



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

ANA CAROLINA BELITARDO DE CARVALHO MIRANDA

**CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE: FUNDAMENTOS PARA
A EXCULPAÇÃO OU REDUÇÃO DE PENA DO PEQUENO
TRAFICANTE**

Salvador
2013

ANA CAROLINA BELITARDO DE CARVALHO MIRANDA

**CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE: FUNDAMENTOS PARA
A EXCULPAÇÃO OU REDUÇÃO DE PENA DO PEQUENO
TRAFICANTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Salvador
2013

ANA CAROLINA BELITARDO DE CARVALHO MIRANDA

**CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE: FUNDAMENTOS PARA
A EXCULPAÇÃO OU REDUÇÃO DE PENA DO PEQUENO
TRAFICANTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA como requisito à obtenção do Título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello.

Aprovado em ___ / ___ / _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr.: Sebastian Borges de Albuquerque Mello.
Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr.:
Universidade :

Prof. Dr.:
Universidade:

AGRADECIMENTOS

Eis que é chegada a hora da materialização de um sonho gestado com muito carinho e dedicação há dois anos. Os desafios deste palmar foram muitos, mas, com o apoio, carinho e incentivo da minha rede de suporte, todos eles foram aplainados. Por isto, há muito por agradecer...

A Deus, luz que me conduz e ilumina meus passos, por todas as suas incontáveis e incomensuráveis bênçãos, sem o qual sequer seria possível existir.

Ao meu saudoso “amigo-avô” Antônio Joaquim, *in memoriam*, que incutiu em mim a sede pela justiça, e o zelo pela bondade e verdade. Com ele tive o privilégio de aprender muitas das lições que refogem aos bancos da Academia, a começar pelo respeito e valorização do próximo, independentemente de seu status social. E de outro lado percebi que a maior riqueza a ser perseguida pelo ser humano é imaterial: a retidão de caráter.

À minha avó Iêda, minha grande incentivadora, de quem me orgulho, sobretudo, pela dignidade na condução da vida, fortaleza e fé inabaláveis.

Aos meus pais, minha fonte de inspiração e arrimo, por todo amor, carinho e compreensão. As palavras, neste particular, são deveras simplórias para traduzir a minha eterna gratidão por tudo. Em seu colo busquei refúgio muitas vezes, e com toda prontidão e acolhida, sempre fui acalentada nas horas mais difíceis, quando o risco de “sucumbência” se avizinhava. E a ternura e sabedoria de meus diletos mestres sempre foram o alento necessário para recobrar as forças e prosseguir.

Aos meus irmãos, Rogério e Gener, pelo amor, carinho e incentivo eternos.

A Ceres Cordeiro, Gerson, Paulinha, Cíntia, Rosana, Camila, Aline, Rafael Costa, Igor Lobo, demais amigos e professores das Sacramentinas, do Sartre, da graduação da UFBA, e os outros cativados ao longo da vida, que depositaram em mim a sua confiança e torceram pelo sucesso desta empreitada.

Ao amigo (anjo), Genilson, que tive a graça de conhecer ainda nos tempos da graduação. Poucas pessoas são privilegiadas com as virtudes que nele abundam, a exemplo da bondade, da presteza, do dom de cativar e do incondicional amor ao próximo. O seu sorriso largo e a eterna acolhida de braços abertos já são um “patrimônio imaterial” da faculdade de Direito da UFBA.

A Robério, aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito, e aos queridos Jurandir e Domingos, vocês foram, outrossim, meus “anjos da guarda”.

Aos colegas do mestrado, de modo particular e especial, aos amigos Rafael Bandeira, Indaiá Mota, Katiuscia Gil, Camilo Carvalho e Igor Lúcio Dantas, que fizeram do meu coração morada fixa.

A todos os professores do mestrado e da graduação na UFBA, que tanto contribuíram para o crescimento intelectual e pessoal, em especial, Rodolfo Pamplona, Dirley da Cunha, Marília Muricy e Selma Santana.

Ao meu querido orientador Sebastian Borges a quem devoto meu carinho, respeito e admiração. Por ter sido sua aluna ainda na graduação da UFBA, já era “fã” do seu trabalho, mas, o mestrado me trouxe a oportunidade ímpar de conhecê-lo um pouco melhor. E nele pude constatar a simbiose possível entre a excelência profissional e a humildade, acessibilidade, presteza e gentileza, suas sublimes companheiras. Todos os louros devotados a ele são poucos não somente pelas diretrizes fornecidas quanto à dissertação, mas, sobretudo por ser, em suma, um humano sem igual. Sem suas mãos para me conduzir certamente seria impossível alcançar esta meta.

Malgrado a dissertação seja o “requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito Público”, que é nominalmente meu, ele é dedicado a todos vocês. E ainda que o título teime em sugerir (erroneamente) o oposto, o exercício da aprendizagem perdura.

RESUMO

A presente dissertação aborda a possibilidade de exculpação do pequeno traficante a partir da aplicação do Princípio da Culpabilidade por Vulnerabilidade. Adotou-se os métodos hipotético-dedutivo, histórico, comparativo e monográfico. Com aporte em dados doutrinários e jurisprudenciais e sob um prisma multidisciplinar, tentou-se demonstrar a pecha da seletividade penal que conspurca a disciplina do tráfico ilícito de entorpecentes. Valendo-se da estratégia proibicionista, as classes dominantes mantêm os socioeconomicamente vulneráveis sob controle através do encarceramento, chancelado pelo discurso do medo. Incute-se no inconsciente coletivo a artificial necessidade do combate às drogas através da violência penal, especialmente pela difusão exaustiva pelos veículos da mídia de notícias avassaladoras, que indicariam a situação “ caótica” já instaurada. Visou-se à demonstração da nota moralizadora existente na classificação das drogas entre “lícitas” e “ilícitas”, que apenas fomenta o preconceito e a visão distorcida da problemática. De outro lado, tentou-se indicar a necessidade de regulamentação normativa no tocante à quantidade de drogas apreendidas, á semelhança do que ocorre em alguns ordenamentos estrangeiros, para reduzir a margem de discricionariedade policial. Isto porque, consoante objetivou-se demonstrar, esta lacuna normativa favorece o enquadramento dos indivíduos mais carentes como traficantes, ao passo que os mais abastados se valem do paradigma médico, livrando-se das sanções penais. Procurou-se ressaltar os aspectos que merecem reparos na matéria. Adotando-se como objeto de estudo o pequeno traficante em condição de vulnerabilidade, vislumbrou-se a possibilidade de, através da avaliação casuística, identificar elementos que comprometeriam a sua “autodeterminação”, levando-o à traficância. Tendo em vista que este é um dado essencial à perquirição da culpabilidade, chegou-se à constatação da inarredável aplicação do Princípio da Culpabilidade por Vulnerabilidade. Por meio deste, ante a omissão estatal em materializar as normas programáticas, assegurando condições de vida minimamente condignas aos seus tutelados, sugere-se o afastamento da culpabilidade ordinária. Aventou-se, ao revés, a repartição de culpas entre o Estado, a sociedade e o apenado como forma de instituir uma nova era para o Direito Penal neste particular, favorecendo-se a prolação de decisões eivadas de maior legitimidade e mais consentâneas com o ideal de justiça. É possível ainda, de outra sorte, minorar alguns dos problemas que assolam o sistema penal, a exemplo da superlotação carcerária, da reincidência criminosa, e da retroalimentação da violência.

Palavras-chave: Seletividade Penal- Princípio da Culpabilidade por Vulnerabilidade- Pequeno Traficante-Exculpação.

RÉSUMÉ

Cette thèse traite de la possibilité d'excuser le petit revendeur de l'application du principe de culpabilité concernant la vulnérabilité. Nous avons adopté les méthodes hypothético-déductives, historiques, comparatives et monographiques. Avec les données dans la doctrine et la jurisprudence et dans une perspective pluridisciplinaire, nous avons essayé de démontrer la sélectivité de la souillure criminelle qui pollue le trafic des stupéfiants. S'inspirant de la stratégie prohibitionniste, les classes dirigeantes gardent les vulnérables socioéconomiquement sous contrôle grâce à l'incarcération, sanctionné par le discours de la peur. Est installée dans l'inconscient collectif la nécessité d'une guerre contre la drogue artificielle par la violence criminelle, en particulier par diffusion à travers les médias de nouvelles écrasantes exhaustivement qui indiquent la situation «chaotique» déjà établie. Il vise à démontrer la note moralisatrice sur la classification des médicaments existants entre «licite» et «illicite», ce qui favorise seulement les préjugés et la vision déformée du problème. D'autre part, on a essayé d'indiquer la nécessité de règles de régulation quant à la quantité de drogue saisie, similaire à ce qui se passe dans certains pays étrangers, pour réduire le pouvoir discrétionnaire de la police. C'est parce que, selon visait à démontrer, cette lacune favorise le cadre normatif des personnes les plus démunies comme des trafiquants, alors que les plus aisés se font valoir du paradigme de la médecine, de se débarrasser de sanctions pénales. Pour essayer de remédier à certains des dissonances qui peuplent la région, en soulignant les manques de législation en commençant par la disproportion des sanctions, et les positions divergentes sur le siège judiciaire. Nous avons essayé de mettre l'accent sur les aspects qui méritent remarques sur la question. En adoptant comme l'objet de l'étude du petit trafiquant dans une situation vulnérable, nous avons entrevu la possibilité de, par l'évaluation individuelle, identifier les éléments qui pourraient compromettre son «autodétermination», le conduisant au trafic de drogues. Étant donné qu'il s'agit d'un élément essentiel à la culpabilité perquisition, nous sommes venus à la réalisation de l'indéfectible application du principe de culpabilité concernant la vulnérabilité. Par la présente, l'état par défaut avant de se matérialiser dans les normes du programme, assurant une durée de vie minimum de décence à leurs sujets, suggère l'élimination de la culpabilité ordinaire. Nous avons suggéré, par contre, la répartition de la responsabilité entre l'État, la société et le condamné comme un moyen d'établir une nouvelle ère pour le droit pénal, en particulier, en faveur de la délivrance des jugements, en proie à une plus grande légitimité et plus conforme à l'idéal de justice. C'est toujours possible, par contre, d'atténuer certains des problèmes qui affligent le système de justice pénale, comme la surpopulation dans les prisons, comme la récidive criminelle, et le retour de la violence.

Mots-clés: Criminal Sélectivité- Principe de Culpabilité concernant la Vulnérabilité- Petit Traficante- Reduction de Culpabilité.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. PANORAMA DAS DROGAS E DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES NO BRASIL E NO MUNDO.....	15
1.1 Drogas: uma visão multidisciplinar sobre o seu uso e aplicação.....	15
1.1.1 Alguns Conceitos Básicos, Classificação e Efeitos das Drogas.....	23
1.1.2 Conceitos Básicos.....	23
1.1.3 Drogas Psicodpressoras	27
1.1.4 Drogas Psicoestimulantes	33
1.1.5 Alucinógenos ou Psicotiméticos.....	38
2. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, DIREITO PENAL DO INIMIGO E A RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	44
2.1. Breves notas sobre o Sistema Punitivo e a sua contextualização histórica anterior ao século XIX.....	44
2.2 Organizações Criminosas, Direito Penal do Inimigo e Tráfico Ilícito de entorpecentes: O paradoxo da restrição aos Direitos Fundamentais na era Neoconstitucionalista.....	57
3. PROIBICIONISMO PENAL E O SUPOSTO CONTROLES DO TRAFICO ILICITO DE ENTORPECENTES.....	75
3.1 Breves notas sobre o modelo proibicionista adotado em alguns ordenamentos estrangeiros.....	75
3.2 O Proibicionismo penal na experiência brasileira	86
3.2.1 Breves considerações acerca da legislação anterior à Constituição Federal de 1988	86
3.2.2 Da Constituição Federal de 1988 à edição da Lei dos Crimes Hediondos	92
3.2.3 Da Política de Redução de Danos à edição da Lei 11343/2006: algumas considerações acerca dos aspectos de maior relevo	94
4. O PEQUENO TRAFICANTE À LUZ DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE	

POR VULNERABILIDADE: ELEMENTOS PARA A EXCULPAÇÃO.....	115
4.1 Dicotomia Traficante X Usuário de Drogas como reflexo da ideologia de combate ao “inimigo” do Estado.....	115
4.2 Algumas considerações acerca da Teoria do delito e da Culpabilidade.....	133
4.3 Princípio da Culpabilidade por Vulnerabilidade e os elementos para a excução ou redução de pena do pequeno traficante.....	141
CONCLUSÕES.....	158
REFERÊNCIAS.....	163

INTRODUÇÃO

A utilização de substâncias psicoativas remonta de civilizações antigas como a egípcia, onde a cerveja e o vinho já eram apreciados. Neste período, o extrato de *cannabis* também era aplicado na Índia por suas propriedades analgésicas, e mais tarde seria largamente comercializado pelos colonizadores ingleses, antes da descoberta da aspirina. O vinho é um elemento recorrente nas passagens bíblicas, ocupando posição destacada no milagre das Bodas de Caná e na Santa Ceia, quando passou a simbolizar para os cristãos o sangue de Jesus derramado pela remissão dos pecados humanos. Os alucinógenos sempre foram utilizados por tribos indígenas para permitir o contato com os espíritos, que auxiliariam na cura de enfermidades, na proteção da comunidade, e na prosperidade das caçadas. Os povos andinos, desde tempos imemoriais, costumam mascar as folhas de coca para sobreviver ao rigor climático, afastando com isto a fadiga e a fome.

A satisfação do ideal hedonista, superestimulado na sociedade de consumo, o alívio das dores do corpo e da alma, ainda que de forma transitória, a curiosidade e desejo de transcender os próprios limites são algumas das razões que levam ao uso de substâncias entorpecentes. Estas podem ser empregadas ainda como meio de relaxamento e estimulante para a execução das atividades hodiernas. Através da descoberta de suas propriedades terapêuticas, a medicina tem avançado a olhos vistos, vislumbrando-se senão a possibilidade de cura de uma série de doenças, ao menos uma sobrevida com mais dignidade. Em que pese o preconceito teime em emperrar o avanço das pesquisas, os resultados então obtidos demonstram a eficácia da maconha neste campo. Trata-se de um estimulante de apetite para pacientes adéticos, e já tem sido aplicada em alguns estados norte-americanos e na Holanda, minimizando ainda as náuseas e vômitos típicos dos tratamentos quimioterápicos. Atua, de outra sorte, como poderoso aliado no tratamento de doenças psiquiátricas, melhorando o humor, auxiliando também a redução de tumores de mama e da pressão intraocular dos portadores de glaucoma. Estes diversos benefícios são ampliados frente aos menores efeitos colaterais que o de outras drogas “lícitas”.

As substâncias psicoativas podem ser instrumentos de protesto e afirmação social, como nos movimentos de contracultura, insubordinados à ordem posta. Com a irreverência estampada nos cabelos compridos, nas vestimentas coloridas e no ideário anarquista, os hippies adotavam um modo de vida comunitário cujo lema era “paz, amor e sexo livre”. Sob acordes dos Beatles, Bob Dylan e Jimi Hendrix, opunham-se à guerra do Vietnã, ao militarismo, ao capitalismo e a toda forma de discriminação, preconizando o

pacifismo, a meditação e o uso da maconha, haxixe e LSD para “libertar a mente”. Um dos seus legados mais valiosos foram as reflexões suscitadas em tempos de plena execução pós-Segunda Guerra, quando o mundo buscava literalmente ressurgir das cinzas. Por questionarem a ordem vigente, foram severamente perseguidos e reprimidos, malgrado suas sementes libertárias tenham sido disseminadas irremediavelmente pelo globo.

Este *modus vivendi* foi importado pelos brasileiros anos mais tarde, no fim da década de 60, quando a ditadura militar estava em franca efervescência e sufragava qualquer insinuação de contrariedade à “lei e ordem”. Seguindo esta tendência reacionária, o Tropicalismo pregava o exercício da liberdade de expressão e informação, lançando as bases para uma nova música, uma nova moda, um novo olhar sobre a sociedade e seu governo. O arquétipo vanguardista assumido pela produção artística e cultural pátrias não passou ileso pelo crivo dos militares por seu antagonismo à supressão dos direitos constitucionais, à perseguição política e à censura.

Registre-se que, em verdade, até então o controle das drogas no Brasil era efetuado basicamente de maneira informal, preventiva, sem a intervenção do Estado. Paulatinamente, com o desenvolvimento de pesquisas sobre as propriedades da maconha direcionadas à repressão, patrocinadas pelo presidente norte-americano Richard Nixon, a guerra às drogas foi declarada. Com o fito claramente tendencioso desde a origem, o resultado divulgado das investigações apontava para a necessidade de aniquilar a maconha por seus efeitos “altamente maléficos”. As reais conclusões contidas no relatório desta pesquisa conduzida por Raymond Shafer, no entanto, indicavam o exagero na “demonização” da *cannabis*, sinalizando a necessidade de regulação do mercado para que o uso fosse mantido sob controle. A despeito disto, os Estados Unidos se mobilizaram em uma campanha antidrogas na década de 1980, aguçando as ofensivas proibicionistas, que cancelavam a prática do aprisionamento de usuários e traficantes na tentativa de desestimular o consumo.

Encampando esta bandeira doravante internacionalizada, a proibição do uso de substâncias entorpecentes no Brasil passou a ser executada com todo rigor durante a ditadura militar. Com a redemocratização do país e a influência dos movimentos de contracultura, que popularizaram o consumo, a política de repressão às drogas passa a conviver simbioticamente com o modelo preventivo. A descoberta da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) elucidou a necessidade de implementar estratégias de “redução de danos” que, dentre outras medidas, preconiza a distribuição de seringas descartáveis entre os usuários de drogas injetáveis para evitar novas contaminações por vírus.

Cumprir referir que esta conjuntura foi ainda catalisada pelo fenômeno da “transnacionalização de fronteiras”, sobrepujando-se limites espaciais e temporais. Favoreceu-se a ampla veiculação de informações, a interação em larga escala entre os indivíduos em tempo real, alargando-se os horizontes comerciais através da rede mundial de computadores. De outro lado, este intercâmbio ensejou a eclosão de “novos riscos”, marcados pela possibilidade de afetar um número indeterminado de pessoas e pela grande dimensão, dentre os quais estão o crime organizado, o tráfico ilícito de armas, o terrorismo e os crimes cibernéticos. Esta nova ordem demandou uma atuação estatal mais incisiva quanto à sua gestão, controle e prevenção, por isto o direito penal assume uma roupagem mais promocional e simbólica, de caráter exacerbadamente preventivo. Novos tipos delitivos despontam no cenário jurídico, particularmente nas searas do direito ambiental e econômico, passando-se a tutelar o bem jurídico ante a mera ameaça de lesão.

Este foi o terreno fértil à germinação do direito penal do inimigo, que preconiza em primeiro plano a proteção normativa, e apenas por via reflexa o guarnecimento do bem jurídico penal. O “inimigo”, por sua opção deliberada pela ilicitude, não mereceria as garantias penais e processuais, devotadas apenas aos “cidadãos”. Enquadrar-se-iam neste rol os criminosos econômicos, os delinquentes organizados, os terroristas, dentre outros autores de infrações penais perigosas, imputando-se aos mesmos um verdadeiro procedimento de guerra. Por representar a figura de um indivíduo supostamente “onipotente e onipresente”, o “não-cidadão” deveria ser inocuizado, ainda que isto significasse a supressão de seus direitos fundamentais. O objetivo maior destas ofensivas é tolher suas investidas daninhas futuras.

Sob a égide do alienante e ensurdecido discurso da mídia pró contenção da violência generalizada, a lei dos crimes hediondos foi aprovada no Brasil ressuscitando a lógica do direito penal do autor. Nestes termos, coaduna-se uma afronta à lógica da imputação com base na perquirição da culpabilidade do agente, sancionando-se o indivíduo pelo que é, e não pelo delito cometido. Apesar do rigorismo das penas previstas pela referida legislação, de outro lado, o consumo e a comercialização das drogas foram elevados, paradoxalmente, reforçando-se a sensação de insegurança e descrédito nas instâncias formais de controle. Esta malfadada estratégia estatal agravou o problema da superlotação carcerária, com o decorrente embrutecimento dos presos pelas condições inóspitas do sistema que os subjuga. Este foi o esteio da elevação dos índices de reincidência criminosa e da sucumbência da meta ressocializadora, transfigurada em esperança quimérica. Com a prisão dos provedores de muitas famílias, a rede do tráfico passou a recrutar crianças e adolescentes, que abandonam as

escolas em busca da materialização das pífias ilusões utilizadas como atrativos ao universo da ilicitude.

As necessidades artificiais da sociedade de consumo são muitas, e com tal, não sucumbir à tentação da riqueza e poder proporcionados pelo tráfico, abandonando a pobreza e a miséria, se torna uma meta tormentosa. O risco do encarceramento, o temor da morte anunciada em combates com a polícia e outras facções criminosas pelo domínio das “bocas de fumo” são menos importantes que o deslumbre por um porvir com menos agruras. Este é o meio de cultura favorável à “admissão” na rede do tráfico de um número ascendente de “aviões”, “mulas”, “soldados do tráfico” e “pequenos traficantes”. Em que pese sejam meras peças “descartáveis”, facilmente substituídos por outros em situação de risco social semelhante, estes indivíduos são instados a se aliar ao “poder paralelo” pelas condições deficientes de vida que o Estado se encarrega de propiciar.

A carência de regulamentação das normas programáticas, que assegurariam em tese o acesso à existência condigna a todos os cidadãos, implica na manutenção do modelo de sociedade desigual, marcada pela abissal diferença entre ricos e pobres. Diante da sina da fome, pobreza e ausência de perspectiva que os assola, e de outro lado, a parca qualificação profissional, um entrave ao engajamento no mercado formal de trabalho, não se pode supor romanticamente a opção pela obediência à coatividade normativa. Nos países de economia mais frágil, como é o caso brasileiro, onde sequer há o acesso de todos os indivíduos ao mínimo existencial, os efeitos do tráfico são mais devastadores. Associadas às supracitadas agruras, entra em cena o profundo apreço de ponderável parcela de indivíduos pela drogas “ilícitas”, sedutoras o bastante para incitar seus usuários a transpor todas as “intempéries” em nome do prazer.

Pouco importam os danos à saúde física e psíquica, os valores escorchantes praticados pelo tráfico e a desumanidade na aplicação das “penas” deste “tribunal do poder paralelo”, que perpassam pela tortura, encarceramento e morte. Tampouco leva-se em consideração a possibilidade de sancionamento das instâncias formais de controle, e toda a turbacão social e familiar perpetrada pela adesão ao uso de substâncias entorpecentes. Ao lado disto, em função da recorrente prática da corrupção policial, permite-se a manutenção do fortíssimo aparelhamento das facções criminosas, e da impunidade dos reais articuladores do tráfico, que pertencem aos estratos sociais mais elevados. Resta prejudicada, em outras palavras, a desarticulação desta intrincada rede pela implementação de uma parceria inimaginável e paradoxal: agentes do Estado e “malfeitores” lado a lado.

A pecha da seletividade penal, de outra sorte, teima em perpetuar o ciclo vicioso do castigo aos “pequenos traficantes”, indivíduos em situação de vulnerabilidade econômico-social, e impunidade dos mais abastados. A disciplina da matéria é povoada por inúmeras fragilidades, a começar pelo corriqueiro “etiquetamento” dos mais pobres com o qualificativo de “traficantes”, enquanto o paradigma médico é o subterfúgio dos demais, reputados meros doentes ou “dependentes químicos”. Isto porque incumbe à autoridade policial qualificar o agente como usuário ou traficante a julgar, em tese, pela quantidade de droga apreendida. Em virtude da lacuna normativa existente no particular, permite-se, reversamente, o enquadramento com base na mera discricionariedade. Fatalmente isto recai na vale comum da rotulação como delinquentes dos indivíduos que atendem ao perfil “criminalóide”, leia-se, “negro ou pardo, favelado, e geralmente com pouca instrução”.

A regulamentação jurídica emprestada ao referido ilícito convive com uma série de debilidades e dissonâncias no entendimento dos tribunais. A desproporcionalidade das penas e a limitação dos recursos financeiros empregados nos programas de redução de danos são apenas algumas das incongruências de que padece a matéria. Observa-se, então, um fenômeno peculiar e reverso: a “política da tolerância zero” se transfigura em uma permissividade em sentido amplo. A natureza incisiva da ação das agências formais de controle tem alimentado o poderio do tráfico, e transformado em quiméricas as esperanças de autêntica gestão destes conflitos e concretização da almejada calma. A implantação da Unidades de Política Pacificadora (UPP’s) nas favelas de diversas cidades do Brasil, a exemplo do Rio de Janeiro e Salvador, apenas denuncia o agigantamento do poder paralelo, e a materialização das previsões apocalípticas de que o “caos” está instaurado. A contenção da criminalidade com base na tônica retributiva, definitivamente, não é a melhor estratégia, razão pela qual se impõe a busca por soluções mais adequadas.

Diante deste panorama, a presente abordagem buscará analisar os aspectos de maior relevo que demonstram as fragilidades da disciplina jurídica emprestada ao tráfico ilícito de entorpecentes. Valendo-se de uma perspectiva multidisciplinar, pretende-se avaliar o problema da pesquisa sob um prisma mais amplo, na tentativa de encontrar as respostas necessárias à minoração do nó-górdio ora existente na matéria. Dada a amplitude do objeto de estudo, buscar-se-á demonstrar a pertinência da aplicação do princípio da Culpabilidade por Vulnerabilidade aos pequenos traficantes como medida de justiça. Isto porque há certas circunstâncias no caso concreto que indicam a ausência de autodeterminação destes indivíduos, tornando-se impraticável a perquirição da culpabilidade ordinária. A ineficiência estatal em materializar os comandos programáticos impediria o acesso ao mínimo

existencial de todos os seus tutelados, e sendo assim, torna-se razoável a aplicação de uma nova forma de culpabilidade que faça frente ao dado da exclusão social.

Advirta-se que não há qualquer intenção em utilizar a pobreza como escusa aos delitos. A julgar, porém, pela impossibilidade material de atuar de outro modo no caso concreto, seguindo o que preceitua Zaffaroni, é mais razoável instituir este outro modelo de culpabilidade, que é conjugação da culpabilidade ordinária com o dado da seletividade penal. Os destinatários desta nova forma de culpabilidade serão pinçados com base na vulnerabilidade econômico-social, passíveis de identificação casuística, e não apriorística. Mister se faz, nestes casos, levar em consideração o esforço pessoal do agente para materializar a situação concreta que afronta o comando normativo. Deve-se permitir ao julgador a aplicação da supracitada causa supralegal para exculpar o pequeno traficante, ou alternativamente, minorar a pena conforme o caso. Pretende-se ratificar a necessidade da reformulação legislativa e jurisprudencial visto que a política adotada no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes tem sido ineficaz em matéria de prevenção geral e especial.

O problema das drogas é complexo, e a histórica injustiça que pende sobre a matéria, com o recorrente encarceramento dos pequenos traficantes expostos à ferocidade do sistema penal, instigou a presente investigação. O ideário adiante transcrito longe está de exaurir a discussão, malgrado tenha a meta primordial de, modestamente, fornecer um contributo que repercuta nos foros acadêmico, jurídico, e sobretudo, social. Adotou-se para este fim os métodos hipotético-dedutivo, histórico, comparativo e monográfico, que permitirão uma visão mais aprofundada do objeto desta análise, e a demonstração do quanto afirmado sumariamente. É o que será exposto nas linhas adiante grafadas.

1.PANORAMA DAS DROGAS E DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES NO BRASIL E NO MUNDO

1.1 DROGAS: UMA VISÃO MULTIDISCIPLINAR SOBRE SEU USO E APLICAÇÃO

Desde tempos imemoriais, os primeiros homens caçadores-coletores já buscavam elegeer as plantas boas para o consumo, que aliviariam as dores e minorariam os efeitos das patologias, distinguindo-as das venenosas. Mesmo antes da invenção da linguagem escrita,

quando imperava a difusão do conhecimento pela oralidade, observando os fatos da natureza, os curandeiros e feiticeiros já sabiam das propriedades medicinais de certas ervas. Estas eram um instrumento importante não só para tratar os enfermos como afastar eventualmente os maus espíritos, coadunando-se uma mescla entre o conhecimento médico e a superstição.

Por seu conhecimento peculiar, que os diferenciava dos demais membros da tribo ou comunidade, estes indivíduos gozavam de posição destacada e alto grau de respeitabilidade perante seu povo. Eram médicos e consultores espirituais, mantendo uma íntima relação com o mundo transcendental, daí a sua função de mediadores entre este plano e os membros da tribo. Por seu intermédio pleiteava-se a concessão de bênçãos de naturezas variadas, desde caçadas prósperas até a cura de doenças. Isto porque desde a Antiguidade associava-se a presença de certas patologias à intervenção negativa de entidades espirituais malignas, e não propriamente a males do corpo, justificando-se a mediação dos xamãs ou pajés.

Na China Antiga há registros de estudos sobre remédios fitoterápicos aos quais se atribuía a propriedade de restaurar a harmonia e o equilíbrio através da combinação de uma série de compostos, originando-se fórmulas complexas. No Egito, por volta do ano 2000 a. C., foram catalogados alguns textos médicos que descreviam os efeitos benéficos de uma série de medicamentos naturais, a exemplo do mel, tomilho, cominho, babosa etc. Hipócrates, o “pai da Medicina moderna”, fundou a escola de medicina científicista lançando mão de diversos medicamentos fitoterápicos.

Este legado foi transmitido e aprimorado, permanecendo vivo ainda hoje no campo da designada “Medicina alternativa”, largamente utilizada como tratamento único ou paliativo de uma série de males. Por meio desta pode-se combater a ansiedade, com os Florais de Bach por exemplo, ou tratar úlceras e dores nas articulações através da decoção de folhas de certas ervas medicinais. Apesar da desconfiança de muitos quanto à sua eficácia concreta, os fitoterápicos são aplicados no ocidente no tratamento de humanos e animais pela sua composição à base de produtos naturais, com menos efeitos nocivos que as drogas convencionais.¹

Desde tempos imemoriais os homens lançam mão de substâncias psicoativas por mera curiosidade, objetivando desfrutar de prazer, ou em razão de sua eficácia terapêutica, com o intuito de aliviar as dores das “chagas” do corpo e da alma. O ópio era reputado como símbolo mitológico na Grécia antiga, e seus efeitos eram enxergados como dádiva para acalmar os doentes, funcionando como meio de relaxamento. A papoula, vegetal onde é

¹ IVERSEN, Leslie. **Drogas**. Trad. Flávia Souto Maior. Porto Alegre: L&PM, 2012. p.7-11

extraído, era o símbolo nacional da China, onde era apreciado e consumido em larga escala. Por este motivo, era uma importante fonte de renda para os ingleses, exportadores da droga produzida na Índia. Na tentativa de conter esta comercialização e seus efeitos nocivos consecutórios, o governo chinês tentou reprimir o uso, o que originou a Guerra do Ópio com a Inglaterra.

De outra sorte, a maconha era tradicionalmente utilizada pelos africanos e asiáticos, que a empregavam como analgésico na China em 1730 a.C. No Brasil, segundo reza a “lenda”, o uso foi difundido pelos antigos escravos sobretudo na região Nordeste, e mais tarde, com a “moda” lançada pelo movimento hippie, adquiriu “ilustres adeptos” como os profissionais liberais, artistas e intelectuais. Através dos alucinógenos muitas seitas supõem manter contato com o universo sobrenatural, como é o caso do Santo Daime, que lança mão da ayahuasca, um chá de ervas, consumido entre os seus seguidores para manter contato com os espíritos².

Ao logo da Idade Média, período em que a Igreja era grande detentora de poder econômico, político e social, algumas plantas passaram a ser estigmatizadas, sendo reputadas como “diabólicas”, sugerindo-se a abolição do seu uso por serem encaradas como feitiçaria. Este período de “caça às bruxas” redundou nos horrores da Inquisição, quando pessoas foram perseguidas, torturadas e queimadas em fogueiras acusadas de heresia, notadamente pelo culto a animais e vegetais. Apenas o álcool, em função do escopo sagrado assumido pelo vinho, e seu papel peculiar em muitos milagres realizados por Jesus, era bem aceito, malgrado a embriaguez sempre tenha sido reprovada. Apesar das restrições impostas pelo Cristianismo, no entanto, houve o desenvolvimento da alquimia e do saber herbário.³

A Medicina, seguindo esta tendência, adquire um novo escopo, resgatando o legado deixado pela cultura greco-romana, passando a manejar remédios convencionais com parca investigação científica, a exemplo do álcool e do ópio. No século XIX estes conhecimentos foram ampliados com a descoberta da atuação dos micro-organismos no desenvolvimento das infecções. Através de uma série de experimentos, Louis Pasteur demonstrou a interferência destes seres microscópicos na fermentação do leite, assinalando uma nova era na agricultura e na indústria ao instituir a técnica de pasteurização. A partir destes estudos, Joseph Lister introduziu a noção rudimentar da antisepsia nos procedimentos

² TOTUGUI, Márcia Landini. Visão histórica e antropológica do consumo de drogas. In: **As Drogas e a Vida : uma abordagem biopsicossocial** . Org. Richard Bucher. São Paulo: EPU, 1988. p.1-7

³ PRATTA, E. M.M. & SANTOS, M. A. **O Processo Saúde- Doença e a dependência Química: Interfaces e Evolução**. Brasília, Psicologia: Teoria e Pesquisa, abr-jun, 2009, Vol. 25, n.2, pp203-211. Disponível em : <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v25n2/a08v25n2.pdf>>. Acesso em: 20 jan.2013.

cirúrgicos, reduzindo-se drasticamente o número de mortes por infecção após partos e cirurgias⁴.

A ausência destes conhecimentos quanto ao “mundo microscópico” implicava no insucesso rotineiro das intervenções cirúrgicas, particularmente pelas complicações pós-operatórias que poderiam ser evitadas através das técnicas de higienização. Por meio destas é possível evitar a proliferação de bactérias, as causadoras das infecções. Nesta época costumava-se utilizar a morfina como um potente analgésico a partir dos estudos desenvolvidos pelos alemães, que a extraíram do ópio bruto. Paul Ehrlich foi o responsável pelo desenvolvimento da arsefenamina, um dos primeiros medicamentos com potencial para debelar as infecções por provocar a morte dos microorganismos, particularmente os causadores da Sífilis. As pesquisas da área médica floresceram e se ampliaram, tendo sido instituídas uma série de tratamentos para doenças que até então eram incuráveis. Por isto a indústria farmacêutica cresceu a olhos vistos com a comercialização de novos medicamentos, que eliminariam males físicos e mentais, e trariam bem-estar para a coletividade.

Neste compasso, a penicilina e outros fármacos, incluindo os dotados de propriedades psicoativas, passam a ser vendidos a partir da década de 50. Estes últimos voltam-se ao combate dos novos males da vida globalizada decorrentes da ebulição social, econômica e política vigentes. Fomentou-se deste modo a valorização do capitalismo e da concorrência, a divisão do trabalho e da “justiça social”, e este novo *modus vivendi* foi robustecido com o tempo, aprofundando as já abissais distinções entre as classes de ricos e pobres. Veiculando-se a dignificação humana através do trabalho, preconizava-se, em suma, a acumulação de riquezas. A Revolução Industrial, implementada a partir do século XVIII, instituiu a mecanização industrial, que permitiria a produção em série, associada ao tear mecânico e têxtil. O declínio do feudalismo fomentou o deslocamento de um grande contingente de camponeses para os burgos em busca de melhores condições de vida. A mão-de-obra abundante em contraste com a limitação nas vagas do mercado de trabalho agravou a situação de miséria reinante.

Os trabalhadores eram submetidos a condições laborais subumanas, por horas a fio, enquanto os detentores dos meios de produção enriqueciam a olhos vistos. Insatisfeitos com esta realidade, os proletários travam uma luta de classes contra os burgueses, reclamando mudanças neste quadro de opressão. Mesmo assim, a “selvageria capitalista” teimava em se manter incólume aos apelos: a globalização e seus efeitos daninhos só se agigantavam. Diante

⁴ IVERSEN, Leslie.,op.cit. . p.11-13.

deste panorama, elevou-se o número de usuários de álcool, inclinados a esta prática para suportar as vicissitudes da vida moderna. A partir disto surgem novos problemas de saúde pública.

A profunda crise nos valores éticos, sociais, morais e religiosos que se abateu sobre a sociedade foi motivada, em particular, pela frenética corrida coletiva rumo ao sonhado “ lugar ao sol”. E os engenhos tecnológicos que surgiram com a promessa de estreitar relações, facilitando supostamente a vida pela ampla veiculação de informações a longas distâncias, ao revés, escravizaram seu “criador”. O tempo se tornou um bem escasso e valioso demais para ser comprometido com as interações humanas, daí o processo de “virtualização” da vida, e com esta a criação de universos “particulares e acinzentados”. Diante das inúmeras exigências desta nova conjuntura, o “ensimesmamento humano⁵” se tornou um mal irreversível e hodierno.

A suposta zona de conforto então criada sob o ímpeto humano de se assenhorear de tudo, em verdade, apenas tem favorecido episódios frequentes de violência banal e indiscriminada, que atesta o flagrante descontrole e a fragilidade emocional coletivos. O desinteresse pelo mundo concreto e a desmotivação para superar os reveses da vida real têm esgarçado a capacidade dos indivíduos lidarem com as próprias imperfeições e a de seus semelhantes. Este é um dos arrimos da violência, e da busca de refúgio no uso exacerbado de drogas, “lícitas e ilícitas”. Prova do quanto afirmado se infere destas palavras:

A vida moderna remete o homem a uma sequência de preocupações para sustentabilidade de seu status, aqui tomado como conjunto de direitos e deveres que caracterizam a posição de uma pessoa em suas relações com as outras, enfim, de suas condições, que a deixam permanentemente tencionada, em guarda, para sobreviver. Cada vez mais cedo, o indivíduo é lançado em um burburinho de problemas, para melhor se preparar para o enfrentamento das competições porvindouras. Mais de 80% são por situações que sequer se sabe possam acontecer. Desde a alfabetização, na procura por melhores colégios, na preparação para o vestibular ao terceiro grau, o indivíduo é submetido a um bombardeio tão intenso capaz de deixá-lo com sérias lesões psicossomáticas. Vendo a situação de outro ângulo, a necessidade de emprego, de trabalho para o sustento, com todo o sufoco de nossos dias atuais, tudo isso é motivo para disparar o gatilho das neuroses. O cotidiano das pessoas, atualmente, é movido a estresse. (...) Cada dia as oportunidades são colocadas em posições mais elevadas e, para alcançá-las, o dispêndio de energia é maior, o grau de ansiedade se agiganta e os resultados são o surgimento de problemas de fundo nervoso, a que todos são suscetíveis. Por outro lado, a violência de diversas etiologias avança, na

⁵ Expressão cunhada por Ortega Y Gasset que indica a tendência do homem contemporâneo ao isolamento, por toda a conjuntura vivida, ainda que seja um ser genuinamente social. C.f. ORTEGA Y GASSET, J. **O homem e a gente**. 2.ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973.

sociedade, o terrorismo toma conta do mundo e o cidadão se recolhe dentro da sua amargura.⁶

Tratando da problemática das sociedades modernas e dos transtornos psíquicos nestas residentes, refletidos também no modelo educacional adotado, Augusto Cury esclarece:

O institute for Social Research, da Universidade de Michigan, aponta que 50% das pessoas nas sociedades modernas tiveram ou terão algum transtorno psíquico. Tenho “gritado” em meus textos publicados em diversos países que, quanto pior a qualidade da educação, mais importante será o papel da psiquiatria. (...) Os alunos estão adoecendo e os professores também. Algumas pesquisas mostram que mais de 80% dos professores apresentam pelo menos três sintomas psíquicos ou psicossomáticos. A situação é gravíssima. A sociedade digital desprezou os profissionais mais importantes da sociedade, os professores e as professoras, que são responsáveis diretos pela formação da sociedade do futuro⁷.

A psique humana é um intrincado mistério, e tem sido estudada há milhares de anos, fornecendo alguns subsídios à compreensão do homem em interação com seu *habitat* e seus semelhantes. O *homo sapiens* do século XX passou a ser sensível demais às tribulações de seu palmilhar, assumindo um escopo frágil, instável, alienado, movido por suas pulsões volitivas. Como conseqüência do modo de vida capitalista, e em virtude das duas Grandes Guerras, que sequestravam dos lares os provedores das famílias, as matriarcas abandonaram seu pedestal de “rainhas dos lares” e se lançaram no mercado de trabalho, buscando a complementação da renda familiar.

O movimento feminista também interferiu decisivamente neste novo paradigma social, chamando a atenção para a necessidade de tratamento igualitário entre todos os indivíduos, com a conseqüente emancipação do “sexo frágil”. Desde então, não mais devotadas exclusivamente aos afazeres domésticos, as mulheres têm de dividir as atenções entre a família e os encargos da profissão, o que implicou na limitação de tempo para maior interferência na educação dos filhos. Em que pese este dado tenha sido de inegável relevância para a alforria das “Amélias”, o cenário familiar foi profundamente alterado.

Galgando espaços cada vez maiores na sociedade e no mercado de trabalho, as mulheres adquiriram uma nova aliada no planejamento profissional e familiar: a pílula anticoncepcional. Por meio desta permitiu-se a tomada das rédeas das mãos do acaso, facultando-se ao casal a possibilidade de melhor gerenciar a vida reprodutiva, e de outra sorte, ampliou-se a liberdade sexual. Relativizaram-se desde então certos valores sociais, como o

⁶ CARDOSO, Evilásio Teixeira. **Ensaio de uma perspectiva Sociológica da Psicanálise**. 1941. p.24-25.

⁷ CURY, Augusto. **Mentes Brilhantes, Mentes Treinadas: desvendando o fascinante mundo da mente humana**. São Paulo: Academia de Inteligência, 2010. p.83-84.

apego à virgindade, à fidelidade, à indissolubilidade matrimonial, e as relações sexuais passam a ser encaradas por um prisma novo, não mais associada exclusivamente à multiplicação da espécie. O prazer sexual tornou-se um “bem” desfrutável por ambos os sexos, independentemente do manto sagrado do casamento ou de eventual compromisso.

Estas alterações ideológicas trouxeram um impacto significativo para as relações familiares. Entre os mais abastados, tornou-se prática corrente o envio das crianças para colégios internos, e posteriormente às Universidades. Em virtude das exigências e do tempo demandado pelo processo formal de educação, restaram rotos os vínculos familiares, tornando-se “*démodé*” o respeito à autoridade paterna. Ao lado disto os nichos familiares foram reorganizados em grande parte, assumindo diversos matizes, de famílias monoparentais (um pai ou mãe solteiro(a) com seus filhos) a famílias recombinaadas, com pai e/ou mãe divorciado (a) vivendo com seus filhos e o (a) novo (a) esposo (a), com os filhos do novo enlace, e assim por diante. Este novo escopo familiar, subjugado à crise dos valores éticos, morais e religiosos é o meio de cultura favorável ao afastamento entre seus membros e, conseqüentemente, não são incomuns reações revoltadas e contestadoras. Muitas crianças e adolescentes trazem consigo as máculas de um modelo educacional e afetivo falido, que privilegia a formação profissional, em detrimento da afetiva e pessoal.

Não raro se instaura um conflito entre gerações. De um lado marcado pelo clamor infanto-juvenil em prol da satisfação de suas demandas afetivas, particularmente ligadas à pouca atividade dos genitores no tocante ao processo educacional. De outra sorte, a ausência de diálogo entre os pais e sua prole, pela dificuldade dos primeiros em lidar com as transformações e inquietações dos segundos, implicam na fragilização da mais sublime das relações⁸. Todas estas alterações no âmbito familiar podem despertar nas crianças e adolescentes, em maior ou menor grau, o sentimento de indignação e desamparo, propugnando um fatídico afastamento entre seus membros. No intuito de superar esta crise familiar, e tendo em vista o engajamento nos grupos sociais a que pertencem, como forma de afirmação social, portanto, muitos destes jovens recorrem ao uso de drogas.

De acordo com a solidez familiar, a socialização pode ser favorecida, facilitando-se o controle social existente nas relações fora de casa. Nos outros casos, no entanto, os problemas afetivos podem ser de maior monta, entrando em cena as drogas “lícitas ou ilícitas”, que podem parecer um meio viável de suplantar estes dilemas da vida concreta. Esta conjuntura favorece a manutenção do ciclo vicioso do tráfico ilícito de entorpecentes, já que a

⁸ NASCIMENTO, Angelina Bulcão. **Quem tem medo da geração shopping? Uma abordagem psicossocial.** Salvador: Secretaria da Cultura e Turismo, EDUFBA, 1999. p.55-87.

grande demanda alimenta e fortalece o mercado. Com isso os grandes traficantes auferem somas incalculáveis, destinando boa parte destes recursos ao aparelhamento desta rede internacionalizada. Pela atuação conjunta com os agentes públicos, ante a corrupção da polícia, o império ilicitude, nestes termos, se mantém incólume.

No seio das famílias mais carentes a desagregação costuma ser ainda mais notável pela sina da pobreza e exclusão social. Muitas mulheres são as únicas provedoras do lar, e não raro, mães de numerosos filhos, e para garantirem o sustento dos filhos, abraçam “subempregos”, trabalhando por horas a fio fora de casa. As crianças mais velhas acabam assumindo a função de “educadores e guardiões” dos mais novos, em que pese ainda não tenham estrutura psicológica, nem etária, para suportar este fardo. Assim, transmitem aos irmãos o que aprendem nas escolas das ruas, e todos eles se tornam presas fáceis para os traficantes. As ponderações abaixo transcritas corroboram com o quanto afirmado:

A rua aparece, nesse sentido, como um “vazio sem borda”, lugar dos excessos, cenário de estimulações sensoriais, nas ofertas de gozo que proporciona a sujeitos ainda em constituição. De um lado, a rua é enaltecida e é possível – as transgressões, os vandalismos, a promiscuidade sexual, o desnudamento, a precocidade. Por outro lado, denegrada e temida, a rua é apontada como lugar de dor, de sofrimento, de violência – dos pares, da polícia, dos aliciadores, da sociedade de um modo geral -, de destrutividade- de si e dos outros. São comuns as referências às “batidas policiais”, aos espancamentos, às ameaças de morte, à expulsão dos lugares onde dormem, aos corpos queimados quando “vacilam” ao dormir, aos estupros, aos aliciadores, ao desprezo social.⁹

Retratando, sumariamente, a problemática do tráfico ilícito de entorpecentes, seguindo linha de intelecção similar, Gey Espinheira ensina que a pobreza é um dos fatores estimulantes da violência. Trata-se de um fator que induz à exclusão, frustração e engajamento em atividades ilícitas amparada na promessa de recompensa imediata. De outro lado, o consumismo pregado na sociedade contemporânea, sob o apanágio da “facilitação da vida”, alça o tráfico de drogas à condição de viabilizador das necessidades artificiais e reais não acessíveis aos indivíduos de baixa renda. O traficante, inclusive, dentro do “gueto” é visto como abastecedor das carências da população, e a sua atividade acaba sendo encarada como outra qualquer, transferindo-se a responsabilidade moral para o usuário. A violência do tráfico é ainda agravada pela “vista grossa” dos policiais, pagos pela omissão, não executando seu trabalho, ou pelo fornecimento de proteção direta ou indireta. Policiais civis, militares e

⁹ BARROS, Paula Cristina Monteiro de. et al. **“Porque a Cola Cola o Osso da Gente”**: Uma Suplência à palavra que Falta à Criança e ao Adolescente em Situação de Rua. Org. Gilberto Lúcio da Silva. São Paulo: Rocca, 2010.p.85

outros agentes do Estado participam, portanto, da drenagem dos recursos do tráfico, consolidando-se uma rede com fluxo de caixa permanente não só pela grande demanda, mas por sua articulação¹⁰.

Nota-se, portanto, que o problema do uso e tráfico de drogas na sociedade vigente é complexo, embora seja abordado de maneira simplória. Antes que se adentre na abordagem do fortalecimento das organizações criminosas e da persecução estatal calcada na política de tolerância zero, é inarredável trazer à baila alguns conceitos fundamentais que subsidiarão esta discussão. Buscar-se-á explicitar os aspectos mais salientes das finalidades terapêuticas e implicações sistêmicas das drogas mais consumidas para que seja possível, enfim, adentrar no cerne da presente dissertação. A par disto será possível demonstrar adiante a pertinência da aplicação do Princípio da Culpabilidade por Vulnerabilidade ao pequeno traficante.

1.1.1 ALGUNS CONCEITOS BÁSICOS, CLASSIFICAÇÃO E EFEITOS DAS DROGAS

1.1.2 CONCEITOS BÁSICOS

A palavra “droga” alude à substância utilizada em farmácia ou química, designando narcóticos ou entorpecentes¹¹. De acordo com Henri Bergeron, este termo indica uma substância natural ou sintética cujos efeitos alteram o estado de consciência do usuário. Consoante a Organização Mundial de Saúde (OMS), droga é qualquer substância, natural ou sintética que, inserida num organismo vivo, apresenta potencial para afetar uma ou mais de

¹⁰ ESPINHEIRA, Gey. **Sociedade do Medo: Teoria e método da análise sociológica em bairros populares de Salvador: juventude, pobreza e violência**. Salvador: EDUFBA, 2008. p.13-48

¹¹ KOOGAN, Houaiss. **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**. Rio de Janeiro: Delta, 1993. p.287

suas funções. A nova Lei de drogas (Lei 11343/2006), seguindo a nomenclatura consagrada pela OMS, alude à palavra “drogas”, e não “substância entorpecente” ou “tóxico”, expressões que utilizadas pela doutrina. Nos termos da legislação vigente, prevalece o entendimento doutrinário de que a substância com potencial para causar alterações físicas ou psíquicas, qualificada, portanto, como “droga” deve vir descrita na relação divulgada pelo Ministério da Saúde¹².

Existem quatro famílias de drogas: 1. drogas psicodessoras, que são dotadas de ação calmante, ansiolítica e soporífera, a exemplo do álcool, dos opiáceos, barbitúricos, tranquilizantes (sedativos ou hipnóticos), ou solventes (éter e terbutina); 2. Drogas psicoestimulantes, a exemplo da cocaína, do crack, as anfetaminas, o ecstasy e a cafeína e nicotina; 3. as drogas psicodislépticas ou alucinógenos indólicos, que provocam efeitos alucinógenos, como o LSD, certos cogumelos e o haxixe; 4. remédios com efeitos psicotrópicos. Sublinhe-se que os efeitos psicoativos destas substâncias são diferentes, e apresentam intensidade variável, alguns dotados de toxicidade severa, que podem até provocar a morte, enquanto outros são mais brandos¹³.

Alguns indivíduos apresentam maior predisposição ao desenvolvimento da dependência por fatores associados à personalidade, por exemplo, dentre os quais a ânsia por “novidade” e o desejo de desfrutar sensações prazerosas e intensas. De outro lado, a presença de transtornos psíquicos como a depressão, ansiedade e esquizofrenia, aliados a condicionantes genéticos, levam ao uso de substâncias psicoativas. Filhos de progenitores alcoolistas têm maior vulnerabilidade ao vício, em que pese não haja uma estatística determinista. De outra sorte, fatores ambientais ainda interferem no desenvolvimento desta característica, como no caso dos menos abastados, que costumam também conviver com a debilidade de sua rede de suporte, notadamente paterna, induzindo-os ao vício¹⁴.

Em outras palavras, a dependência, via de regra, é desenvolvida paulatinamente, já que o usuário de fármacos ou drogas decide, voluntariamente, valer-se destas. Com o tempo, entretanto, há uma perda desta autonomia, pois o próprio organismo acostuma-se à presença de tais substâncias, que passam a ser essenciais para o seu “normal funcionamento”. O corpo “suplica” pelo uso destas substâncias, e resta ao dependente atender a este

¹² LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas: estudo dos crimes descritos na lei 11343/2006**. Curitiba: Juruá, 2010.p. 40-41.

¹³ BREGERON, Henri. **Sociologia da droga**. Trad. Tiago José Risi Leme. Aparecida: Idéias e Letras, 2012. p.13-14.

¹⁴ MOREAU, Regina Lúcia de Moraes. Fármacos e Drogas que Causam Dependência. In: **Fundamentos de Toxicologia**. Org. Márcia Oga Seizi, José Antônio de Oliveira Batistuzzo. 3.ed. São Paulo: Atheneu Editora, 2008.p.328-329.

imperativo. Ester Kosovski afirma que do ponto de vista psiquiátrico os usuários de substâncias psicoativas podem ser classificados em dois grupos. O primeiro engloba os portadores de doenças mentais, que vão desde neuroses, psicoses a personalidades psicopáticas. Através das drogas os mesmos exprimem a sintomatologia dos males que padecem.

No segundo grupo estão situados os usuários de drogas ou dependentes, que fazem uso contínuo de tais substâncias com potencial para causar dependência física ou psíquica. Modernamente o uso de drogas está associado a causas inconscientes de cunho “paranóide”, à fantasia de onipotência, narcisismo e à construção de um mundo particular, manipulável conforme o alvedrio do toxicômano. Por meio destas os usuários buscariam a “autovalorização patológica”, já que na vida concreta seria impossível concretizar todas as suas aspirações. A realização seria mais palpável neste mundo ilusório, que é uma “doce zona de conforto”, o que os induz à intoxicação voluntária¹⁵.

O homem utiliza drogas para atingir certos efeitos que vão desde a busca de prazer até o desejo de superar carências, frustrações, embora este impulso, em verdade, seja subjetivo e relativo, não podendo se falar em padronizações comportamentais. Esta relação pode assumir dois escopos distintos: a dependência física e a psicológica. No primeiro caso, trata-se de uma alteração fisiológica associada ao uso continuado de substâncias psicotrópicas, já que o organismo é impelido a funcionar sob uma nova ordem, acostumando-se à presença das mesmas. Quando estas são suprimidas por dado período ocorrem alterações físicas que desencadeiam a “síndrome de abstinência”, dotada de características singulares conforme a droga utilizada.

O que há de comum entre tais reações é a perturbação física dentro de um determinado intervalo de tempo. A dependência psíquica, por seu turno, é o ímpeto irresistível em utilizar a droga com vistas ao desfrute de prazer, sendo necessária ao desencadeamento de tais reações a presença de elementos “toxicomanógenos”, que influenciam o Sistema Nervoso Central a sentir prazer ou euforia¹⁶. Antigamente associava-se o uso de drogas aos desvios de caráter, no entanto, esta relação é equivocada, conforme se depreende das seguintes considerações:

Até algum tempo atrás, a dependência era considerada um desvio de personalidade, próprio de pessoas fracas de caráter e com dificuldade para se relacionar socialmente. Mas, a dependência não é questão de escolha, de

¹⁵ KOSOVSKI, Ester. **Drogas, Alcoolismo e Tabagismo**. Rio de Janeiro: Biologia e Saúde. 1998. p.29-30.

¹⁶ GONÇALVES, Elisabeth Costa. Alguns Conceitos referentes à Toxicomania. In: **As drogas e a Vida: uma abordagem biopsicossocial**. São Paulo: EBPU, 1988.p. 9-11.

vontade ou de moralidade. A dependência é uma doença onde o indivíduo é levado a um estado de uso compulsivo do fármaco / droga, de maneira incontrolável. O dependente se isola do contato com a família, amigos, tem dificuldades no trabalho ou na escola, podendo se envolver com o crime e o sistema de justiça criminal. Para o dependente, a prioridade na vida passa a ser obter e usar fármaco/ droga. A vontade é sempre maior que a prudência; por exemplo, essa compulsão supera até o medo de contrair doenças infecto-contagiosas e a contaminação pelo vírus HIV¹⁷.

Os efeitos da ingestão destas substâncias variarão conforme a espécie, a quantidade de droga ingerida e o tipo de usuário, se já é contumaz no uso ou não. O conceito de toxicomania mantém relação com a perspectiva médica e/ ou psicopatológica que consiste numa “ (...) apetência ou avidez a consumir determinadas substâncias que dá lugar à dependência.”¹⁸ A toxicomania pode ser identificada a partir da presença de ao menos dois dos seguintes sintomas. Primordialmente a dependência física é manifestada através da crise de abstinência, que se dá com perturbações de natureza física e/ ou psicológica pela supressão da administração da droga. É esta dependência que induz o usuário a utilizar doses cada vez maiores e mais concentradas da substância psicoativa para obter a sensação de prazer primitiva. A dependência psíquica, por seu turno, provoca intenso desejo de utilizar drogas, sem que esteja necessariamente associado aos períodos de abstinência.¹⁹

As dependências física e psicológica não necessariamente estão associadas. Há substâncias com maior potencial para provocar dependência mais pronunciada e rápida, a exemplo da heroína, ao passo que há outras como o álcool, cuja dependência pode se desenvolver após o uso por anos a fio²⁰. Como fenômeno conexo anterior, há ainda a tolerância, desencadeada após a exposição sucessiva do indivíduo a determinada droga, quando os efeitos produzidos por esta não são mais os mesmos. Para atingir o estado de êxtase ou satisfação primitiva, o dependente sente a necessidade de utilizar doses cada vez maiores²¹. Nem sempre a dependência está interligada com a tolerância em virtude de diversos fatores de natureza física, psíquica e social. Para melhor esclarecer o quanto afirmado tem-se:

A dependência a uma droga pode vir acompanhada ou não da tolerância. Devido à multicausalidade dos fatores etiológicos, bem como a multiplicidade de efeitos tanto orgânicos, como psíquicos e sociais, é que nos parece mais adequado a abordagem que compreende o *uso indevido de*

¹⁷ MOREAU, Regina Lúcia de Moraes. ,op.cit.,p.328-329.

¹⁸ POROT, A. & POROT, M. **Les Toxicomanies**. Paris : PUF, coleção Que je sais-je ?, 1993. p.8

¹⁹ BREGERON, HENRI., op.cit., p. 14-15.

²⁰ Ibidem.p.16

²¹ FREITAS, Carmen Silvia Có. Aspectos médicos-Farmacológicos no uso indevido das drogas. In: **Drogas: Abordagem Interdisciplinar**, ano 3, v.3., n.2, abr/jun, 1990.p.5-6

drogas como patologia biopsicossocial. O dependente a drogas é um enfermo:

- Físico-mental- pelos processos e efeitos anteriormente relatados.
- Ético-moral- pelo divórcio, pela dissociação entre o que crê e pensa e o que faz.
- Social- porque se marginaliza.
- Econômico- porque se inscreve no processo de oferta e demanda de seu consumo.
- Existencial- porque tem uma crise na vida²².

O fenômeno da dependência ainda é conexo ao da “overdose”, que se dá quando quantidade de droga ingerida é capaz de levar o usuário a óbito. Isto varia não somente de acordo com a substância envolvida, mas, com o grau de tolerância desenvolvido pelo indivíduo. De modo particular, quando a droga é utilizada por via intravenosa a possibilidade de overdose é ainda maior haja vista a facilidade de perder a noção da quantidade a ser utilizada para que se atinjam os efeitos almejados. Em complemento ao afirmado, convém transcrever estas considerações:

Anteriormente à 9ª Revisão da Classificação internacional das Doenças existiam dois tipos de dependência: dependência física e dependência psíquica. A partir desta nova classificação, os aspectos psicológicos e físicos foram unificados sob a definição de “dependência de drogas”. Esta mudança ocorreu, pois no passado julgou-se erroneamente que as drogas que induziam a dependência física (e conseqüentemente à síndrome de abstinência) seriam aquelas perigosas, também chamadas de drogas pesadas – “*hard drugs*”. Por outro lado, as que induziam apenas a dependência psíquica eram consideradas as drogas leves – “*soft drugs*”. Sabe-se hoje que várias drogas sem a capacidade de produzir dependência física geram intensa compulsão para o uso e sérios problemas orgânicos. Portanto, é inadequado classificá-las como drogas “leves”. Atualmente, aceita-se que uma pessoa seja “dependente”, sem qualificativo, enfatizando-se que a condição de dependência seja encarada como um quadro clínico²³.

Outro fenômeno comum neste universo é a “escalada”, que consiste na utilização de diversas espécies de drogas pelo “toxicômano”, que passa das drogas “leves” para as mais “pesadas”, ou valendo-se da mesma droga, lança mão de quantidades maiores para obter os efeitos desejados. Neste caso, não só o consumo deixa de ser esporádico para se tornar habitual, como a quantidade utilizada em busca da saciedade é cada vez maior²⁴. Feitas estas considerações, cumpre analisar brevemente os efeitos das drogas mais consumidas, que interferem diretamente no organismo do usuário.

²² Ibidem. p.6

²³ BENFICA, Francisco Silveira. Os usuários de drogas injetáveis como um problema de saúde pública: uma nova abordagem para o direito. In: **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Org. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.174.

²⁴ GONÇALVES, Elisabeth Costa.,op.cit .,p.11-13.

1.1.3 DROGAS PSICODEPRESSORAS

As drogas depressoras ou psicodpressoras reduzem a atividade cerebral ao inibir a função dos neurônios, reduzindo a dor e o excesso de atividade, como é o caso dos analgésicos, opiáceos, barbitúricos e ansiolíticos.²⁵ O ópio é extraído da papoula, e apresenta uma série de propriedades farmacológicas, sendo que seus derivados mais conhecidos são a morfina e a codeína, naturalmente produzidas pela planta, sendo designadas de opiáceos naturais. No grupo dos opiáceos semi-sintéticos situa-se a heroína, elaborada através de reações químicas da morfina. Os opiáceos sintéticos, como a metadona, a pentazocina e a petidina têm efeitos similares aos da heroína e da morfina²⁶.

Estas drogas apresentam diversas propriedades médicas, que vão desde a indução do sono, até efeitos analgésicos. A codeína, em particular, atua como depressora do centro da tosse, e integra a fórmula de muitos xaropes. Esta substância é utilizada também para conter a diarreia, integrando um composto opióide sintético chamado difenoxilato. O uso contínuo destas drogas leva a um estado de tolerância, que exige altas doses dos medicamentos para que seja possível atingir os efeitos iniciais. A sua ausência no organismo gera síndrome de abstinência, que pode durar de dez a quinze dias, causando insônia, irritabilidade, cólicas, câimbras intensas, diarreia e vômitos que levam à perda de peso e à desidratação²⁷.

Sobre as propriedades do ópio são dignas de registro as seguintes palavras:

A ação fisiológica do ópio é essencialmente hipnótica e é principalmente devida à presença da morfina. Muitos outros alcaloides têm similar, mas não idênticas, propriedades terapêuticas, mas, não estão presentes em quantidade suficiente para representar a ação do ópio amplamente diferente dos seus

²⁵ A dor corresponde a um sofrimento de ordem física, decorrente de uma lesão, agressão ou estado anômalo generalizado. Trata-se, pois, de um mecanismo útil desenvolvido pelos organismos vivos para alertar os indivíduos da necessidade de repelir o estímulo doloroso. De outro lado, a dor pode ser revestida de conotação psicológica ou moral em razão da ausência de agressão física. A sensibilidade à dor está associada ao maior ou menor grau de enervação do tecido, pois são as terminações nervosas as responsáveis pela captação de tais estímulos. De outro lado, há um entrelaçamento entre a maior percepção de estados doloridos físicos e a presença de patologias ou desequilíbrios psíquicos. Nestes casos a dor assume significado inconsciente, ilustrado através dos partos mais dolorosos quando os filhos não são desejados, ou através das dores lombares e cervicais que, segundo os ortopedistas, estão fatalmente presentes em pacientes tensos e ansiosos. Ver CASTELO BRANCO, Anfrísio Neto. **Manual de Psicologia Médica**. Teresina: Epume, 1983.

²⁶ GONÇALVES, Elisabeth Costa., op cit , p.11-13

²⁷ MASUR, Jandira; CARLINI, Elisaldo. **Drogas : subsídios para uma discussão**. São Paulo: Brasiliense, 2004. p.55-61.

principais constituintes. As drogas deprimem as células dos nervos sensoriais do cérebro sem afetar os nervos motores. A ação sedativa primeiro diminui o auto-controle natural e, em pequenas doses, resulta em uma aparente estimulação consequente na remoção das restrições que ordinariamente governam o comportamento. Em doses maiores a sensação de dor é erradicada e esta é a melhor droga conhecida para o tratamento de insônia devido a doença dolorosa; por esta razão a morfina geralmente é empregada²⁸.

A morfina, um dos derivados mais conhecidos do ópio, cuja nomenclatura faz apologia a Morfeu, o deus dos sonhos, foi isolada pelo cientista alemão Friedrich W. Sertürner em 1804. Trata-se de um analgésico potente que atua a nível do Sistema Nervoso Central, sendo capaz de conter dores acentuadas, razão pela qual o uso terapêutico é permitido pela Organização Mundial de Saúde (OMS). Uma vez administrada, esta droga não extirpa a sensação de dor, no entanto, faz cessar o incômodo causado por esta, e um de seus efeitos colaterais é a sonolência acentuada. Em doses elevadas pode causar ainda agitação, náuseas, vômitos, secura na mucosa oral, debilitação da função respiratória, e redução da pressão arterial, o que pode levar o usuário a um estado de coma, e até mesmo a óbito. Por causar dependência, a sua ausência no organismo do usuário desencadeia crises de abstinência, consistindo num quadro de náuseas, diarreias, cólicas intestinais e corrimento nasal com duração de até dez dias. Além disso, também neste caso relata-se a incidência da tolerância, que demanda do usuário a utilização de doses cada vez maiores para obter os efeitos primitivos da droga, obtendo-se a sensação de alívio e bem-estar.²⁹

Os ansiolíticos ou tranquilizantes são utilizados para combater a ansiedade, que é um estado de medo das doenças, da dor, do terrorismo, da violência, da morte etc. Estes temores têm acometido muitas pessoas, especialmente na atual conjuntura da vida moderna, e em grau mais elevado podem desencadear, por exemplo, a síndrome do pânico. O estado de tensão constante ante a ameaça da violência, do desemprego, do terrorismo, e a luta contra o tempo para dar conta dos inúmeros afazeres do mundo globalizado são apenas alguns dos fatores que desencadeiam a ansiedade, e tornam mais penosa a existência humana³⁰. Com o

²⁸ NOEL L. ALLPORT, F. I. C. **The Chemistry and Pharmacy of Vegetable Drugs: Dealing with the derivation and properties of all the principal Vegetable Drugs.** Brooklyn: Chemical Publishing Company, 1944. p.14-19. (tradução nossa).

²⁹ BIRNER, Ernesto. UZUNIAN, Armênio. **Drogas: você faz o seu caminho!** São Paulo: Harbra Ltda, 2000.p.18-19

³⁰ Cabe esclarecer que o sentimento designa uma atitude individual em face dos problemas intelectuais, práticos, sociais ou morais. Tratam-se, em outras palavras, de disposições interiores, que influenciam a vontade individual, pois atuam diretamente na psique humana. O campo das emoções é deveras complexo, e está associado a representações sensoriais ou imaginárias como alegria, pesar, amor, tristeza. Os diversos fenômenos afetivos suscitam diferentes reações, com intensidades variáveis, conforme o sujeito envolvido: alguns são mais

intuito de minorar os efeitos destes males na psique, desde a Antiguidade os homens já buscavam acalmar-se através do uso de certas plantas, a exemplo da maconha, e de outras substâncias psicoativas como o álcool.

Posteriormente, entre as décadas de 50 e 60, estes compostos calmantes passaram a ser sintetizados em laboratório, com a específica finalidade ansiolítica, e por serem altamente consumidos e desencadearem dependência, são objeto de um rígido controle governamental. Nestes termos, apenas podem ser comercializados com a apresentação de uma receita “azul”, específica para a venda de medicamentos “tarja preta”, como é o caso destes, a exemplo dos formulados à base de benzodiazepínicos. Tais compostos reduzem a ansiedade sem turbar o normal funcionamento do raciocínio e das funções psicomotoras, no entanto, podem causar dependência, e a interrupção abrupta de sua administração pode gerar crises de abstinência. Alguns outros ansiolíticos, no entanto, provocam sonolência, e todos têm a finalidade de reduzir a ansiedade, promover o relaxamento muscular e minorar os efeitos de convulsões. Sobre a relevância das drogas no tratamento de doenças psiquiátricas a partir do século XX vale destacar as seguintes considerações:

Um dos mais notáveis avanços da farmacologia na segunda metade do século XX foi a descoberta e disseminação do uso de drogas que auxiliam no tratamento dos sintomas de transtornos mentais.

A disponibilização de drogas que atenuam os sintomas de esquizofrenia, depressão e ansiedade gerou um grande impacto sobre a maneira como víamos essas doenças: cada vez mais, percebe-se que elas têm uma origem orgânica. As drogas também trouxeram mudanças radicais no tratamento de doenças mentais – levando, por exemplo, ao fim dos hospitais psiquiátricos como locais usados para manter loucos perigosos presos e longe do resto da sociedade³¹.

Os barbitúricos, por sua vez, foram sintetizados no início do século XX, e constituem drogas potencialmente depressoras, tendo sido utilizados como sedativos e hipnóticos. Estes compostos caíram em desuso com a descoberta dos benzodiazepínicos, que acarretam menos efeitos colaterais. Tais substâncias promovem a redução generalizada da atividade neuronal, induzindo a sedação do indivíduo, deprimindo as suas funções, levando à sonolência e à dificuldade de concentração. São comercializados apenas mediante apresentação de receita, sendo utilizados como sedativos (calmantes), hipnóticos (promovem o sono), e também no tratamento da epilepsia³².

passionais que os outros frente a uma mesma situação. C.f MAISONNEUVE, Jean. **Les sentiments**. 12.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1985. p. 5-14.

³¹ IVERSEN, Leslie L. **Drogas**, Op.cit, p.61-62.

³² MASUR, Jandira ;CARLINI, Elisaldo., Op.cit., 71-74.

Os barbitúricos passaram a ser produzidos em 1903, com o ácido dietilbarbitúrico (barbital), e na década de 70, sendo apontados como um dos maiores vilões no campo das intoxicações causadas por fármacos. Os problemas de superdosagem associados ao potencial de abuso impulsionaram a substituição destas drogas pelos benzodiazepínicos, que são mais seguros, embora também causem dependência. A administração dos barbitúricos por via oral provoca efeitos sedativos, ao passo que pela via intra-venosa induz ou mantém a anestesia.³³ Dentre os efeitos destas substâncias destacam-se a sedação, anestesia, hipnose, podendo chegar ao coma profundo, e as reações adversas incluem depressão cardio-respiratória, hipocalcemia, disfunção hepática e renal. O uso contínuo destas substâncias pode gerar a tolerância, instaurando-se a resistência aos efeitos hipnóticos, e a sua supressão repentina pode acarretar crises de abstinência, provocando ansiedade, alucinações, delírios e convulsões. Se o uso destes fármacos for associado ao de analgésicos também poderão surgir crises de abstinência, repercutindo sobremaneira nos neonatos de mães usuárias destas substâncias³⁴.

O uso de álcool remonta de um passado longínquo, já sendo apreciado no Egito Antigo e na Babilônia, onde já se tinha conhecimento de sua capacidade para inebriar o entendimento e alterar a conduta de seus usuários. Ao longo da Idade Média os árabes desenvolveram a técnica de destilação, potencializando a concentração de álcool nas bebidas, supondo-se que este seria um poderoso meio preventivo para quase todas as patologias. Em que pese a embriaguez seja socialmente mal vista, o álcool é largamente utilizado no mundo inteiro, sendo elemento ordinário e essencial para as ocasiões festivas. Em outros casos auxilia na sobrevivência aos rigores climáticos, a exemplo da *vodka* utilizada pelo russos, ou pode atuar como estimulante de apetite.

A absorção do álcool é grande assim que iniciada, no entanto, decresce com o tempo, variando conforme o esvaziamento gástrico. Ou seja, quando ingerido em presença de alimentos no estômago a sua absorção será mais lenta, e isto também repercute, conseqüentemente, na absorção intestinal. Primordialmente o álcool afeta o sistema nervoso central, promovendo a sedação, redução da ansiedade, comprometimento do potencial de discernimento e desinibição. Estas alterações são processadas conforme a quantidade ingerida, o peso, e a sensibilidade de cada indivíduo. Dentre os sintomas de intoxicação destacam-se o rubor facial, irritabilidade e o comprometimento da atenção, podendo gerar

³³ ALMEIDA, Maria das Graças; LIMA, Irene Videira de. Barbitúricos e Benzodiazepínicos. In: **Fundamentos de Toxicologia**. Org. Seizi Oga, Márcia Maria de Almeida Camargo; José Antônio de Oliveira Batistuzzo. 3.ed. São Paulo: Atheneu Editora, 2008. p.377-385

³⁴ Idem. p. 379-381.

também amnésia, ou déficit de atenção temporária, embora outras atividades intelectuais possam ser preservadas.³⁵ Vale destacar a seguinte explicação:

O alcoolismo afeta o sistema nervoso central e o periférico, o sistema cardiocirculatório, o sangue, as glândulas endócrinas e o aparelho digestivo (o mais afetado, assumindo proporções preocupantes). Em relação à boca e à faringe, o etanol é a segunda causa específica mais importante de câncer, superada apenas pelo fumo. O risco é proporcional à dose de bebida ingerida, embora quantidades consideradas não elevadas se consumidas durante longos períodos também representam perigo (...). O risco de câncer é ainda maior quando o indivíduo além de alcoólatra é fumante, pois o etanol potencializa os efeitos do fumo. Os efeitos corrosivos do etanol sobre o estômago podem provocar o aparecimento de gastrites agudas.

O álcool é metabolizado quase que exclusivamente no fígado. As alterações metabólicas, juntamente com os efeitos tóxicos do etanol e do aldeído acético, geram lesões hepáticas como a esteatose, a hepatite alcoólica, a cirrose e o câncer primitivo do fígado. (...) Quanto aos tumores malignos primitivos do fígado, que vêm assumindo proporções consideráveis, a maior incidência é a observada em alcoólatras com ou sem cirrose.³⁶

O uso do álcool, mesmo tendo sido restringido com ações como a Lei Seca, e a proibição de comercialização e uso dentre menores de 18 anos, causa sérios transtornos à sociedade em geral, notadamente por ser um dos grandes vilões do trânsito. De outro lado, os efeitos nocivos que gera no organismo podem ser exemplificados com o desenvolvimento de cirrose hepática e cânceres de diversas naturezas, a exemplo, do desenvolvido na cavidade bucal e no esôfago. O alcoolismo, portanto, imprime seus malefícios não somente na vida do alcoolista, mas, desestrutura a família que o cerca o dependente e a sociedade em geral.

Não é sem razão, portanto, a implementação da criticada “Lei Seca”³⁷, que aplica uma multa severa aos condutores embriagados, e as restrições publicitárias, impeditivas, por exemplo, a associação das bebidas alcoólicas com imagens lúdicas. Quer-se evitar com isto o incentivo ao uso de álcool entre os menores, em que pese todos os artificios dos veículos publicitários e da indústria de bebidas no incentivo ao consumo. A “loura gelada”, inclusive,

³⁵ MALBERGIER, André; PILEGGI, Adriana; SCIVOLETTO, Sandra. Etanol. In: **Fundamentos de Toxicologia**. 3.ed. São Paulo: 2008. p.391-396.

³⁶ BORTOLETTO, Maria Élide. **Tóxicos, Civilização e Saúde. Contribuição à Análise dos Sistemas de Informações Tóxico-Farmacológicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Centro de Informação Científica e Tecnológica, Núcleo de Estudos em Ciência e Tecnologia, 1990. p.59

³⁷ Diante dos altos índices de morte no trânsito causadas pelo uso abusivo de álcool, a Lei 11.705/2008 surgiu com o objetivo de alertar a população quanto à letalidade desta associação perigosa. Através do uso do “bafômetro” é possível quantificar os níveis de álcool presentes no organismo, sendo assim, o art. 165 do CTB (Código de Trânsito Brasileiro) prevê a aplicação de uma multa no importe de R\$ 957,70, associada à suspensão do direito de dirigir para o condutor de veículo com 0,1 a 0,29 mg de álcool por litro de ar (expelido dos pulmões). O art.306 do CTB prevê ainda que para os motoristas com níveis de álcool ainda maiores no organismo, a partir de 0,3 mg por litro de ar expirado, haverá ainda a aplicação de pena de detenção de seis meses a três anos, multa, suspensão ou proibição de obter a permissão ou habilitação para conduzir veículo automotor.

tornou-se uma espécie de símbolo nacional, ao lado do futebol, do samba e do carnaval. Adolescentes e crianças, seguindo este hábito nacional, acabam se tornando potenciais consumidores na aurora de suas vidas, haja vista a ineficiência da fiscalização da família, do Estado e da sociedade em geral. Isto porque, nos termos do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), todos seriam responsáveis pelo zelo à integridade dos mesmos.

Desde o início do século XX, por outro lado, os gases hilariantes eram empregados como anestésicos em cirurgias de curta duração, a exemplo das dentárias. Dentre estes o éter despontou em posição destacada, especialmente no Carnaval, como um dos componentes principais do “lança-perfume”, proibido a partir da década de cinquenta. A inalação desta substância enseja um estado de euforia, seguida de moleza no corpo, e as doses consecutivas levam ao adormecimento do usuário. Posteriormente, passaram a ser comercializados os inalantes e solventes, compostos químicos à base de substâncias voláteis, que se evaporam com facilidade, e integram as fórmulas dos aerossóis, tintas, vernizes, querosene, colas, fluidos de isqueiros, esmaltes, acetonas etc³⁸.

Os vapores produzidos por estes são absorvidos pela boca ou fossas nasais, alterando-se o estado psíquico do indivíduo, podendo provocar excitação, depressão e alucinações. A exposição crônica a estas pode implicar em prejuízos à memória, comprometimento da habilidade manual, cansaço, dores de cabeça, confusão mental, e em casos mais severos, paralisia nos membros inferiores³⁹. Após alguns minutos de inalação, os vapores provocam tonturas e intoxicação, e a exposição recorrente afeta a integridade de diversos órgãos. De regra, as complicações pelo uso contínuo perpassam por arritmias cardíacas, depressão da medula óssea, degeneração cerebral e lesões no fígado, rins e nervos periféricos. Há relatos de óbitos, associados às arritmias, e possivelmente à obstrução das vias aéreas superiores⁴⁰.

O uso frequente destas drogas provoca o comprometimento irreversível da memória pelas lesões provocadas nos centros nervosos. Além disso, ocorre o comprometimento das funções motoras, que pode desencadear paralisia nos membros inferiores. Por outro lado, ante a dificuldade de mensurar a quantidade de substância inalada, é possível a ocorrência de overdose acidental. Um dos inalantes mais comuns é o tolueno, especialmente utilizado por crianças e adolescentes que vivem nas ruas, e integra a fórmula da cola de sapateiro. A técnica utilizada para a inalação consiste em depositar a droga no fundo

³⁸ ARATANGY, Lídia Rosenberg., op.cit., p.155

³⁹ Idem.p.74-77

⁴⁰ GOODMAN & GILMAN: **As bases farmacológicas da terapêutica**. Rio de Janeiro: McGraw-Hill Interamericana do Brasil, 2006. p.561

de um saco plástico, introduzir a boca e o nariz dentro deste e inspirá-la por algum tempo, neste ambiente hermético. O risco de asfixia é grande já que, sob o efeito da droga, o indivíduo sente tonturas, não conseguindo se livrar da embalagem, sofrendo prejuízos em sua atividade respiratória. A morte por asfixia é a mais frequente entre estes usuários, e não pelo efeito provocado pelo tolueno propriamente⁴¹.

1.1.4. DROGAS PSICOESTIMULANTES

As drogas psicoestimulantes interferem no normal funcionamento cerebral, propiciando um estado de alerta exacerbado, insônia e ausência de apetite, enquadrando-se neste rol a cocaína, a cafeína, a nicotina e as anfetaminas. Estas últimas foram sintetizadas em laboratório em 1928, quando passaram a ser comercializadas por seu potencial para desobstruir as vias aéreas, por inibirem o apetite, e por suas propriedades antidepressivas. Descobertas científicas posteriores identificaram que o uso indiscriminado de tais substâncias acarretava dependência, impondo-se então a fiscalização dos órgãos governamentais na sua comercialização com vistas a restringir o consumo. Estas drogas são estimulantes, e promovem a liberação de noradrenalina e dopamina, que provocam alterações fisiológicas e comportamentais, como a perda do sono e do apetite, produzindo assim um estado de vigília e inquietação no usuário⁴².

Estas drogas são hodiernamente sintetizadas em laboratório, conquanto exista uma espécie natural utilizada pelos habitantes da África e do Oriente Médio, designada de *khat*, encontrada nas folhas de uma planta que recebe o mesmo nome. Por atuarem a nível neuronal, ora estimulam a liberação de um maior número de neurotransmissores que o normal, ora inibem a recaptção de tais neurotransmissores, promovendo uma ação estimulante. É o que ocorre quando há a ingestão do “rebite”, utilizado por indivíduos que precisam estar acordados por mais tempo que o normal, como é o caso dos estudantes e motoristas. Além disto estes medicamentos são utilizados no tratamento da obesidade, já que reduzem o apetite de seus usuários. Ocorre que, após oito a doze semanas de uso, é comum o desenvolvimento da tolerância, prejudicando-se a sua efetividade no combate ao excesso de

⁴¹ ARATAGNY, Lídia Rosenberg, op.cit. ,p.156-157.

⁴² BIRNER, Ernesto; UZUNIAN, Armênio. ,op.cit.,p.27-28

peso. O uso destas substâncias provoca ainda taquicardia (aceleração dos batimentos cardíacos), dilatação das pupilas e aumento da pressão arterial. ⁴³.

A nicotina é a substância tóxica encontrada no tabaco, e é a reforçadora do tabagismo, causando a dependência. Em virtude da ligação entre esta e o desenvolvimento de patologias cardiovasculares, cânceres de pulmão, bronquites crônicas e enfisemas, esforços têm sido congregados para desestimular o seu uso. O Ministério da Saúde obrigou a fixação de dizeres na embalagem dos cigarros que indicam seus malefícios à saúde, além de fotos de portadores de doenças graves causadas pelo uso do tabaco. Apesar disto o consumo se manteve elevado. A nicotina apresenta propriedades depressoras e estimulantes, malgrado não altere o estado mental, nem as relações sociais do fumante.

Em pequena quantidade interfere nos músculos da bexiga, útero e intestinos, e em doses elevadas provoca a paralisação dos mesmos, além de promover vasoconstrição, taquicardia e hipertensão arterial.⁴⁴ À semelhança da maconha e cocaína, a nicotina causa dependência, no entanto, em atendimento aos interesses da indústria do fumo, há um sério entrave às medidas preventivas ao uso de tabaco, comprometendo-se a saúde dos fumantes e a redução de seu impacto no ambiente de trabalho.⁴⁵ Cumpre trazer à baila os esclarecimentos adiante transcritos:

A dependência de cigarros (nicotina) é influenciada por diversas variáveis. A própria nicotina gera o reforço ao consumo e os usuários a comparam a estimulantes como a cocaína ou anfetaminas, embora seus efeitos sejam mais brandos. Embora existam muitos usuários casuais do álcool e cocaína, poucos fumantes usam quantidades suficientemente pequenas (5 cigarros ou menos por dia) para evitar a dependência. A nicotina é rapidamente absorvida pela pele, pelas mucosas e pelos pulmões⁴⁶.

De acordo com dados divulgados pelo Ministério da Saúde, em pesquisa realizada pela Vigitel (Vigilância de Fatores de Risco e Proteção Para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico), o número de fumantes brasileiros caiu para 14, 8%. Dentre estes os representantes do sexo masculino perfazem um total de 18,1%, e os do sexo feminino 12%. Do número de fumantes, apenas 5,4% dos homens consomem mais de 20 cigarros por dia, em face de 3,3% das mulheres⁴⁷. Depreende-se disto que, malgrado as campanhas anti-tabagismo

⁴³GOODMAN & GILMAN., op.cit., p.41-45.

⁴⁴ CAMARGO, Maria Thereza Lemos de Arruda. **Plantas Mediciniais e de Rituais Afro-Brasileiros II: Estudo Etnofarmacobotânico**. São Paulo: Ícone, 1998. p.110.

⁴⁵ BORTOLETTO, Maria Élide., op.cit, p.20

⁴⁶ GOODMAN & GILMAN, op.cit, p.551

⁴⁷ Número de Fumantes no Brasil cai para menos de 15% pela primeira vez, segundo pesquisa Vigitel. **Ministério da Saúde**, Rio de Janeiro, Disponível em :

não tenham ainda atingido os efeitos desejados, ao menos já se percebe uma maior preocupação com os cuidados atinentes à saúde. Ainda assim este número ainda é preocupante, e o caminho a palmilhar para a plena libertação do vício em nicotina é longo e tenebroso. Ponderável parcela dos fumantes não consegue parar de fumar, apesar dos diversos engenhos existentes no mercado para tal fim, a julgar pelos adesivos que contêm a substância encarregados de auxiliar este processo. A melhor medida, portanto, é a antiga estratégia da prevenção, evitando-se a “primeira tragada”.

A cocaína, também integrante do grupo das anfetaminas, extraída da planta coca, existente na América do sul, já era utilizada pelos incas quando os colonizadores chegaram, passando a ser exportada por estes posteriormente para a Europa. O “vinho de coca” foi fabricado por um período, e era largamente apreciado pelas grandes autoridades européias por suas propriedades revigorantes. Mais tarde, A. Neumann extraiu a cocaína pura das folhas desta planta, um pó mais ativo que o vinho, com propriedades anestésicas locais, segundo atestava Sigmund Freud, que participou de experimentos utilizando a droga para remover a dor de mucosas em cirurgias⁴⁸.

O pai da Psicanálise fascinado por suas propriedades, não só era usuário como difusor do uso como meio de revitalização, e sob seus efeitos escreveu artigos, sentindo-se “verdadeiramente médico” a partir daí. Até o início do século XX esta droga era utilizada como medicamento, inclusive no Brasil, para a cura de diversas patologias. A cocaína pode ser apresentada sob diversas formas, com graus variáveis de pureza e potencialidade, como é o caso do chá das folhas de coca, o sal e a pasta de cocaína e o crack. Os efeitos são múltiplos, desde uma profunda sensação de prazer até excitação, hiperatividade, falta de apetite e ausência de cansaço. Em doses mais altas ministradas de uma só vez podem ocasionar irritabilidade, agressividade, delírios e alucinações.⁴⁹

Na década de oitenta surgiram os primeiros relatos do uso de crack no Brasil, inicialmente no Sul e Sudeste, pela escassez de outras drogas, e por uma estratégia de marketing, pelo baixo custo, e por ser uma opção “segura” quanto à contaminação do vírus HIV para os usuários da cocaína por via venosa. Inicialmente a sua difusão ficou restrita aos grandes centros urbanos e às pessoas de classes mais baixas, no entanto, com o tempo, alastrou-se pelo Brasil inteiro. Esta droga é produzida pelo aquecimento do cloridrato de cocaína acrescido de água, associado ao bicarbonato de sódio, e com o resfriamento esta

<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/agencianoticias/site/home/noticias/2012/numero_fumantes_no_brasil_cai_pela_primeira_para_menos_de_15_por_cento_segundo_pesquisa_vigitel> Acesso em : 28 jan. 2013.

⁴⁸ GOODMAN & GILMAN, op.cit, p.50

⁴⁹Ibidem p.51-53.

mistura se transforma em “pedra”, geralmente queimada e fumada em cachimbos improvisados, feitos de PVC ou alumínio.

Poucos segundos após a administração, iniciam-se os efeitos da droga, que vão da euforia, agitação à irritabilidade, alterações cardiovasculares, sensoriais e motoras. O prazer proporcionado pela droga é fugaz, durando em média de cinco a dez minutos. Na tentativa de prolongar esta sensação, o usuário repete o mesmo procedimento várias vezes, o que o leva à anorexia e insônia por dias a fio. A problemática do uso de drogas é de tal monta que admite-se atualmente a internação compulsória dos usuários adultos, com a devida autorização judicial. Por meio de tal medida os mesmos são conduzidos à delegacia, e posteriormente a abrigos para tratamento da dependência. Além dos malefícios causados à saúde, há uma estreita relação entre o uso de drogas e a elevação do número de pequenos furtos e roubos, o que também reforçaria a pertinência da medida.⁵⁰Sobre este processo calha registrar esta explicação:

A necessidade de repetir o êxtase obtido no consumo da pedra pode levar o viciado a abandonar própria casa e a família e a cometer crimes. Maltrapilhos, vagando pelas ruas em meio a lixo e entulho o sob o constante delírio provocado pelas baforadas de crack, eles parecem estar completamente desprovidos da capacidade de escolher, de exercer as próprias vontades e autonomia. De acordo com os defensores da medida, esse estado degradado dos dependentes justifica a internação compulsória.

A questão é controversa, pois, envolve a restrição da autonomia do usuário, que é coagido a se tratar, independentemente da sua própria vontade. Por outro lado, a medida estaria justificada não somente pela manutenção da paz social, haja vista as transgressões à ordem perpetradas pelo uso de drogas, e sobretudo, por entabular-se o zelo pela vida e integridade física destes indivíduos. Os especialistas em dependência química, no entanto, divergem desta intervenção estatal partindo do pressuposto de que, para lograr êxito, o tratamento deve estar indissociavelmente ligado ao desejo do paciente de se tratar.

O uso desta droga pode restringir o funcionamento do cérebro, pulmões, rins e ossos, além de provocar o aumento da frequência cardíaca e arterial, que levam a infartos e acidentes vasculares cerebrais (AVCs). De outro lado, o uso crônico pode conduzir à degeneração muscular irreversível, e a problemas sexuais nos homens, como a disfunção erétil. A dependência provocada pelo crack é superior à das outras drogas, sendo comum que

⁵⁰ SANCHES, Mariana; PAGGI, Matheus. Internar à força resolve? Revista Época. **Saúde & Bem-Estar**. Crack. 8 de agosto de 2011. n°690.p.104-110.

os usuários de outros entorpecentes ao experimentá-lo resolvam deixar as outras drogas para utilizarem-no exclusivamente⁵¹.

A cafeína, a droga mais consumida do planeta, integra não só a composição do café, mas de outros alimentos como chocolates, refrigerantes, chá-mate, cacau etc. Trata-se de uma substância psicoestimulante que auxilia na concentração, melhora o humor e reduz a fadiga. Seu uso excessivo pode desencadear efeitos adversos como insônia, dores de cabeça, gastrite, agitação, ansiedade, taquicardia, e até mesmo cistos de mama, pâncreas, malformações congênitas e aborto⁵². É ainda integrante dos medicamentos emagrecedores, atuando como inibidor de apetite, e compõe também os diuréticos, antialérgicos e analgésicos. Dentre estes incluem-se os medicamentos utilizados para combater as crises de enxaqueca, por seu potencial para contrair os vasos sanguíneos, já que a dilatação destes geralmente é a responsável pelas dores.

A cafeína pode ser extraída da natureza, ou sintetizada em laboratório, e em virtude do sabor amargo e de suas propriedades aromáticas, é utilizada como aditivo de balas, sorvetes, bolos, gomas etc. As bebidas energéticas, de produção nacional e importada, também apresentam a cafeína em sua composição, bem como os suplementos energéticos, vitamínicos ou termogênicos. Em função dos efeitos estimulantes, também é manejada para minorar o potencial depressor das bebidas alcoólicas. Em razão da ditadura da estética, e do culto exacerbado à beleza, notadamente nos últimos tempos, a cafeína tem sido associada a outros compostos como efedrina e ácido acetilsalicílico, ou com hormônios da tireoide e efedrina que seriam úteis aos fisiculturistas. Nestes casos a comercialização destas fórmulas é ilegal no Brasil, permitindo-se a venda apenas de suplementos vitamínicos e minerais, como auxiliares à complementação nutricional.

Nos últimos tempos a substância tem sido utilizada por aspiração nasal, pela maceração de comprimidos, ou por via injetável, provocando efeitos estimulantes imediatos, e este fármaco tem ganho um grande número de usuários pela sua facilidade de comercialização. A ausência de fiscalização e o preço convidativo são elementos importantes na opção. Esta substância é muito apreciada pelos atletas, figurando na lista dos fármacos que são considerados “doping”, por evitar a fadiga, aumentando a resistência e o desempenho,

⁵¹ SANTOS, Suzana de Vaconcellos Bernardes; SOUZA, Edilson de Moura. Desafios no tratamento dos Usuários de Crack. In: **Drogas, Políticas e Práticas**. Org. Gilberto Lucio da Silva. p.113-115.

⁵² PEDROSO, Rosemary Custódio. Dopagem nos Esportes por Cafeína. In: **Fundamentos de Toxicologia**. Org. Márcia Oga Seizi, José Antônio de Oliveira Batistuzzo. 3.ed. São Paulo: Atheneu Editora, 2008. p. 516-517.

aprimorando a força muscular. O uso exagerado pode levar á intoxicação, e em casos mais graves, à morte.⁵³.

1.1.5 ALUCINÓGENOS OU PSICOTIMÉTICOS

Os alucinógenos ou psicoticométicos são drogas que provocam delírios e alucinações⁵⁴. Cada uma das substâncias que fazem parte deste grupo pode desencadear reações peculiares, que serão examinadas adiante. Há alucinógenos naturais, encontrados na própria natureza, dentre os quais estão a *Cannabis sativa*, mais conhecida como maconha, os cogumelos, o cacto *Lophora williamsii*, e outras plantas brasileiras, dentre as quais a *Psychotryia virides* ou chacrona e o *Banisteriopsis caapi*, utilizados em rituais como os do Santo Daime⁵⁵. Há ainda os alucinógenos sintéticos, fabricados pelo homem em laboratório, dentre os quais se destacam o LSD (Dietilamida do Ácido Lisérgico) e o ecstasy, enquadrados também no rol dos alucinógenos primários, que produzem seus efeitos sem afetar as demais funções do organismo. Os alucinógenos secundários, dentre os quais estão o Artane (sintético) e a *Datura suaveolens*, que é um vegetal, provocam alucinações e afetam as demais funções do corpo.

Os alucinógenos também são conhecidos como drogas psicodélicas, já que alteram a percepção e a razão do indivíduo. Estas substâncias foram popularizadas no fim da década de 60, nos Estados Unidos, com o movimento hippie, e a propagação da moda do LSD, seu representante mais conhecido. Esta é uma droga passível de administração por via oral ou parenteral, que produz euforia, e distorção nos sentidos visuais e táteis, provocando a

⁵³Idem. p. 509- 519

⁵⁴ Alucinações são alterações na percepção sensorial, provocando uma distorção na visão, audição, olfativa, gustativa e tátil. Sobre o tema merece ser sublinhado este esclarecimento: “ Na avaliação dos efeitos produzidos por essas substâncias, deve-se diferenciar alucinação e delírio, conceitos muitas vezes empregados incorretamente. Delírio é uma construção intelectual mórbida, afastada da realidade e de convicção inabalável do paciente. Caracteriza-se pela estrutura biopsicológica do paciente. De acordo com os dicionários médicos, o delírio ‘é uma perturbação mental de curta duração, acompanhada de alucinações, excitação mental, inquietude física e gira em torno de um determinado assunto- ciúme, perseguição, grandeza.’ Trata-se de uma convicção errônea baseada em falsas conclusões tiradas dos dados da realidade exterior . O delírio pode ser: paranoico (superioridade), esquizoide (introversão), astênico (obsessão), histérico (imaginação), e conter certeza intuitiva, ilusões sensoriais e fenômenos persecutórios. Distingue-se da alucinação por ser independente das impressões sensoriais e por apresentar idéias supervalorizadas, rigidamente ligadas á crença delirante”. C.f CAZENAVE, Sílvia de Oliveira Santos; Costa, José Luiz da. Alucinógenos. In: **Fundamentos de Toxicologia.**, op.cit., p.450.

⁵⁵ MANSUR, Jandira ; CARLINI, Elisaldo. ,op.cit.,p.79-81.

dilatação da pupila, taquicardia, piloereção, hiperglicemia, e dependência psíquica⁵⁶. O LSD é derivado do ácido lisérgico, um alucinógeno presente na ergotamina, produzido por um fungo contido no esporão do centeio, e foi descoberto por acaso pelo Dr. Albert Hofmann, na Suíça, em 1943. Após manuseá-lo em laboratório, o mesmo sentiu vertigens, tendo sido tomado por um estado de “embriaguez”, acompanhado de fantasias com imagens plásticas e coloridas, que só cessaram duas horas após o início do quadro. Após este evento, o médico chegou à conclusão de que teria absorvido pela pele ou engolira a substância que esteve manipulando, e para confirmar a suspeita, regressou ao laboratório e ingeriu o LSD, apresentando as mesmas reações anteriores⁵⁷.

Esta droga é um pó branco, inodoro e insípido, solúvel em água, que pode ser utilizado por via oral ou injetável. Aproximadamente vinte minutos após a administração surgem seus efeitos, que podem permanecer por até doze horas, e em alguns casos, reaparecem após uma semana ou um mês. A este fenômeno dá-se o nome de “flashback”, que provoca efeitos no usuário mesmo que não tenha havido nova administração da droga, e decorre do acúmulo da substância no organismo. Ao utilizá-la o usuário sente, inicialmente, o aumento das batidas do coração, dilatação da pupila, agitação, inquietação, tremores e fraqueza, associadas a alterações mentais. Surgem, então, as alucinações visuais, povoadas por imagens coloridas, atreladas ao erotismo e à desinibição. Em alguns casos podem ocorrer ataques de pânico, que rotineiramente levam o usuário ao suicídio ante a sensação de onipotência. Sob o efeito da droga, durante a “viagem”, o indivíduo tem a sensação de que é outra pessoa, que corresponde à ação “despersonalizante da droga”. Estes episódios são marcados por transtornos de percepção de curta duração, que geram, por exemplo, distorções visuais, emoção intensa, e sensação de movimento de objeto fixo.⁵⁸

Dentre os alucinógenos também se destacam os cogumelos, integrantes da família *Agaricae*, presente no mundo todo, e abarca os gêneros *Amanita* e *Psilocybe*. Os *Amanita* englobam os cogumelos utilizados para o consumo humano, bem como os alucinógenos e venenosos. Em virtude de sua similaridade, é possível confundí-los facilmente, o que pode levar a intoxicações. Os vikings se valiam da *Amanita muscaria* como tonificante antes dos embates, e o seu destemor estava associado ao uso destes cogumelos. Os gregos, reconhecidos por seu apreço pela beleza física, também utilizavam estas substâncias antes dos

⁵⁶ ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de; BRASIL, Otávio Américo Medeiros. **Toxicologia Geral : envenenamentos, intoxicações, toxicomanias, diagnóstico, tratamento, aspectos forenses**. São Paulo: Organização Andrei Editora, 1974. p.243.

⁵⁷ KOSOVSKI, Ester., op.cit.,p.40-42

⁵⁸ Ibidem. p.43

jogos olímpicos. Os cogumelos do gênero *Amanita* contêm dois alucinógenos, o muscimol e o ácido ibotênico, responsáveis pela estimulação do sistema nervoso central. Sob o efeito destes, o usuário, inicialmente, padece de desorientação, sonolência e ausência de coordenação motora. Posteriormente é acometido por uma euforia intensa, alterações sensoriais (perturbações visuais intensas) e de humor que podem levar a acessos de fúria.⁵⁹

Os cogumelos do gênero *A. Muscaria* são menos nocivos que os demais do gênero *Amanita*, altamente venenosos pela presença da toxina muscarina, que produz efeitos rápidos, embora seja raramente letal. Pode haver envenenamento, de outra sorte, pelas toxinas amatoxina e falotoxina, que produzem efeitos muitas horas após o uso, e há grande incidência de óbitos nestes casos. A muscarina causa intoxicação desencadeando cólicas, náuseas, vômitos, e arritmia cardíaca. Calha registrar ainda a existência do *Psilocybe*, que já era utilizado pelos astecas em seus rituais, que têm propriedades alucinógenas, e composição similar à serotonina e ao LSD. Dentre os efeitos deste destacam-se sonolência, visão turva e distorcida quanto à percepção das cores e formato dos objetos, dilatação de pupilas, euforia, e eventualmente, ansiedade⁶⁰.

Outra substância alucinógena bastante conhecida é o “ecstasy”, ou metilenedoximetanfetamina (MDMA), que apresenta potencial de toxicidade superior ao do LSD e da maconha, e cujo uso em doses maiores pode levar a óbito. Esta droga é largamente utilizada por frequentadores de discotecas e raves, geralmente promovidas em locais a céu aberto, que podem durar dias. Trata-se de uma droga consumida por via oral, com a ingestão de comprimidos, e por vezes, em associação com bebidas alcoólicas, o que potencializa seus efeitos, e amplia os riscos. A droga leva a um estado intenso de euforia e bem-estar, que pode se estender por até dez horas. Isto porque amplia a concentração de dopamina, minorando as dores, e da serotonina, associada a sensações de prazer⁶¹.

Mesmo que haja a ingestão da substância em doses pequenas ocorre a elevação do ritmo cardíaco, conseqüentemente da pressão arterial e da temperatura do corpo, podendo desencadear febres altas e desidratação. Além disso, há o ressecamento da mucosa oral, supressão do apetite, náuseas, coceiras, câimbras musculares, contrações oculares, ausência de coordenação motora, insônia, dores de cabeça, espasmo do maxilar, dores de cabeça e depressão⁶². O Ecstasy ganhou notoriedade nos Estados Unidos ao ser utilizado por alguns

⁵⁹ LONGENECKER, Gesina L. **Drogas: ações e reações**. Trad. Equipe Market Books. São Paulo: Market Books, 2002.p.95-96

⁶⁰ Id.Ibidem

⁶¹ Id. Ibidem

⁶² Ibidem.p.67

terapeutas, supondo-se que poderia ser um atalho ao mundo inconsciente dos pacientes eu sofriam com alguns transtornos psíquicos. Sob efeito deste, supunha-se que seria possível desbloquear as lembranças dolorosas, mantidas numa redoma inconsciente, que inviabilizavam, por vezes, a vida em sua plenitude.

A ayahuasca é um preparado amargo feito à base de cipó, jagube ou mariri (*Banisteropsis caapi*), e uma erva chamada chacrona ou rainha (*Psychotria viridis*), que são macerados e levados para ferver por aproximadamente duas horas. A seita do Santo Daime surgiu na Amazônia, e foi criada por Raimundo Irineu da Serra, que aprendeu com os índios andinos a milenar cultura do uso deste chá. Estes rituais, regados a cânticos e danças, podem durar até dez horas e os adeptos se valem do preparado para manter contato com o mundo transcendental, ingressando num processo de busca pelo autoconhecimento. Em virtude da presença da dimetiltripnamina, presente na folha da chacrona, surgem as visões. A sua associação com o cipó, que impede que impede o metabolismo da tripnamina, permite uma maior duração de seus efeitos. Estas “mirações” ou visões, segundo os especialistas, liberam na mente do usuário certos aspectos bloqueados da psique. Uma vez ingerido, o chá provoca vômitos e cólicas abdominais, e seus efeitos são protraídos por até cinco horas, razão pela qual os usuários são supervisionados pelo Xamã⁶³.

Esta bebida causa irritações estomacais e hepáticas, não constando na lista dos alucinógenos, e como tal, o seu uso não é proibido. A legislação brasileira admitiu a utilização deste composto nas cerimônias religiosas, em que pese proíba a veiculação de propaganda da ayahuasca. Alguns estudos têm sido desenvolvidos, e apontam para os benefícios desta substância no tratamento da depressão e ansiedade por seu potencial para afetar o estado de consciência do usuário. O chá seria a via de acesso a um estado mental de reflexão profunda, similar à meditação. Outras pesquisas também indicam seus efeitos benéficos no combate ao alcoolismo e ao abuso de outras drogas pelas alterações comportamentais que provoca. Há de se ressaltar, no entanto, que o uso da ayahuasca não pode ser deliberado simplesmente por ser um produto “natural”, sendo contraindicado para os esquizofrênicos e pessoas que padecem de transtorno bipolar⁶⁴.

Há registros da utilização da maconha desde os primórdios da civilização, tendo sido referenciada no tratado de ervas medicinais de *Pen Tsao*, há 4.700 anos na China, por seu

⁶³ ARATANGY, Lidia Rosenberg. **Doces Venenos: Conversas e Desconversas sobre as Drogas**. 4.ed. São Paulo: Olho D’água, 1991.p.150-151.

⁶⁴ Pesquisas testam potencial benefício da ayahuasca contra a depressão e dependência. Associação Brasileira de Psiquiatria. Disponível em: <<http://www.abpbrasil.org.br/medicos/clipping/exibClipping/?clipping=11628>>. Acesso: 18 fev.2013.

potencial anestésico. Na Índia o seu extrato era utilizado como medicamento desde a Antiguidade, atuando como hipnótico, analgésico e espasmolítico. Quando houve a colonização do país pelos ingleses, a maconha passou a ser exportada para o mundo inteiro por suas propriedades analgésicas. As fibras do caule do cânhamo eram a matéria-prima utilizada nos tecidos e papéis das velas das embarcações e das pinturas renascentistas. A maconha é um arbusto que se desenvolve facilmente em quase todas as espécies de solo e de clima, no entanto, é preciso uma ambiência favorável para a síntese do seu princípio ativo, que é o tetraidrocannabinol (THC)⁶⁵.

Ao longo dos séculos o apreço pela *cannabis* foi propagado pelo mundo, tendo sido utilizada por diversos povos, com múltiplas finalidades. Nos trópicos e nos lugares montanhosos o florescimento desta planta gerava a produção de uma resina viscosa, que é a responsável pelos efeitos psicoativos, e em locais de clima mais rigoroso, suas flores são menos úmidas por haver menor incidência dos raios solares. Por sua premente facilidade de cultivo era muito apreciada pelas camadas mais pobres da sociedade, dentre as quais os escravos, imigrantes, artistas e agricultores, sendo assim, mais suscetível à proibição⁶⁶. Os efeitos da maconha variam conforme a quantidade utilizada, a via de administração e a sensibilidade do indivíduo. Dentre as repercussões físicas destacam-se a secura na mucosa oral, a vermelhidão da conjuntiva e a taquicardia.

Esta droga leva ainda ao decréscimo nas taxas de testosterona, reduzindo-se o número de células germinativas masculinas, o que pode implicar em limitação da fertilidade. A descontinuidade do uso, no entanto, permite a reversibilidade do problema após algumas semanas. Há indícios de que o uso da maconha, assim como o tabaco, pode desencadear o desenvolvimento de câncer do pulmão em razão da presença do benzopireno, contido nas folhas do tabaco e da *cannabis*. É possível que provoque intoxicação, acessos de euforia ou sonolência, associadas a um estado deprimido, podendo ainda haver a perda da discriminação de tempo e espaço, o que compromete a realização de cálculos, bem como a perda de memória a curto prazo⁶⁷.

Como se depreende do exposto, muitos produtos que são comercializados normalmente como os energéticos, as acetonas, as colas, o tabaco, o álcool etc., malgrado causem dependência e alterem o estado psíquico de seus usuários, não são fiscalizados. Nota-se, então, que a diferença entre os produtos “lícitos e ilícitos” decorre de mero arbítrio

⁶⁵ BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da Guerra : a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas**. São Paulo: Leya, 2011.p.62-64.

⁶⁶ *Ibidem*. p.66-75.

⁶⁷ MASUR, Jandira e CARLINI,Elisaldo., *op.cit.*, 81-94

legislativo e atende a um critério puramente moralizador. As drogas “ não são boas nem más”, podendo oferecer benefícios por um lado, e uma série de efeitos adversos por outro. Muitos adultos, crianças e adolescentes costumam utilizá-las por motivos variados. Problemas associados à desestrutura familiar, à baixa auto-estima, à pobreza, à marginalidade, às inquietações típicas da adolescência e à necessidade de se engajar num determinado grupo são alguns dos fatores que levam ao consumo de substâncias psicoativas. Na adolescência este impacto negativo é ainda mais latente por ser a porta de entrada para a prática de sexo inseguro, à exposição a situações de violência, acidentes de trânsito, e às implicações fisiológicas, pois o organismo ainda se encontra em desenvolvimento⁶⁸. Sobre estas questões de foro íntimo que induzem os atores sociais a refugiar-se nas drogas cabe transcrever o seguinte:

(...) cada ser humano consumirá essa ou aquela droga, na medida de suas necessidades subjetivas e sociais. Não são as drogas que fazem os humanos – já foi dito; são os humanos que fazem as drogas ou, se dissermos de outro modo, em função dos buracos/ faltas que constituem a estrutura de nossas histórias. Alguns de nossos filhos terão pequenos espaços para as drogas em suas vidas; outros filhos nossos encontrarão mais facilmente nas drogas a possibilidade de suportar o horror da exclusão pelo nascimento. Entre uma história e outra, há todas as possibilidades- a vida é móbile. Nossos nascimentos não são garantias inelutáveis de destino, mas portam a semente do que poderemos ser. Nesse sentido, o uso de drogas será, sempre, indiscutivelmente, uma questão humana⁶⁹.

O caminho rumo à libertação das drogas é tenebroso, e nem sempre o êxito é alcançado. A tentação da recaída, por vezes, é mais forte que o propósito de se manter “alforriado”, e a efetividade do tratamento esta diretamente associada ao envolvimento no trabalho e na escola, e à rede de suporte familiar, social e profissional. A política mais racional e efetiva no combate ao uso de drogas, sem sombra de dúvidas, é a de natureza preventiva, que carece, no entanto, de maiores discussões. Adota-se como regra, ao revés, o cômodo proibicionismo, sem que sejam atingidos os efeitos almejados, quais sejam a contenção do consumo e tráfico. O uso de drogas, diferentemente, tem se elevado com o transcurso do tempo, e paradoxalmente, este tem sido o arrimo para o desastrado recrudescimento da ação estatal acompanhado do fortalecimento das organizações criminosas.

A perseguição das instâncias formais de controle tem alvejado os “bodes expiatórios” do sistema penal seletivo, perpetuando-se a lógica da impunidade dos mais ricos,

⁶⁸ MARQUES, Ana Cecília Petta Roselli. Adolescência: fatores de proteção e de risco relacionados ao uso de drogas. In: **Adolescência, Drogas e Violência: Proteger é preciso**. Org. Gilberto Lúcio da Silva et al. Recife: Bagaço, 2008. p.26-27.

⁶⁹ NERY FILHO, Antônio. Por que os Humanos usam drogas? In: **As drogas na contemporaneidade: perspectivas clínicas e culturais**. Org. Antônio Nery Filho et al. Salvador: EDUFBA: CETAD, 2012. p.20.

e sancionamento dos pobres. Estes últimos são elementos descartáveis na teia do tráfico, e como tal, facilmente substituíveis por outros indivíduos em idêntica situação de risco social. De outro lado, os mais aquinhoados, os verdadeiros articuladores das transações ilícitas, são “despenalizados” por força do status social, perpetuando-se o reino da impunidade. Para que melhor se compreenda o quanto afirmado, mister se faz tecer algumas considerações sobre o apogeu das organizações criminosas e a sua afetação social. Neste íterim buscar-se-á enfocar o modelo de persecução penal adotado pelos Estados ao longo do tempo, seguindo-se à instituição do Direito Penal do Inimigo. Este viés da reprimenda austera e reprovável, particularmente com o incremento da dignidade humana como valor basilar, tem sido adotado como estratégia de combate às drogas no Brasil e em alguns países do mundo.

2. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, DIREITO PENAL DO INIMIGO E A RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

2.1 BREVES NOTAS SOBRE O SISTEMA PUNITIVO E A SUA CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA ANTERIOR AO SÉCULO XIX

A vida em sociedade demandou a fixação de um pacto no qual os cidadãos renunciariam a uma parte de sua autonomia privada em favor do Estado, então encarregado de dirimir as controvérsias. De acordo com Thomas Hobbes⁷⁰, inicialmente os indivíduos viveriam em “Estado de natureza”, e como tal, estariam submetidos apenas a seus próprios impulsos volitivos, não havendo diferenciação entre justo e injusto. Para permitir a conservação da vida social pondo fim às guerras entre os homens, seria necessário instituir um poder coercitivo absoluto, encarnado na figura do “Leviatã”. Através da imposição de normas dotadas de força cogente seria possível repelir comportamentos socialmente indesejáveis, mantendo-se uma coexistência pacífica entre os tutelados do Estado. Sobre o tema, Jean – Jacques Rousseau pontifica:

Como os homens não podem criar novas forças, mas só unir e dirigir as que já existem, o meio que têm para conservar é formar por

⁷⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** (Trad.) Eunice Ostrenky. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

agregação uma soma de forças que vença a resistência, com um só móvel pô-las em ação e fazê-las obrar em harmonia.

Essa soma de forças só pode vir do concurso de muitos; mas como a força e a liberdade de cada homem são os primeiros instrumentos de sua conservação, como há de empenhá-los sem se arruinar, e cuidando como deve de si mesmo? Esta dificuldade introduzida em meu assunto pode assim enunciar-se:

“ Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique livre como antes”. Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social.⁷¹

Estas normas foram inicialmente inspiradas na Lei de Talião e possuíam natureza transcendental, significando que a sua afronta, mais que uma turbacão à ordem vigente, implicava em ofensa a Deus. Eram dotadas, portanto, de natureza retributiva e estigmatizante. O esquema do castigo no período anterior ao século XIX consistia no pleno lastro ao manejo de suplícios⁷², cuja função precípua era demonstrar o triunfo do soberano sobre a ilicitude. A massa do povo era conclamada a testemunhar estes espetáculos grotescos, que elucidavam a infâmia do transgressor. Caberia ao delinquente carregar em seu corpo as marcas indeléveis do crime cometido, que ilustravam um exemplo de como não agir. A glória da “justiça” manifestava-se através dos gritos de horror do condenado, e o processo criminal tramitava no mais absoluto obscurantismo. Sequer o réu tinha acesso a qualquer informação, e estas eram fornecidas estritamente à acusação.⁷³

O Renascimento assinalou uma nova era, marcada pela vultosa produção artística, musical, e científica, instituindo-se o império do antropocentrismo. Rompe-se com o antigo teocentrismo medieval, com a valorização da vida terrena e a transposição dos antigos

⁷¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social ou princípios do direito político**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004. p.31.

⁷² Tratam-se de penas corporais aflitivas e dolorosas aplicadas como medida de reparação do mal gerado pelo delito. Conclamava-se a população a participar deste espetáculo grotesco de eliminação pública do condenado que, após ser submetido a uma série de procedimentos degradantes através da figura de um algoz, via de regra era morto, esquartejado, decapitado. Os restos mortais costumavam ser expostos em praça pública, simbolizando a necessidade de todos os cidadãos se esquivarem da ilicitude a qualquer custo. A ordenação de 1670, que regeu a França até a Revolução, previa ainda outras sanções como as galeras, a confissão pública, o banimento, a morte etc. A cena tétrica é exemplificada por Michel Foucault nos seguintes termos: “Damiens fora condenado, a 2 de março de 1757, a pedir perdão publicamente diante da porta da Igreja de Paris [aonde devia ser] levado e acompanhado numa carroça, nu, de camisola, carregando uma tocha de cera acesa de duas libras; [em seguida], na dita carroça, na praça de Grève, e sobre um patíbulo que aí será erguido, atenazado nos mamilos, braços, coxas e barrigas das pernas, sua mão direita segurando a faca que cometeu o dito parricídio, queimada com fogo de enxofre, e às partes em que será atenazado se aplicarão chumbo derretido, óleo fervente, piche em fogo, cera e enxofre derretidos conjuntamente, e a seguir seu corpo será puxado e desmembrado por quatro cavalos e seus membros e corpo consumidos pelo fogo, reduzidos a cinzas, e suas cinzas lançadas ao vento”. C.f. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhe. 31.ed.Petrópolis: Vozes, 2006. p.9

⁷³ Ibidem. p.9-32.

dogmas religiosos. Ressurge o apreço pelos clássicos greco-romanos, desprezados ao longo da Idade Média. Com a urbanização crescente foram desenvolvidos grandes centros comerciais como Roma, Veneza e Milão, ampliando-se as transações comerciais, a futura mola propulsora para as Grandes Navegações e a busca por novos mercados. Abre-se um horizonte novo quanto aos fenômenos naturais, sociais, míticos e culturais a partir do espírito racionalista crítico, e a ciência se arvora à condição de desbravadora dos inúmeros mistérios que desafiavam a humanidade. O intercâmbio com outras culturas permitiu, inclusive, a transmissão do conhecimento farmacológico dos orientais. O método empírico adquiriu posição destacada, e ressaltava a necessidade de provar as “verdades” empiricamente frente à laicização do saber. Eis que surge, nesta conjuntura, uma nova ciência.

Impregnado por este ideário, Francis Bacon sustentava a necessidade de estabelecer um método novo às investigações, que consistia em efetuar uma série de experimentações de gêneros diversos, sob os ditames de leis seguras, graduais e constantes. Estas permitiriam a descoberta de fenômenos e axiomas, sendo imperiosa a necessidade do pesquisador exorcizar seus “ídolos e noções falsas”, que corresponderiam aos pré-conceitos, garantindo-se o sucesso da pesquisa pelo real conhecimento da natureza. Os estudos antigos deveriam ser preservados para que, através das críticas de suas fragilidades, viesse a lume um conhecimento novo, superior ao precedente⁷⁴.

Assumindo entendimento diverso, René Descartes sugeria o método cartesiano, supostamente capaz de resolver todos os problemas do espírito humano, independentemente da natureza da pesquisa. Para ele seria plausível aplicar o raciocínio matemático a todos os ramos do conhecimento visto que todos pertenciam a um mesmo tronco comum⁷⁵. A “dúvida metódica” impeliria a reflexão, devendo-se reputar equivocadas as opiniões anteriores, meditando-se sobre as razões de sua falseabilidade. De outro lado, os sentidos humanos deveriam estar sob constante fiscalização, pois inebriariam o entendimento, prejudicando a condução das investigações. O método experimental seria manejado apenas de forma

⁷⁴ BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da interpretação da natureza. Nova Atlântida**. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

⁷⁵ Adotando perspectiva distinta, Mario Bunge afirma que a natureza do objeto de estudo determinaria o método a ser aplicado, por isso, o método geral diferiria dos métodos especiais por tratar de problemas intelectuais. Haveria, basicamente, duas espécies de ciências: I- ciências formais, que estudam as idéias, como a lógica e a matemática, que fariam o conteúdo e o método de prova, dependendo do fato pelo que faz o conteúdo ou significação, e do fato experimental para convalidação; II- ciências fáticas (estudam fatos), que não podem ser convalidadas pelo mero uso da razão e contêm formulas sintéticas. Destaca ainda a existência da “pesudociência”, que corresponderia a um conjunto de crenças e práticas pretensamente científicas, mas, em verdade, são carentes das técnicas e do corpo de conhecimentos científicos. É o caso do espiritismo e psicanálise. C.f. BUNGE, Mario. **La investigación científica. Su estrategia y su filosofía**. 2.ed. Trad. Manuel Sacristán. Barcelo: Editorial Ariel, 1985.

subsidiária, sendo certo que Deus, como responsável por toda a criação, teria existência tão concreta quanto a de qualquer figura geométrica. A dificuldade em crer nesta presença seria decorrente da resistência humana em se elevar ao plano da sensibilidade espiritual.⁷⁶

Nota-se a ponderável relevância da contribuição de Bacon por chamar atenção à necessidade de constantes reformulações da ciência que, em outras palavras, é um eterno vir a ser. Diferentemente de Descartes, enaltecia a importância dos marcos antigos como base para o aprimoramento das respostas fornecidas aos incessantes imperativos científicos. O método cartesiano preconizado por este, no entanto, merece maiores ressalvas por se pautar essencialmente nas respostas fornecidas pelo próprio pesquisador, e como tal, resta clara a profunda impregnação pelos próprios condicionantes⁷⁷. Estas vertentes ilustram apenas duas das múltiplas perspectivas surgidas na época, e o desenvolvimento sem precedentes do saber. Prova disso foi o abandono da visão geocentrista, cedendo espaço à teoria heliocêntrica proposta por Nicolau Copérnico, bem como a descoberta da lei da gravitação universal por Isaac Newton, e o mecanismo de circulação sanguínea por Miguel Servet e William Harvey.

A par de todas estas alterações, o transcurso do tempo demonstrou a ineficácia da truculência e arbitrariedade penais por sua incapacidade de refrear a delinquência. O Iluminismo, surgido entre os séculos XVII e XVIII, implicou na derrocada dos regimes monárquicos particularmente em virtude das bases lançadas pelo racionalismo. Nesta toada, John Locke⁷⁸ afirmava a bondade como elemento inato ao homem, reputando ser possível alcançar a felicidade através da superação das dificuldades hodiernas. A vida, a liberdade e a propriedade seriam direitos naturais, cabendo ao indivíduo preservá-los mediante a celebração de um contrato com seus semelhantes. Através disto seria possível e viável instituir o “governo” e a “sociedade civil”. Este ideário contrariava os fundamentos do Estado absolutista, visto que, como preconizava Locke, assistia à sociedade civil o direito de se

⁷⁶ DESCARTES, René. **Discurso do método**. Trad. Maria Ermantina de Almeida de Prado Galvão. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁷⁷ No mesmo sentido, Boaventura de Sousa Santos, tratando da crise do paradigma de saber dominante, aponta algumas causas que originaram este fenômeno, dentre as quais, a identificação das limitações e insuficiências do paradigma científico moderno ante o seu avanço sem precedentes. O rigorismo matemático aplicado à ciência desqualificaria ou descaracterizaria a essência de seu objeto de estudo pela perda de porção considerável da riqueza de seus elementos. Além disso, a “industrialização da ciência”, vinculação da produção do saber aos centros de poder econômico, social e político, indicadores das prioridades científicas, contribuiriam com a crise. Deixar-se-ia de aprofundar investigações ou dar azo a novas pesquisas em nome de interesses alheios ao da ciência propriamente dita. C.f. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2006.p.37-58.

⁷⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Org. Igor César F. A. Gomes. Petrópolis: Vozes,1994.

rebelar contra a tirania do soberano, questionando-se, portanto, o autoritarismo e a natureza divina do direito⁷⁹.

A obra de Cesare Beccaria, intitulada “Dos delitos e das penas”, representa um marco na história do Direito Penal. Inspirado nas idéias dos “enciclopedistas” como Voltaire, Montesquieu e Rousseau, retratava a imprescindibilidade de humanização das penas pela premente desproporcionalidade entre estas e as transgressões cometidas. Tal arquétipo de sancionamento apenas provocava efeitos sociais mais nocivos que os perpetrados pelo desvio. A crueldade das sanções, os incontáveis abusos das autoridades, a ausência de publicidade nos julgamentos, o entrelaçamento equivocado entre justiça humana e divina foram apenas alguns aspectos que conduziram Beccaria a encampar a luta pela reformulação do modelo punitivo. As penas não deveriam ser dotadas de caráter aflitivo nem servir como meio de vingança, mas, deveriam resguardar a utilidade social, devendo ser previamente estabelecidas e proporcionais à infração. Indica a necessidade de humanização das penas e da sublimação do ideal preventivo da seguinte forma:

A crueldade das penalidades provoca ainda dois resultados funestos, contrários à finalidade do seu estabelecimento, que é prevenir o delito. Em primeiro lugar, é muito difícil estabelecer uma proporção entre os delitos e as penas; porque, ainda que uma crueldade industriosa tenha aumentado as espécies de tormentos, nenhum tormento pode ir além do último grau da força humana, limitada pela sensibilidade e pela organização do corpo do homem. (...) Em segundo lugar, os tormentos mais terríveis podem provocar às vezes a impunidade. A energia da natureza humana é circunstância no mal como bem. Espetáculos muito bárbaros só podem ser o resultado de furores passageiros de um tirano, e não ser sustentados por um sistema constante de leis. Se as leis são cruéis, ou serão modificadas logo, ou não poderão mais vigir e deixarão o crime sem punição. (...) se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação, as penas precisam ser mais rigorosas⁸⁰.

⁷⁹ Seguindo intelecção similar, Montesquieu aduzia à separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), recaindo sobre o Estado a responsabilidade de garantir aos cidadãos o exercício de suas liberdades. Este esquema de tripartição impediria a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, restringindo-se as arbitrariedades. Seria possível deste modo não apenas dinamizar o exercício dos encargos estatais, mas, sobretudo permitir a vigilância constante de um “poder” sobre o outro. Em que pese não mais se sustente a idéia da tripartição dos “poderes”, visto que o poder estatal é uno, há inegável relevância nesta contribuição, que ainda vige com algumas alterações. Atualmente fala-se em repartição das funções estatais, distribuindo-se as competências específicas a cada órgão. Esta repartição das funções, no entanto, não é estanque, havendo, outrossim, o exercício de funções atípicas: o Legislativo eventualmente julga, como nos casos de crimes de responsabilidade, o Judiciário legisla através súmulas vinculantes, e o Executivo também legisla, elaborando medidas provisórias, por exemplo. Este dado reflete o entrelaçamento entre as aludidas funções.

⁸⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. (Trad.) Torrieri Guimarães. 7.ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p.46-47

O clima de insurreição instalado e a influência do pensamento iluminista impuseram a adaptação dos regimes absolutistas aos novos tempos a partir da metade do século XVIII, empreendendo-se uma série de reformas. O despotismo esclarecido emergiu com a meta de racionalizar a administração pública através da taxaço de impostos e incentivo à educação.⁸¹ Apesar dos esforços envidados, a ruína do Antigo Regime estava por vir, tendo eclodido revoluções por diversos países da Europa, e nos Estados Unidos⁸², florescendo enfim um novo modelo de Estado. O lema francês pró “liberdade, igualdade e fraternidade” viria a calhar com as pretensões burguesas de finalmente ascender ao poder “nos braços do povo”.

E este estratagema foi exitoso justamente pelo estado geral de profunda penúria e miséria, associado às pestes e às lastimáveis condições sanitárias, em contraste com o luxo e a vida de abundância dos monarcas. Todos os súditos vislumbravam um porvir com condições de vida menos atroz, restando justificada a sua associação com os burgueses que, embora possuíssem riqueza, eram desprovidos de “sangue azul”, requisito básico à ascensão ao trono. Esta ebulição social, econômica e política favoreceu a valorização do modo de vida capitalista, fruto da ideologia liberal-burguesa, preconizando-se a concorrência, a divisão do trabalho e a justiça social. Este *modus vivendi* foi robustecido, reforçando-se o escopo da sociedade classista e o ideal de enriquecimento através do trabalho.

Ao lado disto, soergue-se a Revolução Industrial a partir do século XVIII, período marcado, sobretudo, pela mecanização industrial, e pela invenção do tear mecânico e têxtil. O declínio do feudalismo fomentou o deslocamento de um grande contingente de camponeses para os burgos em busca de melhores condições de vida. A mão-de-obra abundante em contraste com as poucas vagas no mercado de trabalho agravou a situação de miséria reinante. Os trabalhadores eram submetidos a condições de trabalho subumanas, por horas a fio, enquanto os detentores dos meios de produção enriqueciam a olhos vistos. Insatisfeitos com esta realidade, os proletários travam uma luta de classes contra os burgueses, reclamando condições de vida e trabalho mais dignas. Mesmo assim, a “selvageria capitalista” teimava em se manter incólume a estes apelos: a globalização e seus efeitos daninhos agigantavam-se.

⁸¹ VICENTINO, Cláudio. **História Geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2005.

⁸² Este período tornou-se conhecido como a “Era das Revoluções”, que simboliza a transição entre o período feudal e o liberalismo econômico. No fim da Idade Moderna irrompem movimentos populares como a independência dos Estados Unidos, a Revolução Francesa, e a Revolução Industrial, todas estas sob a inspiração das ideias ventiladas pelos iluministas, rebelando-se contra os desmandos dos monarcas.

Sérgio Salomão Schecaira esclarece que após a enorme Revolução Industrial, e todo avanço tecnológico perpetrado, diversos problemas despontam na sociedade. A criminalidade cresce no mesmo compasso da miséria, ao lado da migração maciça dos antigos servos feudais, demandando-se a constituição de um paradigma científico novo para solvê-los. A ideia precedente do paradigma contratualista, enfim, já não era suficiente. Destoando de tal orientação, exurgiu a Escola de Chicago nos Estados Unidos, que não concebia como maléficos os movimentos migratórios e as distinções raciais para a sociedade. Isto porque, através da cooperação, conflito e competição seria possível definir os rumos da história de uma comunidade⁸³.

As expectativas reformistas de humanização penal e penitenciária pereceram, agravando-se os índices de criminalidade e as taxas de reincidência. Com isto modifica-se a tônica do discurso: a natureza e as causas do crime se tornam o centro das atenções. Adotando o crime como objeto de estudo, a escola Clássica foi a pioneira na sistematização destas investigações criminológicas, voltando-se à prevenção de delitos, que seriam praticados de acordo com a autodeterminação do sujeito. O viés garantista ora adotado enaltecia a necessidade de humanizar as penas porque o criminoso, por ser da espécie *homo sapiens*, deveria ser tratado condignamente, à semelhança dos que atuam de modo lícito. A efetividade das penas estaria conjugada com a menor limitação possível do exercício da liberdade individual, repudiando-se o tratamento desumano e degradante. O contrato social reforçaria esta perspectiva, pois tinha por meta a prevenção de ações delituosas futuras. Dispondo sobre o tema, Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade asseveram:

(...) o homem actua movido pela procura do prazer, pelo que as penas devem ser previstas de modo a anularem as gratificações ligadas à prática do crime. Em conexão com isto, sustentou Beccaria a necessidade de que as sanções criminais fossem certas e de aplicação imediata, idéias que a moderna psicologia, sobretudo através de EYSENCK, viria a retomar e que a actual investigação empírica sobre a efetividade da prevenção geral em absoluto confirma.⁸⁴

A escola Positiva, por sua vez, afirmava a existência do determinismo biológico, sociológico e/ou psicológico, negando o livre-arbítrio. Bastaria um destes aspectos predisponentes à ilicitude para que o agente, fatalmente, sucumbisse à sua inclinação inata e viesse a delinquir. Frustradas as expectativas reformistas penais e penitenciárias dos clássicos,

⁸³ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.94-95

⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Figueiredo. **Criminologia. O homem delincente e a sociedade criminógena**. Editora: Coimbra Editora, 1997. p.8

passou-se a aventar a reavaliação dos parâmetros vigentes no estudo da delinquência. Os principais objetivos desta vertente eram a redução dos índices de criminalidade e o desestímulo à reincidência criminosa. Neste período a Criminologia é elevada ao status de ciência, adotando o rigorismo metodológico no estudo do criminoso, que deveria estar sob criteriosa observação para favorecer o seu controle⁸⁵.

Um dos principais expoentes desta corrente foi Cesare Lombroso, que efetuou uma série de investigações antropológicas baseando-se no comportamento dos animais, estabelecendo uma conexão entre a conduta dos povos “inferiores” e a criminalidade. O “criminoso nato” seria um indivíduo incivilizado, dotado de certos estigmas atávicos e instinto feroz, insensível à dor, apresentando mandíbulas grandes, pele mais escura, cérebro menor que o das pessoas “normais”, visão aguda e gosto pelas tatuagens. Quanto à pena capital, Lombroso dizia-se convencido de que os criminosos natos violariam as leis por sua própria natureza, e como tal, seriam incorrigíveis. Apesar disto, preferencialmente, sugeria a aplicação de outras sanções que não a morte, a exemplo do isolamento em lugares bucólicos com vigilância constante que poderia favorecer a mitigação do atavismo. A teoria lombrosiana foi criticada especialmente pela ênfase exagerada nas supostas tendências criminosas inatas, e por desprezar o estudo dos condicionantes sociais da criminalidade⁸⁶.

Merecem destaque ainda as considerações de Ferri e Garófalo que, malgrado pertencessem à mesma escola, adotaram perspectivas distintas. O primeiro buscou apurar as interferências dos aspectos sociológicos no cometimento de ilícitos, enquanto o segundo ocupou-se do viés psicológico. Para Ferri, mesmo que inexistisse controle do agente sobre o delito, por não ser este um ato de livre-vontade, recaía sobre a sociedade a incumbência de reagir, lançando mão de todos os meios de defesa, quais sejam os substitutivos penais. A pena privativa de liberdade implicaria em maiores malefícios que benefícios, devendo ser utilizada apenas como *ultima ratio*, cabendo ao Estado buscar alternativas à sua aplicação. Os substitutivos penais seriam mais adequados por valorizarem a dimensão ressocializadora das sanções, em detrimento do seu traço punitivo⁸⁷.

De acordo com Garófalo, o essencial à Criminologia seria adotar por objeto o conceito de crime, desenvolvendo, nestes termos, a teoria do delito natural. Mesmo reconhecendo a importância das características anatômicas do criminoso, negava a existência dos estigmas, reputando o comportamento desviante como anomalia psíquica ou moral de

⁸⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal**. (Trad.) Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto carioca de Criminologia, 2002.p.29-34

⁸⁶ GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. São Paulo: Martins Fontes. p.122-141.

⁸⁷ BARATTA, Alessandro, op.cit., p.39-40.

base endógena, integrante do patrimônio genético do indivíduo. O ilícito estaria imerso no contexto social a qualquer tempo, independentemente da cultura, e representaria a violação de “sentimentos altruísticos fundamentais” como a piedade (crimes contra as pessoas) e a probidade (delitos patrimoniais). A defesa social deveria ser perseguida a qualquer custo, legitimando-se até mesmo o manejo da pena de morte para os “criminosos violentos”, “ladrões profissionais” e “criminosos habituais” por serem “inadaptáveis” à vida em comunidade. A aplicação da pena deveria levar em conta as características do apenado, em franca oposição ao seu viés ressocializador, que naufragaria ante a própria natureza da personalidade criminosa⁸⁸.

A corrente positiva, em todas as suas acepções, atribuiu à ilicitude penal um reflexo da manifestação dos seus condicionantes visto que o agente, por assim dizer, não seria um indivíduo “normal”. A Criminologia ocupar-se-ia tão somente da etiologia criminosa, conferindo amplo destaque ao conceito de defesa social, a diretriz para a nova era das sanções, realçando-se menos seu aspecto retributivo e mais o preventivo. Para Garófalo, no entanto, a pena deveria ser aplicada de acordo com as peculiaridades do agente, desprezando-se a nota da proporcionalidade, e conseqüentemente, a responsabilidade moral e o livre-arbítrio humanos como seus fundamentos. O ideal preventivo, para ele, não poderia ser levado em conta porque impediria a fixação da “quantidade de castigo” a ser infligido, opondo-se ainda à ideia de ressocialização por sua clara contrariedade às características inatas da personalidade do agente.

Para Durkheim seria impossível conceber uma sociedade sem a presença da ilicitude, ainda que houvesse uma convergência de vontades neste sentido, propagada como ideal no inconsciente coletivo. A própria dinâmica da vidas e encarregaria de suscitar novas condutas delituosas. É o que se depreende do seguinte:

O crime é normal porque uma sociedade que dele estivesse isenta seria inteiramente impossível. (...) Para que, numa sociedade dada, os atos reputados criminosos pudessem deixar de ser cometidos, seria preciso que os sentimentos que eles ferem se verificassem em todas as consciências individuais sem exceção e com o grau de força necessário para conter os sentimentos contrários. Ora, supondo que essa condição pudesse efetivamente ser realizada, nem por isso o crime desapareceria, ele simplesmente mudaria de forma; pois a causa mesma esgotaria assim as fontes da criminalidade e abriria novas.⁸⁹

⁸⁸ GARÓFALO, RAFAEL. **Criminologia. Estudo sobre o delicto e a repressão penal**. Lisboa: A.M. Teixeira, 1925.

⁸⁹ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2001. p.31

Calha esclarecer ainda que diversas contribuições criminológicas são elaboradas em oposição às tradicionais, merecendo destaque a Criminologia Radical de Juarez Cirino dos Santos, de inspiração marxista, calcada na disputa entre classes. Ocupando-se das relações entre o âmbito de produção (fábrica) e de circulação (agências de controle), opunha-se ao capitalismo e aos seus efeitos perversos na esfera laboral. Descortinam-se novas alternativas ao controle social, que alterariam as estruturas econômica, jurídica e política pela minoração das desigualdades sociais. Neste caso a política criminal deveria promover a “criminalização” e “penalização” dos detentores de poder, associada à “despenalização” e “descriminalização” dos delitos de menor potencial ofensivo cometidos pelos menos favorecidos econômica e socialmente. As prisões deveriam ser abolidas porque atenderiam à nota seletiva do sistema penal, apenando os mais pobres e premiando os mais ricos com a impunidade⁹⁰.

Luís Gracia Martins⁹¹ esclarece que as garantias liberais prestavam-se à proteção dos interesses burgueses. O princípio da legalidade estabeleceria o âmbito do exercício da liberdade material das classes “subjugadas”, conforme os interesses das “dominantes”. Soergue-se, então, uma ordem formal de criminalidade, que volta as atenções à tipificação dos delitos patrimoniais para enquadrar a quase totalidade dos menos aquinhoados. Salo de Carvalho⁹² esclarece que esta era foi marcada pela tentativa de limitação do poder estatal para evitar a perpetuação da cultura de autoritarismo, arbitrariedade e insegurança do *Anciën Regime*. O direito penal e processual penal passam a chancelar a liberdade, e os cidadãos se tornam politicamente mais atuantes. Este foi o gérmen dos futuros direitos e garantias de “primeira geração”.

Em meio à referida conjuntura, outros movimentos irrompem na Europa, e embora não tenham constituído Escolas em sentido formal, acabaram por imprimir suas marcas no Direito Penal. É o caso do Tecnicismo Jurídico-Penal, surgido na Alemanha e Itália, sustentando a despersonalização do direito criminal pela influência de outras ciências, a exemplo da Sociologia, Medicina e da Escola Positiva. Para esta corrente, era preciso depurar o Direito, removendo os elementos estranhos ao seu cabedal. Esposando este entendimento Hans Kelsen⁹³ elaborou a Teoria Pura do Direito, associando o direito à norma. Conquanto não negasse a existência dos valores, sustentava a necessidade de desprezá-los da abordagem

⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia Radical**. 3.ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

⁹¹ MARTINS, Luís Garcia. **Prolegômenos para a luta de modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do direito de Resistência**. Tradução Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005. p.45-49

⁹² CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.17-18

⁹³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.217-221

jurídica em atendimento ao ideal de neutralidade e objetividade científico. Manifestando-se sobre esta inclinação purista Marília Muricy⁹⁴ ensina:

(...) motivado pela preocupação em assegurar a autonomia da ciência do direito em frente ao que considera invasivas interferências de outras ciências sociais; preocupado, por outro lado, em eliminar o risco ideológico do jusnaturalismo que ameaçava o rigor científico de prática do jurista, Kelsen vai buscar, na matriz kantiana da ‘razão pura’, eficiente cobertura epistêmica para seus propósitos. Sua filiação ao pensamento do ‘filósofo das três críticas’, não obstante o desprezo com que trata pressupostos e conseqüências da ‘razão prática’, é, a nosso ver, inquestionável, nela encontrando separação intransponível entre *ser* e *dever ser*, responsável por seccionar o saber sobre a sociedade em um saber sobre a ‘natureza’ (Sociologia) e um saber direcionado pela lógica da imputação (Direito).

Posteriormente, o discurso da pureza seria manipulado ironicamente em favor dos regimes ditatoriais, como o nazismo e stalinismo, já que Kelsen sustentava a validade da norma moralmente injusta, se atendesse aos requisitos de validez formal e material⁹⁵. Mesmo podendo de seus estudos a dimensão axiológica do direito, o autor afirmava a existência de uma norma hipotética fundamental, de escopo metafísico, que seria o fundamento de validade de todas as outras normas. Apesar da sua valiosa contribuição, destacando-se a estrutura escalonada do direito, com a Constituição federal no ápice do ordenamento, esta teoria foi alvejada com críticas mordazes. Mesmo almejando a eliminação do aspecto metafísico do Direito, é justamente nisto que se funda o elemento central de sua teoria, o valor fundante de todas as demais normas, incluindo a Constituição.

Jorge de Figueiredo Dias pontifica que com o surgimento do Estado Social, as exigências de legalidade foram restringidas, propiciando-se o desenvolvimento harmônico e equilibrado do sistema social. Passou a haver o predomínio do elemento humano sobre o jurídico, sistematizando-se a “ciência conjunta” da política criminal, criminologia e dogmática jurídico-penal. Aos poucos erige-se o “Estado de Direito Material contemporâneo”, um Estado Democrático e Social, que preserva a obediência ao direito, mas, particularmente, a concretização efetiva dos direitos, liberdades e garantias. Valoriza-se o

⁹⁴MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoietico. In: BOCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José. **Hermenêutica Plural : possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005

⁹⁵ Sobre a validade normativa, Karl Larenz esclarece: “Validade normativa significa a pretensão de conformação ou vinculatividade de uma exigência de conduta ou de uma pauta pela qual a conduta humana haja de ser medida. Tem de distingui-se da vigência fática de uma norma, que deve entender-se como sendo a sua eficácia ou possibilidade de conseguir impor-se.” C.f. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. Portugal: Calouste Gulbenkian, 1997. p. 271.

dado essencial da justiça das decisões, em plena consonância com a adequação ao sistema penal. Seria reputada legítima a intervenção penal desde que fosse necessária e socialmente útil, por isto a sanção deveria abarcar as finalidades de prevenção geral e especial, cabendo ao Direito Penal tutelar os bens jurídicos, em obediência à ordem constitucional⁹⁶.

Luís Regis Prado⁹⁷, tece algumas considerações acerca da inserção do conceito de bem jurídico na doutrina penal e seus desdobramentos, aludindo à teoria de Birbaum, o responsável pela introdução do conceito de bem jurídico no campo penal. Por este novo viés, apenas os bens concretos, passíveis de lesão e com relevância individual e coletiva, mereceriam guarida penal. Aprimorando a teoria, Franz Von Liszt reportou-se à dimensão material do conceito de injusto penal e bem jurídico, esclarecendo que estes serviriam como limite à atividade legiferante. As normas apenas espelhariam o bem jurídico, e o direito assumiria a função precípua de proteger os interesses humanos, anteriores à previsão normativa. O injusto coadunaria uma conduta ilícita e culpável por envolver uma afronta normativa, promovendo-se a lesão ou expondo a perigo um bem penalmente protegido.

Nota-se com isto que, paulatinamente, o direito penal foi convocado a atuar como *ultima ratio*, tendo em vista a constrição da liberdade individual. Apenas nas hipóteses de transgressão aos interesses mais caros da sociedade é que seria legítima a intervenção. Sempre que possível deveriam ser manejados os meios menos gravosos pertencentes a outros ramos do Direito para dirimir as lides. Em nome da proteção da dignidade humana, impõe-se a menor restrição possível às liberdades e garantias do indivíduo, impondo-se ao Estado o dever de efetuar prestações positivas capazes de assegurar a existência condigna de todos os cidadãos.

Em complemento ao quanto afirmado, Santiago Mir Puig⁹⁸ aduz que na ambiência do “Estado de Direito” o poder punitivo está subjugado à legalidade, e o “Estado Social” lastreia a função preventiva das penas, dada a sua relevância social. O escopo democrático doravante estabelecido subjugava o Direito Penal às demandas dos cidadãos, sob o prisma da dignidade humana. Nilo Batista⁹⁹ acrescenta ainda que o Direito Penal surgiu para o exercício de funções concretas, no âmbito da sociedade e em interação com esta, perseguindo a realização de certos fins históricos, econômicos e sociais. Trata-se do meio de proteção dos

⁹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.p.33-39.

⁹⁷ PRADO, Luís Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p.30-32.

⁹⁸ PUIG, Santiago Mir. **Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais. p.86

⁹⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

bens jurídicos essenciais à coletividade, o que se dá mediante a cominação, aplicação de execução de uma pena. São estas finalidades do direito penal que ensejam o molde da criminalização de certas condutas, bem como o objetivo das penas e dos outros instrumentos jurídicos postos a serviço do Estado para repelir a ilicitude.

José Henrique Pierangeli¹⁰⁰ afirma que incumbiria ao Direito tão somente valorar a conduta, havendo a partir daí a tipificação, atada aos caracteres da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. A voluntariedade da ação do transgressor deveria ser levada em conta, mesmo que em situações extraordinárias como no caso da coação. O tipo penal é o elemento individualizador das condutas humanas com repercussão no foro penal, constituindo o dado primeiro a ser avaliando na apuração da ocorrência de um delito.

A globalização determinou efeitos no âmbito das macro e micro criminalidades e ao mesmo tempo de descriminalização e despenalização¹⁰¹. Observa-se o fenômeno de expansão do direito penal pela emergência dos novos riscos, prevalecendo a obsessão do reforço à segurança como forma de refrear o sentimento de medo e impotência coletivos. A rede mundial de computadores, que serviria para ampliar mercados, facilitar as transações comerciais, e aproximar indivíduos pela superação de barreiras espaço-temporais, em verdade, promoveu a “virtualização” das relações. A exigência por qualificação e eficiência profissionais transformou o tempo em matéria escassa, valiosa, cuja uso deveria ser racionado.

Diante do apelo em prol da acumulação de riquezas, e das raras vagas no mercado de trabalho, sujeitou-se os indivíduos ao império do egocentrismo da vulnerabilidade emocional, sua agregada. As irrupções de violência por motivos banais ilustram a crise dos valores éticos, morais e religiosos, e com esta a parca aptidão da sociedade em geral para lidar com os dilemas da vida concreta, sem lançar mão da tão necessária “inteligência emocional”. A alienação generalizada também conspurca o exercício do direito de punir, que passa a ser norteador pela truculenta “política de tolerância zero”, com ponderável municiamento, investimento em serviços de inteligência e capacitação dos agentes estatais. Tudo isto na tentativa de conter o avanço das facções criminosas, ou “inimigos do Estado”, que gozam de profissionalismo e aparelhamento de ponderáveis proporções.

Erige-se um estado de desorganização marcado pelo embate entre o imperativo de reforço à segurança e à manutenção da liberdade individual, e pela dissonância entre

¹⁰⁰ PIERANGELI, José Henrique. **O Consentimento do Ofendido: na Teoria do Delito**.3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p.21-28.

¹⁰¹ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

legalidade e política criminal¹⁰². Esta é a conjuntura da atual crise do Direito Penal, que será objeto de maiores elucubrações nas linhas adiante grafadas. Para que melhor se compreenda, no entanto, como isto se deu, vale sublinhar a relevância da dignidade humana e dos direitos humanos no contexto penal. Esta abordagem subsidiará a discussão adiante efetuada quanto à emergência do Direito Penal do autor e suas implicações no tráfico ilícito de entorpecentes.

2.2. ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS, DIREITO PENAL DO INIMIGO E TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES: O PARADOXO DA RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ERA NEOCONSTITUCIONALISTA.

A constituição de organizações criminosas não é um fenômeno recente. Com a instituição do Estado e o abandono do escambo como forma de subsistência em favor da instauração das economias de mercado, ocorrem os primeiros registros de contrabando, pirataria, escravidão e exploração da prostituição. Na Itália e nos Estados Unidos estas atividades eram exercidas por grupos familiares, e diante de sua lucratividade, iniciou-se um processo de profissionalização e especialização. Estes novos conglomerados passam a promover lavagem de dinheiro, bens e valores, tornando-se um dos principais meios de sobrevivência de parte considerável da população nos países de economia emergente, a exemplo do Brasil. Os ataques terroristas, em particular, têm sido objeto de preocupação dos Estados marcadamente nos últimos tempos por sua afetação socioeconômica e política¹⁰³.

O ataque às Torres Gêmeas em 11 de setembro de 2001 e uma série de outros atentados terroristas, aliados a atividades ilícitas como o tráfico de drogas, armas e pessoas, lavagem de dinheiro e as armas biológicas e nucleares têm ameaçado o pacto social de modo mais incisivo. Acresça-se a isto a cultura do medo propagada particularmente pela mídia. O alarmismo gera uma histeria coletiva: a descrença nas instâncias formais de controle induz ao clamor pelo recrudescimento das sanções e medidas a serem implementadas pelo Estado para libertar a população dos criminosos organizados. A indústria do medo é rentável, esteriliza os abraços, e entorpece o discernimento. Chancela-se a atuação incisiva das instâncias formais de controle ainda que, em muitos casos, isto resulte em consequências desastrosas, mormente

¹⁰² SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luis Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁰³ GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. **Crime Organizado e seu tratamento jurídico penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p 45-46.

indicadoras do despreparo dos agentes públicos. Não raro são veiculadas notícias que destacam a eliminação de supostos “suspeitos” que, em verdade, eram meros cidadãos comuns, e não “inimigos do Estado”. Cumpre transcrever a seguinte reflexão:

A concentração do poder comunicacional origina a necessidade de se utilizar mensagens passíveis de serem compreendidas por todos, o que conduz à massificação do receptor. Esta seria, na realidade, a essência da ordem social: “nivela o destinatário da ordem com a plaina da obediência”. Os chamados “grandes informadores” trabalham sobre a base da entrega dos cérebros. Portanto, não e trata, propriamente, de “comunicação”, porque não há resposta. Trata-se de um trabalho de engenharia social no qual a ordem permanece oculta e a obediência tem raízes subliminares. (...) Os meios de comunicação demonstram ser cruciais na construção das ideologias. E, em consequência, das atitudes e valores. Levando esse argumento à expressão mais acabada, a tecnologia massificadora parece representar o mais aterrorizante instrumento de controle e dominação, não apenas no nível das nações particulares, mas, ainda mais dramaticamente, no âmbito internacional.¹⁰⁴

Investe-se cada vez mais em equipamentos de segurança, armamentos, e na rede privada de segurança. Pulula a audiência dos programas televisivos que exploram os temores coletivos, razão pela qual são negociados a preços altíssimos os anúncios publicitários durante a sua transmissão. O ideal do existir em plenitude resta prejudicado pelo enclausuramento das pessoas dentro dos próprios lares pelo temor de se depararem com o inimigo cruel que, fora de controle, ameaça o próprio Leviatã. Sobre a “psicologia de massas”, designada por Freud de “narcisismo de pequenas diferenças”, que induz a coletividade a amar o semelhante e odiar o “estrangeiro” ou diferente, o verbo encarnado do “não-cidadão”, vale referir:

As massas se desenvolvem, ganham e mantêm poder, a partir do momento em que seus membros colocam um só e mesmo objeto, o líder, no lugar da Ausência constitutiva da cultura. (...) Na psicologia de massas, o ódio, sempre mais antigo que o amor, encontra um escoadouro adequado: dirigi-lo contra o estrangeiro, cuja existência e permanente exclusão obtém, como contrapartida a coesão comunitária. Ou seja, a palavra de ordem é reprimir a hostilidade e o ódio contra o idêntico a quem se ama para dirigi-los ao outro, à malvada alteridade. Unida pela imagem de idênticos ocupados em reenviar o ódio contra o “de fora”, ou outro, a massa consolida as bases políticas¹⁰⁵.

Observa-se um crescimento da “criminalidade de massas” e do crime organizado, o que reforça a idéia do descontrole social vigente, e da falência do modelo sancionatório então adotado para reprimir o comportamento desviante. Como aduz Rafael Pacheco, a

¹⁰⁴ CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação**. Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.p.201

¹⁰⁵ FUCKS, Betty Bernardo. **Freud e a Cultura**. 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007. p.46-47.

“criminalidade de massas” ou microcriminalidade corresponde à ação de criminosos individualmente, ou em conjunto em caráter eventual. Suas investidas variam ao sabor das oportunidades, sendo caracterizadas pela parca especialização e articulação. Difere, portanto, da “criminalidade organizada”, que prioriza a mitigação dos riscos e a maximização dos lucros. Estes delitos são organizados porque cometidos por associações de indivíduos visando à materialização de um objetivo comum, concentrando esforços ordenados neste sentido de modo planejado.¹⁰⁶ Para que seja possível chegar à definição de crime organizado Alberto Silva Franco destaca a presença de alguns elementos:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detém um imenso poder com base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquentes e uma rede subterrânea de ligações com quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inercial ou fragilizar os Poderes do próprio Estado.¹⁰⁷

Vale advertir, de início, que o terrorismo não se confunde com o crime organizado. O primeiro visa à propagação do temor através de diversas ofensivas que convergem para a desestabilização da paz social. O crime organizado, ao revés, corresponde a uma atividade de natureza ilícita que persegue a obtenção de lucros, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, e movimenta vultosas somas no mundo inteiro. Cumpre transcrever a lição de Antonio Scarance Fernandes em complemento ao quanto afirmado:

Por fim, é preciso distinguir crime organizado de terrorismo. A discriminação é feita, essencialmente, com base na diversidade de seus fins, embora os seus praticantes operem de formas semelhantes: enquanto uma organização criminosa objetiva lucro, um grupo terrorista que produzir medo, insegurança, subverter a ordem, sendo movido por razões, políticas e ideológicas¹⁰⁸.

¹⁰⁶ PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2007. p.21-40.

¹⁰⁷ FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n.21, p.5, set.1994. p.75

¹⁰⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: **Crime Organizado aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.p.13

A despeito dos diversos engenhos facilitadores da vida coletiva, frutos da Revolução Industrial, que permitiram por um lado a produção em larga escala, por outro favoreceram o aprofundamento da crise que já assolava a sociedade. O desemprego em massa, as péssimas condições de trabalho, a fome e a miséria favoreceram o crescimento dos índices de criminalidade patrimonial. A globalização, portanto, produziu efeitos nas esferas da macro e microcriminalidades, emergindo uma situação peculiar. A corrente Minimalista sustenta a necessidade de restringir a competência do Direito Penal apenas para tutelar os bens jurídicos mais caros à sociedade, coadunando-se a “descriminalização” e “despenalização” de certas condutas. Em contrapartida, o avanço desta nova forma de criminalidade, com potencial de afetação a um número indeterminado de pessoas, outros tipos delitivos são criados, produzindo-se a expansão do Direito Penal¹⁰⁹. Restou cediço que o escopo puramente retributivo da pena seria incapaz de conter o avanço da delinquência, aventando-se a instituição de um novo modelo de sancionamento, calcado na prevenção, associado às medidas de segurança¹¹⁰.

Luís Gracia Martín esclarece que o Direito Penal moderno é desenvolvido notadamente na parte especial, tendo havido um incremento nos tipos delitivos nos últimos tempos com a introdução de novos tipos delitivos no Código Penal e em leis especiais. Este “Direito penal do risco”, típico da sociedade moderna, é marcado pela constituição de tipos delitivos com conteúdo relativamente homogêneo, cujas condutas estão calcadas em um perigo abstrato. Observa-se como traços marcantes destes novos riscos a sua grande dimensão, e a indeterminação do número potencial de lesados, favorecendo-se a “sensação geral de insegurança”. Disto decorre a alteração na perspectiva da política criminal, que passa a ser direcionada para a prevenção desta “ameaça silenciosa e articulada”, cuja ação é

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. . **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

¹¹⁰ Sobre o tema Von Hirsh esclarece que as Teorias Absolutas da pena fundamentam a sanção na imposição de um mal ou castigo ao transgressor da lei, enquanto as Teorias relativas a justificam com a necessidade de prevenir delitos futuros. Para o autor, esta dicotomia entre teorias absolutas e relativas deveria ser superada, e levando-se em consideração os aspectos axiológicos que permeiam o Direito, o mais correto seria, inclusive, facultar a não imposição da sanção quando esta fosse desnecessária, ou incapaz de prevenir delitos futuros. Os modelos retributivos são deficientes por fornecerem explicações obscuras quanto à aplicação da pena, não fornecendo fundamentos capazes de justificar adequadamente a competência estatal. A fragilidade das teorias preventivas, por seu turno, podem ser depreendidas da debilidade quanto à indicação dos limites do princípio da culpabilidade material e a determinação da pena. Ocupam-se somente da explicação instrumental para comportamentos bons, não atribuindo ao autor a capacidade de efetuar reflexões morais. O homem, enfim, move-se por suas convicções morais, e como tal, pode ou não sucumbir à tentação de lesar seus semelhantes. C.f. HIRSCH, Andrew Von. Retribuição e prevenção como elementos de justificação da pena. In: **Crítica y justificación Del derecho penal em El cambio de siglo: El análisis crítico de la escuela de Frankfurt**. Coord. Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de La Universidade de Castilla- La Mancha, 2003. p.127-145.

marcada pela imprevisibilidade. Deste modo, amplia-se o rol dos tipos delitivos, e em outros casos há a agravação das sanções previstas nos tipos tradicionais¹¹¹.

A política criminal passa a ser permeada pelo populismo, radicado no discurso do medo. Tenta-se coibir os equívocos do poder público incutindo-se no inconsciente coletivo a necessidade de reforço à segurança, superando-se o modelo de garantias em favor do de “segurança do cidadão”, ou o que sugere a falsa impressão de segurança. Nestes termos são aprovadas leis simbólicas, com o intuito de refrear a criminalidade em ascensão, e a perspectiva adotada é a do fornecimento das respostas a estes “novos problemas” do mundo globalizado.¹¹² Sobre o tema Pierpaolo Cruz Bottini refere:

(...) o caráter dos novos riscos exigirá do legislador o uso de técnicas peculiares na elaboração típica. A dificuldade em conhecer e distinguir comportamentos arriscados dos inócuos e o desconhecimento da extensão dos eventuais resultados lesivos leva ao uso da técnica dos crimes de perigo abstrato. O uso cotidiano e massificado dos produtos e instrumentos de risco, acarreta na extensão - às vezes desmesurada - da abrangência do cuidado devido nos crimes culposos. E a necessidade de aumentar a sensação de segurança acaba por gerar normas que aumentem o número de responsáveis por sua manutenção, desencadeando a ampliação da abrangência da omissão penalmente relevante. A produção legislativa penal, portanto, traz à tona técnicas legislativas já conhecidas, mas pouco utilizadas anteriormente, e as transforma no elemento característico do chamado direito penal do risco: crimes de perigo, omissão e culposos, que às vezes surgem em inusitadas combinações (crimes omissivos de perigo abstrato, crimes omissivos culposos ou crimes culposos de perigo abstrato), que colocam em xeque preceitos e conceitos dogmáticos consolidados, como, por exemplo, a premissa de que o resultado integra a estrutura típica nos crimes culposos.¹¹³

Jorge de Figueiredo Dias destaca que as doutrinas da prevenção geral convergem para a concepção da pena como instrumento voltado a afastar os atores sociais da prática de delitos em virtude da ameaça da lei. Isto em termos abstratos, reforçando a confiança da sociedade na vigência da norma e, quando da aplicação e execução da pena, assume natureza negativa ou de intimidação. Ocorre que, mesmo com a adoção de um modelo de sancionamento mais austero, os índices de criminalidade aumentaram, e apontam para a

¹¹¹ MARTIN, Luis Gracia., op cit., p.45-50

¹¹² CALLEGARI, André Luís. Controle Social e Criminalidade Organizada. In: **Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.12

¹¹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: **Direito Penal Contemporâneo: Questões Controvertidas**. Coord. Pierpaolo Cruz Bottini, Eugênio Pacelli. São Paulo: Saraiva, 2011.p.115-116.

falência do escopo preventivo da pena. Diante do malogro na contenção da delinquência, o “Direito Penal do Terror” apenas descamba para a aplicação de sanções que afrontam a dignidade humana, e evocam a cultura da violência.

A pena ratifica a aplicação da sanção consonante com o Estado Democrático de Direito, pautada nos estreitos limites da culpabilidade, legalidade, proporcionalidade. Por outro lado, em tempos de combate ao “inimigo” aventa-se a possibilidade de aplicar as medidas de segurança, que levam em consideração a perigosidade do agente, de duração indeterminada, para prevenir a prática de delitos futuros. Estas medidas, a grosso modo, visam a resguardar a segurança, e por outro lado, a socialização, no entanto, este último aspecto nem sempre é levado em conta quando em sua aplicação¹¹⁴.

Bruno de Moraes Ribeiro esclarece que no período compreendido entre o século XIX e a década de 70, sob o influxo do Positivismo Criminológico, surgiu a ideologia da Defesa Social. Calcada no discurso científico que visava ocultar a severidade do controle social, adota como diretrizes a objetividade e neutralidade científicas, lastros do intervencionismo estatal. Sob o pretexto de assegurar a segurança e a ordem, instituiu-se o esquema de identificação da “periculosidade” do agente. Esta deveria ser atestada por médico habilitado, alterando-se o viés da persecução penal, que deixa de ser ressocializador ou de tratamento, para se voltar à inocuização. Isto porque, até então, vigorava a ideologia do tratamento, incorporando-se a finalidade curativa com a internação compulsória e tratamento médico do indivíduo perigoso, reputado como “anormal”.¹¹⁵

Por esta nova perspectiva, no entanto, estes indivíduos são mantidos sob controle, pouco importando o ideal ressocializador. A aplicação da sanção deixa de ser efetuada com a perquirição da culpabilidade, em frontal violação com os preceitos do Estado Democrático de Direito, a exemplo da liberdade individual e do princípio da isonomia. Por este novo prisma, conforme o prognóstico médico, viabiliza-se a intervenção penal antes mesmo da materialização do ilícito, imputando-se sanções com duração indeterminada. No caso dos “incuráveis”, leva-se a cabo a inocuização. Este foi o germen para o surgimento do Direito Penal do autor, cujo pano de fundo é a institucionalização da insegurança generalizada¹¹⁶. Esta conjuntura de expansão e retração do Direito Penal, e todas as alterações sociais e

¹¹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. op cit. p.50

¹¹⁵ RIBEIRO, Bruno de Moraes. Defesa Social, Ideologia do Tratamento e o Direito Penal do Inimigo. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n.5, jul-dez de 2006. p.188-213

¹¹⁶ Ibidem.p.192

políticas que assinalaram o período, ainda é marcada pelo fenômeno do neoconstitucionalismo¹¹⁷.

Este movimento foi fruto do processo de valorização das Constituições positivadas a partir do século XVIII, que passam a constituir a lei maior que rege os ordenamentos jurídicos, salvaguardando-se os direitos e garantias individuais do cidadãos frente aos Estados. Tal período apresenta como marcos históricos a Constituição americana de 1787, a Constituição francesa de 1791, e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Estes foram acontecimentos decisivos para o nascimento do Direito Constitucional, investido da missão de sistematizar e lastrear a convivência pacífica entre o Estado e os cidadãos. Destaque-se também a interferência do liberalismo econômico, preconizado por Adam Smith, que enfatizava a importância de banir a intervenção do Estado na economia em nome da livre-concorrência. O mercado seria regulado pela “mão invisível”, todavia, este absentéismo estatal agravou as disparidades econômicas e sociais, suscitando a concentração de renda e a exclusão social.

Com o advento da primeira Guerra Mundial, e o surgimento de novos Estados, o constitucionalismo é apartado do liberalismo econômico, vindo a lume a preocupação constituinte com a inserção de direitos sociais e econômicos no bojo das Constituições. Erige-se então um modelo estatal calcado no intervencionismo, estabelecendo-se normas de caráter programático que previam prestações positivas a serem concretizadas pelo Estado. Estas previsões pertencem ao campo do Direito do Trabalho, saúde, educação, lazer, segurança e previdência social. São dignos de registro como documentos marcantes a Constituição de México de 1917 e a de Weimar de 1919, que influenciariam a Constituição brasileira de 1934, que passa a abrigar a diretriz liberal e social, tendência que prosperou e ainda perdura. Vale trazer à baila a lição de Manoel Jorge e Silva Neto¹¹⁸:

Frise-se que os princípios de justiça social, consolidados a partir do Manifesto comunista de 1848, de Marx e Engels, não foram apenas responsáveis pelo surgimento dos modelos econômicos socialistas; pelo contrário, até nas economias assentadas sobre o regime de livre mercado se tornou impositiva a incorporação dos direitos sociais nas constituições contemporâneas. É que passou a reinar predominantemente a idéia segundo a qual deveria o Estado buscar a

¹¹⁷ Deve-se esclarecer, de início, que o constitucionalismo é uma técnica de limitação do poder absoluto, com espreque no respeito à liberdade individual frente às ingerências estatais. Este movimento remonta da Antiguidade, com o povo hebreu, submetendo-se governantes e governados à Lei do Senhor isonomicamente. C.f. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1970. p.154

¹¹⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.p.41

legitimação garantindo os direitos sociais, nem que fosse para remetê-los ao plano de promessa a ser cumprida após.

Este constitucionalismo contemporâneo¹¹⁹ surgiu no período pós-segunda Guerra Mundial, originando uma série de alterações no universo jurídico, a começar pela consagração da dignidade humana¹²⁰. Dispondo sobre o tema, Winfried Hassamer¹²¹ assevera que com a derrocada do nazismo, vieram à tona os delitos da “velha ordem”, impondo-se um julgamento alijado em princípios “suprapositivos”. Era imperioso buscar a saída mais adequada à apreciação das lides, centradas na punibilidade dos juízes que aplicaram o direito (injusto) válido à época. Por outro lado, mister se fazia sancionar os delatores que com sua atuação expuseram os denunciados à perseguição estatal. Isto repercutiu no campo do Direito Penal, tendo sido formulados Projetos Alternativos ao sistema criminal, centrados na criminalização ampla e abrangente, com ênfase na proteção do Estado e da moralidade. Este modelo aludia à necessidade da instituir penas de cunho retributivo e intimidatório.

Desenvolvem-se, de outra sorte, consistentes teorias de política criminal que, associadas à Criminologia e a outras ciências penalmente relevantes, acabam por galgar

¹¹⁹ Canotilho esclarece que o constitucionalismo foi desenvolvido em diversos locais e períodos, daí exurgindo as noções de constitucionalismo “antigo” e “moderno”. Este último surgiu no século XVIII, questionando o domínio político vigente, em sua perspectiva política, filosófica e jurídica, primando-se pela ordenação e fundamentação do poder político. Em suas palavras constitucionalismo significa: “(...) teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo”. C.f. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina. p.52

¹²⁰ Sobre a etimologia da palavra dignidade Paulo Bezerra esclarece que seu sentido não é unívoco, sendo decorrente da junção de teorias desenvolvidas historicamente, embora todos os seus matizes convirjam para o dever de natureza ética que deve reger todas as relações humanas. Em suas palavras: “A etimologia da palavra **dignidade** encontra-se na raiz indo-européia **dek**, é a raiz de um verbo que significa ‘tomar, receber, saudar, honrar’. E, a partir do significado ‘receber, ou receber bem’, desprendem-se outros significados como ‘apropriado’, ‘corresponder’, ‘convir’, ‘fazer justiça a alguém’, ‘mostrar algo como aceitável’, ‘fazer a alguém algo que pareça bom’, ‘ensinar e aprender’. A partir do verbo se forma o nominativo **dekos**, que pode traduzir-se por ‘adorno’, ‘gala’, ‘compostura’, ‘glória’, ou ‘louvor’. Desde o tronco indo-europeu, nas línguas derivadas da mesma, encontram-se significados conexos. Assim, em índico antigo, **dasasyati**, para ‘honrar’; em grego, o verbo **dekonai** por ‘aceito’, **dokeo** por ‘opino’ ou ‘me parece’ **doxa** por ‘opinião ou fama’ e **dogma** por ‘resolução’; em irlandês antigo, dec por ‘o melhor. No que respeita ao latim, língua da qual se derivam o castelhano e o português, se encontram o verbo **decet**, **decere**, (ser decoroso, devido, adornado, ir bem), o substantivo **decus-oris** (glória, louvor, dignidade) e o adjetivo **dignus** (que convém, merecedor, digno de, de raiz dec-nos, que propriamente significa ‘adornado com’). De **dignus** derivam-se outras palavras como **dignitas** (mérito, dignidade, alto valor) ou **indignus**, ou **condignus**. Enfim, pode-se estabelecer que a etimologia da palavra dignidade nos remete tanto a uma afirmação ontológica superior, quanto a uma afirmação ética no sentido de honrar, de uma posição elevada, honorável, de merecimento”.(grifos no original) . C.f. BEZERRA, Paulo Cezar Santos. **Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2007, p.183.

¹²¹ HASSAMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do Pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano2, n.6, abril-junho, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

espaços cada vez maiores no cenário jurídico¹²². Em seu nascedouro, a criminologia já é permeada pelas “tecnologias de poder”, refletindo as alterações sofridas pelo Estado entre os séculos XVIII e XIX. Nesta época iniciam-se estudos sobre a população através dos saberes trazidos pela estatística, urbanística, higiene, psiquiatria e medicina social, estabelecendo-se uma série de “verdades” acerca do delinquente, reincidente, da “classe perigosa” e do ambiente criminógeno. Inicialmente estes estudos foram desenvolvidos a serviço do “príncipe”, e seu caráter excessivamente “tecnocrático”, transformou a Criminologia em uma “ciência de polícia”. Isto dificultou a elaboração de teorias capazes de analisar criticamente os comportamentos desviantes e a reação institucional mais adequada. Com o desenvolvimento das teorias do “etiquetamento”, a partir da década de 60, os horizontes criminológicos são alargados, permitindo-se uma investigação crítica e apartada da criminalidade¹²³. Sobre esta alteração de perspectiva são oportunas estas considerações:

“Revolucionário” sob certos aspectos, o projeto interacionista – voltado para uma reavaliação da identidade desviante diante dos rituais de repressão e degradação social dos quais é objeto – não se fundamentava, porém, em hipóteses abrangentes, relativa ao fundamento material do poder de “etiquetar” e reprimir. De um lado, o universo desviante descrito pelos *labelling theorists* parece incapaz de produzir resistências ao poder que não sejam totalmente individuais e quase sempre oportunistas. Por outro lado, o poder de definição do desvio só encontra algum fundamento nos processos de interação simbólica que têm lugar no microcosmo das instituições totais. (...) A criminologia crítica começa, portanto, a denunciar a urgência de uma fundamentação materialista da análise dos processos institucionais do controle do desvio, isto é, de uma análise capaz de examinar criticamente os *labellers* (as instituições e as estratégias de poder punitivo) e também os *labelled* (aqueles que são destinatários imediatos dos *labellers*). Esse estímulo político-intelectual determina, ou pelo menos agiliza, e modo significativo, a entrada do marxismo na sociologia criminal, ocorrida entre o final da década de 1960 e o início dos anos 70¹²⁴.

¹²² As reflexões suscitadas pela política criminal, integrante do conjunto das ciências criminais ao lado da dogmática jurídica e da criminologia, permitem a oxigenação do *modus operandi* do processo penal. Através da primeira é possível alterar a direção das investigações, que passam a ser orientadas às consequências do ilícito, enquanto, fomentando-se o modelo da prevenção. Sobre esta recai a incumbência de delimitar o campo punível, além da crítica às falhas do sistema posto e do porvir, envidando esforços para instituir as estratégias mais adequadas à garantia do controle social. A Dogmática Jurídico-Penal, por seu vez, é a ciência que disciplina os princípios subjacentes à ordem penal, enquanto a Criminologia se encarrega de apurar as causas do crime e da criminalidade. C.f. DIAS, Jorge de Figueiredo, op.cit.,p. 210

¹²³ GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 33-34.

¹²⁴ Ibidem.p.34-35

Assim, a crítica ao Direito Penal dos anos 60 e 70 está centrada sobretudo na proteção aos bens jurídicos essenciais, sobrelevando-se o princípio da *ultima ratio*. Esta nova perspectiva está divorciada, por conseguinte, da tutela penal moralista e da criminalização abrangente, em nome da proteção da liberdade individual e da integridade do homem. A corrente do labelling ou rotulação está alijada no interacionismo simbólico, voltando-se para a reação social, que indica o modo pelo qual o sistema seleciona alguns indivíduos designando-os de delinquentes, em detrimento de outros. Por meio destes estudos, avaliava-se as relações mantidas entre o Estado, poder e os interesses, um importante contributo para o controle social.¹²⁵ Esta nova abordagem volta-se, nestes termos, ao estudo da reação social, já que esta estipularia certas condutas delitivas, problematizando-se as definições legais. A reação social seria a responsável pela prática do controle calcada na seleção de alguns indivíduos, “rotulando-os” como delinquentes, enquanto outros permaneceriam como meros “cidadãos comuns”.

As reflexões suscitadas pela mesma abriu horizontes novos para a Criminologia vindo a lume a Criminologia Crítica ou Criminologia Radical. Por outro lado, a globalização ensejou o surgimento de novas formas de criminalidade com a ampliação das transações comerciais, favorecida pelo intercâmbio de informações sem fronteiras. Desde então restringiu-se a possibilidade de controle estatal pela ausência de organismos internacionais com poder punitivo para conter e sancionar estes delitos transnacionais. Os índices de criminalidade se elevam, então, em todos os ramos do direito. No âmbito interno nota-se a impotência dos Estados ante esta nova criminalidade e, como reação certas condutas passam a ser criminalizadas, exasperando-se as penas. Relativizam-se, de outra feita, as garantias constitucionais, alargando-se o poder policial e a possibilidade de condenação dos acusados¹²⁶.

David Garland esclarece que a política da “lei e ordem” atende à necessidade estatal de aplacar a “sede de justiça” dos cidadãos, e por isto a punição e condenação seriam meios “idôneos” para o extravasamento da tensão coletiva frente ao crime e à insegurança. O combate “endurecido” ao crime fomenta o retributivismo penal como fim em si mesmo, que favorece a estigmatização e a segregação de determinados grupos. As penas, normalmente

¹²⁵ CASTRO, Lola Aniyar de., op cit., p.41-43.

¹²⁶ BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.p.47.

longas, são cumpridas em regime de isolamento, afastando-se os condenados do convívio coletivo, pois estes seriam o “cancro” que deveria estar longe dos “cidadãos de bem”¹²⁷. Nota-se que a aplicação da pena atende à opinião pública, e não aos doutos da justiça criminal, e muitas vezes as políticas são implementadas de chofre, sem pesquisas mais detidas, nem planejamento de custos e estatísticas de outras áreas.

As vítimas, por seu turno, são manipuladas para que as novas medidas de “segregação punitiva” assumam ares de legitimidade, sugerindo-se, erroneamente, que foram alçadas de sua histórica posição de ocaso. A posição passiva frente ao processo penal permanece, no entanto, e neste caso, a sua voz é manipulada para que se adeque à mensagem política previamente estabelecida. Além disso, por serem estrategicamente alocadas num “redoma”, as vítimas alteram o olhar sobre os criminosos. Qualquer tentativa de proteção às garantias dos presos e de humanização das prisões soa como um pecado grave ao ofendido e seus familiares¹²⁸.

Refletindo sobre as estratégias adotadas pelo Estado neoliberal para lidar com as condutas desviantes, Loïc Wacquant aduz que a primeira consiste em socializá-las, atuando no âmbito das estruturas e mecanismos coletivos, responsáveis pelo seu surgimento ou manutenção. Exemplifica este caso com os mendigos que “poluem” o cenário urbano com a sua presença, razão pela qual são deslocados para alojamentos, ou enquadrados em alguma vaga de emprego que garanta a sua manutenção. Para tanto seria preciso a rearticulação do Estado, que deveria ser capaz de prover estas demandas de deslocamentos urbanos perenes ou “emergentes”. Como segunda estratégia destaca a “medicalização”, concebendo o alcoolismo, a toxicomania e a doença mental como os responsáveis pela “vadiagem e mendicância”, por isto estes indivíduos deveriam ser tratados por profissionais de saúde. Como terceira estratégia o Estado adota, enfim, a penalização, etiquetando o “nômade urbano” como delinquente. Através da tipificação desta conduta impede-se que os “sem-teto” peçam esmolas ou perambularem sem rumo pela cidade, por isto são realocados nas prisões¹²⁹.

Este estratagema da penalização, em outras palavras, é utilizado para esconder as mazelas sociais que denunciam a ineficiência governamental em fazer jus aos imperativos da coletividade. O “confinamento” é um apanágio à ocultação dos “dejetos humanos” que conspurcam o “mundo colorido” pintado pelo Estado, porque denunciam a “sujeira” do modo

¹²⁷ GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 315-318

¹²⁸ Ibidem. p.319

¹²⁹ LOÏC, Wacquant. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. 3.ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p.20-21

de vida capitalista. A frenética corrida por um “lugar ao sol” na conjuntura do mercado globalizado, o afunilamento das oportunidades de emprego, os preços escorchantes, a penúria e a ausência de uma articulação estatal para alterar o quadro apenas elucidam a “nudez do rei”. O “soberano” é incapaz de assegurar o mínimo existencial aos seus “súditos”, e a “gentalha” que perambula sem rumo pelas ruas prejudica o artificialismo do discurso de que “o mundo comporta todo mundo”.

Não bastasse a dificuldade de tais indivíduos em buscar os meios mantenedores de sua sobrevivência, o próprio Estado, que deveria se incumbir de tutelá-los é o primeiro a se insurgir, reforçando a sua estigmatização e exclusão social. À “massa dos miseráveis”, sem qualificação para se enquadrar no exigente mercado, resta partir para o universo da ilicitude, já que não se pode presumir que mesmo sendo massacrados pelo sistema, optarão por obedecer à coatividade normativa. A palavra de ordem é sobreviver, obter os meios para prover a (geralmente numerosa) família, ou eventualmente, o vício nas drogas, que os auxilia, ainda que circunstancialmente, a esquecer o sabor amargo da vida em condições subumanas. E pior, sem quaisquer perspectivas de um futuro distinto. Impende destacar a lição de Vera Malaguti Batista:

Criminalizar os pobres é um instrumento indispensável porque garante materialmente a sua posição subalterna no mercado de trabalho e a sua crescente exclusão, disciplinando-os, pondo-os em guetos e, quando necessário, destruindo-os. É também um instrumento indispensável para encobrir, com a imagem da criminalidade perseguida, isto é, a dos pobres, o grande edifício de ilegalidade e de violência que reúne em nossa sociedade as classes detentoras do poder econômico. Este edifício é tanto maior quanto maior for a desigualdade social.

(...) A insubordinação e, em certos casos, a violência dos pobres é determinada pelas condições de desigualdade social. Mas a violência dos ricos não é determinada por estas condições, é ela que as determina e as mantém. Foi preciso muita violência, inicialmente, para que fossem impostas condições estruturais de desigualdade, que continuariam a existir através das gerações; e precisa-se de muito mais violência para que subsistam, quanto mais próximas estiverem daquelas impostas pela acumulação originária¹³⁰.

Há uma contraposição entre o neoconstitucionalismo vigente, que enaltece a necessidade de limitar o poder político e a efetivação dos direitos fundamentais, e o Direito Penal Moderno, com a exasperação da reprimenda e o aprofundamento da exclusão social. Cabe ressaltar que, a partir do modelo sistemático de Hans Kelsen, a Carta Magna passou a ocupar o ápice do ordenamento jurídico, irradiando efeitos para todos os demais ramos do

¹³⁰ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.p.31

direito. Os valores constitucionais devem ser materializados ,sobretudo, para promover o bem-estar social e o respeito à dignidade humana. O objetivo desta nova perspectiva é a viabilização do acesso à vida condigna a todos os cidadãos, na qual estão embutidos os imperativos de saúde, educação, alimentação e lazer dentre outros. Manifestando-se sobre o neoconstitucionalismo Walber de Moura Agra afirma:

O neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um estado Democrático Social de Direito. Ele pode ser considerado como movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionadas: a)positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais;b)onipresença dos princípios e das regras;c)inovações hermenêuticas;d) densificação da força normativa do estado;e)desenvolvimento da justiça distributiva.¹³¹

A pessoa nestes termos, transfigura-se em destinatária e fundamento da norma penal, devendo ser compreendida em interferência intersubjetiva. Com isto o indivíduo é alçado á condição de sujeito no contexto social, e não de mero objeto de política criminal, e com base nesta referência a Carta Magna assegura a proteção à liberdade individual ao limitar o poder do Estado. O valor conferido à pessoa há de ser sublimado, em especial, no âmbito penal, e se sobrepõe aos demais valores ou interesses coletivos.¹³² Se por um lado passou a existir este apelo retumbante em prol do respeito à dignidade humana, em sentido diametralmente oposto surge o Direito Penal do autor. Por esta vertente, o “Direito Penal do cidadão” e o “Direito Penal do Inimigo” conformariam duas faces de uma mesma moeda, em que pese evidenciassem tendências opostas. Nestes termos, a pena coadunaria uma resposta coativa à materialização do fato não autorizado pela norma. Seria inarredável a manutenção do autor do ilícito dentro do contexto jurídico, haja vista a sua possibilidade de regeneração, mantendo-se, nestes termos o seu status de “pessoa”¹³³.

Os “inimigos”, no entanto, optariam deliberadamente pela ilicitude, e como tal, sujeitar-se-iam ao tolhimento ou supressão de seus direitos fundamentais, aplicando- lhes um procedimento de guerra. Segundo Günter Jackobs e Cancio Meliá, Thomas Hobbes e Kant já

¹³¹ AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**.4.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.31

¹³² BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: **Direito Penal Contemporâneo: Questões Controvertidas**. Coord. Pierpalo Cruz Bottini , Eugênio Pacelli. São Paulo: Saraiva, 2011.p.158-159.

¹³³ Considera-se como pessoa todo indivíduo pertencente à espécie humana, por isto os direitos atinentes a esta condição estão resguardados desde a vida intra-uterina, como determina a inteligência do art.2º do Código Civil brasileiro de 2002.

aludiam à existência do Direito Penal do “Cidadão”, voltado àqueles não persistentes na prática da ilicitude. O “Direito Penal do Inimigo” recairia sobre os desviados por princípio, submetidos à coação física do Estado, à custódia de segurança, não estando vedada, todavia, a possibilidade de posterior acordo de paz¹³⁴. No Estado moderno, o autor do fato ou delinquente é enquadrado no rol das pessoas ou cidadãos, sendo chamado a equilibrar o dano sujeitando-se a uma pena.

A vigência das normas indica a manutenção da expectativa geral no cumprimento de seus comandos sob uma perspectiva preventiva. Além disso, a personalidade do autor não pode se manter contrafaticamente, partindo do binômio lícito/ ilícito. A custódia de segurança é materializada frente à expectativa de defraudação comportamental duradoura, limitando-se a possibilidade de tratar o delinquente como pessoa. É o que ocorre no caso dos terroristas, criminosos econômicos, delinquentes organizados, delinquentes sexuais, e autores de outras infrações penais perigosas. Intenta-se afastar de modo duradouro os direitos deste elenco de sujeitos, que não gozam das garantias mínimas atribuídas aos demais cidadãos. Para prevenir suas investidas daninhas futuras, a pena é aplicada por antecipação, e não necessariamente quanto a delitos já cometidos. E este adiantamento da culpa do “inimigo” é justificado com o duvidoso critério da periculosidade.¹³⁵

Tratando do tema do “Direito Penal do Inimigo”, Zaffaroni registra a alteração da perspectiva da política criminal das últimas décadas. As idéias ventiladas pelas correntes abolicionistas e minimalistas passaram a viver no ocaso com o fenômeno de expansão do Direito Penal. O “inimigo da sociedade” assume posição destacada, instituindo-se uma legislação de emergência, que justificaria os “estados de Exceção”, notadamente no período pós-Segunda Guerra Mundial. Ocorre que estas leis têm sido reiteradamente sancionadas na Europa, sendo alçadas ao status de leis ordinárias, e coadunam um “Estado de Exceção Perpétua”. Institui-se a contraposição entre o Direito Penal Liberal ou garantista, e o Direito Penal Moderno, que legitima a antecipação das barreiras sancionatórias, bem como a desproporcionalidade das sanções (que não têm a ver com a gravidade do ilícito cometido), fragilizando-se as garantias.¹³⁶

O inimigo não recebe o predicativo de “pessoa”, recebendo a etiqueta da “perigosidade” por investir contra o pacto social. Apesar disto, alguns direitos são

¹³⁴ JACKOBS, Gunter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo- noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

¹³⁵ Ibidem. p.30-36

¹³⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3.ed.Rio de Janeiro: Revan, 2011.p.13-14.

preservados, como o de fazer testamento, casar e efetuar o reconhecimento de paternidade. Esta “coisificação” promovida pelo Direito Penal a partir do século XX abriu margem à aplicação de medidas de segurança, que violam o art.1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em particular, por restringir a liberdade por prazo indeterminado. Promove-se o enclausuramento de um ente perigoso, sem levar em consideração a sua culpabilidade. Coaduna-se, então, uma afronta à dignidade humana, visto que, malgrado o Estado possa restringir a cidadania de tais indivíduos, não se pode amputar certos direitos aos mesmos atribuídos por sua condição de seres humanos¹³⁷. A própria identificação do “inimigo” já representa um entrave, pois admite a retomada do juízo subjetivo individualizador dos detentores do poder. Nestes termos, recorre-se novamente à lição de Zaffaroni:

O conceito mesmo de *inimigo* introduz de contrabando a dinâmica de guerra no Estado de direito, como uma exceção à sua regra ou princípio, sabendo ou não sabendo (a intenção pertence ao campo ético) que isso leva necessariamente ao Estado absoluto, porque o único critério objetivo para medir a periculosidade e o dano do infrator só pode ser o da periculosidade e do dano (real e concreto) de seus próprios atos, isto é, de seus delitos, pelos quais deve ser julgado e, se for o caso, condenado conforme o direito. Na medida em que esse critério objetivo é abandonado, entra-se no campo da subjetividade arbitrária do individualizador do inimigo, que sempre invoca uma necessidade que nunca tem limites (...).¹³⁸

Em outras palavras, o Direito Penal do Inimigo instiga a segregação dos “não-cidadãos” a qualquer custo, retrocedendo-se ao esquema punitivo mais primitivo em que não há respeito à dignidade humana, e conseqüentemente, às garantias individuais. Amplia-se a esfera de ação do Direito Penal, subvertendo-se a lógica da *ultima ratio*, notadamente em função do alarde da mídia. A perigosidade do agente é aferida com base em critérios étnicos, raciais, religiosos, ou pela cor da pele, apenando-se o indivíduo por antecipação, já que os atos preparatórios são criminalizados. A “pneumonia” do ente perigoso é delineada pela teoria do *labeling approach*, marcada pela “tolerância zero” e etiquetamento justificados pelo suposto interesse coletivo. Declara-se guerra a este inimigo feroz, cruel e sem rosto em nome do obsessivo desejo de segurança, rompendo-se com os preceitos do Estado Democrático de Direito. Reduz-se, neste passo, a aplicabilidade imediata dos direitos,

¹³⁷ Ibidem.p.18-19.

¹³⁸ Ibidem. p.25

liberdades e garantias ante a “indeterminabilidade” e “inelegibilidade” das vítimas “inocentes”¹³⁹. Adotando perspectiva similar, Cezar Roberto Bitencourt afirma:

Tradicionalmente as autoridades governamentais adotam uma política de exacerbação e ampliação dos meios de combate à criminalidade, como solução de todos os problemas sociais, políticos e econômicos que afligem a sociedade. Nossos governantes utilizam o direito Penal como panaceia de todos os males (direito penal simbólico); defendem graves transgressões de direitos fundamentais e ameaçam bens jurídicos constitucionalmente protegidos, infundem medo, revoltam e ao mesmo tempo fascinam uma desavisada massa carente e desinformada. Enfim, usam arbitrariamente e simbolicamente o Direito Penal para dar satisfação à população e, aparentemente, apresentar soluções imediatas e eficazes ao problema da segurança e da criminalidade. A violência indiscriminada está nas ruas, nos lares, nas praças, nas praias e também no campo. Urge que se busquem meios efetivos de controlá-la a qualquer preço¹⁴⁰.

O caráter simbólico do Direito Penal na contemporaneidade exprime, portanto, de um lado a função “tranquilizadora” da comunidade, inebriando-a com o recrudescimento de suas penas, emanando a falsa impressão da onipotência estatal no combate ao crime. Por outro lado, certos grupos sociais são condenados à exclusão, aprofundando-se as já abissais desigualdades¹⁴¹. Refira-se que inexistente conhecimento neutro, e nesta toada o Direito Penal traz consigo as máculas da ideologia classista, que atende às expectativas dos detentores do poder, muitas vezes em detrimento dos interesses da maioria. Refletindo sobre este tema, e estabelecendo entre o sistema penal e o escolar, Alessandro Baratta assevera que ambos atuam de maneira discriminatória. Os valores são imanentes aos mesmos, e refletem as aspirações liberais-burguesas, enaltecendo-se a propriedade privada e a busca de subterfúgios para atingir o comportamento desviante da massa dos excluídos. A seleção criminalizadora se dá com a tipificação dos delitos, e a disposição dos atenuantes e agravantes espelha sutilmente uma tendência a manter incólumes os autores dos delitos “colarinho branco”¹⁴².

O “Direito Penal do Risco” é um sintoma do colapso do Direito Penal. A hipertrofia legislativa denuncia a profunda desorientação normativa, que não pode ser solvida através do modelo tradicional de persecução penal. Esta expansão não obedece ao critério da necessidade e utilidade da pena, nem à lógica da proteção ao bem jurídico, com a consequente

¹³⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: O progresso ao retrocesso**. Coimbra: Almedina, 2010. p.22-26.

¹⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. 2.ed. v. 4 São Paulo: Saraiva, 2006. p.293

¹⁴¹ SANTOS, André Leonardo Copetti. Gestão Penal da Exclusão e o Caráter Ideológico do Sistema Penal. In: **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: Homenagem a Alessandro Baratta**. (Org.) Paulo César Corrêa Borges. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012. p.56

¹⁴² BARATTA, Alessandro, op cit., p.175-176.

intervenção penal apenas nos casos mais graves. Isto porque o capitalismo provocou efeitos negativos também nesta esfera, tendendo à desvalorização do ser humano. Daí decorre a dificuldade em determinar a finalidade “razoável” e “identificável” para a intervenção deste ramo do direito. A ampliação das transações nacionais e internacionais com a globalização favoreceu a busca alucinada pela acumulação de capital e fusões econômicas.

A política do “Welfare state”, que seria regulada pela “mão invisível”, desencadeou o surgimento de crises existenciais, e com esta o aumento do risco dos indivíduos se aliarem ao crime organizado para suprir as suas necessidades. O sistema de imputação é turbado pela dificuldade em identificar as ações e agentes criminosos, bem como de fundamentar a sua responsabilidade subjetiva e objetiva. Coaduna-se, então, uma “irresponsabilidade organizada” já que não há lugar para discursos de responsabilidade, ocultada pelos limites da complexidade que tomou conta do processo penal¹⁴³. Esta natureza simbólica do direito penal produz efeitos sobre a pena, quais sejam, os de natureza “instrumental”, vinculados à proteção dos bens jurídicos, prevenindo os comportamentos indesejados. Ao lado destes há outros de cunho “simbólico”, que transmitem aos atores sociais mensagens normativas, suscitando emoções ou representações morais. Através destas mensagens é possível influenciar seus destinatários a não cometerem ilícitos, embora sua interferência esteja adstrita ao plano da consciência de cada um, não interferindo no contexto prático.

Há de se destacar ainda os “efeitos expressivo-integradores”, pilares fundamentais à utilização legítima da pena. Estes conformam o conteúdo da prevenção intimidatória, individual e coletiva, e no campo das teorias preventivas, buscam reforçar a socialização ou confirmar a vigência dos conteúdos básicos da ordem social entre os cidadãos. A partir deles é possível identificar as circunstâncias e meios adequados à prevenção de comportamentos lesivos ou perigosos para os bens jurídicos, e os instrumentos à consecução de tais objetivos.¹⁴⁴. No mesmo sentido, quanto ao esquema de seletividade do sistema penal, Zaffaroni afirma:

¹⁴³ HERZOG, Félix. Sociedad Del Riesgo, Derecho Penal Del Riesgo, Regulación Del Riesgo- Perspectivas más allá del Derecho Penal. In: **Crítica y justificación Del derecho penal en El cambio de siglo: El análisis crítico de la escuela de Frankfurt**. Coordinadores Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín.- Cuenca: ediciones de La Universidade de Castilla- La Mancha, 2003.p.249-257

¹⁴⁴ RIPOLLÉS, José Luis Díez. O Direito penal simbólico e os efeitos da pena. In: **Crítica y justificación Del derecho penal em El cambio de siglo: El análisis crítico de la escuela de Frankfurt**. Coord. Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de La Universidade de Castilla- La Mancha, 2003. p.147-172.

O poder seletivo do sistema elege alguns candidatos à criminalização, desencadeia o processo de sua criminalização e submete-o à decisão da agência judicial, que pode autorizar o prosseguimento da ação criminalizante já em curso ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa (o “bom candidato” é escolhido a partir de um estereótipo), mas à agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo *critério objetivo próprio e diverso* do que rege a ação seletiva do restante exercício de poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção e nem sequer a sua existência (somente se “explicaria” funcionalmente). (...) Seu reduzido poder a coloca entre a disjuntiva de decidir ou deixar toda a decisão ao arbítrio do poder das demais agências de seleção primária (este último fato sucede no âmbito do controle social onticamente punitivo, mas se subtrai à agência judicial, sendo isto ocultado mediante as racionalizações que implicam os “elementos negativos” do discurso jurídico-penal e, segundo se supõe, são próprias do exercício ilícito do poder do sistema penal).¹⁴⁵

Este viés que nega as garantias aos “não-cidadãos” se reflete em particular na disciplina emprestada ao tráfico ilícito de entorpecentes. Fruto da ideologia que sanciona de modo gritante os “pobres, negros e pardos, e socialmente excluídos”, percebe-se o império da seletividade penal. Além da violação dos preceitos do Estado Democrático, associada ao sancionamento por antecipação e à obsessão pelo controle, em contraste com o descontrole generalizado, fazem da violência a mola-mestra da atuação do sistema penal. Em particular, no caso da repressão ao narcotráfico, nota-se o sancionamento com todo rigor dos pequenos traficantes, por sua fragilidade econômico-social. Diante da associação entre os detentores de poder e os integrantes destas organizações criminosas, prospera a injustiça, a estigmatização e a exclusão social.

No Brasil, precisamente a partir da década de 80 houve o crescimento da criminalidade violenta, gerando um burburinho na sociedade, que passou a clamar pela instituição de uma nova estratégia de controle centrada na força do braço estatal. A instituição de um modelo socioeconômico excludente favoreceu a eclosão de novas formas delitivas pela íntima relação mantida entre pobreza e violência.¹⁴⁶ Esta não é uma relação necessariamente existente, em que pese seja reiterada pelas condições de pobreza impostas pelo próprio Estado aos cidadãos com maior grau de hipossuficiência. E é assim que muitos destes vulneráveis são facilmente seduzidos pelo tráfico, como se depreende das palavras abaixo transcritas:

(...) “exclusão da cidadania” seria variável mais ampla e significativa do que simplesmente “baixa renda”. Estas variáveis devem ser consideradas de

¹⁴⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p.245-246

¹⁴⁶ DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e Segurança (Entre Pombos e Falcões)**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p.11-12.

acordo com os tipos de delitos, considerando aqueles que exigem uma escolaridade e qualificação incompatíveis com as condições definidas como “exclusão da cidadania” Nestas condições é que a cooptação de crianças e adolescentes pelo tráfico de drogas leva a suspeita de uma relação entre a “prática de delitos” e a “exclusão da cidadania”. No que se refere á criminalidade violenta, o nervo central está no tráfico, em uma dinâmica que envolve a juventude, tanto como vítimas quanto como delinquentes. E é no campo da “exclusão da cidadania” que aparece o nexo entre a exclusão socioeconômica e a exclusão política¹⁴⁷.

Para que melhor se compreenda esta situação, é necessário tecer alguns comentários sobre o modelo proibicionista de combate ao narcotráfico adotado em alguns países do mundo e que acabou sendo importado pelos brasileiros. De antemão vale registrar a íntima relação entre a seletividade penal e a repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes. Com o intuito de contextualizar este processo, serão enfocadas sumariamente algumas experiências do direito alienígena, partindo-se *a posteriori* para a análise da política implantada no Brasil, que culminou com a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos. Como será demonstrado adiante, é flagrante o engodo da associação entre o rigorismo da reprimenda penal e a suposta eficácia normativa.

A criminalidade tem crescido a olhos vistos e alterado a dinâmica social, por isto é imprescindível apurar detidamente seus aspectos falhos para que seja possível fornecer respostas mais adequadas. O abandono da postura puramente ofensiva e militarista do Estado é um imperativo inarredável, já que os modelos calcados particularmente na prevenção são mais compatíveis com a nota da dignidade humana. Enquanto o sistema perdurar como berço esplêndido onde repousam as injustiças e arbitrariedades, o descontrole generalizado tende a se perpetuar. Não se pode presumir que ao agir exaustivamente como um algoz, em vez de acolher e prover seus tutelados, o Estado atingirá as metas que vicejam as penas. É o que será discutido no tópico consecutivo.

3. PROIBICIONISMO PENAL E O SUPOSTO CONTROLE DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES

3.1 BREVES NOTAS SOBRE O MODELO PROIBICIONISTA ADOTADO EM ALGUNS ORDENAMENTOS ESTRANGEIROS

¹⁴⁷ Ibidem.p.12

O consumo de substâncias psicoativas é uma prática antiga, seja por suas propriedades terapêuticas, seja pelo estado de êxtase e euforia tão apreciado pelos usuários. Para tanto firmou-se uma política proibicionista, profundamente moralizadora, que concebia os toxicômanos como indivíduos desprovidos de “bom caráter”, ou “arruaceiros”. Em virtude da Guerra do ópio, mantida entre o governo chinês e a Coroa Britânica no século XIX, a problemática das drogas ganhou destaque no cenário internacional. Transcorridos quarenta anos, o debate foi reavivado, e na Conferência de Xangai, integrada por treze nações que buscavam instituir limites à produção e comercialização do ópio e seus derivados, os Estados Unidos já apresentaram postura proibicionista.

Mesmo tendo formalmente acolhido a proposta dos norte-americanos para restringir a comercialização do ópio apenas para fins medicinais, as já poderosas indústrias farmacêuticas não sofreram maiores prejuízos pela ausência de medidas concretas. Posteriormente seria aprovado um tratado multilateral, assentado nas conclusões da referida Convenção, instituindo-se a prática das discussões internacionais sobre o uso de drogas¹⁴⁸.

De acordo com Leonardo Sica, a “guerra às drogas” calcada na repressão é permeada pelo discurso manipulador, que coaduna manifestamente as “funções ocultas” do sistema penal ao romper com os princípios constitucionais vigentes. Uma série de Acordos internacionais têm sido firmados historicamente, Estados Unidos à frente, embora tenham sido malogrados pela parca afetação em termos de consumo e comércio de narcóticos. Aponta-se como marco desta política a Lei de Harrison de 1914 (*Harrison Act*), instituída pelos norte-americanos, que previa a multa de 2 mil dólares associada ou não à prisão dos comerciantes que deixassem de registrar suas transações, ou fornecessem estas substâncias para finalidades diversas das médicas. Cabe destacar que a instituição desta lei deu-se com a difusão do uso médico de substâncias psicoativas como o éter, morfina e cocaína, entre os séculos XIX e XX, quando eram utilizados como analgésicos e anestésicos. Algumas destas drogas, como a cocaína e o ópio integravam a fórmula de tônicos transacionados livremente, em que pesem causassem dependência, daí o surgimento de uma “massa de dependentes”.¹⁴⁹

¹⁴⁸ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle Penal sobre as Drogas Ilícitas: O Impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade**. 2006. 273f. Tese (Doutorado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p.37-38.

¹⁴⁹ SICA, Leonardo. Funções Manifestas e Latentes da Política de War On Drugs. In: **Drogas aspectos Penais e Criminológicos**. Coord. Miguel Reale Júnior, Alberto Zaccharias Toron et.al. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.9-11.

A Convenção sobre Ópio de Haia foi aprovada em 1912, sob a influência dos norte-americanos, tendo originado um documento que limitava a comercialização do ópio e seus derivados, incluindo a morfina, e a cocaína, largamente utilizadas nos Estados Unidos e Europa. Por meio deste documento sinalizava-se a necessidade de exercer maior controle sobre as drogas, impedindo-se o seu uso recreativo, facultando-o apenas quando houvesse finalidade terapêutica. Esta Convenção foi a primeira mostra da inclinação repressora estadunidense, e a limitação doravante imposta ao ópio e seus derivados mais tarde seria aplicada a outras drogas, a exemplo da cocaína e da *cannabis*.

A sua eficácia restou prejudicada pela primeira Guerra Mundial, que passou a vigorar apenas em 1921. Paulatinamente o combate às drogas foi sendo solidificado, disseminado pelo mundo afora, e catalisado pelo discurso repressivo dos movimentos moralistas. Isto culminou na aprovação da Lei Seca em 1914, nos Estados Unidos, que proibia as bebidas alcoólicas. Com a edição desta lei outros ordenamentos foram influenciados, a exemplo do francês, com a “*Lois sur les drogues*” de 1916, e do “*Dangerous Drug Act*”, de 1920, aprovado no Reino Unido¹⁵⁰.

Com a 2ª Convenção Internacional Sobre o Ópio, aprovada em 1925, que instituiu a obrigação dos governos nacionais elaborarem estatísticas sobre a produção e consumo de drogas, submetendo-as à *Permanent Center Opium Board*. Neste passo, fixou-se o controle internacional de tais substâncias. A 1ª Convenção de Genebra foi elaborada em 1931, que restringiu a fabricação de drogas apenas para uso médico e científico, limitando a quantidade disponível destas dentro dos estados e territórios, proibindo a produção superior às necessidades de cada país signatário. Em 1936 foi elaborada a 2ª Convenção de Genebra, que visava coibir o “tráfico ilícito de drogas perigosas”, e entrou em vigor três anos após a sua edição. Por meio destas os signatários se comprometeram a encampar medidas preventivas à “impunidade dos traficantes”, facilitando a sua extradição¹⁵¹.

Com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) em 1945, após a segunda Guerra Mundial, foram estabelecidas as principais diretrizes no combate internacional ao tráfico de drogas. Isto porque ante a profunda convulsão social vigente, elevou-se o consumo de drogas, e isto demandou a adoção de medidas enérgicas da ONU logo após a sua criação. Por este motivo, Vicente Greco Filho destaca em 1946 foi assinado um protocolo ratificando os acordos precedentes, quais sejam os de 1948, em Paris, e o de

¹⁵⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. op. cit. p.38-39.

¹⁵¹ Ibidem.p.39

1953, em Nova York, que limitou a produção de opiáceos, restringindo seu uso aos fins médicos¹⁵².

A partir da década de 60 foram aprovadas uma série de tratados dentre os quais se destacam a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, ratificada pelo Brasil por meio de Decreto n.54216/196. Esta Convenção anulou as anteriores exceto a de Genebra, de 1936. Por meio dela foram relacionados os tipos de entorpecentes, e a sua classificação foi efetuada conforme as propriedades de cada um, instituindo-se medidas de controle e fiscalização. Além disto consta neste documento a possibilidade de ampliação do rol de substâncias, que podem ser descobertas em investigações posteriores. Ademais, a Convenção prevê ainda medidas a serem encampadas no âmbito nacional para combater o tráfico de entorpecentes, enaltecendo a relevância da solidariedade recíproca entre os Estados como estratégia de combate mais incisivo. Em seu bojo ainda consta a tipificação das formas dolosas do tráfico (produção, posse etc. que contrariam as suas disposições) para que sejam apenadas. Quanto aos usuários há um comando explícito indicando a necessidade de tratamento médico com vistas a autêntica reabilitação¹⁵³.

Posteriormente foram aprovadas a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, de 1988, mais conhecida como “Convenção de Viena”. Esta última visava ao combate à difusão e uso de drogas “ilícitas” a partir da constatação do fracasso dos Tratados anteriores pela frágil “resposta punitiva”, e pelas lacunas normativas dos ordenamentos internos. Esta política de guerra estava assentada na proibição e repressão ao uso de drogas, evocando-se a necessidade de consenso entre os governos dos Estados, bem como de harmonização legislativa¹⁵⁴.

Cristiano Maronna afirma que a Convenção Única Sobre Estupefacientes, voltada à proteção da saúde física e moral da humanidade, visava à erradicação do cultivo de ópio, dentro em quinze anos, e da *cannabis* e coca em vinte e cinco anos. Em 1988, em Viena, os signatários desta convenção comprometeram-se a combater o tráfico ilícito de drogas, tipificando a posse e aquisição de estupefacientes para uso pessoal. Em 1998, na Sessão Especial sobre Drogas, foi apresentado o Programa das Nações Unidas para Controle Internacional de Drogas (PNUCID), que visava à erradicação completa das drogas no mundo no prazo de dez anos. O projeto, deveras engenhoso e idealista, calcado na repressão pura e

¹⁵² GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção- repressão**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.p.74

¹⁵³ Ibidem.p.75

¹⁵⁴ SICA, Leonardo. Op.cit. p.11-12.

simples, no entanto, naufragou. A meta principal não foi atingida e a estratégia repressora também oculta interesses subliminares, vantagens de cunho econômico e político¹⁵⁵.

J.L. de La Cuesta Arzamendi destaca que a Europa também tem voltado suas atenções para melhor disciplinar as drogas ilícitas e os fenômenos associados ao tráfico de entorpecentes, particularmente com a instituição do Conselho da Europa e Comunidade Europeia. Por meio deste têm sido editadas recomendações e resoluções destinadas aos países-membros que tratam da problemática das drogas. Em 1974 o referido Conselho apresentou diversos informes na XI Conferência de Diretores de Institutos de Investigação Criminológica. A partir destes foram elaboradas resoluções dirigidas ao Comitê de Ministros disciplinando os aspectos penais do abuso de drogas, destinando-se uma série de Recomendações aos Estados aderentes sobre medidas preventivas à toxicomania. Estas tratam de aspectos como a importância da educação à saúde, tratamento e ressocialização dos dependentes, instituindo estratégias de combate ao tabagismo e à toxicomania¹⁵⁶.

Zaffaroni ensina que sob o manto desta “guerra permanente” os princípios do direito penal clássico foram subjugados aos imperativos da “corrida armamentista”, refletida na legislação antidrogas. Impôs sobre o consumidor de estupefacientes o rótulo de subversivo, e o traficante não mais era encarado como o “mandatário dos orientais” encarregado de introduzir as drogas para minar o poderio do ocidente. Ao longo da década de oitenta o discurso da “segurança nacional” cede espaço para a preocupação com o “tráfico de cocaína”, que se tornou o “malfeitor” de primeira ordem. Institucionaliza-se e internacionaliza-se o discurso de pavor difundindo-se a cultura de combate às drogas, que recebe plena guarida com a edição de leis sobestres ditames. Exemplos disso foram leis editadas pela Venezuela em 1984, pela República Dominicana em 1988, pela Argentina em 1989, pela Colômbia em 1986, Paraguai em 1988, Peru em 1982, Chile em 1985, Bolívia em 1988 e Costa Rica em 1989¹⁵⁷. Vale transcrever as considerações do autor sobre o tema:

La ideología que rige este proceso no es unitaria en cuanto a la proclamación de SUS fines políticos, es decir que, puede ser la “construcción del comunismo” o la “defensa de la nación como unidad biológica y espiritual” o del “Estado como organismo económico-social”, de “occidente” o de lo que fuere. Lo único que tienen en común es una “lucha”, una “guerra” y una

¹⁵⁵ MARONNA, Cristiano. Proibicionismo ou Morte? In: **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. Coord. Miguel reale Júnior, Alberto Zaccharias Toron. Rio de Janeiro: forense, 2005. p.53-56

¹⁵⁶ ARZAMENDI, J.L. de La Cuesta. Legislacion Penal Europea Occidental Comunitária y Comparada Sobre Drogas. In: **Drogas: Abordagem Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. Ano3, v.3, n.2, abr-jun. 1990.p.27-29

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Legislacion “Anti-Droga” Latinoamericana: Sus Componentes de Derecho Penal Autoritario. In: **Drogas: Abordagem Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, ano 3, v. 3, n.2, abr/jun, 1990.p.16

“necesidad” de defensa en función de un principio superior al que queda sometido el hombre que, con su dignidad de persona desaparece, ya sea porque discursivamente se niega su calidad de tal o porque se proclama su supresión temporal como tal en función de un resurgimiento “mejor” de su personalidad en el “futuro”. Este mecanismo, asentado en una administración del miedo, es reiterativo. De allí que todas las leyes penales autoritarias sean siempre leyes de “defensa”; defensa del Estado y de la “estirpe” en el derecho penal fascista; defensa del pueblo conforme al *Führerprinzip* en derecho penal nacional-socialista (...)¹⁵⁸

Por meio deste estratagema institui-se um “Estado de Exceção permanente”, viabilizador do manejo de medidas de controle excepcionais, que acabam perdurando por prazo indeterminado, e lastreando a perseguição e grupos étnicos e de imigrantes. Assim, relativizam-se os direitos humanos, agigantando-se o poder dos agentes públicos como juízes, promotores, procuradores e policiais, que passam a atuar de modo despótico. De outra sorte esta manobra favoreceu a canalização de recursos financeiros para operações escusas, e diante do risco criado e da grande demanda, os preços das drogas ilícitas se elevam meteoricamente. Perpetua-se, deste modo, o esquema de acumulação de riquezas e o poderio dos traficantes. Diante disto, resta clara a falência da referida estratégia, já que os custos sociais envolvidos são muito superiores aos próprios males causados pelo uso das drogas.¹⁵⁹

A perseguição ao novo “inimigo da humanidade”, aliás, é muito bem articulada, já que em tempos de plena apologia à proteção dos direitos humanos e fundamentais, com a dignidade humana a oxigenar o ordenamento jurídico, subverte-se esta lógica. Afasta-se a regra da proteção aos bens jurídicos essenciais, passando-se à tutela de valores morais ou sentimentos religiosos, e é neste sustentáculo que se estabelece a distinção entre o proibido e o facultado. Utiliza-se a suposta proteção à saúde pública como desculpa para a tipificação de uma série de condutas diversificadas, conexas com o tráfico e uso de entorpecentes. Em nome da exorcização deste mal legitima-se o combate a qualquer custo, em prejuízo da vida dos eternos “clientes” do Direito Penal e da harmonia coletiva. Cumpre trazer à baila esta lição:

Os tipos penais relativos aos entorpecentes, na maior parte das legislações, tem o escopo de proteger a saúde pública, compreendida como o conjunto de ações ambientais e sociais, que propiciem o desenvolvimento saudável do ser humano em coletividade. No entanto, a saúde pública protegida pelo direito penal tem referente, ou em alguma relação, com a saúde individual dos membros da comunidade, ou o bem jurídico coletivo existe por si só, de maneira autônoma, sem lastros em interesses individuais ou antropológicos? (...) A possibilidade de o Estado punir deve ser limitada pela necessária lesão de um bem jurídico, como já exposto anteriormente, e este pode ser coletivo

¹⁵⁸ Ibidem. p.17

¹⁵⁹ Ibidem. p.60-63

ou individual. No caso da proteção aos bens coletivos, é importante estabelecer critérios que permitam sua delimitação, sua caracterização. Isso é necessário para impedir a criminalização de condutas simplesmente imorais, políticas ou disfuncionais, que supostamente afetem valores absolutamente abstratos ou espiritualizados, como a ordem pública, ou a segurança do Estado. Esta delimitação dos bens coletivos passíveis de proteção se faz através de seu referente individual.¹⁶⁰

De acordo com Pierpaolo Bottini, os tipos penais que disciplinam o tráfico ilícito de entorpecentes visam à proteção da saúde pública, independente dos bens individuais. A tutela dos bens jurídicos essenciais é relevante, sem sombra de dúvidas, no entanto, eles devem manter relação com os bens individuais (vida, integridade física e saúde, por exemplo), expondo-os a perigo, de modo concreto ou abstrato. A delimitação do campo punível nesta conjuntura da “sociedade de risco” é uma matéria tormentosa, por isso há o avanço da competência penal, em rota de colisão com a proteção das liberdades individuais. Daí a pertinência de se estabelecer os limites à intervenção penal, pois, nos casos em que inexistir esta conexão entre bens coletivos e individuais, a sua intervenção há de ser afastada. No caso do tráfico de entorpecentes, em outras palavras, a saúde pública é um bem coletivo imediato, que pode sofrer lesões, e a saúde do cidadão é o bem individual mediato, exposto a perigo abstrato. Se não fosse assim, o agente seria punido por tráfico ilícito de entorpecentes, e também por homicídio caso o usuário de drogas viesse a óbito por overdose¹⁶¹.

Mariana de Assis Brasil e Weigert esclarece que o proibicionismo encampado pelos norte-americanos tem como cerne a referida diferenciação entre drogas lícitas e ilícitas, e a presunção de que o meio mais viável ao combate das últimas é a repressão. Supõe-se de plano que a abstinência compulsória imposta aos usuários sob a ameaça da sanção desestimularia o consumo. Esta política atuaria sobre duas frentes. A primeira com a repressão direta, na tentativa de mudar os hábitos dependentes químicos, impedindo-se a manutenção do consumo, e a segunda mediante a repressão indireta, que limitaria a disponibilidade destas substâncias no mercado ilícito ao apenar o tráfico e a produção. A autora refere ainda que a Convenção de Viena de 1988 foi o ápice da repressão aos entorpecentes, e a partir de tais regulamentações a ONU instituiu órgãos para controlar a propagação do tráfico e uso de substâncias entorpecentes, fiscalizando o cumprimento das obrigações pactuadas pelos signatários de tais Convenções¹⁶².

¹⁶⁰ BOTTINI, Pierpaolo. op. cit., p.72-73.

¹⁶¹ Idem. p.73-74

¹⁶² WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.31-34

Vera Malaguti Batista pontifica que paralelamente às alterações perpetradas pela globalização abateu-se sobre a sociedade uma crise econômica de ponderáveis proporções. Isto implicou na constituição de uma massa de desempregados, e repercutiu também no “circuito ilegal das mercadorias”. Instituiu-se a distinção entre drogas “lícitas” e “ilícitas”, de cunho eminentemente moralizador, sendo que as enquadradas no campo da ilicitude suscitaram implicações em termos econômicos, políticos e sociais. Os Estados Unidos empunharam a “espada” “libertadora” do mundo da ameaça das drogas, reverberando a necessidade de se exterminar este mal que apenas conspurcaria a sociedade em todos os sentidos¹⁶³.

Apesar disso este discurso naufragou com a “multiplicação das áreas de cultivo” associada ao crescimento das organizações criminosas e dos índices de criminalidade. Acresça-se a este quadro a produção em larga escala de maconha, heroína e cocaína na América Latina, que tem como principais mercados consumidores, ironicamente, os Estados Unidos e a Europa¹⁶⁴. Em complemento ao quanto afirmado, tratando especificamente da natureza moralizadora da criminalização de algumas drogas, Salo de Carvalho afirma:

(...) o processo de criminalização das drogas como eminentemente moralizador, incorporado à perspectiva de punição de opções pessoais e proliferação de culpas e ressentimentos próprios das formações culturais judaico-cristãs ocidentais, a investigação procura apontar as discontinuidades dos discursos legitimadores das políticas proibicionistas.(...) A origem da criminalização (das drogas), portanto, não pode ser encontrada pois inexistente. Se o processo criminalizador é invariavelmente processo moralizador e normalizador, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável.¹⁶⁵

O toxicômano é enxergado como um indivíduo “anormal”, antissocial, perigoso, doente, e a julgar por estes predicados negativos, as agências formais de controle impõem sobre ele um rígido controle. As drogas estão presentes em todas as culturas, das sociedades mais simples às mais complexas. Nestas últimas algumas substâncias entorpecentes são enquadradas como “lícitas”, de acordo com uma rotulação aleatória, já que podem apresentar lesividade semelhante a de outras reputadas “ilícitas”. Incumbe ao Estado, com base nos

¹⁶³ BATISTA, Vera Malaguti. op.cit. p. 12

¹⁶⁴ Ibidem.,p.14

¹⁶⁵ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico de Dogmático da Lei 11343/2006**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.9-10.

valores consagrados socialmente, demarcar precisamente estas duas esferas e isto se dá com a classificação das drogas nas referidas categorias¹⁶⁶.

Emerge cristalino que a repressão às substâncias entorpecentes decorre da política imperialista norte-americana, abandonando-se a “caça ao comunismo”, e em seu lugar, implanta-se a perseguição ao “inimigo” (traficante e usuário). Com a busca pela expansão dos mercados, alarga-se a produção de riqueza por um lado, e surgem por outro os “novos riscos” decorrentes desta conjuntura, de difícil definição e divisão científica. A partir da segunda metade do século XX passa a imperar no âmbito penal a tendência à antecipação da tutela, notadamente no que tange às drogas, que se tornam diversificadas, disseminando-se pelo mundo a sua comercialização. O proibicionismo, em verdade, apresenta o mero fim punitivo de *per se*, o que é favorecido pela própria estrutura aberta dos crimes de perigo abstrato, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes. Se de um lado o viés minimalista aponta para a proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade, por outro, a “sociedade do risco”, sedenta pela sensação de segurança, clama por respostas endurecidas do sistema. Isto só favorece a expansão do direito penal. No mesmo sentido, Maria Lúcia Karan afirma:

A política de “guerra contra as drogas” adotada pelos EUA na década de 1980 impôs uma crescente internacionalização da política de drogas, pressionando os países periféricos, especialmente os latino-americanos, em limites atentatórios à soberania daquelas nações (...) A funcionalidade política da internacionalização responsabilizadora dos países produtores e exportadores traduz-se ainda na criação do estereótipo delitivo latino-americano (..), reproduzindo-se, internamente, em cada país com a função simbólica representada pela figura do traficante, ou, nos países centrais, pelos grupos marginalizados de dependentes, função simbólica que entregando àqueles o papel do mau, do inimigo, do perigoso, para neles concentrar a hostilidade da maioria, em muito contribui para a coesão social e para o conveniente desvio das atenções de outros problemas mais graves.¹⁶⁷

A despeito de toda a austeridade aplicada não houve redução do consumo, tampouco a contenção dos índices alarmantes de criminalidade. A política bélica doravante instituída fomentou o aumento da violência, trazendo prejuízos à já débil estrutura do sistema penal, a começar pela superlotação carcerária e a subversão da regras do Estado Democrático de Direito. Com a política de tolerância zero nota-se o lastro à truculência, instituindo-se na expressão cunhada por Nilo Batista, uma “política de derramamento de sangue”, com a caça aos usuários e pequenos traficantes. Assim, a suposta “autossuficiência” estatal assume foros

¹⁶⁶ GAUER, Ruth Maria Chittó. Uma Leitura Antropológica do uso de Drogas. In: **Drogas abordagem Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. Ano3, v.3, n.2, abr-jun. 1990. p.59-60

¹⁶⁷ KARAN, Maria Lúcia. Drogas: a irracionalidade da criminalização. In: **Notícia do Direito Brasileiro**. (Org.) Ronaldo Rebello de Britto Poletti.n.2, jul-dez., Brasília: UNB, Faculdade de Direito,1996.p.54

de autêntica falácia, visto que a crise manifesta desnuda a sua insuficiência em termos econômicos e políticos. Prova disso são as multinacionais, que são coalizões entre os Estados objetivando a ampliação de suas economias, e ainda as associações militares, que são a conjugação de forças em razão dos imperativos bélicos¹⁶⁸. Esta congregação de forças se descortina como um suposto “elixir” milagroso para minorar, ao menos em parte, os efeitos da crise estatal. Sobre o tema são pertinentes estes esclarecimentos:

A massiva participação dos militares na *war on drugs*, a tecnologia empregada (satélites, helicópteros, armas químicas), espionagem e toda sorte de estratégias bélicas indicam a caracterização de uma guerra clássica. Mas é também uma guerra difusa, na qual os inimigos são não apenas plantas e substâncias químicas, portanto seres inanimados, mas principalmente as pessoas que produzem, transportam, vendem e consomem drogas proibidas, as quais, na imensa maioria dos casos, não possuem armas, o que torna esta guerra excepcionalmente assimétrica se comparada com a guerra clássica.¹⁶⁹

Ao fundar as bases do combate às drogas, o presidente norte-americano Richard Nixon, em 1971, instituiu a classificação destas substâncias de acordo com os benefícios e riscos oferecidos. Nos grupos três, quatro e cinco foram enquadradas as drogas nocivas, mas, cuja comercialização é permitida sob rígida supervisão por suas propriedades medicinais. Nesta categoria se enquadram boa parte dos medicamentos produzidos em laboratório. O grupo dois é composto por substâncias muito nocivas, porém, por apresentarem valor medicinal, ainda são comercializadas, como é o caso da morfina e também da cocaína. No primeiro grupo se enquadram as drogas que oferecem grande potencial lesivo, e nenhuma importância terapêutica, situando-se aí a *cannabis*. Para estas caberia apenas a repressão austera, lastreadora da sua plena extirpação.¹⁷⁰

Vale registrar que, como prova do enquadramento, muitas vezes, aleatório dessas substâncias, as pesquisas científicas passaram a ser restringidas, ficando condicionadas à autorização da “agência de aplicação de lei antidrogas norte-americana” (DEA). Este “aval” era destinado às investigações que apontassem os riscos da maconha, e não os eventuais benefícios. Em 1975, o instituto de saúde norte-americano patrocinou as pesquisas da Faculdade de Medicina de Virgínia para que achassem indícios dos prejuízos ao sistema imunológico provocado pela planta. Ao invés disso, no entanto, o vegetal provocou a redução de tumores de pulmão, mama e leucemia nas cobaias (ratos) utilizadas, combatendo apenas as células neoplásicas, e não as saudáveis. Com a descoberta “inusitada e desagradável” cessou o

¹⁶⁸ S.I. GARCIA, Alberto Barrena. Presencia de lãs Drogas em La Crisis Del Estado. In: **Drogas: Abordagem Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. Ano3, v.3, n.2, abr-jun. 1990p. 76-77.

¹⁶⁹ MARONNA, Cristiano., op.cit.,p.62

¹⁷⁰ BURGIERMAN, Denis Russo. op.cit. p.77-78

financiamento da pesquisa no ano subsequente, recrudescendo-se a perseguição às drogas, o que implicava em não facilitar o acesso de alunos e pesquisadores às mesmas¹⁷¹.

Dennis Russo Burgierman refere que em 1961 a Holanda também assinou a Convenção Única Sobre Estupefacientes de 1961, impeditiva da produção e comercialização de narcotráficos exceto para uso medicinal. Ocorre que, sob a influência do movimento “*Flower Power*”, em 1968, surgiram os primeiros “*coffee shops*” alemães, estabelecimentos voltados à venda de produtos à base de maconha¹⁷². Em 1972 foi constituída uma comissão designada pelo governo holandês, e composta por especialistas, para apurar as melhores medidas para lidar com a maconha¹⁷³.

Os resultados das investigações apontaram para os efeitos não tão nocivos da droga, sugerindo-se que a melhor maneira de mantê-la sob controle seria regular a comercialização. Este foi o gérmen da política de “redução de danos”, que ao invés de submeter os usuários à repressão penal, privilegia a filosofia do tratamento ou cuidado. Nos anos 70, com a chegada da heroína ao mercado holandês, para que não houvesse a sedução dos jovens por seus “encantos”, estabeleceu-se a classificação entre drogas “leves” e “pesadas”. A maconha foi enquadrada na categoria “*gedogen*”, uma palavra alemã que não apresenta significado em português, mas, indica algo “proibido, embora, tolerado”. Mesmo não tendo sido legalizada, desde então não haveria a prisão dos usuários da maconha¹⁷⁴.

Depreende-se do exposto que o governo holandês aliou-se com a sociedade civil para estabelecer medidas capazes de tratar os dependentes de drogas, reduzindo o sofrimento causado por estas, ao invés de reprimir o seu uso pura e simplesmente. Mais tarde esta política seria propagada por outros países, a exemplo da Alemanha, Suíça e Áustria. Busca-se evitar que as drogas causem efeitos mais devastadores nos usuários, não banindo o seu uso completamente. Estas medidas permitiram a redução do número de mortes por overdose a quase zero, evitando-se as recorrentes contaminações por HIV e vírus da hepatite C entre os usuários de drogas injetáveis. Ademais, com o cultivo “*indoor*”¹⁷⁵ da maconha, submetido a um rígido controle, é possível evitar ainda o consumo da substância com altos níveis de THC, por exemplo, que é um grande vilão à saúde dos consumidores.

¹⁷¹ Ibidem. p.78-79

¹⁷² Cabe esclarecer que embora estes estabelecimentos estejam dispostos a olhos vistos, os seus proprietários estão submetidos a um rígido controle governamental, sendo coagidos a comercializar no máximo 5 gramas da substância por cliente. Além disso, nestes locais é proibida qualquer publicidade que faça apologia a drogas pesadas, bem como a comercialização destas.

¹⁷³ Ibidem.,p.105-108

¹⁷⁴ Ibidem.,p.109-112.

¹⁷⁵ Trata-se de uma espécie de cultivo da maconha em ambientes pequenos, eventualmente em estufas ou mesmo em armários, onde são instaladas lâmpadas que favorecem a germinação e floração do vegetal.

Esposando a linha proibicionista contida na Convenção Única Sobre Entorpecentes de 1961 e da Convenção Sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, foi promovido o Acordo Sul- Americano de Entorpecentes e Psicotrópicos, em Buenos Aires, promulgado pelo Decreto n.79455 de 1977. Este Acordo chamou a atenção para a necessidade de conjugar esforços permanentes dos países da América do Sul, orientados pelos mesmos objetivos e princípios, para solver o problema do uso de drogas. Dentre os seus principais focos está a harmonização legislativa de seus signatários quanto aos delitos tipificados¹⁷⁶. Por fim editou-se a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, pactuada em novembro de 2000, e promulgada no Brasil pelo Decreto n.5015 de 13 de março de 2004. Mediante suas disposições objetivava-se prevenir e combater de modo mais eficaz a criminalidade organizada internacional, disciplinando certos ilícitos associados às drogas. Além disso, a mesma dispunha sobre algumas alterações no direito penal e processual penal dos ordenamentos jurídicos de seus diversos signatários.¹⁷⁷

3.2 O PROIBICIONISMO PENAL NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

3.2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Consoante aduzido nas linhas supramencionadas, malgrado haja a utilização de substâncias estupefacientes desde a origem da humanidade, houve um combate incisivo, Estados Unidos à frente, propagando pelo mundo afora a necessidade de exterminar este mal. No Brasil a primeira mostra da preocupação com o uso das drogas se deu com as Ordenações Filipinas, que no Título LXXXIX estabelecia: “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”.¹⁷⁸ Esta legislação entrou em vigor em 1603, tendo

¹⁷⁶ GRECO FILHO, Vicente., op.cit.,p. 77

¹⁷⁷ Ibidem., p.78-79

¹⁷⁸ O Título LXXXIX previa o seguinte:

“Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosalgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem água delle, nem escamónea, nem opio, salvo se for Boticário examinado, e que tanha licença para ter Botica, e usar do Officio.

balizado as controvérsias penais por aproximadamente dois séculos, com o advento do Código Criminal do Império de 1830, que não fazia alusão, no entanto, ao problema das drogas. Posteriormente, a matéria foi disciplinada pelo Regulamento de 29 de setembro de 1851, que fazia alusão à política sanitária e à comercialização das substâncias utilizadas para fins médicos. O Código de 1890, por seu turno, previa no art.159, Capítulo III, o seguinte delito *in verbis*: “Expor à venda, ou ministrar substancias venenosas sem a legítima autorização e sem as formalidade prescriptas nos regulamentos sanitários: Pena – de multa de 20\$ a 500\$00.”¹⁷⁹

Nilo Batista esclarece que o Brasil, como um dos subscritores do protocolo suplementar da Conferência Internacional de Haia, por meio do Decreto n.2861 de 1914, sancionou a decisão do Congresso Nacional aprovando a adesão. O Decreto n. 4294 de 1921 revogou ao art159 do Código Penal de 1890, passando a referir a possibilidade em que a substância apresenta propriedades entorpecentes, a exemplo do ópio, da cocaína e seus respectivos derivados. O novo diploma, diferentemente do Código de 1890, distinguia a embriaguez “escandalosa” da “habitual”, instituindo para esta a previsão de internação compulsória, por três meses a um ano, em “estabelecimento correccional adequado”.¹⁸⁰

O Decreto 14969/21 instituía ainda o controle das substâncias entorpecentes no âmbito alfandegário e nas farmácias, instituindo, outrossim, o “procedimento judiciário”. Previa, de outra sorte, a responsabilização do “droguista”, do farmacêutico, outro comerciante ou particular que “comercializasse, expusesse à venda ou ministrasse estas substâncias”, fosse na condição de “portador ou entregador”. Estes indivíduos seriam apenados como autores, quando houvesse “auxílio necessário”, ou cúmplices em qualquer outra “modalidade

E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar e seja degredado para Africa até nossa mercê.

E a mesma pena terá quem as ditas cousas trouxer de fora, e as vender as pessoas, que não forem *Boticarios*.

E os *Boticarios* as não vendão, nem despendão, se não com os Officiaes, que por razão de seus Officiaes conhecidos por elles, e taes, de que se presume, que as não darão à outras pessoas.

E os ditos Officiaes as não darão e nem venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que o Direito seja, segundo o dano for.

E os *Boticarios* poderão metter em suas mesinhas os ditos materiaes, segundo pelos Medicos, Cirurgiões, e Escriptores for mandado.

E fazendo contrario, vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiaes conhecidos, póla primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir.

E póla segunda haverão mais qualquer pena, que houvemos por bem.” C.f. PIERANGELI, Jose Henrique. **Códigos Penais do Brasil- Evolução Histórica**. 1.ed. Bauru: Javoli., 1980.p.286

¹⁷⁹ Ibidem. .p. 286

¹⁸⁰ BATISTA, Nilo. Política Criminal com Derramamento de Sangue. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 5, n.20, out-dez.1997.p.129-132.

participativa”, dirimindo-se as dúvidas quanto à natureza ordinária (“não profissional”) do delito¹⁸¹.

O Decreto 20.930/32, por sua vez, revogou o art.1º do Decreto nº4294/21 e as demais disposições que contrariassem os seus termos. Por meio deste reputou-se a “drogadição” como doença passível de notificação compulsória, impondo o tratamento voluntário ou não dos “intoxicados” por prazo indeterminado ou fixo. Com isto houve um alargamento da disciplina da matéria em comento, estabelecendo-se uma intervenção penal mais ampla e austera que a precedente. Ademais, o art.26¹⁸² deste diploma previa ainda a criminalização da posse ilícita de drogas, sujeitando-se o agente à pena privativa de liberdade¹⁸³. Em complemento aos dados aduzidos anteriormente Elisangela Melo Reghelin refere:

Após alguns decretos regulamentando a matéria, sobreveio o Decreto-lei 891/38, associando o Brasil ao modelo internacional de combate às drogas. Foi elaborado de acordo com a Convenção de Genebra de 1936.

Em 1940, com a entrada em vigor do novo e ainda vigente Código Penal, alterou-se novamente a redação legal, que passou a prever no art 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 outra maneira entregar a consumo substâncias entorpecentes. Pena: 1 a 5 anos de reclusão, e multa de 02 a 10.000 cruzeiros.

Em 1961, com a Convenção Única de Entorpecentes, o Brasil passou a integrar o cenário mundial numa política de combate às drogas, e em 1971 entrou em vigor a Lei 5726, modificando a redação do art.281 do CP vigente, e prevendo uma pena mais severa para traficantes e usuários (dependentes ou não)¹⁸⁴.

Note-se, portanto, que o Decreto-Lei nº891 foi elaborado conforme a Convenção de Genebra, enquadrando o Brasil no arquétipo internacional de combatente das drogas. Com a nova redação emprestada ao art.281 do Código Penal de 1940, os usuários e traficantes

¹⁸¹ Ibidem.p.130

¹⁸² Art.26 Quem for encontrado tendo consigo, em sua casa, ou sob sua guarda, qualquer substância compreendida no artigo 1º, em dose superior, à terapêutica determinada pelo Departamento Nacional de Saúde Pública, e sem expressão prescrição médica ou de um cirurgião dentista, ou quem, de qualquer forma, concorrer para disseminação ou alimentação do uso de alguma dessas substâncias.

Penas- três a nove meses de prisão celular, e multa de 100\$0 a 5000\$0.

Parágrafo único. Em circunstâncias especiais, mediante declaração do médico regularmente inscrito no Departamento Nacional de Saúde Pública, poderá ser excedida a dose terapêutica acima determinada, devendo em tais casos ser apresentada pelo próprio médico, à autoridade sanitária, a justificação do emprego do entorpecente.

¹⁸³ DORNELLES, Marcelo Lemos. A Constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e a sua natureza jurídica. In: **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Org. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.208-209.

¹⁸⁴ REGHELIN, Elisangela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. In: **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da Política Criminal**. Org. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.88-89.

foram sujeitados a penas mais graves, tendo havido a elevação do prazo de reclusão para 1 a 6 anos, além da inserção de novos verbos no tipo. Com isto, outras condutas até então não criminalizadas passaram a sê-lo, elevando-se ainda a multa prevista para 50 a 100 vezes o maior salário mínimo do País. Senão vejamos:

Importar, exportar, preparar, produzir, vender, expor à 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. Pena: 1 a 6 anos de reclusão e multa de 50 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 psíquica¹⁸⁵.

Ante o exposto emerge cristalina a incorporação da ideologia de combate ao “inimigo do Estado”, personificado na figura do traficante, sob a égide da “Doutrina de Segurança Nacional”, implementada com o Golpe de 1964. Em nome da “ordem e do progresso” tentava-se sufragar qualquer tentativa de afronta ao militarismo, instituindo-se um período de tolhimento das liberdades e garantias dos cidadãos. Nestes termos, decretou-se a guerra ao comunismo e aos traficantes, na tentativa de inocuizar estes terríveis “adversários”, o que legitimaria a ação mais incisiva das agências formais de controle. Neste período eclodem os movimentos de contracultura, que chamavam a atenção para os execráveis resultados da guerra, embora tenham sucumbido à “astúcia” da política criminal vigente. Importando-se acriticamente o modelo bélico dos Estados Unidos, estabeleceu-se uma aliança entre os setores militares e industriais, como se esta fosse a mola-mestra do sucesso.

O mundo estava dividido em dois blocos: os dos simpatizantes da OTAN, Estados Unidos à frente, e o Pacto de Varsóvia, liderado pela extinta União Soviética. Como fruto desta polarização mundial emerge a Doutrina da Segurança Nacional no contexto brasileiro, de cunho profundamente autoritário, que passará a nortear a defesa do Estado. Por meio desta instituiu-se uma era repressora e de terror, em que tudo estava amparado no ideal de combater este “inimigo interno”. O uso de estupefacientes associado ao sexo livre nada mais representava que uma ofensa à ordem e à moral cristã. Merecem destaque as palavras de Nilo Batista:

Em 1968, treze dias depois do Ato Institucional nº5, o edito militar que ministrou o cou-de-grâce na democracia representativa e garroteou a um só tempo as garantias individuais, a liberdade de expressão e o Poder Judiciário, o Dec-lei 385, de 26 de dezembro, alterava o art.281 CP, Além da introdução de mais alguns verbos no tipo de injusto do tráfico (“preparar, produzir”), e

¹⁸⁵ BRASIL. Lei nº5726, de 29 de outubro de 1971. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes e que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências.

de sua ampliação para as matérias-primas, a novidade estava na equiparação *quad poenam* do usuário- daquele que “traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente”- ao traficante. (...) A equiparação *quad poenam* do usuário ao traficante de drogas provocou alguma reação no escasso grupo de juristas e magistrados que ousavam insurgir-se contra o regime autoritário. Uma das estratégias por eles utilizadas foi questionar a validade do depoimento dos policiais que haviam participado da prisão em flagrante do usuário, tendo se notabilizado por suas sentenças e seus trabalhos teóricos a respeito do juiz Hélio Sodré¹⁸⁶.

Posteriormente, por meio da Lei nº6368, de 1976, passaram a ser tipificadas as condutas adquirir, guardar, trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou com potencial para gerar dependência física ou psíquica, não autorizada ou que afronte a determinação da lei ou regulamentar. Para estes casos o legislador previu a pena de seis meses a dois anos de detenção, além do pagamento de 20 a 50 dias-multa. Sérgio de Oliveira Médici, tratando da matéria, esclarece que há quatro espécies de consumidor de drogas: o experimentador primário, o usuário eventual, o viciado e o dependente. Segundo ele, o art.16 tipifica a conduta do experimentador primário, ao usuário eventual e ao viciado não dependente. O traficante, por seu turno, seria enquadrado nos artigos 12, 13 ou 14, sendo que inexistente pena a ser aplicada ao dependente, desde que se coadunem as exigências contidas no art.19¹⁸⁷.

Note-se que, à época da elaboração da lei supracitada intentava-se apenas também o usuário de drogas, que atuaria movido por suas pulsões interiores, diferenciando-se, do traficante, todavia, pela conduta voltada ao uso e não à comercialização das drogas. Por este motivo o dependente químico mereceria um tratamento penal mais brando, e de certa forma, este novo diploma aprimorou a regulamentação precedente. Mesmo que o dever de combate ainda se mantivesse em pleno vigor, ao menos na letra da lei houve a sua substituição pelas expressões “repressão e prevenção” . À época presumia-se que o usuário, com capacidade de autodeterminação e sabedor da ilicitude de sua conduta, incorria neste delito, conquanto, a rigor, esta fosse pouco menos reprovável que a do traficante. Neste rol ainda estariam enquadradas outras condutas por analogia *in bonam partem* a exemplo do “plantio” que, para uso próprio materializaria o crime previsto no art.16, e “importar”, ou seja, adquirir a droga oriunda da além fronteira do território nacional,também materializaria o ilícito. Cumpre sublinhar ainda a ausência de previsão legislativa quanto aos verbos associados ao uso de

¹⁸⁶ BATISTA, Nilo. Política Criminal com Derramamento de Sangue. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.20, ano5, out-dez, 1997.p.139

¹⁸⁷ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Incriminação do porte de Substância entorpecente para uso próprio. In: **Drogas: aspectos penais e criminológicos**. Coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p.153-154.

drogas, quais sejam, fumar, injetar, aspirar etc. Nestes casos haveria a materialização de fatos atípicos¹⁸⁸.

Cumprido realçar as considerações de Salo de Carvalho acerca do tema:

Assim, no plano político-criminal, a Lei 6368/76 manteve o histórico discurso médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre o consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor-doente e traficante-delinquente. Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de setenta. Apesar de o modelo jurídico-político transnacional ter sido incorporado formalmente no Brasil em meados da década de setenta, apontando a ideia do traficante como inimigo interno a ser eliminado pelas agências punitivas civis, desde a década de sessenta a estrutura do sistema de segurança pública operava com idênticos postulados ideológicos, alterando, apenas, o objeto de direcionamento da coação direta¹⁸⁹.

A Lei 6368/76 foi elaborada sob a égide do militarismo, enaltecendo a dicotomia “usuário” e “traficante”. O alarmismo propagado pelo discurso da Lei e da Ordem revela o “temor reverencial” ao “adversário” do Estado, incorporado nestas figuras, embora, comparando-se com outros países ocidentais não tenha havido crescimento significativo nos índices de consumo de drogas neste período. Esta lei impôs a obrigação a toda pessoa, natural ou jurídica, colaborar com a prevenção e repressão do tráfico e uso de entorpecentes, ou das demais substâncias que promovam dependência física ou psíquica. Além disso, instituiu o tratamento compulsório ou voluntário dos usuários, independentemente do cometimento de crimes, porque a “toxicodpendência” por si só já revelaria a periculosidade social do agente. Caberia ao Estado, portanto, sobrestar os eventuais atos daninhos destes agentes mantendo-os sob estrita vigilância. Para Salo de Carvalho esta ótica não seria plausível pela impossibilidade de demonstração empírica da referida periculosidade, além do prejuízo causado pela coercitividade destas medidas “polícialescas”.¹⁹⁰

A lei supracitada previa ainda a inserção de novas condutas típicas como “remessa, preparo, produção, fornecimento e transporte” de tais substâncias, recrudescendo as penas aplicáveis, que passaram a ser de 3 a 15 anos de reclusão, abrindo margem ao maior subjetivismo do julgador quando da fixação do seu *quantum*. Ademais, o art.14 prevê ainda o delito de “associação para o tráfico”, apenando os agentes que comercializam substâncias

¹⁸⁸ Ibidem

¹⁸⁹ CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico de Dogmático da Lei 11343/2006**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.21

¹⁹⁰ Ibidem., p.24-25

entorpecentes em concurso com outros, reiteradamente ou não. Gerson Pereira dos Santos sustenta que a congregação pode ter caráter provisório ou não, bastando a mera convergência de vontades eventuais neste sentido¹⁹¹.

Haveria, então uma atecnia legislativa pois a redação da norma faria presumir a possibilidade de co-participação no delito de tráfico de entorpecentes em concurso material com outros delitos. Ocorre que é ínsito ao crime de associação para o tráfico o concurso necessário de agentes. Além disso, na tentativa de apená-lo com todo rigor, instituiu-se a pena máxima em dez anos, malgrado o Código Penal preveja para as hipóteses de bando ou quadrilha armados o máximo de 6 anos de reclusão, sem multa¹⁹². Isto permitiu, portanto, a ocorrência de concurso de delitos combinando-se este dispositivo com o art12, demonstrando-se deste modo a preocupação legislativa em conter o avanço das organizações criminosas e do tráfico de drogas. O art.18, incisos I a IV, por seu turno, elenca as causas especiais de aumento de pena, aplicando-se a majorante na hipótese de tráfico internacional de drogas, ou em razão do exercício de função pública, ou no caso de menores de 21, quanto ao comércio de entorpecentes promovido em estabelecimentos de ensino, culturais, sociais ou de tratamento, entre outros. A posse para uso próprio mereceu tratamento diverso do anterior, implementando-se a possibilidade da assistência ambulatorial “extra-hospitalar”, nos termos do art.10, §1º, mantendo-se a inimputabilidade, como previa o art.19, parágrafo único, ambos da lei em comento.

3.2.2 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 À EDIÇÃO DA LEI DOS CRIMES HEDIONDOS

A Constituição Federal de 88 inaugurou o regime democrático brasileiro, tendo vedado a censura prevista na lei supracitada que, nos termos do art13, proibia a veiculação de propaganda, cartazes, seminários e conferências acerca das drogas sem prévia autorização. Além disso, aboliu a fiscalização rigorosa pelas “autoridades da censura”, que tinham a incumbência de evitar a apologia a este tema nos espetáculos públicos, mesmo que implicitamente, como previsto no art.9 da mesma lei. Por outro lado, a Carta Magna , em seu art.5º, inciso XLIII enquadrou o tráfico ilícito de entorpecente no rol dos crimes inafiançáveis

¹⁹¹ SANTOS, Gerson Pereira dos. O dependente de drogas. Perspectiva vitimológica. In: **Drogas abordagem interdisciplinar**. Ano3, v.3, n.2, abr.-jun.1990.p.141-143.

¹⁹² Ibidem.,p.144

e insuscetíveis de graça, fiança e anistia ao lado do terrorismo e dos crimes definidos como hediondos.

Por força da convulsão social gerada em face do suposto crescimento da onda de criminalidade, amplamente divulgada pela mídia, o Congresso Nacional aprovou a Lei dos Crimes Hediondos, Lei 8072, de 26 de julho de 1990. Em que pese esta norma tenha sido silente quanto ao que deveria ser reputado como “hediondo”, elencou alguns delitos que deveriam ser concebidos como tal. De outra sorte, equiparou a estes a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e o terrorismo, elevando o prazo de prisão temporária de 5 para 30 dias, prorrogáveis por mais trinta. Vale dizer que este rol é taxativo, e mesmo não estando inclusos nesta seara, instituída pelo art1º da lei em apreço, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e a tortura assumem o tónus de figuras equiparadas pelo tratamento similar aos de crimes hediondos sobre eles imposto.

A elaboração desta legislação mais austera foi motivada pelas notícias de sequestros recorrentes nos grandes centros urbanos, especialmente no Rio de Janeiro, e aproveitando o ensejo, os legisladores incluíram outros delitos neste campo. Foi o caso do estupro, latrocínio, dentre outros que, como o tráfico ilícito de entorpecentes, passaram a ser apenados com todo rigor, no intuito de atribuir maior proteção aos mais abastados. Violando-se o princípio da proporcionalidade e instituindo uma seleção subliminar, a exasperação da reprimenda já tinha seus alvos certos pré-estabelecidos desde a origem. Oscar Mellim Filho aborda esta questão deste modo:

Em momentos de crise envolvendo a segurança pública, é constante e explícita a busca de soluções punitivas exacerbadas, que não podem ser consideradas medidas totalmente estranhas ao Direito Penal. Ao contrário, o próprio sistema parece trazer em seu bojo- ancorada na ideia da necessidade de uma resposta a uma ação reprovável- a possibilidade da exacerbação, que se exerce sobre uma ação seletiva explícita, gerando, por exemplo, projetos de lei incriminadores em total conformidade com o sistema penal e sua abertura linguística. No caso de Lei dos Crimes Hediondos, entendem vários doutrinadores que a nova seleção feita violou os princípios da proporcionalidade, já que o excesso punitivo descontrolou o já precário balanceamento entre delitos e penas encontrado no Código Penal, e da individualização das penas, ao mesmo tempo em que proibiu o indulto, tornou mais difícil o livramento condicional e impediu a progressão de regime. Tais direitos passaram a ser exclusivos de autores de outros tipos de delitos.¹⁹³

¹⁹³ MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal**. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010.p.71

Acresça-se a isto a edição do Projeto de Lei nº 10.409, de 11 de janeiro de 2002, elaborado com a pretensão de substituir a Lei 6368/76. Em virtude, porém, de uma série de aspectos falhos, a começar pela parca definição dos crimes no Capítulo III, a lei foi parcialmente vetada pelo Executivo. Este diploma abordava as formas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes. O art.59 desta lei, que disciplinava a revogação da Lei 6368/76, foi revogado levando à presunção da manutenção de vigência da lei anterior quanto às matérias que não contrariassem a lei posterior. Cabe dizer que a Lei 6368/76 também não foi revogada porque a lei mais nova não exauriu a matéria e muitos de seus aspectos estavam disciplinados em outras leis, a exemplo da Lei 8072/90, da Lei de Lavagem de Dinheiro e das Convenções Internacionais das quais o Brasil era signatário¹⁹⁴.

Pela relevância das disposições da Lei 11343/2006, a presente abordagem buscará ressaltar seus aspectos de maior relevo de forma mais minudente adiante. Para bem marcar, no entanto, a pecha da seletividade penal que pende sobre a matéria, no tópico consecutivo buscar-se-á trazer à baila a problemática da dicotomia usuário e traficante. Enquanto o primeiro é beneficiado pelo paradigma médico, que o torna merecedor de “tratamento”, o segundo é enquadrado como “bode expiatório” em virtude das arbitrariedades asseguradas pelo sistema penal, e a sua histórica natureza excludente das “minorias”.

3.2.3. DA POLÍTICA DE REDUÇÃO DE DANOS À EDIÇÃO DA LEI 11343/2006: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ASPECTOS DE MAIOR RELEVO

Uma das maiores inovações introduzidas pela Lei 11343/2006 foi quanto ao usuário de drogas, adotando-se uma política de “redução de danos” em vez da repressora pura e simples. Desde então, os usuários passaram a ser enxergados como merecedores de tratamento, e não de penas, em função do profundo apelo médico em prol da descriminalização desta conduta. A Lei 10409/02 já indicava a necessidade da alteração da matéria neste particular, todavia, por ter sido vetada parcialmente, remanesciam aplicáveis as disposições da Lei 6368/76, que previa a pena de detenção para estes indivíduos. Apesar da

¹⁹⁴ GRECO FILHO, Vicente.,op.cit., p 94-95

previsão normativa, no entanto, normalmente esta pena era substituída por outras alternativas, a exemplo da internação ou tratamento ambulatorial.¹⁹⁵

No artigo 27 da Lei 11343/2006 o legislador regulamentou as sanções aplicáveis aos consumidores de drogas, que “poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.” Esta previsão normativa gerou debates doutrinários quanto à possibilidade de substituição das penas a qualquer tempo o que afrontaria a segurança jurídica¹⁹⁶. Estas penas seriam imputadas aos indivíduos que materializassem as condutas tipificadas no art.28 do mesmo diploma¹⁹⁷. Segundo a disposição contida no artigo 76 da Lei 9099/95, cabe ao Ministério Público apresentar a proposta de transação penal, aplicando-se imediatamente as sanções previstas no dispositivo supracitado de modo separado ou conjunto. A proposta de transação, então, deve ser homologada pelo juízo, sendo que a possibilidade de substituição da sanção “a qualquer tempo” leva a crer, ao menos em tese, a possibilidade de fazê-lo mesmo após isto.

É importante ressaltar que, ante a lacuna normativa quanto à indicação da quantidade de substância apreendida, há uma dificuldade de ponderáveis proporções no que

¹⁹⁵ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José., op.cit.,p. 45-46.

¹⁹⁶ ARRUDA, Samuel Miranda. **Drogas: aspectos penais e processuais penais (Lei 11.343/2006)**. São Paulo: Método, 2007.p. 21.

¹⁹⁷ Art.28 Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I- advertência sobre os efeitos das drogas;
- II- prestação de serviços à comunidade;
- III- medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§3º As penas previstas nos incisos II e II do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II, III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

- I- admoestação verbal;
- II- multa.

§7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde preferencialmente, ambulatorial, para tratamento especializado. C.f. BRASIL. Lei nº 11343, de

23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas- SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, DF, 24 ago.2006.

tange ao enquadramento do indivíduo como usuário ou traficante. Malgrado o parágrafo 2º do art. 28, *caput* preveja a observância do julgador quanto às circunstâncias do caso, atentando para o local de apreensão, as condições pessoais e sociais dos envolvidos, e da quantidade de drogas, há uma dificuldade premente em aferir esta realidade. Nestes casos se incorre em certa margem de discricionariedade exercitada, inclusive, ao sabor das indicações da polícia que, hodiernamente, qualifica os socioeconomicamente vulneráveis como traficantes, e os mais abastados como usuários.

Tratando do tema, Renato Marcão pondera algumas questões. De início, a aplicação das penas exige a observância dos princípios da legalidade, individualização e proporcionalidade. Sendo assim, apenas mediante autorização judicial seria possível aplicação cumulativa das sanções, com base no arcabouço probatório e na culpabilidade, como reza o art.59 do CP. Mesmo autorizando a aplicação conjunta das penas, caso apenas uma tenha sido originariamente aplicada, a substituição somente seria possível por uma outra individualmente considerada, ou haveria um sancionamento excessivo. Tal substituição poderá ser de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do causídico da defesa. Ante o pleito elaborado pelo Ministério Público, caberá à defesa manifestar-se antes da prolação da decisão judicial. Na hipótese diversa, se a substituição for requerida pela própria parte (de próprio punho), caberá ao Ministério Público e ao patrono do apenado apresentar seu parecer. Deste modo preservar-se-ia o respeito ao contraditório e à ampla defesa¹⁹⁸. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ilustra o quanto afirmado:

HABEAS CORPUS. DENÚNCIA ART12 DA LEI 6368/76. DESCLASSIFICAÇÃO ART16 DA MESMA NORMA. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. TRANSAÇÃO PENAL. RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APLICAÇÃO DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. IMPOSSIBILIDADE, ATO PRIVATIVO DO PARQUET. NECESSIDADE DE REMESSA DO AUTOS AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INTERPRETAÇÃO DO ART.28 DO CPP. SUPERVENIÊNCIA DA LEI 11343/06. AUSÊNCIA DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. EXISTÊNCIA DE NOVAS PUNIÇÕES. APROVEITAMENTO DA PENA INDEVIDAMENTE CUMPRIDA PELO SENTENCIADO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. ORDEM CONCEDIDA.

1. É possível o oferecimento da proposta de transação penal em momento posterior ao recebimento da denúncia quando ocorrer, por exemplo, a desclassificação da conduta atribuída ao réu.
2. O oferecimento da proposta de transação por parte do representante do *Parquet*, cabe ao magistrado, entendendo ser o caso de aplicação do

¹⁹⁸ MARCÃO, Renato. **Tóxicos : Lei n.11343, de 23 de agosto de 2006 : lei de drogas**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.66

benefício, remeter os autos ao Procurador-Geral, a teor do que estabelece o art.28 do Código de Processo penal.

3. Em virtude da superveniência da Lei nº11343/06, a conduta apontada ao paciente – porte de entorpecente para consumo próprio- não mais prevê a aplicação de penas privativas de liberdade. Assim, deve retroagir em obediência ao princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica.
4. No caso concreto, o paciente aceitou a indevida proposta de transação feita pelo Magistrado e cumpriu a obrigação de pagar cesta básica a instituição filantrópica. Considerando as penalidades previstas no art.28 da Lei 11343/06, é de se considerar que, bem ou mal, já se cumpriu a sanção aplicada, devendo ser reconhecida a extinção da pena por seu efetivo cumprimento.
5. Ordem concedida, para reconhecer extinta a pena por seu efetivo cumprimento¹⁹⁹.

Ademais, a norma em comento ainda estabelece uma diferenciação entre usuário e dependente, ocupando-se de sua reinserção social, nos termos dos arts. 20 a 26. Esta lógica é distinta das legislações anteriores, quais sejam a Lei 6368/76 e Lei 10.409/2002. Esta última, inclusive, previa o tratamento compulsório para ambos, sem instituir qualquer diferenciação, embora, nem todo usuário necessariamente desenvolva a dependência. Esta previsão segue o disposto em sede da Resolução 3 do Conselho Nacional de Política Sobre Drogas (CONAD), que instituiu a Política Nacional Sobre Drogas²⁰⁰. De outro lado, o legislador fixou uma nova lógica no combate às drogas no Brasil: previu medidas repressivas para o traficante de drogas, e de proteção ao usuário. O uso de drogas, então, passa a ser enxergado como uma questão de saúde pública, e não de polícia. A partir deste novo viés, firma-se a proteção ao usuário, encampando-se medidas capazes de resgatá-lo do vício, melhorando-se a sua qualidade de vida. Desestimulam-se, de outra sorte, os comportamentos de risco, e estas melhorias visam ao benefício não somente do consumidor das drogas, mas, de seus familiares e da sociedade em geral, nos termos do art.20 da lei em comento²⁰¹.

A posição jurídica do consumidor restou privilegiada quanto aos efeitos penais de sua conduta, pois reconheceu o legislador a necessidade de desmistificação do usuário, optando pela política criminal de recrudescimento da lei frente ao traficante de drogas, mesmo que sabedor que a conduta do consumidor evidentemente fomenta a atividade criminosa do traficante, o qual simplesmente não existiria se não houvesse

¹⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Habeas Corpus nº 59776. Impetrante: Marlise Costa Girardeli – Defensora Pública. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Paciente: Luís Antônio Antunes Marques. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=transa%E7%E3o+penal+porte&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7>>. Acesso em: 4 mar. 2013.

²⁰⁰ BIANCHINI, Alice. Lei 11343, de 23 de agosto de 2006. In: **Lei de Drogas Comentada: Lei 11343, de 23.08.2006**. 4.ed. Coord. Luís Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p. 32.

²⁰¹ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11343, de 23 de agosto de 2006, comentada artigo por artigo**. 2.ed. São Paulo: Método.p.21

consumidores. No entanto, tal reducionismo não se sustenta quando é cediço que grande parte dos usuários torna-se dependente e completamente vulnerável à existência da circulação ilícita das mais variadas drogas em nossa sociedade, por isso a posição *sui-generis* do infrator, uma vez que, ao mesmo tempo, merecedor de reprimenda e de medidas ressocializadoras e terapêuticas²⁰².

É importante registrar que para o indivíduo incorrer numa das condutas descritas pelo artigo supracitado deve “adquirir, guardar, trazer consigo, ter em depósito ou transportar” a droga para o próprio consumo. Se o interesse do agente estiver voltado conscientemente ao consumo da substância por terceiros, mesmo que seja de modo compartilhado, materializa-se o crime previsto pelo art.33, *caput*,§3º da lei supracitada²⁰³. De outra sorte, se a guarda ou posse da droga não estiver destinada ao consumo próprio ou ao de terceiro, configura-se uma figura delitiva atípica, como entendeu o Pretório Excelso²⁰⁴. Para que o agente seja submetido às sanções previstas no art. 28, portanto, é preciso que haja o ímpeto de consumir as drogas. A previsão do art.33, todavia, exige a intenção do agente em traficar traficância ou favorecer o consumo de outrem, compartilhando ou não das drogas.

Vale sublinhar que o objetivo do legislador, neste caso, foi tutelar a saúde pública, reputada como bem jurídico essencial à coletividade. A norma conjuga, como será abordado adiante, o arquétipo proibicionista e preventivo. Reprime-se por um lado o tráfico ilícito de entorpecentes, fixando-se sanções graves para os agentes desta conduta que pode assumir múltiplos matizes, a julgar pelo número de verbos contidos no tipo penal. Por outro lado, embora também institua penas para os usuários estas são muito mais brandas, mas, nem por

²⁰² GERSON, Fernando. O novo sistema nacional de políticas públicas sobre drogas e a flexibilização do modelo criminal repressivo. In: **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Coord. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.145

²⁰³ LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Op.cit.p.53

²⁰⁴ **EMENTA** I. Denúncia pela suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes (L. 6.386/76, art. 12); rejeição por atipicidade do fato; paciente que tinha em depósito quantidade de maconha a ela confiada, na condição de Promotora de Justiça, por mãe aflita com o vício do filho, sendo incontroversa a prova de que a acusada não tinha a droga para seu uso e muito menos para o tráfico. II. Habeas corpus deferido, de ofício, para restabelecer o acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Procurada por mãe angustiada com a dependência de seu filho, atendeu-a em seu gabinete a doutora promotora de Justiça e dela recebeu certa quantidade de maconha a qual guardou em uma das gavetas do arquivo da promotoria. Encontrada a substância ilícita, foi a doutora promotora denunciada e processada pelo art. 12 da Lei 6.368/76. Irresignada e através de advogado, a doutora Promotora de Justiça, requereu “habeas corpus” perante o Tribunal de Justiça, que deferiu a ordem para trancar a ação penal por falta de justa causa (atipicidade de conduta). Divergindo da decisão, o Ministério Público ingressou com recurso especial, o qual veio a ser conhecido e provido pelo Superior Tribunal de Justiça, com a determinação de que os autos retomassem ao Tribunal de Justiça para que fosse fixada a pena. Novo habeas corpus”, desta feita perante o Supremo Tribunal Federal, obtendo liminar e deferimento quanto ao mérito para rejeitar a denúncia por maioria de votos (atipicidade de conduta). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº86685. Paciente: Sandra de Fátima Furlán. Impetrante: Maurício de Oliveira Campos Júnior. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2886685%2EENUME%2E+OU+86685%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a3zssdn>>. Acesso em: 3 mar. 2013

isto houve descriminalização da conduta, mas, tão somente despenalização. De outra sorte, volta suas atenções aos dependentes e traficantes, objetivando o seu tratamento e reinserção social. Esta alteração na perspectiva do usuário decorre da constatação de falência da política de *war on drugs*. Diante das debilidades do sistema penal, no entanto, que amontoa em celas minúsculas um número de presos superior à sua capacidade, condenando-os a um tratamento animalesco, obviamente a ressocialização assume foros de utopia.

Renato Marcão pondera que a previsão normativa do art.28, caput e §1º combinada com o art.1º da Lei de Introdução ao Código Penal²⁰⁵ não promoveu a descriminalização pela ausência de imputação da pena privativa de liberdade. Isto porque nada impediria que a conduta fizesse parte do rol dos crimes ou das contravenções penais²⁰⁶. Esposando o mesmo entendimento, Marcelo Lemos Dornelles afirma a constitucionalidade do art.28, aduzindo que, malgrado a nova lei antidrogas tenha conferido ao usuário um tratamento privilegiado com relação à lei 6368/76, nem por isto a conduta deixou de ser criminalizada. O indivíduo flagrado consumindo estas substâncias deverá ser encaminhado aos juizados de plantão, lavrando-se o termo circunstanciado, com base na Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais). Como deixou de existir a previsão quanto à aplicação da pena privativa de liberdade, a prisão em flagrante não é mais cabível, e na audiência preliminar pode-se imputar as sanções previstas no indigitado dispositivo da Lei 11343/2006 mediante a transação penal²⁰⁷. Cumpre transcrever a lição de Vicente Greco acerca do tema:

A discussão sobre a inconstitucionalidade do dispositivo que pune a conduta de posse de droga para uso próprio é antiga e remonta à época em que recebia a mesma punição do traficante. Mesmo com o tratamento diferenciado dado pelas novas legislações, o debate permanece na doutrina e jurisprudência, tendo inclusive, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal rejeitado a tese por mais de uma vez. (...) A lei NÃO DESCRIMINALIZOU NEM DESPENALIZOU a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal nem a transformou em contravenção. Houve alterações, abrandamento, (...) mas, a conduta continua incriminada. A denominação do capítulo é expressa. As penas são próprias e específicas, mas são penas criminais. Não é porque as penas não eram previstas na Lei de Introdução ao Código Penal de 1941, e, portanto, não se enquadram na classificação prevista em seu art.1º que lei posterior, de igual hierarquia, não possa criar penas criminais ali não previstas. (...) A observação é feita somente porque, logo que foi promulgada, houve divulgação de opinião de que a lei teria

²⁰⁵ Art.1º- Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa; contravenção, a infração a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

²⁰⁶ MARCÃO, Renato.,op.cit.,p. 69-70

²⁰⁷ DORNELLES, Marcelo Lemos.,op.cit.,p.216.

descriminalizado ou despenalizado a conduta com esse argumento, mas que, *data venia*, não tem consciência jurídica²⁰⁸.

A Suprema Corte, inclusive, tem adotado este entendimento, reconhecendo que o porte de entorpecente é um “delito de perigo presumido”, razão pela qual afasta a aplicação do Princípio da Insignificância. Quanto aos usuários e dependentes de drogas, embora as penas tenham sido abrandadas, em atendimento aos objetivos elencados pela Lei 11343/2006, reconheceu da tipicidade material do ilícito de molde a favorecer a sua ressocialização. Isto porque a norma estabelece como meta a prevenção do uso indevido de drogas, e a reinserção social destes indivíduos, reeducando-os para que o uso destas substâncias seja evitado. É o que se infere da jurisprudência alinhada *in verbis*:

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. ART28 DA LEI 11343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO.

(...)

II- A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade de comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica.

III- No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido.

IV- É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes.

V- A Lei 11343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

VI- Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente²⁰⁹.

O mero fato de inexistir aplicação da pena privativa de liberdade não quer dizer que no plano jurídico a conduta deixou de ser delituosa. Houve um mero abrandamento nas sanções, haja vista que a toxicomania passou a ser enxergada como um problema de saúde

²⁰⁸ GRECO FILHO, Vicente., op.cit., p.149-151. (grifos no original)

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 102.940. Paciente: Admilson Pereira dos Santos. Impetrante: Defensoria Pública da União. Procurador: Defensor Público- Geral Federal. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621470>>. Acesso em : 3 mar. 2013

pública, a ser tratado e não apenado com o rigorismo penal. Nem por isto, de outra sorte, o “doente” ficará imune às disposições contidas no supramencionado dispositivo, sujeitando-se, portanto, às sanções previstas. Não se pode deixar de sublinhar, todavia, que a ausência de previsão dos meios coativos para o caso do descumprimento das “sanções banais” previstas acaba retratando mais uma face do simbolismo penal de caráter nefasto. Nos termos do art.59, do Código Penal, se o agente for primário e com bons antecedentes, a “pena” fixada na transação penal deve ser a de “advertência”. Nos termos do art.76, § 4º da Lei 9099/95, esta sanção não tem efeitos para fins de reincidência, nem para antecedentes criminais.

Charles Emil Machado Martins acrescenta ainda o caráter falacioso da legislação, pois, descumprida a transação, sendo encontrado o usuário ou dependente em posse de substâncias entorpecentes para uso pessoal, nada impediria nova transação. Isto tudo mesmo que dentro do prazo de cinco anos, afastando-se apenas a aplicação da advertência por sua contumácia, que indicaria a “ineficácia” da sanção. O único entrave a esta nova transação seria tão somente a prática de infração penal de menor potencial ofensivo, diversa da prevista no art.28 da Lei 11343/2006. Restaria a aplicação da multa no importe de 40 (quarenta) a 100 (cem) dias-multa, consoante o poder aquisitivo do agente, estabelecendo-se para cada dia-multa o valor de um trinta avos a 3 vezes o maior valor do salário mínimo nacional, com base no quanto prevê o art.29 da legislação em comento. O autor destaca, neste sentido, o absurdo legislativo gritante, já que os usuários levados a este procedimento são maciçamente indivíduos em situação de vulnerabilidade social²¹⁰.

Se não houver possibilidade de transação penal, contudo, fica a cargo do Ministério Público manifestar-se acerca da possibilidade de suspensão condicional do processo, nos termos dos art.89 da Lei 9099/95. Caso não se materialize esta possibilidade, o procedimento previsto pelos Juizados Especiais segue seu curso, aplicando-se as sanções previstas no art.28 da Lei 11343/2006, em sede de sentença condenatória, que tem por consectários os “antecedentes, a reincidência criminal, afastamento de benefícios etc.”²¹¹ Esta é mais uma mostra do caráter seletivo do Direito Penal, pois este rito fatalmente recai apenas para os “não bem nascidos”, que sequer têm possibilidade de arcar com as multas previstas pelo dispositivo em comento.

Por outro lado, a “frouxidão” dos termos normativos acaba levando à dedução de que o uso de drogas redundava em nada, pois os meios coercitivos para evitá-las são “parcos

²¹⁰ MARTINS, Charles Emil Machado. Uso de drogas: Crime? Castigo? In: **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Org. André Luis Callegari, Miguel Tedesco Wedy. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008.p.76-77.

²¹¹ Ibidem.,p.77

demais” para demover o ímpeto de gozo humano. Ademais, como em muitos casos os usuários são dependentes das drogas, e o próprio organismo clama pelo uso deste “combustível”. Em suma, a cogência desta norma proibitiva é o que menos importa no particular. É o que se infere da lição adiante alinhada:

A clínica evidencia uma relação dialética entre a lei que interdita o uso e a busca da droga ilegal que sentencia o usuário a uma condição de criminalidade, seja ela veiculada pela justiça, pelo pai ou mesmo pelo social. Se usar, é criminoso: essa sentença implica o indivíduo com o ato, não restando para ele outra possibilidade de existência. Na interpretação psicanalítica essa é a estrutura da sugestão primordial, alienação fundamental imposta a todo ser falante. Nessa perspectiva, o imperativo e o fazer não são ordens diferentes. A ação de usar uma droga ilegal vai dar sustentação a um se fazer de criminoso, que o indivíduo, sem se interrogar, consente inconscientemente. São usos ilegais que se encontram, desse modo, sentido em uma economia mental que amortece suas experiências de usuário, favorecendo a ruptura com a comunicação social e a doença. (...) Como responde ao imperativo categórico ao qual, aquele que demanda tratamento, se sente submetido, “como uma profecia”, determinado a cumprir, sem saber por que, e a partir do qual ele se realiza como culpado, criminoso, marginal, assentimento subjetivo necessário à própria significação da punição, pois a grande determinação do crime é a própria concepção de responsabilidade que o indivíduo se permite receber da cultura em que vive²¹².

Maria Luisa Mota Miranda destaca ainda um outro aspecto que merece ser levado em consideração a partir da disciplina inaugurada pela Lei 11343/2006. A Redução de Danos não é uma prática recente, pois remonta de 1928. Sua maior notoriedade, no entanto, se deu a partir da década de 80, com medidas encampadas para evitar a contaminação por HIV e hepatite entre os usuários de drogas injetáveis. O conceito de “redução de danos” não é pacífico, todavia, indica o conjunto de ações orientadas à minoração dos riscos de cunho “biológico, psicossocial e econômico” atrelados direta ou indiretamente ao uso de drogas. Estas práticas estão calcadas em três princípios: “o pragmatismo, a tolerância e a diversidade”²¹³.

O pragmatismo destas ações está associado à clareza de seus objetivos, qual seja a prevenção de patologias transmitidas através do compartilhamento de seringas entre os usuários de drogas. A tolerância, por seu turno, implica no dever de respeito ao consumidor de drogas, e isto é assegurado pela legislação vigente. A diversidade, por sua vez, inclui as diversas práticas possíveis entre os usuários das mais diversas drogas. Por meio deste

²¹² MIRANDA, Maria Luiza Mota. A Clínica das toxicomanias no Paradigma da ilegalidade: como a ilicitude influencia na prática. In: **As Drogas na Contemporaneidade: perspectivas Clínicas e Culturais**. Org. Antônio Nery Filho et.al. Salvador: EDUFBA, 2012. p.241.

²¹³ Ibidem,p.242

disponibiliza-se o acesso às substâncias gratuitas e menos nocivas²¹⁴, além de seringas descartáveis, hipoclorito de sódio para a desinfecção das seringas para evitar contaminações. Há ainda o acesso às “salas de tolerância”, espaços ofertados para o uso destas substâncias, fornecidas gratuitamente pelo governo, sem a intermediação dos traficantes²¹⁵.

Esta preocupação legislativa pode ser justificada em função do aumento do número de portadores do vírus HIV nos últimos anos, relacionando-se este dado com o uso de drogas, injetáveis ou não. No primeiro caso normalmente ocorre o compartilhamento de seringas, o que constitui uma prática de risco favorecendo a contaminação pelo vírus. Por outro lado, mesmo entre os que não fazem uso de injetáveis, como é o caso dos consumidores de crack, tais indivíduos estão mais propensos a contaminações pelas corriqueiras práticas sexuais de risco, sem o uso de preservativos. Há ainda os que, para sustentarem o vício, lançam-se no universo da prostituição, o que favorece, outrossim, a possibilidade de contrair a patologia. Acresça-se a isto o fato de que a política repressiva acaba representando um entrave ao acesso destes indivíduos ao programa de redução de danos instituído pelo Estado. Ao se limitar o viés proibicionista pela nova tônica preventiva incorporada pela norma, os usuários e dependentes de drogas são destinatários de maiores atenções, ao menos em tese, e esta é uma tendência tendência internacional:

O relatório EMCCDA (European Monitoring for Drugs and Drug Addiction), de novembro de 2005, informa que a maioria dos membros da União Europeia instituíram inúmeras alternativas para adiar, evitar ou substituir a pena de prisão. No mesmo sentido é a recomendação do Conselho da EU (Plano de Ação de Drogas da União Européia de 2005-2008). No caso da produção e tráfico de drogas, como dito, a Lei optou pelo modelo proibicionista. A produção, entretanto, é excepcionada quando há um interesse medicinal ou científico²¹⁶.

Pois bem. Adotando esta perspectiva, a legislação brasileira previu no art.31 da Lei 11343/2006 a possibilidade de “produção, extração, fabricação, transformação, manutenção em depósito, importação, exportação, reexportação, venda, troca, cessão, oferecimento, transporte ou aquisição de drogas ou matéria-prima destinada à sua preparação”. Para tanto faz-se imprescindível a autorização prévia emitida pela autoridade

²¹⁴ A substituição das drogas mais “pesadas” por outras menos “nocivas” é o caso, ilustrativamente, da metadona, que passa a ser ministrada entre os usuários de cocaína e heroína, para que não estejam á mercê destas substâncias, que causam males maiores à saúde. As práticas de redução de danos podem consistir também na utilização de bebidas com menor teor alcoólico, ou até na destinação da direção dos veículos a um motorista que não tenha bebido, e até mesmo no uso de adesivos à base de nicotina na tentativa de libertar o fumante do vício. Ver ANDRADE, Tarcísio Mattos. Redução de Danos: Um novo Paradigma? In: **Drogas: Tempos, lugares e olhares sobre seu consumo**. Org. Alba Riva Brito de Almeida et.al. Salvador: CETAD/UFBA, 2004,p. 88-89

²¹⁵Ibidem. p.87-89.

²¹⁶ BIANCHINI, Alice., op.cit., p.37-38.

competente. O art.32, *caput* e seus parágrafos preveem que a constatação da ilicitude da plantação ensejará o recolhimento de amostras pela polícia para o exame pericial. Dentro em, no máximo, trinta dias, as drogas devem ser incineradas pela polícia judiciária competente, na presença do representante do Ministério Público. Este procedimento depende, entretanto, de prévia autorização judicial²¹⁷.

O art. 33 da Lei 11343/2006 é composto por uma série de verbos que indicam a traficância em suas diversas modalidades e visa à proteção da “saúde pública”²¹⁸. Trata-se de um crime de “perigo abstrato”, pois a mera ameaça de lesão já é apenada pelo legislador. Este ilícito, em verdade, passou a ser sancionado com todo rigor seguindo a tendência do Direito Penal do inimigo. Constitui crime de “ação múltipla”, porque mesmo que o agente pratique mais de uma ação contida no tipo, responderá por apenas um delito, evitando-se a ocorrência do *ne bis in idem*.

É o caso, por exemplo, do indivíduo que “fabrica, guarda e fornece” as drogas. Trata-se, de outra sorte, de uma norma penal em branco, porque para ser reputada como psicotrópica a substância deve ser enquadrada nos termos da Portaria SVS/MS344, de 12 de maio de 1998. Ademais se trata de crime comum em todas as suas modalidades típicas

²¹⁷ Cumpre acrescentar ainda que por meio da Resolução nº 1, de 25 de janeiro de 2010 do CONAD (Conselho Nacional de Políticas Sobre Drogas, antes conhecido como Conselho Nacional Antidrogas), regulamentou-se o uso religioso da Ayahuasca, com arrimo na liberdade religiosa, e na inviolabilidade de consciência e crença.

²¹⁸ Art.33 Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena:reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

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

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

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

§2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena- detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento para juntos a consumirem:

Pena- detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e pagamento de 700 (setecentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art.28.

§4º Nos delitos definidos no caput e no §1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terço, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

previstas, podendo ser praticado por qualquer pessoa exceto na forma “prescrever”, que exige do agente a profissão de médico ou dentista. Neste caso apenas constitui crime especial²¹⁹.

Contrariando a previsão da Lei 6368/76, a Lei 11343/2006 agravou as sanções previstas para os traficantes, elevando a pena mínima de três para cinco anos. Além disso, embora a norma preveja uma série de verbos, todos acabam redundando na mesma sanção. Inexistem tipos intermediários, capazes de estabelecer um *quantum* de pena proporcional ao ilícito cometido. Isto gera, portanto, uma premente injustiça, abrindo-se lastro ao sancionamento idêntico, por exemplo, do pequeno traficante varejista e do traficante de alto escalão. Vale transcrever a lição de Salo de Carvalho:

A análise dos verbos nucleares do art.33 da lei de Entorpecentes possibilita visualizar a significativa diferença entre as ações importar, exportar, remeter, produzir, fabricar, vender e expor à venda em relação às de adquirir, oferecer, preparar, fornecer gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar e entregar a consumo. Todavia, apesar da distinta lesão ao bem jurídico tutelado (saúde pública), a quantidade de pena imposta é idêntica : reclusão de 05 a 15 anos e pagamento de 500 a 1500 dias-multa. (...) Para que se possa dar a real dimensão do problema, necessário ter presente os consensos jurisprudenciais no que dizia respeito aos danos gerados pela punibilidade indiscriminada de condutas notadamente diferenciadas em termos de ofensividade social, mas que por opção político-criminal eram previstas conjuntamente no art.12 da lei 6368/76. Com a nova lei o problema persiste, agravado pelo aumento da resposta penal²²⁰.

Impende mencionar que o art. 33, §4º da lei em comento tem gerado debates no campo doutrinário e jurisprudencial. Isto porque, embora o tráfico ilícito de entorpecentes seja um ilícito distinto da integração às organizações criminosas, na prática é todo agente normalmente responde pelos dois delitos. Presume-se, equivocadamente, que todo traficante integra o crime organizado, todavia, muitos dos apenados por tráfico são indivíduos em situação de extrema pobreza, e acabam partindo para a ilicitude como meio de sustentar o vício, e/ou prover as necessidades individuais e familiares mais imediatas. As somas auferidas por eles, na prática, são irrisórias, e em muitos casos o comércio das drogas é varejista.

Configura-se, novamente, um hediondo paradoxo na aplicação da norma porque os velhos clientes do sistema penal acabam arcando com mais este ônus, sem que efetivamente deem causa a tal ilícito. A julgar, inclusive, por seu caráter “descartável” para a teia do tráfico, sequer podem ser considerados uma real “ameaça” à sociedade. O que teima

²¹⁹ BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas (Lei 11343/2006)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²²⁰ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil. A Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico de Dogmático da Lei 11343/2006**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.204-205

em prosperar, mais uma vez, é o preconceito explícito que lastreia o etiquetamento. É importante registrar que a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995 prevê a necessidade de lançar mão dos “meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”. Esta norma, todavia, não estabelece os elementos essenciais caracterizadores das organizações criminosas, nem as condutas que a constituiriam, limitando-se tão somente à equiparação com a associação de bando ou quadrilha.

Neste caso, estariam no mesmo patamar as quadrilhas que auferem vultosas somas, a exemplo das voltadas ao tráfico ilícito de entorpecentes, com as pequenas, que se ocupam de pequenos furtos. A edição da Lei nº10217, de 11 de abril de 2001 alterou a disciplina da matéria, inserindo a expressão “organizações ou associações de qualquer tipo”, mas, nem por isto cessaram as dúvidas e debates acerca da matéria. O legislador, nestes termos, manteve a postura omissiva ao não disciplinar o que deve ser entendido como organização criminosa. Aludindo ao “bando ou quadrilha” leva a entender que os atos praticados por estes indivíduos necessariamente mantêm relação com as organizações criminosas²²¹. Mister se faz trazer a lume os termos deste dispositivo:

Art.35 Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts.33, caput e §1º, e 34 desta Lei:

Pena- reclusão , de 3 (três a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos)a 1200 (mil e duzentos) dias-multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste artigo incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido art.36 desta Lei.

Luis Roberto Ungaretti Godoy esclarece que o crime de bando ou quadrilha é de concurso necessário de agentes, e todos estes estão imbuídos de um objetivo comum, qual seja, o de atuar de modo convergente para a prática de ilícitos. Trata-se, portanto, de um crime plurissubjetivo, com a associação estável dos agentes para a prática reiterada de delitos. Em seu entendimento, o legislador brasileiro quanto ao tráfico ilícito de entorpecentes reputou ser necessária a presença de duas pessoas para esta prática. O mero fato de existir a associação com fins escusos já materializa o delito, que ameaça a coletividade e o Estado e, por isso, integra o rol dos crimes de perigo abstrato²²².

A partir da década de 80 os modos de constituição das organizações criminosas passam a ser diferenciados, surgindo grupos menores e especializados em determinadas atividades. Estes novos grupos mantêm, no entanto, alguns aspectos do modelo “tradicional”,

²²¹ SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado : procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.p.38-39

²²² GODOY, Luis Roberto Ungaretti de.,op cit.,p.23-40

a exemplo do sancionamento dos integrantes “traidores”²²³. É o caso, por exemplo, dos horrores perpetrados pelo “tribunal do poder paralelo”, que apenas muitas vezes com crueldade os “delatores” da atividade criminosa, ou que não cumprem suas funções conforme o esperado. As organizações criminosas passam a se diversificar, portanto, em categorias distintas, ora limitando sua atuação a determinadas regiões, ora atuando a nível transnacional, como é o caso das máfias italianas. Em alguns casos, em que pese os indivíduos não pertençam a estes grupos transgressores são rotulados como tal, como ocorre com os moradores das periferias dos grandes centros urbanos. Isto porque atendem ao “tipo criminalóide”, e acabam sendo etiquetados arbitrariamente. Esta realidade pode ser ilustrada da seguinte maneira:

Observe-se a diferenciação entre a situação da criminalidade organizada observada nas favelas do Rio de Janeiro e de São Paulo: o morador da favela sente-se alijado, discriminado pela população metropolitana, recebendo a denominação de “Favelado”. Os contatos que o morador da favela tem com a polícia acontecem sempre nas “batidas policiais” – as quais atingem a população como um todo, sem distinção entre honesto/criminoso, ocasionando sentimento de revolta em ambos e fazendo com que se unam – quando o honesto até busca a “proteção dos criminosos”, ou quando menos aqueles sempre silenciam em relação a estes, impedindo ou dificultando o trabalho de investigação da polícia. Em alguns casos de alto grau de desenvolvimento das organizações criminosas, estas acabam por substituir a atuação que seria peculiar da Justiça e da Polícia. Atuam como verdadeiros defensores dos pobres e oprimidos pela Polícia e com eles dividem um pouco do produto do crime. Propagandeam a repulsa à Polícia e vivem próximos das pessoas, nas quais pretendem embutir raiva dos organismos estatais. Entretanto, importa considerar que o Estado ainda tem mais força – e força suficiente para combater qualquer tipo de estrutura criminosamente organizada. Quanto mais a sua atuação e grandiosidade, tanto maior poderá ser a do Estado. Daí decorre o raciocínio do combate no esquema de “Força-tarefa”²²⁴.

Este é o retrato fiel do que houve num passado recente, com a ofensiva do BOPE (Batalhão de Operações Policiais Especiais) nas favelas cariocas e em outras cidades brasileiras a exemplo de Salvador, na tentativa de expurgar os “criminosos”, eliminando a sua ingerência nos morros. Patrocinando-se a suposta aproximação entre as comunidades e o Estado as UPP (Unidades de Polícia Pacificadora) foram instituídas e através da promoção de certas políticas nos bairros historicamente marginalizados pretendia-se inaugurar uma nova era na vida destes moradores. Com algumas medidas desastrosas, a começar pela fuga de diversos criminosos para outras localidades na ocupação do Morro do Alemão, regadas a

²²³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado : Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.p.47-48

²²⁴ Ibidem.p.48-49

balas perdidas, o projeto governamental emite os primeiros sinais de que a estratégia não foi adequada. Não houve contenção da criminalidade, nem cessaram as disputas pelas bocas de fumo, nem o tráfico de armas (geralmente de uso exclusivo da polícia) e de drogas, e a própria polícia admite a existência de “focos de resistência”.²²⁵ Isto apenas denuncia, novamente, que as ofensivas armadas e calcadas na truculência não são o melhor mecanismo na contenção do tráfico de drogas e da criminalidade em geral.

Como forma de ilustrar a indevida associação entre os delitos de tráfico de drogas e a participação em organizações criminosas, seguindo a tendência da rotulação do “favelado” com “tipo criminalóide” do traficante e integrante de organização criminosa, traz-se à colação a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Habeas Corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Lei 6368/1976. Condenação. 3. Pedidos: a) exclusão da majorante do concurso eventual de agentes; b) aplicação da minorante do art.33, §4º, da Lei 11343/2006; c) substituição da pena; e d) fixação de regime inicial diverso do fechado. 4. Concessão parcial da ordem pelo STJ. Juízo de origem que não admitiu a aplicação do §4º do art.33 da Lei 11343/2006, ao fundamento de ser vedada a combinação de normas. 5. Com o julgamento do RE 596.152/SP, o Plenário do STF assentou a possibilidade da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no §4º do art.33 da Lei 11343/2006 na pena imposta pelo crime do art.12 da lei 6368/1976 e determinar ao Juízo de origem que analise se o paciente preenche os requisitos legais da minorante. E, após a fixação da pena, analise a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.²²⁶

Na hipótese em tela, o paciente havia sido denunciado pelo delito tipificado no art. 12, caput, combinado com os art.s 14 e 18 da Lei 6368/1976, quais sejam, tráfico ilícito de entorpecentes e associação para o tráfico de entorpecentes, com a incidência da majorante pelo concurso eventual. A quantidade de droga apreendida foi de 442,689 quilos, e o agente foi absolvido nos termos do art. 386, VI do Código de Processo Penal. Insurgindo-se contra a decisão, o Ministério Público Federal interpôs apelação para o Tribunal Regional Federal da 3º Região, que proveu o recurso parcialmente. O paciente foi condenado às penas de 7 anos e 6 meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e a 120 dias-multa pelo ilícito previsto nos arts.12 e 18, I e III da Lei 6368/76, tráfico ilícito de entorpecentes internacional e concurso de agentes. O patrono do réu impetrou habeas corpus dirigido ao STJ, postulando o

²²⁵ RIO, Marco Antônio Martins. Instalação de UPP não inibe atuação do tráfico na Mangueira: Morte de pessoas ligadas a traficantes fez comércio fechar as portas por dois dias. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 6 mar. 2013. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/95262-instalacao-de-upp-nao-inibe-atuacao-do-trafico-na-mangueira.shtml>>. Acesso em: 6 mar. 2013

²²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº113254. Paciente: Alberto Francisco Donatti. Impetrante: Antônio Roberto Sanches. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em : < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3168458>>. Acesso em: 4 mar.2013

afastamento da condenação atinente ao art.18 supramencionado, por força da revogação da lei em tela pela incidência da Lei 11343/2006. Ademais, pugnou pela aplicação retroativa do art.33, §4º da Lei 11343/2006, e pela substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos.

O STJ concedeu provimento parcial à ordem, reconhecendo o trânsito em julgado da sentença, substituindo o habeas corpus pela revisão criminal, haja vista a prescindibilidade de discussão quanto ao arcabouço probatório, bem como a ilegalidade manifesta. O Tribunal ad quem reconheceu ainda a *abolitio criminis* no que concerne ao inciso III do art.18 da obsoleta lei 6368/76. Quanto à aplicação retroativa do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, julgou ser necessária a avaliação casuística no sentido de identificar a interpretação mais benéfica para o condenado. Assim, discutia-se se seria mais vantajoso aplicar as penalidades da lei antiga, com as penas mínimas mais brandas, ou a lei posterior, que prevê uma causa de diminuição de pena. Entendendo que o crime ocorreu anteriormente à vigência da lei 11343/2006, o STJ vedou a possibilidade de aplicar um regime inicialmente mais gravoso, despido da avaliação do juízo quanto aos critérios instituídos pelo art. 33 desta lei. Ademais, afastou a incidência do art.18, III da lei 6368/76, determinando-se ao juízo *ad quo* a avaliação da possibilidade de aplicação da pena restritiva de direitos.

Cabe esclarecer que originalmente, o §4 do art33 da lei em comento proibia a substituição da pena privativa de liberdade por outra restritiva de direitos. Diante do reconhecimento da inconstitucionalidade desta vedação pelo STF, por reputá-lo incompatível com a individualização da pena,houve um certo avanço na matéria. Os traficantes podem ser beneficiados com a substituição da pena privativa de liberdade por prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, restrição de fim de semana ou interdição temporária de direitos. O art.40, *caput*, I a VII da Lei 11343/2006, por sua vez, prevê as causas de aumento para os delitos tipificados nos arts.33 a 37 do mesmo diploma, elevando-as de um sexto a dois terços. Senão vejamos:

Art.40 As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços se:

- I- A natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito;
- II- O agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância;
- III- A infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões, de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes

de drogas ou reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

IV- O crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva;

V- Caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

VI- Sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação.

VII- O agente financiar ou custear a prática do crime.

O dispositivo supracitado elenca, portanto, algumas hipóteses que dão azo à aplicação de circunstâncias agravantes. No inciso I o legislador prevê a incidência da majorante nas hipóteses em que o ilícito é cometido com repercussões para além da fronteira nacional, que apresentam afetação de maior monta pelo potencial ofensivo que apresentam á sociedade. Nestes casos, o número de eventuais ofendidos é indeterminado, e refoge ao âmbito nacional. Trata-se, pois, nos termos do art. 109, V da Constituição Federal de 88, de um crime de competência da Justiça Federal, previsão que é repetida pelo art.70 da Lei 11343/2006. Escapam a esta alçada os delitos tipificados nos artigos 28, 38 e 39 da lei em apreço.

No tocante ao inciso II do artigo supracitado calha ressaltar, primordialmente, o conceito de funcionário público estabelecido pelo art.327 do Código Penal de 1940. Para fins penais considera-se como tal o indivíduo que exerça “cargo, emprego ou função pública ainda que transitoriamente e sem remuneração”. José dos Santos Carvalho Filho ensina que os servidores públicos estatutários, como o nome sugere, são regidos pelos estatutos, onde estão dispostas as regras jurídicas balizadoras das relações de trabalho. Estes servidores são normalmente designados de funcionários públicos, expressão que ainda é de uso corrente, embora tenha sido afastada pela Constituição.

Os mesmos podem integrar os quadros da “pessoa federativa” como as de suas “autarquias” e “fundações autárquicas”. De outro lado, os servidores públicos trabalhistas são regidos pela CLT (Consolidação das Leis do Trabalho), aplicando-lhes as mesmas regras das relações laborais privadas, exceto pelo fato do “patrão” estar incorporado na figura do ente estatal. Os servidores públicos temporários, por sua vez, integram a esfera dos servidores públicos, admitindo-se a sua contratação por prazo determinado, consoante o art.37, IX, da CF88²²⁷.

²²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.646.

Portanto, neste contexto se enquadram desde os funcionários das autarquias, até os exercentes de mandato eletivo, ou mesários de eleições entre outros. Todos eles são funcionários públicos para efeitos penais. Na tentativa de coibir as possíveis investidas destes indivíduos, que estão a serviço do Estado e têm acesso muitas vezes a informações privilegiadas, quis o legislador desestimulá-los à prática de ilícitos desta natureza. De outro lado, os educadores, os detentores do pátrio poder²²⁸, em razão de sua responsabilidade pela formação de indivíduos menores, são apenados com maior rigor. O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), seguindo a intelecção da Carta Magna, prima pela proteção integral à criança e ao adolescente.

Neste sentido, coíbe os atos atentatórios à dignidade humana, à vida, à saúde, e que venham a comprometer a sua formação moral, apenando a discriminação, exploração, crueldade e zelando pela preservação dos direitos fundamentais dos destinatários de suas normas. Em sentido similar, os responsáveis pelos serviços de vigilância, ante a função que ocupam, também são apenados com maior rigor. E o mesmo vale para os artífices destes delitos a nível transnacional, pela afetação de maiores proporções. Em outras palavras, o dispositivo indica a preocupação do legislador em desestimular a traficância, ainda mais nos casos elencados, que sujeitam o autor a penas mais graves.

O art.42 da Lei 11343/ 2006, por sua vez, prevê a necessidade do juiz levar em consideração a “natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”, que deverão prevalecer sobre o disposto em sede do art.59 do CP²²⁹. A dosimetria da pena deve ser estabelecida, nos termos do art.68 do Código Penal de

²²⁸ Art.21 O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

Art.22 Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Art.33 A guarda obriga à prestação de assistência moral e educacional á criança ou adolescente, conferindo ao seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive os pais.

§1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, para atender às situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados. Ver BRASIL. Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 set.1990.

²²⁹ Art.59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, bem como ao comportamento da vítima estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

- I- as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II- a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III- O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade.
- IV- A substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

1940, em conformidade com o que preceitua o sistema trifásico de aplicação das penas. Primordialmente será fixada a pena-base, levando em consideração o disposto em sede do art.59 do CP. De início, caberá ao julgador avaliar a culpabilidade²³⁰ do agente, que indicará a diretriz a ser seguida ante a avaliação da “censurabilidade da conduta”. A partir disto determina-se a quantidade de pena a ser aplicada²³¹. Caberá ao aplicador do direito avaliar as circunstâncias atenuantes e agravantes, e por fim as causas de aumento e diminuição da pena. Sobre o tema vale destacar esta lição:

As circunstâncias judiciais não podem diminuir a pena abaixo do mínimo legal e nem elevá-la acima do máximo legal. O Juiz deverá fundamentar a sua decisão e dizer o porquê de a pena ter sido fixada naquele patamar, sob pena de nulidade da sentença. Se a circunstância judicial já for autonomamente uma causa de aumento ou diminuição da pena, bem como agravante ou atenuante genérica, não poderá ser levada em consideração quando da fixação da pena-base. Será apreciada na segunda ou terceira fase da fixação da pena, dependendo de sua natureza jurídica, observado o critério trifásico do artigo 68 do Código Penal. (...) Assim, fixada a pena-base, o Juiz fará incidir sobre ela eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas (arts. 61, 62, 65 e 66 do CP); sobre o montante da reprimenda já dosada incidirão, ainda, as causas de aumento e de diminuição de pena porventura existentes na parte geral e especial do Código Penal, bem como as previstas na legislação especial.²³²

Vale registrar que a Lei 11343/2006 revogou as Leis 6368/76 e 10409/02, instituindo uma nova perspectiva no tratamento penal do tráfico ilícito de entorpecentes. O legislador não fez qualquer alusão à possibilidade de concessão de sursis e à aplicação de medidas alternativas, em que pese, cotejando-a com a Lei 8072/90 reste clara a permanência da vedação à fiança, que independe da liberdade provisória, desde que inexistam requisitos à

c.f.BRASIL. Decreto-lei nº2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 dez.1940.

²³⁰ A propósito do tema, Anabela Miranda esclarece que o conceito de “culpa” não é pacífico, mas, tem por objetivo avaliar as “virtualidades” que relevam à sua medida. Todos os conceitos adotados pela doutrina, todavia, convergem para a sinalização do juízo de culpa ampliado a partir da avaliação da personalidade do agente ou ao caráter do autor do fato. A culpa seria esvaziada de suportes empíricos referidos ao autor ou ao conteúdo do ilícito, encerrando a mera exigência de imputação formal. Cada indivíduo deve responder pelo fato criminoso em virtude das exigências normativas, que não têm a ver com o autor do delito, mas, com a efetiva necessidade coletiva de punição. Para a autora, é perfeitamente possível defender a existência da noção de “culpa social”, tendo por pressuposto a liberdade da pessoa, pautando-se no dever de “agir conforme o direito”. Para que haja culpa, obrigatoriamente, deve haver liberdade. A culpa é comandada por critérios pessoais-objetivos correspondentes às demandas de conformidade com as regras sociais. A mesma se liga ao seu substrato pessoal através da referência à pessoa ou à personalidade do agente. Trata-se, pois, do (des)valor da personalidade jurídico-penalmente conformada que configura a censura pessoal que deve ser feita, instiundo-se assim o critério de medida da pena. Como elemento do crime, é um conceito graduável, com virtualidades para conferir a medida da pena. A culpa sempre tem como referência o ilícito cometido, fixando-se a dosimetria de acordo com a gravidade do ataque ao bem jurídico protegido. Ver RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da pena privativa de Liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

²³¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.p.91

²³² SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Atlas, 2011.p.108-109.

decretação da prisão preventiva. Originalmente, com a entrada em vigor da Lei dos Crimes Hediondos, entendia-se que as condutas tipificadas nos arts.12, 13 e 14 da Lei 6368/76, correspondentes, respectivamente, aos delitos previstos nos arts. 33, 34 e 35 da atual Lei de Drogas eram equiparados a hediondos. Aos poucos houve a reforma deste entendimento, especialmente quando o Supremo Tribunal Federal passou a enquadrar nesta categoria apenas os crimes no art.33 da Lei de Drogas vigente.²³³

Sobre a matéria, Salo de Carvalho pondera que tendo em vista a previsão contida no art.5º, LXIII da CF88, equiparando o tráfico de entorpecentes a crimes hediondos, restaram proibidas a fiança, a graça e a anistia. O art.33 da Lei de Drogas prevê uma série de condutas que materializariam este delito, no entanto, a norma carece de requisitos capazes de indicar a finalidade de agir, enquadrando-as no rol das ações que têm finalidade comercial. Isto dificulta, portanto, a distinção entre os ilícitos que devem ser enquadrados na previsão do art.28 ou no art.33 da Lei supracitada. Este é um dado relevante porque, conforme o caso, o indivíduo poderá ser submetido a uma sanção mais branda. Ausente este cunho mercadológico na conduta associada às drogas tal delito não poderá ser enquadrado como tráfico²³⁴.

Com a entrada em vigor da Lei 11464/2007, o art.2º da Lei 8072/90 foi alterado, permitindo-se a liberdade provisória nos crimes hediondos, em que pese a nova disposição não fosse originalmente aplicável ao tráfico ilícito de entorpecentes. De início, avaliando os pleitos que chegavam à sua apreciação, o STJ já havia se pronunciado acerca do tema, entendendo não ser cabível a liberdade provisória nestes casos, do mesmo modo que o STF afastava o cabimento de tal benefício nas hipóteses de prisão em flagrante. Isto decorreria da teleologia do art.44 da Lei de Drogas, conjugada com o art.310 do CPP, e a Lei dos Crimes Hediondos, alterada pela Lei 11464/2007. Posteriormente, reformando seu posicionamento, a Suprema Corte decidiu, por maioria de votos, a inconstitucionalidade desta vedação. Reputou, assim, que o art.44 da Lei de Drogas feriria de morte a presunção da inocência e o devido processo legal, garantias asseguradas na Constituição Federal de 88²³⁵. Restou cabível, portanto, a liberdade provisória também nos casos de tráfico de entorpecentes²³⁶.

²³³ GRECO FILHO, Vicente.op.cit.p.244

²³⁴ CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico de Dogmático da Lei 11343/2006**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.230-236

²³⁵ EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 44 DA LEI 11.343/2006: IMPOSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e

De acordo com Francis Rafael Beck, malgrado a Lei dos Crimes Hediondos não impeça a concessão dos *sursis*, a doutrina diverge quanto à sua aplicação. Isto porque o cumprimento da pena em regime fechado destoaria da suspensão condicional da pena, e por outro lado, o sistema jurídico não chancelaria as proibições “subliminares”. A ausência de proibição expressa da Lei dos Crimes Hediondos, seguindo a regra geral, implicaria em uma faculdade, e sendo assim, não seria possível afastar o benefício²³⁷. Consoante se infere dos termos do informativo nº639, o STF entendeu por maioria de votos não ser cabível a concessão desse benefício para o condenado por tráfico de drogas.

Ao apreciar o julgamento do Habeas Corpus nº101919, a 1ª Turma da Suprema Corte entendeu que a proibição existente no art.44 da Lei 11343/2006 é compatível com a Constituição. Com este entendimento abriu-se margem à coadunação de premente injustiça, permitindo-se aplicação das penas alternativas aos condenados por tráfico com pena de 4 anos, e vedando o mesmo benefício aos condenados à pena de dois anos, hipótese em que

complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. Logo, a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinqüente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Implicando essa ponderação em concreto a opção jurídico-positiva pela prevalência do razoável sobre o racional; ditada pelo permanente esforço do julgador para conciliar segurança jurídica e justiça material. 2. No momento sentencial da dosimetria da pena, o juiz sentenciante se movimenta com ineliminável discricionariedade entre aplicar a pena de privação ou de restrição da liberdade do condenado e uma outra que já não tenha por objeto esse bem jurídico maior da liberdade física do sentenciado. Pelo que é vedado subtrair da instância julgadora a possibilidade de se movimentar com certa discricionariedade nos quadrantes da alternatividade sancionatória. 3. As penas restritivas de direitos são, em essência, uma alternativa aos efeitos certamente traumáticos, estigmatizantes e onerosos do cárcere. Não é à toa que todas elas são comumente chamadas de penas alternativas, pois essa é mesmo a sua natureza: constituir-se num substitutivo ao encarceramento e suas seqüelas. E o fato é que a pena privativa de liberdade corporal não é a única a cumprir a função retributivo-ressocializadora ou restritivo-preventiva da sanção penal. As demais penas também são vocacionadas para esse geminado papel da retribuição-prevenção-ressocialização, e ninguém melhor do que o juiz natural da causa para saber, no caso concreto, qual o tipo alternativo de reprimenda é suficiente para castigar e, ao mesmo tempo, recuperar socialmente o apenado, prevenindo comportamentos do gênero. 4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão-somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito *ex nunc*, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convalidação em causa, na concreta situação do paciente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Penal. Habeas Corpus nº 97256 / RS. Paciente: Alexandre Mariano da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Ayres Britto. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28anistia+gra%E7a+tr%E1fico+drogas%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c8momzt>>. Acesso em: 8 mar. 2013.

²³⁶ SILVA, César Dario Mariano. Op.cit.p.111

²³⁷ BECK, Francis Rafael. Op.cit p.159-160

caberia os sursis. Isto põe em xeque, em outros termos, a segurança jurídica e o ideal de justiça que deve permear as decisões.

Quanto à anistia, graça e indulto a Lei 11343/2006 manteve a disciplina da Lei dos Crimes Hediondos, que os proíbe expressamente no art.2º, I. A doutrina diverge quanto à inclusão ou não do indulto no âmbito das restrições porque a Constituição é silente quanto ao tema. Para a primeira vertente o referido dispositivo seria inconstitucional por ir além do previsto pelo constituinte. Por outro prisma, os defensores do cabimento da vedação aduzem que isto seria legítimo ao se aplicar a interpretação lógico-sistemática, entendendo-se o indulto como uma espécie de “graça coletiva”. O entendimento jurisprudencial há muito foi cristalizado reconhecendo a constitucionalidade desta vedação pela Lei 8072/90, e ainda que a matéria viesse a ser alterada por lei posterior, não seria aplicável aos crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes.

De acordo com o art.2º, §1º da Lei 8072/90, o apenado por tráfico de drogas regime inicial do cumprimento de pena deveria ser fechado. Para obter o benefício da progressão de regime, deveria cumprir dois quintos da pena, se fosse réu primário, e três quintos para o caso dos reincidentes, e além disso, seria inarredável o bom comportamento atestado pelo diretor da unidade prisional. O STF declarou a inconstitucionalidade deste dispositivo, porque prejudicaria a individualização da pena e a ressocialização do preso ao estar condenado ao isolamento. Assim, tal dispositivo restou alterado pela Lei 11464/2007, que impôs o regime de pena inicialmente fechado, não mais “integralmente fechado” como previa a Lei dos Crimes Hediondos.

Assim, para os crimes cometidos anteriormente à sua edição, admitiu-se a progressão do regime após o cumprimento de 1/6 da pena, nos termos do art.112 da Lei de Execuções Penais (LEP) e da Súmula 471 do STJ. Nos termos do art.33, §2º do Código Penal inexistia indicação de cumprimento de regime inicialmente fechado. Para os crimes cometidos após a entrada em vigor desta lei, admite-se a progressão do regime após cumprimento de 2/5 da pena se primário, e de 3/5 se reincidente. A norma impõe ainda a fixação do regime inicialmente fechado, tornando a disciplina mais gravosa por esta perspectiva.

Passou-se a admitir, portanto, a progressão de regime e o sancionamento do réu que responde por tráfico com penas abaixo do mínimo legal. Estas alterações já representam um certo avanço na matéria, no entanto, ante a pecha da inclinação garantista e do etiquetamento dos mais vulneráveis, a consecução de um Direito efetivamente justo ainda permanece relegada ao porvir. Para que melhor se compreenda o quanto afirmado é preciso trazer a lume a problemática no pequeno traficante, que será pormenorizada adiante.

4. O PEQUENO TRAFICANTE À LUZ DO PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE: ELEMENTOS PARA A EXCULPAÇÃO

4.1. DICOTOMIA TRAFICANTE X USUÁRIO DE DROGAS COMO REFLEXO DA IDEOLOGIA DE COMBATE AO “INIMIGO” DO ESTADO

Karl Popper adverte que é ingênuo aventar a possibilidade de se erigir uma ciência de modo objetivo, sem a impregnação por certos condicionantes. O conhecimento científico produz, ao revés, verdades ou ciências direcionadas ao público-alvo que visa a atingir, constituindo-se a “ciência proletária” e a “ciência burguesa”. Os partidarismos científicos são tão hodiernos como os adotados pelas pessoas leigas, pois, o investigador está sempre tendente a privilegiar as suas idéias mais diletas de modo “parcial e unilateral”. A “objetividade” científica surge das críticas recíprocas entre os investigadores, o que mantém relação com a conjuntura social e política em que emergem. A relevância deste saber está alijada na diferenciação, e não eliminação, dos “interesses extra-científicos”, separando-se os que não fazem parte da “pesquisa para a verdade” do “puro interesse científico na verdade”. A ciência pura, em outros termos, é uma meta inatingível, porém, é preciso exercitar a crítica constante como forma de aproximação deste ideal tão caro. Despir o cientista do seu subjetivismo seria o mesmo que suprimir a sua condição humana e profissional²³⁸.

Paul K. Feyerabend reputa como impossível alçar as verdades científicas ao status de dogmas, imunes a eventuais questionamentos e às regulares transgressões. A ciência, diferentemente, avaliaria “fatos ideacionais”, efetuando uma simplificação ao eleger um objeto para a pesquisa, que será investido de uma lógica própria, “uniformizadora” de suas ações, e que “congelaria” o processo histórico. Por isto o autor sugere a adoção do método de pesquisa “anárquico”, na tentativa de afastar estes condicionamentos científicos, o que

²³⁸ POPPER, Karl Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. 3.ed.Trad. Estêvão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.p.22-25

facilitaria o seu livre desenvolvimento. Este ideal poderia ser atingido, a seu ver, com o método indutivo e dedutivo das ciências exatas.²³⁹

Paul Ricoeur, por seu turno, aduz que a consciência de validade de um método está associada justamente à certeza de suas limitações, inexistindo hierarquia entre o conhecimento do senso-comum (“pensamento selvagem”) e o científico. As conjecturas deste recaem sobre fatos que, por vezes, passam despercebidos ou são desconhecidos pelo leigo. A própria descrição das coisas que estão no mundo, ainda que certos aspectos apresentem natureza objetiva, sempre trará consigo o subjetivismo daquele que as observa²⁴⁰. É falaciosa, portanto, a afirmativa da neutralidade científica, já que há entre o pesquisador e objeto da pesquisa uma inter-relação: a obra é reflexo das aspirações de seu autor. Sobre isto Jean Paul Sartre esclarece:

(...) a obra como objetivação da pessoa é, com efeito, mais complexa, mais total do que a vida. É certo que a obra se enraíza nela, que a ilumina, mas só encontra sua explicação total em si mesma. (...) a obra, torna-se hipótese e método de pesquisa para esclarecer a biografia: ela interroga e retém episódios concretos como respostas às suas questões. Mas estas respostas não dão conta de tudo; ela são insuficientes e limitadas na medida em que a objetivação na arte é irredutível à objetivação nas condutas cotidianas; há um hiato entre a obra e a vida.²⁴¹

Sobre a matéria, as afirmações de Gilles Deleuze²⁴² vão mais além porque, para ele, os acontecimentos ou coisas são guarnecidos de um duplo sentido determinável, e simultaneamente, por um paradoxo que une passado e futuro, e é a essência do “devir”. A ciência, por conseguinte, é um eterno vir a ser, que espelha de algum modo as teorias anteriores, e ao mesmo tempo encerra uma preocupação prospectiva. Neste processo é possível que as descobertas posteriores desestabilizem as certezas de outrora, o que implicará na revisão ou substituição destas, e este exercício se opera indefinidamente. A limitação doravante alinhada, bem como a sua profunda impregnação pelo subjetivismo do cientista e pelos condicionantes de ordem externa também estão presentes no Direito, particularmente em matéria penal.

É flagrante a conspurcação jurídica pelo discurso classista, que visa a salvaguardar o *status quo* do grupo dominante com a sujeição dos dominados à incidência

²³⁹ FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. Trad. Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.

²⁴⁰ RICOEUR, Paul. **O Conflito das Interpretações : ensaios de hermenêutica**. Rio de Janeiro: Imago, 1978. p.35-40

²⁴¹ SARTRE, Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo; A imaginação; Questão de método**. Cap.III O Método Progressivo-Regressivo. Tradução Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte e Bento Prado Júnior.3.ed.São Paulo: Nova Cultural,1987. p.174

²⁴² DELEUZE, Gilles. **Lógica do sentido**. Tradução Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Perspectiva, 1974.

normativa, coadunando-se a seletividade penal. Este legado, no entanto, não é recente, pois desde o nascedouro do Estado, nota-se o claro atendimento das expectativas da classe hegemônica em detrimento da maioria, hodiernamente pouco esclarecida. Seguindo esta tendência da parcialidade científica, o sistema penal é seletivo, ou seja, historicamente sanciona a sua eterna “clientela”, vulnerável socioeconomicamente. Diversos fatores favorecem a manutenção desta conjuntura, a começar pela concentração dos poderes nas mãos de indivíduos mais abastados, que esquematizam o modelo punitivo para favorecer seus próprios interesses.

Neste compasso, as cifras ocultas da criminalidade, que são os crimes não levados a conhecimento das instâncias formais de controle, geram uma distorção das estatísticas. Sob o império deste “obscurantismo” quedam ineficazes as investidas para resolver o problema da criminalidade já que sequer é possível ter acesso à exata dimensão do problema. Por outro lado, os crimes de colarinho branco, que coadunam as “cifras douradas” historicamente convergem para a impunidade, e tudo conspira para o descrédito na “justiça”, cuja face é claramente tendenciosa. Nesta toada vale destacar esta lição:

(...) o combate às drogas serve de “bode expiatório”, encobrendo as origens mais prováveis das mazelas sociais que afligem as mais diversas populações, possibilitando uma política de manutenção de interesses elitistas, influenciando a formação de opinião sobre o assunto e impedindo que o uso de psicoativos ilícitos seja corretamente dimensionado e compreendido por grande parte, quiçá, a maioria da população. Destarte, aqueles que consomem psicoativos ilícitos, incluindo os que não o fazem de forma abusiva, são perseguidos pelas organizações encarregadas de coibir o uso e rotulados de toxicômanos pela maioria dos órgãos que elaboram as estratégias para lidar com o assunto²⁴³.

Gérson Pereira dos Santos refere que o delito afeta todas as sociedades, pois o comportamento desviante está associado à ruptura dos valores socialmente consagrados, devendo ser concebido como uma adaptação e não como conflito cultural. O maior ou menor índice de criminalidade não mantém relação com o grau de “evolução” da sociedade. Considerando-se como “cultura” as idéias e crenças de um povo, e as “subculturas” como as “minorias historicamente marginalizadas de classe inferior” tem-se que estas se sujeitam ao pré-conceitos, que inviabilizam ou dificultam a sua integração com o restante da sociedade. O referido autor define a subcultura deste modo:

²⁴³ ALVES, Wagner Coutinho. Fogo na Babilônia: Ganja, Reggae e rastas em Salvador. In: **As Drogas na Contemporaneidade: perspectivas clínicas e culturais**. Org. Antonio Nery Filho et. al. Salvador: EDUFBA, 2012.p.53-54.

O termo *subcultura* passou a ter outras implicações, mas, referindo principalmente à existência de juízos de valor, ou sistema de valores, em que os valores da subcultura se isolam e impedem uma total integração e, não infrequentemente, causam conflitos, mais ou menos intensos, a depender do grau de integração recíproca. A subcultura relacionada às drogas inclui a interação de, no mínimo, um grupo de pessoas com problemas de ajuste, como ocorre entre os jovens que frequentam a *street-corner society*, sociedade de esquina, ponto de partida da estrada do vício²⁴⁴.

Antônio Henrique Graciano Suxberger menciona que a utilização da expressão “controle social” remonta do século XIX, tendo sido primordialmente utilizada nos EUA. Em razão da grande leva de imigrantes europeus, a força de trabalho no período da Revolução Industrial, ante as barreiras culturais implantou-se um modo de organização que viabilizasse a coexistência pacífica com estes indivíduos. Assim, o controle foi assumido originalmente pela sociedade, inculcando-se nos estrangeiros a necessidade de internalização destas normas. Com isto a Escola de Chicago desponta como um dos principais expoentes desta vertente da sociologia do controle social.²⁴⁵ Wagner Cinelli de Paula Freitas destaca a relevância do aumento da densidade demográfica neste processo. Houve a redução das taxas de mortalidade e a elevação do fluxo migratório dos campos para as cidades, e estes foram fatores determinantes para a alteração do cenário urbano. Os grupos de “migrantes e imigrantes” passam a viver em moradias com condições precárias, e ao mesmo tempo tinham de conviver com a poluição e degradação ambiental dos grandes centros urbanos provocadas pela industrialização²⁴⁶.

Ao lado disto, as epidemias de cólera assolavam a sociedade, especialmente os mais pobres, leia-se imigrantes, que para sobreviver passam a se alojar em guetos, “conglomerados de pessoas pertencentes à mesma nacionalidade, grupo étnico ou cultural”. Esta associação também era uma “estratégia” para ir de encontro às barreiras da diversidade de idiomas e culturas, e calhava como estratégia à contenção do processo de “aculturação”. Nos guetos os estigmatizados congregam forças para neutralizar a persecução real ou simbólica do grupo opressor. Isto porque, por constituírem uma mão-de-obra mais barata, os imigrantes europeus foram hostilizados pelos nativos, que imputavam aos primeiros a responsabilidade pelo desemprego. Ao mesmo tempo, diferentemente das relações próximas ora mantidas no campo, com a superlotação do espaço urbano, verifica-se um afastamento

²⁴⁴ SANTOS, Gerson Pereira dos. ,op.cit.,p. 140

²⁴⁵ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A inserção do Controle Social nas Escolas Criminológicas. In: Ciências Penais. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, ano3,n.5, jul-dez 2006,p.214-216

²⁴⁶ FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. **Espaço Urbano e Criminalidade: Lições da Escola de Chicago**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.p.21-27

crecente nas relações interpessoais. De um lado um sem número de “estranhos visualmente conhecidos”, e de outro a ingerência do tempo, valioso demais para ser “desperdiçado”²⁴⁷.

A Escola de Chicago, diante dos problemas sociais como as altas taxas de criminalidade, alcoolismo, prostituição e corrupção, adota o pragmatismo filosófico e a observação dos fatos sociais, voltando suas atenções aos “problemas sociais” vigentes. Por meio destas técnicas supunha-se a maior possibilidade de se chegar a um diagnóstico das mazelas sociais norte-americanas. A partir da observação dos grandes centros urbanos, da criminalidade e da industrialização, buscava estabelecer relações entre estes elementos. Surge então a teoria ecológica, que explicava a delinquência como um produto da vida urbana. Haveria a constituição de núcleos “periféricos”, onde imperaria a falência dos valores familiares e tradicionais e a superpopulação, supondo-se que destas zonas, pelas condições precárias de vida e dificuldade de controle social, brotaria a criminalidade.²⁴⁸

Dentre as teorias das “subculturas delinquentes”, vale destacar a teoria do rótulo ou etiquetagem (*labeling theory*), que entende o delito como um processo social, e os artífices do crime seriam estigmatizados a partir do “status social desviante”. Através dos estudos desenvolvidos pôs-se em xeque as finalidades preventivas e reeducativas das penas. Isto porque, segundo refere Alessandro Baratta, o encarceramento dos indivíduos apenas favoreceria a “consolidação da identidade desviante do condenado”²⁴⁹. Dentre os principais aspectos para os quais esta teoria chama a atenção destacam-se a associação entre o comportamento humano, e a sua interação com o meio onde vive. Isto repercute, portanto, na eventual opção pelas condutas desviantes.

De outro lado, o delito só é encarado como tal após a definição dos processos sociais, e nesta conjuntura alguns indivíduos são rotulados como delinquentes. O exercício do controle social implica na fixação de certos aspectos “seletivos e discriminatórios”, levando-se em consideração os “status” sociais a que pertencem as pessoas. Desta feita, o “processo de criminalização” vincula-se à flagrante constatação de que certos indivíduos estão muito mais propensos ao risco da “etiquetagem” do que outros, a depender da posição social apresentada²⁵⁰. Se por um lado deve-se destacar a relevância destas escolas pelas reflexões quanto à influência do meio urbano na criminalidade, por outro a “etiologia” criminal resta prejudica quando a avaliação ocorre em outros núcleos diversos das referidas zonas.

²⁴⁷ Ibidem.p.28-38

²⁴⁸ MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luís Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 , lei dos Juizados Especiais Criminais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.344-345.

²⁴⁹ BARATTA, Alessandro.,op.cit. ,p.90-91

²⁵⁰ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luis Flávio.,op cit. , p.386-387

Paulatinamente as teorias criminológicas passaram a tentar explicar os delitos a partir da avaliação da sociedade como um todo, juntamente com outros métodos plurais, que interferem na concretização dos delitos.²⁵¹.

Antonio Nery Filho e Marcos Luciano Messeder, esclarecem que o conceito de exclusão adquiriu na contemporaneidade uma envergadura tão larga quanto imprecisa, e em outros casos, deveras restritiva. É o caso dos portadores de deficiência, dos idosos, toxicômanos, analfabetos, inadaptados sociais etc. A exclusão se opera de modo visível, mas também velado, até porque não é nenhuma novidade a “invisibilidade” dos marginalizados. Tratando-se de uma sociedade pluralista como a brasileira, o desvio que, em tese, coadunaria o comportamento contrário ao “normal” é uma noção pouco palpável, devendo ser compreendida de forma contextualizada, ou concebida como integrante da estrutura social²⁵².

As relações mantidas dentro da malha social têm como referência as “clivagens de raça, gênero, classe e outras”, e sendo assim, a indicação do que é desviante depende, tão somente, da perspectiva dos atores que estão á frente da elaboração normativa. A marginalização, portanto, é uma construção social, pois um grupo impõe unilateralmente o seu arcabouço normativo, cabendo aos demais obedecerem, ou se insurgirem contra isto²⁵³. Transplantando-se estas considerações ao universo das drogas tem-se:

Nesse momento – início do século XX- são propostas as primeiras intervenções, que têm medidas de cunho repressivo voltadas para o controle e a repressão às drogas. (...) Em um contexto marcado pela proibição e criminalização do uso e comércio de drogas, o que embasa as intervenções é o caráter de licitude das mesmas, que se constitui como único critério de distinção entre os usuários. Assim, no caso dos usuários de drogas ilícitas, o aparato jurídico intervém através de punições previstas, como a exclusão do meio social, isolamentos em prisões e sanatórios, pois, este modelo, que tem como foco a droga, lhe atribui o caráter de inofensiva ou perigosa a partir do referencial jurídico da legalidade²⁵⁴.

Do exposto se depreende que é a nota moralizadora quem difere os usuários dos traficantes, já que o critério que separa os universos do “proibido” e “permitido” não versa sobre os males causados pelas drogas. Esta diferenciação perpassa, novamente, pelo atendimento aos ditames das classes dominantes: ilustrativamente, como a maconha, em sua

²⁵¹ Ibidem.p.346

²⁵² NERY FILHO, Antonio ; MESSEDER, Marcos Luciano. Exclusão ou Desvio? Sofrimento ou Prazer? In: **Drogas: tempos, lugares e olhares sobre seu consumo**. Org, Antonio Nery Filho et .al. Salvador: EDUFBA, 2004. p.61-63

²⁵³ Ibidem., p. 62-63

²⁵⁴ SABACK, Amália. Drogas- ideologias e Discursos: Reflexões a partir da Mídia Eletrônica. In: **As Drogas na Contemporaneidade: perspectivas clínicas e culturais**. Org. Antonio Nery Filho et.al. Salvador: EDUFBA, 2012.p.294.

origem, era consumida pelos mais pobres, acabou sendo enquadrada como uma droga ilícita. Com a popularização de seu consumo entre os intelectuais e mais abastados, e alguns estudos desenvolvidos, que atestam alguns benefícios, e danos não tão graves, hasteou-se a bandeira da descriminalização de seu consumo. Há uma relação profunda, portanto, entre a criminalização destas substâncias e as ideologias subjacentes à problemática, a exemplo da indústria de bebidas, de cigarro e farmacêutica.

Mesmo causando males à saúde de seus usuários, e afetando a coletividade, direta ou indiretamente, os veículos de comunicação elaboram publicidades que reforçam no inconsciente coletivo a associação entre o prazer e o uso de álcool e cigarros. Basta lembrar da imagem sedutora de Marilyn Monroe e tantas outras celebridades posando para fotografias com cigarros. Ou ainda, a difusão de propagandas de bebidas alcoólicas associadas a pessoas com beleza diferenciada, incutindo no inconsciente coletivo a imagem de que a bebida e o cigarro trazem consigo o trunfo da sedução e da afirmação social.

Tratando da seletividade penal que recai com toda força sobre os mais pobres, especificamente os habitantes das “favelas”, “cidades novas”, “vilas-misérias” etc, Zaffaroni revela a existência de um “genocídio colonialista e neocolonialista”. Em alguns países este extermínio assume um escopo claramente étnico, predominantemente de negros, mulatos e mestiços, entre mortos e encarcerados. O autor destaca ainda o poderio das agências extrajudiciais que, com o apanágio das judiciais, atuam com ampla discricionariedade por privilegiarem a “parceria” em vez do embate. Ao perceberem a retração de seu poder por reformas legislativas ou alteração no entendimento jurisprudencial instituem-se novos comandos da política da “lei e da ordem”, incitando, novamente, o temor da população para que sejam exigidas providências das “agências políticas e judiciais”²⁵⁵.

No tocante ao tráfico ilícito de entorpecente, nota-se a seletividade premente, que teima em perpetuar a lógica da aplicação enfurecida do sancionamento penal aos mais pobres, enquanto os seus verdadeiros artífices de alto escalão permanecem impunes. Uma questão marcante neste particular é o recrutamento de um número ascendente de jovens por esta teia nociva, ludibriados pela vida de luxo, abastança, e poderio decorrentes desta atividade ilícita. Como ponderável parcela destes indivíduos são doutrinados pelas escolas das ruas, já que normalmente são filhos de mães solteiras que trabalham fora do lar, se tornam alvos fáceis dos traficantes. A condição de penúria experienciada não confere a eles muitas possibilidades, senão a de se lançar neste mundo proibido torcendo para que a vida não seja tão fugaz. A

²⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.p.126

fome e a miséria que os assolam não conferem aos mesmos grande margem de ponderações. Em suma, vale mais sobreviver a se importar com a proibição normativa. Em complemento ao afirmado Karyna Batista Sposato pontifica:

Adolescentes usuários de drogas provenientes de classes sociais mais favorecidas raramente chegam às portas da Justiça; para estes as questões podem ser solucionadas nas delegacias de polícia, ou no limite, com o arquivamento do processo ou com a concessão da remissão pelo promotor de justiça, sem haver representação ou imposição de qualquer medida restritiva de direitos. A posição social opera em benefício do jovem e paradoxalmente do próprio sistema, que somente em tais ocasiões observa as efetivas possibilidades de exclusão do processo. Isto significa dizer que o envolvimento de adolescentes pobres com a criminalidade das drogas hoje se dá predominantemente pela via do tráfico de entorpecentes (...). Dois fatores interagem para isso: de um lado, como já mencionado, a seletividade de nossos mecanismos de controle e repressão penal, muito mais atentos aos jovens da periferia que os jovens de classe média alta que eventualmente venham a ser flagrados usando drogas. De outro, que esta mesma seletividade identifica jovens da periferia como traficantes, ou auxiliares do tráfico e raramente como consumidores²⁵⁶.

Sérgio Vidal, tratando da “evolução do tratamento” dispensado à cannabis, refere que esta, inicialmente, não só era socialmente bem aceita, como sacralizada, nos tempos dos Vedas indianos, 2000 a.C., impondo-se o cultivo e consumo respeitoso. Com o amplo destaque conferido às práticas eugênicas, ao longo dos séculos XIX e XX, e o apelo conferido à “seleção” para melhoramento das espécies, a cultura de controle social e cultural ascendeu. Alguns grupos populacionais passaram a ser reputados como “indesejáveis”, a exemplo dos judeus, ciganos, homossexuais e outros, especialmente sob a ingerência dos regimes nazista e fascista. A partir de 1910 no Brasil foram produzidos artigos científicos divulgando certas teorias acerca de comportamentos naturais dos afrodescendentes, associando-os com os efeitos da maconha. Por estas teorias este vegetal seria responsável pela “degeneração mental, moral”, “vício, compulsão”, “loucura, psicose e crime” de seus usuários, e por isto os africanos, na condição de apreciadores, estariam mais propensos à “ignorância”, “resistência física”, “intemperança” e “criminalidade”²⁵⁷.

Até então a maconha era bem aceita socialmente, porém, esta relação foi se alterando com o tempo, especialmente perante o Estado, que passou a vedar seu cultivo em todo o território nacional. As inúmeras propriedades medicinais e industriais da mesma foram postas de lado, passando a incorporar o estereótipo do mal que precisava ser combatido a

²⁵⁶ SPOSATO, Karyna Batista. Criminalização das Drogas e Delinquência Juvenil. In: **Drogas Aspectos Penais e Criminológicos**. Coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 204

²⁵⁷ VIDAL, Sérgio. História do Cultivo Indoor da Cannabis Sativa. In: **As Drogas na Contemporaneidade: perspectivas clínicas e culturais**. Org. Antonio Nery Filho et al. Salvador: EDUFBA, 2012.p.63-64

qualquer custo. Por isso seus consumidores foram perseguidos e discriminados, e esta cultura ainda permanece viva atualmente. Com a Lei 11343/2006 aventou-se a possibilidade de se obter autorizações especiais para o desenvolvimento de pesquisas com a planta, permitindo-se o cultivo apenas para este fim, contudo, cabe à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) emitir uma autorização especial para tanto. Os preconceitos que pendem sobre a matéria, no entanto, são de tal ordem que inviabilizam o desenvolvimento das pesquisas, razão pela qual não há registros de uso terapêutico autorizado no Brasil²⁵⁸.

Por uma ideologia importada dos Estados Unidos, já nos anos 60, o combate ao “inimigo cruel” foi acirrado, elaborando-se, como aduzido anteriormente, uma série de normas que visavam senão a erradicação, ao menos o controle do tráfico de drogas e seu consumo. É importante sublinhar que, como preleciona Carlos Cossio, as normas são destinadas a todos os indivíduos subjugados ao Direito e sendo assim são mandamentos que emanam do Legislativo. São guarnecidas, portanto, de certos valores como a justiça e outros tantos socialmente consagrados. A “conduta valiosa” é a do sujeito em “interferência intersubjetiva” de suas ações, e também espelha uma causa com vistas a atingir determinados efeitos. Assim, no contexto desta valoração há o valor do poder que emana do Estado, e este fato não indica obrigatoriamente que os conceitos normativos são verdadeiros no sentido indicado. Ao revés, este poder resguarda um plexo de causas sociológicas que geralmente se coadunam com a edição de leis despida dos imperativos práticos²⁵⁹.

Tratando especificamente da justiça criminal, Louk Hulsman refere que esta corresponde a uma interação entre certas “agências” como a polícia, os tribunais, os promotores, os serviços de prisões, departamentos de direito e criminologia etc. Cada uma delas é independente das demais e decorrem da organização cultural e social. A “política criminal” é articulada de acordo com o “crime e os criminosos”, sendo certo que, em virtude das “cifras negras” da criminalidade, “a criminalização efetiva é um evento raro e excepcional”. Com isto, muitos delitos que ameaçam a paz social de forma mais efetiva pertencem a este campo “obscuro”, que não chegam a conhecimento das instâncias formais de controle pela ausência de denúncia das vítimas ou de seus representantes, ou pela limitação dos recursos policiais para dar andamento aos trâmites administrativos dos eventos conhecidos²⁶⁰.

²⁵⁸ Ibidem.p.65

²⁵⁹ COSSIO, Carlos. **La Valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho**. Buenos Aires: Ediciones Arayú.

²⁶⁰ HULSMAN, Louk. Temas e Conceitos numa abordagem abolicionista de Justiça Criminal.In: **Conversas Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passetti. Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.p.197-198

Nestes termos, Roberto Baptista Dias da Silva ainda acrescenta que, no âmbito destas “cifras ocultas”, dos fatos denunciados às instâncias formais de controle, os envolvidos cedem espaço ao procedimento criminal, o que implica no abandono da condição de “sujeitos de direitos” para se tornarem meros “objetos” da justiça criminal. Com isto emergem novos problemas decorrentes do próprio sistema penal, e o abolicionismo desponta como “alternativa viável” por se arvorar a substituir o automatismo na interpretação normativa pela avaliação casuística. Esta seria uma medida supostamente eficaz em termos de avaliação pormenorizada e personalizada das lides, o que seria plausível ante a multiplicidade de casos que emergem na vida social, evitando-se o “engessamento” da atividade judicante²⁶¹.

A punição surgiu nas sociedades escravistas, e as sanções aplicadas estavam associadas à perda da liberdade ou ao comprometimento da integridade física, e recaíam sobre os “não-cidadãos”, incluindo os escravos. Esta característica ainda se mantém, e quando os agressores pertencem a um estrato social mais elevado, a conduta da justiça criminal é diferenciada, aprofundando-se as questões tratadas. Em outras palavras, a justiça criminal vigente é ineficaz e afronta os direitos humanos²⁶². A “justiça” é imposta verticalmente, ou seja, há leis “universalmente válidas” estabelecidas de cima para baixo que, por questões de logística operacional, impõem um tratamento “padronizado” para casos “semelhantes”. Ocorre que cada lide apresenta singularidades, e este reducionismo à interpretação da letra da norma implica em desprezo a muitos aspectos relevantes do caso concreto. Ao invés de estimular o acordo entre as partes processuais, as decisões são ancoradas no “aqui e agora”, e nem sempre fornecem a decisão mais razoável para os envolvidos²⁶³.

De outro lado, propaga-se um ideário massificado e que privilegia a minoria em detrimento da maioria. Este é o terreno fértil para a manipulação de informações, veiculadas especialmente pela televisão, que difunde idéias para muitos, sob o alvitre de poucos. O aprisionamento irracional de milhares de indivíduos, em verdade, não traz consigo nenhum benefício. Ao revés, implica em maiores ônus ao Estado, e transforma os encarcerados, pelas condições inóspitas e mal articuladas do próprio sistema, em verdadeiras “bestas-feras”. É o que se depreende destes termos:

²⁶¹ SILVA, Roberto Baptista da . Abolicionismo, Criatividade e Satisfação. In: **Conversas Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passetti. Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.p. 214-217.

²⁶² SCHEERER, Sebastian. Um Desafio para o abolicionismo. In: **Conversas Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passetti. Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.p. 231-233

²⁶³ CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. In: **Conversas Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passetti. Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.p.241-247

Em termos gerais, a guerra contra o crime deveria tornar-se uma guerra contra a pobreza. Mais uma vez, eu apenas estou lhes dando uma pequena lista; muitos detalhes deveriam ser definidos: moradias decentes, programas de trabalho, de educação e tratamento mas não baseados na força e- mais importante- uma mudança em nossa política sobre drogas. Legalizando as drogas e tornando-as, assim como a metadona, disponíveis sob condições sanitárias e supervisionadas, neutralizaria o mercado ilegal e reduziria drasticamente a quantidade de crimes relacionados às drogas. Por si mesma, percorreria um longo caminho em direção ao esvaziamento de nossas prisões. Uma mudança em nossa política sobre drogas também atingiria o centro do crime organizado da droga, que é dependente das forças do mercado. Em outras palavras, efetivamente ameaçaria e liquidaria o poder dos figurões que hoje em dia não terminam na prisão, porque ele está sistematicamente reservadas para os pobres²⁶⁴.

Em que pese refuja a esta discussão a problemática da descriminalização das drogas, a qual se mantém certas reservas no particular, deve-se sublinhar a importância das considerações da corrente abolicionista. De fato, constata-se novamente, que os figurões mais ricos, também por este viés, permanecem incólumes, inalcançáveis pelo braço forte da justiça. E de outro lado, tem-se que no sistema de controle implantado impera a astúcia dos detentores do poder em manter cativa massa dos “indesejáveis”. Daí o silêncio “sepulcral” dos administradores do sistema que, em grande parte, foram cooptados e alienados por este. Mesmo os intelectuais estão infectados por esta letargia, já que é mais conveniente propagar ideais convergentes com os interesses da minoria que está no controle. Adotando linha de intelecção similar, Vera Malaguti Batista afirma:

Criminalizar os pobres é um instrumento indispensável porque garante materialmente a sua posição subalterna no mercado de trabalho e a sua crescente exclusão, disciplinando-os, pondo-os em guetos e, quando necessário, destruindo-os. É também um instrumento indispensável para encobrir, com a imagem da criminalidade perseguida, isto é, a dos pobres, o grande edifício de ilegalidade e de violência que reúne em nossa sociedade as classes detentoras do poder econômico. Este edifício é tanto maior quanto maior for a desigualdade social. (...) A insubordinação e, em certos casos, a violência é determinada pelas condições de desigualdade social. Mas a violência dos ricos não é determinada por estas condições, é ela que as determina e as mantém. Foi preciso muita violência, inicialmente, para que fossem impostas condições estruturais de desigualdade, que continuariam a existir através de gerações; e precisa-se de muito mais violência para que subsistam, quanto mais próximas estiverem daquelas impostas pela acumulação originária²⁶⁵.

²⁶⁴ MATHIESEN, Thomas. A Caminho do Século XXI- Abolição, um sonho impossível? In: **Conversas Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. (Org.) Edson Passetti. Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCRIM, 1997. p.276-277

²⁶⁵ BATISTA, Vera Malaguti., op.cit.,p.31

Adotando uma linha de intelecção similar, Zaffaroni assevera que originalmente a legislação da América latina sempre adotou a tendência codificadora, no entanto, nos últimos tempos tem havido uma inclinação ao movimento inverso. O autor destaca ainda que as forças policiais estão subjugadas ao comando do Executivo, e mantêm o modelo de organização corporativo e militarizado. Mesmo havendo a consagração das garantias penais, a polícia se encarrega de manter cativa a “maioria subjugada”. Isto porque as agências de criminalização secundária atuam de maneira seletiva, admitindo a deterioração pessoal e institucional. Destacam-se neste processo a corrupção das “agências executivas”, que compromete os cofres públicos, e sujeita os agentes às decisões das cúpulas governamentais, em grande parte transgressoras dos direitos humanos. Até mesmo os serviços de inteligência seriam desvirtuados de sua finalidade originária, e se voltam ao controle dos “dissidentes e opositores”, em particular, os indivíduos em situação de extrema pobreza²⁶⁶.

Estas “classes perigosas” são controladas mediante a utilização de mecanismos que permeiam a sociedade, instituindo-se a “reforma moral” dos indivíduos de maneira prospectiva, ou seja, eles não são sancionados pelos atos praticados, mas, pelo que podem vir a fazer no futuro. A partir dos dados fornecidos pela própria legislação, estes indivíduos são escolhidos, e em franca oposição ao princípio da legalidade, estabelece-se o Direito Penal do Autor. A seleção, portanto, não opera a partir da conduta ilícita praticada, mas, pelo mero fato de pertencerem ao estrato social dos “marginalizados”. A “abertura normativa”, inclusive, presente em algumas normas definidoras de certos delitos, vêm a calhar com este propósito, pois permite aos operadores do direito colmatá-las de acordo com seu alvitre, instituindo um grau maior ou menor de punibilidade, de acordo com o agente²⁶⁷. É o caso do tráfico ilícito de entorpecente, e a proteção do bem jurídico “saúde pública”.

Neste processo de “seletividade criminalizante” deve-se destacar que os indivíduos pinçados pelo sistema atendem ao estereótipo dos “indesejáveis”. Dentre as práticas arbitrárias a que estão sujeitos destacam-se a tortura, as “mortes de policiais”, às quais Zaffaroni atribui como um reflexo da manobra dos detentores do poder para ilustrar a eficiência da “mão de ferro” da política da lei e da ordem. Ao lado disto, com a veiculação do discurso da periculosidade destes indivíduos, adolescentes e crianças são privados das garantias penais e processuais, razão pela qual sobre eles pende a sina da desproteção penal

²⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalización y Sistema Penal en America Latina: De La Seguridad nacional a La Urbana. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 5, n.20, out-dez.1997. Revista dos Tribunais: IBCCRIM, p.13-14.

²⁶⁷ MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal**.1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010.p.60-61

por sua “coisificação”, expondo-os a sequestros, por exemplo. Além disto, no que concerne aos crimes de colarinho branco, a corrupção pública, patrocinada em grande parte pelas altas somas envolvidas no processo de privatização do Estado, são o pano de fundo para escândalos e utilização da coisa pública para fins privados. Em outras palavras, o Direito Penal delineado no período pós-globalização apenas tem agravado os problemas (antigos) do sistema, tais como a violência, corrupção e abuso de poder²⁶⁸.

A partir dos variados discursos e ideologias, fala-se de drogas, seus tipos, comércio, traficantes. Termos como vício, problemas e delinquência são empregados em uma das reportagens de 1997, mas, não há referência ao usuário em sua dimensão subjetiva. Será que ele não é visto? Encontra-se mascarado pelos preconceitos e discursos pré-concebidos fundamentados em moralismos? Ou, simplesmente, é ignorado, em uma tentativa de manter a droga como bode expiatório das mazelas sociais, preservando, assim, o *status quo*? Em meio a tantos discursos abordados nas reportagens analisadas, não há referência a nenhum discurso que sustente a dimensão subjetiva do usuário, ou seja, priorizando o sujeito que a usa com sua história e subjetividade e a relação singular que estabelece com “sua” droga²⁶⁹.

Esclarecendo como se processam os “mecanismos de seleção”, Jorge de Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade asseveram que os “operadores genéricos” são os responsáveis pelo exercício da discricionariedade das “instâncias formais de controle”. Assim, astutamente, explicam a predominância de indivíduos pobres nas estatísticas da criminalidade. Dentre alguns aspectos que favorecem esta realidade destacam-se a projeção do poder no processo de criminalização, que envolve a participação do indivíduo em grupos de pressão, favorecendo-se a manipulação “do conteúdo e da direção” da lei penal. Isto explicaria, segundo eles, a rara inclusão dos agentes dos crimes de “colarinho branco” nestes dados, haja vista a “interpenetração de papéis” entre Legislativo e Executivo.

Deixa-se, nestes moldes, de expor estes atores sociais ao alcance do braço estatal, já que desde a criminalização primária já estão imunes por uma manobra na tipificação. A partir destas rotulações coletivas delineiam-se as reações sociais, formais ou informais, associando-se as atitudes simbólicas às manifestações de “desconformidade”, tais como a delinquência, a doença mental, o homossexualismo, a prostituição etc. Assim, a partir destes estereótipos, as instâncias formais de controle atuam com todo vigor sobre os “clientes” dotados destes estigmas²⁷⁰.

²⁶⁸ Ibidem.,p. 15-20

²⁶⁹ SABACK, Amália,. op.cit.,p. 305

²⁷⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinquente e a Sociedade Criminógena**. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.p.387-389

O discurso divulgado pela mídia apenas ratifica a estigmatização do narcotraficante como verdadeiro “demônio personificado”, violento, “desalmado”, cruel, vil, poderoso e rico. A vida concreta, no entanto, demonstra uma outra face da verdade: ponderável parcela dos indivíduos autuados e presos são homens e mulheres em situação de extrema pobreza, e com baixo grau de instrução. O encarceramento é uma estratégia cômoda para esconder a falência do Estado em materializar as diversas normas programáticas contidas no bojo constitucional. No mais das vezes, por ora, estas normas se transfiguram em “letra morta”. As “mulas”, “aviões”, “soldados do tráfico”²⁷¹, que se encaixam no padrão já conhecido do “preto, pobre e favelado”, são selecionados pelo sistema como se fossem traficantes de “alta periculosidade”, superlotando as carceragens.

Por não terem nascido em “berço esplêndido”, parecem não ter outro remédio, senão beber o cálice amargo da marginalização, do preconceito, e do encarceramento. Em sua maioria atuam, inclusive, desarmados, e se lançam de olhos fechados neste universo contando com a sorte como aliada, fornecendo em garantia a liberdade, e em muitos casos, a própria vida. Neste particular calha destacar algumas considerações:

O “traficante” a partir dos anos 80, passa a ser utilizado como termo estigmatizante capaz de reduzir a compreensão acerca de um indivíduo. Se nos anos 70 o “comunista” era o responsável por “degustar” crianças em nosso país, hoje o “traficante” é responsável até por estimular o surgimento de favelas. (...) Não é preciso aprofundar na carga estigmatizante que o termo “traficante” revela, mas é bom lembrar que os chamados “autos de resistência”, inquéritos instaurados a partir da morte de pessoas em conflito com a polícia, muitas vezes arquivados quando se descobre que as vítimas têm em suas fichas criminais alguma “passagem” ou condenação no tráfico de drogas. O traficante estigmatizado, ou seja, aquele que apresenta uma relação entre o atributo presente na venda de substância entorpecente e o estereótipo do criminoso (preto, pobre, favelado) é um verdadeiro passe livre para as ações policiais genocidas²⁷².

A rede do tráfico apresenta, portanto, uma hierarquia. Como os mais vulneráveis são estrategicamente alcançados pela sanção estatal, os demais permanecem imunes às investidas do sistema sancionatório. Os verdadeiros mentores e gestores do tráfico, pertencentes às grandes organizações criminosas, permanecem livres, e desfrutando da vida

²⁷¹ Denominam-se “mulas” do tráfico os indivíduos que são encarregados tão somente de transportar as drogas, auferindo somas meramente simbólicas. Os “aviões” são normalmente crianças e adolescentes encarregados de avisar os traficantes da chegada da polícia. Os “soldados do tráfico” são os encarregados pela vigilância do morro ou favela, e todos estes são facilmente substituíveis, nada representando para a teia do tráfico. Outro aspecto que também os identifica é a pobreza, que é uma realidade totalmente diversa da dos reais articuladores do tráfico, e a sua hipossuficiência é de tal ordem que sequer apresentam resistência à prisão.

²⁷² D’ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas dos Nada: Quem são os traficantes de drogas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p.58

de luxo e abastança, a custa das somas obtidas com estes negócios escusos. São indivíduos que compõem os mais altos escalões da sociedade, e por este fato estariam “acima de qualquer suspeita”. Mesmo havendo diferentes verbos no tipo do tráfico de entorpecentes, todos os que são “peneirados” pelas autoridades policiais, acabam respondendo criminalmente pelo mesmo ilícito, já que inexistente gradação.

Tanto faz, então, ser “fogueteiro²⁷³” ou “ grande traficante” porque ambos responderiam pelo mesmo delito. A diferença é que o primeiro responderá pelo rótulo que traz consigo, ao passo que o segundo, por ser detentor de poder e dinheiro, dificilmente será apanhado pelo Estado. A lei não institui gradações de pena, deixando a cargo do magistrado efetuar a dosimetria, embora, a prática demonstre que a regra é a aplicação de penas mais severas sempre. É o que afirma Salo de Carvalho *in verbis*:

Em decorrência da estrutura genérica das cláusulas de criminalização sobretudo pelo uso multitudinário de verbos nucleares na definição das condutas, é na sanção prevista no artigo 12, da Lei 6368/76, que se encontrará a resposta penal para todas as hipóteses de comércio ilegal de entorpecentes. A redação das majorantes do artigo 18, sem qualquer previsão da causas especiais de diminuição de penas para condutas de menor potencial danoso ao bem jurídico tutelado (saúde pública)- exceptuando-se os casos de semi-inimputabilidade de corrente de dependência (art.19 parágrafo único)-, junto à inexistência do tipo autônomo ou de especificação de modalidades menos significativas de comércio de drogas, permite perceber como única possibilidade de enquadramento do pequeno vendedor de drogas o art.12 da Lei 6368/76. Assim, suas elevadas penas conglobam o comércio ilegal indistintamente, não diferenciando efeitos penais quanto ao poder de venda no atacado e no varejo.²⁷⁴

Ante a ausência de indicação normativa instituindo o quantum para ser considerado como porte de substância entorpecente para uso ou tráfico, a atividade dos promotores e juízes acaba por ficar à mercê da polícia. Esta realidade pode ser ilustrada deste modo:

O fato de a imprensa e as autoridades públicas darem grande destaque às prisões dos chamados “chefões” do tráfico, dedicando as primeiras páginas dos jornais e muitos esforços à captura dos “donos” do negócio relativo ao comércio de substâncias entorpecentes, demonstra, por si só, a existência de um escalonamento. De um lado “grandes” traficantes, como Fernandinho Beira Mar, e pouco mais de uma dezena de nomes considerados delinquentes de alta periculosidade, para os quais são reservadas algumas celas nos presídios de segurança máxima; do outro, milhares de “fogueteiros”, “endoladores” e “esticas”, que junto dos “soldados” – única categoria

²⁷³ Chama-se fogueteiro o indivíduo encarregado de avisar os traficantes da chegada da polícia soltando para isso fogos de artifício.

²⁷⁴ CARVALHO, Salo. **A Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico de Dogmático da Lei 11343/2006**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.26

armada e responsável pela segurança do negócio-, assemelham-se mais à estrutura de uma empresa do que a de um exército, lotando asarceragens do estado. Apesar de a própria Secretaria de Segurança admitir diferentes níveis de delinquência ao tratar do tráfico, a conduta de quem dispara fogos de artifício para avisar da chegada da polícia recebe o mesmo tratamento penal de quem tem o comando do negócio no varejo, bem como dos grande produtores e daqueles respeitáveis empresários que se beneficiam da lavagem de dinheiro no mercado legal (...)²⁷⁵.

Sendo a rede do tráfico composta por diversas nuances, estas peculiaridades não de ser levadas em consideração em nome da compatibilização das normas com as rédeas da dignidade humana e justiça material. Deve-se registrar o tímido avanço na matéria no que concerne à despenalização do usuário, ante a impertinência de se sancionar uma auto-lesão nos moldes apresentados. Este caso se assemelha ao que ocorre com a tentativa de suicídio, por exemplo, já que o afetado é o próprio agente da lesão. No caso das drogas, embora se utilize a suposta salvaguarda da saúde coletiva como desculpa, pretende-se ocultar o interesse dos detentores do poder em eternizar o controle sobre o grupo dos “desviados”. Longe dos moralismos que pendem sobre a matéria quanto à pertinência ou não do uso de drogas, o fato é que não cabe ao Direito apegar-se às proibições de cunho meramente ético, moral ou religioso para apenar os cidadãos. Nesta linha de inteligência Renato de Mello Jorge Silveira afirma:

A sempre mencionada questão justificante ao combate às drogas ilegais tem fundo no necessário controle da criminalidade que circunda o seu mundo marginal. Diz-se, com frequência, que as drogas são o fator gerador de violência e de mais crimes. Isso, por si só, já se mostraria como elo propulsor a uma atuante política criminal. Entrementes, a configuração assumida é inegavelmente falha. Baratta recorda a disposição simbólica assumida por tal política. Em seu estado atual, com ela nada mais se tem do que um digladio exclusivo a uma minoria de consumidores. Um outro grupo, massa inominada que é, entretanto, permanece, ainda, silente e usuária, furtando-se ao controle estatal. A atual linha repressiva, sem dúvida, com seu início marcante, como já se disse, a partir da Convenção da ONU de 1961, encontra-se, hoje, situada também, dentro do contexto da sociedade de risco, e, cabalmente, fracassou. A orientação necessita mudar seu norte. Outra deve ser a linha traçada. No Brasil, em que pese a dita tentativa da despenalização do porte de entorpecentes com a Lei nº10.409/02, as pressões, senão dos empresários da moral, ao menos da sociedade influenciada por estes, acabou por impedir que seus avanços atingissem o fim almejado²⁷⁶.

²⁷⁵ D'ELIA, Orlando Zaccone. Sistema penal e Seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. In: **Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade**, Ano 9, n.14, IBCCRIM, 2004.p.182.

²⁷⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Drogas e Política Criminal: Entre o Direito Penal do inimigo e o Direito Penal Racional. In: **Drogas: Aspectos Penais e Criminológicos**. Coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2005.p.45

Como *ultima ratio* cabe ao Direito Penal proteger os bens jurídicos essenciais à vida social, e sendo assim, a disciplina do tráfico ilícito de entorpecentes merece profundos reparos. O regramento da matéria sob os moldes proibicionistas, que ressuscitam o indesejável Direito Penal do Autor, apenas favorece a retroalimentação da violência, sem resolver o problema de fato. Os “traficantes perigosos” que são alcançados pelo *jus puniendi*, na verdade, em nada interferem na logística das organizações criminosas, afinal, há um sem número de outros indivíduos em condições socioeconômicas semelhantes, dispostos a abraçar o “ofício” a qualquer tempo. Por isso subentende-se que sua participação é desprezível, ante a facilidade de substituição e as somas irrisórias auferidas, que denunciam o seu não-engajamento com as organizações criminosas. É o que se infere destes termos:

A expansão dos mercados consumidores de drogas ilícitas, obedecendo à lógica de criação de demandas artificiais, característica da economia capitalista, é, certamente, fator determinante da produção, abrindo novas oportunidades de acumulação de capital e de geração de empregos, assim suprimindo as limitadas oportunidades oferecidas pelas atividades econômicas lícitas. (...) Por esta lógica econômica, já se pode antever a inevitável ineficácia de uma política de controle fundada na intervenção do sistema penal: os empresários – grandes ou pequenos- e os empregados das empresas produtoras e distribuidoras de drogas ilícitas, quando presos ou eliminados, são facilmente substituíveis por outros igualmente desejosos de oportunidades de emprego ou acumulação de capital, oportunidades que, por maior que seja a repressão, subsistirão enquanto estiverem presentes as circunstâncias socioeconômicas favorecedoras da demanda criadora e incentivadora do mercado: onde houver demanda, haverá oferta²⁷⁷.

Por outro lado, os poderosos que integram de fato as grandes organizações criminosas, os verdadeiros merecedores de sancionamento, perduram auferindo grandes somas, à custa do “trabalho”, da “liberdade” e da “vida” dos seus “acionistas do nada”²⁷⁸. Mister se faz, em outras palavras, a indicação legislativa da quantidade de drogas apreendidas para que haja um parâmetro menos aberto e discricionário para facilitar o trabalho do aplicador do Direito encarregado de enquadrar o indivíduo como usuário ou traficante. E neste último caso, dentre os que fazem do comércio de estupefacientes um meio de vida, deve-se estabelecer penas compatíveis com o porte de cada um, firmando-se, portanto, a gradação das sanções. Quer-se evitar, assim, que esteja ao alvedrio do julgador o sancionamento destes indivíduos, o que fatalmente redundará numa dosimetria perversa.

²⁷⁷ KARAM, Maria Lúcia. op. cit. p.53-54

²⁷⁸ Esta expressão foi cunhada por Zygmunt Bauman que aponta para o grupo dos excluídos que não têm acesso aos meios para alcançar os bens de consumo que tanto desejam. BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.p.57.

Tendo em vista que o objeto da presente investigação é o pequeno traficante em condição de vulnerabilidade socioeconômica, mister se faz tecer maiores considerações acerca dos critérios para a sua exculpação ou redução de pena. Absolutamente se intenta justificar a pobreza como causa de todas as dores, responsabilizando-a por seu desvio de conduta. Não se pode deixar de levar em consideração, por outro lado, aspectos que atrapalham a própria lógica do sistema, comprometendo o orçamento público e a paz social. O Estado condena tais indivíduos a uma clausura desumana, não só pela superlotação nas celas, mas, pela ausência de acesso às condições básicas de higiene. Estes cubículos que, em tese, comportariam um número reduzidos de presos, por força das circunstâncias, acabam alojando muito mais gente do que o normal, com “graus de periculosidade” variáveis. Assim, os criminosos menos “perigosos” acabam aprendendo muitas lições com seus companheiros de cela, e ao serem submetidos a estas condições animais não se pode aventar qualquer possibilidade de ressocialização.

A massa de miseráveis, em razão desta conjuntura altamente propícia, é embrutecida pelo próprio sistema. A dificuldade de engajamento no mercado de trabalho formal, marcadamente pelo preconceito que recai sobre os ex-presidiários, as condições deploráveis da carceragem, e a ausência dos “freios morais” são alguns dos fatores que os impõem à reincidência criminosa. Mais uma vez, a associação ao tráfico surge como uma alternativa “viável” de sobrevivência, removendo estes indivíduos do ocaso a que foram submetidos pela sociedade e pelo Estado. Novamente, além de terem acesso a uma remuneração que permita a própria manutenção e de seus familiares, para muitos ainda é uma forma de garantir a manutenção do vício nas drogas. Este é o enredo trágico, em suma, delineado pelo modelo proibicionista vigente, e que exige uma remodelação urgente.

De outro lado, a repressão nos moldes vigentes facilita o cultivo *indoor*, amputando a possibilidade de controle pelo Estado. Por via de consequência, os traficantes continuam agregando às drogas certas misturas mais nocivas ainda à saúde, como no caso do crack que é “enriquecido” com pó de vidro, fermento, querosene, cimento, soda cáustica etc. Objetiva-se nas linhas adiante grafadas trazer à baila alguns dos aspectos que merecem os referidos ajustes. Em razão da limitação desta abordagem, e da complexidade do tema, inexistente qualquer pretensão de esgotar a discussão.

Persegue-se o ideal de contribuir, modestamente, para aclarar alguns aspectos, e sugerir, ainda que em parte, algumas modificações na disciplina da matéria, mormente de caráter mais emergencial, para que o direito posto não perdure como esteio da impunidade e injustiça. Buscar-se-á ressaltar os aspectos de maior relevo acerca da Culpabilidade por

Vulnerabilidade, fundamentando-se a sua aplicação ao tráfico ilícito de entorpecentes como fator de exculpação ou , alternativamente, atenuação da pena do pequeno traficante.

4.2 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DO DELITO E DA CULPABILIDADE

Tratando da Teoria do Delito Santiago Mir Puig refere que os elementos centrais do Direito Penal são o delito, a pena, a avaliação da “periculosidade do agente” e as medidas de segurança. Por meio destes o legislador tipifica e estabelece sanções para cada conduta, que variam conforme a gravidade da ofensa ao bem jurídico. A teoria do delito congrega, no entanto, elementos que regem a “dogmática penal” elaborados a partir das discussões doutrinárias, instituindo princípios gerais que permeiam o sistema como um todo, ou outros específicos para certos ilícitos. Neste processo deve-se destacar a possibilidade de exercício de alguma margem de liberdade, condicionado, no entanto, ao “limite infranqueável da ciência jurídico-penal”, que responde ao campo da legalidade e ao não prejuízo do réu²⁷⁹.

Juarez Tavares refere que através da figura o injusto penal é possível delimitar o campo punível, instituindo limites absolutos à intervenção estatal. Nestes termos, o tipo de injusto corresponde à descrição legal da conduta estando subordinado aos parâmetros reitores das finalidades de prevenção geral, e aos estritos limites da culpabilidade. A tipicidade coaduna a materialização deste tipo de injusto com a realização da conduta descrita. O tipo e a tipicidade são expressões utilizadas regularmente para fazer apologia a condutas proibidas. A antijuridicidade é a contradição entre a conduta descrita no tipo penal, e a realizada no plano fático. Em outras palavras, representa a lesão concreta, ou perigo de lesão ao bem jurídico²⁸⁰.

Juan J. Bustos Ramirez e Hernán Hormazábal Malarée referem que a importância da teoria do delito está situada na interpretação da lei penal, que indicará se determinado fato integra o rol das condutas delitivas. Ademais, ainda que o seja, deve-se inquirir a possibilidade de responsabilização penal do seu autor. Conquanto haja uma tendência à associação entre a teoria do delito e o Direito Penal, este é muito mais amplo que a primeira, sendo certo que o seu estudo deve envolver apenas aspectos normativos. Os fatores de cunho

²⁷⁹ PUIG, Santiago Mir., op.cit., 111-112.

²⁸⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p.125-158.

social também integram este campo, apurando-se os impactos produzidos pela vigência de uma lei penal²⁸¹.

Os autores destacam ainda que a culpabilidade é um juízo de reprovação que surge sobre a pessoa a partir da sua opção deliberada pela “maldade”, ou seja, mesmo podendo atuar de outro modo, estas elegem o campo da ilicitude. Trata-se de um “juízo negativo sobre a pessoa”, e é uma “questão de fé”, não comprovável no campo do processo penal. A culpabilidade, em seu entender, corresponde a uma teoria à parte da do delito, fornecendo a resposta adequada ao porquê do ente estatal exigir a responsabilização do acusado de ter cometido um fato ilícito típico.²⁸²

Dispondo acerca da relevância da culpa para o sistema punitivo, Jorge de Figueiredo Dias assevera que não se trata do fundamento da pena, mas, seu “pressuposto” e “limite inultrapassável”. A culpa institui o máximo de pena que deve recair sobre o agente do fato punível, estando submetida aos ditames da dignidade da pessoa e da “garantia do livre desenvolvimento de sua personalidade” no contexto do Estado Democrático de Direito. Para que a pena seja dotada de legitimidade, portanto, é preciso que seja necessária em termos de prevenção geral, e “justa”, ou seja, proporcional à culpa do agente no ilícito cometido²⁸³.

Cláudio Brandão aduz que sobre a culpabilidade recai a incumbência de indicar a responsabilidade penal do agente, condicionando-se o método no processo decisório e na argumentação jurídica. Ambos são pautados na dignidade humana, e esta pode determinar, inclusive, o afastamento dos silogismos tendo em vista a materialização de decisões mais justas ou até “*contra legem*”. Prova disso são as “causas de exclusão da culpabilidade”, que apontam para a ineficiência deste mecanismo na apreciação dos casos concretos, pois há certos elementos para além da mera aplicação autômata da norma que devem ser considerados.²⁸⁴

Hans Welzel, por sua vez, afirma que a culpabilidade alude à reprovabilidade pessoal o autor por não ter agido conforme o Direito quando poderia ter optado pela licitude. Em seu entender, apenas os fatos que estão associados à vontade humana relevam para o juízo de culpabilidade, que é um “conceito valorativo negativo” e, portanto, graduável. A culpabilidade pode ser maior ou menor, segundo a importância que tenha a exigência do

²⁸¹ MALARÉE, Hernán Hormazábal; RAMÍREZ, Juan J. Bustos. **Nuevo sistema de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2004.p.15-50

²⁸² Ibidem., p.100-136

²⁸³ **Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais à Doutrina Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo I, 2004.p.78-80

²⁸⁴ BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal Brasileiro. In: Ciências Penais: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 1, jul/dez.2004. p.178

Direito e a facilidade ou dificuldade do autor em satisfazê-la.”²⁸⁵ No exercício pleno de sua liberdade o homem é dotado da possibilidade de agir “conforme os fins”, quando o sujeito tem plenas condições de atuar livremente.

Neste contexto, o delito decorre da interação de “fatores causais” e a “vontade livre do autor” dirigida à transgressão normativa. Para que um indivíduo apresente “capacidade de culpabilidade” é preciso a presença do elemento volitivo, associada à “compreensão do injusto” e à “determinação da vontade” direcionada a um fim específico. Ausente um destes elementos, como nos casos de menor, ou dotado de anomalia psíquica, o agente não apresentaria culpabilidade.²⁸⁶ No mesmo sentido, Fernanda Palma afirma:

Com efeito, uma culpa em abstracto, não identificada com a gravidade do dano, só pode ser uma culpa pela violação da norma em circunstâncias em que outra opção seria possível para o agente. Também a liberdade abstracta sem conteúdo nem direcção, cuja existência a discussão sobre o livre-arbítrio averigua, será, quando aplicada ao Direito, uma liberdade de cumprir ou não cumprir, uma liberdade cujo objeto é, em si, eticamente indiferente ou apenas referido ao valor da obediência.

Seremos culpados na medida em que formos livres para obedecer ou desobedecer os Direito, indepedentemente do conteúdo deste e do seu valor intrínseco. A procura de um pressuposto de liberdade absoluta para uma responsabilidade emanada da lei é, no anterior contexto, uma necessidade estrita. É necessário ser-se livre em absoluto para se poder ser responsável por tudo²⁸⁷.

Dispondo sobre o tema, por seu turno, Claus Roxin acrescenta ainda que a culpabilidade individual está ligada à liberdade de vontade, e apenas por meio desta associação pode-se admitir a intervenção do Estado para balizar as controvérsias. Em virtude da proteção subsidiária dos bens jurídicos exercidas pelo Direito Penal, apenas diante das transgressões mais graves à ordem vigente é que se torna possível tal interferência. Para o autor, a finalidade da pena deve ser preventiva, já que as normas penais se justificariam apenas em face da proteção da “liberdade individual” e da manutenção da “ordem social”²⁸⁸.

Não se poderia admitir a retribuição como finalidade da pena, embora esta perspectiva pudesse estar respaldada em crimes aberrantes como os cometidos pelos nazistas, e que ensejariam uma detenção prolongada. A função do princípio da culpabilidade seria

²⁸⁵ WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luis Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p.89

²⁸⁶ Ibidem. 101-104.

²⁸⁷ PALMA, Fernanda. **O princípio da Desculpa em Direito Penal**. São Paulo: Livraria dos Advogados Editora Ltda, 2005. p.35-36

²⁸⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura da La Teoria del Delito**. Trad. Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Tomo I.Editorial Civitas, S.A, 1997.p.95-100.

independente do ideal retributivo, estando condicionada ao imperativo da dignidade da pessoa humana. A estabilização social, decorrente da sensação de justiça, estaria assegurada na medida em que a proporção do castigo fosse equivalente ao grau de culpa do acusado. É possível fixá-la, inclusive, abaixo do limite da culpabilidade na medida das necessidades preventivo-especiais, desde que não afrontem as exigências de prevenção geral²⁸⁹.

Criticando os defensores da idéia da liberdade de vontade como base do Direito Penal, Bern Schünemann assevera que o principio da culpabilidade é uma mera convenção que limita o âmbito punível. Segundo ele, tantos os defensores do determinismo como os do conceito social de culpabilidade adotariam uma perspectiva incompatível com a teoria da prevenção geral. Isto porque, como não há como provar a possibilidade do agente atuar de outro modo no caso concreto, não seria razoável supor que o temor da sanção penal demoveria o agente do ímpeto delinquencial. Ausente a liberdade de agir, fatalmente haverá a materialização do delito, por isso restaria prejudicada a razão de ser da prevenção geral. Diante disto pareceria mais coerente, a seu ver, a “prevenção geral ameaçadora” inserida num contexto “indeterminista”. Por este motivo, sustenta a ausência de fundamentos plausíveis para afastar o conceito clássico de culpabilidade. Isto porque, partindo da noção do “poder atuar de outro modo” do homem médio institui-se os parâmetros para que se chegue à imputação de culpa ou não ao agente²⁹⁰.

Em seu entender, o aspecto retributivo da teoria da pena deveria ser o único desprezado da teoria clássica da culpabilidade. A finalidade primacial da sanção, do ponto de vista pragmático, não pode ser concebida de outra forma senão orientada para o “melhoramento” do criminoso, e não a vingança de *per si*. A legitimidade das sanções está calcada no aspecto preventivo, que reúne as finalidades político-criminais, diferentemente do modo como originalmente foi concebido. Critica, neste íterim, a teoria adotada por Roxin, que atribuiria à culpabilidade o caráter de elemento adicional aos pressupostos de punibilidade, juntamente com a reprovabilidade da conduta²⁹¹.

No tocante ao tráfico ilícito de entorpecentes, há traços nítidos da “ressurreição” do Direito Penal do Autor, que apena o indivíduo por sua personalidade, e não pelos delitos a que deu causa, abrindo-se lastro ao “adiantamento da culpabilidade”. Esta orientação contraria o Direito Penal do fato, consagrado pelo legislador constituinte, e como o interesse maior é em manter o agente sob controle, inocuizando-o a qualquer custo, conspurca-se o valor basilar

²⁸⁹ Ibidem.,p.101-103

²⁹⁰ SHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes Del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2002.p.112-115.

²⁹¹ Ibidem.p.115-118

da dignidade humana. Esta teoria é incompatível com o Direito Penal do inimigo, e embora leve-se em consideração a reincidência criminosa quando da individualização da pena, não há uma ruptura com a lógica do sancionamento pelo ilícito cometido. Em homenagem ao princípio da reserva legal, que impõe a previsão típica anterior ao fato, o objeto de censura é o delito frente a opção deliberada do agente pela ilicitude, dentro da sua margem de liberdade para agir, e não com base em sua personalidade²⁹². Sobre o tema, Nivaldo Brunoni afirma:

A distinção entre Direito Penal de autor e Direito Penal do fato não tem apenas valor didático e doutrinário. Ainda que na prática haja várias disposições que se amoldam a uma concepção ligada ao direito Penal de autor (reincidência, personalidade, antecedentes etc.), não significa que elas devam ser aplicadas sem qualquer questionamento. Como visto, o Princípio de Culpabilidade goza de status constitucional, cuja primeira implicação é a de justamente não recepcionar uma culpabilidade que não se estribe no Direito Penal do fato. É preciso, como se disse alhures, mudar a visão do Direito Penal e situar o fato delituoso acima da pessoa do agente. Para tanto, é mister que se depure a legislação infraconstitucional de modo que assim sejam desconsideradas as manifestações de Direito penal de autor, notadamente quando da aferição da pena²⁹³.

Mercedes Pérez Manzano chama a atenção para a necessidade de apurar o fundamento material da culpabilidade, já que esta se trata de uma “categoria valorativa-individualizadora”, sendo incabível prescrever fórmulas “generalizadoras” neste campo. Assim, a culpabilidade deve ser considerada em suas dimensões “valorativa, individualizadora e necessária á constatação de sua idoneidade no processo penal”. A “teoria do homem médio” desenvolvida por Kaufmann considera reprovável o sujeito que transgredir a ordem jurídica quando o “comportamento médio da sociedade” seria o de atuar licitamente. Dentre os aspectos falhos que aponta nesta teoria destacam-se a ausência da avaliação individualizada da culpabilidade, além de reputação do “juízo de culpabilidade” como centrado em elementos extra-normativos, diversos do “poder atuar de outro modo”.

Ademais, trata-se de um juízo de “imputação de culpabilidade” porque é aplicável ao autor um modo de agir de acordo com o “padrão normal de comportamento”. Por fim, refere que esta perspectiva é prejudicial ao agente por afirmar a presença da culpabilidade em todos os indivíduos, e então o esforço probatório recai sobre “situações ou características inexistentes”. Em última análise, esta teoria é inservível à avaliação da

²⁹² PIERANGELLI, José Henrique. A Culpabilidade e o Novo Sistema Penal. In: **Revista Jurídica**, Campinas: PUCAMP, v.6, mar.98.

²⁹³ BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de Culpabilidade: Considerações**. Curitiba: Juruá, 2008.p.51

culpabilidade por resguardar uma “concepção valorativa-generalizadora” que prejudica a limitação da pena ao restringir a contribuição individual do autor²⁹⁴.

Como se vê, paulatinamente surgiram diversas teorias da Culpabilidade, sendo certo que a doutrina majoritária contemporânea tem se inclinado a encará-la como a “reprovabilidade pessoal” da conduta do agente. A despeito disso, Selma Santana sustenta que este conceito é insuficiente para indicar qual seria o “fundamento da reprovabilidade”, razão pela qual se apura o “conceito material da culpabilidade”. Existem, no particular, posições dissonantes também acerca deste “núcleo essencial” da culpabilidade, consoante demonstrado nas linhas precedentes. De outro lado, a autora sublinha a posição destacada assumida pelo dolo e culpa no campo da teoria do delito, que passou a apresentar dupla valoração nos últimos tempos, tornando-se entendimento dominante na Alemanha²⁹⁵.

A autora se posiciona a favor da idéia que atribui ao dolo e à culpa natureza complexa, que relevam ao tipo de culpabilidade em alguns casos, e em outros ao tipo de ilícito subjetivo doloso. Acrescenta ainda que o dolo e a culpa são carreados também pela “atitude autônoma interior”, que traz implicações para a culpabilidade. O dolo demanda o conhecimento da ilicitude do fato além da vontade dirigida à materialização do ilícito típico, bem como a violação ou “atitude indiferente” ao bem jurídico protegido. A culpa, de outra sorte, demanda a violação do dever de cuidado, além da “negligência, imprudência ou imperícia”, que acabam por afetar o bem jurídico. A seu ver a doutrina da dupla valoração não é a mais adequada porque, em verdade, isto se opera sobre o ilícito e a culpabilidade, daí decorrendo a “modelação do dolo e da culpa”.²⁹⁶

Sebastian Borges de Albuquerque Mello, por sua vez, refere que o postulado determinista colide com a idéia de dignidade humana, e com os postulados constitucionais. A dignidade humana alude à noção de que a pessoa é um ente dotado de caráter valioso e singular frente aos demais seres que compõem o universo. A responsabilidade penal deve ser estruturada a partir do juízo de culpabilidade no qual há amplo lastro ao exercício da autodeterminação individual. A partir deste direito é possível delimitar o “conceito material da culpabilidade”. Não se deve olvidar, no entanto, que a liberdade jurídica por si só é incapaz

²⁹⁴ MANZANO, Mercedes Pérez. **Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena**. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986.p.108-112

²⁹⁵ SANTANA, Selma Pereira de. **A Culpa Temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.212-230.

²⁹⁶ Ibidem.p.230-231

de delimitar a culpabilidade do agente, em particular, nas hipóteses em que vigoram flagrantes “desigualdades” e “discriminações”²⁹⁷. Convém transcrever a sua lição:

Com efeito, o juízo de culpabilidade demanda mais do que uma igualdade perante a lei, uma igualdade formal no sentido liberal. No momento em que sua missão é individualizar a imputação e limitar a potestade punitiva do Estado, ela não se contenta com o barema generalizante que implica a verificação da antijuridicidade, ou mesmo a consideração das necessidades preventivas no caso. Ela requer uma análise das condições materiais do sujeito, para verificar se o mesmo encontra-se numa situação de discriminação ou de desigualdade (e não de mera diferença jurídica). A partir desta verificação, é possível fazer o juízo valorativo de imputação, para saber se, naquelas condições e circunstâncias, um comportamento conforme o direito poderia ser exigido do sujeito que o praticou.²⁹⁸

Do exposto depreende-se que a culpabilidade ordinária, frente às questões em que há flagrantes desigualdades e discriminações, é insuficiente para fornecer as respostas necessárias à imputação do agente. Isto porque o parâmetro do “homem médio” não leva em consideração as peculiaridades do caso concreto, as quais por vezes, indicam a impossibilidade material do indivíduo exercer a sua liberdade. Resta prejudicada, desta forma, a possibilidade de autodeterminação, e embora este não seja um caminho aceito em termos morais, éticos e religiosos, a ilicitude se apresenta como modo alternativo à sobrevivência. A fome, a miséria, a pobreza, a ausência de condições de vida minimamente dignas em rota de colisão com as seduções da sociedade de consumo, impelem um sem número de indivíduos a se engajar no “exército dos transgressores”.

Dar azo à possibilidade de um porvir menos tenebroso, em que seja possível alimentar os numerosos filhos, habitar em uma moradia em condições menos insalubres, e por que não, satisfazer os pequenos sonhos materialistas e sustentar o vício nas drogas, apresenta-se como uma tentação dificilmente vencível. A questão é ainda mais tormentosa levando-se

²⁹⁷ Conceituando as “diferenças”, Sebastian Mello afirma que as mesmas são atinentes à perspectiva pluralista e multicultural existente no Estado Democrático de Direito, que asseguraria a cada cidadão o direito de exercer as suas individualidades de “crenças, preferências e situações” que tornam cada indivíduo singular. Todos os tutelados do Estado, em obediência à nota impositiva da dignidade humana, devem ser respeitados no exercício de suas individualidades. As “desigualdades” trariam consigo prejuízos aos indivíduos, pois teriam repercussões negativas no conteúdo do mínimo existencial, tornando mais vulnerável uma das partes envolvidas. Daí decorreria a imposição constitucional da minoração das “desigualdades sociais e regionais” como forma de materializar a “igualdade material”. A discriminação seria a oponente da “igualdade”, chancelando um regime jurídico diferenciado, calcado em “privilégios jurídicos arbitrários e desarrazoados”. Com isto, ante as situações de discriminação, os socioeconomicamente vulneráveis, pela seletividade insita ao Direito Penal, são marginalizados e sofrem prejuízos fáticos e jurídicos. C.f MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Juspodivm. 2010.p. 381-382.

²⁹⁸ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Juspodivm. 2010.p.389

em consideração a inércia estatal em prover estes indivíduos de condições mínimas de sobrevivência para que pudessem exercer, de fato, o seu poder de autodeterminação. Ao lado disto, o mercado de trabalho formal, com a imposição de exigências ascendentes, mesmo para ofícios que não demandam conhecimentos técnicos, acaba favorecendo a manutenção das elevadas taxas de desemprego.

De outro lado, dentro das “favelas” não é incomum as manifestações de violência, pois se tratam de locais dominados pelo “Poder Paralelo”, sendo hodiernas as disputas entre os traficantes pelas bocas de fumo. Sendo assim, desde a tenra idade, muitos indivíduos acostumam-se à “normalidade” dos cadáveres estirados em via pública, em alguns casos de usuários inadimplentes ou de outros desafetos do Poder Paralelo local. Apenas ingressam nas favelas, sem maiores problemas, os que são devidamente autorizados pelo chefe da boca de fumo, e a seu serviço estão os “soldados”, os “aviões”, as “mulas” etc. De outro lado, pelo volume de dinheiro que acabam auferindo, a possibilidade de satisfazer os caprichos consumistas se eleva, em contraposição à miséria da circunvizinhança. Para muitas crianças e adolescentes, que testemunham diuturnamente esta realidade, tornar-se “chefe da boca de fumo” acaba sendo a sua meta de vida, ainda que esta seja marcada pela fugacidade. Para efeito desta abordagem, no entanto, interessa apurar a melhor maneira de apurar a culpabilidade dos pequenos traficantes, que vivem em situação distinta da descrita anteriormente em razão da sua vulnerabilidade. É o que a seguir passa-se a expor.

4.3 PRINCÍPIO DA CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE E OS ELEMENTOS PARA A EXCULPAÇÃO OU REDUÇÃO DE PENA DO PEQUENO TRAFICANTE

Immanuel Kant refere que a vontade humana apresenta-se de forma particularizada para cada pessoa, podendo eventualmente, por acaso, concordar com a dos demais, e cada um dirige-se por suas próprias pulsões. A vontade seria dirigida, tão somente, pela sua “independência da lei natural dos fenômenos”, que é a liberdade em sentido estrito, e esta é a lei da causalidade. Todas as leis morais e deveres correspondentes estariam calcados na autonomia da vontade. Os homens estariam condicionados, no entanto, às leis morais, que são “imperativos categóricos” e permeiam as “faculdades de cada um”. As transgressões das leis

vigentes na sociedade, todavia, expõem o agente à possibilidade de um castigo, que primordialmente deve ser justo²⁹⁹.

A moral e o Direito decorreriam da liberdade humana, conquanto estejam situados em planos apartados. O homem estaria sob a égide, então, de duas “legislações”: uma interna, e outra externa. A primeira seria dotada natureza moral e universal, sem prescrição de conteúdo, obedecida pelo mero dever de fazê-lo (imperativo categórico). A segunda corresponderia ao Direito, exprimido notadamente através de prescrições legais (imperativos hipotéticos legais). A “vontade jurídica” seria “heterônoma” porque condicionada por fatores externos, sendo caracterizada pela nota coativa, elemento necessário à harmonia da vida social.³⁰⁰

Herbert L. A. Hart entende que conquanto Direito e moral estejam em esferas diversas são fenômenos sociais interligados. Isto porque o Direito não poderia se afastar do sublime valor da justiça, que traz consigo uma nota ética. O autor reconhece, todavia, a possibilidade de colisão entre princípios morais e as normas jurídicas, o que reforça a diferenciação entre estes planos, ainda que ambos funcionem como mecanismos de controle social. O “conteúdo mínimo de direito natural” seria seu ponto de aproximação, cabendo ao Direito, em suma, manter-se conexo com a moral.³⁰¹ Em decorrência dos possíveis confrontos entre estes planos emergiriam as “injustiças jurídicas” e os “dilemas éticos”.

O fato é que o Direito deve se amoldar aos reclamos da práxis para que não se torne obsoleto. Ante a constatação da incompletude do ordenamento jurídico, diferentemente do que sustentava Hans Kelsen³⁰², nem sempre a solução para o caso concreto será encontrada através da mera interpretação literal da lei, em processo autômato. Em alguns casos, inclusive, a decisão dotada de maior legitimidade deve estar assentada em elementos extranormativos, que são o substrato responsável, nestes casos, pela compatibilização entre as demandas do caso concreto, o ideal de justiça e o direito. Pelos motivos aduzidos anteriormente resta claro que as eventuais afrontas aos valores religiosos, morais e puramente éticos, sem qualquer vinculação com o plano do Direito, não integram o cabedal deste último. De modo ainda mais latente no contexto do Direito Penal, no qual entra em jogo a possibilidade de constrição da liberdade humana, apenas quando todos os outros meios forem ineficientes para conter as afrontas á ordem posta é que se admite a sua intervenção. Ou seja,

²⁹⁹ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martin Claret, 2008. p.27-43

³⁰⁰ KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**. 1.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

³⁰¹ HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

³⁰² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

pelo Princípio da Intervenção Mínima, somente os bens jurídicos essenciais à sociedade fazem parte desta esfera de proteção.

Dispondo sobre a relevância do Princípio da Culpabilidade na seara do Direito Penal, Hans Joachim Hirsch se reporta à ligação entre a culpabilidade e o fato, que deve ser tipificado em lei. Para que haja a responsabilização do agente é preciso que haja a possibilidade de responder pelo delito a que deu causa, e no momento da fixação da pena serão levadas em conta as “circunstâncias individuais” do agente. Neste contexto, segundo aduz, relevam apenas os aspectos atinentes à proteção do bem jurídico, não havendo razão para que na avaliação da culpabilidade sejam consideradas meros aspectos reprováveis no contexto “moral e dos usos e costumes”.

A culpabilidade, em outras palavras, assume a incumbência de fundamentar a pena, seguindo o princípio do “*nulla poena sine culpa*”. Isto quer dizer que a culpabilidade é responsável pela limitação do poder punitivo, reduzindo a margem do exercício da persecução estatal. Ademais, cabe ainda ao juiz levar em conta os aspectos que podem interferir decisivamente na culpabilidade, tais como as excludentes de culpabilidade³⁰³.

No tráfico ilícito de entorpecentes, no entanto, verifica-se uma distorção não muito sutil desta máxima, apenando-se os indivíduos com um rigorismo despropositado e que afronta os direitos fundamentais. Munidos de um discurso perverso, os integrantes das classes dominantes manipulam o sistema penal a seu favor de tal forma que, paradoxalmente, há uma flagrante afronta aos preceitos basilares do Estado Democrático de Direito. É possível inferir, ao revés, o “adiantamento da culpabilidade”, eis que se sanciona o agente com base na sua “periculosidade” em nome de um suposto interesse coletivo. O simbolismo penal conspurca a legislação do tráfico ilícito de entorpecentes, servindo como fonte legitimadora da opressão exercida pelos grupos dominantes. O próprio bem jurídico protegido (a saúde pública), de “abstração impalpável”, favorece a manutenção deste ciclo vicioso.

O Princípio da Culpabilidade está umbilicalmente ligado à avaliação da culpa do agente, sendo assim, além da antijuridicidade da conduta, é preciso que se materialize a situação concreta prevista no tipo e que o agente tenha tido liberdade para agir. Isto quer dizer que o autor do ilícito, no uso de sua autodeterminação, opta por transgredir a ordem vigente, em que pese tivesse potencial consciência da ilicitude. Neste particular deve-se advertir que a culpabilidade não pode ser confundida com um mero “juízo de valor”, mas, corresponde ao

³⁰³ HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho Penal: Obras Completas**. Tomo I. Buenos Aires: Rubenzal – Culzoni Editores, 1998. p.149-154.

ato volitivo reprovável do agente que, podendo agir de outro modo, violou um ou mais cânones normativos, neste caso de cunho penal. É o que se infere destes esclarecimentos:

O referencial da culpa moral é sempre um a priori, que se aplica em todas as situações e em todos os tempos. A punição para a culpa moral é, somente, o arrependimento pelas ações internas, o que a diferencia do Direito, que tem uma força coativa exterior, capaz de evitar a perturbação da paz social. Esta diferença entre moral e direito foi mais acentuada em Kant, para quem a exigência do dever moral implica uma ação de conformidade com a lei, não no propósito em que ela pretende atingir, mas “no princípio do querer, segundo o qual a ação, abstraindo todos os objetos da faculdade de desejar, foi praticada”³⁰⁴.

O ideário de Kant aponta a necessidade de individualização dos juízos acerca da “culpabilidade” dos agentes, já que a vontade de cada um difere, e sobretudo, para a necessidade da aplicação de castigos justos às transgressões normativas. Como visto, a culpabilidade ordinária, supõe que todos os indivíduos estão em situação jurídica e fática semelhante. Seria possível e viável, deste modo, sancionar o autor levando em consideração a gravidade do ilícito, a sua autodeterminação quando da opção pelo delito, e a antijuridicidade da conduta. No tráfico ilícito de entorpecentes, especificamente no caso dos pequenos traficantes, nota-se que a aplicação da pena a estes indivíduos se dá com base no Direito Penal do autor, seguindo a lógica do “etiquetamento”, contrária aos preceitos básicos do Estado Democrático de Direito. Incorre-se na fixação de penas desproporcionais tão somente pelo fato de pertencerem ao estrato dos “miseráveis”, sem vez ou voz, teleguiados pelos ditames das classes mais abastadas. Cabe explicitar as considerações de Nilo Batista acerca do tema:

Em seguida, porém, o sistema penal tem que empreender uma bipartição- na qual ressoa a matriz da “diferenciação penal”, que herdamos da milenar tradução ibérica- para atender a dois clientes distintos, aos quais caricaturalmente chamamos o bom delinquente e o infrator perigoso. Esse maniqueísmo penal, que por pouco não representa a coexistência de dois sistemas penais distintos, leva a respostas e padrões distintos para dois clientes distintos. O bom delinquente é um consumidor, que deve ser preservado enquanto consumidor, evitando-se o seu ingresso na penitenciária e o chamado “contágio prisional”; o argumento econômico (o custo do preso) funciona para ele. Acusado de homicídio culposo no trânsito viário, ou de lesões corporais leves contra a esposa, ou de estelionato negocial, a sujeição do bom delinquente ao sistema penal cumpra a função ideológica de demonstração de isonomia, dissipando a forte percepção da seletividade com a qual na verdade opera (...) Quanto ao infrator perigoso, só o produto de crime o converte eventualmente em consumidor, porém suas compras logo

³⁰⁴ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.p.68-69

estarão na primeira página, no dia de sua prisão ou numa reportagem sobre as antenas parabólicas da favela, e constituem o corpo de delito de uma espécie de infração existencial, de um inconformismo perante a miséria que clama por drástica repressão. Para o infrator perigoso – réu de extorsão mediante sequestro, roubo qualificado, furto habitual de veículos ou tráfico de drogas- o argumento econômico cede ao argumento da segurança, e recomenda-se a maior permanência possível sob o “contágio prisional”.³⁰⁵

Muitos destes, como dito, sequer fazem parte de organizações criminosas, embora sejam fatalmente tachados como tal. A fragilidade deles, em verdade, decorre da ausência de materialização das normas programáticas pelo Estado, e com isto, em nome da lei da sobrevivência, descambar para a ilicitude pode aparentar uma alternativa possível. Afastando-se os juízos de valores que teimam em povoar a matéria, a despeito dos rótulos de “criminosos e vagabundos” que teimam em pesar sobre eles, todos são humanos, e merecedores de tratamento compatível com a sua condição. Estes sobreviventes do descaso e da ojeriza social e estatal carregam o peso de pertencerem, tão somente, a certos grupos sociais historicamente marginalizados. Perfilando este entendimento, Emilio Jorge Ayo aduz:

El núcleo de esta formulación vuelve a ser La consideración de los procesos históricos que se encuentran por detrás de los actos violentos y de La “peligrosidad” de ciertos grupos. Esta mirada entiende a las condiciones de vulnerabilidad como antesala al “etiquetamiento” de esos grupos como peligrosos. Y en este extracto se anuda con el principio jurídico de la co-responsabilidad social de los actos punibles: la responsabilidad penal individual es matizada ante el incumplimiento de derechos fundamentales por parte del Estado. De esta manera, vuelve a surgir la importancia de la idea de derechos y del papel del Estado en relación a las condiciones de vida, las cuales a su vez, permiten entender los comportamientos violentos o específicamente delictivos. Sin embargo, esta relación entre condiciones de vida y prácticas delictivas también es presentada en términos menos mediatizados³⁰⁶.

Diante desta omissão estatal em prover as necessidades básicas de seus tutelados, acaba se materializando um certo impulso para que estes indivíduos em situação de vulnerabilidade venham a delinquir. De fato, a pobreza, a fome, a miséria, o parco acesso à educação e à saúde em níveis minimamente razoáveis não devem servir como desculpa para justificar as transgressões. Não se pode fechar os olhos, todavia, para o fato de que todas estas dificuldades, associadas ao uso de drogas, comum entre estes indivíduos, apenas catalisa o desejo de mudanças. Vislumbrar um porvir menos tenebroso, ainda que à custa da

³⁰⁵ BATISTA, Nilo. A violência do Estado e os aparelhos policiais. In: **Cidadania e Justiça**, ano2, n4, jan-jun.1998. p.121-122

³⁰⁶ AYOS, Emilio Jorge. **Delito y Pobreza: espacios de intersección entre La política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo**. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010p.83-83

tranquilidade, e da integridade física com os frequentes embates entre integrantes de outras bocas de fumo, empenhando a própria vida em outros casos, parece não ser nenhuma novidade. Estes sobreviventes estão tão “acostumados” à sua execrável “invisibilidade” que, por vezes sequer têm consciência de que, ao menos formalmente, são cidadãos, e como tal, também deveriam caber neste mundo atroz. É o que se depreende destas palavras:

A manutenção da seletividade penal, com sua natureza infame, requer que a todo instante seja negada pelos órgãos e indivíduos do sistema. Para tanto, cada vez mais ela parece movimentar-se e assumir novos ares e espaços, a ponto de eleger como alvo, em determinados momentos da história, pessoas que naturalmente, por sua posição social ou política, não deveriam constituir o objeto do sistema penal. Com isso, novas seleções passam a surgir no interior do sistema, como que a querer demonstrar que, mais cedo ou mais tarde, de uma forma ou de outra, pessoas de todos os estratos sociais serão selecionadas e controladas. (...)

Os chamados bodes expiatórios são cada vez mais comuns em nossa sociedade de controle, apresentando-se como estratégias valiosas para policiais, promotores e juizes, deixando revelar, contudo, a criação contínua de zonas de exceção no interior do sistema penal. Nessas situações, vê-se que as instituições penais e seus membros compõem um universo de regulação social que, não obstante sua heterogeneidade, permeada por um sedutor discurso de independência funcional, parece cada vez mais constituir um todo mais ou menos coerente na luta contra parte dos infratores legais e aquilo que classificamos como crime³⁰⁷.

São estes indivíduos integrantes de certos status que funcionam como “bodes expiatórios” dos crimes cometidos pelos detentores do poder, e como não têm por quem clamar, acostumam-se à dureza do calvário, eternamente subjogados aos desmandos do sistema penal. No intuito de corrigir esta histórica situação de descaso, desmandos e injustiças, que apenas fomenta a retroalimentação da violência, a reincidência criminosa, e do descontrole do tráfico, sustenta-se o soerguimento de um novo modelo. Pelos motivos anteriormente expostos, a culpabilidade clássica não pode ser aplicada aos pequenos traficantes, pois estes indivíduos, sem sombra de dúvidas, por seu estado de miserabilidade, não apresentam plenos poderes de autodeterminação. Nos termos da teoria de Zaffaroni, emerge cristalina a sua “impossibilidade de atuar de outro modo” razão pela qual, após a devida avaliação dos liames do caso concreto, impõe-se a sua exculpação ou redução de pena. Sobre a questão do livre-arbitrio destes agentes Winfred Hassamer destaca:

A cadeia de pensamentos parece não apresentar lacunas: o conceito de uma reprovação da culpabilidade implica sempre na constatação de que o culpável tinha uma alternativa para a conduta em relação à qual se faz a reprovação à ele, que ele podia agir de outro modo. Se ele não tinha

³⁰⁷ MELLIM FILHO, Oscar, op.cit.,p.253-254

alternativa, não há nenhum substrato, nenhuma parte da conduta no tempo e no espaço, em relação à qual poderia ter cometido um erro. Consequentemente, ele mesmo deve ter conduzido a conduta que lhe é reprovada, ela não pode ter sido conduzida (integralmente) por outro. Isto é, ele deve ter tido a possibilidade de formar livremente a vontade e de agir livremente. Sem o livre arbítrio não há alternativa à conduta, sem alternativa à conduta não há reprovação da culpabilidade³⁰⁸.

Infere-se do exposto que sem a possibilidade de agir livremente, a culpabilidade dos pequenos traficantes pode ser afastada ou reduzida, imputando-se ao Estado e à sociedade a sua parcela de culpa. Nestes termos, Eugenio Raul Zaffaroni sugere a aplicação do Princípio da Culpabilidade por Vulnerabilidade, adotado para efeito desta abordagem, pelas razões adiante alinhadas. A culpabilidade acaba sendo um “espaço vazio a preencher, e no caso dos indivíduos historicamente etiquetados, tal colmatação acaba sendo efetuada com base no critério da “periculosidade”, ou em outros elementos “heterogêneos” e destoantes do conceito originário. Recorrendo-se à “condução da vida” seria possível ocultar o real interesse das classes dominantes em sancionar os indivíduos com base na lógica da culpabilidade de autor, deixando a cargo da autoridade judicial e das classes dominantes o exercício arbitrário da “justiça”. De acordo com Zaffaroni, a “culpabilidade pelo ato” também leva em consideração certos aspectos da personalidade do agente, mas, com uma roupagem diversa. O que se rechaça é o delito perpetrado decorrente da sua “personalidade e das circunstâncias”³⁰⁹. Destaque-se, por oportuno, a lição esclarecedora de Emilio Jorge Ayo acerca do tema:

La culpabilidad por vulnerabilidad se orientará hacia un reproche del componente subjetivo necesario para mediar entre el estado de vulnerabilidad y la situación de vulnerabilidad; es decir, reprochará la magnitud de ese *esfuerzo personal* para colocarse en un situación concreta de vulnerabilidad. De esta manera, el reproche será inversamente proporcional al estado de vulnerabilidad del cual partió el sujeto que realizó el acto juzgado: será mayor para sujetos que revisitan un estado de vulnerabilidad alto, justamente porque el primero ha realizado un esfuerzo individual más intenso que el segundo para colocarse en la situación concreta de vulnerabilidad por la cual fue captado por el sistema penal. Esta noción de culpabilidad por la vulnerabilidad se estructura a partir del objetivo de conjugar un reproche ético centrado en el espacio de autodeterminación que entiende en los sujetos (propio de una culpabilidad del acto), con una valoración de la selectividad del poder punitivo a través de la noción de vulnerabilidad. Lo que se juzga es justamente este espacio de autodeterminación, este esfuerzo personal para transitar el camino desde un estado de vulnerabilidad hacia una situación concreta de vulnerabilidad³¹⁰.

³⁰⁸ HASSAMER, Winfred. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005. p.305

³⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por Vulnerabilidade. In: **Discursos Sediciosos**. : crime, direito e sociedade, Ano 9, n.14, IBCCRIM: Revan, 2004. p.31-36

³¹⁰ AYOS, Emilio Jorge. ,op.cit.,p.80

Zaffaroni critica a teoria da Co-culpabilidade³¹¹, que reputa como insuficiente por atribuir à pobreza a responsabilidade pela ilicitude, e conferiria aos mais abastados ainda mais poder, e menos aos mais pobres, legitimando um “direito penal de classes”. Ademais, por esta teoria, “ricos” e “pobres” seriam pinçados pelo sistema com base na seletividade do poder punitivo. Aventa, por este motivo, a Culpabilidade por vulnerabilidade, que corresponderia à síntese entre a culpabilidade pelo ato, e outro conceito de culpabilidade que abarque a nota seletiva como forma de favorecer, enfim, a implantação da equidade. Isto porque, particularmente nos países periféricos, nos quais imperam abissais desigualdades, e ponderável parcela da população vive em condições de pobreza, apenas alguns se apresentariam em estado concreto de “vulnerabilidade”. Além da situação de pobreza em que estão inseridos estes indivíduos, é necessário um “esforço pessoal do agente para alcançar a situação concreta em que se materializa a periculosidade do poder punitivo”.³¹²

Sobre estes autênticos critérios em que se materializa a vulnerabilidade, que podem apresentar escopos diferentes, Zaffaroni destaca a ocorrência das lutas de poder, que favorecem a materialização deste dado, ainda que o indivíduo apresente, originalmente, “estado de vulnerabilidade baixo”. Ou seja, ainda que os indivíduos não estejam em situação de “risco social”, estando situados, portanto, em baixo estado de vulnerabilidade, ao afrontar a ordem vigente acabam ficando na “mira” do poder punitivo. Em outros casos, o “estado de vulnerabilidade” é alto, mas , são envidados muitos esforços para que alcancem a situação de vulnerabilidade, casos estes que seriam assemelhados às “patologias” que “constituem aberrações”.

No caso dos incriminados hodiernos o estado de vulnerabilidade é alto por vestirem o “figurino do delinquente”, e ao cometerem delitos de pequena e média gravidade se tornam presas fáceis nas mãos do Estado. Neste caso nem é preciso um esforço de maior monta para atingir a “concreta situação de vulnerabilidade”³¹³, e é nesta conjuntura que se enquadram os pequenos traficantes. Em outras palavras, quanto maior a situação de pobreza

³¹¹ Sobre o tema, Grégore Moura afirma: “ Aceitar a coculpabilidade como princípio constitucional implícito ‘obriga’ o legislador a modificar o nosso Estatuto Repressivo principalmente porque, só assim, o indivíduo atingirá a plenitude da cidadania, com respeito ao devido processo legal e ao direito de justiça, que é elemento essencial para aplicação de todos os demais direitos. O reconhecimento do princípio da coculpabilidade é importante instrumento na identificação da inadimplência do Estado no cumprimento de sua obrigação de promover o bem comum, além de reconhecer, no plano concreto, um direito fundamental do cidadão, mediante sua concretização no Direito Penal e no Processo Penal, tendo como fundamento o art.5º, §2º, da Constituição Federal”. C.f.MOURA, Grégore. **Do princípio da Co-culpabilidade no direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.p.113

³¹²Culpabilidade por Vulnerabilidade. In: **Discursos Sediciosos**. : crime, direito e sociedade,Rio de Janeiro: IBCCRIM/REVAN, ano 9, n.14, 2004 p.37-38

³¹³ Ibidem . p.38

do indivíduo, maior o estado de vulnerabilidade, e menor é o esforço necessário para incitar a fúria do Estado. Quanto mais elevado o status do indivíduo, menor é o estado de vulnerabilidade, e como tal, maior é o esforço necessário para ficar à mercê do sistema punitivo.

Ao considerar que o esforço jurídico enfrenta de modo permanente o Estado de polícia, é racional que o direito penal reprove o esforço pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, porque esta indica a medida em que a pessoa operou contra a função redutora do poder punitivo do próprio direito penal. O esforço pela vulnerabilidade é a sua contribuição pessoal para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade, porque esta indica a medida em que a pessoa operou contra a função redutora do poder punitivo do próprio direito penal. (...)

A culpabilidade pela vulnerabilidade não é uma correção da culpabilidade pelo ato, mas o reverso dialético, do qual surgirá a culpabilidade penal como síntese. Dado que a culpabilidade pela vulnerabilidade opera como antítese redutora, nunca poderá a culpabilidade penal resultante da síntese superar o grau indicado pela reprovação da culpabilidade pelo ato.³¹⁴

Cezar Roberto Bitencourt e Francisco Muñoz Conde prelecionam que há algumas causas de justificação supralegais não referidas expressamente pela legislação brasileira, mas, que são reconhecidas em sede doutrinária e jurisprudencial. Estas exculpantes são fundadas na analogia, princípios gerais do Direito e nos costumes, e decorrem justamente da natureza “fragmentária” do Direito Penal. Nestes casos, ainda que as condutas sejam enquadradas nas descrições típicas, por materializarem uma afronta à norma proibitiva, acabam justificadas ante a impossibilidade de se exigir outra conduta do agente. O Estado de Necessidade, segundo aduzem, é marcado por uma colisão ou choque entre “interesses juridicamente protegidos”, e a ação é direcionada a um terceiro inocente³¹⁵.

Diferenciam, nestes termos, o “estado de necessidade justificante” do “estado de necessidade exculpante”. No primeiro caso “o bem ou interesse sacrificado” apresenta valor inferior ao conservado, e como tal, concebe-se como lícita a conduta do agente, e não há que se falar em incriminação. No segundo caso, o “bem ou interesse sacrificado” apresenta valor idêntico ou superior ao que se mantém, e embora a conduta afronte a ordem jurídica, ante a impossibilidade do Direito exigir a obediência normativa, exclui-se a culpabilidade³¹⁶. Segundo asseveram os autores supramencionados, o art.24³¹⁷ do Código Penal de 1940

³¹⁴ Ibidem.,p.39

³¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.277

³¹⁶ Ibidem.,p.278

³¹⁷ Art.24 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 razoável exigir-se.

prejudica a compreensão do intérprete da norma para que o estado de necessidade seja inserido no rol das causas supralegais.

O estado de necessidade exculpante exige a materialização de uma ação típica, antijurídica, e a colisão entre dois bens juridicamente protegidos que resguardam uma desproporção. O bem preservado acaba sendo inferior ao sacrificado, razão pela qual remanesce a culpabilidade do agente, mas em menor grau, coadunando-se, portanto, uma minorante³¹⁸. Claus Roxin ainda acrescenta que para haver a responsabilização do agente é necessário conjugar a responsabilidade com a necessidade de pena. Materializando-se, ao revés, uma hipótese de “exclusão de culpabilidade”, pela ausência ou redução da culpabilidade, e pela prescindibilidade de pena ante a avaliação de seu escopo preventivo-geral e especial³¹⁹.

Apenas quando há a concorrência da culpabilidade com a necessidade de pena, é que esta deve ser aplicada, em obediência, outrossim, à limitação do poder punitivo do Estado. A pena poderia deixar de ser aplicada nas hipóteses de culpabilidade reduzida ante a desnecessidade de sua aplicação. Este caso é designado pelo autor de “exclusão da responsabilidade penal”, e não de culpabilidade, sendo compatível com as hipóteses de excesso na legítima defesa, e no estado de necessidade legal e supralegal³²⁰. Destaque-se por oportuno a contribuição de Berthold Freudenthal que alude a uma causa geral de exculpação supralegal, referindo que a opinião pública se insurge contra a condenação de inocentes.

Em alguns casos, no entanto, os aplicadores do Direito acabam apenando pessoas que não poderiam agir de modo diverso. Em alguns casos, segundo ele, mesmo que haja consciência e vontade na realização típica e antijurídica, associada ao dolo do agente é possível excluir a culpabilidade porque qualquer indivíduo em situação similar agiria da mesma maneira. Um dos conceitos centrais de sua abordagem é o da “possibilidade de atuar de outro modo”, que repercute sensivelmente na esfera da culpabilidade. Segundo o supracitado autor, ao avaliar um caso concreto os juízes consideram alguns aspectos para compatibilizar a aplicação da lei com os clamores populares de justiça. Deste modo ocorre a

§1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um terço a dois terços.

³¹⁸ Ibidem.p.278

³¹⁹ ROXIN, Claus., op.cit .,p.70-72

³²⁰ Ibidem.p.73-74

concessão de indultos, sursis e uma série de outros benefícios penais que dizem respeito ao juízo de absolvição e condenação³²¹.

Há certos casos em que a absolvição é imperiosa ainda que haja o enquadramento em todos os requisitos legais para a condenação. Segundo ele a absolvição se dá muitas vezes com a interpretação extensiva do estado de necessidade, mas tal instituto não é capaz de englobar todas as hipóteses que o juízo dos leigos entende ser cabível a exculpação. Analisando-se a culpabilidade seria possível fornecer uma resposta adequada a estes casos, já que a mera dosimetria da pena não é o bastante para fazê-lo, não respondendo satisfatoriamente a estas demandas. Para ele dolo e culpa apresentam elementos normativos, notadamente na imprudência e no dolo, que resguarda o traço ético da culpabilidade³²².

Em seu entender, as decisões individuais devem ser orientadas pelo aspecto valorativo do Direito, mas, só se pode exigir um comportamento conforme o Direito quando houver possibilidade para tanto. Quando for impossível esta atuação lícita, desaparecerá a reprovabilidade da conduta, e também a culpabilidade. Esta última, para ele, decorreria da relação entre o poder e a exigibilidade, e este traço ético faria parte da essência da culpabilidade³²³. Tratando desta teoria Sebastian Borges esclarece:

A inexigibilidade constitui-se no fundamento dogmático comum a todas as causas de exculpação, em resposta ao direito positivo de então, que somente considerava a possibilidade de exclusão da culpabilidade no estado de necessidade. Aberto, então, o caminho para a exculpação supralegal com arrimo no conceito de inexigibilidade, o que significa uma possibilidade evidente de concretização dos direitos fundamentais e limitação ao *jus puniendi* estatal pelo magistrado, o que vai ser decisivo na concretização da dignidade da pessoa humana no pós-positivismo. (...) A inexigibilidade passa a ser um apanágio utilizado em benefício do acusado, moderando a intervenção penal. A margem discricionária do juiz no caso concreto e a busca em atender ao apelo popular são utilizadas sempre com o escopo de reduzir a potestade punitiva do Estado, e garantir a individualização da imputação, não apenas para reduzir a pena, mas também para impor um juízo de absolvição em nome da impossibilidade de se exigir um comportamento conforme o direito no caso concreto.³²⁴

Avaliando-se a problemática do pequeno traficante é possível inferir que, de fato, malgrado haja dolo em sua conduta, qualquer outro indivíduo em condições similares agiria da mesma maneira. Deste modo, tomando-se como base a lição de Freudenthal, e aplicando-se a Culpabilidade por Vulnerabilidade a estes casos, não se pode chegar a conclusão outra

³²¹ FREUDENTHAL, Bertold. **Culpabilidad y reproche en El Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

³²² Ibidem.,p.63-70.

³²³ Ibidem.p.71

³²⁴ MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque.,op.cit.,p.145-146

senão a de que, conforme as circunstâncias do caso concreto, é possível entender exculpação destes indivíduos. Diante da ausência de liberdade para agir do “pequeno traficante”, “teleguiado” pelas circunstâncias sociais extremamente adversas, a reprovabilidade do seu ato deve ser desconsiderada, impondo-se a absolvição. Ainda que a lei resguarde a igualdade formal entre os indivíduos, materialmente há profundas diferenças, por isto, neste particular, cai por terra o argumento que exige de tais indivíduos o comportamento do “homem médio”. A partir da aferição no caso concreto da possibilidade de atuar de outro modo ou não é que o juiz poderá afastar a aplicação de pena, ou aplicá-la de modo mais brando.

No ordenamento brasileiro não há qualquer incompatibilidade com a aplicação das causas supraleais de exculpação, que conforme o caso, podem ser o melhor antídoto em face das injustiças, o que se enquadra perfeitamente com o problema examinado. Nestas situações emblemáticas, afasta-se a culpabilidade em nome da materialização da justiça. Eugenio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, ao dispor sobre a coculpabilidade retratam o baixo grau de autodeterminação de alguns indivíduos:

(...) a personalidade do homem integra-se com caracteres adquiridos mediante vivência ou condutas anteriores, mas também com elementos herdados, isto é, com elementos que provêm de uma carga genética recebida. Uma reprovação de personalidade implica uma reprovação de carga genética, isto é, a reprovação de algo que é absolutamente estranho a qualquer conduta de pessoa. (...)

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja- nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionados desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir a estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação da culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “coculpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de coculpabilidade é uma idéia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a coculpabilidade é herdeira do pensamento de MARAT e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art.66³²⁵

Vale acrescentar que não são poucas as vozes doutrinárias que hasteiam a bandeira da franca oposição a esta repartição de culpas, segundo preconiza a coculpabilidade. Isto porque seria difícil aferir no caso concreto as circunstâncias materiais em há interferência

³²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**.9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1,2011.p.528-529

da situação de pobreza no cometimento de delitos. E de outro lado, a omissão do Estado e da sociedade em salvaguardar a partilha das riquezas, assegurando a todos os cidadãos condições de vida digna, não seriam o bastante para justificar a aplicação da atenuante em comento. Neste sentido convém transcrever as palavras de Von Hirsch:

(...) se os índices de delito são altos, será mais difícil tornar a pobreza uma atenuante que diminua o castigo para um grande número de infratores. Recorrer a fatores sociais pode produzir justamente o resultado oposto: o ingresso em considerações de risco que ainda piorem a situação dos acusados pobres. (...) Não seria fácil, nem mesmo em teoria, determinar quando a pobreza é suficientemente grave e está suficientemente relacionada com a conduta concreta para constituir uma atenuante³²⁶.

Esposando entendimento similar, Guilherme de Souza Nucci afirma o desacerto deste posicionamento porque o fato do Estado não prover as demandas de seus tutelados como deveria não poderia ser apanágio à materialização de delitos. Conceber a coculpabilidade como fator de atenuação da pena abriria margem à vulgarização da atenuante prevista no art.66 do Código Penal. Em seu entender, mesmo nestes casos de miserabilidade o agente atuaria movido por sua vontade, sendo incabível, portanto, o referido benefício, que seria adstrito às possibilidades em que o agente não age livremente. A pobreza, em outras palavras, seria irrelevante para ser abarcada por esta causa de redução de pena³²⁷.

Pois bem, conquanto não seja possível negar a acuidade dos fundamentos contrários á tese da coculpabilidade, algumas considerações hão de ser efetuadas. Sabe-se que historicamente o Direito Penal tem sido o berço onde repousam aberrantes injustiças. De fato, a pobreza não pode servir de guarida às transgressões normativas, e este é um dos motivos que Zaffaroni aponta como uma de suas maiores insuficiências. No caso da teoria adotada por esta abordagem, o autor refere que se trata de uma síntese ancorada “no elemento ético da reprovabilidade e que oferece materialidade ética ao conceito. Deste modo, esta perspectiva não contraria a culpabilidade pelo ato porque a que a preserva, embora seja um “passo superador” porque compensa o descaso com relação à nota da seletividade. Cabe registrar a sua lição:

Afirmada a culpabilidade, consoante a forma ética – como culpabilidade pura pelo fato, segundo a autodeterminação com que o sujeito pôde deliberar e estabelecido segundo ela um certo grau de reprovação- a culpabilidade pelo esforço do sujeito para alcançar a situação concreta de vulnerabilidade se lhe opõe para contrabalançar a falta de atenção sobre o fenômeno da seletividade (na medida em que corresponda), e se sintetiza em uma

³²⁶ VON HIRSCH, Andrew Von. **Censurar y castigar**. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.p.154- 165

³²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal : parte Geral: parte Especial**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.p.286

culpabilidade normativa penal que pode reduzir a reprovação pelo ato, mas nunca ampliá-lo. A culpabilidade penal resultante desta síntese traduziria o esforço (ético e legítimo) do saber jurídico penal por reduzir (até onde seu poder alcance) o resultado da culpabilidade formal, mas não materialmente ética. O direito penal programa o poder jurídico redutor do poder punitivo, não legitimando senão contendo e filtrando este último de modo racional. A elaboração da resposta à conexão punitiva pela via da culpabilidade penal dialética seria uma ferramenta significativa para o cumprimento desta meta. (...) A conexão punitiva, em uma perspectiva penal baseada no conceito agnóstico de pena, resulta da síntese de um juízo de reprovabilidade baseado no âmbito de autodeterminação da pessoa no momento do fato (formulado conforme elementos formais proporcionados pela ética tradicional) com o juízo de reprovação pelo esforço do agente para alcançar a situação de vulnerabilidade em que o sistema penal tem concretizado sua periculosidade.³²⁸

Nota-se, pois, no caso dos pequenos traficantes, malgrado haja a sua histórica rotulação como “criminosos perigosos”, que devem ser mantidos sob controle o máximo de tempo possível, há perfeita compatibilidade com a hipótese aduzida anteriormente. Ante a sua impossibilidade de agir conforme o Direito, pelas condições de existência miseráveis em que muitos vivem. Geralmente são presos com “dinheiro miúdo”, e “pouca quantidade de droga”, apenas para fazer frente às necessidades mais urgentes de sobrevivência, o que demonstra a desvinculação com as poderosas organizações criminosas. O Judiciário e o Legislativo, simplesmente, não podem fechar os olhos a esta realidade, sob pena do agravamento de todas as mazelas sociais que mantêm relação com a criminalidade.

Neste contexto os pequenos traficantes, nas condições anteriormente aduzidas, devem ser beneficiados pela aplicação da Culpabilidade por Vulnerabilidade, que é uma causa de exculpação supralegal³²⁹. O Código Penal brasileiro, embora não explicitamente, admite a aplicação deste princípio que, de modo algum, colide com a avaliação da culpabilidade pelo ato. Por meio deste princípio, como visto, pode-se absolver o réu, ou minorar a pena, e nesta última hipótese, obedecer-se-á ao quanto disposto em sede do art. 59, senão vejamos:

³²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade por Vulnerabilidade. In: **Discursos Seditiosos**. : crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro: IBCCRIM/REVAN, ano 9, n.14, 2004.

³²⁹ Para efeito desta abordagem não se adere à idéia da coculpabilidade por vulnerabilidade, esposando-se o entendimento de Zaffaroni, que a considera insuficiente por atribuir à pobreza a justificativa para os delitos. Sobre o tema calha transcrever a lição de Cristiano Rodrigues: “somente através da ampliação do conceito de exigibilidade de conduta diversa em face da normalidade das circunstâncias concretas, e de uma aceitação mais ampla da inexigibilidade como causa de exculpação (mesmo sem expressa previsão legal), tornar-se-á possível instrumentalizar, materializar e aplicar a Teoria da Coculpabilidade em nosso ordenamento jurídico, passo fundamental na direção de um Direito Penal garantista, humano e mais isonômico.”. c.f. RODRIGUES, Cristiano. **Temas Controvertidos de direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.252

Art.59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

- I- As penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II- A quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III- O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV- A substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

É importante notar que no dispositivo supracitado o próprio legislador já determina que o aplicador do direito, quando da fixação da pena, atenha-se a certos critérios extra-normativos, a exemplo da “conduta social, da personalidade do agente e das circunstâncias” do crime. Deste modo, a letra da norma já indica que a mera operação silogística é insuficiente para determinar o quantum de pena a ser aplicada ao agente. Esta é uma medida para que haja a prolação de decisões mais consentâneas com o ideal de justiça, apurando-se os condicionantes do caso concreto para que, enfim, seja possível verificar a presença da culpabilidade, aplicando-se a pena proporcional ao agravo. Em outros casos, a pena deixará de ser aplicada pelo convencimento do juiz de que na hipótese não era exigível do agente um comportamento conforme o Direito.

De outro lado, os art.65 e 66 do Código Penal prevêem ainda as circunstâncias atenuantes, que nos termos do art.68³³⁰, serão levadas em consideração no caso de imputação do agente. Após a fixação da pena base são apuradas as circunstâncias atenuantes e agravantes, e por fim as causas de diminuição e aumento de pena. É o que se infere dos seguintes termos:

Art.65 São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

- I- Ser o agente menor de vinte e um, na data do fato, ou maior de setenta anos, na data da sentença;
- II- O desconhecimento da lei;
- III- Ter o agente:
 - a) Cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
 - b) Procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
 - c) Cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
 - d) Confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
 - e) Cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

³³⁰ Art.68 A pena base será fixada atendendo-se ao critério do art.59 deste Código; em seguida, serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento. Parágrafo único. No concurso de causas de aumento e de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que as aumente ou diminua.

Art.66 A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

A avaliação da culpabilidade ordinária parte do pressuposto de que todos os homens seriam dotados de equivalência de condições, e como tal, a reprovabilidade da conduta se daria com a contrariedade ao “comportamento do homem médio”. Pois bem, levando-se em conta a situação de peculiar vulnerabilidade dos indivíduos que são objeto da presente abordagem, pertencentes a certos status que favorecem a persecução estatal, estas características devem ser consideradas. Apenas a avaliação minuciosa do caso concreto será capaz de permitir a aplicação do benefício aos integrantes do tráfico, levando-se em consideração, dentre outros aspectos, o esforço pessoal do agente para abraçar a delinquência, as condições de vida, se possui emprego fixo, a conduta social, a personalidade etc.

Optando, ao revés, pela aplicação de uma pena mais branda, ante a ausência de indicação normativa com relação ao quantum de atenuação nestes casos, cabe ao aplicador do Direito estar atento ao cânone da razoabilidade, motivando a sua decisão. Trata-se de uma margem de discricionariedade atribuída ao julgador para que, avaliando os liames da casuística, seja possível sancionar o agente de modo mais justo. Os primeiros passos (lentos) no sentido de corrigir o histórico descaso com que vêm sendo tratados estes indivíduos em autêntica situação de vulnerabilidade têm sido palmilhados pela Jurisprudência. Houve nos últimos tempos, uma certa flexibilização do rigorismo punitivo impingido na disciplina do tráfico ilícito de entorpecentes, embora a matéria ainda esteja a anos-luz de distância da regulamentação ideal.

E mesmo a doutrina mais vanguardista ainda precisa se debruçar sobre o tema, pois inúmeros aspectos no particular merecem autênticos reparos. Mesmo não sendo propriamente uma novidade, a Culpabilidade por Vulnerabilidade tem sido parcamente estudada e ainda não aplicada no contexto brasileiro. Apenas a título ilustrativo, colacionou-se adiante um julgado que faz apologia à teoria de Zaffaroni, mas, a aplica de forma reversa.

SENTENÇA I-RELATÓRIO

O Ministério público Federal, por seus Procuradores da República José Flaubert M. Araújo Roberto F. Santoro, ofereceu, em 25 de fevereiro de 1994, denúncia, pelas práticas dos seguintes crimes, os réus: a) arts.4º e 5º da Lei 7492/86 c/c art29 e 71 do CP, Raimundo Nonato de Lima, Rogério Lemos Prata, Amyr Dantas Júnior, José Alberto Paz (....)

Segundo a denúncia, “em 1988 até meados de 1990, grupo de empregados do Banco do Brasil em Rio Branco-AC, montaram esquema de gestão fraudulenta dentro da agência centro, que permitiu o desvio de recursos

públicos por terceiros e propiciou a ocorrência da sonegação fiscal por correntistas comerciantes.

O esquema fraudulento teve três vertentes. A primeira, de desvio e posterior subtração por terceiros de recursos que pertenciam ao Cartório de Protesto de Títulos e Letras do Poder Judiciário do Acre e posterior subtração destes por parte de terceiros. A terceira, que possibilitou empresários de burlarem o fisco mediante sonegação fiscal. (...)

Da Dosimetria da Pena

(...)

Afirmado o delito, doso a pena. Antes, um esclarecimento de ordem principiológica, que irá nortear a dosimetria das penas de todos os réus neste processo. Refiro-me à culpabilidade pela vulnerabilidade, na esteira de um direito penal moderno. É ZAFFARONI quem lhe traça, com objetividade os contornos. Assim, após afirmar que uma pessoa, pelo só fato de existir num dado espaço, tempo e situado num extrato social está mais vulnerável e susceptível de praticar o delito e ser escolhido como réu do que um outro, vivendo no mesmo tempo e espaço, mas localizado socialmente em extrato social diverso, e que por isto mesmo exige mais esforço e vontade da parte deste último para cometer delitos.

“A vulnerabilidade (ou risco de seleção), como todo perigo, reconhece graus segundo a probabilidade de seleção, podendo estabelecer-se níveis, conforme a situação em que se tenha colocado a pessoa. Esta *situação de vulnerabilidade* é produzida pelos fatores de vulnerabilidade, que podem ser classificados em dois grandes grupos: *posição ou estado de vulnerabilidade* e o *esforço pessoal para a vulnerabilidade*.

A *posição ou estado de vulnerabilidade* é predominantemente social (condicionada socialmente) e consiste no grau de risco ou perigo que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, extrato social, minoria etc., sempre mais ou menos amplo, como também por se encaixar em um estereótipo, devido às características que a pessoa recebeu. O *esforço pessoal para a vulnerabilidade* é predominantemente individual, consistindo no grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular. A realização do “injusto” é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia”.

Diante de tais diretrizes, levo em consideração, especialmente, a culpabilidade do réu intensa, na proporção em que tinha inteira consciência da ilicitude e era exigível que se conduzisse de modo diverso. Aspecto esclarecedor de sua intensa culpabilidade, da ciência que tinha do caráter criminoso de seus atos é o relato de Ecy Araújo, que ao adverti-lo de que certos procedimentos pelo acusado adotados eram ilegais obteve a seguinte resposta: “a lei é uma trilha mas não se poderia seguir todas as suas pegadas” (fl.4793), evidenciando que o acusado era cômico dos crimes cometidos. (...)

A modernidade sinaliza para um direito penal onde a culpabilidade é sua matriz, culpabilidade que aumenta segundo a capacidade intelectual, cultural, econômica do agente, na simples constatação de que quem tem mais discernimento e poder tem o dever de melhor se comportar socialmente, na advertência aguda e erudita de Raúl Eugenio Zaffaroni, já citado.³³¹

³³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Sentença, Processo nº94. 0000482-6, Autor: Ministério Público Federal, Réus: Raimundo Nonato de Lima e Outros, Juiz Federal Substituto: Jair Araújo Facundes. Rio Branco, 18 jul.2001. Disponível em: <<http://www.ac.trfl.gov.br/noticias/2000e2001/anexos/dec940000482-6.htm>> . Acesso em: 6 mar.2013.

Note-se que a jurisprudência supracitada, mesmo invocando a Culpabilidade por Vulnerabilidade, o faz na perspectiva oposta da adotada por esta abordagem, que sustenta a a exculpação, ou alternativamente, a redução de pena do pequeno traficante. No caso em tela os réus apresentavam baixíssimo grau de vulnerabilidade, pertencendo aos estratos sociais mais elevados. Os mesmo montaram um esquema de gestão fraudulenta, tendo sido apenados por desvio de recursos públicos e sonegação fiscal. Ante plena consciência do caráter ilícito de suas condutas, levando-se em conta a sua capacidade intelectual e o seu poder aquisitivo, entendeu o Eminente julgador de primeiro grau que a “Culpabilidade por Vulnerabilidade” deveria ser aplicada. Segundo o magistrado, “quanto maior o discernimento e poder, maior a sua responsabilidade de agir conforme o direito”.

Data venia, discorda-se desta abordagem já que a teoria preconizada por Zaffaroni visa a fornecer o contrapeso à história exclusão social de alguns agentes, que acabam transgredindo as normas pela impossibilidade de atuar de outro modo. O entendimento refletido neste julgado sanciona os réus com maior rigor que o normal, aplicando-se uma “culpabilidade por vulnerabilidade às avessas”, à qual se mantém profundas reservas por constituir a aplicação de uma lógica desigual para prejudicar os agentes. Consoante exaustivamente demonstrado ao cabo desta abordagem, não constitui qualquer novidade o fato do sistema penal ser marcado pela pecha da seletividade.

A diferenciação entre o modelo de sancionamento entre ricos e pobres, infelizmente, é um dado concreto da realidade. Basta averiguar de modo pouco mais detido a disciplina emprestada ao tráfico ilícito de entorpecentes que será possível enxergar, sem muito esforço, as nocivas raízes do Direito Penal do inimigo. Em suma, é preciso alterar a tônica do discurso vigente na “matrix”, e a adoção da Culpabilidade por Vulnerabilidade é um passo essencial a este processo. A ausência de estudos aprofundados sobre esta teoria, no entanto, atua como entrave à sua aplicação, razão pela qual cabe aos cultores do Direito conferir à mesma a importância tão merecida.

CONCLUSÕES

Conforme se infere do exposto, as drogas são utilizadas pelos humanos desde tempos imemoriais, e por múltiplas razões. Cada uma, a seu modo, provocam alterações no organismo, de maior ou menor monta. Em alguns casos, são necessárias para a cura ou

tratamento de certas patologias físicas e psíquicas, e em outros, são utilizadas com fulcro, tão somente, na obtenção de prazer. A reprovação que pende sobre as chamadas “drogas ilícitas”, em verdade, decorre do preconceito arraigado no inconsciente coletivo, já que a diferenciação, neste particular, entre o “proibido” e o “permitido” se espraia na nota moralizadora. Não se pode olvidar, no entanto, que malgrado os usos e costumes interfiram no Direito, em certos casos estas questões escapam à sua alçada, especialmente no contexto penal, cuja atuação, ao menos em tese, deveria ocorrer apenas nos casos de transgressão mais gravosa aos bens jurídicos.

Conquanto a Revolução Francesa tenha renovado os ânimos com a instituição das garantias penais, que supostamente libertariam a população das amarras do passado de arbitrariedades, uma nova era de desmandos foi instituída. Manteve-se a lógica do favorecimento de poucos em detrimento da maioria, elaborando-se legislações de cunho patrimonialista e que, novamente, voltam-se à manutenção do *status quo* das classes dominantes. A disposição do sistema penal atende, estrategicamente, à perpetuação desta lógica, declarando-se a “guerra às bruxas”, leia-se, aos alvos preferenciais que perduram sendo os integrantes das classes sociais mais baixas, seus mais “fiéis clientes”.

Com a Revolução Industrial e o deslocamento de um grande contingente de mão de obra imigrante para as Américas, em contraste com as poucas vagas no mercado de trabalho, aprofunda-se a situação de miséria já reinante. Estes indivíduos, por questões de diversidade cultural, passam a se aglomerar em guetos, e neste período se torna ainda mais sobressalente a cultura do repúdio ao estrangeiro, a quem se imputa a responsabilidade pelo desemprego em massa. Erige-se o império da miséria, criminalidade e violência, emergindo as teorias das subculturas delinquentes, que promoviam o “etiquetamento” dos indivíduos pertencentes a certos status.

Posteriormente, a política de guerra às drogas foi entabulada, marcadamente, entre as décadas de 60 e 70, com a difusão, de um lado, dos movimentos de contracultura, e do outro os reflexos deixados pela conjuntura capitalista. Na tentativa de sufragar o clamor dos “hippies libertários”, os Estados Unidos disseminam pelo mundo a idéia do combate aos entorpecentes, calcado especialmente na truculência proibicionista. Neste processo ainda interferem uma série de fatores, como o Movimento Feminista, que alterou, especialmente, o modelo e as relações familiares. A “revolta das Amélias” implicou no alcance de espaços cada vez maiores no mercado de trabalho por um lado, mas, por outro a família restou relegada a último plano para muitas. Valores “sacrossantos” são postos em xeque, a exemplo da

virgindade, fidelidade, indissolubilidade matrimonial, e ocorre uma fragilização das entidades familiares.

De outro lado, a economia globalizada, que tornou o homem escravo do tempo, dificultou o estreitamento das relações familiares e entre amigos. Com o processo de “ensimesmamento coletivo” pela busca frenética por um lugar ao sol, e em atendimento às incontáveis exigências do novo mercado de trabalho, a sociedade passou a ser abalada por uma crise em que confere-se ampla vazão à formação intelectual e profissional em detrimento da humana. Os filhos passam a ser educados, muitas vezes, longe da presença dos pais, que por estarem insertos no mercado de trabalho, já se vêm diante do dilema da menor participação na vida da prole para garantir o sustento.

Em outros casos, por uma opção deliberada ou por pura fragilidade emocional, não atendem às obrigações da paternidade, e deixam a cargo da escola a missão que é genuinamente sua: a de educadores. Passam a se portar, enfim, como meros “reprodutores” e provedores das necessidades meramente financeiras dos descendentes, quando deveriam privilegiar, sobretudo, o atendimento das necessidades afetivas. Assim um número cada vez maior de indivíduos passa a recorrer às drogas, especialmente na tentativa de sentir prazer, e transpor as frustrações da vida moderna, ainda que circunstancialmente. Este processo tem ainda como catalisador o ideal consumista amplamente veiculado na sociedade vigente, e a ânsia por concretizar todas as demandas artificiais incutidas no inconsciente social, de forma implícita ou explícita, acaba ampliando ainda mais a insatisfação com a vida.

Esta atmosfera de consternação é ainda agravada pelo recrudescimento da atuação das agências formais de controle, que teimam em enxergar no encarceramento a medida mais cômoda para manter a “massa dos indesejáveis” sob controle. Mesmo sendo, paulatinamente conclamado a atuar como *ultima ratio*, especialmente a partir da inserção do conceito de bem jurídico no estudo do Direito, e da dignidade humana, o Direito Penal passa por uma crise.. Por um lado há uma tendência a estreitar o campo de atuação penal, e por outro, ante o surgimento dos novos riscos da sociedade contemporânea, há uma inclinação ao recrudescimento e ampliação do sistema penal. O discurso do medo difundido especialmente sob o patrocínio da mídia gera uma histeria coletiva a tal ponto que a sede de contenção da violência inebria o entendimento, legitimando-se a truculência estatal.

Um dos frutos desta política de “tolerância zero”, de caráter extremamente simbólico e contrária aos direitos fundamentais do indivíduo, foi a disciplina emprestada ao tráfico ilícito de entorpecentes, equiparado aos crimes hediondos. A abstração do bem jurídico protegido, qual seja a saúde pública, favorece novas manipulações, a começar pela

instauração do “Estado de Exceção perpétua” como justificativa ao tratamento atroz dos que são alcançados pelo sancionamento estatal. Isto inclui sanções desproporcionais, a fragilização das garantias, e adiantamento da culpabilidade ancorada na “periculosidade do agente”. Os “inimigos” são tolhidos das garantias devotadas aos “cidadãos” por sua opção “deliberada e irrevogável” ao campo da ilicitude.

A austeridade empregada nestas pífias estratégias oculta o desejo escuso de não chamar atenção ao “calcanhar de Aquiles”, que é o mau gerenciamento estatal das demandas coletivas. Por outro prisma, mantém-se, novamente, os indivíduos que atendem ao estereótipo “criminalóide” sob controle, encarcerando-os por pertencerem a certos grupos sociais, como os dos “pobres, negros e pardos, e os demais socialmente marginalizados”. Aplicando-se a lógica proibicionista encampada pelos Estados Unidos, o legislador brasileiro, especialmente a partir da ditadura militar instituiu um rigoroso controle ao consumo e comercialização das drogas. O modelo de persecução adotado, no entanto, ficou ineficaz na contenção do tráfico e ainda houve a elevação do consumo.

De outro lado, houve a ascensão meteórica do poderio do tráfico pela elevação do valor das “drogas ilícitas”, e pela “parceria” com integrantes das agências formais de controle. Sanciona-se, então, com todo rigor e vigor os pequenos traficantes que, no mais das vezes, não fazem nenhuma diferença na rede do tráfico, por serem facilmente substituíveis, enquanto seus verdadeiros articuladores, por pertencerem às classes dominantes, permanecem impunes. Após a edição de uma série de leis, enfim, entrou em vigor a Lei 11343/2006, que inaugurou uma perspectiva proibicionista associada à preventiva, voltando suas atenções ao usuário, destinatário da “Política de Redução de Danos”. Em que pese não tenha havido a descriminalização do uso, o toxicômano passou a ser enxergado sob a perspectiva médica, devendo ser submetido a tratamento, e não ao encarceramento.

Ante a omissão legislativa no tocante ao quantum de drogas apreendidas, no entanto, o enquadramento como “usuário ou traficante” fica a cargo da discricionariedade policial. E neste caso, outra vez, os mais pobres são taxados como traficantes, enquanto os mais ricos se beneficiam do paradigma médico. Neste particular, a exemplo do que ocorre no Direito estrangeiro, o legislador brasileiro deverá colmatar tal lacuna normativa, indicando a quantidade de drogas para que seja possível superar esta dificuldade geradora de injustiças. Ademais, mister se faz alterar a legislação de drogas instituindo tipos intermédios, com penas proporcionais a cada conduta típica. Isto porque o legislador prevê uma série de verbos, no mesmo tipo, instituindo a mesma pena.

Com isto o pequeno traficante, ou seja, encarregado apenas de avisar os demais integrantes do tráfico da chegada da polícia, é sancionado com o mesmo rigor que o traficante de mais alto escalão. De outra sorte, é imperioso que os doutos aplicadores do Direito finalmente enxerguem que a conduta típica do tráfico de drogas é distinta da integração às organizações criminosas. Isto porque muitos pequenos traficantes, por exemplo, se envolvem neste comércio ilícito tão somente para garantir subsistência, atuando como meros varejistas, e não fazem parte de tais organizações. Apesar disto reiteradamente respondem por ambos os delitos, sem que na prática tenham materializado as duas condutas.

Com as recentes alterações emprestadas ao tráfico de drogas, permitindo-se a liberdade provisória, a progressão de regime, e a fixação das penas abaixo do mínimo legal houve certo avanço na matéria. A par disto ainda não é possível vislumbrar a consecução de um Direito justo. Há casos em que, mesmo diante da aferição do dolo do agente, impera a inexigibilidade de conduta diversa, justificando-se a aplicação da Culpabilidade por Vulnerabilidade como viabilizador de sua exculpação. Este princípio materializa a síntese entre a culpabilidade pelo ato e o dado da seletividade, que conspurca o sistema penal, constituindo uma síntese dialética. Trata-se de um contraponto ao “esquecimento” da histórica opressão da classe dos excluídos que, pela ausência da materialização das normas programáticas, são relegados ao limbo do esquecimento e não têm acesso a uma vida digna.

Diante histórico etiquetamento dos indivíduos pertencentes aos estratos sociais mais baixos, e da condição de vulnerabilidade a ser aferida pelo julgador no caso concreto, não é possível imputar uma pena nestes casos com base na culpabilidade ordinária. Este é o arrimo para que as injustiças continuem se perpetuando haja vista a ausência de autodeterminação do sujeito no caso concreto. Alternativamente, caso o julgador entenda que o agente possuía certa margem de liberdade para optar pela licitude e não o fez, remanescendo a culpabilidade em grau menor, caberá a aplicação de uma pena mais branda. Sabe-se que o sancionamento estatal ancorado na tônica retributiva é uma estratégia vã, que apenas promove a retroalimentação da violência, da reincidência criminosa, e a debilitação ainda maior do sistema carcerário, induzindo à estigmatização do autor.

Com o subsídio desta nova perspectiva trazida à colação a partir do ideário de Zaffaroni é possível, ao revés, com o suporte lúcido da Política Criminal e da Criminologia, ver ao longe uma nova era no Direito Penal. A Culpabilidade por Vulnerabilidade, de fato, não pode ser encarada como um remédio polivalente para todas as dores. A aplicação deste princípio inaugura, sem sombra de dúvidas, uma gestão mais racional das lides que envolvem o pequeno traficante em situação de vulnerabilidade a ser aferida no caso concreto. A natureza

embrionária dos estudos desenvolvidos acerca do tema, todavia, debilita a sua difusão, daí a sua parca aplicação no contexto brasileiro.

A implementação das UPPs (Unidades de Polícia Pacificadoras) apenas denuncia o “toque das trombetas da era apocalíptica”, e o descontrole social vigente, criado pelo próprio sistema excludente e violento, e este é apenas o “início das dores”. Mesmo assim, o “reino” do Poder Paralelo perdura inabalável frente a insistência do Estado em adotar a repressão como estratégia válida quando, em verdade, os esforços envidados neste particular são estéreis . A partir da perspectiva ora defendida nesta abordagem será possível abandonar, ainda que a passos lentos, a odiosa tendência seletiva e excludente dos mais frágeis. Há tempos Drummond de Andrade já nos advertia para que não perdurássemos cantando o medo que esteriliza os abraços e obscurece o entendimento, mantendo viva a certeza de que o mundo é grande o bastante para que todos nele caibam. A vida é uma ordem para que aprendamos a caminhar de mãos dadas, perseguindo a consecução da lídima justiça e da igualdade, ainda que esta seja materializada com o tratamento diferenciado entre os desiguais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**.4.ed.Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues de; BRASIL, Otávio Américo Medeiros. **Toxicologia Geral : envenenamentos, intoxicações, toxicomanias, diagnóstico, tratamento, aspectos forenses**. São Paulo: Organização Andrei Editora, 1974.

AYOS, Emilio Jorge. **Delito y Pobreza: espacios de intersección entre La política criminal y la política social argentina en la primera década del nuevo siglo**. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

ALMEIDA, Maria das Graças; LIMA, Irene Videira de. Barbitúricos e Benzodiazepínicos. In: **Fundamentos de Toxicologia**. Org. Seizi Oga, Márcia Maria de Almeida Camargo; José Antônio de Oliveira Batistuzzo. 3.ed. São Paulo: Atheneu Editora, 2008.

ALVES, Wagner Coutinho. Fogo na Babilônia: Ganja, Reggae e rastas em Salvador. In: **As Drogas na Contemporaneidade: perspectivas clínicas e culturais**. Org. Antonio Nery Filho et. al. Salvador: EDUFBA, 2012.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Figueiredo. **Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena**. Editora: Coimbra Editora, 1997.

ANDRADE, Tarcísio Mattos. Redução de Danos: Um novo Paradigma? In: **Drogas: Tempos, lugares e olhares sobre seu consumo**. Org. Alba Riva Brito de Almeida et.al. Salvador: CETAD/UFBA, 200

ARATANGY, Lidia Rosenberg. **Doces Venenos: Conversas e Desconversas sobre as Drogas**. 4.ed. São Paulo: Olho D'água, 1991.

ARZAMENDI, J.L. de La Cuesta. Legislacion Penal Europea Occidental Comunitária y Comparada Sobre Drogas. In: **Drogas: Abordagem Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor,abr-jun,1990, ano3, v.3, n.2.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas (Lei 11343/2006)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BACON, Francis. **Novum Organum ou Verdadeiras Indicações acerca da interpretação da natureza.** Nova Atlântida. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica do Direito Penal.** Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Paula Cristina Monteiro de. et al. **“Porque a Cola Cola o Osso da Gente”:** Uma Suplência à palavra que Falta à Criança e ao Adolescente em Situação de Rua. Org. Gilberto Lúcio da Silva. São Paulo: Rocca, 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 12.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Política Criminal com Derramamento de Sangue. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.20, ano5, out-dez, 1997.

_____. A violência do Estado e os aparelhos policiais. In: **Cidadania e Justiça**, v2 , n.4, v.2, 1998.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro.** 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Trad. Torrieri Guimarães. 7.ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e Direito Penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: **Direito Penal Contemporâneo: Questões Controvertidas.** Coord. Pierpalo Cruz Bottini , Eugênio Pacelli. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECK, Francis Rafael. **Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias.** São Paulo: IBCCRIM, 2004.

BENFICA, Francisco Silveira. Os usuários de drogas injetáveis como um problema de saúde pública: uma nova abordagem para o direito. In: **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal.** Org. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BEZERRA, Paulo Cezar Santos. **Lições de Teoria Constitucional e de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2007.

BIANCHINI, Alice. Lei 11343, de 23 de agosto de 2006. In: **Lei de Drogas Comentada.: Lei 11343, de 23.08.2006**. 4.ed. Coord. Luís Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BIRNER, Ernesto. UZUNIAN, Armênio. **Drogas: você faz o seu caminho!** São Paulo: Harbra Ltda, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. 2.ed. São Paulo: Saraiva, v.4, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: **Direito Penal Contemporâneo: Questões Controvertidas**. Coord. Pierpalo Cruz Bottini, Eugênio Pacelli. São Paulo: Saraiva, 2011.

BORTOLETTO, Maria Élide. **Tóxicos, Civilização e Saúde. Contribuição á Análise dos Sistemas de Informações Tóxico-Farmacológicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Centro de Informação Científica e Tecnológica, Núcleo de Estudos em Ciência e Tecnologia, 1990.

BRANDÃO, Cláudio. Culpabilidade: sua análise na dogmática e no Direito Penal Brasileiro. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, ano1, p.113-133, jul/dez.2004.

BRASIL. Decreto-lei nº2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da República** Federativa do Brasil, Brasília, 31 dez.1940.

BRASIL. Lei n. 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, 27 set.1990.

BRASIL. Lei nº 11343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas- SISNAD; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Sentença, Processo nº94. 0000482-6, Autor: Ministério Público Federal, Réus: Raimundo Nonato de Lima e Outros, Juiz Federal Substituto: Jair Araújo Facundes. Rio Branco, 18 jul.2001. Disponível em: <<http://www.ac.trf1.gov.br/noticias/2000e2001/anexos/dec940000482-6.htm>> . Acesso em: 6 mar.2013.

BREGERON, Henri. **Sociologia da droga**. Trad. Tiago José Risi Leme. Aparecida: Idéias e Letras, 2012.

BRUNONI, Nivaldo. **Princípio de Culpabilidade: Considerações**. Curitiba: Juruá, 2008.

BUNGE, Mario. **La investigación científica. Su estratégia y su filosofía**.2.ed. Trad. Manuel Sacristán. Barcelo: Editorial Ariel, 1985.

BURGIERMAN, Denis Russo. **O fim da Guerra : a maconha e a criação de um novo sistema para lidar com as drogas**. São Paulo: Leya, 2011.

CALLEGARI, André Luís. Controle Social e Criminalidade Organizada. In: **Crime organizado: tipicidade, política criminal, investigação e processo: Brasil, Espanha e Colômbia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Culpabilidade e Reprovação Penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1994.

CAMARGO, Maria Thereza Lemos de Arruda. **Plantas Medicinais e de Rituais Afro-Brasileiros II: Estudo Etnofarmacobotânico**. São Paulo: Ícone, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Evilásio Teixeira. **Ensaio de uma perspectiva Sociológica da Psicanálise**. 1941.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **A Política Criminal de Drogas no Brasil. Estudo Criminológico de Dogmático da Lei 11343/2006.** 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTELO BRANCO, Anfrísio Neto. **Manual de Psicologia Médica.** Teresina: Epume, 1983.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da Libertação.** Trad. Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CAZENAVE, Sílvia de Oliveira Santos; Costa, José Luiz da. Alucinógenos. In: **Fundamentos de Toxicologia.** Org. Márcia Oga Seizi, José Antônio de Oliveira Batistuzzo. 3.ed. São Paulo: Atheneu Editora, 2008.

CHRISTIE, Nils. Civilidade e Estado. In: **Conversas Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.** Org. Edson Passetti. Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

COSSIO, Carlos. **La Valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho.** Buenos Aires: Ediciones Arayú.

CURY, Augusto. **Mentes Brilhantes, Mentes Treinadas: desvendando o fascinante mundo da mente humana.** São Paulo: Academia de Inteligência, 2010.

DELEUZE, Gilles. **Lógica do sentido.** Trad. Luiz Roberto Salinas Fortes. São Paulo: Perspectiva, 1974.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas dos Nada: Quem são os traficantes de drogas.** 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Sistema penal e Seletividade punitiva no tráfico de drogas ilícitas. In: **Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade,** Rio de Janeiro:IBCCRIM, ano 9, n.14, 2004.

DESCARTES, René. **Discurso do método.** Trad. Maria Ermantina de Almeida de Prado Galvão. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinquente e a Sociedade Criminógena.** 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

_____. **Direito Penal: Parte Geral. Questões Fundamentais à Doutrina Geral do Crime**. Coimbra: Coimbra Editora, Tomo I, 2004.

DORNELLES, João Ricardo W. **Conflito e Segurança (Entre Pombos e Falcões)**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DORNELLES, Marcelo Lemos. A Constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 e a sua natureza jurídica. In: **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Org. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ESPINHEIRA, Gey. **Sociedade do Medo: Teoria e método da análise sociológica em bairros populares de Salvador: juventude, pobreza e violência**. Salvador: EDUFBA, 2008.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: **Crime Organizado aspectos processuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

FEYERABEND, Paul K. **Contra o método**. Trad. Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhete. 31.ed.Petrópolis: Vozes, 2006.

FRANCO, Alberto Silva. Um difícil processo de tipificação. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n.21, set.1994.

FREUDENTAL, Bertold. **Culpabilidad y reproche en El Derecho Penal**. Buenos Aires: Editorial B de F, 2003.

FREITAS, Carmen Silvia Có. Aspectos médicos-Farmacológicos no uso indevido das drogas. In: **Drogas: Abordagem Interdisciplinar**, ano 3, v.3., n.2, abr-jun, 1990.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. **Espaço Urbano e Criminalidade: Lições da Escola de Chicago**. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

FUCKS, Betty Bernardo. **Freud e a Cultura**. 2.ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2007.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Uma Leitura Antropológica do uso de Drogas. In: **Drogas abordagem Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. ano3, v.3, n.2, abr-jun. 1990.

GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GARÓFALO, RAFAEL. **Criminologia. Estudo sobre o delicto e a repressão penal**. Lisboa: A.M. Teixeira, 1925.

GERSON, Fernando. O novo sistema nacional de políticas públicas sobre drogas e a flexibilização do modelo criminal repressivo. In: **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Coord. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GODOY, Luiz Roberto Ungaretti de. **Crime Organizado e seu tratamento jurídico penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GONÇALVES, Elisabeth Costa. Alguns Conceitos referentes à Toxicomania. In: **As drogas e a Vida: uma abordagem biopsicossocial**. São Paulo: EBPU, 1988.

GOODMAN & GILMAN: **As bases farmacológicas da terapêutica**. Rio de Janeiro: McGraw-Hill Interamericana do Brasil, 2006.

GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 13.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção- repressão**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HASSAMER, Winfried. História das idéias penais na Alemanha do Pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano2, n.6, abr-jun. 1994.

_____. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

HERZOG, Félix. Sociedad Del Riesgo, Derecho Penal Del Riesgo, Regulación Del Riesgo- Perspectivas más allá del Derecho Penal. In: **Crítica y justificación Del derecho penal en El cambio de siglo: El análisis crítico de la escuela de Frankfurt**. Coord. Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de La Universidade de Castilla- La Mancha, 2003.

HIRSCH, Andrew Von. Retribuição e prevenção como elementos de justificação da pena. In: **Crítica y justificación Del derecho penal em El cambio de siglo: El análisis crítico de la escuela de Frankfurt**. Coord. Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de La Universidade de Castilla- La Mancha, 2003.

HIRSCH, Hans Joachim. **Derecho Penal: Obras Completas**. Tomo I. Buenos Aires: Rubenzal – Culzoni Editores, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad. Eunice Ostrenky. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HULSMAN, Louk. Temas e Conceitos numa abordagem abolicionista de Justiça Criminal. In: **Conversas Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passetti. Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

IVERSEN, Leslie. **Drogas**. Trad. Flávia Souto Maior. Porto Alegre: L&PM, 2012.

JACKOBS, Gunter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo- noções e críticas**. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

_____. **Crítica da Razão Pura**. 1.ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas: a irracionalidade da criminalização. In: **Notícia do Direito Brasileiro**. Org. Ronaldo Rebello de Britto Poletti. Brasília: UNB, Faculdade de Direito, n.2, jul/dez.1996.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOOGAN, Houaiss. **Enciclopédia e Dicionário Ilustrado**. Rio de Janeiro: Delta, 1993.

KOSOVSKI, Ester. **Drogas, Alcoolismo e Tabagismo**. Rio de Janeiro: Biologia e Saúde. 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. Portugal: Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. **Controle penal das drogas: estudo dos crimes descritos na lei 11343/2006**. Curitiba: Juruá, 2010.

LOCKE, John. **Segundo tratado do governo civil: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Org. Igor César F. A. Gomes. Petrópolis: Vozes, 1994.

LOÏC, Wacquant. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [A onda punitiva]**. 3.ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

LONGENECKER, Gesina L. **Drogas: ações e reações**. Trad. Equipe Market Books. São Paulo: Market Books, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MAISONNEUVE, Jean. **Les sentiments**. 12.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1985.

MALARÉE, Hernán Hormazábal; RAMÍREZ, Juan J. Bustos. **Nuevo sistema de derecho penal**. Madrid: Editorial Trotta S.A, 2004.

MALBERGIER, André; PILEGGI, Adriana; SCIVOLETTO, Sandra. Etanol. In: **Fundamentos de Toxicologia**. 3.ed. São Paulo: 2008.

MANZANO, Mercedes Pérez. **Culpabilidad y prevención: Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena.** Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1986.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos : Lei n.11343, de 23 de agosto de 2006 : lei de drogas.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARONNA, Cristiano. Proibicionismo ou Morte? In: **Drogas: aspectos penais e criminológicos.** Coord. Miguel Reale Júnior, Alberto Zaccharias Toron. Rio de Janeiro: forense, 2005.

MARTINS, Charles Emil Machado. Uso de drogas: Crime? Castigo? In: **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal.** Org. André Luis Callegari, Miguel Tedesco Wedy. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008.

MARQUES, Ana Cecília Petta Roselli. Adolescência: fatores de proteção e de risco relacionados ao uso de drogas. In: **Adolescência, Drogas e Violência: Proteger é preciso.** Org. Gilberto Lúcio da Silva *et al.* Recife: Bagaço, 2008.

MARTIN, Luís Garcia. **Prolegômenos para a luta de modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do direito de Resistência.** Trad. Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2005.

MASUR, Jandira; CARLINI, Elisaldo. **Drogas : subsídios para uma discussão.** São Paulo: Brasiliense, 2004.

MATHIESEN, Thomas. A Caminho do Século XXI- Abolição, um sonho impossível? In: **Conversas Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.** Org. Edson Passetti. Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Incriminação do porte de Substância entorpecente para uso próprio. In: **Drogas: aspectos penais e criminológicos.** Coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e Seleção no Sistema Judiciário Penal.** 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. **O Conceito Material de Culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: Juspodivm. 2010.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11343, de 23 de agosto de 2006, comentada artigo por artigo**. 2.ed. São Paulo: Método, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado : Aspectos Gerais e Mecanismos Legais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Maria Luiza Mota. A Clínica das toxicomanias no Paradigma da ilegalidade: como a ilicitude influencia na prática. In: **As Drogas na Contemporaneidade: perspectivas Clínicas e Culturais**. Org. Antônio Nery Filho et.al. Salvador: EDUFBA, 2012.

MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luís Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9099/95 , lei dos Juizados Especiais Criminais**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREAU, Regina Lúcia de Moraes. Fármacos e Drogas que Causam Dependência. In: **Fundamentos de Toxicologia**. Org. Márcia Oga Seizi, José Antônio de Oliveira Batistuzzo. 3.ed. São Paulo: Atheneu Editora, 2008.

MOURA, Grégoire. **Do princípio da Co-culpabilidade no direito penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

MURICY, Marília. Racionalidade do direito, justiça e interpretação. Diálogo entre a teoria pura e a concepção luhmanniana do direito como sistema autopoiético. In: BOCAULT, Carlos Rodrigues de Abreu; RODRIGUEZ, José. **Hermenêutica Plural : possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NASCIMENTO, Angelina Bulcão. **Quem tem medo da geração shopping? Uma abordagem psicossocial**. Salvador: Secretaria da Cultura e Turismo, EDUFBA, 1999.

NERY FILHO, Antonio ; MESSEDER, Marcos Luciano. Exclusão ou Desvio? Sofrimento ou Prazer? In: **Drogas: tempos, lugares e olhares sobre seu consumo**. Org, Antonio Nery Filho et al. Salvador: EDUFBA, 2004.

NERY FILHO, Antônio. Por que os Humanos usam drogas? In: **As drogas na contemporaneidade: perspectivas clínicas e culturais**. Org. Antônio Nery Filho et al. Salvador: EDUFBA: CETAD, 2012.

NOEL L. ALLPORT, F. I. C. **The Chemistry and Pharmacy of Vegetable Drugs: Dealing with the derivation and properties of all the principal Vegetable Drugs**. Brooklyn: Chemical Publishing Company, 1944.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal : parte Geral: parte Especial**.4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORTEGA Y GASSET, J. **O homem e a gente**. 2.ed. Rio de Janeiro: Livro Ibero-Americano, 1973.

PACHECO, Rafael. **Crime organizado: medidas de controle e infiltração policial**. Curitiba: Juruá, 2007.

PALMA, Fernanda. **O princípio da Desculpa em Direito Penal**. São Paulo: Livraria dos Advogados Editora Ltda, 2005.

PEDROSO, Rosemary Custódio. Dopagem nos Esportes por Cafeína. In: **Fundamentos de Toxicologia**. Org. Márcia Oga Seizi, José Antônio de Oliveira Batistuzzo. 3.ed. São Paulo: Atheneu Editora, 2008.

PIERANGELLI, José Henrique. A Culpabilidade e o Novo Sistema Penal. In: **Revista Jurídica**, Campinas: PUCCAMP, v.6, mar.98.

_____. **O Consentimento do Ofendido: na Teoria do Delito**.3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Códigos Penais do Brasil- Evolução Histórica**.1.ed. Bauru: Javoli, 1980.

POPPER, Karl Raymund. **Lógica das Ciências Sociais**. 3.ed.Trad. Estêvão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POROT, A. & POROT, M. **Les Toxicomanies**. Paris : PUF, coleção Que je sais-je ?, 1993.

PRATTA, E. M.M. & SANTOS, M. A. **O Processo Saúde- Doença e a dependência Química: Interfaces e Evolução.** Brasília, Psicologia: Teoria e Pesquisa, abr-jun, 2009, Vol. 25, n.2, pp203-211. Disponível em : <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v25n2/a08v25n2.pdf>>. Acesso em: 20 jan.2013.

PRADO, Luís Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PUIG, Santiago Mir. **Fundamentos e Teoria do Delito.** Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REGHELIN, Elisangela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. In: **Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da Política Criminal.** Org. André Luís Callegari, Miguel Tedesco Wedy. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. Defesa Social, Ideologia do Tratamento e o Direito Penal do Inimigo. In: **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, Ano 3, N.5, jul-dez de 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

RICOEUR, Paul. **O Conflito das Interpretações : ensaios de hermenêutica.** Rio de Janeiro: Imago, 1978.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. O Direito penal simbólico e os efeitos da pena. In: **Crítica y justificación Del derecho penal em El cambio de siglo: El análisis crítico de la escuela de Frankfurt.** Coord. Luís Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann, Adán Nieto Martín. Cuenca: Ediciones de La Universidade de Castilla- La Mancha, 2003.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da pena privativa de Liberdade.** Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

RODRIGUES, Cristiano. **Temas Controvertidos de direito penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. **Controle Penal sobre as Drogas Ilícitas: O Impacto do Proibicionismo no Sistema Penal e na Sociedade.** 2006. 273f. Tese (Doutorado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato Social ou princípios do direito político**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura da La Teoria del Delito**. Trad. Diego –Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Tomo I. Editorial Civitas S.A, 1997

SABACK, Amália. Drogas- ideologias e Discursos: Reflexões a partir da Mídia Eletrônica. In: **As Drogas na Contemporaneidade: perspectivas clínicas e culturais**. Org. Antonio Nery Filho et al. Salvador: EDUFBA, 2012.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luis Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANCHES, Mariana; PAGGI, Matheus. Internar à força resolve? Revista Época. Saúde & Bem-Estar. Crack. 8 de agosto de 2011. nº690.

SANTANA, Selma Pereira de. **A Culpa Temerária: contributo para uma construção no direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Gestão Penal da Exclusão e o Caráter Ideológico do Sistema Penal. In: **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal: Homenagem a Alessandro Baratta**. Org. Paulo César Corrêa Borges. São Paulo: NETPDH; Cultura Acadêmica Editora, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia Radical**. 3.ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Gerson Pereira dos. O dependente de drogas. Perspectiva vitimológica. In: **Drogas abordagem interdisciplinar**. Ano3, v.3, n.2, abr.-jun.1990.

SANTOS, Suzzana de Vasconcellos Bernardes; SOUZA, Edilson de Moura. Desafios no tratamento dos Usuários de Crack. In: **Drogas, Políticas e Práticas**. Org. Gilberto Lucio da Silva. São Paulo: Roca, 2010.

SARTRE, Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo; A imaginação; Questão de método**. Cap.III O Método Progressivo-Regressivo. Trad. Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte e Bento Prado Júnior.3.ed.São Paulo: Nova Cultural,1987

SCHEERER, Sebastian. Um Desafio para o abolicionismo. In: **Conversas Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passetti. Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

SHÜNEMANN, Bernd. **Temas actuales y permanentes Del Derecho penal después del milenio**. Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2002.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SICA, Leonardo. Funções Manifestas e Latentes da Política de War On Drugs. In: **Drogas aspectos Penais e Criminológicos**. Coord. Miguel Reale Júnior, Alberto Zaccharias Toron et.al. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA, César Dario Mariano. **Lei de Drogas Comentada**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado : procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

S.I. GARCIA, Alberto Barrena. Presencia de lãs Drogas em La Crisis Del Estado. In: **Drogas: Abordagem Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor. Ano3, v.3, n.2, abr-jun. 1990.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Roberto Baptista da . Abolicionismo, Criatividade e Satisfação. In: **Conversas Abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. Org. Edson Passetti. Roberto B. Dias da Silva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Drogas e Política Criminal: Entre o Direito Penal do inimigo e o Direito Penal Racional. In: **Drogas: Aspectos Penais e Criminológicos**. Coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SPOSATO, Karyna Batista. Criminalização das Drogas e Delinquência Juvenil. In: **Drogas Aspectos Penais e Criminológicos**. Coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A inserção do Controle Social nas Escolas Criminológicas. In: Ciências Penais. **Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**, ano3,n.5, jul-dez 2006.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TOTUGUI, Márcia Landini. Visão histórica e antropológica do consumo de drogas. In: **As Drogas e a Vida : uma abordagem biopsicossocial** . Org. Richard Bucher. São Paulo: EPU, 1988.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: O progresso ao retrocesso**. Coimbra: Almedina, 2010.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral e do Brasil**. São Paulo: Scipione, 2005.

VIDAL, Sérgio. História do Cultivo Indoor da Cannabis Sativa. In: **As Drogas na Contemporaneidade: perspectivas clínicas e culturais**. Org. Antonio Nery Filho et al. Salvador: EDUFBA, 2012.

VON HIRSCH, Andrew Von. **Censurar y castigar**. Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal: Uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. Luis Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. 3.ed.Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. La Legislación “Anti-Droga” Latinoamericana: Sus Componentes de Derecho Penal Autoritario. In: **Drogas: Abordagem Interdisciplinar**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor., ano 3, v. 3, n.2, abr-jun, 1990.

_____. Globalización y Sistema Penal en América Latina: De La Seguridad nacional a La Urbana. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais/IBCCRIM,ano 5, n.20, out-dez.1997.

_____. Culpabilidade por Vulnerabilidade. In: **Discursos Sediciosos**. : crime, direito e sociedade,Rio de Janeiro: IBCCRIM/REVAN, ano 9, n.14, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**.9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1,2011.