

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 57 - Janeiro-Março/2021

Pacote Anticrime e temas atuais de Processo Penal



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

Racionalidade legislativa e tráfico de drogas

*Thiago Baldani Gomes De Filippo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. Estado da questão: algumas causas da irracionalidade legislativa penal. 3. A política mundial de guerra às drogas e seu impacto no Direito Penal brasileiro. 4. A racionalidade das leis penais, segundo Díez Ripollés. 5. Níveis de racionalidade e o crime de tráfico de drogas. 5.1. Racionalidade ética e tráfico de drogas. 5.2. Racionalidade teleológica e tráfico de drogas. 5.3. Racionalidade pragmática e tráfico de drogas. 5.4. Racionalidade jurídico-formal e tráfico de drogas. 5.5. Racionalidade linguística e tráfico de drogas. 6. Algumas propostas para o incremento da racionalidade legislativa no crime de tráfico de drogas. 7. Conclusão. 8. Referências bibliográficas.

Resumo: este trabalho discorre sobre as disfuncionalidades presentes no artigo 33 da Lei 11.343/2006. Argumentos iniciais são estabelecidos sobre a política mundial de guerra às drogas e acerca de suas repercussões no Direito brasileiro. Em seguida, a partir teoria da racionalidade legislativa de Díez Ripollés, são examinadas as irracionalidades do tráfico de drogas no Brasil diante dos cinco níveis apresentados pela citada teoria. Por fim, apresentamos algumas sugestões para o aperfeiçoamento do tipo do artigo 33, visando ao incremento de sua racionalidade.

Palavras-chave: Disfuncionalidades. Tráfico. Drogas. Racionalidade.

Abstract: this work discourses about the dysfunctionalities presented by the art 33 of the Statute law 11.343/2006. There are some initial arguments concerning the war on drugs' world politics and its repercussions on the Brazilian law. As it follows, according to the Díez Ripollés' theory of legislative rationality, drug trafficking's irrationalities will be examined considering the five levels presented by such theory. At the end, we will introduce some suggestions for the art. 33's improvement, aiming at the increase of its rationality.

Keywords: Dysfunctionalities. Trafficking. Drugs. Rationality.

1. Introdução

O art. 5º, inciso XLIII, da Constituição da República, equipara o “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” aos crimes hediondos, com a finalidade de recrudescer o

¹ Doutor em Direito Penal pela USP e mestre em Direito Comparado pela Samford University e mestre em Ciência Jurídica pela UENP. Professor de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Anhembí Morumbi.

tratamento penal a eles dispensado. Todavia, a Lei Fundamental, como tinha mesmo de ser, não define o campo normativo do tráfico, função relegada à legislação infraconstitucional.

Ocorre que, ao tipificar as condutas do tráfico e afins, o legislador deveria observar a *ratio* constitucional, calcada no modelo democrático de Estado de Direito, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 1º, III, da Constituição. Desse postulado constitucional decorre uma série de repercussões à intervenção penal, que deve se conformar a diversos princípios constitucionais, como a legalidade, a proporcionalidade, a culpabilidade, o *ne bis in idem* e a humanidade das penas, entre outros.

Porém, se a atenção a esses princípios já fica aquém do desejável para os tipos tradicionais, que compõem o denominado “Direito Penal nuclear”, a inobservância a diversos limites salta aos olhos quando examinamos os tipos estabelecidos pela Lei Antidrogas (Lei 11.343/2006), em especial o tráfico de drogas, tal como previsto por seu art. 33. As diversas disfuncionalidades éticas, estruturais e práticas são causadas por um sem-número de fatores, quase todos vinculados ao estabelecimento de uma política mundial de guerra às drogas que acaba por instrumentalizar o Direito Penal ao colocá-lo a serviço de muitos objetivos nem sempre coincidentes com o espírito democrático constitucional.

A partir dessa constatação, testaremos a racionalidade do tipo de tráfico de drogas à luz de uma peculiar teoria elaborada pelo espanhol José Luis Díez Ripollés, para concluirmos que, sob nenhum dos cinco níveis por ele previstos, o tráfico de drogas atende a parâmetros legislativos racionais.

2. Estado da questão: algumas causas da irracionalidade legislativa penal

No início dos anos 1980, o professor da Universidade de São Paulo Manoel Pedro Pimentel, em tom profético, provavelmente por conta de sua sensibilidade ímpar para o diagnóstico de fenômenos sociais, assinalava que as velozes transformações sociais, paralelamente ao aumento dos índices de criminalidade, encetariam um generalizado clamor por redução de garantias, visando à agudização da efetividade das normas penais. Dizia ele que os espaços de vanguarda da tutela penal seriam cada vez mais colmatados por um *Direito Penal da periculosidade*, possibilitado por meio da antecipação da tutela penal, que se harmonizaria ao estabelecimento de diretrizes tecnocráticas, ao menoscabo pelo exercício do direito de defesa e pela adoção de medidas de reabilitação, conjunto que se contraporía ao feixe de garantias penais conquistadas a duras penas, ao longo da história da humanidade.²

O Direito Penal brasileiro, de braços dados a diversos outros sistemas jurídico-penais, tem caminhado a passos largos pelos trágicos caminhos anunciados por Pimentel. Esse movimento remete a uma série de causas, cuja complexidade não permite o seu esmiuçamento, porém, grosso modo, guardam sintonia com alguns aspectos da pós-modernidade³

² PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 23-24.

³ A pós-modernidade permite um universo de abordagens, todavia, singelamente, pode ser entendida como o fenômeno corporificado a partir da segunda metade do século XX, que passou a contestar ideias clássicas como razão, verdade, progresso e os paradigmas científicos dominantes (EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Zahar, 1998). Dela decorre sensível repúdio a ontologias, hierarquias, verticalidades e limites inflexíveis, de modo que seus autovalores passam a ser meramente contingenciais (DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006).

e sua relação com o Direito, em geral, e com o Direito Penal, em particular, tais como: (1) a crise da própria ciência jurídica,⁴ que reverbera em crescente desapego pela dogmática em busca de suposta eficiência punitiva, franqueada pela existência de um *sistema penal aberto*, ou seja, desprendido de um fechamento metodológico e sistemático puro, como condição à necessária mutabilidade de suas regras ao melhor atendimento das vicissitudes que permeiam essa abertura;⁵ (2) a globalização, que provoca verdadeiro esvaziamento da soberania estatal, pela interdependência entre os Estados, que acarreta o enfraquecimento de seu poder decisório e o confisco da política e da democracia pela economia liberalizada.⁶ Seus reflexos são a internacionalização do Direito Penal, por meio da tutela penal dos direitos humanos, especialmente os vulneráveis;⁷ o discurso hegemônico da insegurança social;⁸ e a tutela penal de interesses econômicos globalizados;⁹ e (3) a constatação da existência de uma sociedade marcada pela assunção de riscos globais, decorrentes do avanço científico, tecnológico e das novas perspectivas econômicas.¹⁰ Tais riscos acarretam a criação de diversas figuras típicas, estruturadas sob a forma de tipos de perigo abstrato,¹¹ que normalmente visam à proteção de bens jurídicos difusos ou coletivos, como o meio ambiente e a ordem econômica, além de outros que refletem nada mais do que o somatório de bens jurídicos individuais, tais como a saúde pública, a paz pública e a incolumidade pública, que apenas aparentemente podem ser reconhecidos

⁴ A crise da ciência jurídica deve-se muito à *deslegalização* da sociedade. Confere-se importância apenas periférica à validade e à sistematicidade das normas, porque o que verdadeiramente importa é sua eficácia social. Este raciocínio acarreta a perda da *pureza* das normas, que se abrem para receberem aportes valorativos de outros sistemas culturais, políticos, econômicos etc., incrementando-se a complexidade e a instabilidade do ordenamento jurídico (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003).

⁵ Não é correto pensar que a abertura do sistema penal sempre atenderá a anseios punitivistas. Sua principal característica é a ênfase que deposita nas questões de *imputação*, relativas às normas penais secundárias, diferentemente de um sistema penal fechado, no bojo do qual importam tão somente as *infrações* às normas primárias (CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002). Porém, enquanto o sistema fechado apresenta-se favorável à segurança jurídica, por sua impermeabilidade às questões da vida, o sistema aberto revela-se suscetível a tais influências e, por isso, pode ser guiado pela lógica da eficiência punitivista.

⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁷ Basta ver o conteúdo de diversos tratados e convenções internacionais de proteção de direitos humanos, que estabelece a necessidade de sanções penais como símbolo da eficácia e do respeito a esses direitos, aguçando-se, no interior das ordens jurídicas nacionais, o respeito à modalidade de direitos humanos tutelada internacionalmente (TEITEL, Ruti. *Humanity's law*. Oxford: Oxford University Press, 2011).

⁸ Em face do discurso global da necessidade de tomada de posição da sociedade pelos conclamados índices alarmantes da criminalidade, efusivamente lembrados pelos meios de comunicação de massa, que conduzem a opinião pública a tomar como absolutamente necessário o recrudescimento geral da intervenção punitiva (CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *La expansión del derecho penal, sociedad del riesgo y crimen organizado*. Revista Peruana de Ciencias Penales, Lima, n. 24, p. 93-120, 2012).

⁹ A proteção penal de interesses econômicos compraz-se às diretrizes das grandes potências mundiais, com destaque aos Estados Unidos, capilarizados por organismos internacionais como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Banco Mundial e a Câmara de Comércio Internacional, dentre outros, que, por meio de acordos, convenções ou recomendações (*soft laws*) universalizam os modelos penais norte-americanos, propícios ao desenvolvimento de um mercado global organizado sob uma ética uniforme (NIETO MARTÍN, Adán. *¿Americanización o europeización del Derecho Penal económico?*. Revista Penal Tirant lo Blanch, Valencia, n. 19, p. 120-136, 2007).

¹⁰ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

¹¹ A clarificação dessa realidade e as severas críticas a ela lançadas remontam ao início dos anos 1990, a partir dos estudos de Cornelius Prittitz (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017).

como bens jurídicos autônomos, mas assumem esse invólucro apenas para o atendimento da necessidade de antecipação da tutela penal.¹²

Esse amálgama tem aberto as portas para uma hipertrofia do Direito Penal, caracterizado pela explosão de novos tipos, pelo alargamento ou flexibilização das fronteiras típicas e incremento de penas aos tipos já existentes, normalmente fundamentadas no discurso de utilização de uma *normatividade de emergência*, com todos os problemas dela decorrentes, ligados ao caos, rigor punitivista, redução de garantias e simbolismo, fatores que, por seu imprevisto e imediatismo contrapõem-se a qualquer técnica legislativa inspirada em uma política criminal racional e realmente eficiente.¹³ Em outras palavras, a tutela penal da emergência permite que razões puramente políticas e episódicas ditem os rumos da intervenção penal, sem que esta se pautem em fundamentos jurídicos,¹⁴ vinculados ao modelo de Estado Democrático de Direito.

Decerto, por meio de tipos reputados emergenciais, obtém-se tão somente uma ilusória eficácia punitiva, por meio de uma aparente tomada de providências pelo Estado, sem muita repercussão prática para a contenção de suposta ameaça social. Além do mais, as disfunções penais projetam seus efeitos para além dos tipos reputados emergenciais, acabando por afetar toda a legislação e por abalar as próprias estruturas do sistema penal, ocasionando perplexidade à dogmática erigida sob as firmes bases liberais.¹⁵ Desse modo, as leis penais violam necessária fundamentação antropológica¹⁶ e revelam-se instrumentos poderosos para o aprofundamento da seletividade e ensejam a utopia da legitimidade do sistema penal.¹⁷

Essa realidade é constatada a partir da análise detida a diversos tipos penais incriminadores. O escrutínio a respeito do objeto que se propõem a proteger e o exame do modo que assim o fazem acabam por ensejar diversos problemas teóricos, quer seja por sua incompatibilidade com o sistema jurídico, quer seja pelas dificuldades de compreensão da própria norma proibitiva, ou mesmo pela seletividade que acabam por incrementar no plano prático.

3. A política mundial de guerra às drogas e seu impacto no Direito Penal brasileiro

Em primeiro lugar, para bem situarmos a questão, é bom que se diga que 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

¹² Decerto, “essa espiritualização sofrida pelo bem jurídico acaba desembocando em um único valor tutelado: a vontade do Estado” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014).

¹³ MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Luís Flávio Gomes et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁵ No mesmo sentido, Ana Elisa Bechara constata que a experiência histórica tem demonstrado que a criação de uma legislação excepcional para certa situação supostamente extraordinária acaba por se converter em modelo de legislação ordinária, atingindo de modo definitivo os princípios basilares de convivência social em um Estado Democrático de Direito (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014).

¹⁶ A antropologia jurídica jus-humanista impõe a consideração do homem como pessoa; pessoa é *ator* – em referência à máscara do teatro grego – o protagonista central da tragédia que decide sobre o bem e o mal (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014).

¹⁷ Zaffaroni, por isso, afirma que essa almejada legitimidade é utópica e atemporal, porque não será realizada em lugar algum e em tempo algum. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

de consciência ou comportamentos”.¹⁸ Portanto, enquanto certas drogas como o álcool e o tabaco não são atingidas pelo discurso punitivo global, este se volta agressivamente a outros tipos de substâncias, mais ou menos nefastas do que aquelas, sem que existam parâmetros cientificamente seguros das potencialidades lesivas das drogas proscritas a justificar a intervenção penal.¹⁹

Deveras, a globalidade do discurso de guerra a certas espécies de drogas, a partir da estruturação de um sistema internacional de controle desde a longínqua década de 1920, evidencia a sua grande força, à medida que se dá conta de que ele se sobrepõe a quaisquer ideologias e tipos de governo. Os nazistas alemães, por exemplo, adotaram-no da mesma forma que os regimes democráticos o fizeram, indicando, assim, o seu potencial conformador a quaisquer situações possíveis.²⁰

Muito embora seja impossível de se identificar um marco inicial da criminalização das drogas,²¹ podemos constatar que ela compõe um dos assuntos principais na pauta internacional político-criminal da atualidade, de modo que atualmente existem três convenções proibicionistas da ONU relativas a drogas: a Convenção Única de Entorpecentes (1961), que revogou as anteriores; o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas (1971); e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (“Convenção de Viena”, de 1988).²²

No plano internacional, o combate às drogas costuma se vincular ao discurso hegemônico da insegurança social, que costuma vinculá-la ao desencadeamento de um sem-número de delitos violentos. O cometimento destes, alertado repetidas vezes em tom sensacionalista por diversos meios de comunicação de massa, enceta um clamor popular pelo recrudescimento da intervenção punitiva,²³ potencializando o sentimento social de insegurança e o medo do *outro*,²⁴ que por ser economicamente inútil e por vezes culturalmente diferente, passa a ser socialmente indesejado.

O quadro social propicia o surgimento de movimentos político-criminais como o conhecido modelo *law and order*, iniciado nos Estados Unidos nos anos 1960, que apregoava uma reação legal, policial e judicial mais contundente contra a criminalidade de rua.²⁵ Tais movimentos, embasados no discurso da segurança cidadã, acabam por desvirtuar a

¹⁸ BALSA, Casimiro; VITAL, Clara; URBANO, Cláudia. *III inquérito nacional ao consumo de substâncias psicoativas na população geral*: Portugal 2012. Lisboa: SICAD, 2014.

¹⁹ Como sustenta Carneiro, os dados oficiais da Organização Mundial de Saúde (OMS) demonstram que o maior dano à saúde pública mundial no século XX foi causado pelo tabaco, seguido do álcool. O tabaco é apontado como o maior vilão da história da humanidade, porque matou mais do que todas as guerras, numa cifra de cinco milhões de mortes ao ano, totalizando meio bilhão de pessoas em todo o século (CARNEIRO, Henrique. *Pequena enciclopédia da história das drogas e bebidas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005).

²⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre a política de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 235-250.

²¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

²² KARAM, Maria Lúcia. *Dez anos da Lei 11.343/06: dez anos da falida e danosa política de “guerra às drogas”*. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 22, p. 18-27, 2016.

²³ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *La expansión del derecho penal, sociedad del riesgo y crimen organizado*. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 24, p. 93-120, 2012.

²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madri: Edisofer, 2011.

²⁵ O *law and order* foi um dos lemas da campanha presidencial de Barry Goldwater em 1964, mas ganhou embasamento teórico com as obras *Thinking about crime*, de James Wilson, e *Fixing Broken Windows*, de George Kelling e Catherine Coles, ambas em meados de 1970.

realização de uma adequada política-criminal de base democrática, ocasionando uma série de disfuncionalidades sistêmicas, deturpando-se o que se espera de uma intervenção penal justa e razoável, que se volte, pelo menos, ao cometimento do fato e não, preponderantemente, à periculosidade de seu autor.²⁶

No caso das drogas, o discurso punitivista é especialmente influenciado pelos Estados Unidos, que passou a acusar sua tendência proibicionista em 1914, quando o *Harrison Narcotics Act* passou a controlar, pela primeira vez, a posse de cocaína e ópio em nível federal;²⁷ e em 1937, o *Marihuana Tax Act* voltou-se à proibição da maconha, iluminado pela ideia da violência que tomaria conta das gangues de adolescentes que se dispusessem a usá-la. No entanto, o reconhecimento das drogas como *inimigo público número um* e o discurso de que o seu combate era uma *emergência nacional* ocorreu apenas durante a gestão de Richard Nixon, mas *war on drugs* foi de fato deflagrada, com toda a intensidade, a partir dos esforços envidados por Ronald Reagan em 1982, com o pacto entre os três poderes pela adoção de uma política belicosa contra as drogas. No plano legislativo, passou a haver um arrocho punitivo sob todos os ângulos, desde o incremento das sanções até a remoção de supostos obstáculos à punição que, no fundo, nada mais significam do que a supressão de garantias fundamentais. Passa-se à promoção de um discurso contra a suposta *brandura* do sistema processual no que tange à persecução do tráfico de drogas, sendo as pessoas etiquetadas como traficantes reputadas como inimigos públicos e, por isso, vistas como meros instrumentos para o alcance de finalidades preventivas gerais da pena.²⁸ Não é por outro motivo que, em 2004, aproximadamente uma em cada cinco prisões nos Estados Unidos relacionava-se a crimes não violentos, que envolviam apreensões de drogas;²⁹ e, ainda assim, tem-se constatado o fracasso do modelo proibicionista atual daquele país.³⁰

Ilustramos o desprezo por garantias materiais na *guerra* ao tráfico de drogas nos Estados Unidos a partir do exame de uma lei que entrou em vigor no estado de Nova Jersey no ano de 1986. Trata-se do *Comprehensive Drug Reform Act*, que inova ao estabelecer uma espécie de responsabilidade penal objetiva (“*strict liability*”) do autor de tráfico de drogas, por quaisquer mortes que se vinculem objetivamente ao fato.³¹ Segundo citada

²⁶ Direito Penal do autor passa a eleger os inimigos do Estado, acusando-lhes de ostentar uma inerente *perigosidade*. Como anota Díez Ripollés, a reconstrução dessa noção de perigosidade, ao lado do Direito Penal do inimigo e do Direito Penal de terceira velocidade compõem as principais propostas doutrinárias do Direito Penal da segurança cidadã (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, v. 17, p. 547-599, 2007). E, decerto, esses recursos foram a tônica de sistemas políticos autoritários, como o nazismo e o comunismo, que, respectivamente, criminalizavam predisposições de ofensas ao *são sentimento do povo alemão* e aos *interesses da coletividade socialista* (REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 4. ed. São Paulo: Forense, 2012).

²⁷ Deixando-se de lado o fracasso da 18ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que proscreeu a fabricação, transporte e venda de bebidas alcoólicas, no período de 1920 a 1933, conhecido como “Lei Seca”.

²⁸ WISOTSKY, Steven. Zero tolerance, zero freedom: A report on the current situation in the United States war on drugs. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; COPELLO, Patricia Laurenzo (coord.). *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 381-459.

²⁹ HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

³⁰ SWEET, Robert W. *Política antidroga en USA: un punto de vista. Jueces para la Democracia: información y debate*, [online], n. 9, p. 61-67, 1990.

³¹ Nos Estados Unidos, de maneira geral, o tipo penal é estruturado a partir de dois elementos: *actus reus*, que é o elemento material do crime, a conduta, em si; e *mens rea*, seu elemento psicológico, que pode variar entre *intent* e *knowledge* (figuras equiparáveis ao dolo), *recklessness* (elemento intermediário entre o dolo e a culpa) e *negligence* (culpa) (SINGER, Richard; LA FOND, John. *Criminal law*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004). É interessante observarmos, contudo, que, para vários estados, a responsabilidade penal subjetiva comporta temperamentos, de modo que é possível se afastar a exigência do elemento subjetivo para certos tipos penais, conhecidos como *strict liability crimes*, por questões utilitaristas, desde

norma, qualquer pessoa que preparar, distribuir ou dispensar drogas ilícitas é objetivamente responsável pela morte resultante da injeção, inalação ou ingestão da substância.³²

Pois bem. Fred Bennett, acompanhado de Susan Hendricks, dirigiu-se ao apartamento de Carlos Rodriguez para comprar cocaína, com a intenção de revendê-la. No local, Bennett e Hendricks dispuseram-se a embalar e a pesar a droga, mas foram flagrados pela chegada da polícia ao local. Com o desejo de se livrarem da prisão, eles passaram a engolir alguns sacos plásticos de cocaína, mas os recipientes estouraram. Bennet faleceu no apartamento de Rodriguez e Hendricks foi levada ao hospital, mas acabou não resistindo e também veio a óbito. Rodriguez foi processado e condenado pela morte de Bennett. A decisão não indica porque ele não foi responsabilizado igualmente pela morte de Hendricks, mas talvez seja porque ela não estivesse no local.³³

Outros exemplos bem ilustram a sede punitivista em relação a drogas nos Estados Unidos. Há leis estaduais que, semelhantemente ao nosso art. 40, III, da Lei 11.343/2006, estabelecem um aumento de pena para aqueles que praticarem o tráfico de drogas nas proximidades de estabelecimento de ensino. Com base nisto, um sujeito teve sua pena agravada por promover o tráfico de drogas dentro de um presídio, porque a unidade prisional se situava nas proximidades de uma escola,³⁴ mediante análise puramente objetiva da *distância em unidades de medida* entre o presídio e a escola, ignorando-se por completo a falta do tipo subjetivo, por dispensar a prova de que o agente *sabia* que havia uma escola nas proximidades e, igualmente indesejável, desprezando-se a absoluta impossibilidade de os alunos da escola adquirirem drogas no interior da prisão, desatendendo-se claramente ao âmbito de proteção da norma.

Além do mais, a Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos estabelece o princípio conhecido entre nós como *ne bis in idem*, mas por eles denominado *Double Jeopardy Doctrine*, que proíbe que uma pessoa seja processada e condenada mais de uma vez pela mesma conduta.³⁵ Ocorre que, sintomaticamente, em nível federal estabeleceu-se uma exceção à vedação da dupla incriminação em se tratando de tráfico de drogas, admitindo-se que, a depender de sua gravidade e extensão, o mesmo fato possa ser objeto de persecução penal tanto na esfera estadual quanto na federal.³⁶

Estes exemplos são manifestações do perigo extremo que correm direitos e garantias fundamentais, a partir de um clamor por eficácia punitiva, consoante a ideologia

que sejam aferidas a importância do interesse tutelado pela norma e a dificuldade de prova do elemento subjetivo (SINGER, Richard; LA FOND, John. *Criminal law*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004). Como observa Husak, a *strict liability* tem tido um papel fundamental na guerra às drogas nos Estados Unidos (HUSAK, Douglas, *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008).

³² “A. Any person who manufactures, distributes or dispenses (...) any (...) controlled dangerous substance classified in Schedules I or II (...) is strictly liable for a death which (...) results from the injection, inhalation or ingestion of that substance (...)”. Disponível em: <https://bit.ly/3ky57Wh>. Acesso em: 9 jun. 2018.

³³ State v. Rodriguez, 225 N.J. Super. 466 (1988). O caso é citado por HUSAK, Douglas, *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

³⁴ New Jersey v. Ogar, 551 A.2d 1037 (1989). O caso é também citado por HUSAK, Douglas, *Overcriminalization: the limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

³⁵ No que nos interessa, a Quinta Emenda estabelece que: “[N]or shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb (...)”.

³⁶ THOMAS, George. *Double jeopardy: the history, the law*. Nova Iorque: New York University Press, 1998.

da Defesa Social, no contexto de movimentos de *law and order*, o que pode ser identificado quando a lei penal se vale de expressões de guerra, como *combate*, *repressão* e *eliminação*.³⁷

O Direito Penal brasileiro, ao menos textualmente, não contempla casos de responsabilidade penal objetiva, somente se imputa o resultado agravador a quem o causou ao menos culposamente³⁸ e não há exceções à vedação à dupla incriminação no contexto doméstico.³⁹ Entretanto, apenas *aparentemente* estamos distantes da realidade que se vislumbra no horizonte jurídico dos Estados Unidos.⁴⁰ E o melhor exemplo dessa constatação é encontrado na análise dos dispositivos da Lei 11.343/2006.

Deveras, o enfrentamento das drogas no Brasil era assunto adstrito ao plano doméstico até o advento do Decreto 11.481/1915, que determinava o cumprimento dos termos da convenção firmada por ocasião da Conferência Internacional do Ópio, realizada em Haia em 1912, da qual o Brasil era signatário.⁴¹ Mas a influência das convenções internacionais, embora inicialmente tímida, foi decisiva para a edição do Decreto-Lei 891/1938, elaborado de acordo com a Convenção de Genebra de 1936, que passou a regulamentar as matérias atinentes à produção, ao tráfico e ao consumo de drogas.⁴²

Sem embargo da tentativa do Código Penal de 1940 de conferir sistematicidade às hipóteses de criminalização, diversos decretos e, em seguida, a Lei 5.726/1971, provocam amplo processo de descodificação relativamente às disposições legais sobre drogas, com drásticas consequências para a perda da harmonia da dogmática penal.⁴³ Atualmente, a questão criminal das drogas é regida pela Lei 11.343/06, que reforçou o cenário punitivista já contemplado pela revogada Lei 6.368/1976, marcado pela utilização de tipos penais em branco; por expressões isentas de precisões semânticas, como “de

³⁷ CARVALHO, Salo de. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p. 129-146, 2001.

³⁸ Art. 19 do Código Penal: “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

³⁹ Ressalvas, no plano internacional, as hipóteses taxativas do art. 7º, I, do Código Penal, nos termos do parágrafo 1º, do mesmo dispositivo.

⁴⁰ E, obviamente, a questão não é exclusividade do Direito dos Estados Unidos ou do Brasil. Ao comentar a homogeneidade da política de drogas no Mercosul, Cuñarro destaca que reproches especiais em matéria de drogas têm sido estabelecidos por todos os Estados, com violações claras a princípios informativos do Direito Penal (CUÑARRO, Mónica L. ¿Es posible la armonización de la legislación penal em matéria de drogas en el mercosur? In: CUÑARRO, Mónica L. (org.). *La política criminal de la droga*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010. p. 229-241).

⁴¹ RIBEIRO, Maurides de Melo. *A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 286, p. 5-8, 2016. É curioso observarmos que, sob a égide do Código Criminal do Império (1830), a questão era objeto de posturas municipais. No mesmo ano da entrada em vigor desse diploma, a Câmara do Rio de Janeiro expediu norma que proibia a “venda e o uso do pito de pango, bem como a conservação dele em casas públicas”, considerado o primeiro ato oficial de proibição de venda e uso de maconha no mundo ocidental (MACRAE, Edward; SIMÕES, José Assis. *Rodas de fumo: o uso da maconha entre camadas médias urbanas*. Salvador: Edufba, 2000).

⁴² CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴³ Podem ser destacados o Decreto n. 54.216, de 27 de agosto de 1964, reflexo da aprovação da Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), e o Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro de 1968, que alterou o art. 281 do Código Penal de 1940, para atribuir ao usuário a mesma pena cominada ao traficante. Para uma abordagem analítica sobre as sucessivas alterações legislativas sobre drogas, cf. CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

qualquer forma”; e pela proliferação abusiva de verbos nucleares que não têm a mesma carga de injusto.⁴⁴

Mas as perplexidades não se resumem a tais disfuncionalidades. Em verdade, a Lei 11.343/06 estabelece uma série de figuras que não resistem a uma análise comprometida com a concretização de princípios penais constitucionais e com uma visão funcional do Direito Penal, comprometida com a proteção de bens jurídicos. E todas elas assentam-se sob a mesma lógica: facilitar a punição, por meio de construções que desprezam o núcleo básico de garantias e, por vezes, não atendem aos reclames mínimos do princípio da ofensividade.⁴⁵

Podemos citar o problemático tipo do art. 34, que visa à punição, em síntese, o fato da posse de instrumentos destinados à produção de drogas.⁴⁶ É um autêntico *crime auxiliar* (“*ancillary crime*”), muito comum no Direito dos Estados Unidos. Eles apresentam um vínculo indireto, às vezes por pura ficção legal, com o crime principal que, supostamente, cometera o agente, cuja prova, entretanto, é difícil de se obter.⁴⁷ Diante dessa dificuldade, a lei alarga as fronteiras típicas, permitindo-se a punição de situações que, sequer, dariam margem para a prisão em flagrante presumida pelo crime original.⁴⁸ Nesse sentido, o crime de receptação é *ancillary* do furto e do roubo. Encontrada a *res* na posse de um sujeito, já que não se pode puni-lo por um desses crimes, removem-se as barreiras que poderia haver na produção dessa prova para que se possibilite a punição, muito mais facilmente, pelo crime auxiliar de receptação.⁴⁹ É o que ocorre no tipo do art. 34. Se não se pode punir por tráfico, porque não foi encontrado droga, foram apreendidos papeis, tesouras, substâncias químicas utilizadas na confecção de drogas etc., e, assim, garante-se a punição, por referência normativa indireta ao tráfico, ainda que a conduta relativa ao crime auxiliar seja, por si só, aparentemente neutra e indiferente ao Direito Penal.

Nessa linha, também é digno de nota o art. 35 da Lei 11.343/2006, que estabelece o crime de associação ao tráfico,⁵⁰ mas se aparta do crime de associação criminosa,

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁴⁵ Não é por outro motivo que a política criminal de drogas no Brasil foi identificada como a “política criminal com derramamento de sangue” (BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 20, v. 5, p. 126-146, 1997).

⁴⁶ “Art. 34. Fabricar, adquirir, utilizar, transportar, oferecer, vender, distribuir, entregar a qualquer título, possuir, guardar ou fornecer, ainda que gratuitamente, maquinário, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 1.200 (mil e duzentos) a 2.000 (dois mil) dias-multa.”

⁴⁷ HUSAK, Douglas. Crimes outside the core. *Tulsa Law Review*, v. 39, p. 755-779, 2004.

⁴⁸ Ocorre o flagrante presumido, segundo o art. 302, IV, do Código de Processo Penal, quando o sujeito “é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papeis que façam presumir ser ele o autor da infração”.

⁴⁹ Inclusive, há entendimento que chega ao cúmulo de, no plano da aplicação do Direito, inverter o ônus da prova acerca da aquisição lícita da *res*. Conferir: “Se o objeto furtado é encontrado em poder do apelante, inverte-se o ônus da prova, cabendo a ele provar de forma convincente a origem do bem” (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação 1.00016.10.009500-5, Rel. Des. Doorgal Andrada, 4ª Câmara de Direito Criminal, DJe 15.05.2013).

⁵⁰ “Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e §1º e 34 desta Lei: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas do caput deste art. incorre quem se associa para a prática reiterada do crime definido no art. 36 desta Lei”.

previsto para quaisquer outras modalidades típicas, previsto no art. 288 do Código Penal,⁵¹ porque: estabelecem a pena mínima três vezes mais alta do que a prevista para o art. 288; contentam-se com a associação entre duas pessoas, ao passo que o art. 288 exige três agentes, pelo menos; e porque faz expressa referência à possibilidade de associação para o cometimento não reiterado de crimes, permitindo-se a equivocada postura jurisprudencial de que a lei visa à punição do mero concurso de agentes,⁵² prescindindo-se da demonstração de estabilidade e permanência, elementos indissociáveis do conceito de associação. A punição do agente pelo crime de associação ao tráfico também provocará o efeito reflexo de afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33, da mesma lei, de modo que o concurso de crimes fará aumentar exponencialmente a pena, que poderá passar do mínimo de 1 ano e 8 meses⁵³ para, pelo menos, 8 anos de reclusão. Portanto, os amplos termos legais, aliados à jurisprudência que parece pretender ampliá-los ainda mais, movida pela ideologia de combate às drogas, faz do art. 35 uma das chaves para a compreensão do encarceramento em massa relativo a delitos não violentos de drogas.⁵⁴

Outro expressivo exemplo de como ausências de expressões que seriam elementares e facilmente observadas se a política criminal de drogas não fosse de caráter beligerante é encontrado no art. 40 da Lei 11.343/2006, que trata de estabelecer diversas causas de aumento das penas previstas nos arts. 33 a 37 da mesma lei. São circunstâncias que refletem o incremento do desvalor da conduta, como, por exemplo, se a conduta tiver sido praticada nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares; tiver envolvido o emprego de violência ou grave ameaça; ou tiver envolvido ou visado a atingir criança, adolescente ou quem tiver diminuída sua capacidade de entendimento ou de determinação; entre outros exemplos.

Pois bem. Em atenção ao princípio da responsabilidade penal subjetiva, é inaceitável que exista um único agravamento na pena, por menor que seja, sem que o agente tenha incorrido em dolo ou culpa. No entanto, por mais elementar que essa conclusão possa parecer, tem-se formado sólida posição jurisprudencial que dispensa qualquer elemento subjetivo, bastando a configuração da circunstância objetivamente posta pela lei penal. Por exemplo, não são raras as decisões que, em se tratando da causa de aumento do inciso III, contentam-se com a mera *posição geográfica* do agente, dispensando-se o *conhecimento* dessa majorante.⁵⁵

⁵¹ “Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de crime ou adolescente.”

⁵² Trazemos à colação, e.g., as seguintes ementas do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Associação. Estabilidade e permanência. Circunstâncias prescindíveis, pois a conduta dos agentes pode ser ‘reiterada ou não’ para o cometimento de delitos, exigindo-se somente alguma permanência em sociedade, ou seja, ir além da simples coautoria” (Apelação 00915529520138260000, Rel. Des. Penteado Navarro, 5º Grupo de Direito Criminal, DJe 03.04.2014). E: “Desnecessidade dos requisitos da permanência e estabilidade quanto ao delito de associação, consoante o entendimento desta Colenda Câmara Criminal” (Apelação 00049286220148260047, Rel. Des. Sérgio Ribas, 5ª Câmara de Direito Criminal, DJe 08.05.2017).

⁵³ Se consideramos a maior diminuição possível prevista no §4º do art. 33, a saber, 2/3.

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁵⁵ Nesse sentido parece se posicionar o Superior Tribunal de Justiça: “A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do art. 40 da Lei 11.343/06 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais” (STJ, HC 219.589/SP, Rel. Mina. Laurita Vaz, DJe 28.02.2013).

Há diversas outras regras que indicam o excepcional e intransigente pacto estatal de fúria punitivista relativamente a delitos que envolvam drogas, não apenas na investigação, na persecução penal e na condenação, em si, mas também de seus efeitos, tais como a ideia de *confisco ampliado*, previsto no art. 62 da Lei 11.343/2006, que encontra eco no próprio art. 243, parágrafo único, da Constituição, ao estabelecer o perdimento, em síntese, de meios de transporte e objetos utilizados para as práticas dos crimes definidos nessa lei especial.⁵⁶ As regras especiais do dispositivo abalam as regras de perdimento estabelecidas no art. 91, II, *a*, do Código Penal, que determina o perdimento dos instrumentos do crime, *desde que* o seu fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Assim, ilustrativamente, se o indivíduo usa seu veículo, que adquiriu lícitamente, para transportar um objeto furtado ou roubado, ele não perderá o automóvel, mas, 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. Uma vez mais, perde-se em sistematicidade e harmonia, deturpando-se a essência da Parte Geral, que apresenta justamente essa finalidade.

Como discorrem Francisco Muñoz Conde e Bella Aunión Acosta, se, em geral, a história do Direito Penal é uma história de fracassos, nada melhor do que mostrar esse malogro a partir do exame da política criminal internacional relativa ao tráfico de drogas.⁵⁷ E, no âmbito doméstico, diante de um universo de disfuncionalidades, algumas das quais já apontadas neste artigo, pretendemos escrutinar detidamente apenas aquelas contempladas no crime central da lei, a saber, o próprio tipo do art. 33. Para tanto, em seguida teceremos considerações gerais acerca da teoria da racionalidade das leis penais de José Luis Díez Ripollés. Seguidamente, procuraremos contrastar os problemas mais sensíveis apresentados por esse tipo penal com os níveis de racionalidade propostos pelo autor espanhol para, ao final, sugerirmos algumas alterações legislativas que possam aproximar o crime de tráfico de drogas às conformações de um Estado Democrático de Direito.

4. A racionalidade das leis penais, segundo Díez Ripollés

Em linhas gerais, a teoria da racionalidade⁵⁸ legislativa de Díez Ripollés, inspirada no pensamento de Manuel Atienza, apresenta um modelo de análise legislativa penal baseado em dois planos: um plano dinâmico, referente às etapas pelas quais a demanda é percebida e, em seguida, absorvida pelas instâncias estatais para se tornar uma lei penal, com o exame de seus consequentes desdobramentos; e um plano estático,

⁵⁶ “Art. 62. Os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a regular apreensão, ficarão sob custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma da legislação específica.”

⁵⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco e ACOSTA, Bella Aunión. *Drogas y derecho penal*. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 5, p. 147-157, 1991, p. 147.

⁵⁸ Utilizaremos a expressão “racionalidade”, empregada por Díez Ripollés no sentido de exprimir uma ideia de coerência na interação entre lei e realidade social (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86). No entanto, devemos ter cautela, porque, se essa busca revela-se positiva, não podemos deixar de constatar que a racionalidade pode ser interpretada negativamente, porque certas leis, apesar de injustas e desproporcionais, podem esconder uma perversa lógica de desatendimento a princípios constitucionais e apresentam-se, infelizmente, muito racionais e coerentes ao atendimento de propósitos escusos, normalmente de viés econômico, que se colocam por detrás dos tipos penais.

de cunho deontológico, a respeito da necessidade de conformação da leis penais a alguns critérios de racionalidade.⁵⁹

Sob o primeiro prisma, o autor identifica três fases do processo legislativo, quais sejam: (1) a fase pré-legislativa, etapa em que, segundo ele, dão-se as questões em torno da ausência de correspondência entre apontada realidade social e uma pretendida resposta jurídica; (2) a fase legislativa, que inicia com a recepção do projeto de lei pelo Parlamento e finaliza com a aprovação e publicação de certa lei; e (3) a fase pós-legislativa, referente ao questionamento pela sociedade, em geral, ou por meio de seus grupos relevantes, se a lei guarda, de fato, relação com a realidade social e econômica que pretende regular.⁶⁰

A partir dessa análise, Díez Ripollés constata que a lei parece ter perdido a centralidade que ocupava desde a instauração do Estado de Direito liberal. No apogeu de sua importância, no auge do Positivismo, a crença de que a lei bastava por si só e era infensa a quaisquer espécies de controles reverberou na paulatina despreocupação com a razão, com o emprego de racionalidade e coerência entre os próprios comandos normativos. O progressivo descuido com a atualização do processo codificador reflete essa ideia, agudizada no contexto da sociedade do risco. Com isso, aos poucos, o estabelecimento de técnicas de racionalidade vai de deslocando da *criação* para a *aplicação* do Direito.⁶¹

Nessa direção, Díez Ripollés observa que, na atualidade, a grande maioria das teorias da argumentação é pensada para a aplicação do Direito, deslocando-se a exigência de racionalidade jurídica apenas para a jurisdição. No âmbito penal, ressalvados alguns casos pontuais em que Cortes Constitucionais dispõem-se a examinar algumas leis à luz do princípio da proporcionalidade, como regra, as construções da doutrina penal são normalmente pensadas para a aplicação do Direito, como ocorre com o próprio desenvolvimento da teoria do delito e a habitual fundamentação do Direito Penal a partir dos fins da pena.⁶² Deveras, consoante o autor espanhol, a sofisticação da dogmática atual, a partir da teoria do bem jurídico, teoria do crime, imputação objetiva, teoria dos fins da pena, entre outras, não dispensa a necessidade de desenvolvimento de uma teoria da legislação.⁶³

⁵⁹ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014. p. 362.

⁶⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁶² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Parece-nos, todavia, que a teoria da proteção de bens jurídicos parece ter alguma possibilidade de rendimento à racionalidade legislativa penal. Aliás, vale observarmos que ela foi inicialmente pensada por Birnbaum a esse propósito, o de conferir racionalidade a alguns tipos de penais que visavam a proteção de interesses intangíveis, como os delitos religiosos e os contrários a moral, a partir da ideia de um bem coletivo do povo (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014). Ainda que o conceito de bem jurídico tenha sido originalmente forjado para justificar uma lógica penal expansionista, como critério de *legitimação* das normas penais, ele deve ser adequadamente visto apenas em seu sentido negativo, ou seja, como critério limitador da intervenção penal. Porém, nesse aspecto, recai-lhe a crítica de Díez Ripollés, também endereçada ao garantismo de Ferrajoli, que o reputa incompleto, porque meramente limitador das iniciativas tomadas pelo legislador. Para ele, seria coerente que primeiro houvesse a seleção dos objetos de tutela especialmente importantes e, no passo seguinte, que tais objetos fossem escrutinados por meio de critérios éticos, teleológicos e pragmáticos, para se aferir em que medida pode ocorrer essa proteção, diante do arsenal sancionador disponível no Estado de Direito Constitucional (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016).

⁶³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 99-100.

Desse modo, apesar da descrença expressada por Luhmann, para quem a legislação, por se mover na periferia do sistema jurídico, em contato com outros sistemas, especialmente o político, nunca alcançará níveis de racionalidade equiparáveis às exigências à jurisdição, porque esta ocupa a centralidade do sistema jurídico,⁶⁴ Díez Ripollés vale-se dos ensinamentos de Habermas, que fundamenta a legitimidade das normas a partir dos conteúdos morais, ético-sociais, compromissos entre interesses e aspectos pragmáticos no bojo do discurso jurídico-político,⁶⁵ e de Atienza, que sustenta ser inalcançável qualquer racionalidade judicial sem que exista uma prévia racionalidade legislativa, tampouco tem sentido se falar em argumentação jurídica se ela não contiver a argumentação que se desenvolve na elaboração do Direito.⁶⁶

Díez Ripollés entende que a obtenção de certos graus de racionalidade legislativa, além de possível, é exigência que deflui da própria estrutura principiológica constitucional, de modo que a existência de um sistema jurídico livre de contradições deve ser a meta de todo processo legislativo.⁶⁷ A partir desses pressupostos, o autor espanhol passa a desenvolver cinco níveis de racionalidade legislativa: ética, teleológica, pragmática, jurídico-formal e linguística.⁶⁸

No bojo da *racionalidade ética* inserem-se as questões de legitimação da intervenção penal, a partir da análise de sua harmonia às profundas convicções sociais da sociedade. Procura-se o estabelecimento dos contornos básicos da legitimidade da tutela penal, por meio de *princípios estruturais de primeiro nível*, quais sejam: *princípios de proteção*, que atendem a pautas limitadoras do conteúdo de tutela do Direito Penal: princípio da lesividade, princípio da essencialidade ou fragmentariedade, princípio do interesse público e princípio da correspondência com a realidade;⁶⁹ *princípios de responsabilidade*, que cuidam dos requisitos que devem concorrer para que se possa exigir responsabilidade criminal de certo comportamento: princípio da certeza ou segurança jurídica, princípio da responsabilidade pelo fato, princípio da imputação, princípio da responsabilidade ou culpabilidade e princípio da jurisdição;⁷⁰ e *princípios de sanção*, que destacam os fundamentos da sanção penal à conduta criminalmente responsável: princípio da humanidade das penas, princípio teleológico ou dos fins da pena, princípio da proporcionalidade das penas e princípio do monopólio punitivo estatal.⁷¹

No nível de racionalidade ética, afere-se o condicionamento de legitimidade do processo legislativo a partir da observância de um sistema de crenças, cultural e historicamente

⁶⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 76-77.

⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 78.

⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 79.

⁶⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 80.

⁶⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91.

⁶⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 133-140.

⁷⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 141-152.

⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 152-156.

condicionado, que é o alicerce de determinada coletividade.⁷² O sistema de crenças deve ser extraído do âmbito dos grandes consensos, sem a intromissão de interesses particulares.⁷³ Por esse motivo, a racionalidade ética não se baseia na defesa da existência de direitos naturais da pessoa,⁷⁴ tampouco é plasmada em questões científicas⁷⁵ ou mesmo ela deve ser extraída puramente da Constituição, que limitaria materialmente o *ius puniendi* por meio de *deveres de não penalização*.⁷⁶ Antes, a racionalidade ética deve pertence ao *critério democrático*,⁷⁷ pois ele remete à importância de serem atendidas as convicções sociais amplamente majoritárias em torno da criminalização, à medida que corresponde aos reclames das sociedades pluralistas e democráticas.⁷⁸ Assim, devem ser levadas em consideração as “opiniões compartilhadas de maneira generalizada pela população, de forma que só ficariam de fora dessa visão minorias muito reduzidas”. E a obtenção dessa opinião pública deve ocorrer por meios confiáveis, como *métodos democráticos*, especialmente as pesquisas de opinião.⁷⁹

Fazemos coro às diversas objeções ao critério democrático, que constata a probabilidade de aparição de respostas inverídicas diante da irritação quanto a certo problema social; o efeito retroalimentador das opiniões majoritárias e sua vocação autoritária, com a contínua tendência à supressão de garantias, a partir da existência de uma *sociedade de vítimas*; e a provocação de indesejado populismo, à medida que forças políticas abster-se-iam do debate e esperariam o resultado das consultas populares, conformando-se a elas.⁸⁰

⁷² Díez Ripollés diferencia a ética da moral, no sentido habermasiano, de modo que os valores morais apresentam matizes universais, ao passo que os éticos são apenas válidos dentro de determinada coletividade, a partir da autocompreensão compartilhada por seus integrantes (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91).

⁷³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 91.

⁷⁴ Díez Ripollés denomina *critérios ideais* os pensamentos que defendem a existência de direitos naturais da pessoa, prévios ao Estado de Direito, que se plasmam aos direitos fundamentais (Ferrajoli) e aqueles que se apoiam no consenso da comunidade científica (Silva Sánchez). Para ele, os critérios ideais não são corretos, porque desconhecem a pluralidade das coletividades (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 159-161).

⁷⁵ Díez Ripollés também critica o que chama *critérios especializados*, como o *critério científico-tecnocrático*, segundo o qual seriam as ciências sociais que, por meio de investigações empírico-sociais, evidenciam as necessidades objetivas da sociedade a serem satisfeitas pela Política Criminal; e o *critério elitista*, que apresenta a sugestão de que as questões em torno da criação e da aplicação do Direito deveriam se colocar fora do âmbito do controle democrático e ficar a cargo de especialistas (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 163-167).

⁷⁶ Para o autor espanhol, não se pode pressupor que todas as perguntas encontrem resposta na Constituição, que sequer contém uma teoria jurídica do delito, nada mais oferecendo que previsões fragmentárias, incapazes de sustentar qualquer programa político-criminal (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 171).

⁷⁷ Não apenas a racionalidade ética, mas, para Díez Ripollés, o critério democrático também tem grande importância na racionalidade teleológica. Essa importância diminui para os outros três níveis, mas readquire sua proeminência quando se tratar de acomodar o conjunto dos cinco níveis (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 92).

⁷⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 171.

⁷⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 180.

⁸⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 181.

Todavia, as ideias que grassam em torno do critério democrático talvez tenham melhor possibilidade de rendimento se elas se assentarem em alguns pressupostos formais, que funcionariam como filtros para o saneamento de algumas impurezas que pudessem contaminar a opinião pública, tais como o estabelecimento de um prazo de espera entre a constatação de certa realidade social e o início de pesquisas de opinião acerca da adequação e da necessidade de alguma resposta jurídica ao fenômeno social, para que existisse certo apaziguamento de ânimos e o resultado das pesquisas de opinião refletissem posturas mais racionais, menos emotivas. Além disso, ao contrário de Díez Ripollés, talvez possamos sustentar que o critério ideal não seja o democrático, mas sim o *democrático-constitucionalista*, à medida que, observada a importância da opinião popular, o que se conforma aos anseios democráticos,⁸¹ é igualmente relevante que nos atentemos a um feixe irrenunciável e intangível de garantias constitucionais, ancorado em uma dimensão axiológica de *cultura universal dos direitos humanos*,⁸² que serviria como contenção a clamores punitivistas desmedidos, independentemente da envergadura do consenso social a respeito de certa questão.

Pois bem. No segundo nível, Díez Ripollés situa a *racionalidade teleológica* no âmbito da qual deve surgir uma formulação dos objetivos perseguidos pela concreta decisão legislativa penal, que deve compreender, ao menos, a importância do objeto protegido, a intensidade da obediência exigida, as repercussões negativas dela derivadas e suas inter-relações. Em outras palavras, nesse nível de racionalidade deve ser aferido se os fins visados pela norma são suficientemente atendidos por ela.

No terceiro nível encontramos a *racionalidade pragmática*, que tem por missão ajustar os objetivos traçados pela racionalidade teleológica, verificados *in abstracto* na norma, às reais possibilidades de intervenção social que se encontram ao alcance da decisão legislativa; vale dizer, trata-se de examinar se o mandado ou a proibição que deflui do preceito penal é suscetível de cumprimento, satisfazendo-se a função da norma como diretiva de conduta.⁸³ Portanto, nesse âmbito a questão é saber se, na prática, a lei tem factibilidade, revelando-se o seu sentido e alcance social.

Inserida no quarto nível está a *racionalidade jurídico-formal*, que se destina à aferição da coerência da lei com o ordenamento jurídico no bojo do qual ela está inserida,⁸⁴ isto é, se dada lei revela-se consentânea aos princípios informadores do sistema jurídico e daquele ramo do Direito ao qual ela está inserida – no caso, o Direito Penal, observando-se a necessidade de coesão e harmonia como características de um sistema, que se pretende racional.

Por fim, no quinto nível encontra-se a *racionalidade linguística*, que visa a garantir as habilidades comunicativas da norma,⁸⁵ pretendendo-se que a decisão legislativa

⁸¹ HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. Política criminal, sistema procesal penal y dogmática penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 417-436.

⁸² AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Faculdade Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016.

⁸³ AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Faculdade Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016. p. 94.

⁸⁴ AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Faculdade Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016. p. 95.

⁸⁵ AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Faculdade Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016. p. 96.

racional seja tomada com simplicidade, clareza e precisão suficientes para que a mensagem normativa possa ser adequadamente transmitida, repudiando-se defeitos sintáticos, obscuridades semânticas e tecnicismos desnecessários.⁸⁶

5. Níveis de racionalidade e o crime de tráfico de drogas

Os níveis de racionalidade elaborados por Díez Ripollés têm vocação genérica, porque podem ser utilizados para o escrutínio da legitimidade de qualquer tipo penal. Algumas vezes, o tipo satisfará o filtro da racionalidade ética, mas esbarrará no modo como concretamente se dá essa proteção, como parece ser o caso de alguns tipos que visam à proteção do meio ambiente, o que se apresenta, em tese, eticamente viável, no entanto o fazem pela proscrição de condutas neutras, que não representam carga desvalorativa alguma. Em outros casos, o tipo penal parece satisfazer os primeiros dois filtros, mas esbarra na mais absoluta inocuidade social, ou mesmo em problemas de harmonia com o sistema penal ou questões de signos linguísticos, que tornam a norma praticamente ininteligível.

Todavia, raros parecem ser os tipos que desatendem os cinco níveis de racionalidade. É o que ocorre com o artigo 33 da Lei 11.343/2006. A ilusória eficácia punitiva,⁸⁷ muito bem refletida no principal crime da Lei Antidrogas, acabou por desaguar numa série de disfuncionalidades, capazes de ser examinadas.

5.1. Racionalidade ética e tráfico de drogas

A legitimidade do tipo de tráfico de drogas já é muito problemática se aferida em torno da teoria da proteção de bens jurídicos. Nesse contexto, se trabalharmos com a referência a bens jurídicos individuais, ou seja, visando à proteção da integridade física daquele que recebe ou vai receber a droga, podem ser apresentadas críticas severas à proibição de lesão a um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular,⁸⁸ compreendendo o real significado da constatação de Schünemann, quando diz que “a mais intensa e aguda forma de paternalismo se manifesta nos tipos penais da Lei de Entorpecentes”.⁸⁹

⁸⁶ AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Facenda Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016. p. 189.

⁸⁷ Muitos tipos penais na atualidade, ao tentarem expressar o pragmatismo da pós-modernidade, na verdade fazem remover as garantias da modernidade e, com isso, remetem a parâmetros repressivos pré-modernos, fomentadores de um realismo jurídico estruturalmente autoritário e funcionalmente ineficaz (MOCCIA, Sergio. *Emergência e defesa dos direitos fundamentais. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, p. 58-91, 1999).

⁸⁸ CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 631-659.

⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. *A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo?* Trad. Luís Greco. Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 100. Por “paternalismo penal”, em termos simples, e sem nos atermos às suas tradicionais divisões como *hard* e *soft*, direto e indireto, podemos dizer se tratar da “interferência sobre a liberdade de ação de alguém justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, ao benefício, à felicidade, às necessidades, aos interesses ou aos valores da pessoa coagida” (DWORKIN, Gerald. *Paternalismo*. Trad. João Paulo Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7-27, 2009. p. 9).

Claus Roxin pontua que somente o paternalismo *soft* admitiria a tutela penal, que pode existir para o suprimento de déficits de autonomia da pessoa afetada.⁹⁰ Segundo esse entendimento, parece que somente faria sentido a criminalização do comércio de drogas diante da potencialidade de seu consumo por inimputáveis ou semi-imputáveis.

Ainda de acordo com a teoria da proteção de bens jurídicos, outra direção seria trabalharmos a proibição em torno da *saúde pública*, o que, aliás, é comumente aceito no cenário dos tratados internacionais e acaba sendo compartilhado pela maior parte das legislações nacionais.⁹¹ A compreensão de que, em verdade, a proteção volta-se a um bem jurídico aparente de forma alguma resolve os problemas de legitimidade do tipo. Ao contrário, “essa espiritualização sofrida pelo bem jurídico acaba desembocando em um único valor tutelado: a vontade do Estado”,⁹² neutralizando a capacidade de o bem jurídico funcionar como verdadeiro limite à intervenção penal.

De todo o modo, 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, de maneira que seria legítima, em tese, a criminalização do tráfico de drogas, independentemente da identificação de um verdadeiro bem jurídico-penal. Como vimos, no âmbito da racionalidade ética é que se movem as questões em torno da legitimação da intervenção penal, mediante a análise de sua conformidade às profundas convicções sociais da sociedade.

Portanto, a pedra de toque da racionalidade ética, a partir da idealização do critério democrático, seria sua conformação ao consenso social. Essa constatação também não dissipa os problemas em torno do tráfico de drogas, ainda que, adotado o critério democrático-constitucionalista que defendemos até aqui, em sua vertente positiva, pudesse se cogitar de um mandado constitucional de sua criminalização.⁹³

Deveras, na fase pré-legislativa, identificada por Díez Ripollés como aquela em que é percebida certa realidade social, com a ausência de correspondente resposta jurídica e a necessidade desta é impossível identificarmos que o problema em torno de certas drogas anteceda qualquer tomada de posição legislativa porque o crime de tráfico de drogas não é um delito natural, mas sim fabricado. É que ele não se mostra como uma realidade ontológica, como o homicídio, o furto e o roubo, mas o seu conteúdo e sua extensão devem ser necessariamente construídos pela legislação. Homicídio sempre será homicídio, em qualquer lugar. Mas o tráfico de drogas condiciona-se às variantes de tempo e espaço: ora inclui em seu conceito certa substância, ora exclui outra; ora exige certa quantidade, ora dispensa-a; ora demanda intuito lucrativo, ora se contenta com a mera posse da substância.

⁹⁰ ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal*. Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Ara, 2004.

⁹¹ À exceção da Venezuela, que inclui os crimes relacionados a drogas dentro de uma visão de segurança nacional (VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017).

⁹² BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 80.

⁹³ O art. 5º, XLIII, da Constituição, estabelece que: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de 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”. Ainda que se admitam esses deveres expressos de criminalização, não há dispensa alguma para que o legislador ordinário continue a se pautar por princípios penais, aferindo sempre a dignidade penal, o merecimento e a necessidade de pena (GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 112-113).

Por isso, o tráfico de drogas encerra sempre uma noção transitiva, que necessita ser completada pelo atento trabalho do legislador, que não pode abrir mão do exame atento à lesividade social da conduta que se pretende proibir. Com isso, ainda que se admita a legitimidade do crime de tráfico de drogas, um aspecto de sua irracionalidade ética reside no 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 acerca de seu potencial lesivo e seus níveis de adição.⁹⁴

Outra questão em torno da racionalidade ética, que tangencia o próprio objeto de proteção, diz respeito à desproporção entre as penas do *caput* e a causa especial de diminuição do parágrafo 4º do art. 33, que prevê a diminuição de 1/6 a 2/3 da pena, “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Como vemos, todas as circunstâncias remetem a questões de índole pessoal, que, sequer indiretamente, relacionam-se à suposta proteção da *saúde pública*, apondo a essa regra a odiosa marca de um Direito Penal do autor.

Deveras, o Direito Penal brasileiro estabelece outras causas especiais de diminuição de pena, que também apontam a reincidência e os maus antecedentes como pressupostos requisitos impeditivos do benefício, como se dá com o *furto privilegiado*⁹⁵ e o *estelionato privilegiado*.⁹⁶ Mas, em ambos os casos, às circunstâncias pessoais do agente agregam-se dados objetivos do desvalor do resultado, como o *pequeno valor da coisa furtada* e o *pequeno valor do prejuízo*, respectivamente, aproximando-se tais minorantes de um necessário Direito Penal do fato.

Com isso, a irracionalidade ética do tráfico de drogas, sob o prisma da redução prevista no §4º do art. 33 reside nesse ponto: se o que se quer proteger é a *saúde pública*, como se tem proclamado, é sua lesão em maior ou menor grau que deveria ser o elemento basilar de referida causa de diminuição, porém, *lege lata*, a quantidade de drogas ou circunstâncias que agregariam o desvalor do injusto sequer são consideradas. Antes, preferiu o legislador voltar-se, exclusivamente, a questões pessoais do agente, deixando transparecer sua lógica inocuidadora, por meio do realce ao efeito preventivo especial negativo da pena (*selective incapacitation*), direcionado a um grupo de indivíduos entendidos como *fontes de perigo ambulantes* e que, por isso, devem ser neutralizados antes de causarem algum tipo de dano.⁹⁷ É de se lembrar que, como anota Vera Malaguti Batista, a partir do final dos anos 1970, a figura do inimigo interno é deslocada do guerrilheiro/terrorista para o bandido/traficante, harmonizando-se justamente a referido escopo neutralizador.⁹⁸

⁹⁴ RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios e antirriminologia*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

⁹⁵ Art. 155, §2º: “Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de 1 (um) a 2/3 (dois terços), ou aplicar somente a pena de multa”.

⁹⁶ Art. 171, §1º: “Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, §2º”.

⁹⁷ No mesmo sentido: EL HIRECHE, Gamil Föppel; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do “crime organizado” no projeto de código penal e na Lei 12.850/03. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 439. v. VI.

⁹⁸ BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 233-240, 1996.

Por fim, ainda no âmbito desse primeiro nível de racionalidade, vimos que Díez Ripollés elenca como princípios estruturais de primeiro nível, dentro da subespécie dos princípios de sanção, a humanidade das penas. Ora, o art. 33 da Lei 11.343/06, ao lado das penas de prisão, prevê cumulativamente penas de multa de 500 a 1.500 dias-multa, cujo exagero salta aos olhos, não apenas sob o aspecto da desproporcionalidade formal, tomando-se em conta a regra geral do art. 49 do Código Penal, que a estabelece entre 10 e 360 dias-multa,⁹⁹ mas também sob o aspecto material, considerando-se que a vasta maioria dos condenados por tráfico de drogas no Brasil são indivíduos economicamente hipossuficientes, reconduzindo-se essa sanção pecuniária, na prática, a uma verdadeira *pena perpétua*, diante da impossibilidade material de seu adimplemento.

5.2. Racionalidade teleológica e tráfico de drogas

Díez Ripollés observa que se verificará a irracionalidade teleológica quando os objetivos almejados pela lei não tiverem sido estabelecidos no âmbito de um emprego discursivo do critério democrático, deixando-se de prestar a devida atenção a todos os componentes ético-políticos relevantes que reflipam, ou não, esse acordo.¹⁰⁰

Assim, admitindo-se como premissa, hipoteticamente, que exista um verdadeiro consenso social em torno da utilização da intervenção penal para a tutela da saúde pública por meio da criminalização do tráfico de drogas, há algumas questões em torno da maneira pela qual essa punição ocorrerá. Decerto, nossa Constituição indica e, para alguns, *impõe*, inclusive, que se criminalize o tráfico de drogas, mas sequer fornece as balizas de como essa criminalização primária ocorrerá. A obtusa vagueza típica do art. 33 e a equiparação de condutas que sequer abstratamente têm o mesmo desvalor acabam tornando no mínimo questionável se o legislador ordinário atendeu aos contornos do espírito constitucional ao equiparar o tráfico de drogas ao crime hediondo.

Com efeito, o crime se perfaz independentemente do dolo de comércio, o que parece ser noção indissociável do delito, já que tráfico liga-se às ideias de *mercancia*, *trato mercantil*, *negócio fraudulento indecoroso*, como pontua Alberto Silva Franco.¹⁰¹ E, ainda que houvesse aludida necessidade mercantil, o tipo penal teria a perniciosa vocação de punir pensamentos. Pensemos na seguinte situação: “A” encontra-se parado em uma esquina com cinco porções de maconha para o seu próprio uso, mas “B” está na outra esquina, com outras cinco porções de maconha, com a intenção de vendê-las, muito embora ainda não tenha feito quaisquer contatos com supostos consumidores. Objetivamente, inexistente qualquer diferença entre as condutas. Se tirarmos uma fotografia de cada qual, concluiremos que ambas merecem a mesma resposta jurídica, porque se colocam objetivamente idênticas. Como, então, punir “A” com a brandura sugerida pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006, sem qualquer ameaça ao cerceamento de sua liberdade e, por outro lado, dedicar a “B” todo o espírito repressor ao tráfico?

⁹⁹ Considerando-se que, em todos os casos, a regra será a de que o valor de cada dia-multa variará entre 1/30 do maior salário-mínimo vigente, nem superior a 5 vezes esse valor, nos termos do art. 49, §1º, do Código Penal.

¹⁰⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. A racionalidade das leis penais. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 95.

¹⁰¹ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 145.

Esta questão seria, de certa forma, minimizada pela previsão típica de certa quantidade mínima de droga para a caracterização do tráfico de drogas. Compartilhamos da preocupação de Bruno Shimizu e Patrick Cacicedo de que o estabelecimento de um marco quantitativo, tendenciosamente baixo, permitiria uma aplicação perversa do critério, criando-se verdadeira *presunção de traficância* sempre que apreendida a quantia de droga estabelecida legalmente.¹⁰² No entanto, temos que o risco de que ocorra essa *presunção* parece ser mais suportável do que a *presunção de traficância* que já se opera na prática policial e judiciária, desapegada de qualquer *discrimen* objetivo.

5.3. Racionalidade pragmática e tráfico de drogas

Como vimos, consoante Díez Ripollés, a análise do nível de racionalidade pragmática da lei penal implica no exame da factibilidade da norma, isto é, se o preceito que deflui do texto é, na prática, passível de cumprimento ou se, pelo contrário, trata-se de simples promessa inconsequente.¹⁰³

Ora, o tipo se propõe à proteção da saúde pública, observaremos que, na prática, esse objetivo está cada vez mais distante de ser atendido, pela indesejada constatação da proliferação dos problemas sociais relacionados ao consumo de drogas, não obstante o incremento dos índices de encarceramento,¹⁰⁴ detenções que, em sua vasta maioria, envolveram 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 nessas substâncias que se encontram em sua posse.¹⁰⁵ A esses indivíduos, normalmente, são negligenciadas as suas básicas garantias materiais e, sob o pretexto de proteção da saúde pública por meio do combate ao tráfico de drogas, são subjugados a constante vigilância estatal, apta a propiciar, na prática, o devassamento de sua intimidade, quer seja pelas buscas pessoais, quer seja pelas buscas domiciliares, independentemente de ordem judicial, inclusive, sob o pretexto de o tráfico de drogas ser delito de natureza permanente.¹⁰⁶

¹⁰² SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para a diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 286, p. 8-9, 2016.

¹⁰³ Cf. item 3, *supra*.

¹⁰⁴ Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2017 constatou-se que, dentro de um universo de 221 mil detentos provisórios no Brasil, o tráfico de drogas é responsável pelo maior número de presos preventivamente (29%), seguido pelo roubo (26%) e homicídio (13%). LEVANTAMENTO dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. CNJ. 23 FEV. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/34zZ11W>. Acesso em: 18 jun. 2018.

¹⁰⁵ Cf. VITOR, Enrique García. Aspectos político criminales en materia de drogas. *Revista de Ciencias Penales*, Buenos Aires, n. 2, p. 71-92, 1999.

¹⁰⁶ Como já tivemos a oportunidade de dissertar, o problema não está na possibilidade de invasão domiciliar diante de flagrante delito, circunstância que, aliás, é prevista pela própria Constituição, a teor de seu art. 5º, XI. A grande questão está nas condições mínimas para que se admitam validamente as buscas domiciliares, independentes de mandado judicial. Em 2016, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, com repercussão geral reconhecida, debruçou-se sobre a questão e houve por bem admitir a invasão domiciliar sem mandado, desde que existam *fundadas razões*. No entanto, esta expressão é polissêmica e, justamente por sua abrangência, não apresenta aptidão para efetivamente limitar a intervenção policial. O STF perdeu uma boa hora para dizer no que consistem essas *razões fundadas*. Podia ter tomado emprestado, por exemplo, a sólida construção jurisprudencial da Suprema Corte dos Estados Unidos que, não obstante a propalada *guerra ao tráfico*, tem fixado parâmetros mais precisos para a entrada forçada em residências, tais como a *open view doctrine*, segundo a qual apenas se dispensa o mandado judicial se os agentes policiais visualizarem algo aparentemente ilícito, desde que estejam em um lugar que lhes seja permitido estar (calçada, rua, sobrevoos de céu aberto etc.). Não basta para a invasão à residência, no caso do tráfico de drogas, abordar um usuário de narcóticos e ele dizer aos policiais o local

O quadro, ao deixar transparecer a marca da seletividade, também intensifica os efeitos simbólicos dessa intervenção, colocada ao serviço do atendimento das funções latentes do Direito Penal, que se sobrepõem às funções manifestas,¹⁰⁷ abrindo-se caminho para a sua conversão em instrumento meramente político, o que culmina com o seu desvirtuamento da proteção de bens jurídico-penais e o distanciamento do modelo democrático de Estado. Em verdade, na prática, o pretense *combate* ao tráfico de drogas, possibilitado pelo alargamento das fronteiras típicas, encontra campo fértil à exclusão social de pessoas reputadas economicamente inúteis e socialmente desajustadas.¹⁰⁸

Em suma, a criação de um sistema proibicionista e a intensificação do reproche penal, na prática, têm estado longe de alcançar os objetivos declarados por esse mesmo sistema: a proteção da saúde pública, por meio do combate à produção e ao comércio de drogas ilícitas.¹⁰⁹ Pelo contrário, o arsenal punitivo existente volta-se frequentemente contra o próprio bem jurídico que diz proteger, por meio da criminalização de tóxico-dependentes, impedindo-se, com isso, que sua saúde possa ser adequadamente protegida.¹¹⁰

5.4. Racionalidade jurídico-formal e tráfico de drogas

O tipo de tráfico de drogas apresenta-se disfuncional também sob o plano de sua incoerência com o sistema jurídico-penal como um todo, circunstância reveladora de seu caráter absolutamente emergencial. Uma dessas maiores evidências encontra-se, por um lado, em seu preceito penal secundário e, por outro, no protagonismo que o tipo confere aos maus antecedentes e à reincidência.

No primeiro caso, observamos que as penas previstas para o tráfico de drogas variam entre 5 e 15 anos de reclusão. Tratando-se de um tipo de perigo abstrato, as sanções penais deveriam ser mais brandas do que aquelas previstas para o tipo de dano referente àquilo que a punição do perigo visa a evitar.¹¹¹ Assim, como esclarece Luís Greco, “se o

em que comprou a substância. Para a validade das buscas domiciliares sem mandado, é preciso que o comércio ilícito seja visto pelos agentes estatais. Somente o STF tivesse utilizado essa teoria para a normatização do conceito de fundadas razões é que a decisão teria algum impacto prático (DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, v. 5, p. 137-155, 2016).

¹⁰⁷ HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Trad. Elena Larrauri. *Revista Hispano-latinoamericana Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 23-36, 1991. Observamos, contudo, que nem sempre os efeitos simbólicos serão indesejados. Muitas vezes, eles se fazem necessários para a efetiva proteção de bens jurídicos, por meio da prevenção de comportamentos. Nesses casos, inclusive, eles devem ser denominados *efeitos expressivo-integradores*. Portanto, a questão não residiria tanto no estabelecimento de efeitos simbólicos, mas na aferição de sua instrumentalidade à proteção de bens jurídicos, de maneira que eles seriam indesejáveis apenas quando essa função instrumental não fosse atendida (DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *O direito penal simbólico e os efeitos da pena*. Trad. Luciana Caetano da Silva. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, p. 24-49, 2004).

¹⁰⁸ Bauman esclareceu que as novas classes perigosas “são aquelas conhecidas como inadequadas à reintegração e programadas inassimiláveis, já que não se pode conceber uma função útil que sejam capazes de exercer após a ‘reabilitação’. Não são apenas excessivas, mas *excedentes*. Estão excluídas *permanentemente* – um dos poucos casos de ‘permanência’ que a modernidade líquida não apenas permite, mas promove ativamente”. (BAUMAN, Zygmunt, *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. p. 74-75).

¹⁰⁹ BOITEUX, Luciana. Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, n. 21, p. 16-21, 2015.

¹¹⁰ VITOR, Enrique García. Aspectos político criminales en materia de drogas. *Revista de Ciencias Penales*, Buenos Aires, n. 2, p. 71-92, 1999. p. 76.

¹¹¹ Conforme Valois, a pena máxima possível para o tráfico de drogas é de 25 anos, se considerada o máximo do preceito penal secundário do art. 33, acrescido da fração máxima do art. 40. Esta pena é superior à do homicídio (20 anos), roubo (15 anos)

tráfico de drogas nada mais é do que uma conduta que gera um perigo abstrato de lesão à integridade física, essa conduta não pode sofrer pena mais grave do que a do respectivo crime de lesão, no caso de lesões corporais”.¹¹²

Esse entendimento pode causar alguma perplexidade, porque poderia se argumentar que, em verdade, o que se protege é a *saúde pública*, que representaria o somatório de todos os bens jurídicos-penais da saúde individual. No entanto, considerado o caráter meramente *instrumental* desses bens jurídicos aparentes, dentre o qual se insere a saúde pública, não parece adequado que a punição do *perigo* ao conjunto desses bens pode ser apenada mais severamente do que a efetiva concretização do *dano* a algum bem individual. Hipoteticamente, há que se cogitar da mesma espécie de irracionalidade jurídico-formal quando observamos que as penas cominadas ao crime de embriaguez ao volante (6 meses a 3 anos de detenção, multa e suspensão do direito de dirigir – art. 306 da lei 9.505/1997) são superiores àquelas previstas para o crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor (6 meses a 2 anos de detenção e suspensão do direito de dirigir – art. 303 da Lei 9.505/1997).

Reconhecemos, todavia, que as penas previstas para o crime de lesão corporal simples (3 meses a 1 ano de detenção – art. 129 do Código Penal) são surpreendentemente baixas, caso sejam comparadas às penas do furto (1 a 4 anos de reclusão e multa) e do roubo simples (4 a 10 anos e multa). Imaginemos a situação de “A” encontrar-se com “B” e, sem motivo aparente, desferir um soco contra rosto, causando-lhe lesões de natureza leve. Agora imaginemos o caso de “A” encontrar-se com “B” e lhe exigir um bem qualquer, de um valor muito baixo, quase insignificante, sob a ameaça de lhe desferir um soco na face. Aponta-se flagrantemente desproporcional que “A” responda, no primeiro caso, a uma pena mínima de 3 meses de detenção, ao passo que, na segunda hipótese, possam lhe ser impostos, no mínimo, 4 anos de reclusão. Essa solução apresenta-se evidentemente irrazoável, a não ser para o atendimento de uma indesejada lógica patrimonialista.

Seria aceitável, com isso, que as penas cominadas ao crime de lesão corporal fossem, em princípio, mais elevadas do que as previstas para os delitos patrimoniais. No entanto, a inexpressividade de suas reprimendas não impede que seja também criticada a desarmonia entre elas e aquelas previstas ao tráfico de drogas, depositada a centralidade de proteção na saúde dos indivíduos, ainda que indeterminados e representada sob o rótulo de *saúde pública*.

Outra questão que revela a irracionalidade jurídico-formal do tipo de tráfico de drogas está no destacado 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 etapa de dosimetria, respectivamente.¹¹³ Embora inexistam frações legais para esse aumento, como regra, a jurisprudência inclina-se pela aplicação do montante de 1/6 para ambos os casos, assim como para as demais circunstâncias judiciais, agravantes e atenuantes, porque ele representa o menor valor de que se vale o Código Penal para o estabelecimento das causas de aumento e de diminuição.¹¹⁴ Mas,

e estupro de vulnerável (art. 217-A), quadro que evidencia a sua mais que absoluta desproporcionalidade (VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017).

¹¹² GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 95.

¹¹³ Arts. 59 e 61, I, ambos do Código Penal.

¹¹⁴ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 190.

além de influenciarem na pena, os maus antecedentes e a reincidência podem servir para a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais severo,¹¹⁵ além da aptidão para impedirem a conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos¹¹⁶ e a concessão de *sursis*.¹¹⁷

Ainda que admitamos a possibilidade desses efeitos deletérios causados pelos maus antecedentes e pela reincidência, para o cumprimento de questões preventivas,¹¹⁸ o que deve ser decisivo para a cominação da pena é a *gravidade do fato*, assumindo esses registros criminais apenas um papel modesto e periférico na indicação do *quantum* da pena.

Se essa conclusão parece ser a lógica que se extrai das regras da Parte Geral do Código Penal, ela não se verifica ao crime de tráfico de drogas, porque, para ele, os registros criminais assumem protagonismo absoluto, de modo que, quase que invariavelmente, preponderam sobre o fato e suas circunstâncias. Na verdade, como em nenhum outro exemplo do Direito Penal brasileiro, uma única condenação criminal definitiva poderá representar um acréscimo penal de 3 anos e 4 meses.¹¹⁹ Além disso, será esse registro criminal que conferirá ao fato a natureza de crime hediondo por equiparação, trazendo sérias repercussões quanto à possibilidade de progressão de regime, por força do art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990,¹²⁰ à medida que se firmou jurisprudência nos Tribunais Superiores no sentido de que o tráfico privilegiado não pode ser equiparado a crime hediondo,¹²¹ o que não deixa de revelar uma grande incongruência. Quando dizemos que um *crime* é hediondo, queremos nos referir ao *fato* praticado e a sua definição como tal por lei especial. O rol do art. 1º da Lei 8.072/90 atribui a natureza hedionda a uma série de *tipos*, não se mostrando viável se condicionar essa natureza a questões pessoais do autor, como o seu passado criminal. No fundo, esse *discrimen* faz revelar que o crime de tráfico de drogas traz consigo a odiosa marca de um Direito Penal do autor, evidenciando-se, pela preponderância que confere ao *passado criminoso* do agente, o exemplo brasileiro mais expressivo da teoria norte-americana do *three strikes you're out*,¹²² só que, em nosso caso, o escopo inocuidador já se evidencia na prática da segunda infração.

¹¹⁵ A reincidência, automaticamente, por conta do §2º do art. 33, do CP; e os maus antecedentes, apenas por força do §3º, do mesmo dispositivo.

¹¹⁶ Art. 44, II e III, do CP.

¹¹⁷ Art. 77, I e II, do CP.

¹¹⁸ O atendimento a questões preventivas coaduna-se ao próprio art. 59 do CP, que estabelece que a pena seja fixada “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. Ocorre que nem todas as correntes vinculam o acréscimo decorrente da reincidência a questões preventivas. Há posição que procura justificá-lo com base na maior gravidade do fato, quer seja pelo *incremento da culpabilidade* (teoria do alerta de Hillenkamp), quer seja pela elevação do nível de injusto (Kaufmann). Cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 153-176.

¹¹⁹ Que é a diferença entre o mínimo de pena do *caput* do art. 33, 5 anos, e o redutor máximo contemplado por seu parágrafo 4º, a saber, 2/3.

¹²⁰ Que estabelece regras especiais para a progressão de regime em se tratando de crimes hediondos e assemelhados, ao exigir 2/5 do cumprimento da pena para sentenciados primários e 3/5 para reincidentes. Observamos que, segundo a regra geral, prevista no art. 112 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, o requisito objetivo é satisfeito pelo cumprimento de apenas 1/6 da pena.

¹²¹ STF, HC 118.533/MS, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 23.06.2016. Acompanhando esse entendimento, o STJ houve por bem fixar essa tese de repercussão geral (Tema 600) e revogar sua Súmula 512, que dispunha em sentido contrário.

¹²² A ideologia é extraída de regra originária do beisebol, que estabelece que se um rebatedor perdesse três tentativas de rebater a bola (*three strikes*), ele seria eliminado do jogo (*you're out*). Para o Direito Penal, significa recrudescer o tratamento para os reincidentes, de modo que aquele que cometeu o terceiro delito deve ser colocado à margem do convívio social (VOGEL, Joachim. *La internacionalización del derecho penal y el proceso penal*. Trad. Alfonso Galán Muñoz. *Revista Penal Tirant Lo Blanch*, Valencia, n. 22, p. 160-167, 2008).

5.5. Racionalidade linguística e tráfico de drogas

O último nível de racionalidade exige que a mensagem normativa seja passada com clareza, precisão e simplicidade. Sabemos que a linguagem deve representar o limite infranqueável da interpretação, de maneira que os signos linguísticos do tipo revestem-se de importância ímpar. Como já dizia Chaves Camargo, ao se basear nos estudos da teoria da linguagem do norte-americano Noam Chomsky, o intérprete, diante de uma ação humana, para aferir se ela é típica, ilícita e culpável, deverá, em primeiro lugar, examinar a norma para dela extrair o bem jurídico tutelado e, em seguida, buscar na estrutura profunda da lei penal o exato valor semântico de seus termos, delineando, com precisão, a ação punível e a sanção correspondente.¹²³

No caso do tipo do art. 33, sua 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”, o que acarreta a violação ao princípio da legalidade estrita, ao se estabelecer um crime de fácil apuração e de fácil condenação, o que se agudiza pela relativização do elemento subjetivo.¹²⁴ Essa facilidade também decorre do fato de o legislador ter deixado de indicar o elemento subjetivo *específico* do tipo penal. Curiosamente, essa finalidade especial está prevista no tipo do art. 28 (“para consumo pessoal”), porém não há o seu correspondente no art. 33, o que seria satisfeito mediante a inserção da expressão “para entrega ao consumo de terceiros”. Em outras palavras, o dolo do art. 28 consiste no *conhecimento* da existência da droga e a *vontade* de consumi-la, ao passo que o dolo do art. 33 revela-se mais frágil, sendo satisfeito, ao menos sob o nível linguístico, com o mero *conhecimento* da droga.¹²⁵

Na prática, 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, cabendo à defesa, se pretender a desclassificação para o crime de porte para uso de drogas, provar que a substância se destinava ao seu próprio uso. A perversidade dessa regra e a seletividade que lhe são inerentes são reforçadas pelos próprios parâmetros legais, que auxiliam o juiz a distinguir uma situação de outra, previstos no art. 28, §2º da Lei 11.343/2006: além da natureza e da quantidade da substância apreendida, o exame deverá recair sobre o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, a conduta e aos antecedentes do agente. Desse modo, 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, que tenham registros criminais, ainda que não necessariamente relacionados a drogas, e que se encontrem em “pontos de droga”, sempre localizados na periferia das cidades.¹²⁶

¹²³ CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 88.

¹²⁴ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 420.

¹²⁵ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹²⁶ Como aponta Carvalho, a diferença entre tráfico e o porte para uso é definida a partir de “circunstâncias nebulosas, de baixa perceptividade e de difícil comprovabilidade, motivo pelo qual é fundamental estabelecer rígidos critérios de definição”

Por fim, outro aspecto da irracionalidade linguística reside na utilização de normas penais em branco para a indicação de quais substâncias devem ser proscritas. No Brasil, a etiqueta da proibição sequer é permeada de debates, naturais no bojo de um processo legislativo. Antes, releva seu déficit democrático, ao relegar o controle penal a ato normativo, editado pelo Poder Executivo,¹²⁷ mais suscetível às influências de *soft laws*.¹²⁸

Como lembra Klaus Tiedemann, o emprego da técnica das normas penais em branco, por vilipendiar a legalidade, deve ocorrer apenas quando realmente imprescindível para o atendimento de necessidades de que exista uma regulação mais ágil, a depender das circunstâncias cambiantes de tempo e espaço,¹²⁹ motivo pelo qual o complemento da proibição deve ser realizado por outra instância mais ágil, que prescindia dos debates parlamentares.¹³⁰ De todo o modo, a lei penal em branco deve ser evitada na medida do possível e, ainda quando seja necessária, as leis penais não devem se furtrar de descrever todos os demais elementos típicos que delimitam o sentido das condutas proibidas, além de ser recomendável que, sob o plano formal, submetam-se à mesma publicidade da lei penal.¹³¹

Em verdade, não se vislumbra a necessidade, ditada pela emergência de circunstâncias cambiantes, de que as drogas sejam proscritas por meio de atos normativos que não as leis.¹³² Como arremata Valois, sua utilização discricionária no tráfico de drogas somente vem a reforçar a conclusão de que o aparato legislativo é todo voltado ao atendimento de uma indesejável diretriz de guerra às drogas.¹³³

(CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 254-255).

¹²⁷ O art. 66 da Lei 11.343/06 faz referência a drogas como “substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial”, que são aquelas previstas na Portaria 344/1998, editada pela Secretaria de Vigilância em Saúde, órgão vinculado ao Ministério da Saúde. Ainda que seja muito questionável que a proibição venha ditada por atos normativos, prática, aliás, também encampada pelo art. 36 da revogada Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, que relegava a matéria à listagem do Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia, também vinculado ao Ministério da Saúde, ambas representam avanço em relação ao sistema do Decreto-Lei 385/68, que conferia competência definidora da capacidade lesiva tão somente ao laudo toxicológico, de sorte que era nada além da prova pericial que determina a incidência da lei, o que gerava enorme insegurança jurídica (CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016).

¹²⁸ *Soft laws* podem ser compreendidas como instrumentos elaborados pelo Estado ou por entidades não estatais que, malgrado não sejam formalmente vinculantes, acabam por influenciar a política dos Estados, as atividades de organizações internacionais e as condutas dos próprios indivíduos (MACHADO, Maira Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Direito GV, 2004).

¹²⁹ TIEDEMANN, Klaus. La ley penal e blanco: concepto y cuestiones conexas. Trad. Antoni Llabrés Fuster. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, 2002.

¹³⁰ ALPÍZAR CHAVES, Alberto. Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza “lex certa”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, v. 17, n. 24, p. 34-43, 2007.

¹³¹ ALPÍZAR CHAVES, Alberto. Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza “lex certa”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, v. 17, n. 24, p. 34-43, 2007. p. 39.

¹³² Esclarece Lopes que “as exorbitações de um Direito Penal preventivo, as ideias totalitárias, a chamada defesa social, os elementos valorativos do tipo, as cláusulas gerais, os tipos penais abertos ou flexíveis, as leis penais indeterminadas ou em branco, a incriminação de puros desígnios subjetivos, o uso e abuso de elementos subjetivos do tipo são inimigos naturais do princípio da legalidade, mediante utilização de refinada técnica jurídica pelo Estado moderno em seu desiderato de exigir cada vez mais poder em detrimento das garantias formais e substanciais dos direitos individuais da pessoa humana” (LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 130).

¹³³ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 437.

6. Algumas propostas para o incremento da racionalidade legislativa no crime de tráfico de drogas

Naturalmente, se foram expostas as razões pelas quais o tipo de tráfico de drogas deixa de atender aos parâmetros de racionalidade pensados por Díez Ripollés, as propostas para a correção das disfuncionalidades do tipo, pelo menos as mais evidentes, representam a outra face das críticas, descortinadas a partir de algumas alterações no âmbito da tipicidade.

No plano da racionalidade ética, admitindo-se que exista consenso social quanto à criminalização do comércio de certas drogas, no mínimo deve haver discussões em torno da natureza das substâncias a serem submetidas a controle penal, orientando-se este apenas pela potencialidade lesiva dessas substâncias, envidando-se esforços para que aspectos de outras ordens, como políticos e econômicos, não interfiram nessa decisão. São forçosas as discussões, a partir de critérios científicos, em torno do efeito de adição de certas drogas, não apenas daquelas que hoje consideramos ilegais, mas também os remédios, o álcool e o tabaco. Somente as decisões majoritárias tomadas a partir de estudos confiáveis garantirão respostas satisfatórias a essa questão.¹³⁴

Ainda no contexto da racionalidade ética, cabem outras duas sugestões. A primeira refere-se à minorante do parágrafo 4º do art. 33. Ao invés de a causa especial de diminuição de pena ser orientada, com exclusividade, por circunstâncias pessoais do agente, o que apenas faz alimentar um nefasto Direito Penal do autor, condições de caráter objetivo, relacionadas ao fato, poderiam fazê-lo. Por exemplo, poderiam ser estabelecidos duas formas para o crime de tráfico de drogas, a simples e a qualificada, configurada esta última forma mais grave a partir do binômio natureza/quantidade de drogas, aliado à presença de circunstâncias que elevam o desvalor da conduta (como regra, as situações previstas no art. 40: transnacionalidade ou interestadualidade do delito; cometimento do tráfico mediante violência ou grave ameaça; conduta perpetrada nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares; entre outras).¹³⁵

A outra sugestão fica por conta do estabelecimento da pena de multa, segundo os próprios patamares estabelecidos pelo Código Penal, ou seja, entre 10 e 360 dias-multa, a teor de seu art. 49. Parece que o legislador da Lei Antidrogas, ao prever números tão elevados para a pena de multa, direcionava essa maior severidade para fazer frente

¹³⁴ A respeito dos diversos equívocos do proibicionismo, supostamente ligados ao discurso da adição a drogas, cf. HART, Carl. *Um preço muito alto*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014. p. 23 e ss.

¹³⁵ É a mesma ideia que norteia, por exemplo, o Código Penal espanhol, cujos arts. 368, 369 e 370 estabelecem quatro níveis de conduta, que variam entre a atipicidade do fato até a forma qualificada do tráfico de drogas (CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 283). É curioso notar que, nos Estados Unidos, o *Controlled Substances Act* (1970) classifica as substâncias que deseja proibir em cinco categorias (*schedules*), de acordo com uma série de critérios, previstos em sua Seção 201(c), tais como: o risco potencial de adição; os efeitos farmacológicos da droga; os conhecimentos científicos sobre ela; o modo pelo qual se disseminou o seu abuso; os riscos à saúde pública; e se a substância faz parte do processo para a confecção de outra droga proscrita. Cabe a duas agências federais, a *Drug Enforcement Administration* (DEA) e a *Food and Drug Administration* (FDA) a inclusão ou exclusão de substâncias desse rol. A presença da substância em uma das categorias permitirá que o controle da droga ocorra no âmbito federal. No âmbito estadual, cada unidade federativa também tem suas próprias classificações dos níveis das substâncias proscritas. Essas divisões, ainda que não sejam perfeitas, pelo menos comprazem aos reclames da proporcionalidade, diferentemente de nós, à medida que as penas para o crime de tráfico dependerão da natureza e da quantidade das drogas. A listagem completa dos *schedules* de cada estado está disponível no *site* da National Alliance for Model State Drug Laws. Disponível em: <https://bit.ly/37PLMfJ>. Acesso em: 19 jun. 2018.

àquelas situações de enriquecimento com o tráfico, amalhando-se vultoso patrimônio a partir da habitualidade dessa prática comercial ilícita. No entanto, se voltarmos os olhos à realidade, perceberemos que esse exagero na multa não faz sentido algum, porque aqueles que são acusados e condenados por tráfico de drogas pertencem, quase sempre, às camadas mais pobres da população, em nada diferindo, em termos de capacidade econômica, daqueles que são punidos por delitos patrimoniais.¹³⁶

Já no campo da racionalidade teleológica, a proposta é que o tráfico fosse diferenciado do mero porte para uso a partir do estabelecimento de quantidades mínimas, de acordo com a natureza de cada droga, como já ocorre em diversos países.¹³⁷ Conjugado a tais parâmetros objetivos, deveria ser expressamente previsto *designio mercantil* no tipo do art. 33, circunstância que se harmonizaria aos princípios da lesividade e da proporcionalidade.¹³⁸

Na seara da racionalidade pragmática, é impossível propormos quaisquer aperfeiçoamentos estruturais ao tipo de tráfico de drogas; porém, com a melhoria dos outros níveis de racionalidade, naturalmente, serão atenuadas as injustiças ocorridas no âmbito da criminalização secundária.

Em seguida, em se tratando da racionalidade jurídico-formal, 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 gravíssima, porque, se em última análise, pretende-se evitar que exista o consumo de drogas e que esse consumo acarrete uma adição a essas substâncias, seria razoável que as penas para o tráfico de drogas não ultrapassassem aquelas previstas para os casos de *enfermidade incurável*, nos termos do art. 129, §2º, II, do Código Penal.

Além disso, ainda dentro do mesmo nível de racionalidade, os antecedentes criminais e da reincidência devem reocupar o papel que lhes destinaram as regras gerais do Código Penal, porque as penas devem ser dosadas, com absoluta primazia, a partir da análise do fato e de suas circunstâncias, de modo que o passado criminal das pessoas deve ocupar uma função periférica. Mas, de todo o modo, com o acertamento das questões em torno do estabelecimento de níveis de gravidade para o tráfico, com suas formas simples e qualificadas, já tratada na seara da racionalidade ética, os registros criminais naturalmente voltariam à margem da dosimetria da pena, deixando de ocupar o protagonismo que hoje lhes conferiu a Lei 11.343/2006.

Por último, no nível de racionalidade linguística, a utilização de 18 verbos compromete a interpretação do tipo, promovendo uma indesejada abertura, o que desatende aos reclames da taxatividade, corolário da legalidade. Como sustenta Valois, todos os

¹³⁶ Se partirmos do menor valor possível para o *caput* do art. 33, 500 dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo o valor de cada dia, concluiremos que o valor mínimo da pena de multa para o tráfico é de R\$ 15.900,00, superior ao rendimento anual de um trabalhador que recebe um salário-mínimo mensal, considerado o valor do salário-mínimo nacional, a saber, à época da feita deste artigo, R\$ 954,00. SALÁRIO-MÍNIMO: tabela dos valores nominais. Guia trabalhista. Disponível em: <https://bit.ly/2HGRgOP>. Acesso em: 20 jun. 2018.

¹³⁷ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 283.

¹³⁸ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 270.

núcleos do tipo poderiam ser resumidos a dois: *possuir e trazer consigo*, já que ambas as condutas estão implícitas em todas as outras.¹³⁹

Além disso, deveria constar do tipo a finalidade específica de *entrega ao consumo de terceiros, visando ao lucro*, porque o próprio campo semântico da expressão “tráfico”, como vimos, vincula-se à ideia de mercancia,¹⁴⁰ o que, aliás, já se harmoniza à racionalidade teleológica.

Como último ponto da racionalidade linguística, é 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, à medida que o Parlamento deve ser a sede própria para as discussões em torno dos efeitos danosos à saúde dessa ou daquela substância, revelando-se o Legislativo, por conta de sua heterodoxia, com uma capacidade um pouco maior de opor resistência a pressões internacionais, movidas por outros interesses, normalmente de matiz econômica,¹⁴¹ que não a verdadeira preocupação com a proteção da saúde dos cidadãos.

7. Conclusão

A partir da análise dos cinco níveis de racionalidade pensados por Díez Ripollés, resulta evidente que o tipo de tráfico de drogas, confeccionado para o atendimento do clamor por uma normatividade de emergência, apresenta sérias disfuncionalidades, incompatíveis com o modelo democrático estabelecido pela Constituição.

A proclamação mundial de guerra ao tráfico de drogas, movida por interesses econômicos e reafirmações moralistas, que se escudam sob a pretensa proteção da saúde pública, acaba por engendrar uma série de perplexidades éticas, formais e práticas, que situam o crime de tráfico de drogas muito distante das balizas democráticas, que devem direcionar um necessário Direito Penal do fato.

A referida política de combate às drogas é agudizada, no plano doméstico, pela assunção de um pacto entre as três esferas de poder, que cedem às ideologias externas e passam a adotar uma postura belicista contra as drogas sobre as quais se deseja apor a etiqueta da ilicitude e contra os indivíduos que podem ser encaixados no arquétipo pretendido, sempre sob o controle informal da seletividade penal. De acordo com essa postura de guerra, garantias materiais e processuais são vistas como meros entraves a serem violentamente removidos, para o atendimento de uma suposta eficácia punitiva que, sob o pretexto da proteção da saúde, acaba por incrementar a desigualdade e a exclusão social.

Por isso, impõe-se uma tomada de consciência, cujo passo inicial redundando justamente no reconhecimento das irracionalidades promovidas pela citada política mundial para, em seguida, socorrer-mos da dogmática para a correção de diversas disfuncionalidades materiais e formais, visando à humanização da intervenção penal em matéria de drogas.

¹³⁹ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 423.

¹⁴⁰ Cf. item 4.2, *supra*.

¹⁴¹ Muñoz Conde observa que a atual política criminal de drogas repousa no fundamento ideológico econômico da luta pelo controle da circulação de capitais, impedindo-se esse trânsito fora dos circuitos legais (MUÑOZ CONDE, Franciso. *Síntesis e las ponencias y debates*. In: Díez Ripollés, José Luís e Copello, Patricia Laurenzo (coord.). *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 525-530, 1993, p. 527.

Referências bibliográficas

ALPÍZAR CHAVES, Alberto. Función de taxatividad del tipo penal: mandato de certeza “lex certa”. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, v. 17, n. 24, p. 34-43, 2007.

AMBOS, Kai. Sobre o futuro da ciência jurídico-penal alemã: abertura e método discursivo no lugar de provincianismo presunçoso. Trad. Chiavelli Facenda Falavigno. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 121, p. 127-160, 2016.

BALSA, Casimiro; VITAL, Clara; URBANO, Cláudia. *III inquérito nacional ao consumo de substâncias psicoativas na população geral: Portugal 2012*. Lisboa: SICAD, 2014.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 126-146, 1997.

BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, p. 233-240, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOITEUX, Luciana. Brasil: reflexões críticas sobre uma política de drogas repressiva. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, n. 21, p. 16-21, 2015.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. La expansión del derecho penal, sociedade del riesgo y crimen organizado. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 24, p. 93-120, 2012.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. *Tipo penal e linguagem*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

CARNEIRO, Henrique. *Pequena enciclopédia da história das drogas e bebidas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. In: CARVALHO, Erika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *10 anos da lei de drogas: aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 631-659.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1988. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 34, p. 129-146, 2001.

CUÑARRO, Mónica L. ¿Es posible la armonización de la legislación penal em matéria de drogas en el mercosur? In: CUÑARRO, Mónica L. (org.). *La política criminal de la droga*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2010. p. 229-241.

DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. Buscas domiciliares sem mandado e provas ilícitas: reflexões acerca do julgamento do Recurso Extraordinário 603.616, à luz do Direito dos Estados Unidos. *Revista Fórum de Ciências Criminais*, Belo Horizonte, v. 5, p. 137-155, 2016.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. 2. ed. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Da sociedade do risco à segurança cidadã: um debate desfocado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 17, n. 4, p. 547-599, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. O direito penal simbólico e os efeitos da pena. Trad. Luciana Caetano da Silva. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 1, p. 24-49, 2004.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Martinelli. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7-27, 2009.

EAGLETON, Terry. *As ilusões do pós-modernismo*. Trad. Elizabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

EL HIRECHE, Gamil Föppel; FIGUEIREDO, Rudá Santos. Crítica às tipificações relativas ao tratamento do “crime organizado” no projeto de código penal e na Lei 12.850/03. In: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Doutrinas essenciais: direito penal e processo penal*. Vol. VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 427-474.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Trad. Luís Flávio Gomes et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. Elena Larrauri. *Revista Hispano-latinoamericana Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 23-36, 1991.

HART, Carl. *Um preço muito alto*. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

HERNÁNDEZ, Moisés Moreno. Política criminal, sistema procesal penal y dogmática penal. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012*. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 417-436.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization: The limits of the criminal law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2008.

HUSAK, Douglas. Crimes outside the core. *Tulsa Law Review*, Tulsa, v. 39, p. 755-779, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. Dez anos da Lei 11.343/06: dez anos da falida e danosa política de “guerra às drogas”. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 22, p. 18-27, 2016.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da legalidade penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

- MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Direito GV, 2004.
- MACRAE, Edward; SIMÕES, José Assis. *Rodas de fumo: o uso da maconha entre camadas médias urbanas*. Salvador: Edufba, 2000.
- MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e século XXI: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MOCCIA, Sergio. *La perene emergenza: tendenze autoritarie nel sistema penale*. 2. ed. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.
- MOCCIA, Sergio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 7, p. 58-91, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco; ACOSTA, Bella Aunion. Drogas y derecho penal. *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n. 5, p. 147-157, 1991.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Síntesis e las ponencias y debates. In: DíEZ RIPOLLÉS, José Luis; COPELLO, Patricia Lorenzo (coord.). *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 525-530.
- NIETO MARTÍN, Adán. Americanización o europeización del derecho penal económico. *Revista Penal Tirant lo Blanch*, Valencia, n. 19, p. 120-136, 2007.
- PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. A política legislativa e a racionalidade das leis penais no Brasil. In: PASCHOAL, Janaína Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: G/Z, 2014.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Forense, 2012.
- RIBEIRO, Maurides de Melo. A evolução histórica da política criminal e da legislação brasileira sobre drogas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 286, p. 5-8, 2016.
- ROXIN, Claus. *Problemas actuales de dogmática penal*. Trad. Manuel A. Abanto Vasquez. Lima: Ara Editores, 2004.
- RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios e anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre a política de drogas. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). *Drogas: uma nova perspectiva*. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 235-250.
- SHIMIZU, Bruno; CACICEDO, Patrick. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para a diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. *Boletim IBCCRIM*, n. 286, p. 8-9, 2016.
- SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? Trad. Luís Greco. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 100.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 3. ed. Madri: Edisofer, 2011.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Repatriação e crime: aspectos do binômio crise econômica e direito penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- SINGER, Richard; LA FOND, John. *Criminal law*. 3. ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2004.

SWEET, Robert W. Política antidroga en USA: un punto de vista. *Jueces para la Democracia: información y debate*, [online], n. 9, p. 61-67, 1990.

TEITEL, Ruti. *Humanity's law*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

THOMAS, George. *Double jeopardy: the history, the law*. Nova Iorque: New York University Press, 1998.

TIEDEMANN, Klaus. La ley penal e blanco: concepto y cuestiones conexas. Trad. Antoni Llabrés Fuster. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 73-97, 2002.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da Guerra às drogas*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VITOR, Enrique García. *Aspectos político criminales en materia de drogas*. *Revista de Ciencias Penales*, Buenos Aires, n. 2, p. 71-92, 1999.

VOGEL, Joachim. La internacionalización del derecho penal y el proceso penal. Trad. Alfonso Galán Muñoz. *Revista Penal Tirant lo Blanch*, Valencia, n. 22, p. 160-167, 2008.

WISOTSKY, Steven. Zero tolerance, zero freedom: a report on the current situation in the United States war on drugs. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; COPELLO, Patricia Laurenzo (coord.). *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993. p. 381-459.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.