricultura de base. Assim:

*“(...) é perfeitamente compreensível que as gentes na Bolívia se entreguem ao cultivo de maconha e coca. Hoje [1991], um hectare de plantação de coca produz mil quilogramas por ano de folhas de coca, que são vendidos a três dólares o quilo, ao passo que o café produz quatrocentos quilogramas, valendo dois dólares o quilo.*

*A Central Operária Boliviana estima em mais de quinhentas mil pessoas que, no país, sobrevivem graças a essa ‘economia informal’, isto é, que estão envolvidas no circuito completo da produção e tráfico da cocaína”* (Ib. ibidem.).

Creemos que estes dados justificam ainda mais a possibilidade por nós elencada de tráfico **famélico**.

<sup>96</sup> KINTU (b), p. 02.

Não é por fato ocasional que ingressamos no processo formal de militarização do controle de drogas.

Mas qual seria o fundamento, o substrato que justifica a imposição da Política Criminal beligerante? Qual o discurso oficial e qual a realidade que a estrutura?

Primeiramente, parece-nos crucial perceber o discurso central que introduz esta espécie de controle. Lee Brown, diretor da Oficina de Política Nacional de Controle de Drogas dos EUA em 1993, afirmou que

**“(...) el tráfico internacional de drogas constituye una amenaza directa para los Estados Unidos y socava nuestros esfuerzos para reducir el consumo y la demanda de narcóticos.**

**(...) con la terminación de la Guerra Fría, la seguridad de las naciones se ve amenazada por otros enemigos insidiosos y poderosos de la democracia y la libertad. El narcotráfico y otros crímenes de alcance mundial pervierten y socavan las instituciones básicas que sostienen la democracia y la libertad política, el imperio de la ley y las economías libres y abiertas”<sup>97</sup>.**

O ‘inimigo’, interno e/ou externo, é redescoberto nos agentes do narcotráfico, devido ao seu potencial de milícia, sua capacidade econômica e sua estrutura organizacional.

Logicamente, a racionalidade militar dar-se-á com base na ideologia de Segurança Nacional.

---

<sup>97</sup> KINTU(c), p. 01.



Assim, os Estados, através das Forças Armadas e grupos privados, compartilham de ideologias e objetivos mútuos: ontem, o anticomunismo visceral e o querer aniquilar a guerrilha e os simpatizantes de esquerda. Hoje, a ideologia da guerra contra às drogas que produz o paramilitarismo<sup>98</sup>.

Segundo os redatores do *Boletín Andino sobre Coca, Guerra contra las Drogas y Sectores Populares*, o objetivo substancial da militarização da política de drogas seria controle geopolítico, baseado em três pontos fundamentais:

- a) controle político e militar dos países andinos, posto ao vazio ideológico deixado pelos comunistas, estabelecendo a ausência do 'inimigo comum';
- b) pressão de adesão e câmbio nas economias nacionais; e
- c) criação de 'lixreira armamentista' como forma de manter a produção da indústria bélica norte-americana.

Sob essa ótica, a produção do pânico legitima a elaboração de legislações autoritárias e repressivas em regime de urgência. Militarização e Direito Penal atuam, assim, como principais instrumentos repressivos na 'guerra santa' contra às drogas.

Tal Política Criminal invade a lógica da dogmática jurídica e potencializa a sua ideologia estruturante - Defesa Social - que já se sustenta a partir da bipolaridade entre o bem e o mal.

Gera-se, no seio de pretensas democracias, componentes de Direito Penal autoritário, onde

---

<sup>98</sup> KINTU (a), p. 12.

**“pasa a segundo término la lesión al bien jurídico y cobra la importancia prioritária la detectación del ‘enemigo’(...) es decir que la acción típica no tiene importancia por su conflictividad. por afectar un bien jurídico, sino por ser síntoma revelador de la ‘enemistad’”<sup>99</sup>.**

Economicamente, percebemos que a ‘guerra às drogas’ tem função de ocultação dos desequilíbrios e conflitos entre classes, determinando legitimidade para imposição de legislações seletivas, que originam violência institucional, bem como encobre o impacto econômico e social que as drogas produzem nas relações internacionais.

Não podemos olvidar, portanto, que o poder repressivo militarizado trabalha em perspectiva oposta ao regime legal, contrária ao Estado Democrático que tenta renascer nos países da América Latina.

Destarte, podemos assumir o posicionamento do Projeto Alternativo do Rio de Janeiro, afirmando que

**“A intervenção militar direta foi uma mácula indelével na dignidade latino-americana e uma clara manifestação de prepotência e abuso de poder internacional”**

.....

---

<sup>99</sup> Eugenio Raúl ZAFFARONI, *La Legislación ‘Anti-droga’ Latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal Autoritário*, p. 19.

**“(...) os países latino-americanos, mesmo aqueles que não são produtores, não devem aderir, cegamente, à política de ‘guerra às drogas’ pretendida implantar pelos países centrais”<sup>100</sup>.**

O Brasil não pode aliar-se ao fundamentos beligerantes sustentados pelas agências centrais, visto que desestrutura os princípios básicos conquistados na retomada, ainda que formal, da democracia.

Intolerância não pode ser a categoria primordial de políticas criminais que tutelem direitos e garantias à cidadania. Militarização e controle transnacional seguem na contramão dos preceitos garantidores adotados pela estrutura constitucional nacional.

---

<sup>100</sup> João Marcello de ARAÚJO Jr., op. cit., p.133-134.

# Capítulo IV: Projeção da política brasileira de entorpecentes e o seu confronto com os modelos alternativos

## 1. Contextualizando as possibilidades alternativas em Política Criminal: criminalização/descriminalização

Teoricamente, desde 1973, com o advento dos Colóquios preparatórios para o XI Congresso Internacional de Direito Penal em Budapeste, realizado em 1974 - Colóquio de Bellagio, em maio, e Colóquio de Nova York, em julho -, penalistas e criminólogos passaram a discutir seriamente o tema da *Descriminalização*<sup>1</sup>, em sentido amplo, como

---

<sup>1</sup> Descriminalização, segundo Francisco CANESTRI (*Los Procesos de Decriminalización desde un punto de vista Criminológico: especial referencia del medio latinoamericano*) é um neologismo para os idiomas espanhóis, portugueses e, inclusive, para a língua francesa na qual se utiliza a palavra *de-criminalisation*.

Na literatura brasileira, autores como Péricles PRADE (*Descriminalização e Despenalização: brevíssima abordagem*) e Roberto LYRA Fo. (*Drogas e Criminalidade*) optam, de forma veemente, pela utilização do verbete “desincriminação” como o ideal para justificar a retirada de uma infração do âmbito criminal.

Segundo Péricles Prade, “em português, contamos com a expressão específica ‘desincriminar’, que quer dizer ‘tirar a culpa de: absolver de crime; inocentar; (jur.) excluir a criminalidade ou antijuridicidade de (um fato)’. Diante disso, estamos obrigados a formar a palavra ‘desincriminação’, pois corresponde, com absoluta propriedade de conceito e lingüística, ao fenômeno que estamos analisando” (p. 369).

A discussão parece-nos, todavia, infrutífera. Utilizaremos o termo a partir de apropriação do neologismo (descriminalização), pois está consolidado, tanto no senso comum teórico dos juristas como no *mass media*, além de adquirir caráter eufônico mais adequado.

possibilidade alternativa ao Direito Penal tradicional, que até então não tinha demonstrado eficácia em suas funções declaradas - prevenção e repressão da delinquência.

Em 1980, na cidade de Estrasburgo, o **Comitê Europeu sobre Problemas da Criminalidade** reafirmou as deliberações de Bellagio no sentido de minimizar a incidência dos sistemas penais sobre as categorias delitivas menos complexas.

Estrutura-se, então, crítica geral e ampla em relação aos principais postulados do Direito Penal. As teorias da prevenção especial positiva (ressocializadoras) e prevenção geral são desmistificadas e o *custo social da criminalização* passa a ser determinante na eleição de novos tipos criminais.

As pautas descriminalizadoras, elaboradas nos Colóquios, indicaram forte tendência nas linhas criminológicas críticas que, neste período, encerram fértil fundamentação doutrinária. Passam, assim, a estabelecer projetos práticos significativos, visualizando novo horizonte à realidade dos sistemas penais e penitenciários.

A crítica criminológica, desde a recepção dos postulados interacionistas do *Labelling Approach* pela Nova Criminologia, havia elaborado teoria desqualificadora e deslegitimadora do Sistema Penal até então inédita, tanto por sua qualidade, quanto pelo aprimoramento de categorias e redefinição do objeto criminológico - do homem delinquente (*paradigma etiológico*), o objeto de estudo passa a ser o Sistema Penal e a respectiva reação da sociedade aos fenômenos desviantes (*paradigma da reação social*). Contudo, os postulados teóricos da Criminologia Crítica, cujo enfrentamento com o sistema de controle penal era constante devido ao fato de conformar

linha conceitual com argumentos sólidos (apesar de não coesos), não tinham obtido êxito em sentido empírico.

A partir do final da década de sessenta até o início da década de oitenta, com o modelo crítico estruturado no meio acadêmico, os criminólogos críticos voltaram suas atenções às possibilidades fáticas de desenvolvimento de **Políticas Criminais Alternativas**. O principal objetivo seria diminuir o impacto das agências de poder na sociedade e possibilitar soluções alternativas e comunitárias para grande número de situações problemáticas, que apareciam codificadas e representavam, na realidade, inflação legislativa inoperante e sobre-criminalizadora.

A ab-rogação, ou seja, a descriminalização por via legislativa em que o poder legiferante elimina a norma penal incriminadora por completo, sempre foi, como observa Canestri, ação bastante rara, pois que o legislador dificilmente toma decisão legal tão contraditória com as disposições anteriores. Conclui, assim, que *“es conocido el fenómeno de dejar acumular textos legales en desuso ó pasados de moda, los cuales van constituyendo un abultado arsenal de leyes penales”*<sup>2</sup>. cremos, inclusive, que tal processo revela verdadeiro *sistema panóptico* de controle social<sup>3</sup>.

Com os fenômenos universais de inflação legislativa e a isenção de atividade legiferante para dirimir a problemática, aliados às deliberações do XI

---

<sup>2</sup> Francisco CANESTRI, op. cit., p. 35.

<sup>3</sup> A partir das observações de Nilo BATISTA (*Algumas palavras sobre Descriminalização*) em relação ao modelo legislativo inflacionário, constatamos uma estreita relação com o modelo de controle panóptico desenvolvido por Bentham e ampliado, através da teoria de Michel FOUCAULT (*Vigiar e Punir*), ao sistema de controle social. Diz Nilo Batista que derivado do sistema de produção excessiva de leis penais, *“(...) se cria um Direito Penal hipertrofiado e onipresente; o respeito cívico que o cidadão devotaria à lei justa tende a se transformar no temor calado frente à pena grave”* (p. 37).

Congresso Internacional de Direito Penal, os programas descriminalizantes obtêm ampla aceitação da comunidade jurídica.

Solidificadas as propostas de Bellagio, Nova York e Budapeste, a concretude teórica das escolas críticas é potencializada, possibilitando o surgimento de vários modelos de políticas alternativas. As teses descriminalizantes são inseridas em importante contexto, visto que são tidas como principal forma de minimizar o Sistema Penal e como instrumento eficaz de garantia dos *Direitos Humanos*, que passam a ser encarados pela crítica como *limite e objeto* das ciências penais<sup>4</sup>. Vislumbra-se reduzir ao máximo a estrutura de poder das agências, sendo cotejada, inclusive, a possibilidade de eliminação do Sistema Penal enquanto superestrutura, descentralizando sua atuação e transferindo sua matéria a ramos do Direito com menor grau de seletividade, etiquetamento e estigmatização, como o Direito Civil e/ou Administrativo.

Segundo Baratta, o momento de maturação na Criminologia Crítica ocorreu

**“(...) cuando el enfoque macrosociológico se desplaza del comportamiento desviado a los mecanismos de control social del mismo, y en particular al proceso de criminalización. La Criminología Crítica se transofrma de ese modo más y más en una crítica del derecho penal”<sup>5</sup>.**

---

<sup>4</sup> Alessandro BARATTA, *Principios del Derecho Penal Mínimo: para una teoría de los Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal*, p. 623.

<sup>5</sup> Alessandro BARATTA, *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, p. 167.

Do enfoque microssociológico (biológico, psicológico e patológico), privilegiado pela Criminologia Positivista estruturada na ideologia da Defesa Social, passa-se à perspectiva macrossociológica, em verdadeira superação paradigmática<sup>6</sup> no sentido empregado por Thomas Kuhn<sup>7</sup>.

Das premissas estruturantes do positivismo - consenso na ordem social, oposição e patologia do criminoso em seu atuar, objetividade das estatísticas, gravidade do delito comum e determinação doentia do indivíduo<sup>8</sup> -, propositor de Política Criminal correcionalista e criminologia neutra, ascende-se ao enfoque macrossociológico da Criminologia Crítica. Independentemente da origem ideológica da corrente crítica, tradição de cunho marxista e/ou jushumanista, o movimento se consolida a partir do paradigma da reação social, fomentado pela escolas sociológicas norte-americanas na década de 30<sup>9</sup>.

**“Con la perspectiva de la criminología crítica, la criminalidad no es ya una cualidad ontológica de determinados comportamientos y de determinados individuos, sino que se revela más bien como un estatus asignado a determinados individuos por medio de una doble selección: en primer lugar, la selección de bienes jurídicos protegidos penalmente, y de los comportamientos ofensivos a estos bienes considerados en las figuras legales; en segundo lugar, la selección de los individuos estigmatizados entre los individuos que**

---

<sup>6</sup> Segundo BARATTA (op. cit), “El salto cualitativo que separa la nueva de la vieja criminología consiste, empero, sobre todo, en la superación del paradigma etiológico, que era el paradigma fundamental de una ciencia entendida naturalísticamente como teoría de las ‘causas de la criminalidad’”(p. 166-167).

<sup>7</sup> Sobre o conceito de paradigma, seus requisitos e possibilidades de superação, conferir a obra de Thomas KUHN, *A estrutura das revoluções científicas*.

<sup>8</sup> Elena LARRAURI, *La herencia de la criminología crítica*, p. 76-100.

<sup>9</sup> As principais teorias sociológicas norte americanas que possibilitaram a superação paradigmática pela Reação Social foram demonstradas na crítica à principiologia da Defesa Social (capítulo III, itens I).



**cometen infracciones a normas penalmente sancionadas. La criminalidad es un 'bién negativo' distribuido desigualmente según la jerarquía de intereses fijada en el sistema socioeconómico, y según la desigualdad social entre los individuos**<sup>10</sup>.

Fica, assim, recortado o objeto de estudo do novo paradigma: a reação social e institucional que seleciona bens, etiqueta indivíduos e produz estereótipos. A noção meramente individual e personalíssima da criminalidade é substituída pelo caráter institucional e social de sua produção, através das normas (criminalização primária), da ação das agências de controle (criminalização secundária) e do atuar das instituições totais encarregadas da segregação (presídios e manicômios).

Neste contexto, torna-se imperativo ao pesquisador minuciosa pesquisa frente os processos de criminalização/descriminalização, pois estes estabelecerão a Política Criminal oficial e sua retórica discursiva a respeito das funções do Sistema Penal. No processo criminalização/descriminalização e sua relação intrínseca com os movimentos de Política Criminal, percebe Delmas-Marty que

**“Ora a transformação resulta do aparecimento ou do desaparecimento de uma relação fundamental, e o movimento que se desenvolve então expressa a entrada de um dado comportamento no campo da Política Criminal, ou sua saída: criminalizar/descriminalizar, tomando-se estes termos em sentido amplo. Deste modo aumenta ou diminui o espaço submetido à pressão do corpo social e, correlativamente, o espaço de liberdade.**

---

<sup>10</sup> Alessandro BARATTA, op. cit.

Ora a transformação reflete a simples modificação de uma relação numa outra, sem mudar o efetivo das categorias formais que compõe o modelo. Correspondendo à modificação de uma resposta do Estado numa resposta 'societal', ou inverso, este segundo movimento 'societizar/estatizar'. Determina no espaço controlado pelo corpo social, a intensidade da pressão exercida, se é verdade que a pressão aumenta com o aparecimento e, em seguida, com o reforço da autoridade do Estado”<sup>11</sup>.

Avaliar os processos de criminalização/descriminalização e suas justificativas, possibilita estabelecer nexos diferenciais entre o modelo político criminal beligerante e o modelo alternativo, eis que o *locus* responsável pelo conteúdo e forma da resposta ao desvio é (pré)determinado: Estado/sociedade. Além disso, será possibilitada leitura crítica entre as promessas determinadas por um ou outro modelo e sua compatibilidade no funcionamento.

Louk Hulsman, no relatório apresentado ao Colóquio de Bellagio, expressa perfeitamente o momento por que passou a criminologia, no início da década de setenta, com os debates entre criminalização/descriminalização e os respectivos efeitos político-criminais. Afirma o autor que existe “*diferença considerável entre, de um lado, os objetivos que são atribuídos a este sistema [panpenalista] e o funcionamento pressuposto na doutrina penal e, de outro, a realidade deste funcionamento*”<sup>12</sup>. Vera Andrade<sup>13</sup>, em sua tese de doutoramento, denomina esta diferença funcional em **funções reais e funções declaradas** do Sistema Penal.

---

<sup>11</sup> Mireille DELMAS-MARTY, *Modelos e Movimentos de Política Criminal*, p. 152.

<sup>12</sup> Louk HULSMAN, *Descriminalização*, p. 08.

<sup>13</sup> Vera Regina Pereira de ANDRADE, *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida*.

As diferenças entre as funções no interior do sistema repressivo que privilegia a resposta estatal estariam, segundo o abolicionista holandês<sup>14</sup>, manifestadas em três setores. O primeiro refere-se à disfuncionalidade entre a capacidade do Sistema Penal e as tarefas que lhe são atribuídas. Há ostensiva criminalização não suportada pela estrutura burocrática da administração pública. A principal consequência desta diafonia seria expressa pelas cifras ocultas da criminalidade.

O segundo contraponto estaria relacionado ao funcionamento tradicional do sistema. Na programação oficial, o controle das condutas criminalizadas ocorre primeiramente no legislativo e judiciário e, posteriormente, nos membros do *parquet*. No entanto,

**“(...) esta perspectiva não é confirmada pela pesquisa empírica. O desnível substancial entre a competência do sistema (a totalidade do comportamento punível) e sua capacidade, traz como consequência o fato de que a seleção dos casos tratados pelo sistema se efetua principalmente na área policial. Assim, este serviço controla negativamente as atividades de todos os outros serviços (Ministério Público, juiz, serviços penitenciários) do sistema. (...) Concluimos, então, que o funcionamento atual do Sistema Penal é, em grande parte, não controlado e incontrolável”<sup>15</sup>.**

Finalmente, o funcionamento do sistema estaria em disfunção com os custos sociais decorrentes da criminalização, visto que os efeitos negativos

---

<sup>14</sup>Louk HULSMAN, op. cit.

<sup>15</sup>Ib. ibdem, p. 09.

da incidência do Sistema Penal se manifestam tanto na sociedade como no indivíduo<sup>16</sup>.

O consenso entre os teóricos em relação à falta de harmonia do sistema e suas funções declaradas (busca de soluções para a criminalidade) permite que os programas alternativos de Política Criminal representem grande avanço dentro do pensamento Criminológico. A severa e incisiva crítica ao Direito Penal tradicional, à Criminologia etiológica e ao seu substrato ideológico (Defesa Social), porém, tinham se esgotado, aparentando, no mundo acadêmico em que os novos criminólogos circulavam, que os postulados desconstrutores seriam irrealizáveis - “pensamentos excêntricos de pensadores universitários”.

Todavia, o embasamento doutrinário adquiriu perfil prático sustentado na descentralização, descriminalização, derivação e informalismo quanto ao controle estatal; desprofissionalização, desmedicalização, deslegalização e eliminação de estigmas e etiquetas quanto à profissionalização dos órgãos de controle; e descarcerização, desinstitucionalização e controle comunitário em relação às alternativas à prisão<sup>17</sup>. A apuradíssima elaboração teórica viabilizou atitude inédita, na qual o saber acadêmico transformou-se “do

---

<sup>16</sup> Em relação aos custos da criminalização em nível social, HULSMAN (op. cit., p. 09-10) distingue três efeitos negativos. O primeiro é a distorção de uma visão realista sobre o homem e a sociedade, através da manutenção dos entendimentos que a solução satisfatória para o desvio é pela estigmatização e a punição, e que a criminalidade é o principal problema social. O segundo efeito seria a promoção do desvio secundário e, em terceiro lugar, a colocação de obstáculos à assistência das vítimas.

Individualmente, a atuação do sistema produziria efeitos estigmatizantes não somente ao indivíduo, mas sim a toda sua família, determinando, assim, a influência negativa da intervenção penal.

<sup>17</sup> Neste sentido ver COHEN, *Las visiones del Control Social*.

pensado ao realizado” - construção de uma “*criminologia da práxis*” através das Políticas Criminais Alternativas.

Do controle exclusivamente estatal, típico da Política Criminal tradicional sustentada em retórica falsa e irrealizável (funções declaradas), passamos a conceber Políticas Criminais alternativas, vislumbrando controle societal baseado na tolerância e respeito aos Direitos Humanos.

Para Alessandro Baratta<sup>18</sup>, quatro seriam as indicações estratégicas para o desenvolvimento de Política Criminal Alternativa. A primeira, vinculada à interpretação dos textos legais, indicaria a necessidade de avaliação distinta entre os ‘comportamentos socialmente negativos’, que se encontram nas classes baixas e nas classes dominantes, partindo da premissa básica de que o Direito Penal é desigual. Neste sentido, Política Criminal alternativa deve ser entendida como política de transformação social e institucional, e não como mera resposta ao fenômeno criminal no âmbito das funções punitivas e repressivas do Estado.

A segunda função, decorrente direta da primeira, seria de assumir crítica radical ao Direito Penal desigual<sup>19</sup>, evitando o ‘panpenalismo’ e utilizando do “*uso alternativo do direito penal*”<sup>20</sup> para assegurar maior

---

<sup>18</sup> Alessandro BARATTA, op. cit., p. 213-219.

<sup>19</sup> HULSMAN (op. cit.) afirma que a partir dos levantamentos realizados entre a distribuição da criminalidade em diferentes classes sociais podemos concluir:

(a) “(...) que o Sistema Penal em sua forma atual está mal equipado para atender sua finalidade de contribuir para a solução dos problemas sociais” (p. 10).

(b) “(...) que o Sistema Penal em sua forma atual aumenta consideravelmente a desigualdade existente e que o funcionamento deste sistema constitui um problema social em si mesmo” (p. 10).

<sup>20</sup> O movimento do “*uso alternativo do direito*”, no Brasil, tem obtido uma ampla aceitação por juristas identificados com a perspectiva anti-legalista. Desde 1991, periodicamente, são organizados encontros e uma série de publicações sobre esta práxis contestatória.

O movimento, intitulado “*Direito Alternativo*”, surge em um panorama de democratização das instituições. A crítica jurídica, durante os pesados anos da ditadura militar, tinha se restringido à academia - Roberto Lyra Fo., Luis Alberto Warat, Luis Fernando Coelho, Tércio Sampaio Ferraz Jr.

representação processual em favor dos interesses coletivos. Nesta perspectiva, se propõe substancial processo de descriminalização (legal e judicial) para contração máxima do sistema punitivo estatal, cedendo espaço ao controle social e comunitário (controle social informal).

Na seqüência, o autor propõe a construção de projetos estratégicos e alternativas com o objetivo de abolição da instituição carcerária. As fases desse processo estariam constituídas de sistema de medidas alternativas, ampliação das formas de suspensão condicional da pena e do processo, execução de penas em regime de semi-liberdade e avaliação de novas formas de trabalho carcerário.

Finalmente, visualiza obter amplo diagnóstico sobre a função da opinião pública e os processos ideológicos e psicológicos em que ela se desenvolve, em apoio e legitimação ao vigente Direito Penal desigual.

Como principal alternativa à Política Criminal tradicional, eis que compomos anteriormente alguns fragmentos críticos ao sistema carcerário e ao *mass media*, chegamos à percepção da descriminalização. O processo de

---

A partir de meados dos anos oitenta, a construção acadêmica é recepcionada pelos laboradores jurídicos, principalmente juizes e advogados militantes. Neste momento o movimento obteve um salto qualitativo na crítica nacional, visto que aterrisou o saber acadêmico na prática. A construção dessa práxis jurídico-política identifica o movimento, no campo da ciência penal, com as proposições da Criminologia Crítica.

Sobre o *Direito Alternativo* conferir as obras de Amilton Bueno de CARVALHO (*Magistratura e Direito Alternativo, Direito Alternativo na Jurisprudência e Revista de Direito Alternativo* - volume I, II e III), Rui PORTANOVA (*Motivações Ideológicas da Sentença*), Edmundo Lima de ARRUDA Jr. (*Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa, Lições de Direito Alternativo* - vol I e II - e *Lições de Direito Alternativo do Trabalho*), Horácio Wanderlei RODRIGUES (*Ensino Jurídico e Direito Alternativo e Lições Alternativas de Processo*), Antonio Carlos WOLKMER (*Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*), Antonio Alberto MACHADO e Marcelo Pedrosa GOULART (*Ministério Público e Direito Alternativo*), Elicio de CRESCI (*Justiça Alternativa*), Sílvio Donizete CHAGAS (*Lições de Direito Civil Alternativo*) e *Direito Alternativo* (Anais do evento comemorativo do sesquicentenário do Instituto dos Advogados do Brasil).

contração (deflação legal), além de ser concebido a partir das funções reais do sistema, o que lhe possibilita a correção de falhas, prima pela redução do controle formal penal, o que não significa retirar totalmente o Estado do conflito, mas propõe drástica redução dos efeitos perversos, com primazia pelo controle informal e estatal não penal (civil/administrativo).

Antes, porém, de iniciarmos levantamento sobre as principais pautas relativas à descriminalização, cabe ressaltar que o projeto descriminalizador, em sentido crítico, absorve as perspectivas descriminalizantes limitadas à Teoria do Delito: princípio da insignificância e da adequação social como excludente de tipicidade. A proposta de exclusão de tipicidade, porém, restringe-se ao aspecto meramente formal do Direito Penal, é crítica interna, e, enquanto tal, tende à relegitimação o sistema de (in) justiça criminal. Não há, nesta espécie de crítica, divergências quanto às funções declaradas e as reais funções exercidas pelo processo de criminalização. Uma Política Criminal, desde o ponto de vista alternativo, lança-se fora do sistema, analisando-o como objeto, ao contrário dos postulados tradicionais que perfazem seu universo crítico internamente, trabalhando com toda a mitologia do sistema que é incompatível ao programa jurídico ora proposto: minimização radical como tática abolicionista.

A perspectiva alternativa, estruturada nos programas do Direito Penal Mínimo<sup>21</sup>, Realismo Marginal<sup>22</sup> e do Abolicionismo Penal<sup>23</sup>, possibilita

---

<sup>21</sup> O Direito Penal Mínimo caracteriza-se por adotar uma postura moderada quanto à abolição do Sistema Penal. Tem como principais teóricos Hassemer, Ferrajoli, Cervini e Baratta.

Todavia, não conforma um universo teórico monolítico. Enquanto **FERRAJOLI** (*El Derecho Penal Mínimo*, p.25 e 36 e *Derecho y Razón*, p. 331-345 ) entende equivocadas as manifestações relativas ao Abolicionismo e que a proposta estabelecerá uma anarquia punitiva (p. 40), **BARATTA** (*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, p. 216) o percebe como projeto a longo prazo, principalmente no que diz respeito ao sistema carcerário.

incisiva desmistificação da funcionabilidade do Sistema Penal, projetando, em alguns casos, como horizonte (u)tópico, seu radical desmantelamento e superação.

É lógico que, por conformar um movimento crítico, alguns pontos são suscetíveis de divergência. Todavia, a tese fundamental, compartilhada amplamente pelos teóricos críticos, é relativa ao programa descriminalizante. O projeto descriminalizador mostra-se como a primeira estratégia objetiva de minimização dos efeitos perversos salientados no modelo político-criminal beligerante. A descriminalização surge, neste contexto, como tática a curto e médio prazo, independente da adesão a um ou outro movimento alternativo, pois descriminalizar significa contrair o sistema, diminuindo, assim, sua disfuncionabilidade.

Se um dos problemas fundamentais é quanto à inflação legislativa, o processo de *deflação legal*, via descriminalização, projetaria o sistema a um

---

Como máxima minimalista, **FERRAJOLI** (op. cit.) propõe uma reelaboração do utilitarismo: "(...) *el máximo bienestar posible de los que no desvian y el mínimo malestar necesario de los desviados, dentro de el fin general de la limitación de los arbitrios y de la minimización de la violencia en la sociedad*" (p. 40).

<sup>22</sup> A proposta do Realismo Marginal é elaboração teórica de Eugenio Raúl **ZAFFARONI** (*Em busca das Penas Perdidas*). O autor parte de pressupostos jushumanistas (liberais) para estabelecer uma crítica funcional ao Sistema Penal. Realista, pois avalia o funcionamento real das agências de poder em contraposição ao prometido (Funções Reais e Declaradas). Marginal, visto que quebra o eurocentrismo e propõe uma análise periférica, latina, terceiro-mundista.

<sup>23</sup> A proposta Abolicionista pode ser dividida em quatro tendências: (a) abolição do modelo atual de prisão, eliminando formas degradantes de confinamento; (b) substituição da sanção penal por soluções comunitárias; © abolição do Direito Penal, onde a lei (civil/administrativa) passaria a ser um referencial para a resolução dialogal dos conflitos; (d) abolição das instituições penais, baseadas na negociação comunitária do conflito, negando a burocratização centralizada e hierarquizada. (sobre as propostas, metas e críticas ao Abolicionismo, conferir Elena **LARRAURI**, *Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas del movimiento abolicionista*, Louk **HULSMANN**, *Penas Perdidas* e Eugenio Raúl **ZAFFARONI**, *Em busca das Penas Perdidas*).

São prevalentes quatro variantes no movimento: (a) a variante marxista de Mathiesen; (b) a variante fenomenológico-historicista de Nils Christie; © o estruturalismo de Foucault; e, a fenomenologia de Hulsman (**ZAFFARONI**, op. cit., p. 97-102).



salto qualitativo, pois reduziria o espectro de entrada de situações problemáticas em seu universo repressivo, restringindo o *input* do Sistema Penal<sup>24</sup>.

Desta forma, a descriminalização pode ser apontada, desde a perspectiva alternativa, como um dos requisitos fundamentais para o respeito e tutela dos direitos e garantias de primeira (direitos individuais), segunda (direitos coletivos) e terceira geração (direitos difusos)<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Luis Flávio GOMES, *Suspensão Condicional do Processo Penal*, p. 84.

<sup>25</sup> Podemos dividir em três momentos graduais o processo de universalização dos direitos individuais, coletivos e difusos. No primeiro, Liberdade é o valor supremo reivindicado, seguido dos valores igualdade e fraternidade. Em torno do valor liberdade, forma-se uma primeira geração de direitos que definirá uma nova feição ao Direito Penal. Exige-se do Estado proporcionalidade nas penas e legalidade dos delitos como forma preventiva do poder absolutista

Com a Revolução Francesa, universalizam-se estes valores, que passam a ser vistos como pré-requisitos de todos ordenamentos jurídicos modernos. Uma nova face do Direito Penal é revelada. Ao contrário do modelo inquisitorial, que subjugava o indivíduo conforme a orientação absolutista do clero, o Direito Penal iluminista promete ser um direito secundário e subsidiário, de tutela dos valores primários reconhecidos nas Declarações de Direitos oitocentistas.

Coerência com valores universalizados é *conditio sine qua nom* de legitimidade da legalidade estatal. A harmonia dos ordenamentos com valores universais é o único instrumento possível de garantir um mínimo de segurança do cidadão contra o poder total e onipresente do Estado Moderno.

Decorrente da doutrina que universalizou os valores de primeira geração - direitos e garantias individuais -, segue uma segunda era universalizante, caracterizada pela recepção do valor de igualdade pelos ordenamentos jurídicos. Garantida formalmente a liberdade, o próximo passo na formulação de uma cadeia valorativa e principiológica que tutele direitos ao indivíduo é da imposição de uma estrutura geral de direitos que possibilite processo de igualização formal. Os direitos de liberdade não são excludentes dos direitos de igualdade, pelo contrário, acredita-se que a liberdade plena somente poderá ser alcançada se houver igualdade de condições entre os indivíduos.

Apesar de teoricamente os direitos de primeira e os direitos de segunda geração não serem excludentes, o processo de constitucionalização destes valores demonstrou-se fragmentário. Relacionados com o Estado de Direito Liberal, os valores de liberdade foram predominantes nas constituições burguesas, recebendo severa crítica de uma linha da tradição marxista que não soube dar importância às conquistas liberais. Com o advento do Estado Intervencionista, os direitos de segunda geração (igualdade) passaram a ser priorizados nos Estados de tradição socialista.

Valores conexos com os de igualdade e liberdade são encarados, com a fragmentação político-ideológica, como incompatíveis. Ocorre uma hierarquização entre os valores, rompendo com seu vínculo orgânico originário.

A resposta do Estado Social às Declarações Americanas e Francesas resultou na *Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado*, do Congresso Soviético Panrusso, em 1917, que fomentou o reconhecimento de direitos reais como inerentes ao homem e os únicos capazes de

Outro fator a ser salientado é o de que a pauta descriminalizante engloba, igualmente, a principiologia garantidora. Os princípios do garantismo clássico (oitocentista) e neoclássico (neo-secularização) são incorporados pelo sistema crítico. Toda a crítica ao sistema é recepcionada pelas Políticas Criminais alternativas, desde um ponto de vista interno (Teoria do Delito) e externo (Teoria Constitucional), porém estas radicalizam sua perspectiva e, em verdadeiro processo de reengenharia, subvertem alguns princípios do

---

garantir os primeiros (direitos formais). A Declaração constituiu o primeiro capítulo da Constituição Soviética e orientou a Constituição de Weimar e a Constituição Mexicana.

O processo universalizante e gradual de conquista de direitos rompe-se e desvincula-se das proposições iniciais: desenvolvimento harmônico de Direitos Humanos fundamentais, aos quais qualquer Estado deve respeito.

Somente em 1942, com a *Carta da ONU* e com a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, proclamada pela Assembléia das Nações Unidas, em 1948, é que se amplia o entendimento das declarações anteriores. A Declaração Universal Dos Direitos Humanos reconhece tanto direitos civis e políticos (direito à vida, à segurança, à liberdade), como reconhece direitos sociais, culturais e econômicos (direito ao trabalho, à educação, à cultura, às artes e ao processo científico).

Norberto **BOBBIO**, na obra *"A Era dos Direitos"*, divide, então, o processo de universalização em três fases distintas e graduais. A primeira fase identifica-se com os processos teóricos doutrinários do Iluminismo, representadas principalmente pelos filósofos Locke e Rousseau, onde há o reconhecimento dos valores de igualdade e liberdade como inerentes ao homem e impondo um dever-ser. A segunda fase é a do surgimento das Declarações americana e francesa, em que se estabelece a base para uma nova concepção de Estado, onde o ponto de partida é a instituição de um autêntico sistema de direitos efetivos e positivados. E, finalmente, a terceira fase, que ocorre em 1948, na medida em que há um consenso na identificação de um sistema de valores de fato, com validade e capacidade de reger os destinos da comunidade futura. Da universalidade absoluta da primeira fase passamos para a prática - do pensado ao realizado - na segunda fase, para, finalmente, na terceira fase, afirmar serem universais e positivos direitos, historicamente conquistados, inerentes ao homem.

*"(...) os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais"* (Norberto **BOBBIO**, op. cit., p. 30)

Atualmente, o reconhecimento de direitos difusos, comuns a todos cidadãos, consolida uma terceira geração de direitos, os direitos de fraternidade, que vem a delimitar uma nova universalidade dos princípios nascidos na ilustração.

garantismo, ampliando sua margem de incidência, convertendo-os em novos rumos disciplinadores para a superação do Direito Penal.

Desta forma, o projeto político-criminal crítico - *stricto/lato sensu* - impõe comissividade a todas as esferas do poder estatal. Ao legislador, a promoção formal de ampla descriminalização, evitando ao máximo o incremento de tipos, penas e restrições de direitos; ao executivo, em inadiável política de prevenção ao delito em todos os níveis (prevenção primária, secundária e terciária); e, ao judiciário, postura garantidora na interpretação dos textos<sup>26</sup>.

### 1.1. Descriminalização

Segundo Hulsman, devemos entender por **descriminalização**,

**“(...) o ato e a atividade pelos quais um comportamento em relação ao qual o sistema punitivo tem competência para aplicar sanções é colocado fora da competência desse sistema. Assim, a descriminalização pode ser realizada através de um ato legislativo ou de um ato interpretativo (do juiz)”<sup>27</sup>.**

---

<sup>26</sup> Luis Flávio GOMES, op. cit.

<sup>27</sup> Louk HULSMAN, op. cit., p. 07.

Para Canestri, descriminalização é “(...) o acto ó actividad que ‘hace perder a un acto ó a una infracción su caracter criminal’”<sup>28</sup>. Peter Lejins constata que

“decriminalización significa el proceso por lo cual cierta categoria de actos son removidos de la lista de aquellos que la sociedad ha clasificado como criminales; significa los procesos por los cuales algunos de los actos que la humanidad en algún momento había clasificado como crímenes, son eliminados de esa categoria”<sup>29</sup>.

Percebe-se, pois, que criminalizar/descriminalizar são, ao mesmo tempo, objeto e sujeito, movimento e definição, consequência e causa da Política Criminal<sup>30</sup>. Dependendo do processo, haverá implicação na determinação da Política Criminal oficial, suas funções e modificação substancial na estrutura do Controle Social (estatal/societário).

Como tática alternativa e minimalista/abolicionista, inúmeros autores têm classificado diversamente as formas de descriminalização. Entre elas, (a) **descriminalização legal**, ab-rogação de lei anterior que considerava o fato ilícito - *abolitio criminis/favor rei*; (b) **descriminalização substitutiva** (ou setorial), transferência da infração penal para outro ramo do Direito ou

---

<sup>28</sup> Francisco CANESTRI, op. cit., p. 33.

<sup>29</sup> Apud, Mirian Gicovate POSTALOFF, *Los Procesos de Decriminalización*, p. 63.

<sup>30</sup> Mireille DELMAS-MARTY, op. cit., p. 152.

alteração da penalidade - *reformatio legis in mellius*; e (c) **descriminalização judicial**, decorrente da interpretação do juiz no caso concreto<sup>31</sup>.

A descriminalização legislativa (formal), normalmente, é precedida de **descriminalização de fato**. Segundo Gicovate Postaloff<sup>32</sup>, alguns comportamentos sociais considerados criminais deixam, ao longo do tempo, de serem considerados perigosos, passando a encontrar aceitação (plena ou restrita) na comunidade - princípio da adequação social<sup>33</sup>. A lei penal "*deixa de ser aplicada ou porque a própria consciência popular não repugna a conduta ou porque as próprias vítimas não se interessam pelo uso do Sistema Penal*"<sup>34</sup>.

A **descriminalização por ato interpretativo**<sup>35</sup> do juiz aproxima a prática judicial ao segundo pressuposto elencado por Baratta na visualização

---

<sup>31</sup> Adotam esta classificação Louk **HULSMAN** (op. cit.), Nilo **BATISTA** (op. cit.), Mirian Gicovate **POSTALOFF** (op. cit.) e Ney **FAYET** (*A crise da pena e a descriminalização e A sentença criminal como instrumento de descriminalização e a argumentação da sentença e o arbítrio judicial*).

<sup>32</sup> Mirian Gicovate **POSTALOFF**, op. cit. p. 65.

<sup>33</sup> Amilton Bueno de **CARVALHO** (*Magistratura e Direito Alternativo*), ao definir o movimento da magistratura gaúcha, divide a atuação dos partidários do Direito Alternativo em dois momentos distintos (e não conflitantes): (a) uso alternativo do direito e (b) direito alternativo em sentido estrito.

A descriminalização de fato, que deve ser apreciada pelo juiz no caso concreto, poderíamos enquadrar, tomando como subsídio a tipologia proposta, no nível do **direito alternativo em sentido estrito**. Assim, o julgador, a partir do pluralismo jurídico - direito paralelo ou concorrente ao direito oficial - descriminaliza o fato por demonstrar evolução democrática da comunidade em não considerar mais tal fato como pernicioso. A atuação sobrepõe-se ao direito instituído, alcançando o plano instituinte (p. 90).

<sup>34</sup> Luis Flávio **GOMES**, op. cit., p. 92 (excluímos os exemplos).

<sup>35</sup> Intepreções conservadoras e totalmente desvinculadas com o processo de evolução social e jurídica têm afirmado da impossibilidade da descriminalização judicial. Negando o papel criativo do juiz, absorvendo o legado ultrapassado da Escola da Exegese e aderindo às posturas formalistas nas quais o Direito não deve responder ao seu ascendente genético (sociedade), Péricles **PRADE** (op. cit.) conclui: "(...) é possível que, inobstante, os magistrados realizem uma tarefa de tipificação ou destipificação do que por lei lhes é vedado. mas o fato é de que não podemos partir da suposição de que a realidade local é violada, sistematicamente. pois então, no país considerado, já não teríamos nos julgamentos realmente juizes. mas legisladores, - em caráter de inadmissível

concreta de Política Criminal alternativa. O juiz, ao interpretar, crítica e criativamente, a norma no caso concreto (*uso alternativo do direito*<sup>36</sup>), exclui a

---

*substituição -, carecendo de sentido referir-se a uma descriminalização judicial. Teríamos, na verdade, uma descriminalização legislativa (legal, formal) realizada por juizes” (p. 363).*

Afirma, ainda, que pode ocorrer uma impunidade fática, “(...) originada na tendência dos juizes de substituir as faculdades do legislador, declarando como atípicas as condutas que ele próprio tipificou, seguindo os magistrados os imperativos da própria consciência ou da consciência da maioria da população (...)” (p. 371).

A crítica de que a interpretação alternativa, aqui, especificamente, a descriminalização, possibilitaria poderes de legislatura ao juiz, o que implicaria um subjetivismo decisional ou uma ‘ditadura do judiciário’, é totalmente desprovida de fundamento e chegam ao limite da ignorância. Vejamos o que diz o engajado Desembargador Sérgio Gischkow **PERREIRA** no Prefácio ao livro “*A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta*”, do prof. Juarez de **FREITAS**, ao ser cogitada a possibilidade de uma Ditadura do Judiciário: (a) os textos legais continuam sendo os parâmetros básicos de qualquer argumentação; de forma alguma o princípio da legalidade é substituído por um subjetivismo irracionalista; (b) o juiz deverá fundamentar sua decisão em valores prevalentes na coletividade (por exemplo CFB/88) ou nos Princípios Gerais de Direito, elementos sempre objetivos de uma análise sócio-histórica concreta; © todos os componentes da lide são indispensáveis na fundamentação; (d) as partes e advogados desfrutam de garantias fundamentais de igualdade; (d) os remédios recursais ensejam reapreciação por outros julgadores; (e) os juizes são milhares em o todo país, pulverizando a característica alicerçante e definitiva da Ditadura que é a centralização do poder.

Acrescentaríamos algumas outras características dos movimentos político-criminais alternativos, que repudiam totalmente a pretensa elaboração de uma ditadura do judiciário, no que tange à descriminalização judicial: (a) os movimentos são orientados por uma carga valorativa e principiológica democrática, com base no respeito ao pluralismo e ao diverso (preâmbulo da Constituição Federal), e (b) a tolerância é a principal característica da democracia, sendo que a intolerância é que define as feições totalitárias e ditatoriais a um sistema político.

<sup>36</sup> Sobre o uso alternativo do direito, Bueno de Carvalho (op. cit) afirma que “é a atuação dentro do sistema positivado. Aqui se destacam, como atores principais, os juristas (juiz, advogado, promotor). Consiste em utilizar contradições, lacunas e ambigüidades, do sistema em favor dos pobres[criminalizados]. A atuação é no instituído: buscar na legislação, via interpretação qualificada, abertura de espaços que possibilitem avanço das lutas populares, revendo conceitos estabelecidos, através da crítica constante. Enfim, é olhar diferente os textos” (p. 89).

Na órbita criminal, o magistrado gaúcho elenca alguns exemplos: (a) tem-se assumido o papel do Juiz como garantidor da liberdade individual, colocando em prática o princípio do estado de inocência, porém como participação ativa do julgador; (b) há tendência de se evitar, sempre que possível, a condenação de réus a presídio, ante o caos do sistema presidiário brasileiro; © há afrouxamento na apreciação dos delitos sexuais não violentos; (d) há alargamento na conceituação de delitos de bagatela, ante a insignificância da potencialidade ofensiva; (e) há rigor na apreciação de delitos que agridam toda a sociedade, como sonegação fiscal e formas de corrupção de agentes do Estado; e (f) busca-se alargar o conceito de furto famélico, atingindo até roubo famélico (*Atuação dos juizes alternativos gaúchos no processo de pós-transição democrática: ou uma práxis em busca de uma teoria*, p. 32). Alargando as possibilidades do uso alternativo do direito é que visualizamos, como referido anteriormente, a possibilidade de tráfico famélico.

sanção a partir de algumas falhas no interior do direito positivo instituído (lacunas, ambigüidades e contradições) ou de possibilidades aceitas pela dogmática mas pouco utilizadas no labor cotidiano - causas supralegais de exclusão da tipicidade (princípio da insignificância e adequação social), antijuridicidade (consentimento do ofendido) e culpabilidade.

Além das formas próprias (descriminalização legal, judicial e substitutiva), Nilo Batista<sup>37</sup> menciona duas formas impróprias de descriminalização. A primeira seria exercida pelo cidadão que conhece o fato delituoso e não delata à autoridade policial (descriminalização de fato), excluindo-se a hipótese do temor à represália. A segunda forma imprópria é a exercida pela polícia, cujo atuar determina a incidência e a “obrigatoriedade” da processualização pelo executivo (Ministério Público) e judiciário (Magistratura).

Absorvendo as tipologias expressas, podemos conceituar descriminalização como os processos pelos quais os autores de condutas consideradas delitivas não sofrem nenhum efeito reativo institucional ou social (etiquetamento ou estigmatização) derivado da ausência de postulados fundamentais para sua concreção. Entre os postulados, destacamos a legalidade, a sentença criminal condenatória, a iniciativa no processo penal e a reprovação social da conduta.

Estabelecidos alguns requisitos mínimos, torna-se imperativo destacarmos critérios que devem ser utilizados para a descriminalização. Hulsman propõe critérios específicos (critérios absolutos<sup>38</sup>) que serão peça

---

<sup>37</sup> Nilo BATISTA, op. cit., p.36-37.

<sup>38</sup> Além dos critérios absolutos, HULSMAN (op. cit., p. 23-24) propõe algumas contra indicações para a criminalização - critérios relativos: (a) se a conduta aparece em grupos socialmente fracos;

vestibular de elaboração de principiologia quanto aos limites da criminalização por parte do Legislativo.

Os critérios absolutos dividem-se em quatro. O primeiro estabelece que “a penalização não deve jamais fundar-se exclusivamente no desejo de tornar dominante determinada concepção moral a propósito de determinado comportamento”<sup>39</sup>. Alia-se a este fato o de que a criminalização/penalização “não deve jamais ter como primeiro objetivo a criação de um sistema visando ajudar ou tratar um delinqüente (em potencial) no seu próprio interesse”<sup>40</sup>. O terceiro critério estabelece que não deve haver nunca criminalização, quando esta exceder e/ou sobrecarregar a capacidade do sistema administrativo de controle. Finalmente, a criminalização não pode servir como resposta contingente aos problemas sociais.

Alessandro Baratta<sup>41</sup>, após construir cadeia de princípios articulados com os Direitos Humanos, propõe tipologia diferenciada em princípios intra e extra-sistemáticos. Os **princípios intra-sistemáticos** referem-se aos requisitos mínimos exigidos à lei penal para o respeito dos direitos e garantias fundamentais da cidadania e, como os princípios tradicionais do classismo, também podem servir para descriminalização; todavia, não possuem especificidade dirigida para tal. No rol dos **princípios extra-sistemáticos**,

---

(b) se o comportamento somente é acessível à polícia mediante queixa; © se o comportamento é freqüente e próprio de um número muito grande de pessoas; (d) se a atividade é encontrada normalmente em situações de miséria psíquica ou moral; (e) se o ato é difícil de definir com precisão; (f) se o comportamento é típico da esfera privada; e (g) se é considerado, por grande parte da sociedade, admissível.

<sup>39</sup> *Ib idem*, p. 23.

<sup>40</sup> *Ib. idem*.

<sup>41</sup> Alessandro BARATTA, *Principios del Derecho Penal Mínimo*.



Baratta elabora princípios de descriminalização a partir de visão externa do Sistema Penal.

Os princípios extra-sistemáticos de descriminalização indicariam que a alternativa à criminalização nem sempre devem substituir outra forma de controle social formal ou informal (*Princípio da não intervenção útil*). O sistema, dentro da estratégia da intervenção mínima, deve recolocar a vítima no conflito, procurando estabelecer acordos e reconciliações (*Princípio da privatização do conflito*), restituindo o âmbito político das querelas (*Princípio de politização dos conflitos*). Por fim, se decorre do processo de descriminalização transferência aos outros órgãos do Estado (descriminalização substitutiva) ou à comunidade, o Direito deve preservar o sistema de garantias do indivíduo, de forma que estas não se reduzam (*Princípio de conservação das garantias formais*).

Apesar da notória disfuncionalidade, da severa crítica e da elaboração teórica apuradíssima no sentido de pautar horizonte restritivo ao Sistema Penal e amplo à sociedade, a grande problemática que encontramos são os fatores que favorecem a criminalização e que, a *contrariu senso*, se opõe à descriminalização.

O fenômeno da criminalização produz resultado eficaz na relação do legislador com a sociedade. Como vimos anteriormente, os mitos dos sistemas penais são percebidos positivamente pelo sistema social (*every day theories*); logo, há dúplice relação (relação interativa) entre os atores. O legislador, ao propor incriminações severas, repassa à sociedade a sensação de que resolveu o problema, não se preocupando com efetivas soluções. A sociedade, por sua vez, sente-se mais segura em seu cotidiano, não exigindo do

Legislativo recursos de melhoria na qualidade dos serviços prestados pelo Estado (saúde, ensino, emprego e qualidade de vida em geral). Assim,

**“A criminalização pode ser utilizada pelo legislador como solução aparente. Frequentemente o legislador está sob pressão da opinião pública ou de certos grupos para agir contra um fenômeno indesejável, sem que disponha dos meios eficazes para fazê-lo, ou sem que esteja disposto a pagar o preço desta ação. Nestas condições, ele pode criminalizar para acalmar a opinião. Esta operação pode muitas vezes dar resultado, porque a imagem que prevalece na sociedade sobre o funcionamento do Sistema Penal, é pouco realista”<sup>42</sup>.**

Há fragmentação na realidade, pois não se discute os fatores que potencializam o desvio, mas sim as formas de repressão e eliminação. Não obstante, sabemos que o incremento do aparato repressivo representa instrumento otimizado de manutenção e domínio entre os diversos estratos sociais, é meio eficaz de verticalização e hierarquização entre os grupos societários<sup>43</sup>.

Destarte, a descriminalização aparece como ponto nevrálgico do Sistema Penal. Se a lei penal é, oficialmente, a principal forma de controle social e representa o meio necessário para controle da criminalidade, a minimização do aparato criminal, além de estabelecer pânico em relação ao incremento das atividades permitidas - apesar de não existirem pesquisas que

---

<sup>42</sup> Louk HULSMAN, op. cit., p. 14.

<sup>43</sup> Raul CERVINI, *Los Procesos de Decriminalización*, p. 69.

demonstrem a realidade desta assertiva -, “*pode conllevar a la pérdida del respecto y majestad en el cual es considerado el Sistema Penal, porque puede ser visto como la admisión de que estaba operando sin una adecuada justificación en el pasado*”<sup>44</sup>. Se analisarmos os mitos sobre os quais o Sistema Penal se solidificou historicamente, a hipótese de desmistificação do modelo preventivo e repressivo instaurado pelo império da Lei Penal não poderá sequer ser cogitada.

## **1.2. Drogas: efeitos da criminalização e descriminalização**

Com frequência mencionamos, no item anterior, a relação disfuncional entre as promessas do Sistema Penal e sua real atividade. A criminalização das drogas passa a ser, na realidade ilusória do sistema punitivo, instrumento eficaz para o controle do uso. A criminalização impediria a propagação da dependência, possibilitaria a reabilitação do indivíduo e a ressocialização dos envolvidos no comércio ilegal.

O sistema advoga que a criminalização das drogas atuaria como contramotivação (prevenção geral - teoria da coação psicológica de Feuerbach), reabilitando os dependentes (prevenção especial - Lombroso e Ancel) e impedindo que estes, em razão do vício, cometam delitos de outra natureza.

---

<sup>44</sup> Miriam Gicovate **POSTALOFF**, *Los Procesos de Decriminalización*, p. 86.

Ao trabalharmos a questão da culpabilidade, notamos que o Sistema Penal parte de uma visão inicial fragmentada do sistema de drogas, ou seja, da existência de vínculo necessário entre consumo e dependência; da formação, pelos usuários, de subculturas que adotam percepção diversa da realidade; da convicção de que o comportamento dos usuários leva ao isolamento da vida produtiva e a formação de carreiras criminais; e da firme idéia que há irreversibilidade na dependência. Não obstante, percebemos o processo de reprodução material e ideológica desta imagem que, por representar sistema fechado, estabelece consenso generalizado do público em condicionamento recíproco com o *mass media*.

Se confrontarmos, porém, a imagem inicial do sistema de drogas e as promessas do Sistema Penal para resolução deste problema, com os efeitos decorrentes da criminalização dos entorpecentes, justificaremos a disfunção mencionada anteriormente.

Antes, porém, de relatarmos os efeitos da criminalização, cabe desqualificarmos a imagem que estrutura o Sistema Penal, visto que não corresponde à realidade. Primeiramente, a grande maioria dos consumidores de drogas não são dependentes e não fazem parte de subcultura criminal. Da mesma forma que, na maioria dos casos, o usuário integra o sistema produtivo. É excepcionalmente que ocorre correspondência entre a imagem inicial e a realidade das drogas. Estas conclusões levam Baratta a afirmar que

**“(...) aún hoy, en una la fase posterior a la inicial, la gran mayoría de los consumidores de drogas ilícitas no son dependientes, no hacen parte de una subcultura desviada, no son asociales o**

delinquentes, no son enfermos (hay incomparablemente más enfermos y muertos por drogas permitidas, como tabaco y alcohol, que por drogas prohibidas); y, finalmente, la drogodependencia es, desde un punto de vista clínico y social, curable. Pero la distancia entre la realidad y la imagen se acorta hoy. Actualmente hay más consumidores dependientes que en la fase 'inicial'; más drogodependientes marginados en subculturas, que son infractores de normas penales e insertos en carreras criminales; la dependencia de drogas ilícitas es menos curable de lo sería, si en esta pequeña parte del problema social de la drogodependencia no hubiera intervenido la justicia penal<sup>45</sup>.

Duas são as possibilidades de divisão tipológica dos efeitos produzidos pela droga: efeitos primários e efeitos secundários. Os **efeitos primários** são relativos à natureza própria das drogas, seu efeito no organismo e na psique do indivíduo, independente de sua criminalização. Os **efeitos secundários**, ou custos sociais da criminalização das drogas, são aqueles decorrentes essencialmente do processo criminalizador e da reação social informal condicionada pela criminalização<sup>46</sup>.

Cabe ressaltar que os efeitos primários são relativos a qualquer tipo de droga, lícita ou ilícita, e que muitos deles podem não ser prejudiciais.

“(...) no todos los efectos de todas las sustancias sicotrópicas son negativos, puesto que la calidad del efecto depende, como es sabido, no solo de la cantidad farmacológica sino también de una

---

<sup>45</sup> Alessandro BARATTA, *Introducción a la Sociología de la Droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias*, p. 74.

<sup>46</sup> Alessandro BARATTA, *Introducción a la Criminología de la Droga*, p. 335.

serie de otros factores como: entidad del consumo, situación del consumidor, medio social en que el consumo se produce, etc.<sup>47</sup>

Partindo do pressuposto de que tanto drogas lícitas como ilícitas produzem efeitos positivos e negativos, restringiremos nossa análise ao custo social da criminalização (efeitos secundários), tomando como teoria de base o magistério de Alessandro Baratta<sup>48</sup>.

Há possibilidade de fragmentarmos os custos sociais da criminalização em cinco itens específicos: (1) consumidores; (2) âmbito social; (3) Sistema Penal; (4) sistemas educacional e assistencial de controle; e (5) mercado de drogas.

Entre os consumidores, o principal efeito é a ‘junkyzação’. A estigmatização referente ao usuário, a conseqüente modificação na percepção da realidade e a formação de (sub)culturas criminais são ampliadas pelos meios de comunicação de massa, produzindo intensa reação social informal sobre os consumidores.

---

<sup>47</sup> Alessandro BARATTA, op. cit.

<sup>48</sup> Os trabalhos do mestre italiano Alessandro BARATTA utilizados sobre o tema são, essencialmente, *Introducción a la Sociología de la Droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias*, *Introducción a la Criminología de la Droga* e *Fundamentos ideológicos de la actual Política Criminal sobre Drogas: reflexiones al rededor de la teoria del poder en Michael Foucault*.

É mister ressaltar, porém, que as imagens aqui representadas são os efeitos esporadicamente constatados por pesquisas empíricas. Pois, “*nada más lejos de la realidad del mundo de las drogas, que verlo unidimensionalmente bajo la imagen dramatizada de la ‘escena’ que se caracteriza por su enorme visibilidad social, iluminada noche y dia por los reflectores de la información de masas, hay otros mundos, discretos invisibles, y en este sentido privilegiados*” (Alessandro BARATTA, *Introducción a la Criminología de la Droga*, P. 337). Inúmeros consumidores não são alcançados pela imagem estereotipada.

**“Los conflictos que sufren el entorno social y los usuarios, provienen fundamentalmente del mercado ilegal y de los procesos de aislamiento a que lleva la estigmatización y criminalización del propio Sistema”<sup>49</sup>.**

Todavía, no que diz respeito à saúde (efeitos primários), os problemas são decorrentes exclusivamente da ilegalidade, pois as substâncias não são controladas, as condições de higiene são péssimas, os preços são elevados e a atuação dos órgãos de controle repressivo normalmente induzem o usuário a ingressar em (sub)culturas. O efeito da estigmatização, contudo, pode perpassar o indivíduo e, em nível social, atingir o corpo familiar<sup>50</sup>.

Na esfera do Sistema Penal, a criminalização da droga representa um dos maiores problemas na atualidade. Além do gravíssimo efeito perverso da militarização e conseqüente restrição dos direitos e garantias individuais, a criminalização potencializa, no seio das agências penais, uma série de práticas reprováveis e ilegais: corrupção, tráfico de influências, produção de provas ilícitas, negociatas *et coetera*. Em relação ao sistema carcerário, a quantidade de presos, condenados ou à espera de julgamento, reflete uma realidade inadmissível, pois a circulação de entorpecentes nos presídios e delegacias de polícia é notória<sup>51</sup>. Alia-se a este fato a cifra de que 97% do processados por

---

<sup>49</sup> Raul CERVINI, *Toxicos - Criminalidad Organizada: su dimensión económica*, p. 120.

<sup>50</sup> Alessandro BARATTA, *op. cit.*, 336.

<sup>51</sup> Alessandro BARATTA (*op. cit.*) exterioriza, com ironia, uma realidade trágica: “*un observador empírico que procediera de otro planeta y que por lo tanto fuera ignorante de otras razones que pudieran explicar el uso del sistema de la justicia penal en el control de este problema, se encontraría fastidiado al ver personas que por tener y consumir droga son arrancados de la calle y confinadas, como reacción a esta actitud, en lugares cerrados en los que la circulación de la droga se presenta en una concentración tremendamente mayor que en el mundo exterior*” (p. 338).

drogas na América Latina são consumidores e pequenos comerciantes<sup>52</sup> e não os traficantes que compõem quadrilhas e bandos.

No que diz respeito aos sistemas de tratamento e educacional (sistemas 'informais'), o efeito criminalizador contradiz totalmente seus fins, pois o indivíduo que necessita de auxílio somente o terá no momento em que não for selecionado pelas agências estatais. O dependente somente poderá optar por tratamento se, durante o processo de drogadição, o Sistema Penal não criminalizar sua conduta, caso contrário, ou o tratamento será obrigatório, rompendo com a perspectiva da prevenção, ou o dependente sofrerá processo de rotulação pela incidência do controle formal. Logo, podemos perceber que a perspectiva de tratamento e prevenção é absolutamente incompatível com a lógica da criminalização.

O tratamento, previsto na Lei 6.368/76 (arts. 10 e 11), impossibilita a interação com o sujeito, visto que obrigatório (regime hospitalar e extra-hospitalar), pressupondo o caráter reabilitador destas penalidades. Se, no entanto, o réu for submetido a tratamento, por ser no tempo da ação, em virtude de dependência, incapaz de entender o caráter ilícito do fato (art. 19), o juiz ordenará tratamento médico ambulatorial que não pode ser frustrado sob pena de internação.

Os dispositivos legais são totalmente censuráveis, visto que

**“(...) la revocatória dei privilegio del tratamiento alternativo en el caso de interrupción de este por culpa del drogadicto (y**

---

<sup>52</sup> O dado é exposto por CERVINI (op. cit.) em relatório do Projeto Alternativo do Rio de Janeiro (p. 120).



prácticamente de recaída) prevista por legislaciones como las ahora mencionadas, introduce un elemento de precariedad y de amenaza muy perjudicial en el curso de tratamientos 'voluntarios'. Se sabe que la recaída y la interrupción del tratamiento pueden ser consideradas fisiológicamente como un momento del desarrollo de la desintoxicación y no necesariamente significar el fracaso del tratamiento mismo<sup>53</sup>.

A respeito do sistema econômico, a manutenção da ilicitude das drogas determina excessivo aumento nos preços dos produtos. A variante mercadológica da ilegalidade cria mercado extremamente lucrativo em que o maior prejudicado é o consumidor. Afirma Cervini que os benefícios que derivam deste gigantesco mercado clandestino propiciam margem para concluir que o fenômeno das drogas é provocado habilmente pelos beneficiários, que não só tem interesse em que a demanda aumente, mas também que se mantenha clandestina e ilegal: *“la legalización del mercado reduciría drásticamente los márgenes de ganancias con que hoy cuentan”*<sup>54</sup>.

Igualmente podemos perceber o interesse na manutenção da incriminação nas contravenções de jogos clandestinos (v.g. jogo do bixo). Nestes casos, a descriminalização não só diminuiria com os efeitos da criminalização secundária e estigmatização, como também romperia com práticas ilegais no seio das instituições da Administração Pública (v.g. corrupção, tráfico de influências, extorsões *et coetera*).

---

<sup>53</sup> Alessandro BARATTA, op. cit., p. 340.

<sup>54</sup> Raul CERVINI, op. cit., p. 138.

Além das críticas feitas nos capítulos predecessores quanto à criminalização das drogas e a efetiva lesão à Teoria do Crime (tipicidade material e culpabilidade) e à Teoria Constitucional (legalidade - reserva legal absoluta, previsibilidade mínima - humanidade, lesividade, presunção de inocência, igualdade, intimidade e vida privada), entendemos salutar abordar outro problema que decorre da sistemática da teoria do delito e sua relação com a dogmática constitucional: a incriminação de **delito sem vítima**.

Constata Cervini que o núcleo central das discussões de Bellagio, em 1973, se referiu ao delitos ou crimes sem vítima como a primeira categoria em que se move todo o processo descriminalizador<sup>55</sup>.

Segundo Bedau,

**“Una actividad es un crimen sin víctima solamente si está prohibida por un código criminal y sujeta a penalidad o castigo, e implica un cambio o negociación de bienes y servicios entre adultos que consienten en relacionarse en una actividad que no es dañina y que voluntariamente no van a informar a las autoridades de su participación en ella”**<sup>56</sup>.

Assim, elenca algumas características que são fundamentais para sua qualificação. A primeira é referente à participação consensual no fato: consentimento das parte envolvidas. A característica seguinte é referente à ausência de participantes demandantes que requerem tutela jurisdicional. A

---

<sup>55</sup> Raul CERVINI, *Los Procesos de Decriminalización*, p. 157.

<sup>56</sup> Apud, Mirian Gicovate POSTALOFF, op. cit., p. 50.

isenção de acusação das partes envolvidas é , para Lola Anyar de Castro<sup>57</sup> , a característica fundamental desta classe de delitos. A terceira característica mencionada por Bedau é a ausência de sentimento de dano por parte da ‘vítima’. Por fim, arrola a atitude voluntária de fazer dos bens ou serviços socialmente reprováveis, mas amplamente solicitados, natureza negocial. No último item, apareceriam com mais vigor a questão do consumo de drogas que, mesmo pelo fato de ser ilegal, produz pouco efeito na redução da demanda.

A partir da conceituação e do rol das características elaboradas por Bedau, podemos afirmar que a incriminação constante no art. 16 da Lei 6.368/76 penaliza crime sem vítima. A vítima (se assim se pode dizer), na realidade, é o próprio usuário que participa consensualmente no fato, não exige tutela jurisdicional, não sente dano em relação ao verdadeiro bem jurídico (integridade física) e não deixa de consumir sua substância de eleição pelo fato de estar criminalizada. O ‘perigo social’ decorrente do uso (crime de perigo abstrato/mera atividade) não passa, como vimos no capítulo II, de retórica doutrinária para etiquetar e estigmatizar determinados indivíduos que, por razão ou outra, não correspondem à expectativa ‘sadia’ presente no consenso social (*bodes expiatórios*). É a avaliação de Luis Flávio Gomes:

**“Estamos diante de uma infração ‘sem vítima’ [porte e uso de entorpecentes] (pois a vítima é o próprio usuário). O ato de portar entorpecente para uso próprio não lesa nenhuma outra pessoa. Não se faz presenta nenhuma lesão contra terceiro, portanto, é muito discutível a intervenção penal”<sup>58</sup>**

---

<sup>57</sup> Apud, Raul CERVINI, op. cit., p. 158.

<sup>58</sup> Luis Flávio GOMES, op. cit., p. 69.

A criminalização desta espécie de desvio carrega enorme custo social, tendo em vista a criminalidade secundária, a formação de (sub)culturas criminais, a estigmatização e a decorrente autosegregação. Deduz Cervini que

**“(...) el fundamento medular de aquellos que procuran descriminalizar estas acciones está en que la experiencia ha demostrado que su penalización produce crímenes secundários diferentes y frecuentemente más graves a los de las conductas prohibidas, creando nuevos criminales. Por otra parte, se observa que dicha penalización tiende a degradar la normal existencia humana e invariavelmente su administración es arbitraria y discriminatória”<sup>59</sup>.**

Sabemos que o grande obstáculo para a descriminalização radica na opinião pública, pois, no que concerne ao âmbito jurídico, sociológico, antropológico e político, é insustentável sua manutenção.

---

<sup>59</sup> Raúl CERVINI, *op. cit.*, p. 161.

## 2. O modelo de reforma e os projetos relativos ao tráfico e uso de estupefacientes

No Brasil, e em grande parte da América Latina, o processo de desenvolvimento das idéias críticas foi prejudicado pelo grande período vigente dos Governos Ditatoriais, no qual ocorreu, como no caso dos entorpecentes, excesso legislativo em matéria criminal. Na década de setenta, enquanto o movimento europeu já discutia com maturidade a descriminalização, a luta prático-teórica no país era para resguardar um mínimo de legalidade, constantemente lesionada pelo governo militar. O objetivo da vanguarda era conseguir efetivar alguns direitos constitucionais básicos desrespeitados pelo poder público. O plano constitucional já era limite difícil de ser atingido e o centro dos embates teóricos e práticos se direcionavam ao confronto com o "*Direito Penal do Terror*" imposto, subterraneamente, pelas instituições de poder civil e militar.

Conquistada a duras penas a Democracia, ainda que em âmbito meramente formal, renasce no país a discussão sobre os fundamentos do Sistema Penal e, incidentalmente, sobre descriminalização - derivados basicamente do acúmulo de normas penais inexpressivas e pelas cláusulas criminalizantes e descriminalizantes expressas na Constituição Federal de 1988.

Logicamente, a questão das drogas assume lugar privilegiado na pauta a ser discutida. Alguns aspectos enunciam sua importância na atualidade:

- 1°. a defasagem da legislação de 1976, que não se coaduna com os valores e princípios da nova Carta Constitucional, e a excessiva apresentação de projetos na área;
- 2°. o acréscimo no nível de criminalidade urbana decorrente do custo de criminalização do uso e tráfico de entorpecentes - criminalidade subsidiária à criminalização das drogas;
- 3°. o alto custo social da criminalização, principalmente no que tange ao usuário;
- 4°. as tendências minimalistas em Política Criminal;
- 5°. o reordenamento jurídico internacional em política sobre entorpecentes a partir da Convenção de Viena (1988), promulgada pelo Decreto Legislativo no. 162 em 1991.

Em decorrência desta realidade, propomos, após diagnosticado o modelo político-criminal repressivo de drogas no Brasil, a partir de marco teórico-crítico, avaliar a viabilidade de política descriminalizante no que diz respeito às drogas ilícitas, por conformar relevante universo de atuação do Sistema Penal.

A análise parte da premissa de que o processo descriminalizador seria, na atual situação política brasileira, um dos passos, uma das estratégias definidoras da política alternativa, a qual possibilitaria real minimização da ação genocida das agências penais sobre a sociedade.

No final do ano de 1994, o debate sobre a possibilidade de descriminalização das drogas tomou rumo específico no Brasil. Um dos fatores determinantes foram as declarações à imprensa do Ministro da Justiça Nelson

Jobim, favoráveis à descriminalização do uso de substâncias entorpecentes de pequeno potencial lesivo - mais especificamente a maconha<sup>60</sup>.

A *Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes* (CONFEN), instituída pelo Decreto 85.110/80 como órgão central do *Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes*, já estava realizando, desde 1992, amplo debate entre juristas e especialistas na matéria sobre a necessária reforma da antiga e defasada legislação brasileira anti-tóxicos.

Aliou-se a estes fatos a intervenção militar nos morros do Rio de Janeiro, com o objetivo de liquidar com o tráfico de substâncias entorpecentes e com as milícias privadas decorrentes dos grupos que comandavam o comércio de drogas.

Por outro lado, a candidatura do Deputado Federal pelo Rio de Janeiro, Fernando Gabeira, presidente do *Partido Verde*, que havia estruturado sua plataforma política no discurso da descriminalização das drogas leves - maconha e haxixe -, criou na opinião pública expectativa sobre projeto de lei que procurasse alternativas ao problema da criminalização das drogas e dos delitos decorrentes desta criminalização, como o tráfico de armas, a formação de quadrilhas, a estruturação de regime de anti-legalidade pela formação de 'justiça' criminal subterrânea de violação de direitos e garantias individuais *et coetera*.

---

<sup>60</sup> Em reportagem realizada pelo jornal *Folha de São Paulo*, em 30 de dezembro de 1994 (*Caderno Cotidiano*, p. 01), o então futuro Ministro da Justiça declarou que "é um absurdo que se trate o traficante e o consumidor como se ambos fossem criminosos" "(...) o consumidor deve ser auxiliado e não perseguido". Jobim colocou em pauta a discussão sobre a descriminalização, declarando-se favorável.

Posteriormente, devido a diversas críticas, o Ministro da Justiça foi obrigado a ceder em seu posicionamento inicial.

Estes fatos desencadearam forte discussão nacional sobre o tema, onde o *mass media* desempenhou papel fundamental de divulgação e crítica.

Com o frustrado convênio denominado "*Operação Rio*", uma das formas encontradas pelo sistema para responder aos anseios da sociedade civil e às exigências traduzidas pelos meios de comunicação de massa aos problemas decorrentes das drogas foi lançar nacionalmente uma discussão relativa a projetos alternativos e, igualmente, sobre a reelaboração de nova legislação de entorpecentes.

Pressionado, a única forma que o Governo encontrou para minimizar a expectativa social foi agilizar o processo de reformulação da Lei 6.368/76. Como o CONFEN, desde a gestão Kosovsky, já estava discutindo esta possibilidade, realizaram-se seminários nacionais em Brasília e Florianópolis, com transmissão via EMBRATEL (*Empresa Brasileira de Telecomunicação*) para todo o país, com o intuito de legitimar a Comissão em estabelecer nova política oficial referente à matéria.

Conjugada à iniciativa do CONFEN, outros projetos de lei referentes ao tema tramitam hoje no Congresso Nacional.

Fica claro, em nossa opinião, que é impossível termos ampla idéia sobre a Política Criminal brasileira de entorpecentes, se não avaliarmos o discurso de tais projetos. O projeto político da nação está centralizado nas mãos dos congressistas e é neles que devemos buscar respostas para este tipo de questionamento. As discussões que invadiram a imprensa nacional, desde a intervenção militar no Rio de Janeiro, colocaram ao público as idéias que circulam no Congresso Nacional, que vão da descriminalização do consumo -



proposta do Partido Verde - à maximização e criação de novas condutas como do cedente - Projeto Murad.

Destarte, podemos afirmar que os projetos relativos à reforma da Lei 6.368/76 projetam a Política Criminal de drogas em seu aspecto mais importante, o ideológico, com grande efeito sobre a opinião pública, incitando novas formas de leitura sobre a matéria.

Em realidade, estamos prestes à edição de nova lei, o que dificulta e ao mesmo tempo torna fascinante o estudo ora proposto.

O estudo de *lege lata* - Lei de Estupefacientes, Lei dos Crimes Hediondos e Lei do Crime Organizado - permitiu-nos visualizar o perfil dessa legislação projetiva. É fundamental, porém, a avaliação dos projetos e da ideologia que os ilumina para, posteriormente, termos claro o projeto nacional de drogas, bem como esboçada a verdadeira face da sua política. Não podemos, contudo, esperar coerência nenhuma do legislador brasileiro no que diz respeito à legislação criminal. A história nos dá elementos claros da veracidade dessa assertiva. Igualmente, seríamos ingênuos em aceitar a tese do *legislador racional*. Assim, acreditamos que, em matéria legal-criminal, no Brasil, tudo é possível. Não somos otimistas quanto à descriminalização. cremos, inclusive, que o projeto com maior força no Congresso Nacional é o mais conservador dos que serão posteriormente comentados. Todavia, não podemos fundamentar nosso estudo em hipóteses remotas. Assim, o objeto da análise que segue serão os projetos mais representativos que circulam no Congresso.

## 2.1. O Projeto de Lei 1.873/91 e as conclusões da CPI do narcotráfico (Projeto de Lei 2.454/91)

O projeto mais antigo de reforma da atual lei de entorpecentes é o Projeto de Lei 1.873/91, assinado pelo Deputado Federal do PSDB/MG (Partido da Social Democracia Brasileira) Elias Murad. Contrariamente aos outros apresentados, este projeto reformula toda a antiga lei, altera a competência dos Conselhos Federais e Estaduais à fiscalização, revê conceitos de prevenção e tratamento, prevê a criação de novos tipos, de novas penas e de novas normas processuais *et coetera*.

Todavia, o projeto apresentado sofreu algumas modificações, principalmente no que tange às penalidades, como consequência da *Comissão Parlamentar de Inquérito* (CPI do Narcotráfico<sup>61</sup>), instaurada no mesmo ano para avaliar o tráfico na região amazônica, cujo maior resultado foi a

---

<sup>61</sup> A Comissão Parlamentar de inquérito, instaurada em 1991, teve o objetivo de desnudar a chamada “*Conexão Rondônia*” e avaliar uma possível participação do Deputado Federal Jabes Rabelo (PTB/RO) e seu irmão, Abdiel Rabelo (Prefeito de Cacoal - RO), no tráfico de cocaína entre Brasil e Colômbia.

Por “*Conexão Rondônia*”, foi denominada qualquer espécie de tráfico na região, desde quadrilhas bem equipadas, que introduzem a droga nos EUA por Miami ou na Europa, através da rota Rondônia-São Paulo-Santos, até microtraficantes que abastecem a região de Porto Velho.

O envolvimento da família se deu pela apreensão de cocaína num veículo de transporte pesado de propriedade de Abdiel Rabelo, que anteriormente tinha sido processado por deter em sua propriedade rural vários tonéis de éter e acetona - utilizados no refinamento da pasta de cocaína. As especulações eram de que Abdiel e Jabes Rabelo fariam parte de uma organização que estava associada aos Cartéis Colombianos, principalmente o de Cali, e que a fortuna da família seria resultante do narcotráfico.

Como consequência da CPI, houve a cassação do mandato do Deputado e o prosseguimento da ação penal.

elaboração do Projeto de Lei 2.454/91, apensado ao Projeto do Deputado Elias Murad, presidente da CPI.

Segundo o Projeto de Lei 2.454/91, os principais pontos para elaborações de nova lei seriam:

- a. atenuação da situação do usuário, dependente ou não;
- b. criação de figura intermediária entre traficante e usuário;
- c. maior rigor no tratamento legal dispensado ao traficante;
- d. adequação da legislação à Convenção para Repressão ao Tráfico Ilícito de Drogas de Viena (1988), ratificada pelo Congresso Nacional;
- e. maior elasticidade nos prazos legais face aos constantes relaxamentos de prisão, devido à exiguidade dos prazos da Lei 6.368/76; e
- f. correção do dispositivo legal que trata da destruição das drogas apreendidas e que permanecem custodiadas até o trânsito em julgado da sentença, acarretando graves problemas para as autoridades envolvidas no combate e repressão às drogas.

Avaliaremos o projeto apresentado em face destas justificativas, inovações e de sua exposição de motivos, visto que, em muitos casos, o projeto mantém a estrutura da antiga lei, como, por exemplo a exigência de que toda sociedade colabore com o combate aos entorpecentes (art. 1º); a necessidade da manutenção da norma penal em branco como forma de inclusão de novas substâncias (art. 2º, § 1º); a delegação de competência para que o Confen elabore a política nacional de entorpecentes (art. 4º); a instalação de sistemas de informação e fiscalização (arts. 8º e 9º); a necessidade de instituições

sociais, culturais, hospitalares, educativas, recreativas adotarem medidas de prevenção (art. 13); a necessidade dos Estados e Municípios adotarem programas de tratamento de dependentes (art. 16); a incriminação de fabricação de maquinismo e aparelhos destinados ao preparo (art. 19); a graduação de pena em caso de associação criminosa (art. 20); a manutenção do crime próprio aos médicos e farmacêuticos (art.22); a criação de pessoal especializado (art. 55) *et coetera*.

O primeiro ponto da justificativa do projeto é o da atenuação das penas aos usuários (dependentes, consumidores eventuais ou experimentadores).

O artigo 24 do projeto estabelece pena de detenção de 03 (três) meses a 01 (um) ano e multa para quem adquire, recebe, guarda ou traz consigo, em pequena quantidade, para uso próprio, substância entorpecente, sem autorização. O artigo acresce o verbo *receber* ao tipo e determina que esta quantidade seja pequena. Em análise comparativa com o artigo 16 da lei 6.368/76, o dispositivo é ampliado e mantém a mesma redação do artigo 22 do projeto de Lei 1.873/91.

Logicamente que pelas circunstâncias da apreensão, quantidade, local e condições em que se desenvolve a ação, há deliberalidade à autoridade policial em caracterizar o delito, como acontece pela vigência do art. 37 da Lei 6.368/76. A referência à pequena quantidade, sem mencionar o volume, numa análise conjunta do artigo 29 do Projeto de Lei 2.454, reafirma a discricionariedade, na caracterização do uso ou tráfico, à autoridade policial, que

passa a ser determinante na configuração da quantidade e, em decorrência, das conseqüências processuais iniciais da ação penal sobre o indivíduo<sup>62</sup>.

A diminuição da pena, a possibilidade desta ser transformada em restritiva de direito (art. 24, § 1º), se o delito foi praticado em ocasião única, e a possibilidade de suspensão condicional do processo (instigado pelo Ministério Público ou pela Defesa), se for o réu primário (art. 34), traz inegáveis vantagens ao usuário e indica posicionamento avançado do legislador.

Entretanto, surpreende-nos as condições judiciais para concessão da suspensão do processo. O réu, para receber o benefício, assumiria compromisso de se tratar ou não mais consumir entorpecentes, sendo advertido de que, em caso de não honrar o compromisso, o processo seria reinstaurado, não correndo prescrição. Cumpridas as condições impostas pelo magistrado, ocorreria a extinção do processo.

---

<sup>62</sup> Segundo o artigo 37 do estatuto de Tóxicos vigente, “*para efeito de caracterização dos crimes definidos nesta lei [Lei 6.368/76], a autoridade atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação criminosa, às circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.*”

O projeto, ora analisado, repete o artigo 37 da Lei 6.368/76 em seu artigo 29.

Todavia, na lei em vigor, há restrição da atividade policial no parágrafo único - “*A autoridade deverá justificar, em despacho fundamentado, as razões que levaram à classificação legal do fato, mencionando concretamente as circunstâncias referidas neste artigo, sem prejuízo de posterior alteração de classificação pelo Ministério Público ou pelo juiz*” -, o que não ocorre no Projeto Murad.

Alguns autores entendem que não existe a discricionariedade policial mencionada, pois esta ficaria com o juiz que homologa ou não o flagrante, concede prisão temporária *et coetera*. O delegado somente encaminharia os pedidos. Ora, na realidade, a determinação passa, sim, pelo órgão policial, visto que determina as possibilidades (circunstâncias, condições...) para o juiz ou promotor desclassificar a infração. Independentemente desta discussão, o projeto proposto diminui ainda mais as prerrogativas do judiciário, pois a caracterização do delito não é mais provisória (art. 37, da Lei 6.368/76).

Ora, a evolução histórica do Direito Penal nos ensina que não cabe ao judiciário avaliação da vida do autor e sim do fato cometido. Impor condições e restrições pessoais, típicas da vida íntima, violam a concepção adotada nos países ocidentais da tradição romano-germânica de estruturação de Direito Penal do Fato-crime, redescobrimo o Direito Penal do Autor, típico da tradição etiológica, que agride os princípios lapidares de um sistema garantidor. A própria inconstitucionalidade de incriminações deste tipo, como vimos anteriormente, foram expressas por renomados juristas, sob convincentes argumentações. Apesar de ser respeitável a atitude de diminuição de pena e da possibilidade de suspensão do processo, não podemos admitir condições neste nível, sob pena de relegitimarmos concepções sepultadas pelo decurso histórico de conquista e reconquista de direitos da humanidade. A utilização de argumentos que identificam Direito e Moral foram estruturantes do pior regime jurídico-penal da história e desqualificados há mais de três séculos pela Secularização.

O projeto 2.45/91 propõe novo tipo de delito: ficaria submetido à pena de reclusão de 02 (dois) a 08 (oito) anos e multa aquele que *“ceder em ocasião única e gratuitamente, pequena quantidade de substância entorpecente ou droga afim à pessoa de seu estreito relacionamento para juntos a consumirem, ainda que numa única oportunidade”* (art. 23).

A face arbitrária do projeto revela-se nitidamente neste artigo. Apesar da tentativa de evolução no que tange ao usuário, a criação deste tipo penal e a cominação da pena em tal grau de exacerbação demonstram total despreparo e desconhecimento do legislador na matéria. Além de ferir um dos princípios estruturadores do Direito Penal moderno - o princípio da

proporcionalidade -, a ênfase no cedente destoa da lógica expressa nas justificativas em minimizar a condição do usuário, assimilando tal personagem ao traficante, produtor, exportador ou importador de grandes quantidades de estupefacientes. A incoerência é gritante.

Se a criação deste tipo penal impõe tão elevada sanção, ao traficante somente podemos esperar graduação ainda maior. A redação do artigo 18 do Projeto de Lei 2.454/91 é idêntica ao artigo 12 da Lei 6.368/76. A principal diferença reside no tratamento penalógico. Ao tráfico, a pena varia de 06 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão e multa - idêntico ao homicídio simples.

Se caso de reincidência; se o tráfico for realizado com o exterior ou em caso de extraterritorialidade da lei penal; se relacionado com organizações ilícitas; se o agente o fez prevalecendo-se de função pública; se o autor visava atingir menores de dezoito anos, ou se o fez nas imediações de instituições culturais, hospitalares, sociais, recreativas, esportivas ou local de trabalho coletivo; à pena será acrescida quantum que pode variar de um a dois terços (art. 25).

O agravamento da penalidade deixa clara a opção legislativa em incrementar a “guerra contra às drogas”. Mas, apesar de exorcizar a figura do traficante, não ocorre nenhuma distinção entre as atividades decorrentes do tráfico, o que demonstra profundo descaso com a realidade sócio-econômica do país.

Não obstante, o legislador continua a utilizar-se de expressões ambíguas e imprecisas, violando a previsibilidade mínima e isentando o texto de dolo específico, acarretando graves problemas na interpretação judicial.

A produção de estereótipos criminais é notória na redação do artigo 21, § 2º. O artigo trata da aquisição de bens provenientes do tráfico ilícito de droga que, “*pela desproporção entre valor e preço, ou pela condição da pessoa que o oferece, se deve presumir obtido por esse meio criminoso*”.

Mas qual seria o critério para julgar a condição da pessoa que oferece o bem? Neste momento, o legislador cria e induz expectativa da população em relação a todo o segmento social que, por razões sócio-econômicas, estariam ‘predispostas’ ao delito (para não dizermos ‘pré-determinadas’). Além disso, como poderíamos pressupor que algum bem possa ser decorrente de tráfico pela desproporção entre o valor e o preço, se na atual conjuntura econômica as pessoas se despojam de seus bens por valores muito abaixo dos de mercado para terem condições mínimas de sobrevivência? Aliás, esta não é a lógica do nosso sistema político-econômico?

O perfil ideológico do projeto parece-nos desnudado.

Em nível processual, o projeto enaltece um Direito Penal de exceção.

Apesar das usuais violações do princípio da presunção da inocência, duplo grau de jurisdição e do princípio do devido processo legal, pela necessidade de recolhimento à prisão para apelo, o projeto impede a progressão de regime, acolhendo as disposições da Lei dos Crimes Hediondos.

Aderindo à orientação da Lei do Crime Organizado, o projeto prevê a *delação premiada* como causa excludente ou redutora de pena e a figura da infiltração de agentes em organizações criminosas. Além do perverso efeito pedagógico da delação, que se baseia na traição, como referido anteriormente, a infiltração traz problemas de ordem prática e que são



insolúveis. Vejamos. No ingresso em quadrilhas, é regra da (sub) cultura criminal impor ao novato trabalho vestibular que necessariamente constitui crime. Estaria o agente, para prática a delitativa, atuando conforme o direito, resguardado por causa excludente de ilicitude (cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito). Entendemos que o Estado não pode conceder tal prerrogativa.

Outro fator de divergência é quanto ao flagrante esperado ou ação retardada, ancorado, da mesma forma, na Lei 9.034/95. Pode o Estado permitir que crimes sejam cometidos sob o escopo de que possibilitará, posteriormente, desvendar ações de crime organizado de tráfico? Novamente entendemos que esta possibilidade fere as próprias noções oficiais de repressão, prevenção e recrudescimento do sistema.

Considerando que o projeto apresentado é o de maior aceitação no Congresso Nacional, percebemos que as modificações são irrisórias sob o ponto de vista de uma real política nacional de entorpecentes, baseada na realidade do funcionamento deste modelo delitivo. O projeto reafirma a política passional e alarmista, tratando igualmente pessoas que têm funções distintas na arquitetura do tráfico ao não distinguir por grau os traficantes e ao entender o problema como meramente penal, o que é totalmente irreal e ilusório.

Apesar disso, os efeitos sobre a opinião pública e sobre a política nacional de entorpecentes são inimagináveis, estruturando um novo discurso político-jurídico que trabalharemos ao final deste capítulo.

## 2.2. A perspectiva preventiva do projeto elaborado pelo Confen em 1992

Em 1992, o Confen, sob a presidência de Ester Kosovski, elaborou a “*Proposta para uma Política Nacional de Drogas*”, em obediência ao artigo 2º, I do Decreto 85.110/80, que previa a apresentação da Política Nacional de Drogas (PND) por este órgão governamental. A proposta foi levada à Câmara dos Deputados pelo Deputado Federal Eduardo Jorge, do Partido dos Trabalhadores (PT), como Projeto de Lei 3.901/93, transformado, posteriormente, pelo Projeto de Lei do Senado 094/93, no Projeto de Lei 4.591/94.

Ao contrário do Projeto Murad, a proposta do Confen não pretende reelaborar a Lei 6.368/76 em sua plenitude, mas estabelecer política preventiva, em diversos níveis, e sobre todos os tipos de substâncias entorpecentes, lícitas e/ou ilícitas. Este é um dos pontos de extremo avanço e que nenhum outro projeto ousou discutir: a otimização de plano de prevenção integral a todos os tipos de substâncias psicotrópicas (art. 3º)<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup> Os textos produzidos pelo Confen em 1986 e 1988 alertam para a extensão do problema, que não pode ficar restrito somente às drogas ilícitas: “ *Atualmente, o consumo de produtos capazes de alterar o psiquismo humano faz parte da vida em sociedade*. O álcool, cujo uso é permitido e até estimulado, geralmente é considerado como um *mediador das relações sociais*. A maconha, para muitos jovens, cumpre o papel de facilitar sua integração ao grupo, ou até mesmo uma forma de transgressão e agressão ao meio no momento crítico de sua passagem à vida adulta. O abuso de determinados medicamentos pode também ter como origem a tentativa de minimizar as tensões geradas pela sociedade moderna” (CONFEN, *Proposta para uma Política Nacional de Drogas*, p. 13).

A política preventiva, extensiva a todos os tipos de droga, proibiria a publicidade de qualquer tipo de substância - lícita ou ilícita. A única possibilidade seria após prévia autorização do Confen e sempre acompanhada de mensagem esclarecedora quanto aos riscos do consumo, “*com duração e qualidade idênticas à da promoção do uso*” (art. 8º).

No projeto elaborado pelo Confen, três conclusões foram consensuais e demonstram perspectiva realista na avaliação do problema:

- a. a centralidade dos projetos preventivos deve ser a pessoa humana, enquanto que na repressão o objeto se desloca para a substância;
- b. a política nacional tem que abranger todas as drogas psicoativas - lícitas e ilícitas;
- c. faz parte da história do ser humano a sua relação com ações e substâncias psicoativas por múltiplas motivações - “*(...) o ser humano é, ele próprio, psicoativo*”.

Além de englobar todas as drogas psicoativas, independentemente do processo de incriminação, visualiza a problemática do ponto de vista mercadológico (oferta e consumo) para estabelecimento de estratégias no campo da prevenção.

Segundo os objetivos do projeto,

**“adotar-se-á, em relação à questão do uso, sistema referencial interativo que contemple razões de ordem sócio-culturais e**

**econômicas, a partir do estudo das relações do indivíduo com seu ambiente plural**<sup>64</sup>.

O sistema proposto romperia com o mito da adoção de sistema de valores unívoco pelo poder estatal (princípio da culpabilidade), como se pudéssemos extrair de uma sociedade complexa e conflitiva referencial homogêneo e monolítico para avaliação de diversas situações problemáticas.

Desta forma, o homem, relacionado com seu ambiente plural, passa a ser o centro da prevenção, sendo que “*a repressão e fiscalização estarão dirigidas ao produto, à droga e à regulamentação ou proibição da oferta*”<sup>65</sup>.

Noticia o documento elaborado em 1992, que o projeto privilegiaria um programa de *prevenção integral* que estaria dividido em três momentos específicos e hierarquizados (art. 5º). O momento da prevenção (*prevenção primária*) intentaria impedir o primeiro contato do indivíduo com a droga. A proposta é de antecipar a atuação à experimentação. A prevenção primária incidiria em planos de esclarecimento nos grupos familiares, nas escolas e no ambiente profissional do usuário em potencial (jovem).

O escopo de informar com antecedência seria o principal objetivo, capacitando a pessoa a evitar prejuízos ou lesões<sup>66</sup> - prevenção antes do uso.

O momento seguinte na prevenção (*prevenção secundária*) teria a finalidade de minimizar os problemas decorrentes do uso, para, finalmente

---

<sup>64</sup> CONFEN, *Proposta para uma Política Nacional de Drogas*, p. 07.

<sup>65</sup> Op. cit.

<sup>66</sup> Id. ibidem, p. 15.

(*prevenção terciária*), buscar a reinserção social do dependente - fundamento primeiro do processo de recuperação -, evitando a reincidência.

O ponto desconstrutor do projeto em relação ao modelo tradicional de 'combate às drogas' é a negação das estratégias repressivas baseadas nos modelos transnacionais médico-jurídico - estruturado na ideologia da separação - ou jurídico-político - fundamentado numa Política Criminal genocida e bélica.

A negação do monismo sócio-cultural e, conseqüentemente, a assunção do pluralismo, impossibilita que os problemas relativos às drogas sejam trabalhados por modelos importados, quiçá impostos. Tal perspectiva sepulta a tentativa de globalização de políticas repressivas de entorpecentes, pois cada cultura, cada ambiente social, tem suas peculiaridades e seus distintos sistemas de valores. A partir dessas diferenças é que poderíamos elaborar estratégias concretas para minimizar os problemas decorrentes dos tóxicos.

**“Ora, a quem cumpre, legalmente, lidar com criminosos? E com loucos? As respostas encaminham soluções, necessariamente, para os âmbitos policial/judicial e médico/psiquiátrico, com os quais é teoricamente, inconciliável a manutenção de centros de referência e de excelência do próprio Confen, com seus respectivos programas de prevenção integral (primária, secundária e terciária). E isso por um simples motivo: a maioria da clientela desses centros somente existe porque escapou à ação policial. Caso contrário, grande parte dessa clientela, ‘reincidente’ no cometimento do crime de uso de drogas, estaria na cadeia, conforme determina a lei em vigor (...)”<sup>67</sup>.**

---

<sup>67</sup> Id. *ibidem*, p. 09.

O relatório conclui, nesse momento, que, para a existência dos centros de referência e excelência, é indispensável que a polícia não tenha funcionado plenamente.

As conclusões realistas deste programa, remetem a temática para o questionamento da atuação dos órgãos repressivos da segurança pública e para a ‘imprescindível’ necessidade do Direito Penal, cuja atuação tende a agravar a situação do consumidor e estabelecer estereótipos ao traficante.

Não obstante, no que diz respeito à principiologia constitucional, o projeto demonstra plena sintonia:

**“A sede da questão pertinente ao uso de drogas não pode ser o direito penal. Muitos são os argumentos que demonstram o acerto desta afirmação, entre eles avulta o de que o direito penal não pode ter por objeto condutas estritamente privadas”<sup>68</sup>.**

A crítica à utilização do Direito Penal em *prima ratio* na questão dos entorpecentes coaduna, inclusive, com o princípio da intervenção mínima, obscurecido, mas implícito, na Constituição Federal. Aliás, não podemos olvidar que este tipo de análise nasce juntamente com os processos de descriminalização, através das Políticas Criminais alternativas fundadas pela Criminologia Crítica.

---

<sup>68</sup> Id. ibidem, p. 13.

Neste sentido, o projeto demonstra maturidade e excelência.

**“E é neste ponto, precisamente, que vimos ao longo dos anos, adotando e promovendo teratológica mistura, odiosa confusão, reduzindo toda a questão ao âmbito do direito penal. A lei em vigor é fundamentalmente, lei penal, apoiada pela ótica ‘psiquiatrizada’ dos problemas causados pelo ‘uso das drogas’ ”<sup>69</sup>.**

A inovadora proposta do Confen, apresentada em 1992, restringe a atuação do Sistema Penal no que tange ao uso, enquanto afetarem esferas estritamente privadas. Assim, o consumo continuaria proibido, contudo limitado e disciplinado de tal forma que a infração a estes dispositivos acarretaria em apreensão da droga, nunca do usuário (art. 6º). O usuário que a consome em locais proibidos, além da apreensão da substância e da retirada compulsória do estabelecimento de uso público, ficaria sujeito às seguintes sanções (art. 6º, § 4º):

- a) suspensão, por seis meses, de licença para conduzir qualquer veículo terrestre, aéreo ou marítimo, se a infração se der quando da conduta do mesmo ou por ocasião dela. Em caso de repetição da infração, a suspensão será por um ano, cassada a licença se se repetir pela terceira vez;
- b) suspensão, por um ano, da licença referida, quando se tratar de qualquer meio de transporte público, cassada em caso de repetição da infração;

---

<sup>69</sup> CONFEN, op. cit., p. 12.

- c) suspensão de licença para porte de arma, por seis meses, cassada no caso de repetição da conduta;
- d) pagamento de multa, exceto em estado de pobreza;
- e) se se tratar de estrangeiro, será suspensa a permissão de estada no País, independente das demais sanções cabíveis.

Desloca-se, desta maneira, o problema para o âmbito do Direito Administrativo, atuando o Estado em seu poder criminal subsidiariamente e somente no que tange ao tráfico ilícito (princípio da intervenção mínima).

**“A superação será, não a solução do uso indevido de drogas, mas o afastamento do problema falso, traduzido nos efeitos secundários gerados pela Política Criminalizante. Somente, então, poderá surgir o amplo desenvolvimento de mecanismos sociais de controle, programas integrais de prevenção, sob a ótica ecológica e constitucional (...)”<sup>70</sup>.**

Além da otimização da prevenção e revogação do artigo 16 da Lei 6.368/76 (art.12), notamos, no projeto, profundo apego dos teóricos na questão ecológica. Poderíamos, inclusive, afirmar que o projeto é orientado pelo paradigma ecológico da bio-diversidade que, transladado ao plano político - princípio da diversidade -, reafirma o pluralismo como categoria fundamental da cidadania, impondo ao Estado atitude de tolerância frente às várias formas de manifestação do homem. Este referencial, do qual compartilha igualmente a

---

<sup>70</sup> *Ib. ibidem*, p. 20.



idéia básica do Partido Verde<sup>71</sup> em suas discussões sobre a temática das drogas, possibilita a negação da maioria dos princípios de Defesa Social que é uma das arestas ideológicas da atual Política Criminal Brasileira, em nível dogmático.

### 2.3. A mudança na política do Confen - Ante-projeto de 1995

A mudança na presidência do órgão encarregado de estabelecer a política brasileira de drogas determinou, por óbvio, total reestruturação no projeto oficial do governo.

Apesar de estar tramitando no Congresso o projeto assinado pelo Deputado Eduardo Jorge, o Confen resolveu elaborar seu próprio projeto,

---

<sup>71</sup> Apesar do presidente nacional do Partido Verde, Fernando Gabeira, ter estruturado sua plataforma política na descriminalização das drogas leves - maconha e haxixe -, não existe um projeto ou Ante-projeto de lei assinado pelos ecologistas. A idéia básica para instaurar uma comissão de elaboração de um Ante-projeto seria de dar uma nova redação ao artigo 16 da lei vigente, que passaria ou a vigor com um texto que descriminalizasse amplamente o uso ou, incluindo um parágrafo no artigo 37, descriminalizando especificamente o porte de pequena quantidade de maconha para uso pessoal.

As modificações seriam:

Art. 16. A aquisição, guarda ou porte, para uso próprio, de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica não constitui crime.

Parágrafo único. O órgão de vigilância sanitária e de assistência à saúde do Ministério da Saúde relacionará as quantidades máximas respectivas a cada substância para fins de caracterização do uso próprio.

Art. 37. (...)

Parágrafo primeiro. Não se caracterizará nenhum dos crimes definidos nesta Lei quando a substância for maconha (*cannabis sativa*), em quantidade de até 30 (trinta) gramas por pessoa.

Segundo Fernando GABEIRA (*Entrevista*, p. 73), a descriminalização deve ser proposta lentamente, porque tudo vai depender da correlação de forças entre os congressistas: "(...) o primeiro ponto fundamental para o Brasil, é rever a lei 6.368, que, no seu artigo 16, prevê a prisão de seis meses a dois anos para as pessoas que utilizam drogas".

tendo como guia a recente legislação portuguesa sobre entorpecentes (Decreto-Lei 15/93).

Assumindo a postura lusa, o ante-projeto encontra total sintonia com os instrumentos legislativos internacionais a que Portugal se vinculou, principalmente à Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas de 1988<sup>72</sup>. Desta maneira, há inclusão do crime de tráfico de precursores, criminalização de atividades vinculadas à lavagem de dinheiro proveniente de tráfico de drogas, diferenciação qualitativa entre os traficantes e criminalização específica de adulteração de produtos.

Todavia, ao contrário do projeto de 1992, o atual programa sequer foi apresentado ao Congresso Nacional e prevê a reformulação da Lei 6.368/76 em sua totalidade.

Algumas inovações neste pré-projeto são importantes. Ante a impossibilidade de amplo processo descriminalizante, o Confen elaborou programa sobre entorpecentes, substâncias psicotrópicas e precursores.

A inclusão dos precursores, substâncias que se destinam à produção ou fabricação de entorpecentes, bem como dos insumos no plano repressivo, amplia o espectro de incidência da lei penal.

Contrariamente ao projeto de 1992, o atual programa do Confen prima, essencialmente, pela repressão. Relegando a segundo plano os aspectos preventivos, não absorve os diferentes níveis preventivos elencados no projeto pretérito.

---

<sup>72</sup> Sobre a adoção das indicações da Convenção da ONU de 1988 pela legislação portuguesa, conferir o artigo de José Mouraz LOPES, *Notas sobre a nova legislação portuguesa sobre drogas*.

Em relação às listas editadas por portarias, que complementam a norma penal em branco, percebe-se a indicação de que estas (portarias) sejam elaboradas pelos Ministérios da Saúde (Dimed) e Justiça em acordo com as tratativas internacionais, o que impossibilita, de imediato, a descriminalização de drogas leves como maconha e haxixe.

Quanto ao tráfico ilícito (art. 25), o projeto continua tipificando ações nitidamente em dolo genérico, mantendo a mesma penalidade da lei 6.368/76 - reclusão de 03 (três) a 15 (quinze) anos e multa.

Entretanto, importante inovação é feita no parágrafo único do artigo, onde haveria redução substancial da pena - reclusão de 01 (um) a 05 (cinco) anos e multa. Haverá diminuição de pena

**“Se a ilicitude do fato se mostrar consideravelmente diminuída, tendo em conta nomeadamente os meios utilizados, a modalidade ou circunstância da ação, a natureza ou a quantidade das plantas ou substâncias (...)”.**

Cria-se a possibilidade de diferenciação em relação ao grau e qualidade do traficante, visto que, na lei vigente, bem como nos anteriores projetos analisados, não havia distinção entre o mero repassador e o mentor da associação.

Na incriminação da produção, fabricação, importação, exportação, transporte, oferecimento, venda, distribuição, entrega de percussores, equipamentos e materiais destinados à cultura, fabricação ou produção ilícita de

entorpecentes, existe a determinação específica do dolo (art. 26), ficando o autor submetido à penalidade de 02 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão e multa.

A preocupação fundamental do ante-projeto é notadamente relativa ao narcotráfico internacional, e não ao campo do pequeno comércio. Neste sentido, percebe-se o incremento de tipos a atividades ligadas aos precursores e “lavagem de dinheiro e outros valores” - artigo 27, com penalidades idênticas às do tráfico<sup>73</sup>.

Certas circunstâncias, previstas pelo anteprojeto, atuarão como causas legais de aumento de pena (art. 28), quando:

- I- as substâncias forem entregues ou se destinarem a menores ou portadores de transtorno mental;
- II- o agente obteve ou procurava obter compensação econômica;
- III- o agente tiver feito uso de violência ou de armas;
- IV- for funcionário incumbido da prevenção, fiscalização ou repressão dessas infrações;
- V- for médico, farmacêutico ou qualquer outro técnico de saúde, trabalhador dos serviços carcerários ou dos serviços de reinserção social, trabalhador dos correios ou telégrafos, telefones ou telecomunicações, docente, educador ou

---

<sup>73</sup> Segundo o Ante-projeto: “Converter, transferir, auxiliar ou facilitar operação de conversão ou transferência de bens ou produtos, sabendo que são provenientes da prática de infrações previstas nos artigos 25, 26 e 32 desta lei [tráfico ilícito, tráfico de precursores e crime de prescrição médica indevida, respectivamente], ainda que os fatos que deram origem à lavagem tenham sido praticados fora do território nacional:

*Pena - Reclusão de 03 (três) a 15 (quinze) anos e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa;*

*Parágrafo único - Nas mesmas penas incorre quem:*

*I- Oculta ou dissimula a real natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade desses bens ou produtos ou de direitos a ele relativos;*

*II- Adquire, recebe, utiliza, detém ou conserva os bens previstos no caput.*

trabalhador de estabelecimento de educação ou trabalhador de serviços ou instituições de ação social e o fato for praticado no exercício da sua profissão;

VI- participar em outras atividades criminosas organizadas de âmbito internacional;

VII- participar em outras atividades ilegais facilitadas pela prática da infração;

VIII- a infração tiver sido cometida em instalações de serviço de tratamento de consumidores de drogas, de reinserção social, em estabelecimento penal, unidade militar, estabelecimento de educação;

IX- utilizar a colaboração, por qualquer forma, de menores ou de portadores de transtornos mentais;

X- as substâncias forem corrompidas, alteradas ou adulteradas, por manipulação ou mistura, aumentando o perigo para a vida ou para a integridade física de outrem.

As dez causas de aumento de pena elencadas no artigo 28 do ante-projeto têm como escopo fundamental a proteção de menores e da qualidade das substâncias, a repressão ao tráfico internacional e o uso da violência no cometimento das infrações descritas.

O Ante-projeto cria novas figuras: (a) **traficante-consumidor**, aquele que pratica as infrações tendo por “*finalidade exclusiva obter recursos para adquirir substâncias para consumo pessoal*” (art. 29): pena de 1 (um) a 02 (dois) anos de reclusão e multa; e (b) **cedente**, aquele que cede pequena quantidade à pessoa de seu estreito relacionamento, incorrendo em pena restritiva de direito que varia de 02 (dois) meses a 01 (um) ano e multa.

Quanto às associações criminosas (organização ou associação de três ou mais pessoas), há incriminação de promoção, fundação ou financiamento, incorrendo em penas que variam de 03 (três) a 20 (vinte) anos e multa. No caso de chefia ou direção da associação, a pena aumenta em seu mínimo para 10 (anos).

Seguindo a orientação político-criminal da Lei 9.034/95, o anteprojeto isenta de pena o delator (delação premiada) que revelar a associação, evitando a execução de infração, bem como identificando os agentes (art. 33). No caso do procedimento penal ainda não instaurado, bem como no de processo em curso, há diminuição da pena pela metade ao agente que permitir ou facilitar o recolhimento de provas decisivas para identificação de responsáveis.

Outro fator inovador no atual projeto do Confen é a aplicação cumulativa, aos agentes que praticam tráfico, inclusive de percursores, lavagem de dinheiro e fazem parte de associação criminosa, de penas restritivas de direitos com interdição de direitos políticos, saída do território nacional e cassação de habilitação para condução de veículos, quando relacionados com a prática criminosa (art. 37).

Em relação ao consumo, as penalidades se reduzem da detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos - art. 16 da Lei 6.368/76 - para a restrição de direitos de 02 (dois) meses a 01 (um) ano, alternativa de multa, podendo ainda ser substituída por medida educativa. Além disso, o juiz poderia dispensar de pena o infrator menor de 21 (vinte e um) anos, não reincidente, encontrando "*indícios de que se encontra inserido socialmente*" (art. 38).

Penalidades específicas foram impostas no ante-projeto como o fornecimento de inalantes a menores (art. 39), condução sob influência de drogas (art. 40), consentimento de consumo em lugares públicos ou de reunião (art. 41). Contudo, no que tange ao tratamento dos dependentes (prevenção terciária) o texto prossegue com as mesmas noções da Lei 6.368/76, não recepcionando em nada o projeto pretérito.

Na parte processual, o projeto do Confen (art. 48) prevê aplicação subsidiária, além do Código de Processo Penal, da Lei 9.099/95 que trata da instauração dos juizados criminais especiais para delitos de pequena potencialidade ofensiva - pequenas infrações delitivas punidas, em seu máximo, com 01 (um) ano de prisão.

Fica clara a opção dos relatores, através da utilização da Lei 9.099/95, em retirar o usuário e o dependente dos ritos estigmatizantes e segregadores do tradicional processo penal, remetendo-os a procedimento intermediário, cujas sanções são em grau muito inferiores às tradicionais e onde existem possibilidades processuais alternativas como a suspensão condicional do processo.

Desta forma, ocorre recrudescimento do Sistema Penal ao traficante e a notória descarcerização e desjuridicização ao usuário, reinstalando o modelo diferencial descrito por Rosa del Olmo.

Numa análise comparativa, algumas vantagens procedimentais são elogiáveis. É o caso da admissão do apelo em liberdade por sentença fundamentada (art. 62) e possibilidade de fiança (art. 50).

Todavia, seguindo os caminhos trilhados pela Lei do Crime Organizado, o projeto prevê ações controladas (art. 64), utilização de escutas

telefônicas (art. 65), quebra de sigilo bancário, financeiro, informatizado e comercial (art. 66) e a possibilidade do agente investigador, como conduta não-punível, “*aceitar diretamente ou por intermédio de um terceiro a entrega de drogas, na situação de pretensão comprador*” (art. 71).

No que tange ao tratamento, o projeto estrutura-se na legislação vigente, admitindo-o compulsoriamente no caso de dependência e regime de internação hospitalar (art. 58).

Enfatizando o apoio e a constância da Política Criminal brasileira no cenário internacional de repressão ao tráfico de drogas, o ante-projeto do Confen corrobora as tratativas da Convenção das Nações Unidas de 1988 no incremento e auxílio do governo brasileiro na “*luta contra o tráfico internacional de drogas*” (art. 74), principalmente, em nível interno, pelo aperfeiçoamento, promoção e especialização das agências investigatórias, magistrados (art. 75) e membros do Ministério Público Federal e Estadual (art.76).

### **3. Projeções à política brasileira de drogas**

Desde o ponto de vista das Políticas Criminais, o Brasil adota modelo autoritário no que tange às drogas. Há, inegavelmente, apego ao controle formal (estatal), não havendo diferenciação entre infração e desvio,



como ocorre em outros modelos (consumo - desvio, comércio ilegal - infração), visto que qualquer comportamento relativo aos entorpecentes é incriminado<sup>74</sup>.

Esta tendência nacional é reflexo da anuência ao modelo internacional de controle - processo de transnacionalização, presente desde a década de sessenta, com o advento da Convenção Única sobre Estupefacientes.

Apesar das incisivas críticas criminológicas e das tendências descriminalizantes em relação ao consumo, por se tratar de crime sem vítima, desde o Colóquio Internacional, realizado na cidade italiana de Bellagio, o modelo político-criminal brasileiro optou por via adversa. Se em 1973/74 era consenso, nas mais diversas correntes do Direito Penal e da Criminologia, a necessidade de descriminalizar, principalmente, o uso de substâncias entorpecentes e privilegiar formas primárias de prevenção, em 1976 nossa legislação elegeu como premissa lapidar a repressão. Independente do fato de ser insustentável a incriminação do uso, pois vimos que representa grave dano às formas garantidoras clássicas e neo-clássicas por lesionar sua principiologia estruturante, a legislação anti-drogas adotou técnica legislativa extremamente questionável no que diz respeito à proteção e tutela das garantias individuais e coletivas. Alheio ao entendimento de grande parte da doutrina, o legislador da década de sessenta privilegiou a estrutura penalógica do encarceramento como

---

<sup>74</sup> Mireille DELMAS-MARTY (*Modelos e Movimentos de Política Criminal e A análise Sistêmica e a Política Criminal*), diferencia em três os modelos completos de Política Criminal. No modelo de Estado Autoritário, tanto infração como desvio (delito e situações problema não tipificadas, respectivamente) são reprimidos essencialmente pelo Estado. No modelo de Sociedade peri-estatal, a infração e o desvio são controlados pela sociedade, o Estado se abstrai de qualquer forma de repressão. No terceiro modelo, modelo de Estado Social, a resposta à infração é do Estado, enquanto o desvio é de competência social. Além dos modelos completos, Mireille Delmas-Marty menciona os modelos contraídos de Estado Totalitário e da Sociedade de Vigilância. No Estado totalitário, desvio e infração são, exclusivamente, reprimidos pelo Estado, enquanto que, a *contrariu senso*, na "Sociedade do Olhar Permanente" o controle é monopólio da sociedade.

forma preventiva e ressocializadora.

Os fatos levam-nos a perceber a importância das tratativas internacionais no processo legislativo e o descomprometimento do legislador com a realidade empírica expressa pela doutrina. A adesão ao modelo internacional de controle de entorpecentes privilegia o saber tradicional das agências internacionais (centrais), desprezando totalmente os resultados fáticos desde uma perspectiva descentralizada, marginal, latina.

Apesar da obviedade das constatações, o processo de internacionalização da repressão às drogas, iniciado em 1961 indicará o perfil da nova legislação de drogas no país.

Se o escopo da Convenção de 1961 foi tutelar a saúde e o dano individual, o ponto central na Convenção de 1988 é a eliminação do tráfico e a repressão econômica à lavagem de dinheiro proveniente da droga, visto que abala as relações comerciais e o processo de globalização (transnacionalização) econômica.

As Convenções são marcos fundamentais no processo de viabilização do modelo repressivo, sendo impossível análise realista do fenômeno das drogas sem estarem presentes estes estatutos. Torna-se fragmentada e superficial qualquer estudo das legislações, da Política Criminal, da sociologia e da criminologia das drogas, se ausentes os textos e seu processo de elaboração, porque deles se instrumentalizou o modelo atual de controle.

Se diagnosticamos atualmente a militarização do controle de drogas na América Latina e a conformação de modelo repressivo beligerante e maniqueísta, não podemos olvidar que este é o fruto do entendimento das

agências centrais sobre o fenômeno, expressos na Convenção de Viena de 1988. Segundo Rosa del Olmo,

**“(...) el análisis de vários artículos relacionados con la cooperación internacional demuestra cómo la Convención de Viena legitima internacionalmente la opción militarista como solución al fenómeno de las drogas - y sobre todo señala las pautas para llevarla a la práctica en vários escenarios - en concordância con la nueva política exterior del gobierno norteamericano y más concretamente con la *Estratégia Nacional contra las drogas* de la administración Bush”<sup>75</sup>.**

O primeiro passo legislativo para o cumprimento das tratativas internacionais foi com a edição da Lei dos Crimes Hediondos e, posteriormente, a Lei do Crime Organizado. Ambas se alicerçam em componentes autoritários e introduzem medidas maximizadoras específicas no tratamento processual e penalógico das drogas. Percebemos nos textos a indicação dos rumos da nova Lei de Drogas, a abertura do caminho para a solidificação do estatuto político-criminal repressivo nos moldes do controle exercido na região andina e a conseqüente militarização hemisférica. A geopolítica das drogas redefine, assim, a Política Criminal, o Direito Penal e a hegemonia internacional.

**“El problema de la droga, o mejor, de la producción y consumo**

---

<sup>75</sup> Rosa del OLMO, *La internacionalización jurídica de la droga*, p. 108.

de ciertas drogas, se ha convertido en el frente crucial de una verdadera guerra que se combate no interior de la naciones y en las relaciones internacionales”.

.....  
“Nos es ciertamente una causalidad que la guerra contra las drogas constituya hoy en dia talvez el mejor instrumento de que disponen los Estados Unidos para legitimar su hegemonía,(...) permite encubrir a través de la imagen salvadora de su poder imperial, el peso de los intereses económicos y geopolíticos de este país en orden internacional”<sup>76</sup>.

Estruturado na assertiva da ‘eliminação’ do tráfico e percebendo a Lei Penal como principal instrumento para incrementação desta ‘guerra santa’, torna-se fundamental colocar em sintonia os estatutos nacionais com as deliberações da Convenção. Após referência aos projetos que tramitam no Congresso Nacional, podemos visualizar o que mais se harmoniza com o plano internacional e aquele que representa projeto de alternativa, de vanguarda e resistência.

Como afirmamos anteriormente, a proposta do Confen, elaborada na gestão Kosovsky, privilegia essencialmente a prevenção em todos os seus níveis (primário, secundário e terciário) e a todo tipo de substância psicoativa (drogas lícitas e ilícita). O homem é projetado em acepção realista e em relação ao ambiente plural em que vive, negando o monismo valorativo da teoria da culpabilidade e inserindo no projeto uma concepção heterogênea no que diz respeito à sociedade.

Não há modificação no regime penalógico ao tráfico e o uso e

---

<sup>76</sup> Alessandro BARATTA, *Fundamentos Ideológicos de la actual Política Criminal sobre Drogas...*, p.33/39.

consumo de entorpecentes é descriminalizado taxativamente, pois o artigo 16 da Lei 6.368/76 é revogado. Da mesma forma, nega estratégias repressivas e, por conseguinte, o modelo beligerante de Política Criminal. Insere no corpo do estatuto os principais avanços constitucionais, compatibilizando o sistema legal das drogas com a principiologia neo-garantidora e com o substrato teórico da Criminologia Crítica em sua perspectiva minimalista.

O Sistema Penal é reduzido substancialmente, a partir da premissa realista da intervenção mínima, e o respeito aos direitos do homem são centrais na análise do fenômeno das drogas. O processo de reprodução material e ideológica e a falsa imagem sobre a situação é claramente expresso na exposição de motivos do projeto, indicando profunda preocupação com os mecanismos reativos inseridos na sociedade (estigmatização)<sup>77</sup>.

Neste sentido, é o projeto que demonstra maior sintonia com os postulados alternativos reivindicados pela Criminologia, desde Bellagio. Cria nova concepção sobre o problema e instaura a perspectiva de elaboração de Política Criminal Alternativa.

Por outro lado, o radical câmbio na política do Conselho Nacional sobre Entorpecentes corrompe o horizonte de controle societário baseado no paradigma pluralista do projeto Kosovsky. A expectativa é de que o Confen apoie o projeto Murad, propondo vários substitutivos, moldando-o, assim, conforme a proposta anteriormente analisada.

Todavia, a possibilidade de rompimento com o modelo transnacional beligerante no controle dos entorpecentes, claramente visível no projeto Kosovsky, é refutada pela proposta que cremos ser a de maior força

---

<sup>77</sup> CONFEN, op. cit., p. 10.

institucional. Pacificamente, se houve mudança na perspectiva do Confen, o projeto alternativo será inviabilizado, pois o apoio à proposta advirá de partidos com menor representatividade (Partido Verde e Partido dos Trabalhadores, essencialmente).

A modificação na política do Confen, aliada ao poder catalisador do projeto Murad e ao respaldo internacional, visto que é adequado para implementação dos novos rumos disciplinadores advindos da Convenção de Viena (1988), projeta a política brasileira de drogas ao horizonte militarizado e maniqueísta. Percebemos, assim, que as premissas da ideologia da Defesa Social e da Segurança Nacional serão consolidadas formalmente no novo estatuto de drogas a ser aprovado, possivelmente, no final do ano corrente.

Apesar das manifestações do Ministério da Justiça, na pessoa do Ministro Néelson Jobim, no sentido de descriminalizar o uso, a perspectiva repressiva e militarizada, alicerçada no plano de globalização, predominará, remetendo nossa Política Criminal ao continuismo da intolerância. O projeto a ser aprovado, e não temos dúvida de que será moldado com este perfil, minimizará o sistema garantidor explicitado na Constituição de 1988, restringindo ainda mais os direitos individuais. A fundamentação teórica dos projetos Murad e Flach (atual Presidente do Confen) responde às expectativas das agências centrais de controle, tanto que a ênfase é dada ao tráfico e à lavagem de dinheiro, nos moldes da Convenção de 1988.

A opção repressiva em detrimento da preventiva representará o ingresso do Brasil na 'guerra às drogas' lançada pelo governo norteamericano na gestão Reagan, sustentado com Bush e solidificado com Clinton.

A polarização entre o bem e o mal, a isenção de ampla discussão

sobre a problemática desde uma perspectiva periférica e crítica e a assunção de valores homogêneos, contraditórios aos postulados pluralistas expressos na Constituição da República, negarão a possibilidade de uma Política Criminal realista baseada na especificidade regional, adotando soluções alheias para resposta à problemas próprios.

No anverso da Política Criminal bélica, que projetará o modelo repressivo do Sistema Penal nacional para o terceiro milênio, encontra-se uma Política Pública de tutela de direitos e garantias da cidadania, uma alternativa antiproibicionista e pacifista.

O horizonte político-criminal brasileiro caminha na contramão dos movimentos críticos e descriminalizadores. A opção, porém, é exclusiva do legislativo.

## Considerações Finais

A Política Criminal de Drogas, em toda sua extensão (ideológica, legal, dogmática e em nível de Segurança Pública), demonstra a grande distância entre as funções declaradas (prometidas) e as funções reais (funcionabilidade) exercidas pelo sistema penal.

Percebemos que o Brasil, desde o início do século, mas principalmente a partir da década de sessenta, insere-se num modelo transnacional de controle dos entorpecentes, adequando sua legislação e sua máquina administrativa para saldar os compromissos assumidos internacionalmente.

No que tange à Lei sobre Entorpecentes, desde 1940 o país optou pela utilização constante de normas penais em branco e termos imprecisos e genéricos, minimizando as garantias individuais sustentadas pelos princípios constitucionais da Reserva Legal Absoluta e Previsibilidade Mínima (taxatividade). Não obstante, a partir de 1964 iniciou processo de ampla descodificação, passando a legislar sobre tóxicos em estatutos não codificados, desestruturando totalmente a pretensão de rigidez em matéria criminal.

Com o advento da Lei 6.368/76, consolida-se na tradição tupiniquim a observância irrestrita aos modelos supranacionais, sendo inseridos, gradativamente, dois discursos distintos no que diz respeito às



drogas: discurso médico-sanitário (estereótipo da dependência) e discurso político-jurídico (estereótipo da criminalidade), com predominância do último. Os discursos importados, produtores de estereótipos específicos, estabelecem a ideologia da diferenciação entre o doente e o delinquente, que se manterá até a atualidade e orientará os projetos de reforma de lei com maior força institucional (Projeto Murad e pré-Projeto Confen-95).

Além da implementação do estereótipo da dependência, devido à harmonia com a Convenção de 1961, começa a ser gerado no interior do discurso a categoria do inimigo, visualizada na droga. Impõe-se ao senso comum a idéia de que este (inimigo) deve ser de qualquer forma eliminado através de ação conjunta, pois representa perigo social a toda a comunidade internacional. A ‘demonização’ do discurso das drogas propiciará utilização política (estabelecimento do *inimigo interno*), visto que extremamente ampla sua margem de incidência social.

Durante a década de setenta, com a popularização do consumo nos Estados Unidos da América, as agências centrais de poder elencaram novo inimigo a ser combatido: o inimigo externo, localizado nos países produtores e exportadores de substâncias entorpecentes. Auto-delegando-se o título de polícia mundial, as agências norte-americanas passam a influenciar a política nacional dos países latinos e orientais com a pretensão de erradicar o tráfico internacional. Assim, o mal seria eliminado pela raiz e não corromperia a juventude norteamericana.

A ilusão do discurso central levou os países periféricos a estabelecerem políticas extremamente repressivas e dissociadas de sua realidade marginal, eis que a transnacionalização do controle, por se auto-perceber universal, não compreende as autonomias culturais e políticas. Esta

disfunção entre o modelo repressivo e a realidade empírica dos países terceiromundistas gerou sérias violações de garantias individuais, dado ao fato de que o modelo de controle empregado passou a ser estruturado numa ótica de beligerância.

Alia-se a transnacionalização do controle de drogas à transnacionalização, durante a década de sessenta, da ideologia da Segurança Nacional, concebendo a segurança pública como campo de batalha em que premissas como eliminação, neutralização e erradicação imperam.

A descoberta do inimigo interno criminoso (traficante de drogas) no seio do discurso das drogas é potencializada pela identificação do inimigo interno político (subversivo) da retórica da Segurança Nacional. Desta forma, apesar de independentes, as ideologias conformadoras dos discursos - Defesa Social no âmbito das drogas e Segurança Nacional na esfera da política interna - passam a coexistir harmonicamente em processo simbiótico.

Deste modo, a estrutura repressiva do Estado conformada por ideologias diversas, passa a ser orientada pela fragmentação maniqueísta da realidade. Todavia, esta concepção não se restringe tão-somente à realidade do sistema penal, mas invade o senso comum do 'homem da rua' (*every day theories*) e, principalmente, dos juristas tradicionais na órbita do ensino jurídico.

Neste universo ideológico, solidifica-se a Política Criminal estabelecida pela atual Lei de Entorpecentes (6.368/76).

A Lei de Entorpecentes é elaborada a partir de tonalidade passional e alarmista, pressupondo grande consumo e comércio de drogas no país durante a década de setenta. Logicamente, após o referido processo de transnacionalização, percebemos que esta realidade não era a brasileira, pelo

contrário. Enquanto nos países centrais, durante o final da década de setenta, a preocupação das autoridades sanitárias se direcionava para o consumo da cocaína, o referido produto sequer tinha chegado ao Brasil. Todavia, como era premente estabelecer legislações uniformes para assegurar eficaz cumprimento da lei e colaboração entre os países, o Brasil adotou medidas repressivas e preventivas sobre realidade totalmente diversa.

Entretanto, no que diz respeito à política de prevenção, a legislação apenas se preocupou em recrutar a sociedade nacional para feroz batalha contra este inimigo invisível corrompedor dos valores e da moral.

Neste sentido, a Lei 6.368/76 autonomiza o texto legal, dissociando-o do Código Penal, mantendo as mesmas figuras típicas e a técnica legislativa defeituosa. Conseqüentemente, estabelece regime penalógico extremamente rigoroso.

Ao bem jurídico tutelado (saúde pública) determinam-se violações de perigo abstrato, isto é, a culpabilidade do autor decorre de lei, de presunção legiferante alheia ao caso concreto. Ao tráfico exclui-se o dolo específico, o que possibilitaria a tipificação da cessão nas mesmas penas, se não houvesse malabarismos jurisprudências para impedir tal interpretação; e, ao consumidor punem-se condutas as quais propiciam o uso, “apesar de este não ser incriminado”, segundo a doutrina majoritária.

Releituras de vanguarda, porém, possibilitaram críticas internas ao sistema da dogmática de entorpecentes. Em relação à Teoria do Tipo, teses acadêmicas e práticas jurisprudenciais desconstruíram as justificativas de incriminação a partir da categoria perigo abstrato. Desde uma perspectiva material do delito, cuja assunção pela Teoria do Crime abdicaria as definições meramente formais e/ou dogmático-analíticas, o interesse social e o bem

jurídico tutelado passam a ser o centro gravitacional na avaliação da ação desviante. Se o escopo da norma é de proteção e se a proteção requer determinado bem, as condutas delituosas somente poderiam ser realmente danosas no momento em que afetassem significativamente o objeto de tutela. Desta forma, o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iuria*) passa a ser estruturante na adequação ou isenção da tipicidade conforme o grau, a qualidade e a quantidade do ato. Com base nesta tese, a insignificância na posse do entorpecente (pequena quantidade, crime de bagatela) excluiria o juízo de tipicidade, ocorrendo ruptura na abstração subsuntiva. Devido à escassa potencialidade lesiva e efetiva falta de ofensa ao bem, não haveria possibilidade de incidência da norma ao fato. O juiz, desta forma, realizaria descriminalização judicial.

Percebe-se, assim, que o embate jurisprudencial pode levar ao aprimoramento do Direito e sua aproximação progressista, eis que existe relação funcional entre a jurisprudência e a realidade, com a sociedade. Entretanto, notamos no país que tais interpretações judiciais, apesar de harmônicas com a principiologia constitucional, além de solitárias, são desqualificadas pela estrutura conservadora e arcaica dos nossos tribunais. No caso específico, apegados às concepções formais e analíticas do delito, o STF reafirmou a tese do perigo abstrato, impossibilitando a teoria da atipicidade pelo princípio da insignificância ao porte de drogas. Contudo, no concernente às contravenções de trânsito, a 6a. turma do STJ, em recente decisão, excluiu a possibilidade da presunção de culpabilidade derivada dos delitos de perigo abstrato, recolocando o bem jurídico no centro das avaliações das condutas. Tal posicionamento reafirma a necessidade de secularizar o discurso da droga,

eliminando quaisquer tipo de argumentações morais sobre o tema, ainda que estas estejam obscurecidas pelo discurso jurídico<sup>1</sup>.

Se a percepção da droga se vincula necessariamente aos delitos de perigo abstrato, estes, por sua vez, partem da presunção de culpabilidade. Substancialmente contrário ao princípio da presunção de inocência, expresso na Constituição Federal de 1988, a presunção de culpabilidade diagnosticará outra característica fundamental na estrutura político-criminal e dogmática dos estupefacientes.

O juízo de culpabilidade é, essencialmente, juízo de reprovação sobre a conduta pessoal do réu. É reprovação ao sujeito infrator do bem tutelado pelo Direito, que exige do indivíduo comportamento positivo de respeito aos mandamentos legais. Estruturado na noção metafísica do livre arbítrio, legada pelo clacissismo liberal oitocentista, a culpabilidade absorve, na prática eis que há distinção no discurso oficial, premissas do positivismo da Escola italiana, fundamentalmente a idéia de *periculosidade* (reprovabilidade baseada na personalidade do agente).

Elaborada a partir do modelo integral de ciências penais, daí a possibilidade de compatibilização entre as categorias clássicas (livre arbítrio) e etiológicas (*periculosidade*), a culpabilidade tende a legitimar estrutura político-criminal mais identificada com a criminologia positivista do que com o modelo

---

<sup>1</sup> Alessandro **BARATTA** (*Fundamentos ideológicos de la actual Política Criminal sobre Drogas...*) afirma que há predominância, nas atuais políticas de droga, de discursos ideológicos muito distantes da ciência, discursos inconsistentes que sobrepõem fragmentos heterogêneos (médico-biológicos, jurídicos e morais).

Desta forma, recria-se um novo poder 'pastoral', porém, "*en el nuevo poder pastoral ya no se trata de la salvación de los individuos para el otro mundo, sino de proporcionar a ellos la salud en este mundo, palabra que en este contexto adquiere múltiples significados: salud pública, bienestar, seguridad, protección contra accidentes*" (p. 35).

da Escola Clássica, visto que percebe a criminalidade como anomalia social (apesar da capacidade volitiva do indivíduo).

Contudo, o juízo de culpabilidade apresenta-se, na atualidade, em imensurável crise. Sem embargo da capacidade limitativa do *ius puniendi*, uma das virtudes da categoria, o critério utilizado em nível de culpabilidade como juízo de reprovação propicia não somente a relegitimação de postulados esparsos do paradigma etiológico da criminologia tradicional, mas sim toda sua estrutura moldada no Direito Penal do autor.

A premissa do livre arbítrio, em realidade, passa a ser relegada à segundo plano, pois a reprovabilidade e a fundamentação da pena absorverão as características intrínsecas do delinqüente, estabelecendo lógica maniqueísta no interior da Teoria do Delito: os bons e os maus.

Logo, o jurista partirá, para reprovar a ação delituosa, de estrutura homogênea de valores próprios de seu (sub)grupo social, ignorando o pluralismo cultural existente nas sociedades complexas e a variedade de leituras sobre os mesmos fenômenos.

No contexto das drogas, a problemática da culpabilidade se potencializa. Como efeito perverso da criminalização, há demanda dos usuários em formular (sub)grupos de auto-referência - (sub)culturas criminais. Contudo, o sistema das drogas é fechado, caracterizado por reproduções em nível material (ação do sistema) e ideológico (ação dos atores) que criam e recriam imagem sobre o sistema, determinando expectativas que acabam por se realizar, ou seja, a (falsa) imagem do drogadito, presente na sociedade, é introjetada pelo grupo que acaba por responder positivamente àquela imagem que relegitima a imagem inicial e assim sucesivamente. Os atores, nos sistemas

fechados, se condicionam reciprocamente (Teorema de Thomas), tendo nos meios de comunicação importante instrumento de reprodução da imagem.

Por conseguinte, se existe processo de produção de desvio pela sociedade e pelo *mass media*; se a sociedade é complexa na elaboração, respeito e atuação conforme valores (sincretismo cultural), o juízo de culpabilidade torna-se ineficaz enquanto possibilidade de mensurar o grau de responsabilidade individual pelo ato.

Naturalmente, às críticas ao sistema das drogas não se resumem ao âmbito restritivo da dogmática jurídico-penal. Historicamente, e a atualidade não tem demonstrado êxito na superação, as legislações penais confrontaram com a principiologia constitucional. Primeiramente pelo fato de as Constituições terem sido, durante todo o século passado e início do corrente, meras cartas de intenção, projetos legislativos a serem cumpridos ao longo do tempo. Desta forma, não havia plena consciência da rigidez, supremacia e hierarquia constitucional, o que acabava por retirar qualquer possibilidade normativa do estatuto. A partir da década de trinta, a Teoria Geral do Direito solidificou os postulados constitucionais como balizadores de toda a estrutura estatal e, em decorrência, do Direito. Contudo, além desta tradição negativa no que tange à normatividade, a abstração das premissas constitucionais, fundamentalmente em relação aos direitos e garantias individuais, tende a isentar, tanto o jurista como o legislador, de referência. A falta de concretude passa a ser utilizada como fundamento para a não observância da Constituição.

Acontece, pois, que há desprendimento total do vínculo constitucional em matéria criminal. Adiciona-se, ainda, a restrição

metodológica derivada da elaboração da dogmática jurídico-penal a qual limita o objeto de investigação do jurista criminal à legislação *penal* vigente.

O resultado destes fatores não poderia ser distinto: absoluta falta de coerência dos estatutos penais com os princípios constitucionais, editando legislações penais do terror. A diafonia entre estatutos localizados distintamente no que tange à hierarquia desestrutura a própria noção analítica na Teoria Geral do Direito que vê inadmissíveis e inválidas normas infra-constitucionais contrárias à Constituição. Todavia, mesmo incoerentes com a Constituição, as normas penais e processuais penais prosseguem sendo aplicadas pelos juristas, conformando, no nosso entender, verdadeira '*jurisprudência penal do terror*'.

Irresignados com esta realidade, autores como Palazzo e Ferrajoli advogam uma nova secularização no Direito Penal, não vinculada à secularização oitocentista de cisão entre Direito e Moral (apesar da necessidade de que esta ocorra no discurso das drogas), mas direcionada à plena recepção dos postulados constitucionais pela ciência penal. Neste processo, remeteríamos o Direito Penal garantidor iluminista ao Direito Penal neo-garantidor do terceiro milênio.

Entre as inúmeras violações aos princípios constitucionais pela legislação de drogas, podemos destacar:

(a) o rompimento com o princípio da legalidade, em sua subespécie Reserva Legal Absoluta, e da tripartição dos poderes pela utilização constante de normas penais em branco;



- (b) a quebra da previsibilidade mínima (princípio da taxatividade) através do excessivo emprego de elementos sem precisão semântica e tipificações genéricas;
- (c) isenção de racionalidade e proporcionalidade nas penas (princípio da humanidade);
- (d) incompatibilidade com o princípio da ofensividade (lesividade) pela incriminação de atitudes internas, que não excedem o âmbito do autor e que não afetam bens jurídicos (crime sem vítima/autolesão);
- (e) lesão ao princípio da presunção da inocência, ao substituir este pelo princípio da presunção de culpabilidade decorrente da criminalização de crimes de perigo abstrato;
- (f) dano ao princípio da igualdade, no momento em que há diferenciação na criminalização de algumas substâncias que causam dependência física e/ou psíquica e há permissão de uso e comércio de outras;
- (g) avaria ao princípio do pluralismo (princípio da autonomia cultural), pois o consumo de drogas é encontrado em culturas distintas;
- (h) deterioração dos princípios da intimidade e da vida privada, eis que o consumo é tipificado para uso próprio;
- (i) grave dano ao princípio do devido processo legal, duplo grau de jurisdição e presunção da inocência decorrente da exigência de o réu recolher-se à prisão para o apelo; e
- (g) substituição do princípio da intervenção mínima por uma concepção panpenalista no Direito.

Os tópicos elencados determinariam inconstitucionalidade material à Lei de Entorpecentes, sendo mister afastar a legislação da esfera jurídica. O

instrumento eficaz para tal seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) pois, devido aos seus efeitos vinculatórios *erga omnes*, retiraria a lei do cenário jurídico-político-criminal.

No entanto, devido à interpretação conservadora do Supremo Tribunal Federal, é inadmissível Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei anterior à Constituição de 1988.

O argumento utilizado é a impossibilidade de inconstitucionalidade superveniente, ou seja, o vício da inconstitucionalidade somente pode ser apurado no momento de manufaturada a lei - "*lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente*". Reiterando jurisprudência cinquentenária, o Supremo Tribunal acolheu a tese da recepção das normas pré-existentes (Kelsen). Não haveria, segundo este posicionamento, normas inconstitucionais, porque a Constituição, fundamento primeiro de validade, as tornariam inválidas. Todavia, a Constituição, por si só, não declara inconstitucionais (inválidas) normas. Deve haver órgão competente para tal e no Brasil, não havendo um Tribunal Constitucional, decide como se fosse o Supremo Tribunal.

A opção dos Ministros em não aceitar a tese advogada por Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio Farias de Mello e Néri da Silveira impossibilita o controle preventivo da constitucionalidade das leis. A possibilidade que resta é o moroso controle concreto (por via de exceção), vinculando apenas os atores do processo (efeito *inter partes*).

Apesar de pretensamente eficaz, o posicionamento analítico revela-se totalmente ambíguo, pois parte dos postulados de supremacia, rigidez e hierarquia constitucional, mas lhe impossibilita normatividade.

Na esfera penal, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (*Jurisprudência do Terror*) solidifica estatutos em total contrariedade com os preceitos garantidores expressos na Constituição Federal de 1988, criando a anomalia de encontramos leis penais inconstitucionais válidas (*Direito Penal do Terror*).

Remetendo nosso estudo do plano intra-sistemático (Teoria do Crime) para o nível constitucional, percebemos, ainda, que a Carta Magna, segundo os teóricos italianos Palazzo e Bricola, estabelece ao Direito Penal nova conceituação ao delito e rumos específicos de incidência (cláusulas criminalizantes e descriminalizantes).

Alheio aos conceitos analíticos e formais e determinando ao bem jurídico (conceito material) feição constitucional, o delito passa a ser encarado como fato típico que agride valor/bem constitucionalmente relevante, passível de sanção racional, humana e proporcional (*conceito constitucional material de delito*).

Torna-se paradigmático, pois, o processo de tipificação, em harmonia com os valores e princípios constitucionais, os quais passam a ser balizadores de todo o ordenamento jurídico-penal. O desrespeito a esta principiologia valorativa acarretaria, como vimos, em inconstitucionalidade material.

No entanto, ao passo que a Constituição elabora princípios negativos norteadores do tipo (cláusulas descriminalizantes), reafirmando sua normatividade, indica rumos de incidência ao hierarquizar bens (cláusulas criminalizantes).

Se a Constituição de 1988 nos possibilitou teia principiológica no sentido de erradicar normas inferiores (pretéritas, presentes ou supervenientes)

inadequadas, orientou, da mesma forma, o legislador ordinário para criminalizar condutas consideradas relevantes pelo legislador originário (normas constitucionais penais).

Em decorrência das cláusulas criminalizantes, a Constituição produziu grande impacto na política-criminal de drogas. Ao tratar da extradição, o texto nega esta possibilidade a qualquer brasileiro nato ou naturalizado. Ressalva, porém, que haverá possibilidade ao naturalizado, se “*comprovado envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins*” (art. 5º, LI). O tratamento direcionado ao traficante, e tão-somente a este, hierarquiza o comércio ilícito em nível superior na categorização dos delitos, visto que, desde uma visão material-constitucional, a eleição dos bens e valores relativos à matéria criminal é procedente do estatuto superior.

Neste universo, duas normas específicas referentes às drogas, e terceira, decorrente da criminalização das primeiras, foram elaboradas. A primeira, derivada do artigo 243 da Constituição, dispôs sobre a expropriação de glebas e assentamento de colonos em terras onde fossem localizadas culturas ilegais de plantas entorpecentes (Lei 8.257/91). Posteriormente, ocorreu a adequação do artigo 5º, XLIII, que incriminava os denominados ‘Crimes Hediondos’ e, em decorrência desta última, foi proposta lei que regulamenta os meios institucionais de repressão ao ‘Crime Organizado’.

Em sua totalidade, as legislações criminais advindas da Constituição de 1988 primam pela represália ao tráfico de entorpecentes. Não obstante, percebemos notável influência do *mass media*, braço forte dos movimentos da ‘Lei e Ordem’, na inclusão do dispositivo que originou a Lei 8.072/90. Ao movimento neo-repressivo, privilegiador de modelo político

autoritário, é agregado, na matéria das drogas, o fato da realização da Conferência Especial Interamericana sobre o Narcotráfico (Rio de Janeiro, 1986). O respaldo nacional, ao sediar o encontro, publicizado pelos meios de comunicação de massa, preparam o terreno para a inclusão do dispositivo constitucional.

Surpreendentemente, as leis oriundas da Constituição, principalmente a Lei dos Crimes Hediondos, apresentarão graves falhas e incontestáveis danos aos princípios estabilizadores das normas infra-constitucionais. Os mesmos vícios poderemos notar na Lei do Crime Organizado.

Se a Lei dos Crimes Hediondos e a Lei do Crime Organizado apresentavam impropriedades a título político-criminal na adoção de modelo passional, panpenalista e neo-retributivista, estas (impropriedades) serão radicalmente opostas às garantias individuais pétreas.

O modelo legislativo ampliado (Lei de Entorpecentes, regimes jurídicos decorrentes da Constituição de 1988, Lei dos Crimes Hediondos e Lei do Crime Organizado) possibilitará o diagnóstico de suas ideologias conformadoras, permitindo, assim, a visualização de importantes arestas da Política Criminal brasileira de drogas: ideologia da Defesa Social (nível dogmático) e movimentos da 'Lei e Ordem' (nível legislativo).

Principalmente através da terminologia, notamos a formação de um modelo legal e dogmático de 'guerra às drogas', solidificado a partir de visão maniqueísta da sociedade e do mundo. A modelagem maniqueia da Dogmática jurídico-penal tem origem na ideologia da Defesa Social, presente desde o modelo jurídico clássico, que derrocou o modelo inquisitorial. Esta

ideologia universalista absorve gama principiológica que, além de invadir o senso comum teórico dos juristas, é representada por toda a sociedade. Entre os princípios estruturantes, podemos destacar o ‘princípio do bem e do mal’, que instrumentaliza a fragmentação social, e o ‘princípio do interesse social e do delito natural’, que pressupõe o delito como qualidade ontológica de determinadas pessoas, cujo atuar viola valores (bens) homogeneamente protegidos e consensualmente aceitos.

A principal consequência da assunção desta principiologia é a formação do mito do Direito Penal igualitário, onde a vulnerabilidade decorrente do processo de seleção e etiquetamento seria distribuída identicamente a todos os indivíduos.

A ideologia da Defesa Social, legitimadora da estrutura vertical e seletiva do sistema penal, obstaculiza a recepção de valores constitucionais como pluralismo, tolerância e respeito à diversidade - entendida como pressuposto mínimo da igualdade, ou seja, ‘igualdade na diferença’. A tese da diversidade, cujas implicações remeteriam o sistema ao pleno respeito das autonomias culturais e da liberdade individual, reduz-se drasticamente, pois a ideologia da Defesa Social reitera o ‘princípio da culpabilidade’ com todas as suas implicações (determinação de valores homogêneos).

Sucedâneo à formação do Direito Penal igualitário, pressupõe-se o delito como anomalia social passível de erradicação, visto que a delinquência é amplamente associada aos delitos contra a pessoa. Olvidam-se os delitos contra a economia popular, contra o meio ambiente e contra o patrimônio público, pois sua visualização é mínima. Por outro lado, este tipo de delito é praticado por indivíduos de alto *status* social, impossíveis de serem alcançados pelo

processo de estigmatização. A 'guerra contra a delinquência' passa a ser, então, guerra contra os miseráveis.

A reação contra a criminalidade desvenda o processo de luta de classes presente em nossa sociedade tardo-capitalista.

Se a Defesa Social foi (é) a ideologia base da dogmática jurídico-penal, os movimentos da 'Lei e Ordem' viabilizarão o processo legislativo. Enquanto esta instrumentalizará a elaboração legal positivamente, aquela agirá negativamente no que diz respeito à interpretação da lei.

O movimento da 'Lei e Ordem' sustenta a harmonização social a partir da lei penal opressora, isto é, somente com legislações rígidas obter-se-á devido controle social. A ânsia por edições e reedições de estatutos criminais (inflação penal legislativa/sobrecriminalização) e a idéia de que a esfera adequada para dirimir os conflitos sociais é a penal (panpenalismo) acaba por legitimar a intolerância como política e o autoritarismo como regime.

Mas, se os movimentos de 'Lei e Ordem' estabelecem os parâmetros legiferantes e se a ideologia da Defesa Social determina a forma de interpretação da Lei, a forma de instrumentalização do controle social formal terá como ideologia conformadora a Segurança Nacional.

Adstrita ao plano da Segurança Pública, a ideologia da Segurança Nacional induz as políticas públicas ao processo de militarização do controle. Fundado em categorias como geopolítica e bipolaridade, esta ideologia, com o final da 'guerra fria', desloca seu espectro de atuação para a segurança dos Estados democrático-constitucionais.

Deslocando a análise conceitual para a prática do sistema político-criminal, percebemos que a ideologia da Segurança Nacional se estrutura a partir de tese romântica: a busca do inimigo perdido.

Alessandro Baratta, ao desvendar o papel dos drogaditos na sociedade percebe que

**“Su función consiste en ser los sujetos de una transferencia de los conflictos y dei ‘mal’, desde la sociedad en general, a un grupo particular. Autodefiniéndose, por el peso de la presión externa en esta identidad desviada ellos cumplen de manera muy exitosa la función de chivo expiatório y al mismo tiempo de ‘enemigo interno’”<sup>2</sup>.**

Apesar do advento da Constituição de 1988, toda a estrutura da segurança pública continua sendo militarizada e a formação pedagógica e a chefia dos órgãos encarregados está ainda em mãos de militares, o que torna compreensível a necessidade imperativa de redescobrir o inimigo interno.

A criminalidade convencional passa a ser, desta forma, o mal a ser eliminado e neutralizado pela força.

Claro exemplo deste processo, no Brasil, foi a intervenção militar no Rio de Janeiro e a elaboração do *Programa de Ação Nacional Antidrogas* (PANAD). No exemplo paradigmático carioca, o modelo beligerante foi despido, propiciando ao pesquisador a formulação da hipótese do ingresso do Brasil na ‘guerra às drogas’, imposta pela política externa norte-americana às nações andinas desde meados da década passada.

Nota-se, então, desde tríplice visualização, que os princípios do bem e do mal, da culpabilidade, do interesse social, do delito natural, da

---

<sup>2</sup> Alessandro BARATTA, *Fundamentos ideológicos de la actual Política Criminal sobre drogas...*, p. 34.



igualdade, da legitimidade e do fim/prevenção são potencializados por ideologias diversas que coexistem harmonicamente, independentemente do seu objeto específico de incidência. Estas funções reais expostas opõem-se radicalmente às funções declaradas pelo sistema, apesar do discurso oficial negar tal assertiva, evidenciando o fracasso anunciado da Política Criminal brasileira, em especial da política de combate às drogas. Aliás, a disfunção entre funções reais e funções declaradas do sistema penal tem sido tema de amplo debate nas vertentes críticas em Criminologia.

Desde a recepção dos postulados do paradigma da Reação Social, pelos criminólogos críticos, constatou-se a falta de adequação entre os princípios sustentados pela Criminologia, Política Criminal e Direito Penal tradicional e o funcionamento empírico do sistema.

Como alternativa para dirimir os efeitos perversos do sistema de repressão penal na sociedade, a crítica criminológica passou a estabelecer programas práticos de ação, onde a descriminalização demonstrou-se como ponto fundamental e consensual entre as várias correntes críticas. Os colóquios preparatórios ao XI Congresso Internacional de Direito Penal (Bellagio e Nova York) tornaram-se marcos no debate sobre a minimização da incidência do sistema penal. A discussão sobre descriminalização, reflexo da maturidade dos movimentos críticos e contraponto da inflação legal em matéria penal, direciona a reflexão acadêmica à formação de Políticas Criminais alternativas.

Opostas à concepção meramente estatal de controle social, as Políticas Criminais alternativas visualizam perspectiva informal ao controle, baseada na horizontalização, e respostas comunitárias ao desvio.

Negando as categorias da Criminologia Positivista (micro-criminologia etiológica), a Criminologia da Reação Social propõe como objeto de estudo os processos de criminalização primária (lei penal), criminalização secundária (etiquetamente via ação das agências), penalização (estigmatização) e as formas reativas da sociedade. Ascende, desta forma, ao patamar macro-sociológico no qual os processos de criminalização/descriminalização revelam-se fundamentais. Da mesma forma, a perspectiva macro-sociológica possibilita relacionar o modelo tradicional (beligerante) com o modelo alternativo (pluralista e tolerante).

Se a grande mácula do sistema era a fundamentação panpenalista e a inflação legal, o processo inverso seria o primeiro passo para dirimir o quanto possível a seletividade, o etiquetamento, a estigmatização e, em consequência, os custos da criminalização dos grupos societários. Destarte, a crítica se direciona ao substrato ideológico que conforma o falso modelo de (in) justiça criminal.

Além do processo descriminalizante (formal), os teóricos críticos atuam no compromisso de subverter a lógica tradicional do jurista, propondo desde o *uso alternativo do direito* (descriminalização judicial) ao estudo do papel da opinião pública na (des)legitimação do sistema (descriminalização fática).

Partindo do pressuposto de que o objeto e os limites do Direito Penal são os Direitos Humanos (Baratta), a tutela destes deveria ser realizada fora do sistema, pois este demonstrou ser, historicamente, o maior violador dos Direitos Humanos (Zaffaroni). Diminuindo o *input*, processo de deflação legislativa, restringe-se quantitativamente o processo de criminalização

(primária e secundária) e, conseqüentemente, os Direitos Humanos são preservados.

Assim, a descriminalização pode ser conceituada como os processos pelos quais os desviantes se mantêm alheios à reação institucional ou social pela falta de lei penal, iniciativa no processo, sentença condenatória e reprovação comunitária.

Todavia, a réplica às propostas minimizadoras, frente ao fato da falta de legitimidade do modelo, desqualificam a crítica e (re) legitimam o sistema. Se é notória no meio acadêmico a disfunção entre o discurso real e o declarado, a descriminalização possibilitaria a comprovação desta tese. No entanto, a comprovação implodiria, desde perspectiva interna, a mitologia na qual esta imerso o Sistema Penal. Demonstrar-se-ia que, durante todo o processo histórico, o controle social foi exclusivo de órgão cujo funcionamento ao invés de garantir direitos desrespeita-os.

O sistema de drogas seria notável nesta desmistificação. A eleição da droga e de seus comerciantes como os novos inimigos da sociedade global reduz toda a problemática ao âmbito do penal, impossibilitando totalmente efetivas soluções, porque o penal demonstrou sua total incapacidade resolutive e, pelo contrário, somente potencializou efeitos perversos.

Da promessa de contramotivação, o modelo repressivo às drogas estabeleceu regime de criminalização secundária; ao tutelar retoricamente a igualdade, lesionou a diversidade, seu pressuposto mínimo; ao reprimir o consumo pelo fato de representar perigo social, estigmatizou o usuário; e, no intuito de eliminar o tráfico ilícito, incidiu seu poder genocida em segmentos sociais que se utilizam do comércio de drogas ilícitas para manter sua sobrevivência (estado de necessidade) ante a crise econômica das sociedades

periféricas. A manutenção da ilegalidade da droga produziu sérios problemas sanitários, elevou o preço da mercadoria sem controle de qualidade, originou o problema da corrupção das agências de controle, estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes, restringiu os programas preventivos, selecionou condutas sem vítima, desestruturando o modelo garantidor, e proporcionou a formação de regime beligerante que contradita com os postulados dos Direitos Humanos.

O pretense fracasso dos programas político-criminais da droga, entretanto, pode ser avaliado sob o prisma foucaultiano em verdadeiro espírito crítico. Assim, Baratta demonstra que

**“Foucault nos ha mostrado lo productivo que es, para un análisis científico de la cárcel, dejar la perspectiva ideológica del fracasso y utilizar la historia del éxito; dejar de lado las funciones declaradas para interpretar el fenómeno por medio de una reconstrucción de las funciones realmente cumplidas. Desde este punto de vista, en efecto, reconstruir funciones económicas y políticas que puedan explicar históricamente cuán exitoso ha sido y sigue siendo el gran esfuerzo llevado a cabo para la construcción de la actual política de la droga en los años sesenta; su utilización y mantenimiento en nuestros días, no obstante la evidencia del fracasso”<sup>3</sup>.**

Perceber desta forma o modelo transnacional de controle da droga permite visualizar o porquê da imprescindível necessidade das atuais Políticas Criminais em estabelecer políticas de guerra, estruturadas na eliminação. É

---

<sup>3</sup> Alessandro BARATTA, *Introducción a la Criminología de la Droga*, p. 343.

*conditio sine qua non* ao processo de transnacionalização a relegitimação do sistema penal, deslegitimado pelas teorias críticas. Todavia, esta relegitimação implica, necessariamente, a quebra de garantias individuais e a lesão aos Direitos Humanos.

Se é característica fundamental do Estado moderno a reivindicação do monopólio do uso legítimo da violência (Weber), e esta violência é instrumentalizada pelo sistema penal, a deslegitimação deste sistema implica, em última instância, a deslegitimação da concepção de Estado nos moldes atuais.

A resistência a esta concepção formal, monopolizadora do controle social, somente poderá advir de amplo processo descriminalizador, estruturado em paradigma pluralista, onde a tolerância e o respeito ao diverso representem respostas periféricas para problemas da região marginal.

A descriminalização aparece, assim, como fundamento básico para garantia dos Direitos Humanos.

A necessidade premente de secularizar o discurso da droga implica, na realidade brasileira, a defesa de projetos alternativos, como o apresentado por Kosovsky, e a total negação dos projetos inseridos no contexto da globalização do controle social, pois reiteram concepção ahistórica e universalizante da sociedade, minimizando as autonomias culturais. A possibilidade real de aprovação de uma nova legislação de entorpecentes sob o enfoque beligerante configura a instauração de regime legal de terror, onde o homem passa a ser mero instrumento da vontade do Estado e de suas tratativas político-econômicas.

Somente com o processo descriminalizador poderemos pensar em políticas preventivas eficazes, em informação educacional, incentivo agrícola

de culturas alternativas e, quiçá, na possibilidade, em momento inicial, do monopólio e regulamentação estatal das substâncias.

Mais que uma utopia, a descriminalização deve representar, como afirma Baratta<sup>4</sup>, utopia concreta, realizável e perseguida pelas legislações, pelos juristas e pela sociedade.

O projeto descriminalizador e a formação real de Políticas Criminais alternativas são as únicas possibilidades de resistência aos modelos de guerra e de tutela eficaz dos Direitos Humanos.

---

<sup>4</sup> Alessandro BARATA, *op. cit.*, p. 345.

## Bibliografia\*

### OBRAS

. **ALTHUSSER, Louis.** *Aparelhos Ideológicos do Estado.* trad. Walter Evangelista e Ma. Viveiros de Castro. Rio de Janeiro: Graal, 1983.

. **ANCEL, Marc.** *A Nova Defesa Social.* trad. Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, s/d.

. **ANDRADE, Vera Regina Pereira de.** *Dogmática e Sistema Penal: em busca da segurança jurídica prometida.* Tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1994.

\_\_\_\_\_. *O penitenciário aos olhos do penal/criminal: o modelo de guerra e o encarceramento simbólico do perigo* (conferência). Salvador, I Encontro de Direito Alternativo do Nordeste e I Seminário de Alternativas ao Sistema Penal, nov., 1995.

---

\* A Bibliografia elencada foi somente a utilizada e citada no corpo desta dissertação.

\_\_\_\_\_. *Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum*. Florianópolis: mimeo, 1995.

. **ARAÚJO Jr. João Marcelo de**. *Os grandes movimentos de política criminal de nosso tempo - aspectos. Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 65-79.

\_\_\_\_\_. *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

\_\_\_\_\_. A problemática das drogas na América Latina: primeiras conclusões do Projeto Alternativo do Rio de Janeiro. *Drogas: abordagem interdisciplinar*. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris, 1990. ano 3, V. 3., p. 122-134.

. **BARATTA, Alessandro**. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. trad. Álvaro Búnster. 4. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1993.

\_\_\_\_\_. *Introducción a la criminología de la droga*. trad. Mauricio Martínez. Nuevo Foro Penal. Bogotá: Temis, 1988. n° 41, p. 329-347.

\_\_\_\_\_. *Introducción a una sociología de la droga: problemas y contradicciones del control penal de las drogodependencias*. trad. Mauricio Martínez. Seminario de Derecho Penal e Instituto de Criminología (coord.) Estudios Penales en memoria del profesor Augustin Fernandez-Albor, 1989. p. 73-91.

\_\_\_\_\_. *Resocialización o Control Social: por un concepto crítico de reintegración social del condenado*. **ARAÚJO Jr. João Marcelo de** (coord).



*Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel.* trad. Mauricio Martinez. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p. 251-265.

\_\_\_\_\_. *Criminologia e Dogmática atual: passado e futuro do modelo integrado da ciência penal.* trad. de Paolina Hrlyniecicz. Revista de Direito Penal. Rio de Janeiro, 1981. v. 31, p. 05-37.

\_\_\_\_\_. *Principios del Derecho Penal Mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal.* trad. Beatriz Lenzi. Doctrina Penal. Buenos Aires: Depalma, 1987. n° 40, p.623-650.

\_\_\_\_\_. *Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico.* trad. Ana Lúcia Sabadell. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. n° 05, p. 05-24.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos ideológicos de la actual Política Criminal sobre Drogas: reflexiones al rededor de la teoría del poder en Michel Foucault.* trad. Maurício Martínez. Anais do Congresso Internacional de Vitimologia. Rio de Janeiro, 1991. p. 29-42

. **BARRETO, Menna.** *Estudo da nova lei de tóxicos.* 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

. **BATISTA, Nilo.** *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 1990.

\_\_\_\_\_. *Punidos e Mal Pagos: justiça, violência, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.* Rio de Janeiro: Revan, 1990

\_\_\_\_\_. *Algumas Palavras Sobre Descriminalização.* Revista de Direito Penal. São Paulo, 1974. v. 13/14, p. 28-40.

\_\_\_\_\_. *A Criminalidade Policial*. Fragmentos para uma Introdução Crítica à Retórica da Segurança Pública. Rio de Janeiro: IAJUP, 1994. p. 27-34.

\_\_\_\_\_. *Entrevista Coletiva*. Rede Bandeirantes de Televisão, dezembro, 1994.

. **BECCARIA, Cesare de Bonesana, Marquês de**. *Dos Delitos e das Penas*. trad. Paulo Oliveira. 6. ed. São Paulo: Atena, 1959.

. **BERGALLI, Roberto**. Observaciones Críticas a las Reformas Penales Tradicionales. **Mir Puig, Santiago (et alli.)**. *Política Criminal e Reforma del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. p. 251-271.

. **BISCAIA, Antonio Carlos Silva**. *Ministério Público e Controle Externo das polícias Cíveis e Militares*. Fragmentos para uma Introdução Crítica à Retórica da Segurança Pública. Rio de Janeiro, IAJUP, 1994.

. **BOBBIO, Norberto**. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. trad. Ma. Celeste C. L. dos Santos. São Paulo: Pólis, Brasília. EDUnB, 1989.

\_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

. **BORGES Fo., Nilson**. *Os Militares no Poder*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

. **CANESTRI, Francisco.** *Los Procesos de Decriminalización desde un punto de vista Criminológico: especial referencia del medio latinoamericano.* Estudos Jurídicos, São Leopoldo, 1975. n° 14, p. 33-36.

. **CANOTILHO, J. J. Gomes.** *Direito Constitucional.* 2.ed. Coimbra. Almedina, 1980.

\_\_\_\_\_. & **Moreira, Vital.** *Fundamentos da Constituição.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

. **CAPELLER, Wanda de Lemos.** *Fênix e o eterno retorno: a dialética entre a imaginação criminológica e a força do Estado.* **ARRUDA Jr., Edmundo Lima de** (org.). *Lições de Direito Alternativo.* São Paulo: Acadêmica, 1992. 2o. volume.

. **CARVALHO, Amílton Bueno de.** *Direito Alternativo na Jurisprudência.* São Paulo: Acadêmica, 1994.

\_\_\_\_\_. *Magistratura e Direito Alternativo.* São Paulo: Acadêmica, 1992.

\_\_\_\_\_. *Atuação dos juízes Alternativos Gaúchos no Processo de Pós-transição Democrática (ou uma práxis em busca de uma teoria).* Direito Alternativo (Anais do Evento comemorativo do Sesquicentenário do Instituto dos Advogados Brasileiros). Rio de Janeiro: IAB, 1994. p. 29-32.

\_\_\_\_\_. (coord.). *Revista de Direito Alternativo.* São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 03.

. **CARVALHO, Márcia Dometila Lima de.** *Fundamentação Constitucional do Direito Penal.* Porto Alegre: Fabris, 1992.

. **CARVALHO, Salo de.** *O Fenômeno Magnaud.* **CARVALHO, Amilton Bueno de** (coord.). *Revista de Direito Alternativo.* São Paulo: Acadêmica, 1994. v. 03, p. 177-197.

\_\_\_\_\_. *Mitos sobre a Escola do Direito Livre.* *Revista de Estudos Jurídicos.* São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1993. v. 26, no. 68, p. 111-128.

\_\_\_\_\_. *Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial.*

**WOLKMER, Antonio Carlos.** *Fundamentos de História do Direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 143-164.

\_\_\_\_\_. *Sobre a Completude do Ordenamento Jurídico: um estudo normativo sobre as lacunas nas teorias de Hans Kelsen e Norberto Bobbio.*

**BUSTAMANTE, Ricardo & SODRÉ, Paulo César.** *Ensaio Jurídico: o Direito em Revista.* Rio de Janeiro: IBAJ, 1996. p. 97-115.

\_\_\_\_\_. **& RUDNICKI, Dani.** *Perspectiva Minimalista da Tutela do Meio Ambiente.* **TUBESNCHLAK, James** (coord.). *Doutrina.* Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1996. p.320-329.

. **CASTRO, Lola Anyar.** *Criminologia da Reação Social.* trad. Ester Kosovsky. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

. **CERNICCHIARO, Luiz Vicente & LYRA Fo, Roberto.** *Compêndio de Direito Penal.* São Paulo: Bushatsky, 1973. v. 01.

. **CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth.** *Vítimas de Abuso de Poder Público: Violência Policial. Fragmentos para uma Introdução Crítica à Retórica da Segurança Pública.* Rio de Janeiro, IAJUP, 1994.

. **CERVINI, Raul.** *Los Procesos de Decriminalización.* 2. ed. Montevideo: Editorial Universidad LTDA, 1991.

\_\_\_\_\_. *Incidencia de las 'mass media' en la expansión del control penal en latinoamerica.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1994. no. 05, p.37-54.

\_\_\_\_\_. *Toxicos: criminalidad organizada: su dimension economica.*

**PENTEADO, Jaques de Camargo.** *O Crime Organizado (Itália e Brasil) e a Modernização da Lei Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 117-148.

\_\_\_\_\_. **& GOMES, Luis Flávio.** *Nuevos aportes al analisis del delito organizado como fenómeno global (aspectos criminológicos y jurídicos).* Crime Organizado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

. **CHIAVARIO, Mario.** *Direito Humanos, Processo Penal e Criminalidade Organizada.* trad. Maurício Zanoide de Moraes. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, 1994. nº 05, p. 25-36.

. **CINTRA Jr., Dyrceu Aguiar Dias.** *Da necessidade de se demonstrar o perigo concreto, ainda que indeterminado, na contravenção de falta de habilitação para dirigir.* Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1995. v. 712, p. 343-346.

- . **CIRINO DOS SANTOS, Juarez.** *As raízes do crime.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- . **CLÈVE, Clèmerson Merlin.** *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.* São Paulo: RT, 1995.
- . **COHEN, Stanley.** *Visões de control social.* trad. Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988.
- . **COMBLIN, Joseph.** *A Ideologia da Segurança Nacional: o poder militar na América Latina.* trad. Veiga Fialho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1977.
- . **COSTA, Alvaro Mayrink da.** *Teoria do Tipo.* **ARAUJO Jr. João Marcello de.** *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso.* Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 61-97.
- . **COSTA Jr, Paulo José da.** *Curso de Direito Penal: parte geral.* São Paulo: Saraiva, 1991.
- \_\_\_\_\_. *O Direito de estar só: tutela penal da intimidade.* 2. ed. São Paulo: RT, 1995.
- \_\_\_\_\_. **& GREGORI, Giorgio.** *Direito Penal Ecológico.* São Paulo: Cetesb, 1981.

\_\_\_\_\_. & CERNICCHIARO, Luis Vicente. *Direito Penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: RT, 1995.

. DELMANTO, Celso. *Tóxicos*. São Paulo: Saraiva, 1982.

. DELMAS-MARTY, Mireille. *Modelos e Movimentos de Política Criminal*. trad. Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

. ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 11. ed. São Paulo: Perspectiva, 1994.

. ESPÍNOLA Fo. Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. tomo III.

. FERNANDES, Antônio Scarance. *Crime Organizado e a legislação brasileira*. PENTEADO, Jaques de Camargo. *O Crime Organizado (Itália e Brasil) e a Modernização da Lei Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 31-55.

. FERRAJOLI, Luigi. *El Derecho Penal Mínimo. Poder y Control*, Barcelona, 1986. nº 00, p. 25-48.

\_\_\_\_\_. *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*. trad. Perfecto Ibáñez (et alii). Madri: Trotta, 1995.

- . **FLACH, Luiz Matias.** *Entorpecentes, drogas que causam dependência física ou psíquica não relacionadas pelo poder público: aplicação penal no caso.* Estudos Jurídicos, São Leopoldo, 1973. nº 08, p. 65-68.
- . **FOUCAULT, Michel.** *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões.* trad. Lúcia Vassallo. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Microfísica do Poder.* trad. Roberto machado. 6. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.
- . **FRAGOSO, Heleno Cláudio.** *Lições de Direito Penal: parte geral.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- . **FRANCO, Alberto Silva.** *Crimes Hediondos.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- \_\_\_\_\_. (et. alii.). *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- . **FREITAS, Juarez.** *A Substancial Inconstitucionalidade da Lei Injusta.* Petrópolis. Vozes, Porto Alegre: EDIPUCRS, 1989.
- . **GABEIRA, Fernando.** *Entrevista.* Revista Boom. São Paulo; Editorial BWE, 1995. ano 01, no. 04, p. 73-75.



- . **GAUER, Ruth Ma. Chittó.** *Uma leitura antropológica do uso de drogas.* In: *Drogas: abordagem interdisciplinar.* Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris, 1990. ano 3, V. 3., p. 59-64.
- . **GOMES, Luiz Flávio.** *Suspensão Condicional do Processo: o novo modelo consensual de justiça criminal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Tendências Político-criminais quanto à Criminalidade de Bagatela.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. no. de lançamento, p. 88-109.
- \_\_\_\_\_. & **CERVINI, Raúl.** *Crime Organizado.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- . **GRECO Fo. Vicente.** *Tóxicos: prevenção e repressão.* 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- . **GREENHALGH, Luiz Eduardo.** *Segurança Pública e Ideologia de Segurança Nacional.* Fragmentos para uma Introdução Crítica à Retórica da Segurança Pública, Rio de Janeiro, IAJUP, 1994.
- . **GRINOVER, Ada Pellegrini (et. all.)** *Juizados Especiais Criminais.* São Paulo: RT, 1996.
- . **HASSEMER, Winfried.** *Três Temas de Direito Penal.* Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

\_\_\_\_\_. *Perspectivas de uma moderna Política Criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1994. n° 08, p. 41-68.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos del Derecho Penal*. trad. Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

\_\_\_\_\_. *Segurança Pública no Estado de Direito*. **CARVALHO, Amilton Bueno de** (dir.). *Revista de Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994. no. 04, p. 20-38.

. **HULSMAN, Louk**. *Descriminalização*. Revista de Direito Penal, São Paulo, 1973. v. 9/10, p. 07-26.

\_\_\_\_\_. & **De Celis, J. B.** *Penas Perdidas*. Niterói: Luam, 1993.

. **JESCHECK, Hans Heirich**. *Rasgos Fundamentales del Movimiento Internacional de Reforma do Derecho Penal*. **Mir Puig, Santiago (et alli.)**. *Política Criminal e Reforma del Derecho Penal*. Bogotá: Temis, 1982. p. 235-250.

. **JESUS, Damásio E.** *Crimes Hediondos*. **ARAÚJO Jr. João Marcelo de (coord)**. *Sistema Penal para o Terceiro Milênio: atos do colóquio Marc Ancel*. trad. Mauricio Martinez. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991 (a). p.247-250.

\_\_\_\_\_. *Crimes Hediondos*. **ARAÚJO Jr. João Marcello de**. *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992 (b). p. 135-154.

- . **KARAM, Maria Lúcia.** *De crimes, penas e fantasias.* Niterói: Luam, 1991.
- . **KELSEN, Hans.** *Teoria Pura do Direito.* trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.
- . **KHUN, Thomas.** *A Estrutura das Revoluções Científicas.* 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.
- . **LARRAURI, Elena.** *La herencia de la Criminología Crítica.* Madri: Siglo Veintiuno, 1991.
- \_\_\_\_\_. *Abolicionismo del Derecho Penal: las propuestas del movimiento abolicionista.* Poder y Control, Barcelona, 1986. n° 00, p. 95-116.
- . **LINS E SILVA, Tércio.** *Panorama do consumo de drogas no Brasil* (conferência). Florianópolis, Seminário Nacional sobre Drogas (Confen), abril, 1995.
- . **LISZT, Franz von.** *Tratado de Derecho Penal.* trad. Luis Jimenez de Asua. 3. ed. Madri: Instituto Editorial Reus, s/d. 2o. tomo.
- . **LOPES, José Mouraz.** *Notas sobre a nova legislação portuguesa sobre drogas.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 1993. n°3, p. 39-44.

- . **LÖWY, Michel.** *As Aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: Marxismo e Positivismo na Sociologia do Conhecimento.* 5. ed. São Paulo: Cortez, 1994.
- . **LUIZI, Luiz.** *Os Princípios Constitucionais Penais.* Porto Alegre: Fabris, 1991.
- \_\_\_\_\_. *O Tipo, a Teoria Finalista e a nova legislação penal.* Porto Alegre: Fabris, 1987.
- \_\_\_\_\_. *A legislação penal brasileira sobre enteopecentes: notícia histórica.* In: *Drogas: abordagem interdisciplinar.* Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris, 1990. ano 3, V. 3.
- . **MACHADO, Miguel Pedrosa.** *Breve confronto entre normas penais em branco e tipos abertos.* **BUSTAMANTE, Ricardo Silva de & TUBESNCHLAK, James** (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos.* Rio de Janeiro: IEJ, 1995. no. 11, p. 147-151.
- . **MAÑAS, Carlos Vico.** *O Princípio da Insignificância como Excludente da Tipicidade no Direito Penal.* São Paulo: Saraiva, 1994.
- . **MENDES, Néelson Pizzotti.** *A Nova Defesa Social: Verificação da obra de Marc Ancel.* Estudos Jurídicos, São Leopoldo, 1976. nº 12, p. 23-41.
- . **MIAILLE, Michel.** *Introdução Crítica ao Direito.* trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1989.

- . **MIRABETE, Julio Fabbrini.** *Crimes Hediondos: aplicação e imperfeições da lei.* **BUSTAMANTE, Ricardo Silva de & TUBESNCHLAK, James** (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos.* Rio de Janeiro: IEJ, 1995. no. 02.
- . **MIRANDA, Jorge.** *Manual de Direito Constitucional.* 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. Tomo II.
- . **MONREAL, Eduardo Novoa.** *Causalismo y Finalismo en Derecho Penal.* 2. ed. Bogota: Temis, 1982.
- . **OLMO, Rosa del.** *A Face Oculta da Droga.* Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- \_\_\_\_\_. *América Latina y su Criminología.* México: Siglo Veintiuno, 1984.
- \_\_\_\_\_. *O impacto da guerra americana à droga sobre o povo e as instituições democráticas da América Latina.* **ARAUJO Jr. João Marcello de.** *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso.* trad. Sidnay Alves Costa. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 585-596.
- \_\_\_\_\_. *La Internacionalización Jurídica de la Droga.* **BERGALLI, Roberto** (et. alii.). *América Latina: la justicia como deuda.* Bogota: Nueva Sociedad, s/d. p. 102-113.
- . **PALAZZO, Francesco C.** *Valores Constitucionais e Direito Penal.* trad. Géron Perreira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

- . **PRADE, Péricles L. Medeiros.** *Descriminalização e Despenalização: brevíssima abordagem.* Estudos em homenagem a Vicente Rao. São Paulo: Resenha Universitária, 1976. p. 357-372.
  
- . **PRESSBURGUER, Miguel.** *Seis hipóteses à procura de uma Tese.* Fragmentos para uma Introdução Crítica à Retórica da Segurança Pública, Rio de Janeiro, IAJUP, 1994.
  
- . **POSTALOFF, Miriam Gicovate.** *Los Procesos de Descriminalización.* Caracas: Ed. Universidad Nacional de Venezuela, 1982.
  
- . **RAMÍREZ, Juan Bustos.** *A Pena e suas Teorias.* trad. Cândida Salbert e Odone Sanguiné. Penas e Prisões. Porto Alegre: Fabris, 1992. p.90-113.
  
- . **RAMOS, João Gualberto Garcez.** *A Inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror".* Curitiba: Juruá, 1991.
  
- . **ROCCO, Arturo.** *El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal.* trad. Rodrigo Naranjo Vallejo. 2. ed. Bogotá: Temis, 1982.
  
- . **SANGUINÉ, Odone.** *Observações sobre o Princípio da Insignificância.* Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, 1990. V.03, n. 01, p. 36-50.

- . **SANTOS, Lycurgo de Castro.** *Tóxicos: algumas considerações penais.* Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, 1994. nº 05, p.120-126.
- . **SANTOS Jr., Belisário dos.** *Segurança Pública: conceitos e preconceitos.* Fragmentos para uma Introdução Crítica à Retórica da Segurança Pública, Rio de Janeiro, IAJUP, 1994.
- . **SARAIVA, Railda.** *A Constituição de 1988 e o Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- . **SILVA, Jorge da.** *Militarização da Segurança Pública e a Reforma da Polícia: um depoimento.* **BUSTAMANTE, Ricardo & SODRÉ, Paulo César.** *Ensaio Jurídico: o Direito em Revista.* Rio de Janeiro: IBAJ, 1996. p. 497-519.
- . **SOUZA, Ney Fayet de.** *A Crise da Pena e a Descriminalização.* Revista da Ajuris, Porto Alegre, 1977. v. 11, p. 25-36.
- \_\_\_\_\_. *A Sentença Criminal como Instrumento de Descriminalização e Argumentação de Sentença e o Arbítrio Judicial.* Estudos Jurídicos, São Paulo, 1979. V. 09, nº 25.
- \_\_\_\_\_. *Lei anti-tóxicos: reparos e sugestões para o art. 314 do novo Código Penal.* Estudos Jurídicos, São Leopoldo, 1972. nº 04, p. 55-62.

. **STOPPINO, Mario**. *Ideologia*. **BOBBIO, Norberto** (et. all.). *Dicionário de Política*. 5. ed. Brasília: EdUnB, 1993. 01 v., p.585-597.

. **STRECK, Lenio Luis**. *Direito Penal, Criminologia e Paradigma Dogmático: um (re)pensar crítico*. **BUSTAMANTE, Ricardo Silva de & TUBESNCHLAK, James** (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: IEJ, 1995. no. 11, p. 69-85.

. **SZNICK, Valdir**. *Direito Penal na Nova Constituição*. São Paulo: Ícone, 1993.

. **TAVARES, Juarez**. *Direito Penal da Negligência: uma contribuição à Teoria do Crime Culposos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

. **TOLEDO, Francisco de Assis**. *Crimes Hediondos (alguns aspectos importantes)*. **BUSTAMANTE, Ricardo Silva de & TUBESNCHLAK, James** (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: IEJ, 1991. no. 03, p. 204-218.

. **TORON, Alberto Zacharias**. *A proteção constitucional da intimidade e o art. 16 da Lei de Tóxicos*. **BUSTAMANTE, Ricardo Silva de & TUBESNCHLAK, James** (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: IEJ, 1991. no. 03, p. 33-54.

\_\_\_\_\_. *O indevido processo legal, a ideologia da 'Law and Order' e a falta de citação do réu preso para o interrogatório*. **BUSTAMANTE,**



**Ricardo Silva de & TUBESNCHLAK, James** (coord.). *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: IEJ, 1992. no. 05, p. 95-110.

. **VENTURA, Zuenir**. *A Cidade Partida*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 1994.

. **WEBER, Max**. *Ciência e Política: duas vocações*. trad. Leonidas Hegenberg e Octávio Mota. São Paulo: Cultrix, 1993.

. **WELZEL, Hans**. *Derecho Penal Aleman*. trad. Juan Bustos Ramíres e Sergio Yáñez Pérez. 11. ed. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1993.

. **WOLKMER, Antonio Carlos**. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

. **ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. *Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_. *La Legislación 'anti-droga' latinoamericana: sus componentes de Derecho Penal autoritário*. In: *Drogas: abordagem interdisciplinar*. Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre: Fabris, 1990. ano 3, V. 3., p. 16-25.

\_\_\_\_\_. *Política Criminal Latinoamericana: perspectivas y disyuntivas*. Buenos Aires: Hammurabi, s/d.

\_\_\_\_\_. *Manual de Derecho Penal*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

\_\_\_\_\_. *Entrevista*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. n. 09, p. 07-11.

## PERIÓDICOS

Jornal *Folha de São Paulo*, São Paulo, de 20/11/94.

Jornal *Folha de São Paulo*, São Paulo, de 23/11/94.

Jornal *Folha de São Paulo*, São Paulo, de 30/12/94.

Jornal *Folha de São Paulo*, São Paulo, de 10/05/95.

Jornal *O Globo*, Rio de Janeiro, de 05/04/1996.

Jornal *Zero Hora*, Porto Alegre, de 11/07/1996.

## BOLETINS

**ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.** *Informe de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes correspondiente a 1993.*

Nova York: ONU, 1994.

\_\_\_\_\_. *Report of the International Narcotics Control Board for 1994.*

Nova York: ONU, 1995.

\_\_\_\_\_. *Report of the International Narcotics Control Board for 1995.*

Nova York: ONU, 1996.

. **BOLETIN ANDINO SOBRE COCA, GUERRA CONTRA LAS DROGAS Y SECTORES POPULARES - K'INTU.** Bogota, Cochabamba y Lima: Aprodeh, ILSA Y C. Balderrama, 1993. Año 1, nº 01 (a), 02 (b) e 03 (c).

**PROPOSTA PARA UMA POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS.** Ministério da Justiça e Conselho Federal de Entorpecentes. Brasília, 1992.

## **LEGISLAÇÕES**

**Convenção Única de Entorpecentes de 1961.**

**Constituição Federal do Brasil de 1988.**

**Decreto-Lei no. 2.848,** de 07/12/1940 (Código Penal).

**Decreto-Lei no. 85.110,** de 02/09/1980 (Institui o Sistema nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes).

**Decreto-Lei no. 98.961,** de 15/02/1990 (Dispõe sobre a Expulsão de Estrangeiro condenado por Tráfico de Entorpecentes e Drogas afins).

**Decreto-Lei no. 154,** de 26/02/1991 (Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas).

**Lei no. 6.368**, de 21/10/1976 (Dispõe sobre medidas de Prevenção e Repressão ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Uso Indevido de Substâncias Entorpecentes ou que determinam Dependência Física ou Psíquica).

**Lei no. 7.209**, de 11/07/1984 (Nova redação à Parte Geral do Código Penal).

**Lei no. 8.072**, de 25/07/1990 (Dispõe sobre os Crimes Hediondos, nos termos do art. 5o., XLIII, da Constituição da República).

**Lei no. 8.257**, de 26/11/1991 (Dispõe sobre a Expropriação de Glebas nas quais se localizem culturas ilegais de Plantas Psicotrópicas)

**Lei no. 9.034**, de 03/05/1995 (Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a Prevenção e Repressão de ações praticadas por organizações Criminosas).

**Projeto de Lei no. 1.873**, de 1991 - Câmara dos Deputados (Dispõe sobre a Prevenção, o Tratamento, a Fiscalização e a Repressão do Tráfico Ilícito e do Uso indevido de Entorpecentes e Drogas afins).

**Projeto de Lei no. 2.454**, de 1991 - Câmara dos Deputados: conclusões da CPI do Narcotráfico (Dispõe sobre a Prevenção, o Tratamento, a Fiscalização e a Repressão do Tráfico Ilícito e do Uso indevido de Entorpecentes e Drogas afins).

**Projeto de Lei no. 2.765**, de 1992 - Câmara dos Deputados (Altera a Lei no. 6.368/76).

**Projeto de Lei no. 3.901**, de 1993 - Câmara dos Deputados (Dispõe sobre a Prevenção do Uso Indevido de Drogas).

**Projeto de Lei no. 094**, de 1993 - Senado Federal (Altera a Lei no. 6.368/76)

**Projeto de Lei no. 4.591**, de 1994 - Câmara dos Deputados (Dispõe sobre a Política Nacional de Drogas).

**Ante-projeto de Lei - CONFEN**, de 1995 (Dispõe sobre Entorpecentes, Substâncias Psicotrópicas e Precursores)