SALO DE CARVALHO
Advogado; Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito; Professor Titular de Direito Penal (Graduação) e Criminologia (Mestrado em Ciências Criminais) na PUC/RS; Professor do Programa de Doutorado em Derechos Humanos y Desarrollo da Universidad Pablo Olavide (Sevilha); Conselheiro do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim) e do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BIBLIOTECA

A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL
(ESTUDO CRIMINOLÓGICO E DOGMÁTICO)

4ª edição
ampliada, atualizada
e com comentários à Lei 11.343/06

EDITORA LUMEN JURIS
Rio de Janeiro
2007

Sumário

Prefácio à Terceira Edição – Vera Malaguti Batista xv

Prefácio à Primeira Edição – Vera Regina Pereira de Andrade..... xxi

A Profecia de Kirchmann (Nota Explicativa à 4ª Edição)..... xxvii

Nota Explicativa à 3ª Edição xxxi

Introdução 1

PARTE I
CONFIGURAÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS DO
MODELO BRASILEIRO DE COMBATE ÀS DROGAS
(DA MILITARIZAÇÃO AO DIREITO PENAL DO INIMIGO)

Capítulo 1 – O Modelo Internacional de Criminalização das Drogas. 9
1.1. O Enfoque Genealógico na Pesquisa sobre a Criminalização das Drogas..... 9
1.2. Brevíssima Apresentação da Legislação de Drogas no Brasil.... 11
1.3. A Transnacionalização do Controle: o Discurso Médico-Jurídico e a Ideologia da Diferenciação..... 14

Capítulo 2 – A Instauração do Modelo Jurídico-Político..... 21
2.1. A Adequação Normativa Nacional ao Projeto de Transnacionalização..... 21
2.2. A Assinatura Latina: A Marca da Ideologia de Segurança Nacional..... 23
2.3. O Discurso Médico-Jurídico-Político na Lei 6.368/76..... 25
2.3.1. A Perspectiva Sanitarista: Tratamento Coercitivo..... 26
2.3.2. A Perspectiva Jurídico-Política: Incremento da Repressão. 27
2.3.3. Hiatos de Criminalização e 'Solução Penal': Pequeno Comerciante e Usuário de Drogas..... 28

Capítulo 3 – A Base Ideológica da Política Criminal da Intolerância: Germens do Direito Penal do Inimigo na Estrutura Punitiva Brasileira 31

3.1. A Dupla Face do Programa de Defesa Social 32
3.1.1. A Ideologia da Defesa Social (IDS): características e principiologia 32
3.1.2. Variante: Os Movimentos de Defesa Social (MDS) 36
3.2. A Ideologia de Segurança Nacional (ISN) e a Militarização do Sistema de Controle Social 39
3.3. A Política Criminal dos Movimentos de Lei e Ordem (MLOs) 42
3.4. A Fusão dos Horizontes de Punitividade 45

Capítulo 4 – O Modelo Repressivo de Combate às Drogas no Período Pós-Transição Democrática 47
4.1. A Perspectiva Constitucional da Repressão das Drogas Ilícitas . 47
4.2. A Convenção de Viena e o Posicionamento das Agências Reguladoras da ONU: o Discurso Econômico-Transnacional 49
4.3. A Política Criminal Militarizada: Tipos Ideais Concretizados 52
4.3.1. A 'Operação Rio' (1994-1995) 52
4.3.2. A Experiência de Militarização da Repressão às Drogas na América Latina 55
4.4. O Programa Nacional Antidrogas (PANAD) e a Adesão às Estratégias Hemisféricas de Erradicação do Tráfico 58

Capítulo 5 – A Nova Estrutura Legal de Punibilidade: Antecedentes e Estatuto Político-Criminal da Lei 11.343/06 61
5.1. A Reforma da Lei 6.386/76 61
5.2. A Lei do Crime Organizado no Cenário Global da Repressão ao Narcotráfico 63
5.3. O Regime Integralmente Fechado Plus 66
5.4. O Controle das Fronteiras Aéreas e a Repressão ao Tráfico Internacional 68
5.5. O Estatuto Político-Criminal da Lei 11.343/06: Retórica Preventiva, Ênfase Repressiva 70

Capítulo 6 – A Política de Guerra às Drogas entre o Direito Penal do Inimigo e o Estado de Exceção Permanente 75
6.1. A Formulação (Teórica) Contemporânea do Direito Penal do Inimigo 77
6.2. O Direito Penal do Inimigo como Discurso de Legitimação da Punitividade no Estado de Permanente Exceção 82
6.3. O Inimigo (Perigoso) como Metarregra Orientadora da Atuação das Agências Penais na América Latina 86
6.4. O Mal-Estar na Política Criminal Contemporânea 88

PARTE II
DROGAS E (DES)CRIMINALIZAÇÃO

Capítulo 7 – As Políticas Criminais e a Crítica Criminológica 93
7.1. Os Discursos Político-Criminais 93
7.2. A Tensão na Política Criminal Contemporânea: Criminalização versus Descriminalização 96
7.2.1. Colocação do Problema 96
7.2.2. Da Criminologia Crítica às Políticas Criminais Alternativas: A Criminologia da Práxis 98

Capítulo 8 – Tendências Político-Criminais Contemporâneas: Criminalização e Descodificação 103
8.1. Os Discursos Criminalizadores: Lei e Ordem, Tolerância Zero e Esquerda Punitiva 103
8.2. Os Efeitos dos Processos Criminalizadores: Descodificação (Própria e Imprópria) e Desregulamentação 107

Capítulo 9 – Os Discursos e as Práticas Descriminalizadoras 113
9.1. Descriminalização: Conceitos 115
9.2. Descriminalização Legislativa e o Caso do Porte de Drogas para Uso Pessoal na Lei 11.343/06 117
9.3. Descriminalização Judicial 119
9.3.1. O Papel do Operador do Direito na Efetivação da Constituição 119
9.3.2. Descriminalização Judicial e Redução dos Danos Penais . 121
9.3.3. Descriminalização Judicial: Critérios de Interpretação e Aplicação 124
9.3.4. O Controle da Razoabilidade na Descriminalização Judicial: Motivação das Decisões 132
9.3.5. Descriminalização Judicial: Formas e Efeitos 136
9.4. Diversificação (Substitutivos Penais) 138
9.4.1. As Penas Restritivas de Direito 139
9.4.2. Composição Civil, Transação e Suspensão Condicional do Processo (de Conhecimento) 140
9.4.3. Crítica à Política de Diversificação (Substitutivos Penais) . 143
9.5. Descriminalização de Fato e Cifras Ocultas da Criminalidade ... 145

Capítulo 10 – Descriminalização e Política de Redução de Danos 149
10.1. Programa Descriminalizador: Critérios desde o Abolicionismo, o Direito Penal Mínimo e o Garantismo Penal 149
10.2. Drogas: Custos da Criminalização e Descriminalização 152
10.2.1. Custos Individuais: Consumidores e Dependentes 156

10.2.2. Efeitos nos Sistemas Educacional e Médico 158
10.2.3. Conseqüências Econômicas 160
10.2.4. Efeitos no Sistema de Administração da Justiça Penal... 162
10.3. O Projeto Antiproibicionista no Brasil 162
10.4. A Insustentabilidade Jurídica da Criminalização das Drogas 165
10.5. Programa Mínimo de Redução de Danos e a Falácia Politicista da Lei 11.343/06 170

Parte III
O Direito Penal das Drogas
(Crítica Dogmática e Aberturas Jurisprudenciais)

Capítulo 11 – A Instrumentalidade do Discurso Garantista e a Crítica Constitucional ao Direito Penal das Drogas 179
11.1. Esclarecimento sobre a Mudança de Perspectiva: da Crítica Criminológica à Instrumentalização Garantista 179
11.2. A Constituição Penal entre os Crimes Hediondos e os Delitos de Menor Potencial Ofensivo 180
11.3. A Estrutura da Lei no Direito Penal das Drogas e os Efeitos da Descodificação: Lei Penal em Branco e Tipicidade Aberta 185

Capítulo 12 – O Tratamento Penal do Tráfico de Drogas na Lei 11.343/06 189
12.1. A Configuração da Tipicidade no Tráfico de Entorpecentes 189
12.1.1. A Finalidade do Agir como Critério Necessário de Identificação das Condutas Previstas nos Arts. 28 e 33, *caput*, da Lei 11.343/06 190
12.1.2. A Proporcionalidade como Mecanismo de Correção da Disparidade de Tratamento entre as Condutas Incriminadas no Art. 33 da Lei 11.343/06 194
12.1.3. Critério Dogmático de Correção da Desproporcionalidade e a Definição da Tipicidade (Subjetiva) das Condutas 200
12.1.4. Os Equívocos na Configuração da Tipicidade do Tráfico de Entorpecentes: Objetificação dos Elementos Subjetivos 203
12.1.5. As Dificuldades de Imputação da Conduta no Oferecimento da Denúncia 208
12.1.6. Lições de Direito Penal Comparado: Fixação de Quantidade Mínima para Definição de Porte para Consumo, Tráfico e Tráfico Qualificado 214

12.1.7. Lições de Jurisprudência Penal Comparada: Critérios de Imputação e Desclassificação nos Casos de Consumo Compartilhado 218
12.2. Condutas Previstas no Art. 33 Imunes aos Efeitos da Lei dos Crimes Hediondos e dos Arts. 33, § 4º e 44 da Lei 11.343/06: Importância da Interpretação Constitucional 225
12.3. A Inconstitucionalidade do Art. 34 da Lei de Entorpecentes: Criminalização de Atos Preparatórios 229
12.4. Das Causas de Aumento de Pena Decorrente de Transnacionalidade e Transregionalidade do Tráfico (art. 40, I e V): Proibição de Dupla Incriminação 232
12.4.1. Requisitos de Configuração da Exportação e da Importação 232
12.4.2. As Majorantes Relativas à Transnacionalidade e Transregionalidade 234
12.5. A Majorante Relativa ao Financiamento e ao Custeio do Tráfico (art. 40, VII) e o Crime Autônomo do Art. 36 da Lei 11.343/06... 235
12.6. A Questão do Traficante-Dependente: Ausência de Conflito entre o Art. 33 e o Art. 45 da Lei 11.343/06 236
12.7. Possibilidade de Substituição de Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de Direito (Art. 59, IV, CP) 241
12.8. A Inconstitucionalidade do Art. 2º, § 1º Lei dos Crimes Hediondos e a Progressão de Regime no Tráfico de Entorpecentes 246

Capítulo 13 – A Resposta Penal ao Uso de Entorpecentes no Brasil. 253
13.1. A Inconstitucionalidade do Art. 28 da Lei 11.343/06 253
13.2. Porte de Drogas para Uso Pessoal e Tipicidade Material: Aplicações do Princípio da Insignificância 258
13.3. O Sistema de Penas e de Medidas Previstas para Usuários de Drogas na Lei 11.343/06 264
13.3.1. Natureza das Sanções Previstas na Lei de Drogas: Penas e Medidas 264
13.3.2. Da Inconstitucionalidade da Aplicação Cumulada entre Penas e Medidas e a Reedição do Sistema do Duplo Binário 266
13.3.3. O Caráter Moralizador da Pena de Admoestação 269
13.3.4. Tempo de Pena e Qualificação do Uso de Drogas pela Reincidência 269
13.4. Transação Penal, Justiça Terapêutica e Limites da Medida 271
13.4.1. Condições para Oferecimento de Transação Penal (Art. 48, §§ 1º e 5º da Lei 11.323/06) 272

13.4.2. Da Inconstitucionalidade do Art. 48, § 5º da Lei 11.323/06: *Nulla Poena Sine Iudicio* 273
13.4.3. Justiça Terapêutica e Aplicação de Medidas Educativas . 275
13.4.4. Política de Redução de Danos e Justiça Terapêutica 279

Considerações Finais 283

Referências Bibliográficas 295