



**CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**A RACIONALIDADE LEGISLATIVA PENAL E SUA APLICAÇÃO SOBRE A LEI N.
11.343/2006**

RAFAEL BULGAKOV KLOCK RODRIGUES

Jacarezinho-PR
2022



**CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

**A RACIONALIDADE LEGISLATIVA PENAL E SUA APLICAÇÃO SOBRE A LEI N.
11.343/2006**

RAFAEL BULGAKOV KLOCK RODRIGUES

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – PPGCJ (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito), da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak



**CAMPUS DE JACAREZINHO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA**

Ficha catalográfica elaborada pelo autor, através do
Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

Rr Rodrigues, Rafael Bulgakov Klock
 A Racionalidade Legislativa Penal e sua Aplicação
 Sobre a Lei N. 11.343/2006 / Rafael Bulgakov Klock
 Rodrigues; orientador Luiz Fernando Kazmierczak -
 Jacarezinho, 2022.
 136 p.

 Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) -
 Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de
 Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação
 em Ciência Jurídica, 2022.

 1. política de drogas. 2. racionalidade
 legislativa penal. 3. processo legislativo. I.
 Kazmierczak, Luiz Fernando, orient. II. Título.

**A RACIONALIDADE LEGISLATIVA PENAL E SUA APLICAÇÃO SOBRE A LEI N.
11.343/2006**

RAFAEL BULGAKOV KLOCK RODRIGUES

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica – PPGCJ (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito), da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP.
Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

BANCA AVALIADORA

Presidente: Professor Doutor Luiz Fernando Kazmierczak (orientador)

2º Membro: Professor Doutor Marcos César Botelho

3º Membro: Professor Doutor José Eduardo Lourenço dos Santos

Coordenador do programa: Professor Doutor Fernando de Brito Alves

Jacarezinho-PR
2022

AGRADECIMENTOS

Ingressar no mestrado e, posteriormente, escrever essa dissertação não foi tarefa fácil. Os últimos dois anos foram muito difíceis para todos. Perdemos pessoas queridas, tivemos mudanças drásticas em nossas vidas, principalmente em relação à forma como nos relacionamos socialmente, todavia, algumas relações apenas se fortaleceram.

Muitos dos que aqui serão citados eu não vejo antes mesmo da Pandemia, mas isso não diminui o meu carinho e a minha gratidão pela participação e importância em minha trajetória.

Gostaria de agradecer uma infinidade de pessoas que participaram da minha vida até o momento, mas corro o risco de me estender demais, e ainda deixar alguém de fora, então estas eu agradecerei pessoalmente.

Começo agradecendo meus pais, Andrea Bulgakov Klock e Franciano Aparecido Rodrigues. Fizeram o que podiam e muito mais para que eu tivesse a oportunidade de estudar. Nunca deixaram se abater pelas intempéries que a vida traz. E sempre tiveram amor de sobra. Minha mãe, minha referência do quanto o estudo é emancipador. Meu pai, minha referência de que, mesmo sem o conhecimento formal, a nossa capacidade não tem limites.

Agradeço meus mestres, João Bosco Rocha Guimarães e José Domingues Filho. O primeiro foi meu grande professor, me deu ânimo e condições de construir conhecimentos para o ingresso na graduação, tornando a escola um lugar de aprendizado e alegria, não de cobranças. O segundo me ensinou a estudar o Direito, com a lógica e ordem necessárias, tendo paciência ilimitada com meus questionamentos e comportamentos tolos, e me tratando sempre com igualdade, a despeito do abismo de sabedoria que existia e permanece.

Agradeço meus grandes professores da faculdade, Nilson Pereira dos Santos e Gustavo de Souza Preussler. O primeiro me apresentou a temática “política de drogas” e trouxe a humanidade, que eu não tinha, para tratar do assunto, e das pessoas envolvidas. O segundo me orientou a graduação inteira, tanto no TCC quanto na trajetória acadêmica. Me apresentou à criminologia, à teoria da racionalidade legislativa penal, e ainda, ao caminho do professor, que se constrói todos os dias.

Agradeço o Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, em nome do meu orientador, Doutor Luiz Fernando Kazmierczak, que tem me guiado pelo mestrado, tanto na forma quanto no conteúdo, e da Secretária do Programa, Maria Natalina da Costa, que sempre nos acode em momentos de desespero.

Agradeço meus colegas do Programa, que foram companheiros durante essa formação, e em especial, meus amigos Leonardo Paiva, Lucas Nogueira, Matheus Conde e Vinny Pellegrino, que me acompanharam nesse caminho tortuoso, me ajudaram no desenvolvimento das habilidades de pesquisa, na produção acadêmica e trouxeram, acima de tudo, muita diversão a todo esse processo.

Caminhando para o fim, essa trajetória não teria sido tão feliz sem os amigos Deyvis Lopes, Igor Paulatti, Matheus Jorge, Tiago Jara e Wellington Rocha, que estiveram envolvidos em momentos diferentes dessa estrada, mas que foram e são essenciais para minha formação como ser humano, que me ensinam sobre a amizade diariamente, e que me entendem e me socorrem nas situações mais peculiares possíveis.

Finalizo, enfim, agradecendo minha esposa, Paula Cristina Santos Pireneus, que deu luz à minha vida, ao caminho até aqui percorrido, que não me deixou desistir dos objetivos traçados, e que está me esperando para o almoço pelas últimas três horas que levei escrevendo esses agradecimentos. A ela todo o meu amor!

RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock. *A Racionalidade Legislativa Penal e sua Aplicação Sobre a Lei N. 11.343/2006*. Jacarezinho, 2022. 136 p. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão/Linha de Pesquisa: Função Política do Direito), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná/*Campus* de Jacarezinho.

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a política criminal de drogas no Brasil sob a ótica da teoria da Racionalidade Legislativa Penal de José Luis Díez Ripollés, para aferição de racionalidade da legislação vigente e de um projeto de lei que pode alterá-la drasticamente. O método utilizado no trabalho é o hipotético-dedutivo, onde se submete a política de drogas aos critérios de racionalidade legislativa, e se apontam inconsistências. As técnicas empregadas são as monográficas e as históricas, ambas pautadas em levantamento bibliográfico e documental, como atas parlamentares, minutas de projetos de lei, e outros documentos oficiais. No primeiro capítulo são expostos quais os fins almejados pelo Direito Penal e os princípios que Díez Ripollés considera essenciais para a área. No segundo capítulo são apresentadas formas de fragilidade das legislações penais contemporâneas, e a adoção da teoria da racionalidade legislativa como forma de superá-las, bem como suas fases e critérios de aplicação. No terceiro e último capítulo é exibido um breve histórico da política criminal de drogas no Brasil, partindo de 1890 até as últimas alterações, em 2019. Neste capítulo é apurada a racionalidade legislativa da Lei n. 11.343/2006, expostos os principais pontos do Projeto de Lei n. 4565/2019, e feita a comparação entre os dois textos, com o fito de avaliar o progresso no aspecto da racionalidade legislativa. Concluiu-se que, os princípios consolidados no Direito Penal nem sempre são compatíveis com os objetivos dos legisladores, que flutuam entre a tutela de suas próprias convicções ou interesses, independentemente da efetividade das normas produzidas. Também ficou evidenciado que a política criminal de drogas no Brasil sempre foi tratada com lastro nas legislações estadunidenses, e sem a observação da realidade brasileira. Enfim, constatou-se que, embora o projeto de lei em tramitação traga algumas melhorias em relação à norma vigente, a irracionalidade legislativa penal é perpetuada.

Palavras-chave: política de drogas; racionalidade legislativa penal; processo legislativo.

RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock. *Criminal Legislative Rationality and its Application on Law N. 11.343/2006*. Jacarezinho, 2022. 136 p. Master's Dissertation presented to the Graduate Program in Legal Science (Area of Concentration: Theories of Justice: Justice and Exclusion/Research Line: Political Function of Law), from the Center for Applied Social Sciences of the State University of Northern Paraná/ Jacarezinho Campus.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the criminal drug policy in Brazil from the perspective of José Luis Díez Ripollés' Penal Legislative Rationality theory, to assess the rationality of the current legislation and a bill that can drastically alter it. The method used in the work is the hypothetical-deductive, where drug policy is submitted to the criteria of legislative rationality, and inconsistencies are pointed out. The techniques used are monographic and historical, both based on bibliographic and documentary research, such as parliamentary minutes, draft law projects, and other official documents. The first chapter exposes the aims pursued by Criminal Law and the principles that Díez Ripollés considers essential for the area. The second chapter presents forms of the fragility of present-day criminal legislation and the adoption of the theory of legislative rationality as a way to overcome them, as well as its stages and application criteria. The third and last chapter shows a brief history of criminal drug policy in Brazil, starting from 1890 until the fresh changes in 2019. In this chapter, the legislative rationality of Law n. 11.343/2006, exposing the principal points of law project n. 4565/2019, and fulfilled a comparison about the two texts, intending to evaluate the progress in the aspect of legislative rationality. It concluded that the principles consolidated in Criminal Law are not always compatible with the objectives of legislators, who fluctuate between the protection of their convictions or interests, regardless of the effectiveness of the norms produced. It was evidenced the criminal drug policy in Brazil has always been dealt with under the terms of US regulation, and without observing the Brazilian reality. Finally, it found that, although the bill brings some improvements to the current norm, the penal legislative irrationality is maintained.

Keywords: drug policy; criminal legislative rationality; legislative process.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A LEGISLAÇÃO PENAL E SEU PAPEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	14
2.1 OS FINS QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL	15
2.2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL SEGUNDO DÍEZ RIPOLLÉS	21
3 AS FORMAS E AS FRAGILIDADES ADVINDAS DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NAS LEGISLAÇÕES PENAIS MODERNAS	30
3.1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO, DA EMERGÊNCIA, DAS VELOCIDADES E O SIMBÓLICO	34
3.2 OS OBSTÁCULOS EPISTEMOLÓGICOS DA COGNIÇÃO LEGISLATIVA.....	48
3.3 A SUPERAÇÃO DOS OBSTÁCULOS ATRAVÉS DA RACIONALIDADE LEGISLATIVA DE DÍEZ RIPOLLÉS.....	55
3.3.1 As fases legislativas	57
3.3.2 As racionalidades legislativas	64
3.3.3 A racionalidade legislativa no ordenamento jurídico nacional	69
4 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL	75
4.1 BREVE HISTÓRICO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL	75
4.2 O PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI DE DROGAS DE 2006	90
4.3 AS (IR)RACIONALIDADES LEGISLATIVAS NA LEI N. 11.343/2006	94
4.4 COMPARAÇÃO ENTRE A LEI DE DROGAS ATUAL E O PROJETO DE LEI N. 4565/2019	113
5 CONCLUSÃO	122
REFERÊNCIAS.....	126

1 INTRODUÇÃO

O processo de construção, discussão e aprovação de uma legislação, principalmente quando criminal, deve estar amparada sobre parâmetros éticos e racionais, que a tornem compatível com o Estado Democrático de Direito e com a realidade social, sob pena de criar uma norma retrógada ou, até mesmo, inaplicável pelos agentes responsáveis.

A partir da análise do positivismo jurídico – surgido com o movimento iluminista –, das críticas frente a uma inquirição da nomogênese jurídica, e da produção legislativa nacional dos séculos XX e XXI, pode-se extrair que as leis nem sempre buscam as melhores soluções para os problemas sociais, e muitas vezes são meros frutos de interesses particulares de classes dominantes ou até mesmo de legisladores imperitos.

Frente a essas constatações, é necessário investigar os processos legislativos, principalmente os de caráter criminalizante, e os critérios de racionalidade, além daqueles já aplicados no controle realizado pelas comissões da Câmara de Deputados, Senado Federal e Congresso Nacional, que não se mostram suficientes.

Diante desse panorama, torna-se imprescindível a análise da Lei de Drogas vigente no Brasil. Tendo sua origem marcada pela influência do direito internacional – convenções, tratados e, principalmente, direito estadunidense –, a inadequação das medidas preventivas e ressocializadoras contidas nesta, de caráter médico-preventivo e de forte apelo moral, são patentes.

Já o conteúdo punitivo da legislação, tanto pelas penas altíssimas – que se assemelham as dos crimes de homicídio e estupro – quanto pela rigidez na execução da pena e certas facilidades probatórias para a acusação no contexto processual, não guarda coerência com o princípio da dignidade humana nem com o Estado Social e Democrático de Direito.

Assim, a presente pesquisa visa diagnosticar se existem incongruências e fragilidades nos tipos penais e disposições processuais penais presentes na Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas vigente em 2022, com todas as alterações sofridas desde sua publicação), através da aplicação da teoria da racionalidade legislativa elaborada por Díez Ripollés, e ainda verificar se o Projeto de Lei n. 4565/2019 – que pretende modificar as disposições penais da referida legislação – trará

aprimoramento, ou quiçá, supressão das irracionalidades frente à lei vigente, eventualmente constatadas.

A hipótese a ser testada é a de que a política criminal de drogas imposta pela lei de 2006 – mas que vem tomando forma desde o começo da década de 1970 –, não cumpre os requisitos da racionalidade legislativa desenvolvida por Díez Ripollés, e que o referido projeto de lei, que visa substituí-la, aprimora, mas não supre todos os vícios da norma.

Com o produto dessa investigação será possível produzir sugestões ao Poder Legislativo, que possam tornar tal norma, ou criar uma nova que sirva como, um instrumento efetivo da promoção da dignidade da pessoa humana, com o fim de reduzir as desigualdades e a rotulação dos indivíduos mais vulneráveis, além de mais efetividade na aplicação do direito.

Acerca da metodologia utilizada, tem-se algumas considerações. Marina de Andrade Marconi e Eva Maria Lakatos (2017, p. 121) diferenciam os métodos em duas modalidades: os de abordagem (caráter mais amplo e abstrato, visando o objetivo geral) e os de procedimento (mais concreto e voltado aos objetivos específicos).

Então, em relação ao método de abordagem, foi utilizado o hipotético-dedutivo (LAKATOS; MARCONI, 2017, p. 108-114), partindo dos seguintes passos: 1) estabelecimento do conhecimento prévio (as funções e princípios do direito penal); 2) o problema (as expressões do direito penal na atualidade em detrimento do Direito Penal Mínimo, bem como os interesses e desvios na construção da política de drogas no Brasil); 3) a conjectura (implementação da teoria da racionalidade legislativa de Díez Ripollés como forma de aferição e aprimoramento da qualidade legislativa); e 4) o falseamento (onde é feita a subsunção da política de drogas atual e sua alternativa, contida no PL n. 4565/2019, à teoria da racionalidade legislativa).

Já nos métodos de procedimento, onde se costuma utilizar mais de um, simultaneamente, foram eleitos o método monográfico – ao estudar a política de drogas, os sujeitos envolvidos e os reflexos desta na sociedade – e o método histórico – para identificar os trejeitos da formação da política de drogas nacional desde o fim do século XIX até a atualidade – (LAKATOS; MARCONI, 2017, p. 121-129).

O primeiro capítulo trará um levantamento bibliográfico acerca das funções exercidas pela legislação penal em um Estado Democrático de Direito, bem como os princípios e qualidades que norteiam ou deveriam nortear a construção dessa legislação.

Nesse capítulo é evidenciada a ausência da tentativa de produzir novos conhecimentos, apenas tentando compilar o conteúdo já conhecido e consolidado sobre a temática, de forma organizada, primando pelos autores essenciais da América Latina e da Espanha, para ser utilizado como premissas para os capítulos subsequentes.

O segundo capítulo tratará das fragilidades percebidas nas legislações penais modernas, bem como a possibilidade de superação destes desafios através da aplicação da teoria da Racionalidade Legislativa Penal de José Luiz Díez Ripollés, e ainda será analisada a aplicação desta racionalidade na lei, que rege a política de drogas brasileira, os resultados dessa análise e sua viabilidade de utilização em todas as legislações.

Trata-se de uma pesquisa documental indireta, baseada em bibliografia, tendo por fontes a imprensa escrita – considerando o uso de notícias e reportagens jornalísticas da época da produção da legislação de drogas de 2006 – e publicações, como artigos científicos e livros teóricos acerca das temáticas abordadas. Pode-se ainda classificar essas fontes como secundárias, haja vista seus usos como reforços paralelos na análise a ser realizada no terceiro capítulo.

O terceiro capítulo, então, trará a análise dos principais fatos históricos que poderiam motivar a criação das leis de drogas no Brasil, bem como o mapeamento dos argumentos que ensejaram essa construção, além da aplicação empírica da teoria da racionalidade legislativa de Díez Ripollés. Dessa forma, escorrerá a documentação utilizada (em sua maioria de natureza parlamentar – como projetos de lei, suas justificações, substitutivos, pareceres, atas de audiências públicas e notas taquigráficas de sessões do Congresso Nacional), pelo crivo das presentes teorias.

Essa análise dos fatos históricos que podem ter influenciado na construção das políticas de drogas nacionais tem um alto teor indutivo, em razão da diminuição da certeza para o alcance de um possível novo conhecimento. Porém, as induções realizadas ao fim deste capítulo não deixam de ter natureza científica, uma vez que são fundadas em dados colhidos com rigor técnico.

Este capítulo utilizará também da pesquisa bibliográfica, mas será lastreada primordialmente por pesquisa documental, a partir de arquivos públicos – como documentos oficiais (leis) e publicações parlamentares (projetos de lei e atas legislativas) –. Esse segundo tipo de fonte é considerado primária, já que é o próprio pesquisador que emite suas análises e conclusões sobre os dados encontrados, e ainda são todas fontes escritas, levando em conta que aquelas originalmente orais, foram reduzidas à termo.

Enfim, do estudo mencionado, serão realizadas comparações entre a legislação de drogas vigente e o texto do Projeto de Lei n. 4565/19, da Câmara dos Deputados. Da análise das premissas levantadas, serão identificadas as formas de aplicação da racionalidade legislativa tomada por critérios mais coerentes, além de medidas de aprimoramento da produção legislativa nacional.

O problema examinado é a suposta falta de critérios de racionalidade legislativa nas legislações penais brasileiras, mais especificamente, na política criminal de droga. Em seguida, é apresentada a teoria da racionalidade legislativa penal de Díez Ripollés, como solução para a ausência de critérios rigorosos no processo legislativo, caracterizando-se como “teoria-tentativa”. Por último, é realizada uma tentativa de eliminação de erro, como teste da hipótese, ao comparar a lei de drogas atual com um projeto de lei para substituí-la, e analisar se as falhas de racionalidade foram superadas.

A atual política de drogas e critérios utilizados pelos legisladores para aferir a racionalidade legislativa, bem como, o conteúdo do referido projeto de lei que visa aprimorar a legislação de drogas são a tese, a aplicação da teoria da racionalidade legislativa penal de Díez Ripollés é a antítese, e por fim, as considerações acerca da (ir)racionalidade da política em vigência e do projeto de lei em tramitação, além das medidas de aprimoramentos da produção legislativas extraídas desse embate são a síntese.

2 A LEGISLAÇÃO PENAL E SEU PAPEL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A legislação sempre foi alvo de muitas críticas. Tanto pela legitimidade de sua criação quanto pela legitimidade de sua aplicação, tendo em vista que “a lei penal vem assumindo outras funções que pouco têm a ver com as suas funções tradicionais, transformando-se num verdadeiro ‘código moral da sociedade’” (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 35).

Jesus-María Silva Sánchez, já na introdução de sua obra “*La expansión del derecho penal*” (SÁNCHEZ, 2001, p. 17), cita uma frase atribuída ao pensador romano Tácito: “*Pessima respublica, plurimae leges*” (SÁNCHEZ, 2001, p. 17). Em tradução livre a expressão significaria: péssima república, muitas leis.

Miguel Reale, em sua obra *Filosofia do Direito* (REALE, 1983), já havia constatado que a legislação é fruto da incidência de um complexo axiológico sobre um complexo fático, que provoca uma série de proposições normativas, e que ao passar pelo crivo do poder, resulta em norma. Assim, caracteriza-se a Teoria Tridimensional do Direito: fato, valor e norma.

O filósofo relaciona o valor com fim, de forma que “Um fim outra coisa não é senão um valor posto e reconhecido como motivo de conduta” (REALE, 1983, p. 544), sendo que “todo fim constitui a determinação de dever ser de um valor no plano da práxis” (REALE, 1983, p. 548). Entretanto, de acordo com Reale (1983), os valores que movem o sujeito à ação, são por percebidos devido a um processo inicialmente emocional, não redutível à expressão de fórmulas ou categorias racionais, ou seja, “Nem tudo no valor é suscetível de ser explicado racionalmente” (REALE, 1983, p. 545).

O autor afirma ainda que, “Toda norma legal é uma opção entre vários caminhos, pois não é dito que só haja uma via legítima perante uma mesma exigência axiológica, numa dada situação de fato” (REALE, 1983, p. 557), evidenciando que esta é fruto de alguns valores sociais (de uma classe) dominante(s) em certo momento histórico.

Nesse sentido, Jeremy Waldron (2003, p. 16-17) considerou que “a lei não tem nenhuma ligação necessária com a justiça”, e:

embora o positivismo jurídico tenha tradicionalmente dado lugar de distinção à legislação como base do direito, os positivistas modernos estão muito

menos interessados nisso do que no processo pelo qual o direito é desenvolvido nos tribunais.

Voltando-se agora para a fundamentação da legislação penal, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde (1989, p. 99), os autores apontam que não há uma concordância acerca da missão que o direito penal possui. Os autores trazem que “A opinião majoritária considera que a missão do Direito penal é a proteção de bens jurídicos ante possíveis lesões ou ameaças de perigo”¹ (1989, p. 100).

Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2002, p. 37) definiram a legislação penal como “o conjunto de leis que programam a decisão de conflitos mediante uma coerção que priva de direitos ou infligem uma dor (pena) sem perseguir um fim reparador nem de neutralização de um dano em curso ou de um perigo iminente”². Ademais, é possível afirmar-se que:

A função mais óbvia dos juízes penais e do direito penal (como planejamento das decisões daqueles), é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial), o poder punitivo estaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, conseqüentemente, desapareceria o estado de direito e a república propriamente dita (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 5).

Díez Ripollés (2016), por sua vez, ressalta que “a lei penal acumulou recentemente funções sociais significativamente distintas das que lhe eram peculiares” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 22-23), assumindo muitas vezes o papel de evidenciar qual o código moral da sociedade, aqueles que se tornam sendo utilizados com fins simbólicos. Ainda menciona sobre a “progressiva desconfiança da opinião pública e da sociedade em geral em relação aos funcionários da justiça”, e enfim, “permitiu-se que o campo da criação das leis a serem interpretadas ficassem em mãos da improvisação e do oportunismo social e político”.

2.1 OS FINS QUE JUSTIFICAM A MANUTENÇÃO DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL

Em uma de suas principais obras, Claus Roxin (2006, p. 1) apontava que o Direito Penal “assegura a paz infra-estatal e uma distribuição de bens minimamente justa. Com isso garante ao indivíduo os pressupostos para o livre desenvolvimento

¹ Tradução livre do autor. No original: “La opinión mayoritaria considera que la misión del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos ante posibles lesiones o puestas em peligro”.

² Tradução livre do autor. No original: “al conjunto de leyes que programan la decisión de conflictos mediante una coerción que priva de derechos o infiere un dolor (pena) sin perseguir un fin reparador ni de neutralización de un daño en curso o de un peligro inminente”.

de sua personalidade, o que se compreende entre as tarefas essenciais do estado social de direito”.

Por outro lado, a justiça criminal já demonstrava seus danos, quando “submete numerosos cidadãos, nem sempre culpados, a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico” e ainda “estigmatiza o condenado e o leva à desclassificação e à exclusão social” (ROXIN, 2006, p. 2).

Francisco Muñoz Conde (2001, p. 89) afirma que “A norma penal funciona protegendo as condições elementares mínimas para a convivência e motivando, ao mesmo tempo, nos indivíduos, que se abstenham de violar essas condições elementares”³, identificando assim, ao menos duas funções: a de proteção e a de motivação.

Ao caracterizar a função de proteção, Conde (2001, p. 90) traz que “A diferença entre a norma penal e as demais normas jurídicas, nesta matéria, reside na especial gravidade dos meios empregados pela norma penal para cumprir esta missão”, e que esta só “intervém ou deve intervir nos casos de ataques mais graves a convivência pacífica na comunidade”⁴.

Para determinar o que deve ser protegido, utiliza-se o conceito de bem jurídico, que seria segundo Conde (2001, p. 90), “A autorrealização humana necessita de alguns pressupostos existenciais que, tanto são de utilidade para o homem, denominados ‘bens’ e, concretamente, tanto são objeto de proteção pelo direito, os ‘bens jurídicos’”⁵.

Assim, bem jurídico seria aquilo que as pessoas precisam para se autorrealizar, tanto na vida propriamente dita quanto no convívio social. Nessa senda, logicamente existe uma ordem de bens jurídicos indispensáveis, começando pela vida e saúde, seguido pelas formas de sustento, vestimentas e moradia, depois a proteção da personalidade, pela honra e liberdade.

Roxin (2006, p. 35) descreve bens jurídicos como “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na

³ Tradução livre do autor. No original: “La norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos, que se abstengan de dañar esas condiciones elementales”.

⁴ Tradução livre do autor. No original: “La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas, en esta materia, radica en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión y en que sólo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica e n la comunidad”.

⁵ Tradução livre do autor. No original: “La autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en tanto son de utilidad para el hombre, se denominan ‘bienes’”.

igualdade, e subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas”, de onde se deduz que “o direito penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios, menos gravosos”.

Por sua vez, Francisco de Assis Toledo (1994, p. 16/17), define bens jurídicos como “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigos de ataque ou a lesões efetivas”, e especificamente no viés penal “bem jurídico é aquele que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais”.

Esses bens jurídicos citados, são chamados por Conde (2001, p. 91), de “bens jurídicos individuais”, sendo aqueles “pressupostos existenciais e instrumentais” que “afetam diretamente a pessoa”, e se diferenciando dos “bens jurídicos comunitários” ou como são chamados no Brasil, de supraindividuais, “que afetam mais a comunidade como tal, o agrupamento de várias pessoas individuais, e que supõe uma certa ordem social ou estatal”⁶.

Essa ordem de importância dos bens jurídicos, por sua vez, é encontrada através de uma valoração, feita basicamente pelo legislador. Considerando isso, Conde (2001, p. 92) admite que os bens jurídicos podem ser reflexos dos interesses dos grupos dominantes, e não tendo “um valor fundamental para o restante dos membros da comunidade”⁷.

Nessa conjectura, a tutela de certos bens jurídicos serve para “manter o status, de reagir frente a tudo que signifique progresso e de conservar a todo custo a atual situação”, assim, “se abusa do direito penal como sistema de repressão em defesa de algumas minorias dominantes”⁸ (CONDE, 2001, p. 92/93).

Resta observar que, conforme Francisco de Assis Toledo (1994, p. 19), “A criação legal de figuras delitivas que não impliquem lesão real, ou potencial, a bens jurídicos seria, com efeito a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar”.

⁶ Tradução livre do autor. No original: “que afectan más a la comunidad como tal, a la agrupación de varias personas individuales, y que suponen un cierto orden social o estatal”.

⁷ Tradução livre do autor. No original: “un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad”.

⁸ Tradução livre do autor. No original: “mantener el status, de reaccionar frente a todo lo que signifique progreso y de conservar a toda costa la actual situación. De este modo se abusa del derecho penal como sistema de represión en defensa de algunas minorias dominantes”.

Dando continuidade, também existe a função de motivação. Conde (2001, p. 95) utiliza-se da teoria psicanalítica para explicar a referida função: trata-se da formação de “uma instância valorativa no adulto que o impulsiona a dirigir suas ações conforme as exigências que dela emanam”, essa “consciência ética social ou superior, tem sua origem em fatores determinantes de tipo religioso, econômico”⁹, sendo o direito mais um desses fatores, porém, possuindo uma “imposição coativa”.

Frente a isso, “o principal meio de coação jurídica é a pena, que serve para motivar comportamentos nos indivíduos”, “ameaçando com uma pena a realização de determinados comportamentos considerados pelas autoridades de uma sociedade como indesejáveis”¹⁰ (CONDE, 2001, p. 96).

Há ainda a caracterização de uma motivação geral e uma individual. A descrição do parágrafo anterior já se referia a geral. A individual, por sua vez, “incide sobre o indivíduo concreto” (CONDE, 2001, p. 96).

Em algumas situações, quando o ordenamento jurídico é produzido de maneira democrática, ou seja, com a participação de vários grupos sociais, as duas motivações tendem a se encontrar. Porém, na maioria das vezes, as motivações não têm coincidência, que é quando os bens que tentam proteger não são tidos como imprescindíveis para a sociedade (CONDE, 2001, p. 97).

Seguindo, o direito penal é exercido através da eleição de uma política criminal. Esta seria definida por Chiaveli Facenda Falavigno (2019, p. 123) como “o conjunto de medidas sistematizadas utilizadas para viabilizar o controle do cometimento de infrações penais”¹¹, que pode ter caráter preventivo ou repressivo dos delitos.

José Luis Díez Ripollés (2016, p. 132) elenca “três decisões político-criminais básicas que fundamentam o Direito Penal, a saber: a de manter a ordem social básica evitando danos ou riscos mais graves para bens fundamentais para a convivência”; “incidir sobre um dos fatores decisivos na produção de tais prejuízos, o

⁹ Tradução livre do autor. No original: “una instancia valorativa en el adulto que le impulsa a dirigir sus acciones conforme a las exigencias que de ella emanan. Esta instancia valorativa, conciencia ética social o superyó, tiene su origen en factores determinantes de tipo religioso, económico”.

¹⁰ Tradução livre do autor. No original: “El principal medio de coacción jurídica es la pena, que sirve para motivar comportamientos en los individuos” e “amenazando con una pena la realización de determinados comportamientos considerados por las autoridades de una sociedad como no deseables”.

¹¹ Tradução livre do autor. No original: “el conjunto de medidas sistematizadas utilizadas para viabilizar el control del cometimento de infracciones penales”.

que nos leva a intervir socialmente”; e “neutralizar tais condutas através do controle social e, dentro dele, do controle social penal”.

Sobre o viés de efeitos legítimos, Díez Ripollés (2002, p. 75-78) traz a inocuização, ressocialização e intimidação dos delinquentes e possíveis delinquentes, e o reforço do arraigamento de elementos básicos da ordem social em cidadão que estejam mais sujeitos à criminalidade – na tentativa de estabelecer um autocontrole norteado pelas convenções sociais –.

Francisco de Assis Toledo (1994, p. 3), por sua vez, aponta no Direito Penal “sua finalidade preventiva: antes de punir, ou com o punir, quer evitar o crime” – tanto pela prevenção geral quanto pela prevenção especial –; o caráter retributivo, consistindo na “verdadeira expiação, meio de neutralização da atividade criminosa potencial”; e o caráter ressocializador, que dá “ensejo para recuperação, se possível, do delinquente, possibilitando o seu retorno à convivência pacífica na comunidade dos homens livres”.

Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde (1989, p. 115) admitiam que a principal função das instituições de controle social – escola, indústria, família – seria o reforço das normas mais importantes em um certo grupo social, de forma que

Sem controle social a existência não seria possível já que é inimaginável um processo de socialização sem normas de conduta, sem sanções para o caso de não cumprimento das mesmas e sem a realização material da norma e da sanção, assim dizendo, sem controle social” (HASSEMER; CONDE, 1989, p. 115)¹².

Os autores entendiam ainda que, a principal forma de controle social advinha da “administração da Justiça penal”. Esta, por sua vez, é composta pela infração, pela sanção e pelo processo.

Marcelo Neves (1994, p. 48), sobre a temática, afirmou que “tem-se indicado que a legislação serviria para satisfazer, de forma sublimada, a ‘necessidade de vingança’ do povo, evitando-se, então, a justiça por linchamento”, frente a isso, “satisfaz-se por leis punitivas ou restritivas de direitos à necessidade de ‘bodes expiatórios’, estigmatizando-se determinados membros da sociedade e descarregando-se outros de responsabilidade ou sentimento de culpa”.

¹² Tradução livre do autor. No original: “Sin control social la existencia no sería posible ya que es inimaginable un proceso de socialización sin normas de conducta, sin sanciones para caso de incumplimiento de las mismas y sin realización material de la norma y la sanción, es decir, sin control social”.

Assim, conclui-se que “o Direito Penal deve se limitar a proteger os pressupostos essenciais para a convivência ante os ataques mais graves, porque seus meios de intervenção são tão drásticos que está obrigado a restringir seus objetivos” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 136).

Dessa forma, ao considerar que o Direito Penal deve ater-se à intervenção mínima, traz-se a figura do Direito Penal Mínimo como parâmetro para a política criminal brasileira. Rodrigo Murad do Prado (2018, p. 54) diz que “Os princípios do Direito Penal Mínimo são extraídos do modelo de política criminal adotado e possuem matizes constitucionais”.

O autor, emprestando a caracterização do Direito Penal Mínimo, de Alessandro Baratta, apontou como indispensáveis os seguintes princípios: “a) intervenção mínima; b) lesividade; c) adequação social; d) insignificância; e) individualização da pena; f) proporcionalidade; g) responsabilidade pessoal; h) limitação das penas; i) culpabilidade; j) legalidade” (PRADO, 2018, p. 56).

Por sua vez, Alessandro Baratta (2004, p. 299) afirma que a lei penal deve obedecer a requisitos mínimos de Direitos Humanos, onde este limita a intervenção penal, em seu sentido negativo, e define o objeto do Direito Penal, em seu sentido positivo. O autor enuncia o uso dos Direitos Humanos como fundamento para uma intervenção mínima (BARATTA, 2004, p. 304).

José Luis Díez Ripollés (1998, p. 17) também utiliza a nomenclatura de “Direito penal garantista”, e o caracteriza “como um Direito Penal mínimo”, que visa limitar as pretensões “ampliadoras dos mecanismos preventivo-gerais” ao identificar o limite de atuação da referida área.

O autor ainda afirma que “todo modelo de intervenção que se ajuste aos princípios de lesividade e intervenção mínima deve respeitar os limites que são inerentes a política criminal”, posto que são “preocupantes as tentativas de intervenção penal para modificar comportamentos socialmente integrados, mas vistos em algum momento pelos poderes públicos como socialmente indesejados”¹³ (DÍEZ RIPOLLÉS, 1998, p. 19).

¹³ Tradução livre do autor. No original: “todo modelo de intervención penal que se ajuste a los principios de lesividad e intervención mínima debe respetar los límites que son inherentes a la política criminal” e “Resultan preocupantes al respecto los intentos de servirse de la intervención penal para modificar comportamientos socialmente integrados, pero sentidos em cierto momento por los poderes públicos como socialmente poco deseados”.

Todavia, Díez Ripollés (2015, p. 15-16) adianta que o formato de política criminal garantista está em fase de superação, não se mostrando mais como parâmetro para a análise das “transformações jurídico-penais em curso”, sendo necessária a formulação de um modelo de política criminal mais atenta à realidade, mas que não admita render-se ao imediatismo populista.

Rodrigo Murad do Prado (2018, p. 71) conclui afirmando que, “Com a adoção de um Direito Penal Equilibrado, a política criminal tende a reduzir o sistema de justiça criminal, adotando propostas legislativas tendentes a promover a descriminalização de condutas ou a despenalização de tipos penais”.

Frente ao exposto, o Direito Penal se evidencia como um limitador do poder de punir do Estado, devendo ser pautado nos Direitos Humanos, apresentando-se apenas em último caso – *ultima ratio* – e com viés de mínima intervenção.

2.2 OS PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL SEGUNDO DÍEZ RIPOLLÉS

Os princípios do Direito Penal servem como parâmetros e diretrizes de como este deve ser produzido e aplicado. Nilo Batista (2011, p. 59), sustenta que alguns princípios “constituem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas”, dada a “significação política de seu aparecimento histórico ou de sua função social, e pela reconhecida importância de sua situação jurídica.

Nilo Batista (2011, p. 60-61), ainda difere esses princípios pela “natureza axiomática e a amplitude de sua expansão lógica”, apontando na primeira caracterização “é comum serem referidos como ‘postulados’ ou ‘dogmas fundamentais’”, enquanto na segunda, “os princípios básicos comprometem o legislador, transitando assim pela política criminal, e os aplicadores da lei”.

Assim, assentar as bases éticas da racionalidade legislativa na Constituição Federal de 1988 não é suficiente para a formação de diretrizes principiológicas – ainda mais quando se trata de política criminal de drogas, que foi tratada de maneira um tanto quanto peculiar na Assembleia Nacional Constituinte –.

Luiz Guilherme Mendes de Paiva (2016, p. 87), destaca que “Os anos de ditadura não foram suficientes para deslegitimar o aparato repressor do Estado”, considerando que

A teoria do bem jurídico, tão cara aos penalistas daqueles tempos, foi adotada pela metade: não importava verificar se o Direito Penal era necessário, ou mesmo eficaz, para a proteção dos Direitos. Tratava-se de um projeto político legitimador, em que o Direito Penal era o próprio veículo da legitimação (PAIVA, 2016, p. 88).

O autor apreendeu em relação à Constituição de 1988 que “A política criminal minimalista e ressocializadora, adotada pelo legislador de 1984, foi substituída por outra, legitimadora do controle penal como sinônimo de reconhecimento político” (PAIVA, 2016, p. 88).

Por outro lado, é notório que cada pesquisador consegue descrever uma série de princípios para servirem como diretrizes ao Direito Penal, que às vezes se subdividem em diversos subprincípios ou são apresentados de maneira mais enxuta, porém, quase sempre com conteúdo muito semelhante, sendo que esta segunda forma, costuma englobar os primeiros.

A partir desta constatação, foram selecionados os princípios penais descritos por José Luis Díez Ripollés em suas obras, porque, para a análise da racionalidade ética, dentro de sua teoria, é necessário dispor de uma série de princípios, em uma ordem específica, sob pena de não se cumprir com o critério democrático que a legislação deve ter (DÍEZ RIPOLLÉS, 2001, p. 511). O autor ainda constata que a legislação não cumprirá com a racionalidade ética caso não se ajuste aos princípios estruturais do Direito Penal.

Ao desenvolver sua racionalidade legislativa, José Luis Díez Ripollés definiu como primeiro e principal critério a racionalidade ética (2016, p. 107), de forma que, sem o cumprimento desta, todas as outras tendem a ficarem prejudicadas. Com isso, “os valores que identifico aqui devem ser capazes de destacar as diretrizes sobre as quais deve transitar o conjunto de níveis de racionalidade”. Porém, “não basta situar no topo da racionalidade legislativa princípios imponentes e genéricos, cuja excelência impede que entrem em contato com os seguintes e menos sofisticados níveis de racionalidade” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 108).

Díez Ripollés (2016, p. 132) divide os princípios do Direito Penal em três grupos, dentre eles:

os princípios da proteção, que assentariam as bases para se delimitar os conteúdos de tutela do Direito Penal; os princípios da responsabilidade, que se ocupariam dos requisitos fundamentais que devem concorrer em um comportamento para que se possa exigir responsabilidade criminal em razão dele; os princípios da sanção, que determinariam os critérios

configuradores das reações sancionadoras à conduta criminalmente responsável.

A partir disso, este trabalho se utilizará da classificação dos referidos grupos de princípios de Díez Ripollés (2016), adotando a divisão supracitada como norteamento para a existência de uma política criminal de intervenção mínima, da forma abaixo relacionada.

Salienta-se que, embora existam inúmeros princípios no Direito Penal – e estes acabam sendo subdivididos ou remanejados –, foram selecionados os princípios da proteção, da responsabilidade e da sanção, por serem aqueles utilizados por Díez Ripollés (2016) na aplicação de sua teoria da racionalidade legislativa penal, que será desenvolvida adiante.

a) Os princípios da proteção

Díez Ripollés (2016, p. 133) caracteriza de maneira sucinta os princípios da proteção como os que “devem reger a eleição dos conteúdos de tutela por parte do Direito Penal”. Por sua vez, o referido princípio se desdobra em pelo menos quatro vertentes.

Começando pelo princípio da lesividade, pode se afirmar que “a sociedade deve se proteger coletivamente ante a condutas que afetem as necessidades da convivência social externa” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 133). Porém, não é qualquer afetação à convivência que faz jus à utilização do Direito Penal, dado que, “embora incidindo nesses planos de vida, se considera que tais incidências são inerentes à interação social e não exigem nenhum tipo de reação, ao menos nenhum tipo de reação coletiva” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 133/134).

Seguindo ainda esse viés, inclui-se o princípio da essencialidade ou fragmentariedade, reforçando que o Direito Penal serve “como um instrumento de controle social cujo emprego está reservado para prevenir condutas gravemente prejudiciais” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 135). Tal princípio é pautado em duas necessidades: a “especialização na tutela de pressupostos essenciais para a convivência externa e a limitação de suas intervenções aos ataques mais intoleráveis a tais pressupostos imprescindíveis” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 136).

Díez Ripollés observa ainda que “é a gravidade dos ataques o que legitima as duras intervenções do Direito Penal, e não estas que exigem uma limitação no

âmbito da tutela”, de forma que “parece razoável que a sociedade, em primeiro lugar, especialize um de seus subsistemas de controle social para afrontar essas agressões e “parece sensato que através desse mecanismo especializado de controle social a sociedade esteja disposta a chegar aonde seja necessário para prevenir estes ataques” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 137).

Ainda nessa perspectiva, Díez Ripollés (2016, p. 137) indica que “o princípio da essencialidade ou da fragmentariedade é, em suas consequências, um princípio expansivo, e não limitador: sua vinculação inicial aos objetos de tutela indiscutível e afecções sociais mais intoleráveis é levada a cabo”, e assim, “serão outros princípios éticos, geralmente situados no âmbito da responsabilidade e da sanção, os que frearão a tendência expansiva dos princípios da proteção”.

Todavia, o autor deste trabalho discorda parcialmente das palavras do filósofo supracitado. Através do que será exposto, entendeu-se que é o caráter da intervenção estatal que exige uma limitação no Direito Penal, e não necessariamente a “gravidade da conduta”. Também não se discute que “a sociedade esteja disposta a chegar aonde seja necessário para prevenir estes ataques”, porém, isso não “parece sensato”. Ainda, considera-se aqui que, o princípio da fragmentariedade é, precipuamente, limitador, não expansivo.

Corroborando com essa ideia, Roxin (2006, p. 52) sustenta sobre o princípio da subsidiariedade, que “mesmo nos casos em que um comportamento tenha de ser impedido, a proibição através de pena só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito protetivo através de meios menos gravosos”, reforçando o caráter limitador do mesmo.

Em terceiro lugar, vem o princípio do interesse público, considerando que “estaremos diante de condutas cujo efeitos transcendam o conflito entre autor e vítima”, em que “a passividade ante o conflito poria em sério perigo a própria sobrevivência da ordem social (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 137).

O último desses quatro seria o princípio da correspondência com a realidade, onde “é necessário também que essa identificação, como a existência do próprio interesse público, se acomode a certos modos de verificação da realidade”, e que possa “ser acessível em sua constatação através das ciências empírico-sociais” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 139/140).

b) Os princípios da responsabilidade

Segundo Díez Ripollés (2016, p. 140), “Estes princípios refletem as qualidades essenciais que a sociedade considera que devam concorrer para que de uma pessoa possa exigir a responsabilidade por um comportamento que afeta a tais objetos de proteção”. Também é importante considerar que a “grande maioria dos princípios da responsabilidade desfruta de uma indiscutível aceitação social”.

O autor ainda divide esse princípio em dois tipos: “os referentes à qualidade do próprio comportamento e os alusivos às condições de verificação de sua concorrência” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 140).

Inicialmente, tem-se o princípio da certeza ou segurança jurídica. Este axioma traz a exigência de que “o cidadão saiba com precisão em que circunstâncias se lhe exigirá responsabilidade, e com que consequências”, de modo que a pretensão é evitar a arbitrariedade dos poderes públicos (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016).

Seguindo, vem o princípio da responsabilidade pelo fato. De acordo com Díez Ripollés (2016), assinala-se que esse princípio visa assegurar que só se exija responsabilidade por condutas externas e concretas, e se decompõe em dois subprincípios, ambos formulados negativamente, ou seja, segundo o autor evidencia, a impunidade do mero pensamento e o da impunibilidade do modo de vida.

Descreve-se ainda que “O primeiro determina que as atitudes ou decisões que não assumem a forma de uma conduta externa devem ficar livres de qualquer responsabilidade penal”, fundamentando-se inicialmente na “estreita correspondência com o princípio, de proteção, da lesividade” e depois “faria referência à renúncia própria de uma sociedade pluralista e secularizada a exigir juridicamente adesões internas às normas de convivência” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 142).

Já “o segundo subprincípio provém do fato de que se deve responder pela prática de determinadas formas de vida ou atitudes existenciais, reduzindo o objeto da responsabilidade criminal a condutas isoladas e ao seu particular processo motivacional” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 143). Assim, se extrai que “não é consequente que se exija responsabilidade pela eleição de certos modos de vida, por mais que possam ser considerados incompatíveis com a manutenção dessa convivência externa” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 143).

Por sua vez, surge o princípio de imputação. Nele são trazidos uma série de critérios, tanto interiores – remetendo à volição do indivíduo – quanto exteriores – traduzindo-se nas condutas –, e por consequência o fato decorrente destes que podem associar a ação e suas consequência a uma pessoa. Manifestam-se nesse princípio a imputação objetiva e a subjetiva.

A primeira “expressa a necessidade de que entre a pessoa e esse comportamento ou fato exista uma conexão objetiva, isto é, que tais fatos sejam realizados ou produzidos materialmente por esse sujeito” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 144).

A segunda, qual seja, a imputação subjetiva, “exige que essa vinculação objetiva entre o fato e a pessoa que o causou possa ser atribuída, de um modo socialmente aceitável, à vontade de atuar ou não atuar dessa mesma pessoa” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 145).

Dando seguimento, aponta-se o princípio da responsabilidade ou culpabilidade. Lastreado nisso, surge a necessidade de “questionar o processo de motivação que levou (o indivíduo) a tomar a decisão de realizar o comportamento”, ou visto

em termos negativos e excepcionais, expressa que a sociedade está disposta a renunciar a tornar responsável uma pessoa por comportamentos a ela imputáveis se, de alguma forma socialmente aceitável, é possível afirmar que não pôde evitar tomar essa decisão, ou lhe resultou especialmente difícil evitá-la (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 146/147).

O último derivado da responsabilidade é o princípio da jurisdição. Este, por outro lado, inaugura uma série de subprincípios, a começar pelo subprincípio do monopólio estatal da exigência de responsabilidade penal. Assente no subprincípio supracitado, “a sociedade rechaça que sejam diretamente afetados, as coletividades ou grupos a ele vinculados, aqueles que determinam a responsabilidade concorrente”, assim a competência para o emprego do Direito Penal é transferida “a um terceiro institucionalizado, o Estado, ao qual permite que se apodere do conflito” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 149).

O segundo subprincípio consolida a “independência e imparcialidade do órgão encarregado de determinar a responsabilidade penal, isto é, do juiz ou tribunal”. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 150). Pela independência firma-se que “a responsabilidade fosse determinada por um órgão que não dependa de nenhum outro na hora de tomar decisão”, já pela imparcialidade seria garantido “que esse

órgão mantivesse a todo momento como um terceiro não implicado no conflito sobre a determinação da responsabilidade” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 150).

O terceiro traz o “procedimento contraditório na determinação da responsabilidade”, de forma que “as partes enfrentadas estejam em condições de confrontar realmente seus pontos de vista” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 150).

O último subprincípio é o da atividade probatória empírica, trazendo a imposição de que “uma responsabilidade criminal e a delimitação de seus contornos se fundamentem em uma prévia atividade probatória”, evitando pré-julgamentos, e que para isso sejam utilizadas a “metodologia de verificação empírica, assim como as regras da lógica e argumentação”, possibilitando assim a criação de um “conceito defensável de verdade forense ou processual” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 150/151).

c) Os princípios da sanção

O último grupo de princípios do Direito Penal que são considerados por Díez Ripollés, para aferição de racionalidade legislativa, é composto pelos chamados “princípios da sanção”, com a seguinte descrição:

Em direta relação com a sanção surgem pretensões éticas que visam assegurar que os efeitos sociais a serem obtidos com as penas não ultrapassem os limites do exercício do poder acordados socialmente, isto é, que a proteção ante aqueles danos não se desnaturalize através de um modelo de intervenção penal que termine incidindo de maneira socialmente inaceitável sobre os planos de vida dos cidadãos. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 152).

O primeiro princípio do grupo é o da humanidade das penas. A partir dele se enuncia que “há certas reações penais consideradas eticamente inaceitáveis, independentemente das condutas que a tenham originado, dos danos sociais que elas tenham produzido ou dos efeitos sócio pessoais que se queira obter com tais penas” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 152).

Todavia, o autor reconhece a volatilidade do significado de tal princípio, considerando que, mesmo ao ser tratado como axioma, “não impediu que a sociedade moderna nas épocas de crise se mostrasse disposta a reduzir uma parte significativa de seus conteúdos”; da persistência “no mundo contemporâneo importantes diferenças culturais a respeito do que seja uma reação penal desumana”; e enfim, a existência de “discrepâncias significativas quanto ao

conteúdo do princípio da humanidade, tanto a respeito da natureza da pena como da sua forma de execução” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 152/153).

Em seguida, vem o princípio teleológico ou dos fins da pena. Aqui “se estabelecem os efeitos sócio pessoais que se considera eticamente aceitável obter com a sanção penal”, a partir do qual “se busca identificar até onde estamos dispostos a chegar na produção de efeitos sobre os cidadãos, com o fim de satisfazer através do controle social penal, as pretensões de tutela no marco das condições de responsabilidade estabelecidas” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 153).

Ainda acerca dos efeitos das penas, estes:

poderiam consistir na inocuidade do sujeito, em sua ressocialização ou reinserção, na intimidação individual ou coletiva, nas melhorias da socialização individual ou coletiva defeituosa, ou na confirmação de pautas de comportamento, que poderiam ter lugar durante a cominação, a imposição ou a execução da pena, sem que sejam excludentes entre si (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 154).

Por sua vez, tem-se o princípio da proporcionalidade das penas. Nesse ponto, se “acolhe a crença de que a entidade da pena, isto é, a aflição que ela origina por sua natureza e intensidade ou pelos efeitos sócio pessoais que desencadeia, deve-se acomodar à importância da afecção ao objeto tutelado e à intensidade da responsabilidade concorrente” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 155).

Além disso, “a entidade da pena prevista deve corresponder à importância do tutelado e ao âmbito de responsabilidade estabelecido”, e “a pena deve ser configurada de tal maneira que permita sua acomodação às variações que a afecção ao objeto de proteção e à estrutura da responsabilidade possam experimentar no caso concreto” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 155).

Finalmente, vem o princípio do monopólio punitivo estatal. Funda-se na “exigência ética de que não sejam os indivíduos diretamente afetados, ou grupos e coletividades a eles vinculados, aqueles que irão determinar a pena a ser imposta ou controlar sua execução” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 155/156).

Nesse sentido, “enquanto o juiz continue tendo a última palavra na imposição da pena, enquanto se recusar sua execução direta por particulares e sejam efetivos a supervisão e o controle estatais”, considerar-se-á cumprido o referido princípio (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 156).

O monopólio do poder coercitivo pelo Estado é inerente a qualquer sistema político democrático. Mas, dessa imposição surge um questionamento muito antigo,

atribuído ao filósofo Juvenal: “*quid custodiet ipso custode?*”. “Quem vigia os vigilantes?”

Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar (2002, p. 5) afirmaram que

A função mais óbvia dos juízes penais e do direito penal (como planejamento das decisões daqueles), é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial), o poder punitivo estaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, consequentemente, desapareceria o estado de direito e a república propriamente dita¹⁴.

Os autores (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 39), ainda obtemperam que “O direito penal não interpreta com meros fins especulativos, senão para orientar as decisões dos operadores judiciais, e o sistema de compreensão que constrói não é neutro”, respondendo ainda a “um objetivo político, previamente estabelecido (valorativo), que é a contenção do poder punitivo para fortalecer o estado de direito”¹⁵, de forma que “A contenção e redução do poder punitivo, planificada para o uso judicial pelo direito penal, impulsiona o progresso do estado de direito” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 5).

Nessa senda, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde (1989, p. 118), consideram que “O controle social através do Direito Penal sem sua formalização seria uma autêntica barbárie”, e assim, com a formalização deste, se estabelece “publicidade e clareza já antes de sua intervenção a classe e as consequências dessa intervenção”, e vincula esta, à princípios que evitam “lesões jurídicas desnecessárias”.

¹⁴ Tradução livre do autor. No original: “La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica (judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma”.

¹⁵ Tradução livre do autor. No original: “El derecho penal no interpreta con meros fines especulativos, sino para orientar las decisiones de los operadores judiciales, y el sistema de comprensión que construye no es neutral” [...] “que responde a un objetivo político, previamente establecido (valorativo), que es la contención del poder punitivo para fortalecer el estado de derecho”.

3 AS FORMAS E AS FRAGILIDADES ADVINDAS DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL NAS LEGISLAÇÕES PENAIS MODERNAS

Conforme exposto no início deste capítulo e, partindo do pressuposto de que o Direito Penal Mínimo seria o modelo a ser seguido, de acordo com o entendimento deste pesquisador, apresenta-se aqui as principais políticas criminais alternativas à esta, com objetivos e formas de impacto diferentes no ordenamento jurídico.

Samuel Rodríguez Ferrández (2017, p. 84-85) levanta a expressão “crise da legislação” para descrever o movimento de diminuição da credibilidade das leis, aliada a uma tomada de consciência da necessidade de melhoria dessas”. Tal crise se encontra tanto no caráter quantitativo, ao notar a multiplicação no número de normas incluídas no ordenamento, quanto no caráter qualitativo, por conta da sua falta de racionalidade, e ainda nos seus efeitos e aplicações.

José Luis Díez Ripollés (2015, p. 59-60), faz algumas observações acerca do “direito penal da sociedade de risco”, a começar por suas características, quais sejam: ter de lidar com os riscos trazidos pela tecnologia, e sem saber ao certo as consequências destes; as dificuldades para delimitar a responsabilidade dos indivíduos envolvidos nos referidos riscos; e a propagação da insegurança, através das mídias, que, muitas vezes, não condiz com a gravidade e/ou intensidade dos riscos existentes.

Frente a esses pontos, Díez Ripollés (2015, p. 60-61) aduz que é demandada uma resposta estatal, por meio de políticas públicas, que pode se manifestar das seguintes formas: 1) “ampliação dos âmbitos sociais objeto de intervenção penal”; 2) “significativa transformação do alvo da nova política criminal, que concentraria seus esforços em perseguir a criminalidade dos poderosos”; 3) “preponderância outorgada à intervenção penal em detrimento de outros instrumentos de controle social”; e 4) adequação dos “conteúdos do direito penal e processual penal às dificuldades específicas que apresenta a persecução desta nova criminalidade”.

Com isso, “o direito penal resultante dessa política criminal renovadora” seria marcado pelo: a) “Incremento da criminalização de comportamentos mediante a proliferação de novos bens jurídicos de natureza coletiva”; b) “Predomínio das estruturas típicas de simples atividade, ligadas a delitos de perigo ou de lesão ideal do bem jurídico, em detrimento das estruturas que exigem um resultado material lesivo”; c) “Antecipação do momento em que se procede à intervenção penal”; e d)

Significativas modificações no sistema de imputação de responsabilidade e no conjunto de garantias penais e processuais” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 61-62).

Em contraponto, Díez Ripollés (2015, p. 15-17), afirma que o direito penal mínimo ou garantista “se caracteriza em todo momento por desenvolver uma estrutura de intervenção penal autolimitada”, marcado ainda pela consideração de que os poderes do direito penal não seriam ilimitados, pela tentativa de reduzir a utilização deste aos bens jurídicos mais importantes, à “Profunda desconfiança em relação a um equilibrado exercício do poder sancionador por parte dos poderes públicos”, e à “Existência de limites transcendentais no emprego de sanções penais”.

Manuel Cancio Meliá (2005, p. 91), constatou que a “expansão” do direito penal que tem ocorrido nas últimas décadas, embora travestida de tradicionalismo, é marcada por “casos de ‘criminalização prévia’ à lesão de bens jurídicos, cujas linhas penais encontram-se, ademais, estabelecidas em sanções desproporcionalmente altas, desconectadas do ‘âmbito nuclear’ do direito penal”.

Ainda “observam-se tendências que conjuntamente fazem aparecer no horizonte político-criminal os traços de um ‘direito penal do risco’, de características antiliberais”, e o surgimento de um “direito penal do inimigo”. Mas, não nos atemos somente por esse argumento. Meliá também traz as figuras do “Direito penal simbólico”, e o que pode ser denominado como o ‘ressurgir do punitivismo” (MELIÁ, 2005, p. 92-93).

Meliá aponta também para as “tendências que em seu conjunto fazem aparecer no horizonte político-criminal as características de um Direito penal do risco de características antiliberais”¹⁶ (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 64).

Ainda em relação à precariedade do Direito Penal que vem sendo construído, Cláudio Rogério Sousa Lira (2015, p. 130-131) reconhece “uma tendência atual expansionista, grave e emergencial, em apressar a adoção de medidas penais, pela antecipação e ampliação da punibilidade, pelo agravamento das penas”, além da “aceleração e simplificação dos processos, colocando em risco o conhecimento penal acumulado por mais de duzentos anos e permitindo um simbolismo da lei penal”.

¹⁶ Tradução livre do autor. No original: “tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un **Derecho penal de la puesta em riesgo** de características antiliberales”.

Nesse sentido, ao caracterizar a política legislativa penal ibero-americana no século XXI, Díez Ripollés (2008, p. 3) ressalta que a maioria dos países da América Latina tenta adequar as suas legislações ao que há de mais atual no pensamento “jurídico-penal”, mas que ainda assim, com muita frequência tais modificações não saiam do papel, face a um Judiciário ou ao sistema de aplicação das leis ineficientes.

O autor aponta que a codificação da matéria penal é algo muito marcante da política ibero-americana, sendo considerada uma forma de manutenção de uma base comum para os princípios fundamentais do direito (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 5), mas que tem ocorrido uma proliferação de legislações penais especiais, permitindo um afastamento daqueles princípios, e também um decréscimo na qualidade técnica dos textos legais.

As alterações das legislações penais têm trazido um aspecto de expansão dos objetos de proteção, tais como o livre mercado, os consumidores, meio ambiente, a cultura e a economia (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 6-7). Por outro lado, houve uma redução da intervenção penal nas situações relacionadas à liberdade sexual e aos “bons costumes” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 9).

Foi dada uma proteção maior aos indivíduos considerados vulneráveis, como os menores, os deficientes e enfermos, às vítimas de violência doméstica, e àqueles socialmente discriminados, através da criminalização de condutas relacionadas a estes ou aumento das punições já existentes (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 10). Assim, é mostrado um interesse pela adaptação do direito penal à tutela de novos bens jurídicos e à retomada de objetos já tutelados, com a sujeição de certos grupos sociais já identificados e outros a se identificar.

A despeito de existir um espaço seguro para a “expansão razoável do Direito penal”, nas palavras de Silva Sánchez (2001, p. 20 e 26), a expansão do direito penal “não é só questão de legisladores superficiais e frívolos, mas também começa a ter uma cobertura ideológica, que até recentemente não existia”¹⁷, sendo ainda pautada na:

¹⁷ Tradução livre do autor. No original: “no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía”.

Criação de novos “bens jurídico-penais”, ampliação dos espaços de riscos jurídicos-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia¹⁸.

Silva Sánchez (2001, p. 150) ainda descreve que:

no momento atual, o Direito Penal vigente na maioria dos países ao nosso redor propicia a cominação de penas de prisão de gravidade média em casos “administrativos”, com regras de imputação de rigidez decrescente e com princípios político-criminais flexibilizados¹⁹.

Soma-se a isso a imprecisão e generalidade demonstrada no projeto de lei, reforçando que “A intervenção legislativa quer atuar sobre certos fenômenos, mas, em realidade, não sabe como fazê-lo (SCALCON, 2018, p. 196). Além disso, em um momento onde os riscos das mudanças sociais são cada vez mais imprevisíveis, Fernando de Brito Alves e Luiz Fernando Kazmierczak (2016, p. 53) afirmam que “a tipificação de determinada conduta não é realizada, porque é considerada como um comportamento socialmente inadequado, mas com o fim de seja considerado, ou visto pela sociedade, como socialmente inadequado”.

Nesse sentido, Díez Ripollés (2016, p. 73) aponta que “as exigências da sociedade de risco obrigam a lei penal a prestar atenção em novos objetos de tutela coletivos, o que sem dúvida estimula uma legislação muito mais imprecisa, com abundância de tipos de perigo e frequente uso da técnica da lei penal em branco”.

Assim, percebe-se que o Direito Penal deixa de ser cada vez mais “mínimo”, ao dispor sobre diversos comportamentos humanos que, outrora, não estariam classificados nem como ilícitos civis ou administrativo, e fica mais opressivo, demonstrando o peso do Estado e de sua moralidade sobre os cidadãos. Gustavo de Souza Preussler (2018, p. 115) confirma esse pensamento, ao dizer que “Perante o sistema penal, há redução ou esvaziamento do direito penal garantista e a conversão do direito penal mínimo em favor da máxima intervenção”.

Díez Ripollés (2015, p. 17) ainda conta que esse direito penal mínimo ou garantista “já não nos dá as chaves para interpretar as recentes mudanças político-criminais”, e suas conclusões acabam se perdendo “no vazio da incompreensão social”. Todavia, “o novo modelo está carente, ainda, de uma suficiente estruturação

¹⁸ Tradução livre do autor. No original: “Creación de nuevos ‘bienes jurídicos-penales’, ampliación de los espacios de riesgos jurídicos-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía”.

¹⁹ Tradução livre do autor. No original: “en el momento actual, el Derecho penal vigente en la mayoría de los países de nuestro entorno propicia la conminación con penas de prisión de gravedad media en supuestos de hecho «administrativizados», con reglas de imputación de rigidez decreciente y en el marco de principios político-criminales flexibilizados”.

conceitual e principiológica”, mas que, em algum momento, se caracterizará como “o modelo antagonista ao do direito penal garantista” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 17).

3.1 O DIREITO PENAL DO INIMIGO, DA EMERGÊNCIA, DAS VELOCIDADES E O SIMBÓLICO

Frente ao exposto, a presente pesquisa apresentará abaixo algumas das principais alternativas ao Direito Penal Mínimo – expresso nas legislações criminais – que são efetuadas pelos legisladores neste momento, com mais ou menos frequência, e algumas vezes, concomitantemente. A escolha dessas expressões do Direito Penal ocorreu por conta da recorrência destas no referencial teórico utilizado, e da identificação destes conteúdos no ordenamento jurídico nacional.

a) O Direito Penal do Inimigo

Günther Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 22 e 60), traz a figura do “Direito penal do inimigo”, que segundo sua perspectiva não é necessariamente negativa. Para o autor, esse direito “implica um comportamento desenvolvido com base em regras, no lugar de uma conduta espontânea e impulsiva”²⁰. Jakobs já desenvolvia a temática em 1985. Porém, o estopim para o retorno dos estudos deste conceito foram os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América.

Para o autor alemão, três seriam elementos deste novo direito penal. O primeiro é a antecipação da punição frente à conduta, ou seja, pune-se a intenção e não necessariamente a ação. O segundo elemento é a desproporção das penas, sendo estas muito mais elevadas do que já foram. O terceiro é a relativização ou anulação de garantias processuais consolidadas (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 80-81).

Jakobs desenvolve o referido conceito sob bases filosóficas. Partindo da obra de Rousseau, em que este fundamenta que os indivíduos que atacam o direito da sociedade deixam de ser membros do Estado, entrando em guerra com este (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 26). Depois, embasado em Johann Gottlieb Fichte, onde aquele que abandona o contrato social “perde todos os seus direitos como cidadão e

²⁰ Tradução livre do autor. No original: “implica un comportamiento desarrollado con base en reglas, en lugar de una conducta espontánea e impulsiva”.

como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”²¹, e que a “execução do criminoso não é uma pena, é apenas instrumento de segurança”²² (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 27).

Porém, o autor não adere completamente aos pensamentos citados, considerando que “o delinquente não pode se despedir arbitrariamente da sociedade através de sua ação”²³. Para isso, utiliza-se da teoria de Hobbes, que diferencia os agentes criminosos, podendo estes serem castigados como “súditos” ou como “inimigos”, a depender da natureza do crime cometido (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 28-29).

Jakobs, por sua vez, retoma a teoria de Kant, em que “toda pessoa se encontra autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã”²⁴, e que se um indivíduo ameaça constantemente a paz e a segurança, este pode ser obrigado a abandonar o convívio social (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 30-31).

Então, Jakobs reconhece tanto em Hobbes quanto em Kant a existência de um Direito penal do inimigo, onde um ser pode ser despersonalizado, por meio das exigências da sociedade, visando a manutenção da segurança (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 32).

Explanada a base filosófica dessa corrente, Jakobs caracteriza esse direito pela necessidade de coação física “até chegar à guerra”²⁵. Por outro lado, aponta que o “inimigo” não deve perder todos os seus direitos, dando como exemplo a propriedade, e ainda que é possível realizar um tratado de paz (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 33).

O autor ainda destaca a importância da existência e manutenção de dois direitos penais, considerando que “quem aplica ao inimigo o conceito de delinquente cidadão não deve se assombrar se se misturam os conceitos de guerra e processo penal”²⁶ (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 42).

²¹ Tradução livre do autor. No original: “pierde todos sus derechos como ciudadano y como ser humano, y pasa a un estado de ausencia completa de derechos”.

²² Tradução livre do autor. No original: “la ejecución del criminal **no [es una] pena, sino sólo instrumento de seguridad**”.

²³ Tradução livre do autor. No original: “el delincuente no puede despedirse arbitrariamente de la sociedad a través de su hecho”.

²⁴ Tradução livre do autor. No original: “toda persona se encuentra autorizada para obligar a cualquier otra persona a entrar en una constitución ciudadana”.

²⁵ Tradução livre do autor. No original: “basta llegar a la guerra”.

²⁶ Tradução livre do autor. No original: “quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos **guerra y proceso penal**”.

Outra característica marcante é a de que no direito penal aplicado aos cidadãos espera-se a exteriorização da vontade por meio da conduta, enquanto no direito penal do inimigo, é buscada uma proteção prévia à periculosidade dos indivíduos (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 42-43).

Assim, o autor entende que o Estado pode atuar de dois modos frente aos que delinquem: 1) tratando estes como cidadãos comuns que sucumbiram ao erro; ou 2) como indivíduos que devem ser freados mediante coação, para o bem do ordenamento jurídico, sendo essa uma imposição, sob pena de vulnerar o direito alheio (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 47).

Fica assim caracterizado o Direito penal do inimigo como a “eliminação de um perigo”²⁷, sendo plenamente legítimo, e que sua previsão e delimitação através da lei o torna menos perigoso em detrimento de sua aplicação emaranhada no direito penal do cidadão (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 55-56).

Ao descrever tal expressão do Direito Penal, José Luis Díez Ripollés (2015, p. 85) duas motivações para sua atual predileção, sendo elas a “pressão da sociedade e de diversos subsistemas do sistema social”, de forma que, se aparentemente não houver uma adaptação do direito penal a tais demandas, este se tornaria imprestável, e por sua vez, que sua adesão é necessária para “impedir a contaminação do direito penal do cidadão com os conteúdos do direito penal do inimigo”.

O autor ainda identifica a “antecipação da punição em fases distantes da comissão do delito, como a conspiração ou mero pertencimento a organizações criminais”, o “aproveitamento dos efeitos inocuidadores da pena”, a potencialização das “medidas sancionadoras especificamente destinadas a combater a periculosidade para além do que possa fazê-lo a própria pena”, e uma série de “propostas que desmontam, sem a menor cerimônia, o direito penal garantista” como características (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 84-85).

De forma mais sintética, Silva Sánchez (SÁNCHEZ, 2001, p. 164) descreve

O inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, de modo supostamente duradouro e não só de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta este déficit através de sua conduta. [...]

²⁷ Tradução livre do autor. No original: “la eliminación de um peligro”.

A ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a um futuro; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a alteração da legislação jurídico-penal à legislação de luta; e o encobrimento de garantias processuais²⁸.

De outro lado, tem-se a visão crítica de Manuel Cancio Meliá, iniciando-se com a observação de que “se desenvolve uma cruzada contra malfeitores arquimalvados. Trata-se, assim, mais de inimigos em sentido pseudorreligioso do que na acepção tradicional-militar do termo”, havendo ainda a “atribuição de perversidade, mediante sua demonização”²⁹ (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 87/88).

Dessa forma, “o Direito penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas sim demoniza determinados grupos de infratores”³⁰, de forma a caracterizar um verdadeiro direito penal do autor (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 93/94).

Ainda se evidencia “uma construção social que não está relacionada com as dimensões reais de determinadas ameaças”, ou seja, “não tem essa especial periculosidade terminal (para a sociedade) que se prega sobre elas”³¹ (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 94/95).

Sánchez conclui que “Em vista da referida tendência, não creio que seja de todo aventurado prognosticar que o círculo do Direito Penal dos ‘inimigos’ tenderá, ilegitimamente, a estabilizar-se e a crescer”³² (SÁNCHEZ, 2001, p. 167).

Gustavo de Souza Preussler (2018, p. 133) afirma que, na escolha do direito penal do inimigo “há o escambo da garantia cognitiva pelas garantias fundamentais, quase que uma forma compensatória para o indivíduo cidadão obedecer à vontade

²⁸ Tradução Livre do autor. No original: “el enemigo es un individuo que, mediante su comportamiento, su ocupación profesional o, principalmente, mediante su vinculación a una organización, ha abandonado el Derecho de modo supuestamente duradero y no sólo de manera incidental. En todo caso, es alguien que no garantiza la mínima seguridad cognitiva de su comportamiento personal y manifiesta este déficit a través de su conducta.

[...]

la amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva del hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; y el socavamiento de garantías procesales.

²⁹ Tradução livre do autor. No original: “se desarrolla una cruzada contra malhechores archimalvados. Se trata, por lo tanto, más de «enemigos» en este sentido pseudorreligioso que en la acepción tradicional-militar del término” e “la atribución de perversidad, mediante su demonización”.

³⁰ Tradução livre do autor. No original: “el Derecho penal del enemigo no estabiliza normas (prevención general positiva), sino demoniza determinados grupos de infractores”.

³¹ Tradução livre do autor. No original: “una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas” e “no tienen esa especial peligrosidad terminal (para la sociedad) que se predica de ellos”.

³² Tradução livre do autor. No original: “A la vista de dicha tendencia, no creo que sea del todo aventurado pronosticar que el círculo del Derecho penal de los ‘enemigos’ tenderá, ilegítimamente, a estabilizarse y a crecer”.

soberana, ou a submissão àquele que determina sobre o Estado de Exceção como Regra”.

Pode-se resumir esse Direito Penal nos seguintes pontos:

1ª) há uma antecipação da punibilidade com a tipificação de atos preparatórios; 2ª) há uma antecipação da punibilidade com a criação de tipos penais de mera conduta; 3ª) há uma antecipação da punibilidade com a criação de crimes de perigo abstrato; 4ª) as penas são desproporcionais; 5ª) surge as chamadas Leis de Luta ou de Combate a determinados crimes (Exemplo: Lei de Crimes Hediondos) e 6ª) há restrição das garantias penais e processuais (PRADO, 2018, p. 94).

Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2006, p. 218) constatou que:

as críticas ao ‘Direito Penal do Inimigo’ relacionam-se, necessariamente, à censura que grande parte da doutrina faz acerca dos novos paradigmas do Direito Penal da Modernidade: simbolismo excessivo, flexibilização de garantias e princípios, retomada de políticas criminais mais preocupadas com o autor do que com o fato e funcionalização do Direito Penal.

Neste íterim, não se pode classificar o Direito Penal do Inimigo, necessariamente, como uma distorção do Direito Penal, e sim como uma escolha político-criminal que se distancia do Direito Penal Mínimo, ao intervir com mais frequência e com mais força sobre os indivíduos, e elegendo algumas pessoas como não dignas de garantias processuais, quais sejam, os não cidadãos.

b) O Direito Penal de Emergência

Luiz Guilherme Mendes de Paiva (2016, p. 88) ressalta que “A política criminal minimalista e ressocializadora, adotada pelo legislador de 1984, foi substituída por outra, legitimadora do controle penal como sinônimo de reconhecimento político” já na Constituição de 1988. Tal alteração foi proveniente da “necessidade de tutela penal dos interesses difusos” e pelo “Direito Penal de Emergência”.

María Luisa Jiménez Rodrigo e Rafael Augusto dos Santos, ao analisarem o impacto da mídia na produção legislativa, constataram que:

Ao apresentar ao público todos os males que um indivíduo pode fazer a outro indivíduo, é evidente que os meios de comunicação têm sido um dos

maiores fatores de influência do movimento que pede a expansão das forças da lei penal³³ (RODRIGO; DOS SANTOS, 2015, p. 491).

Os meios de comunicações, com o intuito de vender informações e, muitas vezes, com a necessidade de noticiar mais do que seus concorrentes, se aproveitam de fatos trágicos e violentos, noticiando-os de maneira incessante e distorcida, na tentativa de extrair toda a atenção possível daquele acontecimento.

Por sua vez,

Estas informações descontextualizadas tem um poderoso impacto na formação dos temores sociais, dos sentimentos de insegurança e do aumento da sensação de medo na sociedade que desembocam na criação de um alarme social delitivo³⁴ (RODRIGO; DOS SANTOS, 2015, p. 491).

Ao tomar conhecimento dessas notícias, a população fica estarecida. Ela passa a pedir por mais atividade legislativa, no sentido de criminalizar mais condutas, e principalmente, aumentar as penas já existentes, como se isso fosse a solução para a criminalidade observada.

o direito penal de emergência surge como uma reação simbólica do estado aos crimes de grande impacto, com o uso de medidas excepcionais, que vão além dos limites normais da lei penal, e que são incorporados no ordenamento jurídico, oferecendo respostas e atuando de acordo com as pressões sociais³⁵ (RODRIGO; DOS SANTOS, 2015, p. 494).

Nesse caminho, como será demonstrado, as legislações produzidas sem a existência de estudos prévios e para a mera conformação da sociedade tendem a apresentar inúmeras falhas, tanto no tocante ao conteúdo quanto à aplicação. Alguns exemplos desse tipo de legislação são a “Lei Carolina Dieckmann” e ainda a Lei de Crimes Hediondos.

A Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012, conhecida também como Lei Carolina Dieckmann ou Lei de Crimes Cibernéticos³⁶, adveio do Projeto de Lei n. 2793/2011, apresentado no dia 29.11.2011 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011). Publicamente, uma das fundamentações para a legislação foi o vazamento de fotos

³³ Tradução livre do autor. No original: “al presentar al público todos los males que um individuo puede hacer a otro individuo, es evidente que los médios de comunicación han sido uno de los mayores factores de influencia del movimiento que pide la expansión de las fuerzas de la ley penal”.

³⁴ Tradução livre do autor. No original: “estas informaciones descontextualizadas tienen un poderoso impacto en la formación de los temores ciudadanos, de los sentimientos de inseguridad y del aumento la sensación de miedo en la sociedad que desembocan en la creación de una alarma social delictiva”.

³⁵ Tradução livre do autor. No original: “el derecho penal de emergencia surge como una reacción simbólica del estado a los crímenes de gran impacto, con el uso de medidas excepcionales, que van más allá de los límites normales de la ley penal, y que son incorporadas en el ordenamiento jurídico, ofreciendo respuestas y actuando de acuerdo con las presiones sociales”.

³⁶ Descrições disponíveis no site da Câmara dos Deputados.

íntimas da atriz Carolina Dieckmann no mês de maio de 2011, após tentativas de extorsão pela não divulgação das imagens.

O referido PL, que criou o tipo penal de “invasão de dispositivo informático”, qual seja, o art. 154-A do Código Penal, foi proposto pelos deputados federais Paulo Teixeira, Luiza Erundina, Manuela D’Ávila, João Arruda, Brizola Neto, Emiliano José³⁷, e tramitou, foi aprovado, sancionado e publicado após 370 dias de sua proposição – Diário Oficial da União de 3.12.2012 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

Por sua vez, a Lei de Crimes Hediondos – Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990³⁸ – adveio do Projeto de Lei n. 5405/1990, apresentado no dia 17.05.1990, e teve como grande influência os “sequestros do empresário Abílio Diniz, em 11 de dezembro de 1989, e do publicitário Roberto Medina, em 6 de junho de 1990”. O site de notícias oficiais do Senado Federal anuncia também que a comoção social e a “emergência” foi responsável pela inclusão nos “crimes hediondos homicídios praticados em atividades típicas de grupo de extermínio” (SENADO NOTÍCIAS, 2010).

Sobre a legislação supracitada, Luiz Guilherme Mendes de Paiva (2016, pp. 89/90) afirma que “inúmeras propostas de inclusão de condutas no rol dos crimes hediondos foram apresentadas pelo Congresso, e a cada crime de grande repercussão social seguiu-se a seleção de um ou mais desses projetos para a tramitação parlamentar em caráter de urgência”.

O autor ainda menciona que “a edição da Lei dos Crimes Hediondos foi determinante para o processo de ruptura entre a opinião pública e a opinião acadêmica” (PAIVA, 2016, p. 90), de forma que, o desejo do legislador em atender as demandas populares foi maior que a atenção aos princípios do Direito Penal construídos até aquele momento.

c) O Direito Penal de Primeira, Segunda e Terceira Velocidade

Meliá, ao descrever os fenômenos de expansão do direito penal, assenta a teoria de Silva Sánchez, que incorporou a definição de direito penal do inimigo ao seu direito penal de terceira velocidade (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 82).

³⁷ Sobre a “Esquerda Punitiva”, vide Maria Lúcia Karam.

³⁸ Publicado no Diário Oficial da União do dia 26.07.1990.

Para Silva Sánchez o direito penal de primeira velocidade seria aquele aplicado na maior parte do tempo, através de penas privativas de liberdade, que deveria ser subordinado aos princípios processuais já assentados, *e. g.*, devido processo legal, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa. Por sua vez, o direito penal de segunda velocidade seria aplicado nos crimes punidos com penas privativas de direito e/ou pecuniárias, no qual, pela “pouca” penalização, as garantias processuais poderiam e seriam diminuídas. Enfim, o direito penal de terceira velocidade teria as mesmas características que o direito penal do inimigo, extraíndo os piores traços das velocidades anteriores, quais sejam, a aplicação de longas penas privativas de liberdade e a diminuição de garantias processuais, e ainda prostração das regras de imputação do delito (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 82-83).

Silva Sánchez ainda constata que é impossível retornar ao estado anterior, onde esses direitos de segunda e terceira velocidade inexistiam, e que “a coexistência, portanto, de vários Direitos penais distintos, com estruturas típicas, regras de imputação, princípios processuais e sanções substancialmente diversas”³⁹ (SÁNCHEZ, 2001, p. 156-157) é caracterizadora da nova realidade.

Porém, não se opõe às duas primeiras velocidades, considerando que a “ausência de penas corporais permitiria flexibilizar o modelo de imputação”⁴⁰, mas que “a admissão da razoabilidade desta segunda expansão, que vem acompanhada de características de flexibilização reiteradamente aludidas, exigiria inescapavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão”⁴¹ (SÁNCHEZ, 2001, p. 161-162).

A queixa se encontra é na consolidação de uma terceira velocidade, “em que o Direito penal do cárcere concorre com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”⁴², além do fato de

³⁹ Tradução livre do autor. No original: “la coexistencia, por tanto, de varios Derechos penales distintos, con estructuras típicas, reglas de imputación, principios procesales y sanciones sustancialmente diversas”.

⁴⁰ Tradução livre do autor. No original: “ausencia de penas corporales permitiría flexibilizar el modelo de imputación”.

⁴¹ Tradução livre do autor. No original: “a admisión de la razonabilidad de esta segunda expansión, que viene acompañada de los rasgos de flexibilización reiteradamente aludidos, exigiría ineludiblemente que los referidos ilícitos no recibieran penas de prisión”.

⁴² Tradução livre do autor. No original: “en la que el Derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales”.

que este “deveria ser desejavelmente reduzido a mínima expressão”⁴³ (SÁNCHEZ, 2001, p. 163).

Assim, para Silva Sánchez (2001, p. 166)

o Direito penal da terceira velocidade não pode manifestar-se senão como o instrumento de abordagem de atos “de emergência, sendo expressão de uma espécie de “Direito de guerra” em que a sociedade, ante a gravidade da situação excepcional de conflito, renuncia de modo especializado a suportar os custos da liberdade ação⁴⁴.

Rodrigo Murad do Prado (2018, p. 79/84) sintetiza as velocidades da seguinte forma: a primeira “seria aquela tradicional do Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade”, sendo observadas todas as regras garantistas”; a segunda é marcada “pela substituição da pena de prisão por penas restritivas de direito, a fim de demarcar a vida do malfeitor, com imposição de obrigações ao delito praticado”, acompanhada de “uma flexibilização das garantias penais e processuais penais”; a terceira, por sua vez, traria a “antecipação da punição do inimigo; desproporcionalidade das penas e ou supressão de garantias e criação de medidas gravosas contra crimes de alto repúdio social”; e enfim, traz a quarta velocidade – que não é de criação de Silva Sánchez –, caracterizada por seu estado de exceção, dando o exemplo do Tribunal de Nuremberg, formado para punir os crimes praticados durante a Segunda Guerra Mundial.

Em caracterização semelhante ao autor supracitado, Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2006, p. 171) aponta ainda que, a antecipação da tutela penal, advinda com o Direito Penal de Terceira Velocidade, é marcada pela “punibilidade de atos preparatórios e a tipificação de crimes de mera conduta” e pelos “tipos de perigo abstrato”.

Os crimes de mera conduta surgem com um caráter “preventivo”, e o autor ainda exemplifica alguns tipos antigos no ordenamento brasileiro, como o abandono de função pública, ato obsceno, crimes contra a saúde pública falsa identidade, violação de domicílio, e assim por diante (MORAES, 2006, p. 171).

Por sua vez, a criminalização de atos preparatórios teria o condão de tutelar bens jurídicos de extrema relevância, e mesmo assim, sendo imperiosa que a

⁴³ Tradução livre do autor. No original: “debería ser deseablemente reducido a la mínima expresión”.

⁴⁴ Tradução livre do autor. No original: “el Derecho penal de la tercera velocidad no puede manifestarse sino como el instrumento de abordaje de hechos ‘de emergencia’, siendo expresión de una especie de ‘Derecho de guerra’ en el que la sociedad, ante la gravedad de la situación excepcional de conflicto, renuncia de modo cualificado a soportar los costes de la libertad de acción”.

conduta tipificada seja bem especificada, sob pena de se criminalizar até a cogitação (MORAES, 2006, p. 173/174).

Seguindo, os tipos de perigo abstrato surgem a partir de decisões sociais que visam responder às “novas demandas da modernidade e do mundo globalizado”, e não apenas aos bens jurídico-penais clássicos (MORAES, 2006, p. 174).

José Luis Díez Ripollés (2015, p. 86) ressalta a similaridade deste direito com o direito penal do inimigo, ao ponto em que as duas modalidades tornam “menos rígidas as regras de imputação de responsabilidade”, além de “antecipar a intervenção penal para fases prévias à execução e inclusive à preparação do delito, no incremento das penas de prisão e na eliminação ou redução das garantias penais e processuais”.

Todavia, o autor diferencia os direitos no sentido em que a terceira velocidade teria o escopo de diminuir o controle penal sobre as “novas formas de delinquência ligadas à sociedade tecnológica e à criminalidade dos poderosos”, deixando-as à cargo da segunda velocidade, e ainda à “conveniência de reagir energicamente frente a condutas especialmente graves” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 86-87).

Frente ao exposto, o direito penal das velocidades se aproximaria do direito penal do inimigo, quando em sua terceira velocidade, e também o direito penal do cidadão em relação ao direito penal de primeira velocidade, mas criaria um nível intermediário, qual seja, a segunda velocidade, que teria características dos dois modos anteriores, através da diminuição de garantias e limitação das restrições à liberdade.

d) O Direito Penal Simbólico

Depois da análise do direito penal das velocidades, chega a vez do direito penal simbólico. Manuel Cancio Meliá anuncia que todo o direito penal está permeado de caráter simbólico, sem necessariamente ser negativo, considerando que “o crime não é uma realidade preexistente, mas que se cria num processo de ‘interação simbólica’, atribui-se socialmente a qualidade de ‘crime’” (MELIÁ, 2005, p. 93/94).

Por sua vez, quando “considera-se que a norma penal não é um meio para constituir a identidade da sociedade”, com o fito de organizar a sociedade, “ou para resolver um determinado problema social em termos de preservação (instrumental)

do delito, em (*sic*) sim que a aprovação da norma em si e sua publicação são a solução, evidentemente, aparente”, aí é que surge o direito penal “meramente simbólico” (MELIÁ, 2005, p. 95).

Esse caráter “meramente simbólico” se evidencia quando uma norma é criada com “preceitos destinados somente a cumprir uma função de tranquilização, por sua mera existência no Código Penal”, ou ainda quando a norma criminalizante é utilizada como “educador social, reprimindo a expressão de determinadas ‘idéias’ – certamente lamentáveis” nas ocasiões em que “é evidente que não é mediante a tipificação penal que se consegue este objetivo” (MELIÁ, 2005, p. 98/99).

A maior problemática aparece quando essas “normas que em princípio seriam classificadas como ‘meramente simbólicas’ podem chegar a dar lugar a um processo penal real”. Ou seja, essas normas erguem-se como “estratégias mercado-técnicas de conservação do poder político”, que deveriam ser “caracterizados pela sua inaplicação, pela falta de incidência real na ‘solução’ em termos instrumentais”, e passam a impingir efeitos colaterais (MELIÁ, 2005, p. 101/103).

Distanciando-se um pouco do pensamento de Meliá, Adalberto Narciso Hommerding e José Francisco Dias da Costa Lyra afirmam que a legislação simbólica “nada mais é do que a lei elaborada com fins populistas, geralmente atendendo a interesses econômicos e da mídia, sem qualquer eficácia social no sentido da resolução dos problemas aos quais, em princípio, se dirigia” (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 18).

Samuel Rodríguez Ferrández (2017, p. 96-98) afirma que, a despeito da visibilidade popular que algumas pautas possuem – tendo como exemplo a redução da maioria penal ou o tratamento para os indivíduos que cometem crimes hediondos –, muitas vezes, mesmo com a criação de uma legislação que deveria coibir certas condutas, estas acabam sendo inaplicáveis, de forma que, o legislador receberia o mérito de “atender os anseios popular, sem, realmente, resolver a problemática.

José Luis Díez Ripollés (2002, p. 71) pondera que as reações do direito penal advêm de dois fatores: em primeiro vem as lesões ou riscos que os bens jurídicos fundamentais de uma sociedade estão sujeitos, e em segundo é a responsabilidade que alguns indivíduos possuem por aqueles riscos ou lesões.

A partir dessas constatações, o Direito Penal visaria impedir o acontecimento de tais danos, através de uma forma de controle social sancionador – mas não

privando outros modos de controle –, para que a ordem social não se desestabilize (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, p. 71/72).

Todavia, em alguns momentos, a proteção dos bens jurídicos é preterida em razão de um Direito Penal Simbólico, que se expressa pelas seguintes formas: 1) leis reativas, para mostrar a velocidade do legislador frente aos novos problemas; 2) leis identificativas, para atender algumas preocupações sociais específicas; 3) leis declarativas, normatizando certos valores de um período social; 4) leis axiomáticas, reafirmando princípios essenciais à vida em sociedade – tendo como exemplo a negativa de certos fatos históricos –; 5) leis de compromisso, como demonstração dos acordos políticos realizados; 6) leis aparentes, que, por conta da falta de técnica legislativa, seriam inaplicáveis; 7) leis gratuitas, que não dispõem de recursos, materiais ou pessoais, para sua aplicação; e as 8) leis imperfeitas, que seriam inaplicáveis ou não teriam sanções (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002, p. 88-91).

Nesse sentido, a partir da obra de José Luis Díez Ripollés, Luiz Flávio Gomes e Luis Wanderley Gazoto (2020, p. 269) entenderam que existe “uma relação direta entre atitudes punitivas elevadas e o contato com os meios de comunicação que prestam especial atenção à delinquência, sobretudo se tais meios conferem tratamento sensacionalista à mesma e preconizam severidade diante do crime”.

Os autores ainda consideram o populismo penal “como uma espécie de direito penal simbólico” que teria o condão de inspirar os legisladores de forma que “o parlamento pode estar, sinceramente, envolvido pela ideia punitiva, quando então há uma coincidência entre o pensamento popular e parlamentar”, ou quando o parlamentar “pode estar se aproveitando de uma situação momentânea de clamor público por maior rigor penal, para angariar notoriedade, prestígio ou obter outros créditos políticos” (GOMES; GAZOTO, 2020, p. 297/298).

Em vista disso, observa-se também que o populismo penal sofreria com a “1) atecnia; 2) suscetibilidade a falsas impressões; 3) possíveis deficiências das pesquisas de opinião e más leituras delas, pelos políticos; 4) suscetibilidade a manipulações, principalmente pela mídia”, havendo assim, “a exclusão da ciência no processo de desenvolvimento das políticas criminais”, concluindo-se que “tudo o que o populismo penal gera é um rigor irracional e desproporcional” (GOMES; GAZOTO, 2020, p. 307/308).

Marcelo Neves (1994, p. 34), em sua obra “A Constitucionalização Simbólica”, evidencia que:

Quando, porém, a nova legislação constitui apenas mais uma tentativa de apresentar o Estado como identificado com os valores ou fins por ela formalmente protegidos, sem qualquer novo resultado quanto à concretização normativa, evidentemente estaremos diante de um caso de legislação simbólica.

O mesmo autor, ainda lastreado na obra de Kindermann, aponta três tipos de legislação simbólica:

1) a que tem a intenção de afirmar valores sociais, em que a legislação é “uma forma de reconhecimento da ‘superioridade’ ou predominância social de sua concepção valorativa, sendo-lhes secundária a eficácia normativa da respectiva lei” (NEVES, 1994, p. 34);

2) a que busca mostrar o poder do Estado, também chamada de “Legislação-Álibi” – nas palavras de Kindermann –, onde “O legislador, muitas vezes sob pressão direta, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas”, de forma que “o legislador procura descarregar-se de pressões políticas e/ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos”, ou ainda “decorre da tentativa de dar a aparência de uma solução dos respectivos problemas sociais ou, no mínimo, da pretensão de convencer o público das boas intenções do legislador”, criando assim, “a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, sem, contudo, normalizar as respectivas relações sociais” (NEVES, 1994, p. 37-39);

3) a que serve como “compromisso dilatatório”, onde “as divergências entre grupos políticos não são resolvidas através do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas”, todavia, o “acordo não se funda então no conteúdo do diploma normativo, mas sim na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado” (NEVES, 1994, p. 41).

Após apresentar a tipologia das legislações simbólicas, Neves ainda observa seus efeitos. A lei simbólica causa efeitos de sentido negativo, ou seja, “falta de eficácia normativa e vigência social”, e de sentido positivo, quando “ela produz efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não especificamente jurídica” (NEVES, 1994, p. 51).

Além disso, cada um daqueles três tipos de legislação simbólica apresenta seus próprios efeitos, quais sejam: nas leis que buscam a afirmação de valores, elas podem ser “atos que servem para convencer as pessoas e grupos de consistência

do comportamento e norma valorados positivamente, confortando-as e tranquilizando-as”, também podem ser uma “afirmação pública de uma norma moral pelo legislador, mesmo que lhe falte a específica eficácia normativo-jurídica”, ou “confirmadora de valores sociais”, em que servem para diferenciar “‘quais as culturas têm legitimidade e dominação pública’ (dignas de respeito público) das que são consideradas ‘desviantes’ (‘degradadas publicamente’)” (NEVES, 1994, p. 51).

Já a “legislação-álibi” serve como “mecanismo com amplos efeitos político-ideológicos”, em que se “descarrega o sistema político de pressões sociais concretas, constitui respaldo eleitoral para os respectivos políticos-legisladores, ou serve à exposição simbólica das instituições estatais como merecedores da confiança”. Por fim, o efeito das leis com “fórmula de compromisso dilatatório é o de adiar conflitos políticos sem resolver realmente os problemas sociais subjacentes” (NEVES, 1994, p. 52).

Reafirmando o pensamento de Marcelo Neves, Emiliano Borja Jimenez (2011, p. 93):

Considerando que os políticos estão muito preocupados com as enquetes de popularidade (que se transformam em maior ou menor número de votos no futuro), eles precisam responder as necessidades de tranquilizar os cidadãos frente a esse alarme social (real ou criado fictivamente pelos meios de comunicação) de forma rápida e eficaz⁴⁵.

No mesmo sentido, Claus Roxin (2006, p. 47) caracteriza o referido tipo de legislação por não gerarem “primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas”, em que “não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas”.

Enfim, Meliá, se referindo ao pensamento de Hassemer, declara que “quem relaciona o ordenamento penal com elementos ‘simbólicos’ pode criar a suspeita de que não leva em conta a dureza real e nada simbólica das vivências de quem se vê submetido à persecução penal, detido, processado, acusado, condenado, preso” (MELIÁ, 2005, p. 93).

⁴⁵ Tradução livre do autor. No original: “Dado que los políticos están muy preocupados por las encuestas de popularidad (que se concretan en mayor o menor número de votos en el futuro), necesitan responder a las necesidades de tranquilizar a la ciudadanía ante esa alarma social (real o creada ficticiamente por los medios de comunicación) de forma rápida y eficaz”.

Com isso, “é criticável o emprego simbólico-populista do controle penal como forma de promoção dos direitos fundamentais e do interesse público [...], que bem pode expressar (de forma manipulada) a defesa de mero interesses dos grupos dominantes” (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 68).

Seguindo as ideias de Alexandre Rocha Almeida de Moraes (2006, pp. 218/219) é “inquestionável que a resposta demagógica de políticos do mundo todo à onda de criminalidade por meio de edição de legislações irracionais retrata o caráter meramente simbólico que vem se atribuindo ao Direito Penal”. Ainda é atribuído “ao papel da mídia, um discurso excessivamente preventivo para o Direito Penal e a esperança de que o delito possa ser eliminado da face da terra”.

Frente a isso, considera-se o Direito Penal Simbólico uma distorção do Direito Penal, uma vez que se caracteriza muito mais por seu poder ideológico e moralista, do que propriamente por seu caráter punitivo.

Fazendo crítica ao Direito Penal das Velocidades, Direito Penal do Inimigo e ao Direito Penal de Intervenção, Fernando de Brito Alves e Luiz Fernando Kazmierczak (2016, p. 37) descrevem tais correntes sendo uma “visão distorcida do Direito Penal”, servindo “como instrumento de crueldade e de vingança”. Assim, “criam-se estereótipos da criminalidade, o que reforça a idéia de recrudescimento das estruturas repressivas como forma de vender a sensação de segurança promovida pelo Estado” (ALVES; KAZMIERCZAK, 2016, p. 37).

3.2 OS OBSTÁCULOS EPISTEMOLÓGICOS DA COGNIÇÃO LEGISLATIVA

Em um dos capítulos da obra “Introdução Crítica ao Direito” de Michel Mihailo (2005, p. 37), o leitor é introduzido à expressão “obstáculo epistemológico”, trazida do texto “A formação do espírito científico” de Gaston Bachelard.

Bachelard declara que os principais obstáculos do conhecimento científico surgem “no âmago do próprio ato de conhecer que aparecem, por uma espécie de imperativo funcional, lentidões e conflitos” (1996, p. 17),

Ainda caracterizando a ciência, Bachelard certifica-se de que “A ciência, tanto por sua necessidade de coroamento como por princípio, opõe-se absolutamente à opinião”, já que “A opinião pensa mal; não pensa: traduz necessidades em conhecimentos”, de forma que “Não se pode basear nada na opinião: antes de tudo, é preciso destruí-la. Ela é o primeiro obstáculo a ser superado” (1996, p. 18).

Nesse sentido, “O espírito científico proíbe que tenhamos uma opinião sobre questões que não compreendemos, sobre questões que não sabemos formular com clareza” (BACHELARD, 1996, p. 18).

Seguindo, Bachelard aponta que todo conhecimento científico advém de perguntas, e que “Se não há pergunta, não pode haver conhecimento científico” (1996, p. 18). Porém, “A pergunta abstrata e franca se desgasta: a resposta concreta fica” (1996, p. 18).

Outro empecilho ao conhecimento científico é o fascínio pelo empirismo, uma vez que “Quando o conhecimento empírico se racionaliza, nunca se pode garantir que valores sensíveis primitivos não interfiram nos argumentos” (BACHELARD, 1996, p. 19). Isso se deve à constatação de que “a observação primeira é sempre um obstáculo inicial para a cultura científica”, ao se apresentar “repleta de imagens; é pitoresca, concreta, natural, fácil” (BACHELARD, 1996, p. 25).

Também são tratados dos obstáculos verbais, anímicos, do substancialismo, e dos pedagógicos, mas Bachelard conclui na referida parte de seu texto informando seu intuito de contribuir “para moralizar a ciência” e com a afirmação de que “o homem que segue as leis do mundo já obedece a um grande destino” (1996, p. 28).

Retomando a obra de Mialle (2005, p. 38) ao tratar dos obstáculos epistemológicos, inicia-se pela “falsa transparência do direito”, ao considerar que “A regra do direito apresenta-se como uma regra de conduta humana que a sociedade fará observar, se necessário, pela coacção social” (sic), sem, contudo, ter clareza do fim almejado pelo direito.

Nessa perspectiva, traz-se o empirismo, partindo do pressuposto de que “tanto a investigação como o ensino do direito revestem o carácter de um estudo ‘objectivo’” (MIALLE, 2005, p. 40), ao elencar como prioridades no direito “O Estado, um contrato, um tribunal”. Todavia, “é preciso afirmar de imediato que um cientista não fundamenta o seu conhecimento na experiência”, já que “a experiência vem confirmar a reflexão, ela nunca é o ponto de partida” (MIALLE, 2005, p. 41).

Seguindo, tem-se o positivismo, onde o “direito positivo” consiste nas “regras do direito fixadas pelos homens”, de forma que “O estudo do direito deve ser relativo a todas as regras, mas deve limitar-se só a elas” (MIALLE, 2005, p. 43).

A partir dessa concepção, ocorreu uma desconsideração da existência dos direitos naturais, de forma que “O estudo do direito transforma-se no estudo das regras ditadas pelo legislador”, fazendo com que o jurista considere sua própria

crítica um abandono da ciência e um mergulho na “moral ou na “política” (MIAILLE, 2005, p. 44).

Então, “A ciência será positiva no sentido de ser ‘neutra’ no plano político ou moral”, (MIAILLE, 2005, p. 44). Miaille não se posiciona contrário ao estudo da legislação como ela se encontra prescrita, para o autor “é a crença sobre a neutralidade desta atitude nas condições em que ela se realiza que é discutível” (2005, p. 44).

Outro obstáculo identificado por Miaille foi o idealismo jurídico. É trazido o pensamento de que “A imensa maioria dos juristas acredita na justiça, julga que o objectivo do direito é realizar esta justiça” (MIAILLE, 2005, p. 46).

O autor identifica o idealismo jurídico como representação de mundo, onde “a ciência jurídica vai tornar como certa a imagem que lhe transmite a sociedade e torná-la pela realidade”, de forma que “a ciência jurídica não é mais do que uma representação da vida social” (MIAILLE, 2005, p. 51).

Há ainda a figura do idealismo universalista do direito, ao “fazer crer que o último estado das instituições jurídicas é um progresso em relação ao estado precedente: estamos sobre uma linha ascendente que se chama a marcha da humanidade”, assim, “a história não interessa realmente o jurista, porque uma óptica idealista-universalista é precisamente oposta a uma tal reflexão (MIAILLE, 2005, p. 55).

Enfim, a tentativa de distanciamento do direito das outras áreas do conhecimento figura como obstáculo. Embora o direito esteja se consolidando como ciência independente desde o Iluminismo, por vezes, ele se demonstra insuficiente para apresentar respostas satisfatórias às problemáticas sociais. Então, não contar com o aporte das outras ciências, como economia, sociologia, entre outras, pode deixar lacunas ainda maiores nas legislações.

Díez Ripollés escreve que

Dá-se por irrefutável, conseqüentemente, que a criação do Direito é coisa de políticos, que não necessita de grandes elaborações intelectuais, que em todo caso deveria ser desenvolvida pelos filósofos do Direito, e que o jurista deve apenas trazer ocasionalmente certa colaboração técnico-jurídica (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 72).

Para Marcelo Neves (1994, p. 40),

Deve-se observar que, face à ‘perda de realidade da legislação’ em um mundo que se transforma aceleradamente, confundem-se o real e a

encenação, ‘desaparecem também os contornos entre desejo e realidade’, ‘ilusão e auto-ilusão tornam-se indiferenciáveis’, de tal maneira que ‘líderes políticos não são apenas produtores, mas também vítimas de interpretações simbólicas’”.

Por sua vez, Thiago Baldani Gomes de Fillipo (2019, p. 3) afirma que “tutela penal da emergência permite que razões puramente políticas e episódicas ditem os rumos da intervenção penal, sem que esta se paute em fundamentos jurídicos”.

Ainda sobre a produção legislativa, Fillipo (2020, p. 29) remonta ao período iluminista, onde surgiu “um modelo global de racionalidade científica, que se esforçava para se distinguir de duas outras formas de conhecimento não-científicas, e, portanto, irracionais: o senso comum e as humanidades”.

A partir dessa ruptura com o pensamento da Idade Média, emerge um “culto ao positivismo lógico”, seguido pela percepção de uma “dificuldade extrema da dogmatização científica, em virtude de suas próprias contradições indissolúveis”, depois com a “constatação de que as tentativas fracassadas de serem encontrados os princípios fundadores das ciências impediram que fossem encontradas respostas seguras e definitivas para os problemas que passaram a surgir”, e enfim, aparecendo um caráter filosófico, através do qual “indica que algumas virtudes das ciências, como a imaginação, a criatividade, a disponibilidade de se submeter a críticas e o caráter comunicativo das investigações, são questões a serem cultivadas nos campos da moral e da política, desvinculando-se da esperada isenção pura das ciências” (FILIPPO, 2020, p. 29/30).

Nesse ínterim, ocorre o surgimento de um novo paradigma científico, com a preponderância de que: 1) “todo o conhecimento científico-natural é científico social”; 2) “o conhecimento passa a ser local e total”; 3) “todo conhecimento é autoconhecimento: o conhecimento é a continuação do sujeito por outros meios”; e 4) “todo conhecimento científico visa constituir-se em senso comum” (FILIPPO, 2020, p. 30).

Ao transportar essas constatações ao Direito, Filippo (2020, p. 31/32) enfatiza que “O positivismo representou, assim, o culto à razão por meio da edição de leis, editadas com a pretensão de abarcar todas as questões da vida juridicamente relevantes, passando-se a acreditar na existência de um sistema jurídico autossuficiente”, mas que “a pós-modernidade provocou certa *deslegalização* da sociedade e a aparente ruína do Direito enquanto sistema normativo, solapado pelo *desdogmatismo ideológico puro*”.

Consequentemente, estabeleceu-se uma “crise regulatória do Estado”, fruto da “era da descodificação: em virtude da complexidade dos fatos e da especialidade de questões diversas, que exigem conhecimentos cada vez mais particularizados, os códigos passam a ser substituídos por microssistemas legislativos” (FILIPPO, 2020, p. 32/32).

Dessa maneira, passou-se a admitir que a “produção de efeitos de leis formalmente nulas, segundo o princípio da *força normativa dos fatos*”, no qual “os princípios, com seus conteúdos estruturalmente indeterminados, adquirem o status de normas e as regras passam a contar com termos cada vez mais vagos” (FILIPPO, 2020, p. 32/32).

Essa preocupação com a eficiência da legislação aplicada ao Direito Penal não se mostra positiva, no sentido em que é “acompanhado por uma visão cética sobre o valor dos direitos e garantias fundamentais, reputados como meros obstáculos à intervenção penal” (FILIPPO, 2020, p. 34).

Assim sendo, há “de se reconhecer às garantias a importante missão de imposição de limites à atuação estatal, tanto na edição de tipos penais, quanto na persecução, aplicação da pena e execução penal”, de forma que “A desconsideração de princípios e garantias penais como conformadores às decisões estatais, quer seja no plano abstrato da edição de leis, quer seja na concretude das decisões judiciais, redundando na contemplação de mero eficientismo penal”, colocando o Direito Penal como “*prima ratio* da política social” (FILIPPO, 2020, p. 36).

Em suma, ao constatar que a “política criminal se transformou em verdadeira política de segurança”, “desmaterializa-se o conceito de bem jurídico, que parece ter perdido a sua capacidade de rendimento na imposição de limites à intervenção penal, para se tornar um conceito simplesmente ideológico” (FILIPPO, 2020, p. 36).

Frente a isso, Thiago Baldani Gomes de Fillipo (2020, p. 39) ressalta a importância da dogmática penal, “como forma de conferir aos tipos penais uma lógica sistemática mínima, por um lado, e, por outro permitir a intangibilidade de um feixe de princípios e garantias penais, por outro”.

Nesse ínterim, o autor ainda separa e conceitua a dimensão analítica da dogmática, como aquela “que deve cuidar do agrupamento de conceitos, problemas, grupos de casos” e a dimensão ético-normativa, responsável pela “elaboração de conceitos operativos, portadores de valores fundamentais, que auxiliem na aferição da correta atribuição de responsabilidade penal” (FILIPPO, 2020, p. 36).

Caminhando para o fim do tópico dos obstáculos, traz-se as considerações de José Luis Díez Ripollés (2008, p. 24) sobre a tomada de decisões no âmbito das políticas legislativas penais. O autor afirma que para o referido processo é imprescindível um conhecimento amplo acerca da realidade social de onde advém e para onde será aplicada.

Para isso, a identificação dos agentes sociais envolvidos no processo legislativo é essencial. Começando pelas atitudes sociais. O sentimento de insegurança dos cidadãos está presente por toda América Latina, independente se o país é tido como muito seguro (vide Uruguai) ou não. Tal pensamento é pautado pela crença em uma impunidade generalizada e na corrupção ou ineficiência do sistema de justiça. (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 24-25). A partir da difusão dessas imagens torna-se crescente o desejo de atitudes punitivas na sociedade.

Seguindo, os meios de comunicação podem causar uma “coberta desproporcional” acerca da delinquência, pela divulgação de imagens distorcidas do volume de crimes e impunidade dos envolvidos, gerando assim, medo generalizado e, por sua vez, o amoldamento das atitudes sociais (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 26). As rebeliões ocorridas em alguns estabelecimentos penais do Brasil são usadas como exemplo de fundamento para o endurecimento do regime penal em 2003 (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 27).

Existem os grupos de pressão institucionalizados, compostos pelos empresários (buscando a criminalização de infrações à propriedade intelectual e empresarial, abigeato, ou até a prisão domiciliar em substituição à prisão preventiva), os sindicatos e corporações profissionais (pela anistia de certos delitos e a criminalização de atentados contra a liberdade dos trabalhadores), órgãos e compromissos internacionais (através de convenções e tratados, que podem ser desconexas com a realidade dos Estados, como no caso do delito relacionado a minas terrestres no Brasil, ou a proibição de do costume de mascar folha de coca nos países andinos), e até mesmo os Estados Unidos da América (em pautas antiterroristas, de criminalidade econômica e na política de combate às drogas) (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 27-30).

Depois tem-se os grupos de pressão não institucionalizados, que embora não sejam tão organizados como os anteriores, obtiveram êxito acerca da tutela do trabalho escravo, violência doméstica e desarmamento (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 31). As organizações de vítimas, no Brasil, também se destacam – conforme

exemplo anterior da Lei “Carolina Dieckmann” e Lei de Crimes Hediondos, ao agravar os crimes de sequestro, cárcere privado, falsificação de medicamentos, entre outros –.

Por vezes, os operadores do direito podem provocar alterações legislativas baseadas em suas “experiências”, e algumas condutas sofridas ou realizadas por “pessoas influentes” também causam repercussão – a condução coercitiva do Ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva ensejou a criminalização da conduta na lei de abuso de autoridade de 2019 – (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 32).

As iniciativas governamentais são muito comuns, frequentemente gozam de maiores informações e de técnica mais apurada que as restantes, e embora não exijam grandes justificações, são acompanhadas de uma exposição dos motivos (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 33-34). Compartilhando algumas dessas características, as iniciativas parlamentares diferenciam-se por serem menos fundamentadas, se aterem mais às demandas sociais que à agenda do Estado, e ainda ter grande variação na qualidade técnica, a depender de sua origem (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 34-35).

Enfim, são apontadas a iniciativa popular – pouco utilizada na América Latina – e os tribunais constitucionais, que em muitos países se mostram muito influentes nas políticas criminais em execução. Todavia, em que pese o poder que alguns desses tribunais tem de declarar ou não a constitucionalidade das legislações, ou ainda, a incidência destas sobre casos concretos, isso pode acarretar uma deslegitimação dos outros Poderes (Legislativo e Executivo), que, em tese, deveriam ser responsáveis por solucionar certos problemas (DÍEZ RIPOLLÉS, 2008, p. 36-37).

Frente ao exposto, percebe-se que não está necessariamente se desenvolvendo para melhor, muitas vezes tão somente está dando legalidade à realidade, através de novas normas. Ainda, pode-se caracterizar um erro deixar de considerar os direitos naturais como existentes e imprescindíveis, em face do direito positivado. Também, vê-se que o empirismo não é fonte confiável para a produção legislativas, servindo mais como forma de medição e parâmetro de qualidade e/ou efetividade. Por fim, a tentativa de produção legislativa distanciada de outras áreas do conhecimento também se mostra como um grande obstáculo à legislação de qualidade.

3.3 A SUPERAÇÃO DOS OBSTÁCULOS ATRAVÉS DA RACIONALIDADE LEGISLATIVA DE DÍEZ RIPOLLÉS

Francisco de Assis Toledo (1994, p. 3) já advertia que “Em grande equívoco incorrem, freqüentemente, a opinião pública, os responsáveis pela Administração e o próprio legislador, quando supõem que, com a edição de novas leis penais, mais abrangentes ou mais severas, será possível resolver-se o problema da criminalidade crescente”, dado que “O crime é um fenômeno social complexo que não se deixa vencer totalmente por armas exclusivamente jurídico-penais”.

Samuel Rodríguez Ferrández (2017, p. 110-111) opina pela atribuição de responsabilidade social pela qualidade legislativa aos estudiosos do direito penal, ao apontar que estes deveriam diagnosticar, analisar e descrever a realidade, e não apenas a realização de estudos a partir dos dogmas contidos no texto legal. No azo, surgiriam “obrigações empíricas”, visando a avaliação das normas acerca da sua “efetividade, eficácia e eficiência”, causando, assim, a aferição da racionalidade e legitimidade das mesmas.

A partir dessas constatações, José Luis Díez Ripollés (2015, p. 51) defendeu a necessidade de superação do “modelo de segurança cidadã” que está sendo delineado, pelo chamado “modelo penal de bem-estar”, adotando características tanto do modelo ressocializador quanto do bem-estar autoritário, porém carregando uma abordagem mais técnica, sem furtar-se à complexidade da realidade, e aos encantos das soluções de curto prazo.

Tal política, de um lado, faria com “que o garantismo deixe de ser entendido como um modelo global de intervenção penal”, e se torne “um bastião, uma trincheira, frente ao possível abuso dos poderes públicos”, além de “fazer crível à sociedade que estes abusos existem e que podem ser incrementados”, para que então os setores sociais compreendam a imprescindibilidade do “sistema de garantias”, e de outro, retomaria “com firmeza os esforços a favor da ‘modernização’ do direito penal”, trazendo sua ampliação para setores antes não atingidos, e com isso liberaria “o direito penal do estigma de ser direito dos pobres” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2015, p. 52-53).

Por sua vez, José Luis Díez Ripollés (1998, p. 21) anunciou que a criação de uma teoria da legislação já era pedida por muitos, de forma que esta incidisse imediatamente sobre a elaboração legislativa, bem como, na etapa de discussão

legislativa: “Se trata de construir o marco conceitual adequado para posteriormente estabelecer um determinado procedimento de elaboração das leis penais”⁴⁶.

Partindo para uma análise mais pragmática da legislação, o autor, tendo por base os estudos de Manuel Atienza, realizou uma investigação sobre as fases da lei, tendo como parâmetro o ordenamento espanhol, mas que, com algum nível de abstração, poderia ser aplicado à maioria dos sistemas jurídicos. O autor identificou diversos vícios durante o procedimento, que incorreriam na criação de legislações precárias, e desenvolveu critérios de aferição da racionalidade jurídica aplicável a toda e qualquer legislação criminal.

O autor considera que, graças ao protagonismo exacerbado que o Poder Judiciário vem recebendo, “permitiu-se que o campo da criação das leis a serem interpretadas ficasse em mãos da improvisação e do oportunismo social e político” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 22). Então, frente a tal negligência legislativa, este pretende desenvolver um modelo de legislação, que “aproxime o máximo possível da teoria da decisão racional” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 22).

Antes de apresentar seu molde de legislação, Díez Ripollés (2016, p. 22/23) aponta que seu “modelo está integrado por dois planos superpostos. O primeiro, dinâmico ou operacional, deveria ser capaz de descrever e analisar criticamente o concreto funcionamento do processo legislativo” e um segundo, com caráter prescritivo, que “deve estabelecer os conteúdos de racionalidade que devem ser necessariamente levados em consideração em qualquer procedimento legislativo”.

Porém, a mera criação de critérios para aferição/implementação de racionalidade em uma legislação sem uma descrição criteriosa de como utilizá-los não garante seu emprego.

Ressalta-se ainda o pensamento de Bettina Weiber (2021, p. 16) ao demonstrar que uma legislação apenas embasada em conhecimentos técnicos pode sofrer uma crise de legitimidade, haja vista que “a obtenção de expertise da ciência jurídico-penal serve para emprestar a algumas regulações um maior grau de poder persuasivo no que tange ao seu conteúdo, de certa maneira ‘comprovando’ cientificamente sua adesão”, todavia, essas contribuições “integram, quando muito, o processo de formação da vontade democrática enquanto componentes do debate político (-criminal)”.

⁴⁶ Tradução livre do autor. No original: “Se trata de construir el marco conceptual adecuado para posteriormente establecer un determinado procedimiento de elaboración de las leyes penales”.

Sendo assim, Díez Ripollés (2016, p. 97) desenvolveu um “modelo dinâmico de legislação penal que descreve e analisa criticamente o concreto funcionamento do processo legislativo, criando, assim, as bases para o efetivo assentamento das diversas racionalidades na prática legislativa.

Dessa forma, esta pesquisa descreverá primeiro as fases pelas quais uma ideia ou interpretação de fato passa até se tornar uma legislação e ser reavaliada, para só então apresentar e desenvolver os critérios de racionalidade elaborados por Díez Ripollés.

3.3.1 As fases legislativas

Embasado em Díez Ripollés (2016, p. 25), que advertiu: “torna-se difícil determinar e desenvolver os conteúdos da racionalidade legislativa sem saber com certa precisão em que contexto social devem ser ativados” e “quais momentos decisivos para assegurar a devida consideração de cada uma dessas racionalidades e elementos constitutivos”. Para o desenvolvimento deste modelo, o autor divide o processo legislativo em três fases: pré-legislativa, a legislativa e a pós-legislativa.

A “fase pré-legislativa tem início quando se problematiza socialmente a falta de relação entre a realidade social e sua correspondente resposta jurídica e termina com a apresentação de um projeto ou proposta de lei diante da Câmara” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 26), e é composta ainda por cinco etapas, que tem variações de acordo com duas condições: “os agentes sociais predominantes e o grau de institucionalização da etapa correspondente”.

A primeira etapa “tem início com o êxito de um agente social em tornar crível a existência de uma disfunção social, e que necessita, portanto, de algum tipo de intervenção penal” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 28), e esta pode ser “em seus pressupostos fáticos, real ou aparente, qualidade da qual os agentes sociais ativadores do processo podem não ser conscientes, ou sê-lo, ou ainda podem justamente ser movidos pela intenção de fazer passar por real uma disfunção aparente” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 28-29)

A segunda etapa consiste na instauração de um mal-estar social, decorrente da disseminação generalizada daquela disfunção social, caracterizada ainda pela “estabilização cognitiva, ou seja, uma certa resistência a desaparecer da agenda social” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 30). Tal etapa alcança sucesso quando “uma

apreciável insatisfação social em relação a ausência, presença ou modo de uma intervenção penal se estabiliza de maneira generalizada” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 34).

A terceira etapa advém da opinião pública, e por esta “deve-se entender, no plano operacional no qual nos movemos, a opinião de um coletivo qualificado de pessoas, mais concretamente, daquelas que determinam os conteúdos dos meios formadores de opinião” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 35).

De outra senda, Roberta Simões Nascimento, ao observar os grupos de pressão, chamou “atenção para a necessidade de que a intervenção desses grupos de pressão se dê de maneira menos informal e opaca” considerando que o “mais viável parece ser a regulação do *lobbying*, estabelecendo-se os limites e as possibilidades da influência dos diversos setores interessados na futura legislação” (2019, p. 529), e finaliza afirmando que “deve-se garantir a representatividade dos interesses envolvidos, preferencialmente todos, e da forma mais igualitária possível (2019, p. 531).

A quarta etapa abarca a formação de “um programa de ação dirigido explicitamente a oferecer propostas de resolução do problema social suscitado” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 37), que necessita de “respeitabilidade social” para prosseguir, o que não ocorre sem o amparo de “grupos de pressão especializados”, que podem ser formados em decorrência de vieses ideológicos, científicos e socioeconômicos. Esses grupos, por sua vez, “rege-se pelo desejo de resolver o problema social de acordo com seus interesses: em primeiro lugar, vale-se de seu prestígio para apropriar-se do problema” e “costumam desenvolver atividades de provisão de informações, o que eventualmente desencadeia investigações mais detalhadas dos aspectos concretos” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 38).

Uma circunstância interessante que afeta essa fase e as decisões tomadas a partir dela é a “crescente perda de importância da respeitabilidade social do programa de ação”, além do “acréscimo de outorgar em maior ou menor medida um protagonismo exagerado em alguns deles, e de bloquear diretamente, no caso da plebe, representada pelos grupos de vítimas, o acesso a conteúdos racionais, enquanto não sejam satisfeitas certas condições emocionais”, além da “predisposição do legislador para legislar simbolicamente: essa atitude exerce um efeito de apelo ou, ao menos, facilita o acesso de propostas populares” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 40 e 45-46).

Finalmente, a quinta etapa vem com a formalização “de projetos ou propostas de lei”, que “não implica simplesmente reestruturá-los de acordo com determinados formatos, mas supõe também a apropriação do programa de ação por parte de novos agentes sociais, as burocracias governamentais ou partidárias” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 48).

Chiaveli Facenda Falavigno (2019, p. 1328), ao analisar a teoria de Díez Ripollés, traz como sugestões de aprimoramento da legislação a atribuição de mais requisitos para a propositura de projetos de lei que criem novos tipos penais, tais como melhores justificativas ou a realização de pesquisas empíricas acerca da demanda da nova tipificação.

De outro lado, a fase legislativa propriamente dita contempla “o conjunto de atuações que têm lugar no parlamento, desde o momento em que a Corte recebe o projeto de lei até o momento em que o aprova, o publica e entra em vigor a nova lei” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 55).

É incluída nessa fase a “iniciativa legislativa, deliberação e aprovação” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 55), ficando caracterizada o “predomínio da etapa pré-legislativa governamental”.

A primeira é a iniciativa legislativa, marcada pelo envio do projeto de lei ao Congresso pelos órgãos legitimados, independentemente da publicidade dada ao texto ou à realização de audiências públicas sobre a temática (2016, p. 55-57). É requisito para tramitação do projeto.

Embora exista a possibilidade de participação popular na iniciativa, essa compreende quase que exclusivamente os projetos de lei oriundos do Congresso ou do Poder Executivo, dada dificuldade em reunir o contingente suficiente para tanto (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 56).

Nesse momento tão relevante, “não está previsto um período de informação pública nem de audiência de setores presumivelmente afetados, tampouco está previsto o pronunciamento do Senado” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 57).

A segunda etapa trata da deliberação, quando se abre prazo para emenda ao projeto original, juntamente do envio do projeto a uma comissão especializada, onde ocorrerão as principais discussões e votação em sessão parlamentar (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 57).

Porém, Díez Ripollés obtempera que “o êxito das emendas depende de ulteriores trâmites nos quais sua potencialidade decrescerá de forma acentuada,

salvo quando complementem a iniciativa governamental”, de forma que, a maior parte das emendas eventualmente apresentada passa a ter caráter de oposição ao projeto original (2016, p. 57).

Seguindo, tem-se a remessa do projeto às comissões especializadas. Neste ponto surgem “expectativas de uma intervenção parlamentar mais autônoma, de caráter especializado, e com abertura a outros agentes sociais” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 57/58). Essa especialização advém da existência de “características orgânicas e determinadas competências funcionais”, devendo ser “permanentes e especializadas por assuntos”, com uma composição estável dos membros, “escolhidos por sua capacidade na referida matéria”.

Também é nesse momento que deveriam ocorrer consultas à especialistas externos, entidades e até mesmo consulta pública sobre o conteúdo da possível futura lei. Em decorrência disso, as principais modificações na iniciativa de lei ocorrem nesse momento, já que “seu funcionamento informal e discreto permite todo tipo de negociações e transações sem temor a controles rígidos de outras instâncias”, sendo considerado “o momento procedimental decisivo de toda a fase legislativa”, devendo ser aqui o momento propício de implementação e análise da racionalidade legislativa (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 58/59).

Por conseguinte, vem o debate pleno da Câmara, em que pode servir de “mera formalidade, com recusa de todas as emendas persistentes e a manutenção do juízo da comissão, ou um momento-chave para a obtenção de compromissos do mais alto nível”, onde fica “difícil nessa fase uma reconsideração genérica da iniciativa legislativa, sendo conveniente conformar-se com modificações isoladas” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 60).

A terceira etapa consiste na aprovação da lei pelo Congresso através do quórum mínimo, a quarta etapa ocorre no senado, onde Díez Ripollés (2016, p. 60/61) diz que não ocorrem muitas mudanças, embora possamos considerar que no ordenamento brasileiro essa etapa tem importância ímpar, além de uma possível quinta etapa, qual seja, a sanção ou veto presidencial, que pode ser derrubado ou não pelo Congresso.

Seguindo, a fase pós-legislativa “é composta de um conjunto de atividades de avaliação dos diversos efeitos da decisão legal após sua entrada em vigor, e perdura até o momento em que se questiona se é socialmente plausível sua

adequação à realidade social ou econômica que pretende regular” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 62).

A primeira etapa concerne à ativação de um interesse. Ela surge quando “certos agentes sociais suficientemente influentes se mostrem interessados em conhecer as consequências da intervenção legislativa correspondente” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 62).

Essa ativação aparece quando cumpridas certas “condições sociais genéricas”, quais sejam, “devem ser socialmente difundida a crença de que as intervenções penais são capazes de modificar a realidade social”, a “comunidade deve ter interiorizado pautas de exigência de responsabilidade pelos efeitos sociais produzidos”, os legisladores “devem mostrar disponibilidade para assumir essas responsabilidades”, e enfim, o que parece mais difícil, “deve existir uma certa tradição tecnocrática de examinar os resultados das intervenções sociais” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 62/63).

Por sua vez, a “decisão legislativa penal” necessita de, ao menos, três características para ser objeto de avaliação: 1) “deve ser uma lei avaliável”, o que “exige uma adequada identificação dos objetivos pretendidos, por mais politicamente incorretos que pareçam, e um cuidado especial para incluir nessa análise o estudo de outros efeitos produzidos ao ausentes”; 2) “a lei deve ter em si mesma virtualidade para suscitar interesse avaliativo”, como se fosse possível vê-la de fora, com “outros olhos” que não os daqueles que foram responsáveis por sua aprovação ou por seus ferrenhos opositores; 3) “a lei deve estar pendente de aprovação”, que não é o caso de “leis recentemente aprovadas” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 63/64). Díez Ripollés ainda considera que “A continuidade desta última fase poderá ocorrer ou não, e para isso será especialmente determinante o fato de que os agentes sociais insatisfeitos substituam os impulsionadores da lei nas fases-chave do procedimento legislativo” (2016, p. 64).

Nessa senda, os “agentes sociais ativadores” têm as mais diversas origens e motivações (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 64/65), da forma abaixo descrita.

As “Rotinas internas institucionalizadas”, sendo “os serviços de administração encarregados de realizar de maneira sistemática a avaliação das leis: pertencerão em geral a setores do Poder Executivo” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 64).

As “Rotinas externas institucionalizadas, como centros e pessoal dedicados à investigação social nas universidades ou outras instituições públicas ou

semipúblicas”, porém estas, “não costumam realizar análises compreensivas de todas as racionalidades”, apenas elencando aquelas que mais despertam interesses em um dado momento (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 64).

As “Instituições promotoras, ou seja, organismos institucionais que fomentam a realização de estudos através da eleição dos temas e seu financiamento”, todavia, costumam ser “ocasionais e contingentes, e a oportunidade política desempenhe um papel excessivo” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 65).

Os “Grupos de pressão, para os quais a intervenção social afeta de um modo ou de outro os seus interesses” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 65); os “Especialistas ou centros especializados não institucionalizados, compostos de profissionais atuantes em alguma ou algumas das áreas competentes para avaliação” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 65).

Os “Meios de comunicação semiespecializados, determinados pelo interesse da mídia no objeto da intervenção” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 65); os “Agentes populistas, especialmente grupos de pressão de vítimas” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 65).

Após essa descrição, interessante é a observação feita por Díez Ripollés de que as “leis que foram aprovadas com uma forte oposição dos agentes sociais ou parlamentares significativos” podem ser consideradas como “leis pré-avaliadas”, que passam “da fase legislativa a uma nova fase pré-legislativa” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 64).

Então vem a etapa de avaliação. Nesse momento é imprescindível a disposição de instrumentos, como equipe, material e método.

Em relação aos meios pessoais, faz-se necessário ter à mão profissionais de diferentes categorias, de acordo com o tipo de racionalidade a ser analisada. Para aferir as racionalidades “linguística, jurídico-formal ou ética contam com uma massa cinzenta de profissionais do Direito”, porém, “outros profissionais que devem desenvolver um trabalho importante nas racionalidades pragmática ou teleológica” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 65).

Quanto “aos meios materiais, existem igualmente algumas limitações: há pouca tradição de destinar dotações orçamentárias para a avaliação de intervenções penais legislativas”, e ainda “poucas instalações projetadas para o desenvolvimento de estudos de avaliação de leis, além da inexistência de estruturas profissionais funcionais” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 66).

Em suma, no tocante aos meios metodológicos, talvez as lacunas destes sejam as mais prejudiciais para a realização da análise. “Falta o que poderíamos chamar de substrato experimental não programado”, além da “escassez de estatísticas policiais e judiciais sobre a delinquência”. As dificuldades aumentam “quando tentamos acessar indicadores não estritamente delinquenciais, mas com diretas aplicações político-criminais, como indicadores perceptuais, de qualidade de vida, econômicos”. Igualmente, “não podem ser ignorados os déficits de experimentalidade”, que fica limitado ao “caráter formal ou superficial com que são satisfeitas as exigências legais sobre necessidade, oportunidade e custo da lei na última etapa pré-legislativa e na fase legislativa, e no caráter retórico e, em geral, meramente descritivo dos conteúdos da norma” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 66/67).

A última etapa é a transmissão de resultados. Neste ponto vem a “formulação contextualizada dos resultados obtidos”, que compreende não só a “imprescindível referência a índices de confiabilidade ou validade das constatações”, devendo ainda “ser incluídas recomendações de ação”; em seguida, vem a necessidade de “adequada difusão dos resultados, que não deverão passar por circuitos, ainda que o constatado seja potencialmente alarmante para a sociedade”; e finalmente, “alcança-se à avaliação da avaliação: os resultados obtidos são introduzidos na arena pública e ficam sujeitos a todo tipo de interpretações e instrumentalizações por parte dos diferentes agentes sociais”, o que pode ocasionar “novas medidas legislativas” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 68).

Em que pese ter sido feita uma separação das fases legislativas, com mais ou menos incidência da população ou de outros setores sociais, ressalta-se que os critérios de racionalidade a seguir expostos devem ser aplicados em todos estes momentos, e não apenas a partir da publicação da norma. Nesse sentido, Chiaveli Facenda Falavigno (2019, p. 132) afirma que “o controle de racionalidade da produção legal seja realizada de forma prévia, no momento em que começa o projeto de lei, e não apenas ao final”⁴⁷, de forma a reduzir a responsabilidade das cortes constitucionais.

⁴⁷ Tradução livre do autor. No original: “el control de racionalidad de la producción legal se haga de forma previa, en el momento en que comienza el proyecto de ley”.

3.3.2 As racionalidades legislativas

José Luis Díez Ripollés (2016, p. 86/87) define a racionalidade como “a capacidade para manter com um setor da realidade social uma interação que corresponde, que é coerente, com os dados que constituem essa realidade e que conhecemos”, e consequentemente, “a racionalidade legislativa penal seria o ponto de chegada de uma teoria da argumentação jurídica, a ser desenvolvida no plano do procedimento legislativo penal, que garantisse decisões legislativas suscetíveis de obter acordos sociais por sua adequação à realidade social na qual são formuladas”.

Díez Ripollés constatou que as três fases legislativas carecem de critérios de aferição da racionalidade, e que a irracionalidade das leis penais “sobressai-se na fase pré-legislativa, uma vez que é aí que os ‘agentes sociais’, no processo sociológico, noticiam e tornam crível a existência de disfunção social (ou desajuste social) reclamando a intervenção penal” (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 92).

Quanto ao processo legislativo em si mesmo, Díez Ripollés (2016, p. 87/88) pontua que o modelo vigente hoje é o minimalista, onde é enfatizada “a linguagem legal, na estrutura da lei e em sua inserção sistemática dentro do conjunto do ordenamento”, e os “conteúdos adicionais, referidos aos fins perseguidos pela lei e aos valores subjacentes, condicionam sem dúvida a tarefa precedente, da qual são o pressuposto, mas devem ficar de fora porque são patrimônio da atividade estritamente política”.

São apresentados então os critérios de racionalidade formulados por Manuel Atienza, “que identifica uma racionalidade legislativa estruturada em cinco níveis, os quatro primeiros instrumentais e o último justificador. Teríamos assim os seguintes níveis, ou melhor, racionalidades: linguística, jurídico-formal, pragmática, teleológica e ética” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 89/90).

Todavia, Díez Ripollés entende que, diferente de Atienza – que visa usar das racionalidades como “simplesmente um instrumental de análise racional de leis já existentes” –, as racionalidades devem ser usadas para um “procedimento racional de elaboração de leis” (2016, p. 91), e ainda organiza a importância das racionalidades de maneira alternativa, onde “a racionalidade ética delimitaria o campo de atuação das demais racionalidades, a teleológica estabeleceria os objetivos a serem satisfeitos dentro desse âmbito, e as restantes se sucederiam numa ordem de projeção decrescente de instrumentalidade” (2016, p. 91).

Seguindo, Díez Ripollés (2013, p. 204-206) justifica a necessidade de desenvolvimento de uma teoria da legislação penal, sob os argumentos de permitir que as reflexões jurídico-penais se desvinculem da dogmática penal, abstendo-se do mero caráter conformista e explicativo, e que a legislação possa ser construída com alicerces nas outras ciências sociais.

Também, longe de afirmar que a implementação de sua teoria da racionalidade legislativa no ordenamento jurídico supriria todas as demandas ou, ainda, que poderia ser completamente aplicada, Díez Ripollés (2013, p. 207) traz que esta seria provisória e incompleta, além de focalizar em alguns tópicos específicos, sem desconsiderar os ajustes necessários para utilização.

Pela racionalidade ética “se descortina um sistema de crenças, cultural e historicamente condicionado, que sustenta uma determinada coletividade, e que condiciona necessariamente o processo legislativo”, mas essas crenças sofrem alterações, que “podem tornar necessária a submissão desses conteúdos éticos a um discurso racional” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 91). Não se pode olvidar ainda que “cada setor do ordenamento jurídico dispõe de critérios ou de princípios éticos específicos, referidos ao conjunto de interações com a realidade social do próprio setor” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 91).

Fazendo um aparte à utilização do Direito Penal Mínimo de Ferrajoli, Díez Ripollés (2013, p. 197-198) aponta que este estabelece basicamente limites negativos, ou seja, no sentido da não atuação estatal. Assim, tal Direito “serve mais para deslegitimar que para legitimar decisões dos poderes públicos”⁴⁸, devendo então ser utilizada como um dos fundamentos da legislação, mas jamais como o único subsídio para o texto legislativo, sob a possibilidade de não controle pragmático.

Dentro da racionalidade ética existem princípios “estruturais de primeiro nível” que se dividem em três grupos, quais sejam: 1º) “os princípios da proteção atenderiam as pautas delimitadoras dos conteúdos de tutela do Direito Penal”; 2º) “Os princípios da responsabilidade se ocupariam dos requisitos que devem concorrer em um comportamento para que se possa exigir responsabilidade criminal em razão do mesmo”; e 3º) “os princípios da sanção destacariam os fundamentos da

⁴⁸ Tradução livre do autor. No original: “sirve más para deslegitimar que para legitimar decisiones de los poderes públicos”.

reação através de sanções à conduta criminalmente responsável” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 92).

Destes três grupos se extraem os “princípios estruturais de segundo grau, que desenvolvem sua atividade dentro dos pressupostos específicos de algumas racionalidades subsequentes” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 105).

Considerando a necessidade de aprofundamento nesta racionalidade, voltamos à sua raiz, que são as crenças. “Por sistema básico de crenças deve-se entender uma trama originária de atitudes vitais e de princípios reguladores do comportamento que condicionam de maneira determinante os modos de interação dos membros da sociedade”, de modo que a “aceitação está tão arraigada que só muito raramente se submete algum de seus aspectos” à discussão (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 108).

Na racionalidade teleológica trata-se “de assentar as bases para um discurso ético-político no qual, pressupostos os princípios anteriores, se produza uma confrontação racional entre conteúdos éticos de segunda ordem” e “interesses particulares e setoriais distintos”, que “implicará a obtenção de compromissos e de um emprego decisivo do critério democrático”, determinando, “no mínimo, o objeto de tutela, seu grau de proteção desejável e os níveis correspondentes de exigência de responsabilidade e de sanção aplicável que se estimam necessários no caso de descumprimento da norma” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 93/94).

Díez Ripollés (2015, p. 52) afirma também que “é preciso abandonar a argumentação no mero terreno dos princípios e dedicar-se a discursos nos quais as alternativas defendidas estejam bem apoiadas em dados empírico-sociais”.

Assim, a racionalidade pragmática “tem por missão ajustar os objetivos traçados pela racionalidade teleológica às possibilidades reais de intervenção social”, na tentativa de garantir que “o mandato ou a proibição sejam suscetíveis de serem cumpridos, satisfazendo assim a função da norma como diretiva de conduta”, de forma a ocupar “o primeiro plano na elaboração de programas de ação pelos grupos de pressão especializados, que se introduzirão com frequência no contexto da racionalidade jurídico-formal e linguística” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 94 e 97).

Uma observação relevante é que, de modo geral, quando se analisa os efeitos da legislação, costuma-se avaliar apenas e tão somente aqueles ligados à racionalidade pragmática, quando deveriam ter sido relatados “quaisquer dos objetivos perseguidos pelas diversas racionalidades da lei, sem que se deva limitá-

los aos mais visíveis”, e ainda, “Devem ser incluídos também aqueles efeitos relacionados com alguma das diversas racionalidades, e que, sem que seja objetivo da lei, foram gerados independentemente do fato” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 62).

Por fim, tem-se as “racionalidade jurídico-formal e linguística, a primeira destinada a assegurar um sistema jurídico coerente, e a segunda a garantir as habilidades comunicativas das normas” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, p. 95).

Nesta mesma perspectiva, HOMMERDING e LYRA (2014, p. 36) sintetizam as racionalidades da seguinte forma:

a racionalidade ética é a que marca o âmbito de jogo das demais racionalidades. Noutra dicção, a racionalidade teleológica estabelecerá os objetivos a serem buscados dentro desse marco, e as demais (jurídico-formal, linguística e pragmática) se sucederão em uma ordem de projeção decrescente de instrumentalidade (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 48). “racionalidade linguística ou comunicativa, que envolve o emissor e o receptor, impondo-se o dever de transmitir, com fluidez e clareza, a mensagem legislativa; uma racionalidade jurídico-formal, na medida em que a lei deve se inserir, de forma coerente e uniforme, num dado sistema jurídico; racionalidade pragmática, já que a conduta dos destinatários teria de se adequar ao prescrito em lei. Uma racionalidade teleológica, pois a lei teria de alcançar fins sociais declarados e a serem perseguidos; e, por fim, uma racionalidade ética, uma vez que as condutas prescritas e a finalidade das leis devem passar pelo teste de uma justificação ética” (HOMMERDING; LYRA, 2014, p. 36).

A *contrario sensu*, Díez Ripollés (2016, p. 95/96) determina quais seriam as irracionalidades legislativas, em uma devida ordem de importância, de forma que, quanto mais distante esta for da irracionalidade ética, mais possibilidade de adequação a norma teria, de acordo com a exemplificação a seguir.

Em primeiro lugar, “uma lei padecerá de irracionalidade ética se seu conteúdo não se ajusta aos critérios e princípios éticos irrefutáveis do setor jurídico no qual nos movemos, no caso do Direito Penal”; em segundo lugar, “a irracionalidade teleológica aparecerá na medida em que os objetivos perseguidos pela lei não tenham sido estabelecidos no âmbito de um emprego discursivo do critério democrático”; em terceiro lugar, “A irracionalidade pragmática surgirá tanto diante de leis penais que não são suscetíveis de um considerável cumprimento pelos cidadãos, ou de uma significativa aplicação pelos órgãos do controle social jurídico sancionador”; em quarto lugar, “a irracionalidade jurídico-formal é característica das leis inconsistentes entre si, ou que introduzem ou deixam sem resolver incoerências no setor jurídico, no qual estão inseridas”; e em quinto lugar, “a irracionalidade

linguística afeta as leis cuja formulação impede ou dificulta a transmissão de seu conteúdo aos destinatários de seu cumprimento ou aplicação”.

Assim, Díez Ripollés (2016, p. 101) conclui que “não se pode assumir o arbítrio irracional do legislador e tentar matizá-lo com princípios limitadores no momento da aplicação do Direito, mas deve-se sim submeter o legislador desde o início de sua atividade a critérios racionais de legislação, prevendo os meios jurídicos-políticos para isso”.

Como complemento à aferição de racionalidade legislativa, Chiaveli Facenda Falavigno (2019, p. 123) realça que para a produção de uma política criminal mais efetiva em países tão ricos culturalmente – qual seja, o Brasil – “o ideal é fazer uso de outras ciências, além da penal, tais como a sociologia, a antropologia, as ciências da educação”⁴⁹, entre outras.

Apenas a exposição dos conceitos das racionalidades pode não ser suficiente para demonstrar sua aplicação. Nessa senda, Díez Ripollés (2016, p. 84/85) explica que:

esses requisitos não se limitam ao respeito às conhecidas formalidades competenciais e sequenciais previstas na Constituição e nas atuais leis do bloco de constitucionalidade. A comprovação de que em sua elaboração houve uma adequada participação cidadã e de que foram averiguadas as opiniões da sociedade lhes confere bases de racionalidade ética; a verificação de que foram realizados os correspondentes estudos prévios sobre a realidade social a qual irá incidir, os objetivos a perseguir, os meios de que dispõe e as possíveis consequências da decisão legislativa deveriam assegurar um grau aceitável de racionalidade teleológica e pragmática; a coerência com o resto do ordenamento jurídico promoverá uma racionalidade lógico-formal.

Frente ao exposto, Hommerding e Lyra (2014, p. 54) fazem o seguinte questionamento: “Qual é o problema, então, no que diz respeito à racionalidade das leis no Brasil? Respondemos: o problema é que o legislador brasileiro não tem obedecido a esses padrões de racionalidade, lançando mão, amiúde, do uso da legislação simbólica com o fito de obter ganhos políticos e brindar a sociedade com uma ‘segurança legislada’”.

Voltando-se ao ordenamento jurídico espanhol, Díez Ripollés (2013, p. 215-216) diz que apenas requisitos formais nas iniciativas parlamentares não se mostram eficazes contra a “aparição de vícios substanciais no processo de formação da

⁴⁹ Tradução livre do autor. No original: “lo ideal es hacer uso de otras ciencias, además de la penal, tales como la sociología, antropología, las ciencias de la educación”.

vontade das câmaras”⁵⁰, e que a inclusão de disposição no texto constitucional acerca de limites mínimos de racionalidade para serem considerados na atividade legislativa poderia aprimorar a redação legislativa.

Por fim, tem-se a afirmação de que “um controle material da racionalidade legislativa só tem possibilidade de alcançar resultados relevantes se vai acompanhado de um efetivo controle formal de procedimento de elaboração da lei concretamente questionada”⁵¹ (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013, p. 263).

3.3.3 A racionalidade legislativa no ordenamento jurídico nacional

O ordenamento jurídico brasileiro mostra-se muito tímido em relação a instalação de parâmetros para a atividade legislativa. Quando se trata de leis penais, a omissão é ainda maior.

A Constituição Federal de 1988 define em seu artigo 59 quais são os tipos de normas passíveis de serem criadas, e em seu parágrafo único dispõe que lei complementar tratará da “elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”.

O artigo 22, inciso I, dispõe que o direito penal e processual é de competência privativa da União, e o artigo 61 traz que

A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

Seguindo, a Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998, além de estabelecer diretrizes para a redação legislativa, tanto no aspecto de pontuação, estrutura textual e semântica, quanto em relação à necessidade das futuras leis e dispositivos que se “encaixarem” no ordenamento jurídico, principalmente no que toca ao funcionamento de normas anteriores.

Com isso, maiores detalhamentos acerca do conteúdo ficam a cargo do Decreto n. 9.191, de 1 de novembro de 2017, que regulamenta a supracitada Lei

⁵⁰ Tradução livre do autor. No original: “la aparición de vicios sustanciales en el proceso de formación de la voluntad de las cámaras”.

⁵¹ Tradução livre do autor. No original: “un control material de la racionalidad legislativa solo tiene posibilidades de alcanzar resultados relevantes si va acompañado de un efectivo control formal del procedimiento de elaboración de la ley concretamente cuestionada”.

Complementar, no âmbito das “propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado”.

Esse decreto, além de dispor com mais riqueza os requisitos de estrutura, pontuação e linguagem, traz de maneira rasa algumas regras para as leis penais, da seguinte forma:

Art. 10. O projeto de lei penal manterá a harmonia da legislação em vigor sobre a matéria, mediante:

I - a compatibilização das novas penas com aquelas já existentes, tendo em vista os bens jurídicos protegidos e a semelhança dos tipos penais descritos; e

II - a definição clara e objetiva dos crimes.

Parágrafo único. A formulação de normas penais em branco deverá ser evitada.

De modo a acrescentar mais fundamentos à redação das leis, o artigo 13 prevê que “A elaboração de atos normativos observará o disposto no Anexo”. O Anexo, por sua vez, intitulado “Questões a Serem Analisadas Quando da Elaboração de Atos Normativos no Âmbito no Poder Executivo Federal”, é iniciado pelo tópico “Diagnóstico”, trazendo os seguintes pontos:

1. Alguma providência deve ser tomada?
 - 1.1. Qual é o objetivo pretendido?
 - 1.2. Quais foram as razões que determinaram a iniciativa?
 - 1.3. Neste momento, como se apresenta a situação no plano fático e no plano jurídico?
 - 1.4. Que falhas ou distorções foram identificadas?
 - 1.5. Que repercussões tem o problema que se apresenta no âmbito da economia, da ciência, da técnica e da jurisprudência?
 - 1.6. Qual é o conjunto de destinatários alcançados pelo problema e qual é o número de casos a resolver?
 - 1.7. O que poderá acontecer se nada for feito? (Exemplo: o problema se agravará? Permanecerá estável? Poderá ser superado pela própria dinâmica social, sem a intervenção do Estado? Com que consequências?)

Seguido pelo tópico “Alternativas”, que questiona as alternativas disponíveis, analisando as causas do problema, depois identificando os “instrumentos da ação que parecem adequados para alcançar os objetivos pretendidos”, se estes instrumentos se mostram adequados a partir da análise de: “desgastes e encargos para os cidadãos e a economia”; “eficácia”; “custos e despesas para o orçamento público”; “efeitos sobre o ordenamento jurídico”; “efeitos colaterais”; “entendimento e aceitação por parte dos interessados e dos responsáveis pela execução”; e a “possibilidade de impugnação no Poder Judiciário”.

A “Necessidade de lei” também é considerada. Sua avaliação parte do ponto: “Deve ser proposta edição de lei?”, seguido pelo questionamento de se a matéria

“está submetida ao princípio da reserva legal”. Depois, há um aprofundamento na “Reserva legal”, onde questiona-se: “Estão sendo utilizadas fórmulas legais excessivamente genéricas?” e se “Configura-se violação ao princípio da legalidade?”

Outro aspecto importante é a “Densidade do ato normativo”, em que se discute se “A proposta de ato normativo está isenta de disposições programáticas, simbólicas, discursivas ou expletivas”, se “É possível e conveniente que a densidade da norma (diferenciação e detalhamento) seja flexibilizada por fórmulas genéricas” e também “Quais são as regras já existentes que serão afetadas pela disposição pretendida? São regras dispensáveis?”

Há preocupação com os “Direitos fundamentais”, consubstanciada nos questionamentos:

Direitos fundamentais

10. As regras propostas afetam direitos fundamentais? As regras propostas afetam garantias constitucionais?

10.1. Os direitos de liberdade podem ser afetados?

10.1.1. Direitos fundamentais especiais podem ser afetados?

10.1.2. Qual é o âmbito de proteção do direito fundamental afetado?

10.1.3. O âmbito de proteção sofre restrição?

10.1.4. A proposta preserva o núcleo essencial dos direitos fundamentais afetados?

10.1.5. Cuida-se de direito individual submetido a simples reserva legal?

10.1.6. Cuida-se de direito individual submetido a reserva legal qualificada?

10.1.7. Qual seria o outro fundamento constitucional para a aprovação da lei? (Exemplo: regulação de colisão de direitos.)

10.1.8. A proposta não abusa de formulações genéricas? (Exemplo: conceitos jurídicos indeterminados.)

10.1.9. A fórmula proposta não se afigura extremamente casuística?

10.1.10. Observou-se o princípio da proporcionalidade ou do devido processo legal substantivo?

10.1.11. Pode o cidadão prever e aferir as limitações ou os encargos que lhe poderão advir?

10.1.12. As normas previstas preservam o direito aos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo judicial e administrativo?

10.2. Os direitos de igualdade foram afetados?

10.2.1. Observaram-se os direitos de igualdade especiais? (Exemplo: proibição absoluta de diferenciação)

10.2.2. O princípio geral de igualdade foi observado?

10.2.3. Quais são os pares de comparação?

10.2.4. Os iguais foram tratados de forma igual e os desiguais de forma desigual?

10.2.5. Existem razões que justifiquem as diferenças decorrentes ou da natureza das coisas ou de outros fundamentos de índole objetiva?

10.2.6. As diferenças existentes justificam o tratamento diferenciado? Os pontos em comum legitimam o tratamento igualitário?

10.3. A proposta pode afetar situações consolidadas? Há ameaça de ruptura ao princípio de segurança jurídica?

10.3.1. Observou-se o princípio que determina a preservação de direito adquirido?

10.3.2. A proposta pode afetar ato jurídico perfeito?

10.3.3. A proposta contém possível afronta à coisa julgada?

10.3.4. Trata-se de situação jurídica suscetível de mudança? (Exemplos: institutos jurídicos, situações estatutárias, garantias institucionais.)

10.3.5. Seria recomendável a adoção de cláusula de transição entre o regime vigente e o regime proposto?

No tópico 11 é disposto sobre a “Compreensão do ato normativo”, da seguinte forma:

14. O ato normativo corresponde às expectativas dos cidadãos e é inteligível para todos?

14.1. O ato normativo proposto será entendido e aceito pelos cidadãos?

14.2. Os destinatários da norma podem entender o vocabulário utilizado, a organização e a extensão das frases e das disposições, a sistemática, a lógica e a abstração?

Seguindo para a “Exequibilidade” – tópico 15 –, onde questionam-se se o “ato normativo é exequível”, “Quais órgãos ou instituições devem assumir a responsabilidade pela execução das medidas”, se o “executor das medidas dispõe da necessária discricionariedade”, entre outros. Já na “Análise de custos envolvidos” – tópico 16 – é discutido se “Existe relação equilibrada entre custos e benefícios” e “Qual o ônus a ser imposto aos destinatários da norma”.

O último tópico – 19 – do decreto aborda a “Avaliação de resultados”, perguntando “Como serão avaliados os efeitos normativos”, “Qual a periodicidade da avaliação de resultados do ato normativo” e ainda “Como ocorrerá a reversão das medidas em caso de resultados negativos ou insuficientes”.

Enfim, são trazidos os pontos a serem observados especificamente em relação às normas penais, da seguinte forma:

Norma penal

11.1. Trata-se de norma de caráter penal?

11.1.1. O tipo penal está definido de forma clara e objetiva?

11.1.2. A norma penal é necessária? Não seria mais adequado e eficaz a previsão da conduta apenas como ilícito administrativo?

11.1.3. A proposta respeita a irretroatividade?

11.1.4. A pena proposta é compatível com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico?

11.1.5. Tem-se agravamento ou melhoria da situação do destinatário da norma?

11.1.6. Trata-se de pena mais grave?

11.1.7. Trata-se de norma que gera a despenalização da conduta?

11.1.8. Eleva-se ou reduz-se o prazo de prescrição do crime?

Do exposto se extrai que o processo legislativo brasileiro prevê a análise de alguns itens que se aproximam das racionalidades tratadas anteriormente, em ordem diversa da trabalhada por Díez Ripollés, ou podendo se afirmar ainda, sem

uma ordem exata. Todavia, da comparação entre as racionalidades e as questões do referente anexo, pode-se entrelaçar da seguinte forma.

A racionalidade ética começa a se formar no tópico “Necessidade de lei”, com a indagação: “Deve ser proposta edição de lei?”. Seguindo, na “Densidade do ato normativo existem os seguintes questionamentos: “A proposta de ato normativo está isenta de disposições programáticas, simbólicas, discursivas ou expletivas?” e “É possível e conveniente que a densidade da norma (diferenciação e detalhamento) seja flexibilizada por fórmulas genéricas”?

No tópico “Direitos fundamentais” são levantadas as seguintes questões: se “As regras propostas afetam direitos fundamentais”, se “Observou-se o princípio da proporcionalidade ou do devido processo legal substantivo”, se são preservados “o direito aos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo judicial”, se “Os direitos de igualdade foram afetados” e se “A proposta pode afetar situações consolidadas? Há ameaça de ruptura ao princípio de segurança jurídica?”.

Depois é encontrada no tópico “Reserva legal”, ao medir a violação ao princípio da legalidade e à generalidade da norma, e na “Norma penal” discute-se se “A norma penal é necessária? Não seria mais adequado e eficaz a previsão da conduta apenas como ilícito administrativo?”.

A racionalidade teleológica é notada no tópico das “Alternativas”, onde são aferidos os instrumentos de ação possíveis para a solução do problema, considerando os danos sociais, a eficácia, os custos e despesas, os efeitos colaterais e no ordenamento jurídico, além da aceitação da norma e possibilidade de impugnação judicial.

A mesma racionalidade também é vista na “Exequibilidade”, através do questionamento: “A regra pretendida foi submetida a testes sobre a possibilidade de sua execução com a participação das autoridades encarregadas de aplicá-la” e no tópico “Análise de custos envolvidos”, indagando se “Existe relação equilibrada entre custos e benefícios”.

A racionalidade pragmática, através dos tópicos “Diagnóstico”, que visa encontrar o problema, explanando sobre os efeitos deste, tanto no plano fático quanto jurídico, no tópico “Exequibilidade”, quando se indaga se “O ato normativo é exequível”, e depois no tópico da “Avaliação de resultados”, perguntando “Como serão avaliados os efeitos do ato normativo”, a periodicidade da avaliação, e quais as formas de reversão, caso os resultados não sejam com esperados.

A racionalidade jurídico-formal é vista no item 9.4, ao examinar se “A matéria já não teria sido regulada em outras disposições de hierarquia superior”, no item 10, interrogando se “As regras propostas afetam garantias constitucionais”, e no item 11.1.4, quando se questiona “A pena proposta é compatível com outras figuras penais existentes no ordenamento jurídico?”.

Por último, a racionalidade linguística é tratada no item 11.1.1, no questionamento “O tipo penal está definido de forma clara e objetiva?”, e também fica compreendida em dois dos três itens da “Compreensão do ato normativo”, quais sejam, se “O ato normativo proposto será entendido e aceito pelos cidadãos” e se “Os destinatários da norma podem entender o vocabulário utilizado, a organização e a extensão das frases e das disposições, a sistemática, a lógica e a abstração”.

Frente ao exposto, pode-se perceber que as racionalidades teleológica, pragmática, jurídico-formal e linguística são relativamente bem discutidas no decreto, mesmo sem uma sistematização mais precisa.

Por outro lado, a racionalidade ética fica prejudicada, ao se constatar que o referido decreto não exige a definição objetiva do bem jurídico a ser protegido, ficando os tipos penais condicionados apenas ao cumprimento dos princípios penais expressamente dispostos na Constituição Federal – e costumam ser alvo de grande relativização –, que tem caráter exemplificativo, e não exaustivo.

Uma alternativa para o aprimoramento da legislação penal seria a alteração da Lei Complementar n. 95/1998, visando o estabelecimento de um rol de critérios aferíveis como requisito de projetos de lei que criminalizem condutas. Embora seja difícil, e possivelmente seja visto como uma forma de limitação do Poder Legislativo, a imposição de alguns princípios do direito penal já na apresentação do projeto de lei permitiria uma espécie de filtragem das intenções do legislador, começando pela identificação do bem jurídico, até a análise detida do vocabulário utilizado no texto.

4 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

A política sobre drogas brasileira se desenvolveu de maneira muito controversa desde a formação do Estado. Logo nas Ordenações portuguesas já era possível identificar traços de criminalização das drogas.

Com a independência do Brasil, e depois, com o início da República, as referidas políticas foram se agravando, uma após a outra, partindo de proibições específicas e com penas de prisão simples e multa, até alcançar o mínimo de 5 anos de reclusão apresentado atualmente.

Para se ter uma perspectiva dos fatos e do raciocínio utilizado para a formação das proibições no Brasil, é essencial a análise das normas em ordem cronológica, o que foi feito aqui, partindo de 1890.

Para uma melhor compreensão, é apresentado o processo legislativo da Lei n. 11.343/2006, podendo ser identificado algumas características do legislador da época.

Enfim, será elencado o texto do Projeto de Lei n. 4565/2019, que visa alterar de forma radical a redação da lei supracitada, e ainda será feita uma comparação entre os dois textos.

4.1 BREVE HISTÓRICO DA POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL

Neste tópico será realizada uma sistematização da política nacional de drogas, juntamente com os tratados internacionais sobre a temática, de forma a traçar um paralelo entre todas essas normas.

Cabe ressaltar que o presente autor já tinha traçado os primeiros contornos dessa sistematização ainda em 2020,

dividida, a priori, em quatro fases históricas, a primeira com raízes na legislação criminal portuguesa, que deu origem ao Código Penal de 1890. A segunda, veio junto com a ratificação de Tratados Internacionais, sendo estes muito influenciados pelos EUA, entre 1921 e 1967. A terceira, abarcando todo o período de Ditadura Militar no Brasil, demonstrando um endurecimento das legislações, e o quarto, com a redemocratização brasileira, onde se esperava legislações mais avançadas. O que não ocorreu (RODRIGUES; KAZMIERCZAK, 2020, p. 43).

Todavia, as normas provenientes da comunidade internacional não haviam sido incluídas, deixando uma lacuna significativa no referido trabalho, o que se acredita ter sido melhor descrito nesta pesquisa.

Foi realizada uma tentativa de agrupar as legislações do final do século XIX até a atualidade, por suas semelhanças e aproximações históricas, resultando na divisão das quatro fases que seguem abaixo.

a) Primeira fase: 1890 – 1920

A legislação responsável pela inauguração de um esboço da política de drogas no Brasil, ainda sem existir tal pretensão de tutelar o bem jurídico da saúde pública, especificamente, foi o Código Penal de 1890, publicado em 11 de outubro do mesmo ano.

O referido código trazia condutas próximas ao tráfico de drogas como este é conhecido atualmente – porém mais direcionada aos fármacos e estabelecimentos comerciais –, além da proibição de ebriedade pública – nos seus artigos 159, 396, 397 e 398, em seus *caput*, da seguinte forma:

Art. 159. Expôr á venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorizaçãõ e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:
Art. 396. Embriagar-se por habito, ou apresentar-se em publico em estado de embriaguez manifesta:
Art. 397. Fornecer a alguem, em logar frequentado pelo publico, bebidas com o fim de embriagá-lo, ou de aumentar-lhe a embriaguez:
Art. 398. Si o infractor for dono de casa de vender bebidas, ou substancias inebriantes: [...] (BRASIL, 1890).

Por sua vez, seus preceitos secundários previam penas de prisão de quinze dias a seis meses, e multa de 200\$ a 500\$000 (mil réis).

Tal código é fruto de um projeto feito em apenas três meses pelo Conselheiro Baptista Pereira, a pedido do Ministro Campos Sales (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 218), “reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regime penal”, dada à Proclamação da República ocorrida em 1889.

O termo ‘droga’ ainda não estava cunhado ao tempo da legislação. Na legislação citada usava-se o termo “substancias venenosas”, com seu conceito definido no parágrafo único do artigo 296 da mesma legislação, sendo “toda substancia mineral ou orgânica, que ingerida no organismo ou aplicada ao seu

exterior, sendo observada, determine a morte, ponha em perigo a vida, ou altere profundamente a saúde” (BRASIL, 1890).

Interessante é a pesquisa de Flávio Bortolozzi Junior (2021, p. 201) ao levantar que a formação da imagem das drogas como um problema social, qual seja, a provocadora de um indivíduo “anormal”, estava atrelada ao “discurso da recém institucionalizada psiquiatria brasileira (inserida em um contexto sanitarista-higienista de construção de uma nação civilizada)”, ainda durante a Primeira República.

O autor ainda faz apontamentos sobre tal período histórico que facilmente se confundiria com a situação encontrada em 2022: “A construção do usuário de drogas como um doente (patologização) demandará (e legitimará) uma intervenção de caráter curativo em defesa da sociedade, provocando um aumento das “instituições manicomiais que exerceram esta função terapêutico-disciplinar” (BORTOLOZZI JUNIOR, 2021, p. 202).

b) Segunda fase: 1921 – 1967

Quase trinta e um anos depois, em 6 de julho de 1921, é publicado o Decreto n. 4.294, prevendo “penalidades para os contraventores na venda de cocaína, opio, morphina e seus derivados”.

Flávio Bortolozzi Junior (2021, p. 206-207), afirma que movimentos proibicionistas pautados na “temperança”, através de expoentes como “Evaristo Moraes e Belizário Penna”, tiveram “grande influência na aprovação” da referida norma, “conseguindo inclusive inserir diversas determinações repressivas sobre o consumo do álcool”.

O Decreto revogou os artigos 159, 396, 397 e 398, do Código Penal de 1890, e trouxe em seus artigos 1º, 2º, 3º e 4º, tipos muito semelhantes àqueles, com a ressalva de punir mais severamente o fato de a substância ter qualidade entorpecente, “como o opio e seus derivados; cocaína e seus derivados”, com pena de um a quatro anos, conforme parágrafo único de seu artigo 1º (BRASIL, 1921).

Tal legislação foi promulgada pelo Presidente Epitácio Pessoa. A proibição do ópio e seus derivados chama atenção, principalmente, pelo fato de tal substância ter sido considerada como medicamento até 1912, e mais ainda por quase ter tido comércio no Brasil, mostrando claramente a influência internacional que a legislação sofreu.

E mesmo com a proibição de aparição em público no estado de embriaguez – com texto muito similar ao adotado nos Estados Unidos da América naquele momento –, “A mera mutação legislativa não foi capaz de alterar substancialmente a forma como as pessoas se relacionavam com as drogas, até mesmo porque a vigilância policial sobre as farmácias era tímida, diminuta” (BORTOLOZZI JUNIOR, 2021, p. 215).

Em 11 de Janeiro de 1932 era publicado o Decreto n. 20.930, com o intuito de fiscalizar o “emprego e o comércio das substâncias tóxicas entorpecentes”, conforme acordado com o “Comité Central Permanente do Opio da Liga das Nações”. Esse comitê foi criado na Segunda Convenção Internacional do Ópio, de 1925.

Tal Decreto foi assinado durante o primeiro governo do Presidente Getúlio Vargas, um pouco antes da aprovação da Consolidação das Leis Penais – Decreto n. 22.213/1932 –, escrita pelo Desembargador Vicente Piragibe.

O artigo 1º dessa lei já ampliava o rol de substâncias entorpecentes, sobrelevando-se ainda a proibição da folha de coca, que tem sua origem na América Latina, e era muito consumida pelos povos originários.

O Decreto previa em seu artigo 25 pena de um a cinco ano, além de multa, para quem

Vender, ministrar, dar, trocar, ceder, ou, de qualquer modo, proporcionar substâncias entorpecentes; propor-se a qualquer desses atos sem as formalidades prescritas no presente decreto; induzir, ou instigar, por atos ou por palavras, o uso de quaisquer dessas substâncias. (BRASIL, 1932a)

Aqui, se identifica “uma ampliação e organização das estratégias de governamentalidade sobre o corpo populacional e uma maior legitimidade ao saber médico nos processos de (a)normalização e patologização social”, ao considerar a previsão de internação compulsória por tempo indeterminado” e inclusão da cannabis na proibição (BORTOLOZZI JUNIOR, 2021, p. 215-216).

Sucedeu-se então, o Decreto n. 22.213/1932, denominado de “Consolidação das Leis Penaes” tratou da publicação de uma interpretação particular do Código Penal de 1890, feita pelo Desembargador Vicente Piragibe. Na aplicação do artigo 159 daquela Lei, o Desembargador já trazia a necessidade de se atentar às “formalidades prescriptas pelo Departamento Nacional de Saude Publica”, como uma norma penal em branco que se tornou. Impressionante é ver que em seu parágrafo primeiro, Piragibe previa a possibilidade de “dóse superior à therapeutica

determinada” (BRASIL, 1932b), discurso esse que já ganhava força nos Estados Unidos da América, como forma de criminalização dos médicos que prescreviam substâncias com efeito entorpecente.

Nessa esteira legislativa, em 25 de novembro de 1938, foi publicado o Decreto n. 891, vigendo a Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Legislação fruto do Estado Novo de Vargas, e já inspirada na “Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas, realizada pela Liga das Nações em Genebra em 1936” (BORTOLOZZI JUNIOR, 2021, p. 217) – que integraria o ordenamento pátrio com o Decreto n. 2.994/1938 – que amplia significativamente em seu artigo primeiro, o rol de substâncias consideradas entorpecentes.

Coincidentemente, o tráfico de drogas é previsto em seu artigo 33, assim como a legislação atual. A pena continua sendo análoga à lei anterior, com o máximo de 5 anos (BRASIL, 1938).

Em 7 de dezembro de 1940 é publicado o Decreto-lei n. 2.848, o Código Penal que vige até hodiernamente – todavia, com sua parte geral completamente reformada e parte especial significativamente alterada –, prevendo no artigo 281 o crime de tráfico de drogas, com pena entre um e cinco anos, entretanto, com o número de verbos que compõem o tipo devidamente ampliado (BRASIL, 1940).

Por se tratar de um período ditatorial que foi o “Estado Novo”, marcado por uma série de limitações às liberdades individuais, é de se impressionar o não recrudescimento da pena de tal delito. Talvez fruto da sapiência dos envolvidos no projeto de lei, como Nélon Hungria e Roberto Lyra (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2002, p. 222).

Voltando a acompanhar o Direito Internacional, em 27 de agosto de 1964 é promulgado pelo governo de Castello Branco a Convenção Única de Entorpecentes, assinada em Nova York no ano de 1961. O período de sua promulgação é conhecido por ser os primeiros meses de ditadura militar no Brasil, momentos marcados pela luta “anticomunista” e pela influência estadunidense nas legislações.

Nesse íterim, chama atenção já no preâmbulo da convenção a frase “Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade”. Situação que remete ao pensamento de Howard BECKER (2008, p. 153/154), quando este descreve os empreendedores morais, como sendo aqueles indivíduos tratam a busca de suas ideologias como uma cruzada, acreditando piamente em sua superioridade ética, e com o fim de torná-la valor universal.

Além disso, a convenção traz em seu artigo 36, parágrafo primeiro, a obrigação dos Estados-parte de tratar o tráfico de drogas como infrações graves, e que ainda devem ser “castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação a liberdade”. Tal passagem evidencia diversos aspectos do Direito naquele momento histórico: 1º) quando se fala em castigar, denota-se o caráter meramente retributiva da pena, sem considerar a natureza ressocializadora desta; 2º) trazendo que a punição deve ser “especialmente com pena prisão” (*sic*), mostra-se a desconsideração com o princípio da individualização da pena, que mesmo não estando cunhado à época, já era evidente por conta da própria lógica jurídica.

Além disso, a alínea “a” do parágrafo segundo deste mesmo artigo traz que “casa delito enumerado no parágrafo 1, se for cometido em diferente países será considerado um delito distinto” (*sic*), incorrendo logicamente em *bis in idem*, criminalizando o que seriam, até então, fases preparatórias do crime (BRASIL, 1964).

Por fim, interessante notar que no artigo 49, parágrafo primeiro, há previsão dos Estados autorizarem temporariamente “o uso do ópio para fumar”, “a mastigação da folha de coca”, e “o uso de canabis, da resina da canabis, de extrato e tinturas de canabis, com finalidade não médicas”, de forma a rever a proibição trazida na Primeira Convenção Internacional do Ópio. Talvez por perceberem que proibir comportamentos socialmente aceitos e amplamente praticados por certas culturas seja aberrante, ou talvez por mera liberalidade.

c) Terceira fase: 1968 – 1987

Quatro anos depois veio o Decreto-Lei 385/1968, datando de 26 de dezembro, que alterava novamente o artigo 281 do Código Penal de 1940, mantendo a mesma pena privativa de liberdade para os casos de tráfico, entretanto, ao invés de determinar valores para a pena de multa, decidiu-se vinculá-la ao salário-mínimo vigente, com mínimo de 10 e máximo de 50 salários. Essa mudança, provavelmente, é fruto da inflação vivida à época da ditadura, vez que a multa anterior poderia se mostrar ínfima ante a correção da moeda (BRASIL, 1968).

Ressalta-se ainda que, fora acrescentado um parágrafo ao artigo, prevendo a punição de médico ou farmacêutico que prescrevesse substâncias “fora dos casos

indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária ou com infração de preceito legal ou regulamentar”, limitando ainda mais a atividade médica, sem a devida justificativa, vez que tratamentos médicos são uma atividade-meio, não havendo certeza sobre qual é o medicamento mais apropriado, tampouco se a dosagem deste é suficiente ou não.

Em 29 de outubro de 1971 é publicada a Lei n. 5.726, pelo governo Médici, trazendo a formatação de um sistema de prevenção do tráfico e uso de substâncias entorpecentes, além de rito processual próprio, e ainda modificando novamente o artigo 281 do Código Penal de 1940.

Nesta modificação a pena máxima do delito de tráfico é aumentada para 6 anos, ou seja, 1 ano a mais do que tinha se mantido vigente por mais de trinta anos. Tem-se ainda o enrijecimento da pena de multa, tendo seu valor máximo dobrado e seu valor mínimo, quintuplicado (BRASIL, 1971).

É com a Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, que se inaugura a política de droga como conhecemos hoje, publicada pelo Presidente Ernesto Geisel. A lei representa um marco positivista, revogando o artigo 281 do Código Penal de 1940, e trazendo o tipo de tráfico em seu artigo 12. Dessa vez, a pena para o delito passa a ser de 3 a 15 anos (BRASIL, 1976).

Surgiu o Decreto n. 79.388/1977, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Inicialmente, cabe salientar a alteração de um dos bens jurídicos que deixaram de ser tutelados ou foram eufemizados nesta norma. Enquanto a última Convenção Internacional retificada pelo Brasil (Decreto nº 54.216/1964) trazia em seu preâmbulo “Preocupadas com a saúde física e moral da humanidade”, a nova Convenção aporta “Preocupadas com a saúde e o bem-estar da humanidade” (BRASIL, 1977).

Talvez o legislador tenha relativizado essa “cruzada moralizante”, em detrimento de um bem jurídico maior, ou apenas percebido que elencar a “moral” como objeto de proteção, de maneira tão explícita, seria vil.

Tal norma foi grandemente influenciada pela política bélica do Presidente Estadunidense, Richard Nixon, entre 1969 e 1974, afinal, fora este quem afirmou que as drogas eram “o primeiro inimigo público não econômico” (OLMO, 1990, p. 39).

d) Quarta fase: 1988 – 2022

Como forma de superação e afastamento da Ditadura Militar, que tivera seu fim em 1985, a Constituição Federal de 1988 representa um retorno democrático ao Estado Brasileiro. Entretanto o tráfico de drogas continuava sendo visto como execrável. Isso é percebido no inciso XLII, do artigo 5º, com a seguinte redação:

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Além disso, tal crime é ressaltado no inciso LI, que trata sobre a possibilidade de extradição, no artigo 144, parágrafo primeiro, inciso II, trazendo como uma das funções da polícia Federal a repressão do tráfico, e no parágrafo único do artigo 243, prevendo que “Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica”.

Análise interessante é a que se pode fazer da Assembleia Nacional Constituinte da qual se originou esta Constituição. A publicação do Anteprojeto Constitucional ocorreu em 26 de setembro de 1986, presidida pelo jurista Afonso Arinos, e a Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, que trata sobre o tráfico de drogas fora relatada por Darcy Pozza. Nesta redação incipiente já era disposto que “Repudiam-se os crimes de tortura e tráfico de drogas perniciosos e horrendos, imputando-os como crimes inafiançáveis, imprescritíveis e inaniistáveis”. Noutra passagem é trazido novamente que “a integridade física e mental e a existência digna; a tortura e o tráfico de tóxicos constituem crimes inafiançáveis e insuscetíveis de anistia, substituição ou suspensão da pena, ou livramento condicional, ou prescrição, na forma da lei” (ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987a, p. 6/8).

Em 15 de maio de 1987, o constituinte José Genoíno Neto, representando o Partido dos Trabalhadores, apresenta emenda ao Anteprojeto, o seguinte texto: “É crime a produção de drogas para fins comerciais, bem como o seu tráfico. PARÁGRAFO ÚNICO: A lei não punirá criminalmente o consumo individual de drogas”.

E ainda alega que o “consumo individual de drogas, que é uma questão de consciência pessoal e de concepção existencial, a qual não pode ser tratada como mero caso de polícia e de prisão, o que vale também para o alcoolismo e o tabagismo”. Além disso, também traz a possibilidade de plantio pessoal pelo próprio consumidor, dizendo que essa medida “já vem sendo adotada em países capitalistas desenvolvidos”.

Por outro lado, em outra emenda o mesmo constituinte diz que lei ordinária não poderia “revogá-los, diminuí-los ou discipliná-los” em relação ao crime de tráfico de drogas, sob o risco de anular as garantias constitucionais (ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 86).

O constituinte Eliel Rodrigues, por sua vez, traz como justificção, em 16 de maio de 1987, que:

os crimes de assalto à mão armada. os de mando e a produção de drogas. porquanto se tratam de crimes hediondos, especialmente o relativo a tóxicos, que estão afetando as operações futuras. Os jovens são as vítimas por excelência desses criminosos. A punição, tanto para quem produz, como para quem trafica, deve ter o maior rigor possível (ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 106).

Em um lampejo de sobriedade, o constituinte Nyder Barbosa, do PMDB, apresentou emenda em 17 de maio de 1987, com o intuito de suprimir o tráfico de tóxicos daquele artigo, justificando que:

Não podemos compreender a pretensão do legislador Constituinte que quer equiparar o crime nefando de tortura ao crime comum de tráfico de tóxicos. A alegação de que o tráfico de tóxicos atenta contra a dignidade da pessoa humana não procede, data venia.- A proceder, seria o caso de incluir-se neste dispositivo outros tipos de crimes que atentam contra a honra do ser humano como, por exemplo: o estupro, o sequestro, a calúnia, a difamação, dentre outros. (ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 166).

No mesmo sentido, o constituinte Haroldo Lima, em 18 de maio de 1987, solicitou a retirada do delito de tráfico, justificando que “Não se deve misturar um crime como o tráfico de tóxicos com o bárbaro crime de tortura, considerando ambos como inafiançáveis e insuscetíveis de anistia. Na nossa opinião, o tráfico de tóxicos deve ser matéria abordada na legislação ordinária” (ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987b, p. 229).

Em outro sentido, temos a proposta de emenda da Deputada Lúcia Braga, do PFL, em 08 de junho de 1987, afirmando que:

A Constituição que estamos elaborando não pode ser omissa em relação a problema de tão graves proporções - a produção e o tráfico de tóxicos, pela dependência criada nas pessoas que deles fazem uso constante, pelos efeitos perniciosos e atentatórios à integridade física e mental do ser humano (ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987c, p. 4).

E ainda, do próprio relator desta Subcomissão, Darcy Pozza, do PDS, que em 09 do junho de 1987, em relação as drogas, ratificou sua emenda, sob o pretexto de que “A juventude brasileira é a que mais sofre as conseqüências danosas dos seus efeitos. Por outro lado, é sabido que a maioria dos crimes odientos são praticados sob efeito de alucinógenos” (ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE, 1987c, p. 24). Dentre todas as emendas opostas, restou aprovada a de autoria do constituinte Eliel Rodrigues.

Com a Lei n. 8.072/1990, temos o tráfico como crime hediondo. João Gualberto Garcez RAMOS (1991, p. 40) cita um testemunho de Miguel Reale Júnior, que em programa televisivo, afirmou que a classificação de crimes hediondos

nasceu de um acordo político do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) com um constituinte que comandava um número considerável de constituintes. Segundo o referido acordo, em troca da aprovação da expressão ‘crimes hediondos’, desejada por esse constituinte e seus comandados, o PMDB teria votos necessários para a aprovação de um determinado direito social.

O Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do delinquente – ILANUD/Brasil, no mesmo sentido, colheu depoimento de diversos legisladores durante a tramitação da lei, alegando que gostariam de ter mais tempo para analisar a legislação, e ainda que esta tinha sido mal elaborada e às pressas (VALOIS, 2020, p. 445/446).

Foi criado então o Decreto n. 154/1991, como a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Sendo este o último Tratado Internacional sobre entorpecentes que ocorreu, e que fora ratificado pelo Brasil, ele se demonstra muito mais condizente à realidade que seus antecessores, principalmente quando, em seu artigo 3º, parágrafo 4º, alínea “a” traz que “Cada uma das Partes disporá que, pela prática dos delitos estabelecidos no parágrafo I deste Artigo, se apliquem sanções proporcionais à gravidade dos delitos, tais como a pena de prisão, ou outras formas de privação de liberdade, sanções pecuniárias e o confisco”.

Ou seja, a partir deste momento a Convenção passa a prever penas alternativas à de prisão, contrariando o prescrito na Lei n. 8.072/1990. Entretanto,

ainda permanece criminalizada a posse de drogas para consumo próprio, conforme artigo 3º, parágrafo 2º.

Retornando à legislação brasileira, em 11 de janeiro de 2002, é publicada a Lei n. 10.409. Esperava-se que essa lei representasse uma nova política de drogas frente a um regime democrático, afinal, tal projeto fora apresentado à Câmara dos Deputados em 18 de setembro de 1991, pelo Deputado Elias Murad, do PSDB/MG. Ledo engano. Tal norma estava repleta de inconsistências que fizeram sua vigência ser de apenas 4 anos, até ser substituída pela Lei n. 11.343/2006.

Uma das maiores provas da incompetência do legislador nesse caso foi o veto presidencial integral de seu capítulo III, que versava sobre os crimes e as penas. Coincidentemente, o Presidente à época era Fernando Henrique Cardoso, um dos atuais expoentes do pensamento brasileiro em busca da legalização das drogas.

O projeto de lei original trazia que, a posse de drogas para consumo próprio poderia ser punida das seguintes formas:

“Art. 21. As medidas aplicáveis são as seguintes:

- I - prestação de serviços à comunidade;
- II - internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico;
- III - comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico;
- IV - suspensão temporária da habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo;
- V - cassação de licença para dirigir veículos;
- VI - cassação de licença para porte de arma;
- VII - multa;
- VIII - interdição judicial;
- IX - suspensão da licença para exercer função ou profissão.

§ 1º Ao aplicar as medidas previstas neste artigo, cumulativamente ou não, o juiz considerará a natureza e gravidade do delito, a capacidade de autodeterminação do agente, a sua periculosidade e os fatores referidos no art. 25.

§ 2º Para determinar se a droga se destinava a uso pessoal e formar sua convicção, no âmbito de sua competência, o juiz, ou a autoridade policial, considerará todas as circunstâncias e, se necessário, determinará a realização de exame de dependência toxicológica e outras perícias” (BRASIL, 2002a).

Como pode-se perceber, a lei, em sua proposta original, oferecia a possibilidade de internação compulsória do dependente de drogas, além de não possuir limitações quanto ao tempo de tratamento deste. Então, em seu veto do dispositivo, o veto arrazoou que

O projeto, lamentavelmente, deixou de fixar normas precisas quanto a limites e condições das penas cominadas. Diferentemente do que ocorre nos casos de conversão de penas restritivas de liberdade em restritivas de direitos e vice-versa, o projeto não contém limites temporais expressos que atendam aos princípios constitucionais.

Em matéria tão sensível, não se deve presumir a prudência das instituições, pois a indeterminação da lei penal pode ser a porta pela qual se introduzem formas variadas e cruéis de criminalidade legalizada.

A inconstitucionalidade apontada contamina os artigos 19 e 20, na medida em que estes descrevem tipos penais cujas penas são as presentes no art. 21 (BRASIL, 2002b) (destaque nosso).

Quanto ao delito de tráfico de drogas, tentou-se acrescentar mais dois verbos ao tipo, quais sejam “traficar ilicitamente” e “financiar”, totalizando 20 verbos ao tipo penal de tráfico de drogas. Em que pese o legislador ter acreditado na hipótese de recrudescimento da “cruzada contra as drogas”, no veto, o Presidente entendeu que:

O verbo “traficar” acrescentado pelo projeto, e que não aparece na lei vigente, poderia concentrar sobre si, em caráter exclusivo, a aplicação da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Crimes Hediondos), que impõe o cumprimento integral em regime fechado da pena para o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Em decorrência disso, apenados condenados por decisão judicial que contenha referência expressa a verbos como “produzir”, “ter em depósito”, por exemplo, não estariam submetidos à norma especial sobre o regime (BRASIL, 2002b).

Houve também uma série de vetos no que concerne ao rito processual do tráfico de drogas, sendo um dos mais marcantes o que versava sobre a decisão de prisão cautelar do indiciado, que seria pela “garantia da ordem pública, ou para assegurar a aplicação da lei penal” (BRASIL, 2002b).

Entretanto, o veto de tal artigo foi justificado com a alegação de que o art. 312 do Código de Processo Penal dispunha “que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”, enquanto que “o projeto restringe as hipóteses previstas no ordenamento codificado. O expurgo da possibilidade de decretação de prisão preventiva por conveniência da instrução criminal constitui grave ofensa ao interesse público” (BRASIL, 2002b).

Nesse momento, evidenciou-se novamente a inabilidade do legislador, que em uma nova busca de ter um utópico controle social pleno, tentou dispor sobre a liberdade e capacidade dos usuários, além da busca por uma maior criminalização de condutas abstratas, por meio da inclusão de mais verbos nucleares no tipo de tráfico de drogas.

Enfim, chega-se à legislação vigente no momento – considerando sua estrutura e tipos penais, e deixando de lado as inúmeras alterações sofridas. A Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, teve seu projeto apresentado em 21 de agosto de 2002 – menos de 1 ano depois da lei antidrogas anterior entrar em vigor. Foi assinada pelo Senador Ramez Tebet, presidente do Senado à época, e de autoria da Comissão Mista de Segurança Pública. A referida legislação será objeto do próximo tópico da presente pesquisa.

Recentemente, foi publicada a Lei n. 13.840, de 5 de junho de 2019, chamada de Lei da Internação compulsória, que a despeito de todas as inovações trazidas como formas de inserção “social e econômica do usuário ou dependentes de drogas” (art. 8º-D, VIII), que infelizmente fora vetada pelo Presidente da República, tornou possível a internação compulsória, sendo esta “aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do Sisnad, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida” – art. 23-A, § 3º, II – (BRASIL, 2019b).

Também estava prevista alteração nas causas de atenuação da pena dos tipos penais previstos no art. 33, *caput*, e § 1º, da Lei n. 11.343/2006, quando “o agente não for reincidente e não integrar organização criminosa”; ou “as circunstâncias do fato e a quantidade de droga apreendida demonstrarem o menor potencial lesivo da conduta” (art. 33, § 4º, incisos I e II), porém, fora vetada com a escusa de “que se coloca em descompasso com as finalidades da reprimenda penal e com os princípios da lesividade e da proibição da proteção deficiente” (BRASIL, 2019a).

Retomando agora à análise do processo legislativo. O autor desse PL foi o Deputado Federal Osmar Gasparini Terra, que o apresentou em 14.07.2010 à Câmara de Deputados. Esse mesmo Deputado, com sucessivas reeleições até o presente momento, licenciou-se em 2017 para exercer o cargo de Ministro do Desenvolvimento Social, e em 2019 para assumir o cargo de Ministro de Estado da Cidadania (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020). O mesmo publicou em uma de suas redes sociais sobre a existência de uma epidemia de drogas no Brasil, acusando a Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ – de negar tal fato em vista de outros interesses.

Osmar Terra ainda foi responsável pelo embargo da divulgação do III Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela população brasileira. Pesquisa essa encomendada pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas do Ministério da Justiça e Segurança Pública (SENAD/MJSP) à FIOCRUZ e que estava finalizada desde 2017, mas que só pôde ser divulgada após intervenção da Advocacia Geral da União – AGU – nas negociações (SAYURI, 2019; e TWITTER, 2019).

Tal pesquisa mostrou resultados contrários aos comentários de Osmar Terra, tanto em relação à existência de epidemia, quanto ao fato de o álcool causar mais danos sociais e econômicos que todas as outras drogas ilícitas (FIOCRUZ, SENAD; 2017, p. 150/162).

A lei da internação compulsória remete à política de drogas da Primeira República, já que, segundo Flávio Bortolozzi Junior (2021, p. 203-204), “O conceito de toxicômano era um híbrido, em que o vício era tanto uma ‘falha moral’ quanto uma doença”, de forma que, sobre alguns indivíduos a intervenção estatal possuía conteúdo sanitarista, sobre outros pairava o caráter punitivo, intrinsecamente influenciado “por critérios de degenerescência, partindo da premissa de um determinismo atávico” com forma “essencialmente racista”.

Seguindo, em 22.07.2019 foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto n. 9.926, de 19 de julho de 2019, trazendo novas disposições acerca do Conselho Nacional de Política sobre Drogas, e revogando muitas partes do Decreto n. 5.912, de 27 de setembro de 2006 (BRASIL, 2019d).

O Decreto n. 5.912/2006 trazia na composição do Conselho Nacional Antidrogas – CONAD, ao menos, 31 (trinta e um) componentes, entre agentes do governo, “representantes de organizações, instituições ou entidades nacionais da sociedade civil” e “profissionais ou especialistas, de manifesta sensibilidade na questão das drogas”, nos termos do art. 5º, incisos (BRASIL, 2006b).

Percebia-se certo caráter científico do Conselho, haja vista a participação de diversos tipos de profissionais da saúde, a exigência de educador, cientista, estudante, especialista, antropólogo, entre outros. Também era possível reputar aos membros certa autonomia e independência, considerando o mandato de dois anos, sendo possível sua perda apenas em caso de renúncia ou ausência imotivada em três reuniões consecutivas, como determinava os arts. 6º e 7º (BRASIL, 2006b).

Com o Decreto n. 9.926/2019 o número de membros do CONAD foi reduzido à 15 (quinze) membros, sendo que apenas um destes não seria necessariamente

agente público, qual seja, o representante de conselho estadual sobre drogas, conforme art. 3º, inciso VII (BRASIL, 2019d).

Ainda fazendo uma comparação entre os decretos, percebe-se que, embora tenha havido uma ampliação do número de competências do CONAD na norma mais recente (art. 2º), estas mostram uma natureza muito mais consultiva e institucionalizada do que o decreto anterior, que apontava um perfil mais deliberativo e propositivo.

Nota-se, assim, que houve uma descaracterização do CONAD, tornando este muito mais uma formalidade, cuja existência era mantida por sua previsão na Lei n. 11.343/2006, e salientando, com isso, o esvaziamento científico e o impedimento da participação social no referido Conselho.

Por derradeiro, tem-se a Lei Federal n. 13.694, de 24 de dezembro de 2019, intitulada de Pacote Anticrime, que trouxe acréscimo ao art. 33, § 1º, IV, da Lei de Drogas, incluindo no tipo penal de tráfico, a conduta de quem “vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente” (BRASIL, 2019c).

Detalhe é que o STF, em 13.12.1963, editou a Súmula 145, dizendo que “Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação” (STF, 1963).

Tal ampliação do tipo penal do tráfico de drogas surge pelo pretexto da “evidente necessidade de serem criados novos instrumentos de investigação voltados para prevenção de delitos praticados por organizações criminosas, com modificações na Lei 12.850/2013”, já que até o enrijecimento do tratamento do comércio ilegal de armas tem o “objetivo de reprimir de forma mais adequada os delitos de extrema gravidade, praticados no âmbito de organizações criminosas, notadamente aquelas envolvidas no tráfico de drogas”, sendo assim, o tráfico de drogas foi eleito o culpado pela maioria dos delitos graves na sociedade, conforme justificção do Projeto de Lei 10372/2018 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 33/34).

4.2 O PROCESSO LEGISLATIVO DA LEI DE DROGAS DE 2006

Em 29 de janeiro de 2002, o Presidente do Senado Federal, Sr. Ramez Tebet (MDB/MS) requereu, por meio do Requerimento n. 1, de 2002, destinado ao Congresso Nacional, a “criação de uma Comissão Mista Temporária, Composta de 19 Deputados e 19 Senadores e igual número de suplentes, para, no prazo de 60 dias, levantar e diagnosticar as causas e efeitos da violência que assola o País” (SENADO FEDERAL, 2021).

No dia 15.02.2002 foi designado pela presidência do Congresso Nacional a composição da Comissão Mista Especial, e definido o prazo de encerramento das atividades da mesma para 16.04.2002 (SENADO FEDERAL, 2021).

A supracitada comissão realizou 19 reuniões, sendo a primeira em 19.02.2002 e a última em 16.04.2002 (CONGRESSO NACIONAL, 2002, p. 11). Dessas reuniões adveio um Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista Especial sobre Segurança Pública, trazendo uma série de proposições legislativas para o “aprimoramento da legislação penal nacional, contemplando desde o tribunal do júri, provas, recursos, suspensão do processo, medidas cautelares, até a reforma do sistema penitenciário e política de drogas, somando vinte e três propostas (CONGRESSO NACIONAL, 2002, p. 12-14).

Visando a celeridade na produção do relatório, foram criadas subcomissões, sendo que o grupo temático “Crime organizado, narcotráfico e lavagem de dinheiro” era composto pelos deputados Magno Malta (PL/PSL) – como relator –, Luiz Eduardo Greenhalgh (PT), Robson Tuma (PFL) e Wanderley Martins (PSB/PC do B) (CONGRESSO NACIONAL, 2002, p. 14-15).

Destrato, aqui traz-se um esboço do que viria a ser a política nacional de drogas instituída em 2006. O artigo 14 do referido projeto já trazia dezoito verbos de ação para o crime de tráfico de drogas – com redação muito semelhante à do atual artigo 33 da Lei n. 11.343/2006 –, e a pena prevista era reclusão, de três a quinze anos, e multa, de setecentos a mil e quinhentos dias – atualmente a multa tem o mínimo de quinhentos dias-multa. As penas das qualificadoras do supracitado artigo, em regra, eram maiores, que as dispostas para os mesmos tipos penais na lei de 2006 (CONGRESSO NACIONAL, 2002, p. 186-187).

Dessa forma, pode se afirmar que a figura do tráfico privilegiado – artigo 14, § 4º, da proposta legislativa –, além de ter a diminuição máxima limitada em um terço,

impunha muito mais requisitos para a caracterização, incluindo “pequena quantidade, baixa nocividade e espécie única da substância ou produto”, a não incidência em agravantes” e ainda a dependência do agente, todas cumuladas (CONGRESSO NACIONAL, 2002, p. 187).

Ainda é possível observar que o tipo penal de posse ou porte de drogas para uso próprio, por sua vez, era previsto no artigo 22, tinha penas mais restritivas que o delito correspondente atualmente, consistindo na “prestação de serviços à comunidade”, “comparecimento a programa ou curso educativo”, “proibição de freqüência a determinados lugares” e “submissão ao tratamento” (CONGRESSO NACIONAL, 2002, p. 189).

Na justificação do projeto há uma breve descrição do feito: “mantendo o severo tratamento recomendado para certas condutas, abrandou, conforme unanimemente reclamado, o dispensando a outras”, mas “Não se imagine, todavia, que é ou foi liberalizante o projeto ao prever o diverso tratamento a que nos referimos” (CONGRESSO NACIONAL, 2002, p. 207).

Juntamente com a última reunião da comissão, no dia 16.04.2021 também foi realizada a “apresentação, discussão e votação do Relatório Final sendo o mesmo aprovado pelos Senhores Parlamentares presentes” (SENADO FEDERAL, 2002). Em 16.08.2002 o relatório foi encaminhado à Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Congresso Nacional – SSCLCN. E em 28.08.2002 a comissão foi concluída, e em 23.10.2002 foi encaminhado aos ministros, governadores, Presidentes da República, do Supremo Tribunal Federal e Câmara dos Deputados, entre outras autoridades. (SENADO FEDERAL, 2002).

Em 06 de maio de 2002 – menos de quatro meses após a publicação da Lei n. 10.409/2002, a “Lei de Drogas” anterior – fora protocolado no Senado Federal o Projeto de Lei do Senado n. 115, de 2002 (SENADO FEDERAL, 2021b), fruto do trabalho da Comissão Mista Especial destinada a levantar e diagnosticar as causas e efeitos da violência que assola o País”.

O projeto foi encaminhado ao Plenário em 10.05.2002. Na mesma sessão foi lido um ofício do Presidente do Conselho Executivo da Associação Juízes para a Democracia, em que “solicita exame mais cauteloso e pausado do mérito desse projeto” (CONGRESSO NACIONAL, 2002b). Todavia, já em 04.06.2002 a discussão em segundo turno já estava encerrada, sem debates, sem a apresentação de

emendas, e o projeto foi encaminhado à Comissão Mista de Segurança Pública para redação final.

Em 12.08.2002 o texto revisado foi anexado, e em 21.08.2002 o projeto foi apresentado pelo Senado Federal à Câmara dos Deputados, cadastrado como Projeto de Lei n. 7134/2002 (CONGRESSO NACIONAL, 2002b).

Foi também apresentado Requerimento de Urgência na tramitação do projeto de lei em 25.03.2003, a partir da representação de 1/3 dos membros da Câmara, que foi aprovado em 15.05.2003, por votação em Plenário (CONGRESSO NACIONAL, 2002b).

Fora então designado como relator o Deputado Federal Paulo Pimenta (PT/SP) em 21.05.2003 (CONGRESSO NACIONAL, 2002b). O projeto de lei foi colocado em pauta para discussão em turno único duas vezes – 21.01.2004 e 28.01.2004 –, mas não apreciado, considerando o encerramento da sessão. E em 05.02.2004 o relator votou pela “constitucionalidade, juridicidade, adequada técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do PL nº 7.134, de 2002, e do PL nº 6.108, de 2002”.

No substitutivo supracitado a redação dos tipos penais já estava muito semelhante à redação atual, até mesmo em relação à numeração dos artigos. Uma diferença marcante que não foi continuada é a do fornecimento de substância a pessoa de seu relacionamento para consumo em conjunto, que estava enquadrado na posse de drogas para consumo próprio, mas na redação atual da legislação se tornou o § 3º do artigo 33, prevendo pena de detenção de 6 meses a 1 ano, além de multa (COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA, 2004).

No dia 13 de fevereiro de 2004 foi publicado no Diário da Câmara dos Deputados (2004) o texto de 1º Substitutivo ao Projeto de Lei Nº 7.134, de 2002 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 05546-05618), e em 17.02.2004 o texto é remetido ao Senado Federal (CONGRESSO NACIONAL, 2002b). Neste 1º Substitutivo, por sugestão do Deputado Moroni Torgan é feita a supressão do compartilhamento de droga com pessoa do relaciona do art. 28, e então é prevista pena de prisão de um a três anos e multa para a referida conduta (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2004, p. 05594).

Em 19 de fevereiro de 2004 a Presidência do Senado despacha o projeto de lei à Comissão de Assuntos Sociais e à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, e retorna daquela comissão com parecer favorável e uma emenda

supressiva, no dia 20.05.2004 (CONGRESSO NACIONAL, 2002b). Já sobre a segunda comissão, em 09.06.2004 o projeto foi distribuído ao Senador Magno Malta para emissão de relatório, e redistribuído em 07.04.2005 para o Senador Romeu Tuma (CONGRESSO NACIONAL, 2002b).

Por conseguinte, no dia 11.07.2006 o texto foi incluso na Ordem do Dia da sessão deliberativa ordinária e no dia seguinte, foi aprovada a redação final e encaminhada à sanção presidencial (CONGRESSO NACIONAL, 2002b). A sanção com veto parcial veio através da Mensagem Nº 724, de 23 de agosto de 2006, que não atingiu os tipos penais, e concernente ao processo penal, apenas vetou a cumulação de competência das varas especializadas em tráfico e o juizado especial criminal⁵² (BRASIL, 2006a). Todos os vetos foram mantidos.

Uma das considerações mais importantes a se fazer é que o próprio relator do PL na Câmara dos Deputados, Paulo Pimenta (PT/RS) afirmou que considera “ter registrada uma abordagem mais atualizada quanto aos aspectos científicos, mais humana, mais democrática, sintonizada com a realidade brasileira e com possibilidades concretas de ser implementada” (COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO, 2002, p. 6) em relação aos projetos anteriores e à Lei n. 6.368/1976.

Outra situação muito intrigante foi que, em um parecer às emendas de plenário, ocorrido em 11 de fevereiro de 2004, o relator, Dep. Paulo Pimenta, pronunciou que “Chegamos a pensar e alguns Srs. Deputados pensam assim que poderíamos, talvez, já neste momento, iniciar uma discussão sobre a descriminalização do uso de drogas no País” (COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO, 2002, p. 1).

Entretanto, mesmo com as diversas evoluções em relação ao tratamento do usuário, bem como a melhor estruturação do SISNAD, ainda ocorreu a majoração da pena mínima do crime de tráfico de drogas para 5 anos, ou seja, dois anos a mais que a lei anterior.

Por fim, curioso o fato de que a exposição de motivos da referida lei tenha sido assinada pelos Deputados Magno Malta e Wanderley Martins (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2002). O primeiro, que seguiu carreira política, se elegendo senador, é uma figura muito conhecida, não tanto por sua atuação parlamentar quanto pelo fato de ser pastor evangélico popular nas redes sociais, que se utilizou do discurso

⁵² Veto do art. 71.

de “cruzada às drogas” para se eleger, autointitulado “ex usuário de drogas” – vide página pessoal do Senador” (MAGNO MALTA, 2019).

O segundo, por sua vez, teve trilha política curta, ficou conhecido pelo seu suposto envolvimento com organizações criminosas durante sua campanha (TORRES, 1998), e posteriormente, por seu afastamento da CPI do Narcotráfico em 22 de março de 2000, após a divulgação da informação de que seu ex-assessor e agente da Polícia Federal, Luís Benício Ramos Brivat, teria participado de um esquema de extorsão contra o famoso traficante Fernandinho Beira-Mar (DIÁRIO DO GRANDE ABC, 2000).

4.3 AS (IR)RACIONALIDADES LEGISLATIVAS NA LEI N. 11.343/2006

Segundo Filippo (2019, p. 3), “a expressão comumente aceita de guerra às drogas significa, em verdade, guerra a alguns tipos de drogas, compreendidas estas como ‘quaisquer substâncias suscetíveis de alterar o estado de consciência ou comportamentos’”.

Embora tivesse a grande melhora em relação a inclusão de dispositivo “diferenciador” de usuário e traficante, e possibilitando o não encarceramento daquele primeiro, trazia um grande agravamento na penalização, quase dobrando a pena mínima do tipo de tráfico.

Como fonte de crítica dogmática, a presente análise foi pautada nas ponderações do criminólogo Salo de carvalho, através de sua obra “A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06”. Embora a referida obra esteja extremamente condizente com a realidade brasileira, seu primórdio surgiu na dissertação de mestrado do autor, esta intitulada “A política criminal de drogas no Brasil: (do discurso oficial as razões da descriminalização)”, datada de 1996, ou seja, contendo a crítica da lei de drogas de 1976.

Manuel Cancio Meliá já teria observado que

O punitivismo existente em matéria de drogas pode estar relacionado não só com as evidentes consequências sociais negativas de seu consumo, mas também com a escassa fundamentação axiológica e efetividade das políticas contra o consumo de drogas nas sociedades ocidentais (JAKOBS; MELIÁ, 2003, p. 97)⁵³.

⁵³ Tradução livre do autor. No original: “El punitivismo existente en materia de drogas puede estar relacionado no sólo con las evidentes consecuencias sociales negativas de su consumo, sino

Segundo Salo de Carvalho (2016, p. 118), “é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76”, de forma a realçar a “obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstinências (ideal da abstinência)”.

Porém, se na lei de 1976 ocorria uma “sobreposição do discurso jurídico-político ao médico-jurídico pela instauração do discurso de eliminação do traficante (inimigo interno)”, a lei de 2006 “nivela a importância dos tratamentos penais entre usuários e traficantes, criando dois estatutos autônomos com respostas punitivas de natureza distinta”: de um lado, “alta repressão ao traficante de drogas”, de outro, a “patologização do usuário e do dependente com aplicação de penas e medidas” (CARVALHO, 2016, p. 118/119).

Dessa patologização, “apesar de estabelecer formalmente a impossibilidade de aplicação de pena carcerária aos sujeitos envolvidos com drogas”, “conserva mecanismos penais de controle (penas restritivas e medidas de segurança inominadas), com similar efeito moralizador e normalizador” (CARVALHO, 2016, p. 120). Nesse sentido, Flávio Bortolozzi Junior (2021, p. 313) afirma que tanto o caráter proibicionista-repressivo, quanto o médico-preventivo, estão presentes na atual legislação.

O autor (BORTOLOZZI, 2021, p. 245-246), obtempera ainda que “A abordagem médica e psiquiátrica que tomou para si o monopólio da produção de verdades sobre os usos das drogas acaba considerando muitas vezes o simples uso de substâncias psicoativas como um problema”, passando a tratar usuários eventuais como “dependentes químicos”, que tem suas vontades reduzidas à meros “impulsos”, e submetendo-os a tratamentos compulsórios, quase sempre lastreados na moralidade e religiosidade.

Voltando à alteração do decreto de composição do CONAD, é retomada uma política menos científica, ou seja, pouco ressocializadora e redutora de danos, e mais repressiva e rigorosa. Um destaque é que no Decreto n. 5.912/2006, de acordo com o art. 16, *caput* e parágrafo primeiro, o “Observatório Brasileiro de Informações sobre Drogas reunirá e centralizará informações e conhecimentos atualizados sobre

drogas, incluindo dados de estudos, pesquisas e levantamentos nacionais, produzindo e divulgando informações, fundamentadas cientificamente”, “Respeitado o caráter sigiloso das informações” (BRASIL, 2006b).

Por sua vez, o art. 11 do Decreto n. 9.926/2019 dispõe que “É vedada a divulgação de discussões em curso sem a prévia anuência do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública e do Ministro de Estado da Cidadania” (BRASIL, 2019d). Tal ordem remete à tentativa de ocultação do “III Levantamento Nacional sobre o uso de drogas pela população brasileira”, elaborado pela FIOCRUZ, conforme já mencionado anteriormente.

Agora, já firmada a trajetória da política criminal de drogas no Brasil, a presente pesquisa se voltará à análise dos dispositivos penais da Lei n. 11.343/2006, sob a ótica da teoria da racionalidade legislativa penal, passando por cada racionalidade, da forma que segue abaixo.

a) A irracionalidade ética

Iniciando a análise pela irracionalidade ética, é possível identificar que a criminalização do porte de drogas e do tráfico, da forma como está posta atualmente, demonstra um afastamento do direito penal mínimo. Isso porque, ao proibir um indivíduo adulto e em pleno gozo de suas faculdades mentais de usar certas substâncias, sob o pretexto de tutela da saúde pública, há uma clara violação ao princípio da intervenção mínima do direito penal.

Assim, quando se criminaliza a produção e a venda de uma substância há uma limitação tanto da liberdade das pessoas, em suas condutas como indivíduos e em coletividade, quanto do livre comércio, assegurado constitucionalmente. Sobre isso, Luís Carlos Valois (2020, p. 540) descreve que “A relação comercial entre traficante e viciado é voluntária e indiferente como são todas as outras, e a violência inerente ao tráfico ilegal de drogas é, evidentemente, resultado da proibição, da caça pela polícia, é resultado da guerra às drogas”.

Ainda, é possível notar um deslocamento da responsabilidade do usuário – tanto o que consome moderadamente quanto aquele que abusa da substância – para o traficante ou fornecedor. Diferentemente do álcool e do tabaco que, dadas exceções, quando utilizado em excesso têm seus encargos apenas sobre os próprios consumidores, com as drogas ilícitas, há certa presunção de

inimputabilidade, mesmo em relação à mera aquisição, sem o efetivo consumo. Com isso, “revoga-se a lei da oferta e da procura, para somente a oferta ser apresentada como causadora de todos os males” (VALOIS, 2020, p. 609).

De outro lado, interessante é a observação de Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila, ao afirmarem que “Depois de mais de 30 anos de políticas latino-americanas pautadas pela guerra às drogas promovida, especialmente, pelos Estados Unidos da América, o século XXI viu a tendência revisionista da repressão ganhar espaço”, e ocorreu a “dita despenalização das condutas do usuário” (2016, p. 150).

Já, Salo de Carvalho constata que “a única forma de diferenciação entre as condutas seria a comprovação do objetivo para consumo pessoal (art. 28)”, de forma que “Cria-se, em realidade, espécie de zona gris de alto empuxo criminalizador na qual situações plurais são cooptadas pela univocidade normativa” (2016, p. 310-311).

Nesse sentido, se “potencializa na jurisprudência tendência à inversão do ônus da prova, recaindo ao réu o dever de provar durante a cognição a especial finalidade de agir, eximindo a acusação do dever processual imposto pela Constituição”, e criando assim, a “necessidade de especificação dos elementos subjetivos de ambos os tipos penais” (CARVALHO, 2016, p. 311).

Dessa forma, constata-se a falta de proporcionalidade através da “disparidade entre as quantidades de penas previstas e da inexistência de tipos penais intermediários com graduações proporcionais entre os dois modelos ideais de conduta” “representam o sustentáculo do sistema proibicionista”, criando uma “zona cinzenta intermediária” de aplicação da lei (CARVALHO, 2016, p. 302).

Com isso, “O diferencial entre as condutas incriminadas, e que será o fator que deflagrará radical mudança em sua forma de processualização e punição, é exclusivamente o direcionamento/finalidade do agir” (CARVALHO, 2016, p. 305), qual seja, o consumo próprio.

Chiaveli Fazenda Falavigno (2019, p. 135) questiona o crime de “associação para o tráfico”, previsto no artigo 35 da referida lei, considerando que através dele um indivíduo pode ser punido por uma conduta posterior ao tráfico, sem que este tenha ocorrido. Assim, a punição se daria em uma fase anterior do *iter criminis*, possibilitando a penalização da preparação, ou até mesmo, da cogitação.

Quanto à proporcionalidade da pena do tipo de tráfico de drogas em si, Luciana Boiteux e João Pedro Paiva (2013, p. 3), utilizando-se da teoria de Ulfrid Neumann, estabelecem que “o princípio da proporcionalidade atue como um limite horizontal (para a questão do ‘se punir’) e também como um limite vertical (para a questão do ‘como punir’)”, surgindo assim “um aspecto mais fático-empírico”, onde a “norma penal tem de responder é se a incriminação de uma determinada conduta é necessária e conveniente em relação ao objetivo final que é o de proteger pessoas”, e “um aspecto mais normativo”, por meio do qual se aprecia “se a incriminação de uma conduta por uma norma penal realmente protege as pessoas”.

Ulfrid Neumann (2008, p. 3), ressalta que “a decisão sobre a proporcionalidade ou desproporcionalidade de uma intervenção exige, em muitos pontos, valorações que não são determinadas pelo próprio princípio e para as quais não se encontram à disposição critérios inequívocos”.

Por sua vez, em relação à criminalização da posse de drogas para uso próprio, Neumann (2008, p. 7) afirma que “a finalidade das normas penais, conforme expusemos, é a proteção de bens jurídicos reconhecidos. Aqui entra em consideração o bem jurídica saúde”, com isso, “na maioria dos ordenamentos jurídicos, admite-se que tal bem jurídico não sofre proteção quando exposto a perigo por responsabilidade de seu próprio titular.”

Complementando a questão do “bem jurídico”, Luís Carlos Valois (2020, p. 440) traz a expressão “espiritualização do bem jurídico”, ao descrever a ampliação da competência de intervenção estatal, permitindo “inclusive relativizar o próprio princípio da ofensividade para ficarmos à mercê, a despeito de todas as construções técnico-jurídicas, de valores éticos e morais do legislador”.

Seguindo, Boiteux e Paiva (2013, p. 4) apontam que “Uma maneira de medir essa coerência normativa interna do sistema penal é colocar lado a lado algumas normas penais incriminadoras-chaves, para o fim de considerar se tanto as incriminações quanto as quantidades de pena obedecem a alguma sistematicidade”.

Da referida comparação constata-se que “O excesso de importância normativa dada ao crime de tráfico de drogas (...) contrasta com a pouca relevância normativa vislumbrada com relação aos demais crimes, os quais muito mais diretamente geram danos sociais concretos” (BOITEUX; PAIVA, 2013, p. 9), seja em consideração à gravidade dos bens jurídicos violados, seja pelo número e diversificação das vítimas. Levando essa comparação adiante, pode se analisar o

avanço cronológico das penas de tráfico de drogas ao longo do ordenamento jurídico brasileiro.

Em um primeiro momento, delimitando a busca na Lei n. 5.726/1971, temos o crime de tráfico de drogas com pena mínima de 1 (um) ano e máxima de 6 (seis) anos. Seguindo, na Lei n. 6.368/1976 a pena mínima passa a 3 (três) anos e a máxima para 15 (quinze) anos. Em frente, tem-se a Lei 10.409/2002, com penas iguais à lei anterior – todavia, teve sua parte penal completamente vetada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, e o veto mantido pelo Congresso –. Enfim, a Lei n. 11.343/2006 trouxe a pena mínima de 5 (cinco) anos e a máxima de 15 (quinze) anos (RODRIGUES; KAZMIERCZAK, 2020).

b) A irracionalidade teleológica

Filippo (2019, p. 10), adverte: “ainda que Díez Ripollés situe o princípio da lesividade como um dos princípios estruturais de proteção, sua teoria não confere proeminência alguma ao bem jurídico”, todavia, o autor do presente trabalho também enquadra a análise do bem jurídico como parte da racionalidade teleológica, haja visto que essa se relaciona diretamente com a “formulação dos objetivos perseguidos pela concreta decisão legislativa penal” (FILIPPO, 2019, p. 9).

Claus Roxin (2006, p. 50/51), já teria criticado a abordagem alemã da questão de drogas, afirmando que não era legítimo “criar tipos para a proteção de bens jurídicos, sendo estes descritos através de conceitos com base nos quais não é possível pensar nada de concreto”, exemplificando que o bem jurídico “saúde pública” não é palpável em si mesmo, podendo apenas remeter à “saúde de vários indivíduos membros do povo”, e por sua vez, essas pessoas afetadas só poderiam ser protegidas “respeitando o princípio de que auto colocações em perigo são impuníveis”, de forma que, sobraria pouca ou nenhuma lesão ao referido bem jurídico.

Corroborando com esse pensamento, Filippo (2019, p. 10), traz que “podem ser apresentadas críticas severas à proibição de lesão a um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular”, de forma que “a proteção volta-se a um bem jurídico aparente de forma alguma resolve os problemas de legitimidade do tipo”.

Não se pode esquecer ainda o “aparente descompromisso estatal para com a aferição da efetiva danosidade de algumas substâncias, cuja proibição parece ser

mais amparada por aspectos políticos, econômicos e morais do que por avaliações científicas” (FILIPPO, 2019, p. 10).

De outro lado, autores como Luís Carlos Valois (2020, p. 424), contrariam o possível caráter de direito penal simbólico da legislação, e afirmam contundentemente “O evidente propósito do legislador, de inspiração norte-americana, em criar um crime de fácil apuração e condenação, em nome da guerra às drogas”, através da relativização do dolo – com uma imputação penal objetiva – e da ampliação do rol de verbos que enquadrariam no tráfico de drogas.

Francisco de Assis Toledo (1994, p. 12), em suas inserções acerca da missão e limites do Direito Penal, aponta que “A teoria do mínimo ético falha, igualmente, em relação aos crimes de pura criação legislativa, que não correspondem a um conceito de injusto material”, e com isso, “fora de dúvida é que um ordenamento penal em contradição com a ordem moral que lhe é coetânea não teria eficácia ou seria verdadeira monstruosidade”.

Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila afirmam que “as normas jurídicas – e, notadamente, as normas jurídico penais – devem incorporar proibições e comandos de agir que tenham por objetivo a conservação ou a produção de determinados objetos e valores inerentes às relações sociais (bens jurídicos)”, todavia, “o catálogo de bens jurídicos passíveis de proteção jurídico-penal é variável e diretamente vinculado aos valores e interesses daqueles que detém o poder político” (2016, p. 135-136).

Assim, “Distanciar ou desvincular totalmente o conceito de bem jurídico da realidade concreta oferece riscos que a dogmática penal não pode e nem deve assumir”, já que “a ausência de um conteúdo real e concreto conduz à aludida ‘evaporação’ do conceito de bem jurídico” (CARVALHO; ÁVILA, 2016, p. 136-138).

Frente a isso, fica caracterizado que:

o conceito material de delito consiste em vislumbrá-lo como aquela conduta que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos fundamentais para o indivíduo e para a sociedade, representando uma grave violação de normas de determinação construídas a partir das concepções ético-sociais, políticas e econômicas dominantes em um determinado momento histórico (CARVALHO; ÁVILA, 2016, p. 138).

Carvalho e Ávila ainda alertam que:

uma norma que não tenha por objeto dados, relações ou interesses do plano real concreto, selecionados a partir de critérios político-criminais restritivos do poder punitivo e limitados pela perspectiva de respeito à

dignidade do homem como pessoa, não é *materialmente* Direito (CARVALHO; ÁVILA, 2016, p. 142).

A partir dessa constatação, percebe-se que:

a mera soma de bens jurídicos individuais não pode ser suficiente para legitimar a existência de um bem jurídico coletivo ou transindividual que, nas hipóteses do Direito Penal de drogas, disfarça a inexistência de realização de perigo concreto ou de lesão à integridade física individual e a ausência de periculosidade intrínseca às condutas incriminadas. [...] o problema não seria propriamente a técnica de construção dos referidos tipos penais – como delitos de perigo abstrato –, mas sim a ausência de periculosidade às condutas criminalizadas e de justificação para incorporação de tipos penais puramente paternalistas. (CARVALHO; ÁVILA, 2016, p. 147).

Chiaveli Fazenda Falavigno (2019, p. 138-139), em sua análise acerca da racionalidade teleológica da lei de drogas destaca que as legislações penais têm “seus objetivos declarados e não declarados”. Os declarados seriam voltados à não utilização e comércio de substâncias ilícitas no território brasileiro. Por sua vez, os não declarados se relacionariam ao encarceramento da população mais pobre.

Desse modo, os tipos penais presentes na Lei n. 11.343/2006 não conseguem estabelecer bens jurídicos aptos a uma tutela penal tão rigorosa como a imposta atualmente, tanto pela abstração do bem jurídico coletivo (violado por quem trafica), quanto pela atipicidade de autolesão (realizado por quem adquire a substância). Então, frente à racionalidade teleológica, o bem jurídico tutelado pela referida lei não se faz suficiente para tamanha repressão.

c) A irracionalidade pragmática

Com relação à racionalidade pragmática, pode-se analisar da perspectiva de redução/aumento de usuários e consequências do uso, pela ótica do tratamento penal dado aos usuários e traficantes, ou lastreado no controle de qualidade das substâncias ilícitas.

Sob a primeira perspectiva, o II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (LENAD), realizado pelo Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas de Álcool e Outras Drogas (INPAD) e pela UNIFESP, apurou o consumo de drogas lícitas (como o álcool e o tabaco) e ilícitas pelo período de 2006 a 2012.

Neste levantamento foi lembrado que “Embora o primeiro levantamento nacional de álcool (I LENAD) realizado em 2006 tenha mostrado que metade dos

brasileiros não eram consumidores de álcool, também foi constatado que os índices de uso nocivo e dependência eram altos entre os bebedores” (INPAD; UNIFESP, 2014, p. 34).

Foi constatado também que entre o levantamento de 2006 e 2012, o número de abstinentes do álcool aumentou em três por cento (INPAD; UNIFESP, 2014, p. 35), todavia, a quantidade de doses consumida pelos não abstinentes aumentou em dez por cento (INPAD; UNIFESP, 2014, p. 36).

Por sua vez, em 2017 foi publicado o III Levantamento Nacional sobre o Uso de Drogas pela População Brasileira (III LNUD), produzido pela Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ, em parceria com a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – SENAD.

Neste terceiro levantamento foi constatada “disparidade flagrante entre os eventos associados ao álcool e ao conjunto de substâncias ilícitas”, ensejada pelo fato de o álcool ser “a substância mais disponível e de maior aceitabilidade social, devido ao seu caráter lícito, portanto, sua presença bastante mais frequente em situações variadas de conflito, de gravidade crescente”, e este, por sua vez, tem “um efeito inibidor seletivo (a depender da dose ingerida) sobre circuitos neuronais associados à função de “censura” e “autocontrole”, portanto, a inibição da inibição, favoreceria a emergência de comportamentos habitualmente suprimidos, dentre eles a violência” (FIOCRUZ; SENAD, 2017, p. 156).

A pesquisa também apresentou que os usuários, em sua maioria, consideram “muito fácil” a obtenção de maconha/haxixe/Skank, solventes, crack e cocaína (FIOCRUZ; SENAD, 2017, p. 186).

Quanto à terceira perspectiva, para Filippo “Constata-se uma indesejada proliferação dos problemas sociais relacionados ao consumo de drogas, não obstante o incremento dos índices de encarceramento” (2019, p. 12), onde a maior parte das ocorrências tratam de “apreensões de pequenas quantidades de drogas que são, quase que invariavelmente, encontradas na posse de pessoas economicamente vulneráveis, que também ostentam a condição de usuários ou viciados em drogas”.

Com isso, o tratamento penal do tráfico, “ao deixar transparecer a marca da seletividade, também intensifica os efeitos simbólicos dessa intervenção, [...], abrindo-se caminho para a sua conversão em instrumento meramente político”,

causando o “desvirtuamento da proteção de bens jurídico-penais e o distanciamento do modelo democrático de Estado” (FILIPPO, 2019, p. 12).

Nesse ínterim, o Consórcio Internacional de Política de Drogas⁵⁴ publicou a terceira edição de seu guia de política de drogas em 2016, enunciando princípios para as políticas de drogas, como o desenvolvimento pautado em prioridades e evidências, a redução das consequências do uso de substâncias, a aplicação das regras internacionais de direitos humanos, a inclusão de grupos marginalizados – sem o foco punitivo –, e que a implementação das políticas seja lastreada numa relação aberta e construtiva com a sociedade civil (IDCP, 2016, p. 5).

Ainda no prefácio do texto, o Ex-secretário-geral das Nações Unidas, Kofi Annan, afirma que “as drogas destruíram muitas vidas, mas políticas governamentais ruins destruíram muito mais”⁵⁵, e ainda que “a política de drogas nunca foi uma área onde a evidência e efetividade dirigiram as decisões”⁵⁶ (IDCP, 2016, p. 3).

Kofi Annan abordou a conclusão que a Comissão Global de Política de Drogas chegou em 2011, qual seja, que a “guerra às drogas” falhou, que um “mundo livre de drogas” é uma ilusão, e que as políticas deveriam se preocupar em fazer com que os danos das drogas sejam os menores possíveis e para o menor número possível de pessoas” (IDCP, 2016, p. 3).

Por fim, Kofi Annan afirmou que o uso de drogas é questão de saúde pública, não dos tribunais, e que está na hora de “finalizar a criminalização e demonização das pessoas que usam drogas e dos traficantes não violentos e nível baixo”⁵⁷. A estas pessoas deveriam ser oferecida ajuda, não punição⁵⁸ (IDCP, 2016, p. 3).

No aspecto da justiça criminal, o referido guia apontou a desproporcionalidade nas penas relacionadas às drogas é comum, e que traficantes não violentos e com pequenas quantidades de drogas frequentemente são punidos com mais rigor que aqueles que cometem crimes mais danosos, como homicídio ou estupro (IDCP, 2016, p. 77).

⁵⁴ Tradução livre do autor. No original: International Drug Policy Consortium – IDPC.

⁵⁵ Tradução livre do autor. No original: “drugs have destroyed many lives, but bad government policies have destroyed many more”.

⁵⁶ Tradução livre do autor. No original: “drug policy has never been an area where evidence and effectiveness have driven decisions”.

⁵⁷ Traficantes que ocupam papéis de menor importância.

⁵⁸ Tradução Livre do autor. No original: “This means ending the criminalisation and demonisation of people who use drugs and non-violent, low-level drug offenders. These people should be offered support, not punishment.”

Luiz Flávio Gomes e Luis Wanderley Gazoto (2020, p. 193) não contestam a necessidade de rigor no combate às drogas, todavia, ao localizar as penas do tráfico no ordenamento jurídico nacional, assinalam que a punição mínima do referido tipo é apenas um ano inferior ao crime de homicídio simples (art. 121, *caput*, do Código Penal).

Os mesmos autores indicam ainda que, quando o indivíduo está envolvido com o tráfico e participação em organização criminosa, por menor que seja a participação, este sempre será condenado ao crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, e no crime de associação para o tráfico, previsto no art. 35, ambos da Lei n. 11.343/2006, incidindo a pena mínima de oito anos, demonstrando a excessiva severidade da política (GOMES; GAZOTO, 2020, p. 193-194).

Também foi observado que, mesmo com tantas décadas de punições graves para crimes de drogas, “não se teve evidências da efetividade como meio de intimidação para o uso ilícito, a cultivação, produção e tráfico de drogas”⁵⁹ (IDCP, 2016, p. 3).

Seguindo, o Consórcio de Redução de Danos⁶⁰, formado por diversas instituições que estudam e discutem a política de drogas em âmbito internacional, publicou em novembro de 2021 o Índice Global de Política de Drogas⁶¹, com o intuito de avaliar e classificar como diversos países tem tratado a política de drogas nas dimensões de penas e responsabilizações extremas, na proporcionalidade na justiça criminal, na saúde e redução de danos, no acesso à substâncias controladas para o alívio de dor e sofrimento, e enfim, no desenvolvimento de políticas alternativas (THE HARM REDUCTION CONSORTIUM, 2021, p. 23-24).

A referida análise considerou 75 indicadores – sugeridos por especialistas nas áreas – diferentes, nos últimos dez anos, em relação à 30 países, abrangendo todos os continentes do globo. Os países foram escolhidos pela importância dada à questão das drogas no território, à disponibilidade de dados e à presença de organizações da sociedade civil trabalhando na temática (THE HARM REDUCTION CONSORTIUM, 2021, p. 29-30).

⁵⁹ Tradução livre do autor. No original: “Despite decades of excessively severe punishment for drug offences, there is no evidence of their effectiveness as a deterrent for the illicit use, cultivation, manufacturing and trafficking of drugs”.

⁶⁰ Tradução livre do autor. No original: “The Harm Reduction Consortium”.

⁶¹ Tradução livre do autor. No original: “The Global Drug Policy Index 2021”.

Após a valoração dos indicadores nas cinco áreas supracitadas, o Brasil foi considerado como tendo a pior política de drogas dentre os países avaliados – ou seja, ocupou a 30ª posição no ranking (THE HARM REDUCTION CONSORTIUM, 2021, p. 61).

Posicionou-se em 28º - ou seja, dos 30 países analisados, o Brasil ficou em terceiro pior – quanto à abstenção do uso de respostas e sentenças extremas. Aqui foram mensuradas “a pena de morte, mortes extrajudiciais, militarização, prisão perpétua e internação involuntária em centros de reabilitação⁶²” (THE HARM REDUCTION CONSORTIUM, 2021, p. 29-30).

O país também ficou na terceira pior posição no critério de proporcionalidade na aplicação da justiça criminal. Neste critério foram considerados as violações aos Direitos Humanos no sistema criminal, a desproporcionalidade nos impactos das respostas do sistema, a descriminalização e alternativas à punição e prisão, e enfim, a pena mínima e prisão antes da condenação (THE HARM REDUCTION CONSORTIUM, 2021, p. 43-46).

No tocante à terceira perspectiva, o III LNUD constatou que o tratamento legal dado às drogas impede que “os Estados se valham de ferramentas habituais em outros campos, como a inspeção, padronização e certificação de alimentos e diversos outros produtos” (FIOCRUZ; SENAD, 2017, p. 5).

Assim, a “atuação de organismos como o INMETRO” “não se aplica a substâncias ilícitas, enquanto órgãos como a ANVISA” “atuam, neste caso, tão-somente no que diz respeito às substâncias onde existe uma interface com aplicações médicas e congêneres” (FIOCRUZ; SENAD, 2017, p. 5).

Um dos pontos de ebulição dessa desproporcionalidade na condução da política de drogas nacional são o poder da polícia como primeira aplicadora da legislação e a formação da Cracolândia na cidade de São Paulo, e sua transformação.

Flávio Bortolozzi Junior (2021, p. 247-248), critica o tratamento despendido à algumas substâncias, a começar pela “construção do ‘problema social’ do crack alavancada pelo pânico moral inerente à lógica proibicionista das drogas é responsável no Brasil pelo resgate do modelo manicomial, notadamente ultrapassado e ineficaz”.

⁶² Tradução livre do autor. No original: “- the death penalty, extrajudicial killings, 15 militarisation, life imprisonment, and non-consensual confinement in drug treatment centres”.

Luis Carlos Valois (2020, p. 470) afirma que “a guerra às drogas apequena a polícia”. O autor elenca a privacidade como “o primeiro e maior escudo de nossa dignidade”. Então, ao considerar a autorização estatal dada a polícia que esta possa relativizar a privacidade dos indivíduos, através de buscas que invadem corpos e casas, “violam-se os limites da privacidade e da dignidade, não sendo mais possível qualquer exame a respeito dos níveis de excessos porventura observáveis”.

Nesse sentido, a formação policial que normaliza e instiga esse tipo de conduta “é a filosofia de guerra da segurança pública a principal causa da violência policial de que se trata” (VALOIS, 2020, p. 471).

Então, frente a uma ação de repressão ao consumo de drogas em um lugar concentrado ou até mesmo em uma apreensão, “Difícil saber quem é a mercadoria, o algemado ou os pacotes espalhados na mesa, mas a polícia agradece, a sociedade tem a sensação de que o tráfico está acabando e o comércio de drogas, com a propaganda, cresce” (VALOIS, 2020, p. 419).

Maria Gorete Marques de Jesus (2021, p. 54-57), ao analisar relatório sobre as prisões em flagrante relacionadas às drogas na cidade de São Paulo entre dezembro de 2010 e janeiro de 2011, constatou que as pessoas detidas, em sua maioria, estavam sozinhas – sem testemunha além dos policiais presentes no ‘flagrante’ –, com pequena quantidade de substâncias, e ainda foram atendidas pela Defensoria Pública. A autora ainda ressaltou a complicação causada pela forma de aferição da produtividade policial, qual seja, o número de prisões realizadas.

Da referida pesquisa, Maria Gorete (JESUS, 2021, p. 80-81), afirmou que, em regra, a conclusão do inquérito policial é mais pautada pelo auto de prisão em flagrante que por uma investigação propriamente dita. E no caso do tráfico de drogas, os relatórios finais dos inquéritos consistem na reprodução da narração do flagrante, juntamente com o laudo de constatação definitivo da substância. Esses flagrantes, por sua vez, são feitos pela polícia militar em atuação ostensiva, na maioria das vezes.

Seguindo, o maior exemplo brasileiro do fracasso da política de drogas, desde sua tentativa de ressocialização até a intervenção policial, se materializa no espaço identificado como Cracolândia, na cidade de São Paulo.

Ygor Diego Delgado Alves e Pedro Paulo Gomes Pereira (2021) descrevem que a Cracolândia iniciou no começo dos anos 1990, na região chamada “Boca do Lixo”, no centro da cidade, e que, à despeito de diversos prefeitos terem tentado dar

fim ao circuito de uso de drogas, o máximo conseguido foi o deslocamento da área de consumo pelo centro paulista.

Os autores realçam que a região foi objeto fértil para a promoção política de certos indivíduos, considerando que estas estavam “constantemente disposta a apoiar demonstrações de força no sentido punitivo e que tragam a promessa de valorização do capital imobiliário”, e que “as ações policiais mais contundentes foram esporádicas no tempo, buscando um efeito muitas vezes proeminentemente midiático e sem maiores consequências no sentido de pôr fim à Cracolândia” (ALVES; PEREIRA, 2021, p. 479-480).

Dentre as principais intervenções estatais na área estão a Operação Tolerância Zero, criada em 1997 pelo governador Mario Covas, seguida pela Operação Limpa ou Plano Cracolândia, do prefeito José Serra em 2005, e a “Operação Sufoco, também conhecida como Operação Dor e Sofrimento, realizada em 2012”, pelo prefeito Gilberto Kassab – esta última teve sua legitimidade questionada por Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual contra o Estado de São Paulo – (ALVES; PEREIRA, 2021, p. 468-480).

É descrito que as ações ocorridas no local tiveram vários objetivos. Por vezes, foi a tentativa de ressocialização e redução de danos, em outras destacou-se a intenção de “higienização” da cidade e valorização imobiliária. Todavia, nenhuma medida tomada deu fim à problemática, causando, no máximo, a migração dos frequentadores para algumas quadras de distância.

Taniele Rui (2013, p. 293/298), afirma que as medidas adotadas no local “estiveram sempre mais no âmbito do urbanismo que no da saúde e assistência”, ainda que a Operação Sufoco “gastou dinheiro, obrigou os usuários de crack a vagar pelas ruas do centro, atrapalhou a rotina dos moradores do entorno, usou de violência gratuita para nada”, causando a interrupção na prestação de assistência e “abalou vínculos de confiança entre os serviços e os dependentes químicos”.

De outra perspectiva, a inadequação da atual legislação de drogas à realidade brasileira causa um problema supralegal, qual seja, uma crise de legitimidade e na separação entre os Poderes do Estado Democrático.

Considerando os inúmeros recursos nos processos de tráfico de drogas, principalmente com a vigência da lei de 2006, os tribunais são instados a reavaliar as condenações de primeiro grau, e com muita frequência, são interpostos recursos

sobre essas decisões aos tribunais superiores, quais sejam, o Superior Tribunal de Justiça – STJ e Supremo Tribunal Federal – STF.

Jeremy Waldron (2003, p. 198), dissertou acerca da “contribuição distinta que uma assembleia plural pode dar e a respeitabilidade do majoritarismo como processo decisório”, todavia, advertia que “a lei é mudada todos os dias nos nossos tribunais de recursos, mas, na maioria das vezes, é mudada sob o disfarce de uma decorosa simulação, de que nada podia estar mais distante da nossa mente, ou da mente do tribunal, que uma aspiração legislativa” (WALDRON, 2003, p. 13-14).

Seguindo essa lógica, Flávia Santiago Lima (2014, p. 132), constatou que “O fortalecimento do judiciário se daria em função do enfraquecimento do parlamento; e a recíproca seria verdadeira”. A partir desse impasse, a suposta tentativa de ampliação das competências típicas do Poder Judiciário seria chamada de “judicialização da política”.

A autora traz que, por conta do movimento neoconstitucionalista que tem sido adotado no Brasil, o qual causa um certo tipo de constitucionalização do direito em todas as suas áreas, “A supremacia constitucional, contudo, não se restringe aos direitos fundamentais. Todas as suas normas se irradiam pelo ordenamento e determinam os conteúdos da legislação ordinária” (LIMA, 2014, p. 257-258).

Luiz Fernando Kazmierczak e Antonio Carlos da Ponte (2017, p. 136) sustentam que “o nosso modelo constitucional não se limitou a criar impedimentos ou barreiras na atenção penal, estabeleceu também mandados explícitos e implícitos de criminalização”, e entre estes estaria a previsão explícita do tráfico de drogas, diminuindo os direitos e garantias dos indivíduos envolvidos, tanto em relação à sua liberdade quanto na questão patrimonial – perdimento de propriedade rural, entre outras possibilidades –.

Nesse ínterim, “A maioria das grandes questões sociais estaria submetida ao Direito, que conta com as instituições judiciais a avalizarem suas disposições” (LIMA, 2014, p. 258). Entretanto, ao interpretar a obra de Cass Sunstein, Flávia Santiago Lima (2014, p. 119) considera que o minimalismo ou autocontenção nas decisões das cortes constitucionais “podem promover democracia não apenas ao deixar pontos em aberto para a deliberação democrática, mas também por incentivar o diálogo e assegurar que importantes decisões sejam tomadas pelos atores democraticamente responsáveis”.

Embora se reconheça que “alguns abusos do legislador nesse campo têm sido corrigidos pela jurisprudência”, afirma Luís Carlos Valois (2020, p. 449), ao se referir ao acórdão do STF no Habeas Corpus n. 82.959-7/SP⁶³, que declarou inconstitucional a obrigatoriedade do cumprimento integral da pena em regime fechado nos casos de crime hediondo, não se pode olvidar a intervenção do Poder Judiciário na legislação.

Entre o risco de ativismo judicial e uma autocontenção do tribunal constitucional, que manteria uma disposição legal desproporcional em vigência, está o Recurso Extraordinário – RE n. 635.659 do Supremo Tribunal Federal. O referido recurso questiona a legalidade da manutenção da posse de drogas para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, como crime (STF, 2011).

Em que pese as manifestações de alguns dos ministros expressarem certo “ativismo judicial, contestável em matéria penal” (BORTOLOZZI JUNIOR, 2021, p. 316), percebe-se o caráter de autocontenção do Tribunal em relação ao caso, tanto pelo tempo de tramitação do recurso – que ultrapassa dez anos – quanto pelo impacto social que a temática causa e causará – independentemente do resultado –. Sua última previsão de julgamento foi para a sessão de 06/11/2019, mas acabou sendo adiado, e está sobrestado e no gabinete do Ministro Gilmar Mendes desde 27/09/2021.

De outro lado, sem tentar aprofundar na temática, é possível notar em diversos países algumas tentativas de regulamentação/liberação de certas substâncias, tanto as tratadas como ilícitas quanto as lícitas no Brasil. Flávio Bortolozzi Junior (2021, p. 303-304) aponta cinco abordagens aplicadas, sendo elas: 1) “Modelo pautado em prescrições médicas”; 2) “Modelo de farmácias especializadas”; 3) “Modelo de varejo autorizado”; 4) “Modelo de estabelecimento autorizado”; e 5) “Modelo de varejo livre”.

O autor não diz qual tipo de política deve ou não ser adotado, e considera que “A implementação desses diferentes modelos deve ter em conta as distinções do contexto local e demanda a estruturação institucional adequada” (BORTOLOZZI JUNIOR, 2021, p. 304). Todavia, a partir dessas constatações, é possível pensar alternativas ao modelo adotado atualmente.

Diante do exposto, percebe-se que houve um agravamento da irracionalidade pragmática, quando comparada com a legislação de 1976. Em que pese as medidas

⁶³ Julgado em 23.02.2006. Declarou a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

tomadas para o não encarceramento dos usuários de substâncias ilícitas, aumentou-se a penas para os indivíduos considerados traficantes, de forma que medidas alternativas à prisão são aplicadas quase que exclusivamente ao delito de tráfico privilegiado, causando um inchaço no sistema prisional brasileiro.

Ainda, é provocada crise entre os Poderes do Estado, haja vista que o Legislativo produziu uma legislação em dissonância com as políticas de drogas que possibilitariam uma maior redução de danos, tanto pelo tratamento dos usuários, quanto pela diminuição do encarceramento de – principalmente – pequenos traficantes, o Executivo falha pelo excesso do uso de força policial e ausência de assistência sobre àqueles indivíduos mais vulneráveis, e enfim, o Judiciário acaba interferindo na aplicação/interpretação do texto constitucional sem a legitimidade necessária para tanto.

d) A irracionalidade jurídico-formal

Uma das irracionalidades jurídico-formal encontradas é sintetizada por Luís Carlos Valois (2020, p. 429) ao descrever o tratamento desigual despendido às substâncias tão ou mais tóxicas que as ilícitas, ao “fato de se criminalizar o comércio de determinadas substâncias, enquanto outras de igual ou maior teor entorpecente ou estimulante continuam permitidas e até propagandeadas”.

Outra contradição ao ordenamento jurídico que também se faz presente no princípio da proporcionalidade é a redação dos arts. 60, § 6º – este acrescido com a Lei n. 14.322/2022 – e 62 da Lei n. 11.343/2006, onde é disposto sobre a utilização e perdimento de bens utilizados para os crimes da referida lei, com exceção do art. 28.

Filippo (2019, p. 6), traz que “se o indivíduo usa seu veículo, que adquiriu licitamente, para transportar um objeto furtado ou roubado, ele não perderá o automóvel”, todavia, “se o objeto transportado for drogas, haverá fatalmente o seu perdimento, como se houvesse uma presunção absoluta de que o bem foi adquirido com a venda de drogas”.

O tratamento despendido aos bens apreendidos com qualquer relação aos crimes da lei é completamente incoerente com o restante da legislação, se aproximando apenas àquele aplicado ao trabalho escravo, por força constitucional⁶⁴.

Outro viés da irracionalidade é que “Tratando-se de um tipo de perigo abstrato, as sanções penais deveriam ser mais brandas do que aquelas previstas para o tipo de dano mediato”, reforçando que “não é adequado que a punição do perigo ao conjunto desses bens possa ser apenas mais severamente do que a efetiva concretização do dano a algum bem individual” (FILIPPO, 2019, p. 13).

Destaca-se também o “papel que ocupam os maus antecedentes e a reincidência. Deveras, de acordo com as regras gerais do Direito Penal, ambos servem para a elevação da pena, na primeira e na segunda etapas de dosimetria, respectivamente” (FILIPPO, 2019, p. 13), mas que no caso da lei de drogas, “os registros criminais assumem protagonismo absoluto, de modo que, quase que invariavelmente, preponderam sobre o fato e suas circunstâncias” (FILIPPO, 2019, p. 14).

Nesse íterim, quando se fala do tráfico, previsto no *caput* do art. 33, e sua forma privilegiada, disposta no parágrafo quarto do mesmo artigo, “como em nenhum outro exemplo do Direito Penal brasileiro, uma única condenação criminal definitiva poderá representar um acréscimo penal de três anos e quatro meses” (FILIPPO, 2019, p. 14), considerando a exigência de primariedade e bons antecedentes.

“Além disso, será esse registro criminal que conferirá ao fato a natureza de crime hediondo por equiparação” (FILIPPO, 2019, p. 14), o que modifica de maneira drástica a progressão de regime do condenado, e com isso, “faz revelar que o crime de tráfico de drogas traz consigo a odiosa marca de um Direito Penal do autor” (FILIPPO, 2019, p. 14).

Dessa forma, é demonstrada a irracionalidade jurídico-formal, considerando a desproporcionalidade das sanções, tanto as que recaem sobre o indivíduo quanto às patrimoniais, em detrimento de crimes similares ou até mais graves, como o trabalho análogo ao escravo ou hediondos.

⁶⁴ Art. 243, *caput* e parágrafo único da Constituição Federal de 1988.

e) A irracionalidade linguística

Filippo aponta que a “irracionalidade linguística é desvelada pela utilização abusiva de 18 verbos que fazem alargar as fronteiras típicas para punir, grosso modo, o sujeito que tiver qualquer tipo de contato com substância que esteja ‘em desacordo com determinação legal ou regulamentar’” (FILIPPO, 2019, p. 14), e que essa forma de redação “acarreta a violação ao princípio da legalidade estrita, ao se estabelecer um crime de fácil apuração e de fácil condenação” (FILIPPO, 2019, p. 14).

Também é evidente o “fato de o legislador ter deixado de indicar o elemento subjetivo específico do tipo penal” (FILIPPO, 2019, p. 14), trazendo previsão expressa do elemento subjetivo apenas no art. 28, através do “para consumo pessoal”. Assim, “essa situação faz inverter o ônus de prova, violando-se, no campo processual, o princípio do in dubio pro reo, porque, em princípio, a mera posse de substância ilícita ensejará a condenação por tráfico de drogas, dispensando-se a demonstração, pelo órgão acusatório, de qualquer finalidade específica” (FILIPPO, 2019, p. 14-15).

Outro aspecto linguístico danoso à racionalidade é a “a falta de critérios técnicos e objetivos, aliada à dispensa da finalidade específica quanto ao destino da droga, torna muito mais fácil a condenação por tráfico de drogas de sujeitos pobres” (FILIPPO, 2019, p. 15), além da utilização de norma penal em branco para efetivação da referida legislação, qual seja, a Portaria n. 344/1998 da ANVISA, ao “relegar o controle penal a ato normativo, editado pelo Poder Executivo” (FILIPPO, 2019, p. 15).

Chiaveli Fazenda Falavigno (2019, p. 141) também critica o fato de o rol de substâncias proibidas ter caráter de norma penal em branco, sendo regido por portaria, o que ocasionaria insegurança jurídica, haja vista que certos produtos podem ser considerados ilícitos sem a ampla divulgação que a publicação de uma lei promove.

Frente a isso, a imprecisão do legislador ao elencar tantos verbos nucleares como passíveis de caracterizar um delito dão uma grande margem de interpretações aos aplicadores da lei, quis sejam, os juízes, que podem e, comumente condenam indivíduos com fundamentações diferentes para situações idênticas, e vice-versa.

4.4 COMPARAÇÃO ENTRE A LEI DE DROGAS ATUAL E O PROJETO DE LEI N. 4565/2019

Partindo do pressuposto de que o legislador brasileiro, bem como os juristas envolvidos puderam observar a aplicação e os impactos da Lei n. 11.343/2006 por 13 anos até apresentação do Projeto de Lei n. 4565/2019, é possível encontrar semelhanças e divergências entre os dois textos.

Nesse ínterim, será analisado o andamento do referido projeto de lei, as alterações contidas nele, e se a nova redação pretendida para a legislação de drogas estará ou não adequada à racionalidade legislativa de Díez Ripollés.

Em 21 de junho de 2018, por Ato do Presidente da Câmara dos Deputados (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018a), foi instituída “comissão de juristas responsável pela atualização da Lei de Entorpecentes, n. 11.343/2006, e do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas”, com o prazo de entrega de anteprojeto de cento e vinte dias após a instalação da comissão – art. 1º e Parágrafo único –. A comissão foi presidida pelo Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, do Superior Tribunal de Justiça – art. 2º –, e ainda era composta por

- a) Rogério Schietti Machado Cruz, Vice-Presidente;
- b) Ney de Barros Bello Filho, Relator;
- c) Cibele Benevides Guedes da Fonseca;
- d) Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo;
- e) José Theodoro Corrêa de Carvalho;
- f) Joaquim Domingos de Almeida Neto;
- g) Pierpaolo Cruz Bottini;
- h) Joelci Araújo Diniz;
- i) Walter Nunes da Silva Junior;
- j) Tatianna Ramalho de Rezende;
- k) Maurício Stegman Dieter;
- l) Antônio Drauzio Varella. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018a)

Na data de 16 de julho de 2018 foram designados “os consultores legislativos Gabriel Almeida Rocha e Marco Bensusan Veiga Pinto para assessorar aquela comissão” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018b), e em 28 de agosto foi incluído como membro Beto Ferreira Martins Vasconcelos (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018c).

Durante a vigência da Comissão foram realizadas 10 reuniões. A referida Comissão apresentou anteprojeto para a atualização da Lei de Drogas ao Presidente da Câmara, Rodrigo Maia (DEM/RJ) em 07 de fevereiro de 2019,

juntamente da sua exposição de motivos (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019).

Salienta-se que o referido anteprojeto trazia a descriminalização da “aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento ou uso de drogas ilícitas, para consumo pessoal, em quantidade de até 10 (dez) doses”, bem como em “semear, cultivar ou colher até 6 (seis) plantas”⁶⁵. Essas doses, por sua vez, variavam entre 1 grama e 10 mililitros, de acordo com o tipo de substância⁶⁶ (COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ATUALIZAÇÃO DA LEI DE ENTORPECENTES, 2006a).

O anteprojeto ainda criava a figura da infração administrativa para quem consumir drogas ilícitas em público e na presença de outras pessoas, na frente de menores de idade ou indivíduo com “capacidade de resistência, ou de autodeterminação e entendimento, diminuída ou suprimida” ou ainda ter posse de quantidade superior ao limite autorizado⁶⁷, prevendo apreensão e perda da substância e multa (COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ATUALIZAÇÃO DA LEI DE ENTORPECENTES, 2006a).

Passado mais de 6 meses, o Anteprojeto foi apresentado como o Projeto de Lei n. 4565/2019 em 20 de agosto de 2019, pelo Deputado Federal Alexandre Padilha (PT/SP), com o fim de atualizar a Lei n. 11.343/2006, todavia com algumas alterações (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019a).

A quantidade de doses para o enquadramento na posse de drogas para consumo próprio foi aumentada de 10 para 30, parte das disposições sobre internação involuntária foi modificada, com o fito de se adequar à Lei n. 10.216/2001 – de forma a revogar grande parte das disposições trazidas com a Lei n. 13.840/2019 –, e também foi retirada uma infração administrativa, que previa sanção para o uso de drogas nas dependências ou ao redor de certos locais – majoritariamente em lugares com concentração de pessoas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 46).

Em 18.09.2019 foi designado como relator da Comissão de Seguridade Social e Família o Deputado Federal Eduardo Costa (PTB/BA), e na data de 21.12.2021 foi

⁶⁵ Art. 28, *caput* e § 1º do Anteprojeto.

⁶⁶ Art. 66-A do Anteprojeto.

⁶⁷ Incisos do art. 29 de Anteprojeto de Lei.

apensado à esta tramitação o PL n. 4569/2020 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019a).

Este PL, de autoria do Deputado Federal Gurgel (PSL/RJ), tem por objetivo enquadrar a conduta “usa drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, na presença de crianças ou em locais de ambiência familiar”, como tráfico de drogas, no § 1º do art. 33 da Lei n. 11.343, com a pena de 5 a 15 anos, e multa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

Resta salientar que a referida conduta, no PL n. 4565/2019, está enquadrada como infração administrativa, tendo como sanção a “apreensão e perda da droga” e “multa” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b).

Para além das alterações no tratamento de posse de drogas para consumo próprio, o PL n. 4565/2019 traz a revogação dos art. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, e cria novos tipos penais, derivados do art. 33. O referido artigo foi fracionado em vários tipos penais, entre o art. 33-A e o 33-L, por sua vez, o antigo art. 35 se tornou causa de aumento, trazida no inciso II, do novo art. 40-B (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 26).

A nova redação do art. 28, *caput* e § 1º, descriminalizou a “aquisição, posse, armazenamento, guarda, transporte, compartilhamento ou uso de drogas ilícitas, para consumo pessoal, em quantidade de até 30 (trinta) doses” e o “Semear, cultivar ou colher até 6 (seis) plantas das quais se possa extrair substância ou produtos” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 18).

Também foi criada a figura da infração administrativa, disposta no art. 29, incisos I e II, que penaliza o consumo de drogas ilícitas “no mesmo ambiente, ou em local próximo visível, em que se encontre criança, adolescente menor de 18 (dezoito) anos, ou pessoa que por qualquer motivo tenha a sua capacidade de resistência, ou de autodeterminação e entendimento, diminuída ou suprimida”, ou quem “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo ou consumir drogas ilícitas, em limite superior ao estabelecido no art. 28 desta Lei, desde que para exclusivo uso pessoal” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 19).

Para dar mais efetividade e segurança jurídica à aplicação dos artigos 27 e 28, no art. 66-A e apresentado um rol, elencando quantidades de drogas que representariam cada dose por tipo de substância, e no § 1º, pela forma como a droga se encontra (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 43-44).

As referidas punições, por sua vez, são a “apreensão e perda da droga ilícita” e “multa de 1 (um) salário mínimo, aumentada até 100 (cem) vezes ou reduzida a 1/10 (um décimo) do valor, em decorrência das condições pessoais do agente”, nos termos dos incisos do art. 29-A” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 19).

Voltando-se ao tráfico, o art. 33 - A cria o tipo penal específico para o tráfico internacional de drogas ilícitas, utilizando apenas os verbos “Importar ou exportar”, e com isso revoga o inciso I, do art. 40, que trazia a transnacionalidade como causa de aumento de 1/6 a 2/3 da pena. Todavia, a pena para esse tipo penal seria de 8 a 20 anos, além de 800 a 2.000 dias-multa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 20 e 26).

O art. 33-S⁶⁸ [sic] cria um tipo penal com os verbos “Remeter, transportar, preparar, produzir, fabricar, ministrar entregar a consumo, adquirir para a venda, vender ou fornecer drogas ilícitas”, com a pena igual ao atual art. 33, *caput* (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 20).

O art. 33-C traz os verbos “Expôr a venda, prescrever, guardar, ter consigo, ou em depósito drogas ilícitas” (verbos presentes no art. 33, *caput*), com uma pena de 3 a 8 anos, e multa de 300 a 800 dias-multa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 21).

Seguindo, o art. 33-0⁶⁹ [sic] emprega a seguinte conduta “Transportar drogas ilícitas a pedido, por ordem ou coação, ainda que gratuitamente”, aplica uma pena de 2 a 5 anos, e multa de 200 a 500 dias-multa, e dispõe que se o tráfico é internacional ocorrerá o aumento de 1/3 (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 21). A referida conduta basicamente descreve a função de “aviãozinho”, com menor importância na organização do tráfico.

No art. 33-E está disposto “Introduzir, sem intuito de lucro, drogas ilícitas, em penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, casa de albergado, centro de observação, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, cadeia pública ou de unidade de internação, tratamento ou recuperação de criança ou adolescente” e com o destinatário específico: “cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente em linha reta ou colateral até o terceiro grau”, com pena de 2 a 5 anos, e 200 a 500 dias-multa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 21-22). O referido crime funde

⁶⁸ Considerando o artigo anterior e o ulterior, este deveria ser o Art. 33-B.

⁶⁹ Considerando o artigo anterior e o ulterior, este deveria ser o Art. 33-D.

parte do art. 33, *caput*, com a causa de aumento do inciso III, art. 40 da redação atual.

O art. 33-F traz o aumento de metade da pena para os crimes dos “art. 33-8⁷⁰, 33C e 33-0” [sic] dentro dos locais citados no art. 33-E (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 22).

O art. 33-G prevê o cultivo ou a colheita de mais de 6 plantas que sejam usadas como matéria-prima, com pena de 3 a 8 anos, e 300 a 800 dias-multa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 22).

Na redação do art. 33-H apresenta-se a importação ou exportação de “sementes de plantas que se constituam em matéria-prima”, com pena de 1 a 4 anos, e 100 a 400 dias-multa, e em seguida, o art. 33-I é descrita a conduta de “Adquirir para venda, vender, expor à venda, e ainda que gratuitamente, remeter, ter em depósito ou fornecer, ainda que gratuitamente” sementes, com pena de 1 a 3 anos, e 100 a 300 dias-multa” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 22-23).

Interessante é a contradição acerca da criminalização do verbo “ter em depósito” sementes, constante no art. 33-I e a redação futura do art. 28, § 1º, em que “Semear, cultivar ou colher até 6 (seis) plantas das quais se possa extrair substância ou produtos conceituados como drogas ilícitas não constitui crime” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 18). Como um indivíduo pode semear sem que para isso tenha em depósito as sementes?

O texto do art. 33-J possui redação muito semelhante ao atual § 3º do art. 33, todavia é complementado pelo fato de esse oferecimento ser “em quantidade excedente a 10 (dez) doses por usuário”, e a pena de multa ter sido drasticamente minorada ao valor de 50 a 100 dias-multa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 23).

O art. 33-K tem redação similar à do art. 33-J, só que aqui a pessoa do relacionamento a quem a droga é oferecida é inimputável. Por sua vez, a pena prevista de 1 a 2 anos, e 100 a 200 dias-multa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 23).

Mais uma contradição é encontrada no art. 33-L. Sua redação dispõe que “presume-se para uso ou consumo pessoal, a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte ou o porte de até 10 (dez) doses individuais de consumo e o plantio, a cultura e a colheita de até 6 (seis) plantas”. Embora essa redação crie uma

⁷⁰ Aparentemente se trata do art. 33-B.

presunção favorável ao usuário, fica imposta a necessidade de judicialização, quando, a partir de 10 doses até o limite de 30, mesmo que essa quantidade para consumo próprio não seja crime, já que “Ultrapassada a quantidade indicada”, o juiz deverá analisar – art. 33-L, parágrafo único (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 23).

A redação do art. 34 segue igual, ocorrendo apenas o abrandamento da pena, para reclusão de 2 a 8 anos, e 200 a 800 dias-multa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 24).

O crime de financiamento ou custeio do tráfico de drogas ilícitas, disposto no art. 36, tem sua pena de reclusão aumentada, com o mínimo 10 e o máximo de 20 anos, e a multa diminuída, estabelecida entre 1.000 e 2.000 dias-multa, com a previsão de aumento em 1/3, caso o tipo seja para o tráfico internacional (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 24)

A “Colaboração para o tráfico de drogas ilícitas”, prevista no art. 37, tem o número ações para seu enquadramento aumentado, e ainda consta “ou colaborar de qualquer modo” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 24). A pena, por sua vez, é diminuída para 2 a 5 anos, e 200 e 500 dias-multa.

O “Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas ilícitas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas”, disposto no art. 38, manteve a detenção de 6 meses a 2 anos, e diminuiu a multa para 50 a 100 dias-multa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 25).

A “Condução de embarcação ou aeronave sob o efeito de drogas ilícitas”, do art. 39, mantém a mesma pena privativa de liberdade, e minora a multa para 50 a 300 dias-multa (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 25).

Quanto aos artigos que tratam das causas de aumento, foi mantido o art. 40, mas com o aumento limitado a 1/3, e indicando apenas a interestadualidade e o concurso de pessoas, acrescido o art. 40-A, trazendo o aumento até a metade da pena quando cometido nos locais do art. 33-E, quando o agente prevalecer de funções específicas, ou se a dose for superior a 100.000 e inferior a 1.000.000, e hipóteses que aumento de 2/3, constantes no art. 40-B (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 25-26).

Enfim, o art. 41-A apresenta a redução de pena de metade a 2/3 quando a quantidade de drogas apreendida for superior a 10 e inferior a 100 doses, quando “o réu colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal”, e

ainda “em relação à mulher que, em situação de violência doméstica, [...], pratica o crime, por determinação de seu companheiro ou companheira” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 27).

No campo das sugestões para o aprimoramento da racionalidade legislativa, Filippo apresenta algumas alterações a serem adotadas.

Para Filippo (2019, p. 15-16), em relação à racionalidade ética, deve-se analisar primeiro se a população, de forma democrática, elenca algumas substâncias específicas como objeto do Direito Penal, e se a resposta for positiva, a discussão acerca da pena deveria se ajustar apenas à “potencialidade lesiva dessas substâncias”, e ainda, em relação ao tráfico privilegiado, ser afastado o requisito de primariedade e bons antecedentes.

No PL n. 4565/2019 o uso do princípio da proporcionalidade é visível, com o fracionamento das condutas presentes no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em vários tipos penais, com penas mais individualizadas, todavia, estas continuam em patamares semelhantes às atuais, e em muitos casos com penas de multa maiores que as já adotadas.

Também se observa o emprego do princípio da intervenção mínima nas modalidades de posse de drogas para consumo próprio, de forma que os indivíduos enquadrados nessas situações são sumariamente salvos da Justiça Penal, considerando a descriminalização até certa quantidade de substâncias.

A posse para consumo próprio em quantidades superiores às previstas na legislação caracterizariam infrações administrativas, punida com multa e perdimento das substâncias, trazendo a figura do direito administrativo sancionador, porém aparentemente muito menos danoso.

Seguindo para a racionalidade teleológica, Filippo (2019, p. 16) sugere que “o tráfico fosse diferenciado do mero porte para uso a partir do estabelecimento de quantidades mínimas”, e ainda “deveria ser expressamente previsto desígnio mercantil no tipo do art. 33, circunstância que se harmonizaria aos princípios da lesividade e a da proporcionalidade”.

Nesse sentido, deixa parecer que o projeto de lei tem o fim de proteger os usuários de substâncias ilícitas acima de qualquer outra pretensão, mas a aplicação fica parcialmente prejudicada com a não previsão expressa de formas de caracterização da posse para consumo próprio, a não ser pela quantidade.

A participação de menor importância no tráfico também teve sua pena abrandada, assemelhando-se ao tráfico privilegiado, de modo a se atentar às condições dessas pessoas, que se apresentam quase sempre como pobres, sem instrução formal e que não oferecem perigo concreto – conforme apontado por Orlando Zaccone D’Elia Filho –.

Por sua vez, a racionalidade pragmática seria aferível após a alteração da lei como está posta, a partir da adesão às sugestões feitas. Todavia, arrisca-se fazer conjecturas, com lastro na aplicação da legislação atual.

Assim, com a descriminalização da posse de certa quantidade de substâncias para o consumo próprio, a maior preocupação reside na atuação dos “primeiros juízes da causa”, quais sejam, as autoridades policiais que forem responsáveis pelos “flagrantes”.

Da mesma forma que hoje pequenas quantidades de drogas podem caracterizar traficância ou consumo, a depender de diversas circunstâncias, a lógica é que com as possíveis alterações legislativas, as possibilidades de enquadramento legal continuem indeterminadas.

Na racionalidade jurídico-formal, Filippo (2019, p. 16), afirma que “é necessário que existam correções nos montantes das penas privativas de liberdade, para que elas, de certo modo, guardem certa sintonia com as sanções estabelecidas para os crimes de lesão corporal gravíssima⁷¹”, considerando a eventual irreversibilidade dos danos causados pelas drogas, e ainda que “os antecedentes criminais e da reincidência devem reocupar o papel que lhes destinaram as regras gerais do Código Penal” (FILIPPO, 2019, p. 16).

Pode-se ressaltar que, nessa ocasião, o PL deixa de lado qualquer tratamento mais brando ao traficante que praticar alguns verbos nucleares específicos, porém a conduta do “aviãozinho” ou da “mula” passa a ser punida com mais parcimônia, sendo vista como um acerto do legislador, ao considerar a circunstância que estes indivíduos se encontram, e baixa lucratividade da referida atividade.

Tem-se as sugestões para aprimoramento da racionalidade linguística, com a constatação de que “a utilização de 18 verbos compromete a interpretação do tipo, promovendo uma indesejada abertura, o que desatende aos reclames da taxatividade, corolário da legalidade” (FILIPPO, 2019, p. 16).

⁷¹ Art. 129, § 2º, II, do Código Penal.

Reforçando, Luís Carlos Valois (2020, p. 425) diz que tal prescrição genérica de verbos no tipo penal “são resultados do uso do direito penal como medida de polícia, afastando completamente a legislação penal da ideia de instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado”. Constatado isso, para um aprimoramento do texto, “todos os núcleos do tipo poderiam ser resumidos a dois: possuir e trazer consigo, já que ambas as condutas estão implícitas em todas as outras” (FILIPPO, 2019, p. 16).

Também apresenta-se imprescindível “constar do tipo a finalidade específica de entrega ao consumo de terceiros, tendo em vista o lucro” (FILIPPO, 2019, p. 16-17), e “necessária a supressão da expressão ‘ou regulamentar’, constante da parte final do caput do art. 33, impedindo-se, com isso, que a proscrição de substâncias ocorra por meio de atos normativos outros, que não a própria lei” (FILIPPO, 2019, p. 17).

Embora o projeto de lei não melhore a redação de forma tão drástica, o fracionamento do conteúdo do atual artigo 33 em diversos tipos penais mostra-se mais adequado, haja vista que os 18 verbos contidos no referido artigo impactam de forma diversa na logística do tráfico, sendo uma grande violação ao princípio da responsabilidade pelo fato e na individualização da pena punir indivíduos que atuaram distintamente com sanções iguais.

Enfim, a redação proposta para o art. 37 traz muitas imprecisões linguísticas, ao elencar nas condutas “Exercer atividades de vigilância, informação e comunicação”, e dificultando ainda mais o exercício de defesa é disposto o “colaborar de qualquer modo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2019b, p. 24). Com a presente redação, como se delimita sua aplicação.

Frente ao exposto, de maneira global, o referido projeto de lei, se aprovado, traria melhorias à política criminal de drogas brasileira, mostrando-se mais adequado à racionalidade legislativa penal que a redação atual da legislação. Todavia, mesmo com a descriminalização da posse e do porte para consumo próprio – de acordo com a quantidade prevista em lei –, é evidente que o traficante continuaria sendo tratado como inimigo público, considerando a gravidade das penas privativas de liberdade e ainda o aumento de algumas multas, podendo-se afirmar a não superação da irracionalidade legislativa na política de drogas nacional.

5 CONCLUSÃO

A partir da presente pesquisa, é possível concluir, em síntese, confirmando a hipótese inicial, que a política criminal de drogas em vigência não cumpre os requisitos da racionalidade legislativa desenvolvida por Díez Ripollés, e que o projeto de lei, que visa substituí-la, aprimora, mas não supre todos os vícios da norma. Ademais, conclui-se pela pertinência da implementação da racionalidade legislativa no ordenamento jurídico nacional.

Para tal constatação, inicialmente, buscou-se identificar a importância da manutenção de legislações penais no Estado contemporâneo, e quais seriam as características imprescindíveis para sua existência seja legítima, seus comandos estejam em consonância com a Constituição Federal. Dessa forma, o primeiro capítulo demonstrou que, embora o Direito Penal tenha surgido como uma expressão de poder do Estado, hoje ele apresenta-se como um limitador de seu próprio poder punitivo, sendo a maior proteção que o indivíduo tem. Todavia, para que essa limitação seja garantida, faz-se imprescindível a existência e afirmação de um Direito Penal lastreado na intervenção mínima e nos Direitos Humanos, seguindo as diretrizes do Direito Penal Mínimo.

Então, estabeleceu-se quais princípios deveriam ser seguidos na criação das legislações penalizantes, a partir da obra de José Luis Díez Ripollés. Estes, por sua vez, podem ser divididos em três gêneros: os de proteção, que permitem a seleção dos bens jurídicos que serão protegidos pelo Estado; os de responsabilidade, que exprimem os requisitos exigidos para a responsabilização e punição de algum indivíduo, face às suas condutas; e os de sanção, conectados diretamente aos objetivos das penas e suas formas de aplicação, com o fito de legitimar estas.

Ressalta-se que o cumprimento de um princípio descrito – independente de qual categoria esteja – não teria o condão de suprir a desobediência de outro. O que pode ocorrer é a ponderação entre a aplicação de princípios, que enseja a busca de equilíbrio na utilização destes. Porém, o presente trabalho não tratou de tal temática.

Já no segundo capítulo, foram apresentadas algumas expressões do Direito Penal que seriam diversas ao minimalismo penal, considerado adequado por este autor. Sem a pretensão de esgotar tais alternativas, e ainda de aprofundar-se em seus conteúdos, discorreu-se acerca do Direito Penal do Inimigo, Direito Penal das Velocidades, Direito Penal de Emergência e Direito Penal Simbólico.

O primeiro, Direito Penal do Inimigo, destaca-se como projeto de política criminal, ao ser uma tentativa do Estado em criminalizar certos indivíduos após a prática de certas condutas, criando-se um Direito Penal do Autor. O segundo, Direito Penal das Velocidades, assemelha-se ao primeiro, ressalvada sua exteriorização em três velocidades – intensidades –, mostrando mais flexibilidade nas abordagens penais, e não apenas uma polarização entre cidadão e não-cidadão. Por seu turno, as outras duas opções, Direito Penal de Emergência e Direito Penal Simbólico, são expressas como distorções do Direito Penal, com fins direcionados ao atendimento dos anseios sociais imediatos e norteados pelos meios de comunicação, à promoção política individual dos legisladores, e distanciadas da formação de um ordenamento jurídico autopoietico.

Aponta-se que todas essas opções de direito penal possuem semelhanças, quais sejam, o distanciamento do princípio da intervenção mínima e a ampliação da relativização de garantias penais e processuais dos indivíduos alvos do direito penal, fenômenos comuns por toda a América Latina.

De outro lado, o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal das Velocidades demonstrariam ter um maior planejamento, com a previsão e cumprimento – parcialmente, ao menos – de seus objetivos, que envolveriam um tratamento diferenciado à certos indivíduos, enquanto o Direito Penal de Emergência e o Direito Penal Simbólico seriam marcados pelos efeitos inesperados e indesejados que provocam, como legislações contraditórias ou, ainda, sem efetividade.

Todas essas formas de Direito Penal podem ser consideradas obstáculos à produção de legislações penais de qualidade. Contudo, essas barreiras poderiam ser superadas através da adoção da teoria da racionalidade legislativa penal durante todas as fases do processo legislativo. Na presente pesquisa, foi escolhida a elaborada por José Luis Díez Ripollés.

A referida racionalidade legislativa dispõe de cinco expressões que podem ser divididas de maneira analítica, mas devem ser consideradas em conjunto, sob pena de uma análise falha. Em ordem sugerida por Díez Ripollés, seriam a racionalidade ética, teleológica, pragmática, jurídico-formal e linguística. Todas elas com a sua devida importância, mas tendo como alicerce a primeira elencada. Seria possível, ainda, a implementação da racionalidade legislativa de diferentes maneiras, por todo esse procedimento – fase pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa –, de forma a otimizá-lo.

Por seu turno, ainda na tentativa de superação dos obstáculos, foram arroladas as principais metanormas, que versam sobre a criação legislativa no ordenamento jurídico nacional – Lei Complementar n. 95/1998 e Decreto n. 9191/2017 –, na tentativa de identificar às racionalidades de Díez Ripollés dentro delas.

Dessa apreciação extraiu-se que houve certa atenção às racionalidades – mesmo que não visando, necessariamente, a observância destas. Todavia, a racionalidade ética permanece prejudicada, haja vista que os princípios penais que o legislador obrigatoriamente deve ater-se são aqueles expressos na Constituição Federal, representando, assim, apenas uma prevenção à normas explicitamente inconstitucionais.

Considerando que o modelo de política criminal fundada no Direito Penal Mínimo pode não satisfazer os anseios da sociedade contemporânea, faz-se necessária a formulação de uma nova política criminal. Porém, essa não deve ser totalmente pautada pela sociedade do risco, e sim em uma análise ética, com sua teleologia visando a diminuição da criminalidade – e não a inocuização de indivíduos potencialmente criminosos –, além de responder as condutas modernas com um viés pragmático.

Todavia, é difícil afirmar que a reprodução de um modelo pré-definido externamente às terras brasileiras seria o ideal. Talvez a partir da eleição de certos objetivos, como a intervenção em uma criminalidade específica – crimes de colarinho branco, ambientais, administração pública, entre outros – alcançar-se-ia mais pontualidade e efetividade ao direito penal, do que a alterações para facilitar sua aplicação – relativização da imputação na culpabilidade.

Enfim, no terceiro capítulo foi abordada a política criminal de drogas no Brasil, a começar pela sua formação ao longo do século passado, identificando que esta foi muito influenciada pelos Estados Unidos da América – assim como a maior parte dos países –, iniciando com um objetivo sanitarista e moralizante, fundindo os conceitos de doente e imoral na abordagem dada ao usuário. Depois, passou a ter caráter altamente repressivo, com tratamento penal tanto do usuário quanto do traficante.

Chega-se, então, à legislação vigente, qual seja, a Lei n. 11.343/2006. A referida lei serviria, à princípio, como o marco da superação do direito penal do regime militar sobre a política de drogas. Todavia, a norma produzida não cumpre

com essas expectativas, e mesmo com a descarcerização do usuário, não houve êxito ao diferenciar este do traficante, e a punição deste último foi aumentada.

Sob a ótica da teoria de Díez Ripollés, esta Lei de Drogas vigente caracterizou-se como irracional, dado o descumprimento de diversos tipos de racionalidade, destacando-se o quesito ético, pela imprecisão do bem jurídico tutelado, a partir do confronto entre saúde pública e autolesão, e no quesito jurídico-formal, notadamente pela desproporcionalidade entre as sanções, ainda mais quando comparado com crimes, concretamente, mais gravosos.

Da comparação entre a referida legislação e o Projeto de Lei n. 4565/2019 – com tramitação avançada –, que visa reformá-la drasticamente, foram constadas alterações que deixariam a legislação mais próxima da racionalidade legislativa, em quase todos os quesitos, não fosse a manutenção da alta pena para o tráfico, incluindo um aumento no valor de algumas multas, a ausência de previsão mais elaborada para distinção entre usuário e traficante, e ainda a criação de um tipo penal fortemente abstrato relacionado ao informante e à comunicação no tráfico, que teria seu delineamento apenas na tentativa de sua aplicação.

Dessa forma, percebe-se que, embora existam algumas tentativas do legislador em aprimorar o texto legal, o referido projeto de lei perpetua a irracionalidade legislativa penal, servindo apenas como atenuadora de alguns vícios, como a criminalização do usuário.

Assim, faz-se necessária a criação de instrumentos que aprimorem o conteúdo legislativo, sendo uma possibilidade a implementação da racionalidade legislativa no ordenamento jurídico nacional. Seja por alteração ou substituição da Lei Complementar n. 95/1998, do Decreto n. 9191/2017 – que regulamenta a referida lei –, ou até mesmo por inclusão nos regimentos da Câmara dos Deputados e/ou Senado Federal, a criação da obrigação do legislador em cumprir certos requisitos – síntese das racionalidades – na redação legislativa, tanto na forma, quanto no conteúdo, é imprescindível.

Importante, por fim, enfatizar que não é intenção desta pesquisa limitar a atividade do legislador, que é garantida constitucionalmente, ou tornar a produção legislativa extremamente tecnicista e distante da sociedade. Todavia, a adesão à teoria da racionalidade legislativa beneficiaria o ordenamento jurídico como um todo, tendo ainda a possibilidade de diminuir o número de indivíduos no sistema prisional, bem como promover legislações mais enxutas e coerentes.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Fernando de Brito; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. O Direito Penal Diante da Sociedade de Risco: A Criminalização Motivada pelo Medo. **Conpedi Law Review**, v. 2, n. 4, p. 36-57, 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3652>. Acesso em: 02 jun. 2022.
- ALVES, Ygor Diego Delgado; PEREIRA, Pedro Paulo Gomes. O surgimento da Cracolândia como problema público: O desenvolvimento do mercado lucrativo do crack e sua exploração político-midiática. **Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 14, p. 465-488, 2021. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/5638/563867113007/html/>. Acesso em: 20 mai. 2022.
- ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (BRASIL). 1 - **Comissão da soberania e dos direitos e garantias do homem e da mulher. L- c - subcomissão dos direitos e garantias individuais**. Relatório. Vol. 78, de 11 de maio de 1987. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-78.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2020.
- ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (BRASIL). **Constituinte fase b. Emendas ao ante-projeto do relator da subcomissão**. Vol. 79, 1987b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-79.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2020.
- ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE (BRASIL). **Emendas oferecidas ao substituto**. I - Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Vol. 67, 1987c. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-67.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2020.
- BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico: contribuição para uma psicanálise do conhecimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.
- BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal** (Compilación in memoriam). Editorial B de F: Buenos Aires, 2004. Disponível em: <https://criminologiacomunicacionymedios.files.wordpress.com/2013/08/baratta-alessandro-principios-de-derecho-penal-minimo.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2022.
- BECKER, Howard Saul. **Outsiders: Estudos de sociologia do desvio**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.
- BOITEUX, Luciana; PADUA, João. P. **A desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil**. Rio de Janeiro: TNI, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.tni.org/es/publicacion/a-desproporcionalidade-da-lei-de-drogas>. Acesso em: 22 ago. 2020.
- BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. **Resistir para re-existir: Criminologia (d)e resistência e a (necro)política brasileira de drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

BRASIL (Vicente Piragibe). **Consolidação das Leis Penaes** (Decreto n. 22.213/1932b). Aprova a Consolidação das Leis Penais, da autoria do Sr. Desembargador Vicente Piragibe. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 154**, de 26 de junho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 20.930**, de 11 de janeiro de 1932a. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-20930-11-janeiro-1932-498374-publicacaooriginal-81616-pe.html>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.294**, de 6 de julho de 1921. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4294-6-julho-1921-569300-republicacao-92584-pl.html>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.912**, de 27 de setembro de 2006b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 54.216**, de 27 de agosto de 1964. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 79.388**, de 14 de março de 1977. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 847**, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.926**, de 19 de julho de 2019d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9926.htm. Acesso em: 02 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 159**, de 10 de fevereiro de 1967. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-159-10-fevereiro-1967-373406-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 385**, de 26 de dezembro de 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del0385.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.409**, de 11 de janeiro de 2002a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em:
 05 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.840**, de 5 de junho de 2019b. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm. Acesso
 em: 05 de abr. de 2020. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019c. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso
 em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 4.451**, de 4 de novembro de 1964. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L4451.htm. Acesso em: 05 abr.
 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.726**, de 29 de outubro de 1971. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L5726.htmmimpressao.htm.
 Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.368**, de 21 de outubro de 1976. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6368.htmmimpressao.htm. Acesso em: 05
 abr. 2020.

BRASIL. **Mensagem nº 239**, de 5 de junho de 2019a. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-239.htm.
 Acesso em: 05 de abr. de 2020. Acesso em: 05 abr. 2020.

BRASIL. **Mensagem nº 25**, de 11 de janeiro de 2002b. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/2002/Mv025-02.htm.
 Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. **Mensagem Nº 724**, de 23 de agosto de 2006a. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-724-06.htm.
 Acesso em: 12 set. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **Inteiro teor do PL 10372/2018**. Disponível
 em:
[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018)
[filename=PL+10372/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018). Acesso em: 05 abr. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **Inteiro teor do PL 2793/2011**.
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=529011>
 . Acesso em: 5 abr. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **Ato do Presidente de 16/07/2018b**.
 Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/legin/int/atoprt_sn/2018/atodopresidente-](https://www2.camara.leg.br/legin/int/atoprt_sn/2018/atodopresidente-57890-16-julho-2018-787059-publicacaooriginal-156142-cd-presi.html)
[57890-16-julho-2018-787059-publicacaooriginal-156142-cd-presi.html](https://www2.camara.leg.br/legin/int/atoprt_sn/2018/atodopresidente-57890-16-julho-2018-787059-publicacaooriginal-156142-cd-presi.html). Acesso em:
 11 out. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **Ato do Presidente de 21/06/2018a.**

Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/int/atopr_t_sn/2018/atodopresidente-57870-21-junho-2018-786886-publicacaooriginal-155895-cd-presi.html. Acesso em: 11 out. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **Ato do Presidente de 28/08/2018c.**

Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/int/atopr_t_sn/2018/atodopresidente-57895-28-agosto-2018-787117-publicacaooriginal-156296-cd-presi.html. Acesso em: 11 out. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **Diário da Câmara dos Deputados,**

Brasília, 13 fev. 2004. Disponível em:

<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD13FEV2004.pdf#page=56>. Acesso em: 12 set. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **Legislação Informatizada - LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006 - Exposição de Motivos**, 07 de mai. de 2002.

Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>. Acesso em: 06 abr. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **Legislação Informatizada - LEI Nº 12.737, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2012** (Lei Carolina Dieckmann; Lei de Crimes

Cibernéticos). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12737-30-novembro-2012-774695-norma-pl.html>. Acesso em: 5 abr. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **OSMAR TERRA**. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/deputados/73692/biografia>. Acesso em: 05 abr. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **PL 4565/2019**. 2019a. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2216080>. Acesso em: 11 out. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **PL 4565/2019**. Inteiro teor. 2019b.

Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1793269&filename=Tramitacao-PL+4565/2019. Acesso em: 11 out. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **PL 4569/2020**. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1930201&filename=Tramitacao-PL+4569/2020. Acesso em: 11 out. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS (BRASIL). **PL 7663/2010**. 5 de junho de 2019.

Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=483808>. Acesso em: 05 abr. 2020.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 10, p. 132-155, 2016. Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3394/2910>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: (do discurso oficial as razões da descriminalização). Dissertação apresentada ao curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Mestre em Direito. Florianópolis, 1996.

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

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA (BRASIL). **PL 6108/2002**. Brasília, 5 de fevereiro de 2004. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=197242. Acesso em: 12 set. 2021.

COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE REDAÇÃO (BRASIL). **Projeto De Lei Nº 7.134, DE 2002**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=197758&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7134/2002. Acesso em: 06 abr. 2020.

COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ATUALIZAÇÃO DA LEI DE ENTORPECENTES (BRASIL). Anteprojeto de Lei. **Atualiza a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006a, e dá outras providências**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Anteprojeto.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

COMISSÃO DE JURISTAS RESPONSÁVEL PELA ATUALIZAÇÃO DA LEI DE ENTORPECENTES (BRASIL). Exposição de Motivos. **Anteprojeto de Lei**. 2006b. Disponível em: https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/Apresenta%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em: 11 out. 2021.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: B de F Editorial; Julio César Faira Editor, 2001.

CONGRESSO NACIONAL (BRASIL). Comissão Parlamentar Mista Especial sobre Segurança Pública. **Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista Especial sobre Segurança Pública**. Brasília, 2002. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4677310&ts=1594023412129&disposition=inline>. Acesso em: 12 set. 2021.

CONGRESSO NACIONAL (BRASIL). **Projeto de Lei do Senado nº 115, de 2002b**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-115-2002>. Acesso em: 12 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). **Cadastro Nacional de Presos**. Brasília, agosto de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf. Acesso em: 04 de abr. de 2020.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: quem são os traficantes de drogas. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

DIÁRIO DO GRANDE ABC. **Seção Política**. Wanderley Martins se afasta da CPI do Narcotráfico. Santo André, 22 de mar. de 2000. Disponível em: <https://www.dgabc.com.br/Noticia/221254/wanderley-martins-se-afasta-da-cpi-do-narcotrafico>. Acesso em: 06 abr. 2020.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das Leis Penais**: Teoria e Prática. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. **Boletín mexicano de Derecho comparado**, v. 35, n. 103, p. 409-447, 2002. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/427/42710303.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2022.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal Garantista. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, v. 10, n. 15, 1998.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política legislativa penal ibero-americana a principios del siglo XXI. **Política criminal**, n. 5, A7-5, 2008, pp. 1-37. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/n_06/a_7_5.pdf. Acesso em: 05 mar. 2022.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **Política Criminal y Derecho Penal**: Estudios. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. In: **DOXA 24, Cuadernos de Filosofía del Derecho**. Alicante: Espagráfico, 2001. p. 485-523. Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10218/1/doxa24_18.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

FALAVIGNO, Chiaveli Facenda. El examen en la legislación penal brasileña: un análisis de la Ley 11343 de 2006. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 162, ano 27. pp. 121-143. São Paulo: RT, dez. 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7427983>. Acesso em: 23 ago. 2021.

FERRÁNDEZ, Samuel Rodríguez. Tópicos do direito penal da pós-modernidade e âmbito do rol crítico da doutrina especialista. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho, n. 26, p. 81-144, jan./jun. 2017. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1056/pdf#>. Acesso em: 02 jun. 2022.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. **Proporcionalidade Legislativa Penal**. São Paulo: Liber Ars, 2020.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Racionalidade legislativa e tráfico de drogas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 154, p. 131-174, abr. 2019. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/63/582>. Acesso em: 13 ago. 2020.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ – FIOCRUZ; Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas – SENAD. **III Levantamento Nacional Domiciliar sobre o Uso de Drogas**. 2017. Disponível em: [https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/34614/1/III%20LNUD_PORTUGU%c3%8a S.pdf](https://www.arca.fiocruz.br/bitstream/icict/34614/1/III%20LNUD_PORTUGU%c3%8aS.pdf). Acesso em: 06 abr. 2019.

GOMES, Luiz Flávio; GAZOTO, Luís Wanderley. **Populismo penal legislativo: a tragédia que não assusta as sociedades de massa**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm, 2020.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

HOMMERDING, Adalberto Narciso; LYRA, José Francisco Dias da Costa. **Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

INSTITUTO NACIONAL DE CIÊNCIA E TECNOLOGIA PARA POLÍTICAS PÚBLICAS DE ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS (INPAD); UNIFESP. **II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (LENAD)**. 2014. Disponível em: <https://inpad.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Lenad-II-Relat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

INTERNATIONAL DRUG POLICY CONSORTIUM – IDPC. **Drug Policy Guide**. 3. ed. London: IDPC, 2016. Disponível em: http://filesERVER.idpc.net/library/IDPC-drug-policy-guide_3-edition_FINAL.pdf. Acesso em: 3 out. 2021.

JACOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho penal del enemigo**. Madrid: Civitas Ediciones, 2003.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **A verdade jurídica nos processos de tráfico de drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando; PONTE, Antonio Carlos da. Terrorismo: análise da Lei Nº 13.260/16. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 11, n. 1, 2017. Disponível em: https://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/345. Acesso em: 28 mai. 2022.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. **Direito penal da pós-modernidade: a racionalidade legislativa para uma sociedade de risco**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

MAGNO MALTA. **Usei drogas mas Jesus me salvou**. Disponível em: <http://magnomalta.com/index.php/outras-notas-mainmenu-45/1581-usei-drogas-mas-jesus-me-salvou>. Acesso em: 06 abr. 2019.

MELIÁ, Manuel Cancio. O estado atual da política criminal e a ciência do Direito penal. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (coord.). **Direito Penal e funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do Direito Penal: o 'Direito Penal do Inimigo'**. 2021. Tese de Doutorado. Dissertação de Mestrado. Direito Penal. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2006. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp008973.pdf>. Acesso em 04 abr. 2022.

NASCIMENTO, Roberta Simões. **Teoria da legislação e argumentação legislativa: Brasil e Espanha em perspectiva comparada**. 1. Ed. Curitiba: Alteridade Editora, 2019.

NEUMANN, Ulfrid. O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 71, p. 205-232, mar./jan. 2008. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/7623/>. Acesso em: 22 ago. 2020.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Diagnóstico da política criminal brasileira (1984-2009). In: MACHADO, Marta Rodriguez de Assis; PÜSCHEL, Flavia Portella (Orgs.). **Responsabilidade e pena no estado democrático de direito: Desafios teóricos, políticas públicas e o desenvolvimento da democracia**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016. p. 85-99. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17701/Responsabilidade-e-pena.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 05 abr. 2022.

PRADO, Rodrigo Murad do. **Fundamentos do Direito Penal Mínimo: uma abordagem criminológica**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. Declínio do sistema penal de garantias e sua conversão para o sistema penal do inimigo. **Revista Jurídica Eletrônica da UFPI**, v. 5, n. 01, 2018. p. 109-138, Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/view/8456/5107>. Acesso em: 30 mar. 2022.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror"**. Textos selecionados: v. 3. Curitiba: Juruá, 1991.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 10. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

RODRIGO, María Luisa Jiménez; DOS SANTOS, Rafael Augusto. Derecho penal de emergencia: medios de comunicación y adopción de medidas penales excepcionales. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n. 67, p. 483-508,

2015. Disponível em:

<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1729>. Acesso em: 12 fev. 2021.

RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Breve análise dos interesses e contradições ao longo da política criminal de drogas no Brasil. **Revista de Criminologias e Políticas Criminais**, v. 6, n. 1, p. 41-62, 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistacpc/article/view/6512/pdf>. Acesso em: 24 mai. 2021.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUI, Taniele. Depois da “Operação Sufoco”: sobre espetáculo policial, cobertura midiática e direitos na “cracolândia” paulistana. **Contemporânea-Revista de Sociologia da UFSCar**, v. 3, n. 2, p. 287-310, 2013. Disponível em: <https://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/144/80>. Acesso em: 23 mai. 2022.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **La expansión del Derecho Penal**: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales. 2. ed., rev. e ampl. Madrid: Civitas Ediciones, 2001.

SAYURI, Juliana. **O embargo de um estudo inédito da Fiocruz sobre drogas**. NEXO, São Paulo, 28 de mai. de 2020. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2019/05/28/O-embargo-de-um-estudo-in%C3%A9dito-da-Fiocruz-sobre-drogas>. Acesso em: 06 abr. 2020.

SENADO FEDERAL (BRASIL). **Comissão Diretora. Parecer Nº 836, de 2002**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DOC-Reda%C3%A7%C3%A3o%20Final%20de%20Plen%C3%A1rio%20-%20Projeto%20de%20Lei-20020807.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

SENADO FEDERAL (BRASIL). **Comissão Diretora. Parecer Nº 932, de 2006**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DOC-Reda%C3%A7%C3%A3o%20Final%20de%20Plen%C3%A1rio%20-%20Projeto%20de%20Lei-20020807.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

SENADO FEDERAL (BRASIL). **Projeto de Lei do Senado nº 115, de 2002b**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/50227>. Acesso em: 12 set. 2021.

SENADO FEDERAL (BRASIL). **Projeto de Lei do Senado nº 285, de 2018**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133608>. Acesso em: 11 abr. 2020.

SENADO FEDERAL (BRASIL). **Requerimento (CN) nº 1, de 2002**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/49383>. Acesso em: 12 set. 2021.

SENADO NOTÍCIAS. **Comoções sociais influenciaram punição de crimes hediondos**. Brasília, 16 de jul. de 2010. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/07/16/comoco-es-sociais-influenciaram-punicao-de-crimes-hediondos>. Acesso em: 5 abr. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (BRASIL). **Comissão entrega anteprojeto para atualização da Lei de Drogas**, 2019. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2019/2019-02-07_15-27_Comissao-entrega-anteprojeto-para-atualizacao-da-Lei-de-Drogas.aspx. Acesso em: 11 out. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF (BRASIL). **RE 635659 – Recurso Extraordinário**. Autuado em 22/02/2011. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 23 mai. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF (BRASIL). **Súmula 145**, de 13 de dez. de 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=145.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 07 abr. 2020.

TERRA, Osmar. **O que você acha? 56 milhões de brasileiros(27% da população) tem um parente próximo viciado em drogas, segundo pesquisa Datafolha publicada ontem !!!! E a Fiocruz insiste em dizer que não existe epidemia de drogas no Brasil...** Porto Alegre, 11 jul. 2019. Disponível em: <https://twitter.com/OsmarTerra/status/1149286399675457537>. Acesso em: 06 abr. 2020.

THE HARM REDUCTION CONSORTIUM. **The Global Drug Policy Index 2021**. 2021. Disponível em: <https://globaldrugpolicyindex.net/wp-content/themes/gdpi/uploads/GDPI%202021%20Report.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORRES, Sergio. **Delegados suspeitos são candidatos no RJ**. Folha de São Paulo, São Paulo, 12 de jul. de 1998. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc12079821.htm>. Acesso em: 06 abr. 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

WEIßER, Bettina. Expertocracia? Sobre o poder e a impotência de especialistas em relação ao desenvolvimento do Direito Penal. Trad. Emília Giuliani. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 7-43, 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. 2. Ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 4. Ed. rev. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2002.