

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO**

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

PAULO CESAR CORREA BORGES

CARLOS ALBERTO MENEZES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito penal, processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização
CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Carlos Alberto Menezes, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Paulo Cesar
Correa Borges– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-045-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de
desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito penal. 3.
Processo penal. 4. Constituição I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju,
SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

O Grupo de Trabalho n. 4 - Direito Penal, Processo Penal e Constituição - contou com trinta e três artigos aprovados para as respectivas apresentações, que ocorreram no dia 04 de junho de 2015, sob a coordenação dos penalistas Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS). Os artigos foram agrupados segundo a temática desenvolvida, permitindo uma interlocução entre os autores e demais debatedores, oriundos de diferentes programas de pós-graduação vinculados ao Sistema Nacional de Pós-Graduação.

Os desafios contemporâneos das Ciências Penais e das suas interdisciplinariedades com o Direito Constitucional perpassaram as pesquisas apresentadas, propiciando ricos debates, embora premidos pela relação quantidade-qualidade.

Além disso, as perspectivas garantistas e funcionalistas também estiveram presentes nos artigos, propiciando até a busca de superação de uma visão dicotômica das duas correntes. Diversificados foram os temas: a teoria da dupla imputação; responsabilidade penal da pessoa jurídica; direito penal ambiental; tráfico de órgãos; crimes transfronteiriços; criminalidade organizada; doutrina do espaço livre de direito; controle de convencionalidade; criminal compliance; proteção penal dos direitos humanos; multiculturalismo; crimes cibernéticos; crueldade contra animais; direito penal tributário; direito penal do inimigo; expansão do direito penal; e necessidade de descriminalização de certos tipos penais.

Até a teoria geral do processo penal teve sua utilidade questionada. Questões práticas, no âmbito do processo penal foram debatidas, tais como a homologação, ou não, do pedido de arquivamento de investigação criminal, em foro por prerrogativa de função ou em inquérito policial; a execução provisória da pena privativa da liberdade; flexibilização das normas relativas a usuários de drogas; inversão do contraditório; inovação de tese defensiva na tréplica no Júri, o sigilo das votações, fundamentação e a repercussão de seus julgamentos na mídia; psicologia do testemunho; risco no processo penal; medida de segurança; e prisões cautelares.

O Grupo de Trabalho cumpriu seu objetivo de reunir pesquisadores de todo o país para a reflexão teórico-prática de diversos temas que estão presentes na pauta das Ciências Penais, bem como para a atualização e compartilhamento de novos recortes epistemológicos relativos ao Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional.

Os artigos que foram aprovados, pelo sistema do duplo cego, foram submetidos à crítica dos debates proporcionados no Grupo Temático e, uma vez mais, estão sendo publicados no livro que ora se apresenta a toda a comunidade acadêmica, e que permitirão uma análise crítica por aqueles pesquisadores e especialistas que, se não puderam participar dos debates orais, poderão aprofundar a interlocução com os produtos de outras pesquisas, que já vem sendo desenvolvidas e que culminaram com as suas produções e poderão servir de referência para outros estudos científicos.

Isto, por si mesmo, já está a indicar a excelência do resultado final e a contribuição de todos os co-autores e dos coordenadores do livro, para a valorização da Área do Direito.

A oportunidade do livro decorre dos debates atuais sobre o populismo penal que, invariavelmente, recorre a bandeiras político-eleitoreiras, subjacentes a propostas de recrudescimento do tratamento penal para as mais variadas temáticas, sem ao menos ter por parâmetros científicos proporcionados pelos pesquisadores das Ciências Sociais Aplicadas, dentre as quais o Direito e, mais particularmente, o Direito Penal, Processual Penal e Constitucional.

Aracaju-SE, junho de 2015.

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR), Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (UNESP-Franca) e Prof. Dr. Carlos Alberto Menezes (UFS).

**A INDEFINIÇÃO OBJETIVA DE USUÁRIO E TRAFICANTE E O DESVIO
EPISTEMOLÓGICO DA DOGMÁTICA PENAL: A FORTIFICAÇÃO DO
FUNCIONALISMO SISTÊMICO E OS RISCOS PARA O ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

**THE UNCERTAINTY DEFINITION BETWEEN DEALER AND USER AND THE
EPISTEMOLOGICAL SHIFT OF CRIMINAL LAW: THE STRENGTHEN OF THE
SYSTEMIC FUNCTIONALISM AND THE RISKS TO THE RULE OF LAW**

**Érica Babini Lapa Do Amaral Machado
Helena Rocha Coutinho de Castro**

Resumo

O presente trabalho examina os objetivos da dogmática penal ante a problemática da indefinição (objetiva) do conceito de traficante e usuário na lei 11.343/06 e os eventuais riscos que a violação aos preceitos dogmáticos enseja. Inicialmente, é feita uma compilação da evolução histórica da dogmática como paradigma da ciência moderna para contenção do arbítrio estatal. A partir de então, tendo como premissa a função do Direito Penal, sob o modelo do Estado Democrático de Direito, questiona como se dá a definição prática de usuário e traficante. Conclui que o conceito é contruído a partir da imagem de um traficante perigoso e sua consequencia sobre a política criminal de enfrentamento às drogas ilícitas. Consequentemente, identifica-se o encaminhamento do Direito Penal para a perspectiva do funcionalismo sistêmico, ante o manejo do Direito Penal do Autor. Diante disso, conclui-se que a influência da imagem social do traficante disfuncionaliza a dogmática como estrutura limitadora do Direito Penal, afastando-se do padrão de cientificidade que concede ao Direito autoridade de lidar com o conflito e desmantelando o modelo do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Dogmática penal; tráfico de drogas; usuário, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

This paper deals with the problem of the uncertainty concept (objective) between dealer and user in the law 11.343 / 06 and analyse the risks in terms of violation of the dogmatic precepts. Initially, is made a compilation of the historical evolution of dogmatic function as a paradigm of modern science. Since then, taking as premise the function of criminal law, point in question the way of user and dealer is defined. The conclusion is that is result of a construction of a dangerous social image by the war on drugs. Thus, the criminal law is identified by a personal criminal law, based in functionalism theory, taking the criminal law against the Rule of Law, what point to the incpacit to lead with conflicts, because it is not legitimated.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal law, Drug trafficking, User, Rule of law

1. Introdução

Neste artigo pretende-se compreender se os objetivos da dogmática penal são obedecidos ante à problemática da indefinição (objetiva) do conceito de traficante e usuário na lei 11.343/06 e os eventuais riscos que a violação aos preceitos dogmáticos pode surgir.

Para isso, detalha-se, como historicamente, a dogmática é produto do paradigma moderno das ciências em geral que se impõe desde meandros do século XVI. O dogma representa a pretensão de segurança requerida pelo padrão de conhecimento da modernidade, porquanto estabilidade e previsibilidade são competências que dele decorre no sentido da decisão jurídica clara e previsível, evitando, portanto, arbítrios e subjetividades.

Epistemologicamente, o Direito Penal, quando desenvolve a Teoria dos Bens Jurídico-penais, adequa-se às pretensões modernas apresentado as exatas funções pretendidas pelo padrão de conhecimento da modernidade.

Assim, a proteção de bens jurídicos, entendidos como os interesses vitais para a vida coletiva, sendo pois, o fundamento e o limite do agir punitivo, torna-se a razão de ser do Direito Penal no modelo de Estado Democrático de Direito.

Um modelo de Estado que apresenta o homem como núcleo intangível e objetivo maior do modelo jurídico, razão pela qual, o utilitarismo do Direito Penal, legitimado na segurança jurídica que promete, tem este homem como o destinatário final das normativas dogmáticas.

Contudo, a atual política criminal antiproibicionista relativa a entorpecentes lança vetores divergentes da razão essencial do Estado moderno. A indefinição conceitual, com critérios objetivos, de usuário e traficante, na Lei 11.343/06, é uma porta aberta para essa questão, lançando possibilidades da instauração do funcionalismo normativo, o que, em si comprometeria a estrutura do Estado Democrático de Direito.

É sobre esse risco da indefinição conceitual e a disfuncionalidade epistemológica da dogmática que trata o trabalho. Siga-se.

2. Dogmática, modernidade e a racionalização: avanços iluministas para contenção do arbítrio

A ideia de limitação do Estado remonta à antiguidade, quando na Grécia, Sófocles escreveu sobre o conflito de normas (humanas e divinas) no drama teatral entre os personagens Antígona e Creonte. Contudo para evitar as divagações desnecessárias (OLIVEIRA, 2004) considerar-se-á como marco inicial dessa discussão o período Iluminista, com o ideal de uma ordem jurídica de poucas, claras e simples leis (BECCARIA, 2000).

O Iluminismo é um período tradicionalmente reconhecido como limitador do arbítrio do período absolutista, a partir da ferramenta do contrato social, deflagrado com a Revolução Francesa, cuja premissa foi dotar a razão de escudo e espada contra a ordem antiga, questionando a tradição e autoridade para colocar o homem e aplicação das leis naturais como ponto de partida (BUSTOS RAMÍREZ, 1983).

Os postulados dessa nova ordem fundaram-se no racionalismo, tendo todos os homens como iguais e todas as liberdades protegidas, sendo as eventuais discrepâncias entre interesses individuais e coletivos resolvidas pela lei como mecanismo de compatibilização.

A comprovação desta pretensão percebe-se nas elaborações teóricas da época, do qual Beccaria figura como expoente e defende que

As vantagens da sociedade devem ser repartidas entre todos os seus membros. Entretanto, entre os homens reunidos, nota-se a tendência de acumular no menor número de privilégios, o poder e a felicidade, para só deixar à maioria a miséria e a fraqueza. Só com boas leis podem-se impedir tais abusos. Mas, de ordinário, os homens abandonam as leis provisórias e a prudência do momento e o cuidado de regular os negócios mais importantes, quando não os confiam à discricção daqueles mesmos cujo interesse é oporem-se às melhores instituições e às leis mais sábias (BECCARIA, 2000, p. 1).

A segurança jurídica é o principal postulado do período, pois é a característica que direciona a limitação do arbítrio estatal, vinculando-o à norma pela determinação do princípio da legalidade que, do ponto de vista jurídico-penal, impõe “não somente a possibilidade de conhecer previamente os delitos e as penas, mas também, a *garantia* de que o cidadão não poderá ser submetido, por parte do Estado, nem dos juizes, a penas que o povo não admita” (MIR PUIG, 2007, p. 127).

A segurança jurídica não significa apenas que o comportamento dos tribunais e tornou mais previsível, que o interessado podia estar melhor preparado para a jurisprudência futura, que se podia ler num livro acessível à generalidade das pessoas com que direitos e deveres se deveria contar. A segurança jurídica significa também que a correção da ação dos tribunais passou a poder ser

controlada de forma mais exacta – no pressuposto já mencionado de que esta correção estivesse em conformidade com a lei (HASSEMER, 2002, p. 285)

Enfim, ideia de segurança jurídica concede a ideia de sistema, segundo o critério de dedução lógica, deslocando o ponto de partida do estudo do direito, no nosso caso, do direito penal, da autoridade estatal para a razão, “introduzindo a noção de sistema como herança que não mais abandonará e que constituirá uma das notas típicas do paradigma dogmático, não obstante o deslocamento que fará em relação aos axiomas norteadores do sistema jusnaturalista” (ANDRADE, 2003-a, p. 36).

Essa é a ideia elementar da formação do Estado de Direito o qual se entende por um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais aptas a conduzirem a vida coletiva, resguardado o direito do cidadão de recorrer a um juiz em caso de abusos ou excesso de poder (BOBBIO, 1988, p. 18), já que o homem é sujeito de direito, autonomamente considerado em relação ao Estado, a medida de todas as coisas, portador de direitos inatos, invioláveis.

Este utilitarismo atribuído ao Estado, justificava (e é o que justifica) a possibilidade de punir, tendo em vista que ao Direito cabia a proteção da sociedade - “o *ius puniendi* resultava da necessidade que os cidadãos sentiram de renunciar a parte de sua liberdade em favor do Estado como meio de garantir a liberdade possível em sociedade” (CUNHA, 1995, p. 32).

Para instrumentalizar a realização da segurança jurídica, a burguesia tomou o fundamento do Direito Natural, fazendo desaparecer o súdito, substituindo-o pelo cidadão, titular de direitos diante do Estado e contra ele. Para tanto, a lei, fruto da vontade geral, é justificada com a razão humana (FREITAS, 2001, p. 49).

Essa passagem dos Direitos Naturais com a respectiva exclusão culminou com a formação dos Códigos com início no final do século XVIII, até o estabelecimento por completo no século XX, quando as tendências utilitaristas ratificaram a estrutura social, consolidando o positivismo (BUSTOS RAMÍREZ, 1983, p. 17), momento em que os códigos exerceram papel fundamental, exaltando o primado da segurança tão desejado pelos iluministas em razão da exatidão e da unidade (HASSEMER, 202, p. 281).

A sistematização da segurança legítima e preside duas convicções que rondavam o pensamento dos clássicos: o Estado como único produtor do Direito e a lei como sua única fonte. Um movimento que o positivismo do século XIX receberá com muito entusiasmo, passando a ser a lei o instrumento capaz das transformações sociais.

O legislador, sofrendo um processo de forte idealização, apresentava-se como uma espécie de moderno rei de Midas, acima das paixões humanas, com o olhar constantemente voltado à felicidade pública; e a atenção deslocava-se, de modo arriscado, do conteúdo à forma da lei: importante era que o ato normativo proviesse de um determinado sujeito – aquele investido pelo poder supremo da soberania – com a única garantia do respeito a um certo processo e a uma adequada publicidade (GROSSI, 2007, p. 130).

É um movimento que desconfia do social e concede exacerbada confiança ao Estado, cuja tarefa é vigiar a sociedade civil. É o triunfo da visão estatalista que tem como única fonte legítima do Direito o aparelho estatal.

Enfim, os limites derivados do Estado de Direito são resumidos no princípio da legalidade, calcado na teoria do contrato social que pressupõe uma organização política de divisão de poderes, cuja competência para elaboração da lei é dos representantes do povo.

Isto é, a legitimação da lei baseada na vontade geral, pautada na generalidade e abstração, com capacidade de projeção uniforme a todos os cidadãos, fazendo com que todos sejam “considerados abstratamente iguais, concebidos como indivíduos abstratos, malgrado as misérias e os grilhões das situações concretas em que vivem” (GROSSI, 2007, p. 19), é a grande fonte do Direito. Aliás, “o contrato social é a metáfora fundadora da racionalidade social e política da modernidade ocidental” (SANTOS, 2006, p. 318).

O direito subjetivo de punir nasce exatamente desse contexto, em que os cidadãos relegam ao Estado parte de sua liberdade o qual tem o direito-dever, decorrente mesmo de uma *facultas agendi* de punir aquele que violou os preceitos da coletividade, materializados no bem jurídico.

Foi exatamente essa necessidade de refinamento do ordenamento jurídico para limitação do arbítrio estatal que nasce a necessidade de codificação já aventada nos termos anteriores, porque foi a partir da codificação que fez surgir a oportunidade de criação de uma jurisprudência segura, com as consequências de proteção à cidadania.

Na verdade, os movimentos Iluminista e Positivista são reflexos do mesmo paradigma de conhecimento que influenciou todas as ciências, inclusive o Direito e especificamente o Direito Penal: o paradigma da ciência como certeza, cuja validade decorre da objetividade, reduzindo o universo de observação àquilo que pode ser matematicamente quantificável, desprezando elementos pessoais como sentimentos, etc., era a validade pela razão que se torna elemento central.

Os pressupostos da modernidade são baseados em três pilares fundamentais: a potencialidade da razão, o progresso que a razão pode impingir no futuro do homem e o desenvolvimento da técnica e da cultura, tudo como forma única de libertação das trevas da Idade Média. Assim, as dimensões de presente, passado e futuro se interpenetram na pretensão, sempre paulatina, de controle do futuro, a fim de que os riscos de retorno dos tempos antigos, não surjam repentinamente

São conceitos que visam atribuir segurança ao futuro, de modo que este deve ser sempre idealizado linearmente, sem rupturas, pois é neste sentido que a razão alimenta a técnica e esta que consubstancia o progresso no sentido de sempre formar expectativas de que o futuro será sempre um acontecimento previsível e pacífico para o homem.

Nesse sentido o tempo passa a ser um instrumento histórico e “os séculos transformam-se em conceitos temporais de experiência histórica, proclamando sua unicidade a impossibilidade de serem substituídos como unidades do acontecer” (KOSELLECK, 2006, p. 284).

O paradigma de conhecimento da modernidade concede um movimento de progressão geométrica no sentido da universalização ou abstração temporal de todas as experiências que pululam no âmbito do conhecimento, e, no âmbito penal, a coerção funciona como um instrumento de controle social e de segurança interior, legitimado pelos próprios objetivos de resolver os problemas sociais (HASSEMER, 2005, p. 64).

A formação do Estado-nação, pautado na promessa de *pax ex justitia* aos súditos, a garantia de lei e ordem e a supressão de poderes alternativos de controle da conduta desordeira pautada na vontade soberana do Rei, em como sinônimos a aplicação da lei e controle da criminalidade.

Na verdade, é um movimento entre passado e futuro, pois o dogma do racionalismo, próprio da modernidade, é o mesmo dogma da fé do Direito Teocrático. O que houve foi mera alteração de objeto, mas sempre esteve presente a ideia de controle do futuro. Agora, “o soberano, o excelso, o metafísico estava presente no homem. Não há melhor ilustração dessa soberania do que a teoria contratual, em que os indivíduos deveriam repassar a sua soberania para um poder supremo, para alguém que os governasse, um poder transcendental” (DOMITH, 2005, p. 13-14).

Mas inobstante tal constatação, toda a pretensão da modernidade é garantir que o futuro permanecerá seguro, realizando a utopia do mundo perfeito, cujo conhecimento mantém a ordem do hoje e do amanhã; um mundo transparente em que nada de obscuro

ou impenetrável se coloque a caminho do fim da harmonia – nada fora do lugar, um mundo sem sujeira – sem estranhos (BAUMAN, 1998, p. 21).

É que

Opondo, dicotomicamente irracionalidade (arbitrariedade, acaso, azar, subjetividade, improvisação) e racionalidade (igualdade, uniformização, previsibilidade, calculabilidade, certeza, segurança) no exercício do poder punitivo do Estado que se materializa na aplicação judicial do Direito Penal e identificando racionalidade e justiça, o discurso dogmático aspira exorcizar a primeira pela mesma via sistemática que promete realizar a segunda (ANDRADE, 2003-a, p. 23).

A dogmática, tem, portanto, função de racionalização do Estado e limitação do seu agir, no sentido de garantia de uma ordem e uma perenidade, igualitária, para todos cidadãos.

3. Dogmática e funções do Direito Penal: um encaixe no Estado Democrático de Direito

Vistas as funções da dogmática, não se pode descuidar que são sempre de grande vulto as problemáticas que envolvem o Direito penal, tendo em vista que

Falar de Direito penal é falar, de um modo ou de outro, de violência. Violentos são geralmente os casos a que se ocupa o Direito penal (roubo, assassinato, terrorismo, rebelião). Violenta é também a forma pela qual o Direito penal soluciona estes casos (cárcere, internamentos psiquiátricos, suspensões e inabilitações de direitos). O mundo está repleto de violência e não é, portanto, exagerado afirmar que esta violência constitui um ingrediente básico de todas as instituições que regem este mundo, também o Direito penal. O Direito penal, tanto nos casos em que sanciona como nas formas de sancioná-los é, pois, violência, mas nem toda violência é Direito penal (MUÑOZ CONDE, ARÁN, 2002, p. 29).

O Direito Penal carrega consigo um caráter dúbio, pois tutela bens de uns, ferindo bens de outros, é como uma “espada de dois gumes, tutelando bens jurídicos mediante lesão dos mesmos” (LISZT, 2005, p. 56). Aliás,

em termos de considerações jusfilosóficas, pode-se afirmar que o ponto forte do direito penal coincide com seu ponto fraco, o que pode ser expresso na metáfora grega do *fármakon*, reativada por filósofos do direito italiano para indicar os problemas de legitimação do Direito penal, de como qualquer outro remédio forte, o direito penal pode facilmente se tornar um veneno, destruir o organismo que pretende curar, como indica o duplo significado do termo grego *fármakon* (meio de cura e de envenenamento) (SABADELL, DIMOULIS, 2006, p. 49).

É bem verdade que “a ciência do direito penal (a que tem por objeto o estudo deste ordenamento) é de data recente” (CANTERO, 1975, p. 45). Esta perspectiva deriva das ideologias que influenciaram a formação do Estado Liberal dos séculos XVIII e XIX, e como visto, anteriormente, sendo o valor - segurança jurídica - o elemento fundamental do período moderno, o Direito Penal passa a exercer uma importante função: a proteção de bens jurídicos, que significa a proteção dos valores mais essenciais à pessoa e à sociedade (NAVARRETE, 2002, p. 110). Nesse caso, a função do Direito Penal seria proteger os reais interesses do homem, vinculados à sua capacidade de viver individual e coletivamente.

Assim, o foco de atenção do Direito Penal passa a ser os bens jurídicos como elemento de tutela e função maior do ordenamento jurídico-penal, a ponto de que “A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal [...] A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido” (ROXIN, 2006, p. 16).

Nesse sentido, à Teoria dos Bens Jurídicos cumpre proteger os valores essenciais declarados pela coletividade, na medida em que resguarda as condições elementares mínimas para a convivência.

Bem é o interesse transformado pela norma jurídica em interesse jurídico, pois toda norma jurídica surge para amparar algo e/ou alguém em uma relação de interesse para que este seja preservado, por via de consequência, com a norma, esse interesse se transforma em interesse jurídico, tornando-se um bem (UBIETO, MCMXC). A doutrina penal em geral estabelece uma relação entre a função penal e a própria missão estatal, posto que a lógica da teoria é assente em dois pressupostos: um porque os direitos fundamentais previstos normativamente em qualquer âmbito legislativo precisam ser tutelados pelo Estado contra a ameaça dos demais, e dois porque frequentemente ocorrem lesões a esses direitos, cabendo ao Estado declarar quem o detém legitimamente, punindo os que violam ilegalmente (SABADELL, DIMOULIS, 2006).

É nesse sentido que afirma HEINZ ZIPF (1979, p. 35):

A missão do Direito penal resulta, como é logicamente, como função parcial da missão geral do Estado. Se o Estado tem, em conjunto, a missão de garantir a convivência das pessoas em uma área restrita e com meios limitados, disto deriva, para o âmbito parcial da justiça criminal, que o Estado sanciona a infração de normas positivas com uma penal a fim de manter a ordem.

Sendo o bem jurídico a direção do Direito Penal, não se pode perder de vista dois pressupostos: a relação com os direitos fundamentais previstos normativamente, carentes da tutela estatal, e a necessidade do punir quem ofende esses valores ilegalmente (SABADELL, DIMOULISS, 2006).

Com isso a Teoria qualifica-se com uma característica teológico-funcional, pois indica que o conceito de crime não pode ser deduzido de ideias sem conteúdo determinado, ao revés deve pautar-se num fim, isto é na proteção de valores; e também com uma racionalidade, porque fundamenta a necessidade de intervenção penal, justificando-a como *ultima ratio*.

Isto significa que não cabe ao Direito Penal tutelar elementos morais, que são de ordem pessoal e podem não ser necessariamente iguais para toda a sociedade, como é o caso de questões de moral sexuais, apesar de afirmativas do tipo “proteção da vida comum em sociedade”, interesse “juridicamente relevante,” bem como estilos de vida de cada cidadão.

Tal postura consagra a natureza subsidiária do Direito Penal, que impõe o dever de “punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para uma vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se” (ROXIN, 1993, p. 29).

Como todo o poder estatal advém do povo, já não se pode ver a sua função na realização de fins divinos ou transcendentais de qualquer outro tipo. Como cada indivíduo participa no poder estatal com igualdade de direitos, essa função não pode igualmente consistir em corrigir moralmente, mediante a autoridade, pessoas adultas que sejam consideradas como não esclarecidas intelectualmente e moralmente imaturas. A função limita-se, antes, a criar e garantir a um grupo reunido, interior e exteriormente, no Estado, as condições de uma existência que satisfaça as suas necessidades vitais (ROXIN, 1993, p. 29).

Não é sem razão afirmar que “a tutela de bens jurídicos que define simultaneamente a função do direito penal e marca os limites de legitimidade de sua intervenção”.

Neste contexto importa compreender que a legitimidade do Direito Penal está condicionada à realização da função que declara cumprir, isto é a proteção dos bens jurídicos, e que o uso do *jus puniendi* como ferramenta de amparo somente pode ser manejada para tal fim.

Partindo de um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve “funcionar como um mal menor que somente é admissível na medida em que resulte de todo necessário” (MIR PUIG, 2006, p. 85), sendo essa necessidade condicionada não a “quando ‘lhe interesse’ (o poder punitivo), ou lhe pareça útil para proteger interesses de grupos de poder, mas somente em caso de lesão ou ameaça de lesão de um bem jurídico previamente identificado” (SABADELL, DIMOULIS, 2006, p. 51).

Eis a razão pela qual é a Teoria dos Bens Jurídico-penais o fundamento e o limite da intervenção penal, de modo que o exercício do *jus puniendi* apenas se justifica para proteger os valores erigidos à categoria penal.

O fato é que

O bem jurídico já foi identificado como bem vital, reconhecido socialmente como valioso, como valor jurídico ou interesse jurídico, como interesse juridicamente reconhecido em um determinado bem como tal em sua manifestação geral... como unidade funcional valioso ou como valores institucionais e estados juridico-penalmente protegidos, que são imprescindíveis para a ordenada convivência humana e que devido a estas divergências, que frequentemente são pouco precisas quanto ao seu alcance, o relativo consenso sobre o conteúdo jurídico penal da proteção de bens jurídicos repousa sobre fundamentos inseguros. Por isso, o conceito material de delito e a teoria do bem jurídico seguem contando ainda hoje entre os problemas básicos menos clarificados com precisão do Direito penal (ROXIN, 1997, p. 70-71).

Não obstante a função de limitação, talhada pela Teoria dos Bens Jurídico-penais, atualmente a dogmática penal tem se deparado com o modelo político criminal proibicionista de guerra às drogas.

Rosa del Olmo, ao iniciar sua análise acerca do tema, tece considerações sobre a carga ideológica que possuem as palavras que são usadas no discurso antidrogas. Nesse sentido, a linguagem tem efeito direto sobre a realidade que considera, especialmente quando, como no caso da realidade social, há a possibilidade de escolha de outros signos linguísticos para se referir ao mesmo objeto (cf. OLMO, 2004, p. 118).

Com efeito, o próprio termo “droga” carrega em si um forte apelo emocional, o que ofusca o fato de o seu conceito ser quase impossível de ser delineado com exatidão (cf. OLMO, 1990, p. 22), e como consequência não há como delimitar o que vem a ser o grande “mal” dos entorpecentes. Guerreamos, mas sem saber direito contra o que.

E ainda pior, o uso genérico do conceito também faz com que sejam envolvidas sob um mesmo tratamento penal e jurídico substâncias que apresentam efeitos diversos na sociedade e na saúde das pessoas. “De fato, há drogas e drogas. A única coisa em

comum que existe, por exemplo, entre a maconha e a heroína é estarem proibidas sob as mesmas penas e a mesma lei” (BATISTA, 1990, p. 59).

Diante do movimento antidrogas cada vez mais forte, necessária se faz a ponderação da maneira pela qual essa ideologia evoluiu a ponto de influenciar tão fortemente a política de poder punitivo da imensa maioria dos estados da comunidade internacional¹, e os efeitos que produz em termos de dogmática penal.

4. Indefinição objetiva entre usuário e traficante e a disfuncionalidade epistemológica da dogmática penal – a construção de um Direito Penal do Autor.

Para melhor compreender a questão da guerra às drogas é importante ter como premissa o que Alessandro Baratta estabelece como sistemas de comportamento e comunicação classificados como abertos e fechados. No primeiro caso, os atores que fazem parte do sistemas são mutáveis, e assim, nem a maioria nem a minoria é estável. Já no sistemas fechados, quase todos os grupos de atores sociais integram a maioria, e apenas um grupo faz parte da minoria dissidente, representando assim, um sistema homogêneo que suprime qualquer tipo de transformação (cf. BARATTA, 2004, p. 115).

A partir do estabelecimento desses conceitos, percebe-se que o sistema de tratamento das drogas ilegais constitui um exemplo importante de sistema de comportamento de fechado. Isso porque os atores sociais envolvidos na política de drogas se fecham em uma atitude afirmadora em relação as diretrizes estabelecidas contra um minoria desviante, que possui contornos bem definidos (cf. BARATTA, 2004, p. 116).

Para garantir a conservação desse tipo de sistema de comportamentos, os meios de comunicação em massa são essenciais para a sua auto-reprodução ideológica, em virtude, principalmente, da emissão de mensagens de conteúdo homogêneo. O autor explica que nas sociedades industrializadas, a comunicação e as experiências diretas entre os sujeitos cede cada vez mais espaço para uma comunicação em massa da mídia. E assim:

¹No Brasil, cita-se como exemplo o trabalho do Professor Salo de Carvalho, “A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei. 11.343/06.”, no qual são analisados todos os aspectos da nova lei de drogas; bem como o de Orlando Zaccone “Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas.”, dentro do qual o autor procura traçar o perfil dos traficantes de drogas cariocas.

A grande interdependência da homogeneidade das mensagens dos meios de comunicação e a homogeneidade das atitudes do público e dos outros atores dos sistemas fechados, é um aspecto particular da maneira como, em geral, se realizam os processos de comunicação das sociedades industriais avançadas (BARATTA, 2004, p. 118)².

Sabe-se que a questão da influência na reprodução de certas ideologias pela mídia é bastante complexa, sempre se incorre no risco de simplificação excessiva da problemática, uma vez que a divulgação de informação em geral nem sempre é negativa e integra o próprio funcionamento da democracia. Todavia, no que concerne especificamente o problema das drogas, pode-se dizer que, ao menos, os grandes veículos de comunicação caminham na mesma direção.

Em trabalho encomendado pela UNICEF acerca da mídia brasileira e a reprodução da violência, é possível se ter acesso a dados de inúmeras pesquisas acerca do tema, dentre as quais a da psicóloga Mônica Gorgulho que em 2001 constatou que de 3.792 reportagens acerca do tema, 25,86% tratavam do tema sob a perspectiva de repressão, 12,68% sob a os danos da utilização das drogas ilícitas e 11,13% acerca da apreensão policial (NJAINÉ, 2005).

Diante desse marco teórico, percebe-se que uma das medidas adotadas pelos governantes é a divulgação maciça de todo o suposto mal que a droga traz para a sociedade, não apenas em relação à saúde pública mas também no que tange a segurança nacional. Sem dúvidas, essa propaganda negativa tem surtido grandes efeitos, uma vez que atualmente aceita-se a droga como um mal a ser eliminado a qualquer custo, sem grandes questionamentos acerca da real necessidade dessa política combativa, caracterizando um sistema fechado nos termos estabelecidos por Alessandro Baratta.

Pode-se considerar em linhas gerais, tomando como base apenas a vivência cotidiana no Brasil e os discursos vendidos pela mídia, alguns pontos do que o senso comum crê em relação ao tema das drogas ilícitas na sociedade. Em primeiro lugar, seu consumo é tido um dos principais malefícios à saúde dos indivíduos que existe na contemporaneidade; já a sua comercialização está sempre associada a outros tipos de crimes, que fomentam a violência dos estados e tornam o cotidiano das cidades mais

² Tradução livre de: “La elevada interdependencia de la homogeneidad de los mensajes de los medios de comunicación y la homogeneidad de las actitudes del público y de los otros actores en los sistemas cerrados, es un aspecto particular de la manera como, en general, se realizan los procesos de comunicación en las sociedades industriais avanzadas”.

inseguro; e, por fim, as pessoas que integram as atividades relacionadas às drogas são grandes criminosos, capazes de qualquer tipo de imoralidade para atingir seus objetivos (cf. BATISTA, 1990, p. 59-61). De fato, nesse contexto, fica difícil afastar a crença de que o tráfico de drogas é um das principais mazelas sociais da contemporaneidade.

Em relação ao traficante, o estereótipo costuma seguir, durante as décadas analisadas (dos anos cinquenta aos noventa), a mesma linha de raciocínio, qual seja a do considerado “invasor”, “conquistador”, ou mais especificamente como “narcoterrorista” e “narcoguerrilheiro” (OLMO, 1990, p. 24). Consegue-se, assim, utilizar o discurso político de segurança para justificar o jurídico, e assim implementar a criminalização e enrijecer o poder punitivo sem grandes questionamentos.

No caso da Lei 11.343/06, responsável pela criminalização do tráfico e uso³ de entorpecentes, a ideologia do inimigo se perpetua também na própria lógica da construção dogmática dos tipos penais. Isso porque a diferenciação entre o tipo previsto no art. 28⁴ e do art. 33⁵, os quais simplesmente estabelecem a fronteira entre usuário e traficante, é extremamente tênue, o que escapa até mesmo dos padrões da dogmática penal e do seu esforço ilusório de manutenção da segurança jurídica⁶.

³ Recentemente, houve um questionamento jurídico acerca da possível descriminalização do uso de drogas com a promulgação da Lei 11.343/06, todavia, a questão foi dirimida com a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal: “1. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desprezo do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). (...)” (RE-QO 430105 / RJ - RIO DE JANEIRO/QUESTÃO DE ORDEM NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO / Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE / Julgamento: 13/02/2007 / Órgão Julgador: Primeira Turma. DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729)

⁴ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

⁵ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

⁶ Diz-se ilusório, tomando por base os ensinamentos de Vera Andrade acerca da eficácia invertida da dogmática penal: “Ao mesmo tempo que a segurança jurídica aparece empiricamente falsificada pelo império da *in*-segurança jurídica, aparece simbolicamente reafirmada e este simbolismo tem gerado efeitos legitimadores não apenas no subsistema da Justiça, mas de todo o sistema penal, acompanhando

Inicialmente, tem-se que boa parte dos verbos escolhidos para a tipificação dos mencionados artigos são exatamente os mesmos, tais quais *adquirir, ter em depósito, transportar, trazer consigo e guardar*. Perante tal constatação, “do que se depreende da dogmática penal, a única forma de diferenciação entre as condutas seria a comprovação do objetivo para consumo pessoal (art. 28)” (CARVALHO, 2013, p. 324). Nesse sentido, o delito do art. 33 não requer a intenção específica de traficar, apenas o dolo genérico de efetivar um dos verbos no tipo (cf. CARVALHO, 2013, p. 323).

Ora, diante da desmedida abertura dogmática, questiona-se: o que leva às agências punitivas estatais a enquadrarem um indivíduo flagrado portando drogas a considerá-lo traficante ou usuário? Levando-se em conta que nem a própria lei estabeleceu critérios objetivos para a orientação dos juízes, a única conclusão possível é que depende exclusivamente do entendimento das agências de poder que aplicam a lei penal (polícia e poder judiciário) possuem do acusado.

Passa-se assim a criminalizar as características sociais do autor, o que necessariamente se distancia do julgamento da conduta em si, dando asas ao chamado direito penal do autor. Nas palavras de Vera Andrade:

O que começa a se esboçar doravante é uma modulação que se refere ao próprio infrator, à sua natureza, ao seu modo de vida e de pensar, ao seu passado, e não mais à intenção de sua vontade. Desenha-se a necessidade de uma classificação paralela dos crimes e das penas e a necessidade de individualiza-las, de acordo com as características singulares de cada criminoso (ANDRADE, 2003-b, p. 249).

Na tentativa de revelar quem será considerado traficante, parece que a questão do estereótipo levantada anteriormente assume um lugar central na criminalização pela Lei 11.343/06, no sentido de que aquele que aparentar ser traficante responderá pelo delito do art. 33, enquanto quem não se enquadrar nessa imagem, pelo art. 28. Assim, somente é necessário um rápido exame dos dados oficiais do cárcere no Brasil⁷ para compreender que são os pobres, jovens, de cor e que preferencialmente morem na favela, aqueles que irão se enquadrar na imagem do traficante.

Nesse sentido, o trabalho de Marcelo de Silveira Campos é essencial para evidenciar algumas questões. O autor procura analisar nos discursos dos boletins de

e sustentando aquela eficácia instrumental invertida (reprodução ideológica do sistema)” (ANDRADE, 2003, p. 313).

⁷ Em dezembro de 2012, 45,05% do total de presos sequer haviam concluído o ensino médio, e 5,41% eram analfabetos, por outro lado, apenas 0,40% possuía nível superior. No mais, 41,35% da população carcerária foi considerada parda e 16,07% negra, contra 33,77% de brancos.

ocorrência da polícia do Estado de São Paulo, as razões que levam o agente policial ora a considerar o indivíduo traficante de drogas, formulando um “B.O em flagrante”; ora usuário, encaminhando para a Juizado Especial Criminal (cf. CAMPOS, 2013, p. 122). Em seu exame, o autor conclui o seguinte:

Portanto, conforme procurei aqui apontar após a nova lei de drogas (ou mesmo anteriormente) os mecanismos da justiça criminal de diferenciação na incriminação de alguém enquanto usuário e traficante são tênues, subjetivos e arbitrários. Através dos presentes relatos sugiro que é possível pensar que há uma maior quantidade de usuários de droga ou pequenos traficantes (ou ainda usuários-comerciantes) que estão sendo incriminados enquanto traficantes pelo sistema de justiça criminal na cidade de São Paulo (CAMPOS, 2013, p. 130).

É nesse ponto que a droga e sua criminalização convergem com o objeto do inimigo no direito penal, essencial para a compreensão da atual crescimento do punitivismo no mundo nas últimas décadas. Apesar de a questão do inimigo poder ser apontada em discursos anteriores e principalmente utilizada nas práticas cotidianas das agências de controle (cf. ZAFFARONI, 2007, p. 164), o marco de sua teorização nasce com Günther Jakobs.

Para Jakobs, aquele que insiste em viver em desacordo com o pacto social, desrespeitando todas as regras estabelecidas socialmente, não está apenas cometendo ilícitos específicos, mas ameaçando a edificação do estado de direito como um todo. Por meio de tal comportamento, perde-se o direito de ser tratado como pessoa, e ganha-se exclusivamente o ônus do rótulo de “inimigo”, cuja característica principal é justamente a de ser criminoso por princípio. A consequência prática dessa constatação seria que o direito penal deveria coexistir em duas vertentes: a do direito penal do cidadão, na qual são respeitadas as diretrizes e garantias constitucionais; e a do direito penal do inimigo, com poucos ou quase nenhum limite relacionado ao método de investigação e incriminação (cf. JAKOBS, 2007, p. 29).

Com efeito, a importância da teoria para o tema do narcotráfico é detectável na leitura da própria obra, uma vez que como exemplo desse tipo de indivíduo merecedor do tratamento diferencial defendido, cita-se além do terrorista, que se imaginaria por decorrência lógica do conceito, o traficante de drogas (!). Isso porque o tráfico seria englobado segundo o Jakobs, pelo gênero da criminalidade organizada (cf. JAKOBS, 2007, p. 35).

É exatamente aqui onde se dá a disfuncionalidade da dogmática penal e os riscos

para o modelo de Estado Democrático de Direito.

A dogmática se depara com o sistema funcional normativista, uma construção, tecnicamente assaz que tem pontuado as funções do Direito penal, e mais, ressoado em muitas posturas normativas. É, aliás, o que ressalta NAVARRETE (2003, p. 111):

A construção do mais recente sistema da dogmática penal de corte funcional normativista tem tratado de legitimar o Direito penal, não em razão da necessidade social de se reconhecer valores, mas sim, unilateralmente, na própria vigência da norma incriminadora, a qual prevê a sua autoproteção normativa. A apreciação desse sistema de uma maneira seguramente clara – e por demais brilhante – pode ser observada na atual configuração dogmática do relevante sistema funcional normativo de Jakobs.

A visão funcionalista, como uma perspectiva sistêmica de observação do Direito, divide-se, em termos gerais, entre a teoria de Claus Roxin e Günther Jakobs. Segundo Jakobs o Direito penal deve voltar-se à proteção da vigência da norma incriminadora, exercer papel central no processo de socialização, garantindo as expectativas de comportamento, sendo a pena um mecanismo de reintegração a partir da negação do deficiente e reafirmação do Direito, confirmando a identidade social (JAKOBS, 2003-a, p. 1).

O funcionalismo parte da premissa de que os indivíduos e as instituições cumprem papéis, os quais são distribuídos de forma harmônica no sentido da manutenção da sociedade através de seus subsistemas, e quando, há uma rotura de um comportamento, o agente é considerado desviante e a pena surge como elemento reintegrador e estabilizador. Os fins perseguidos pelo Direito penal se coadunam com os fins sociais impressos pela ordem constitucional, e que são, por sua vez, fruto de um consenso social, o qual estabelece os fins do Estado e concede a este o monopólio da força para atingir aquelas metas através do exercício de controle social.

Assim o Direito Penal, funciona como subsistema que deve confirmar o reconhecimento normativo e preservar a confiança na norma. É ilustrativa a afirmativa de que “todo delito, seja de comissão ou de omissão, frustra uma expectativa juridicamente garantida” (JAKOBS, 2003-b, p. 1).

A análise sistêmica permite um novo marco teórico da legitimação do castigo. A pena não é examinada sob o enfoque valorativo (seus fins ideais), senão funcional, dinâmico como qualquer outra instituição social (funções reais que a pensa desempenha para o bom funcionamento do sistema). A função, portanto é reintegrar exemplificativamente a vigência efetiva dos valores violados pelo delinquente,

impedindo que se enfraqueçam. Reforça a convicção coletiva em relação à transcendência desses valores, fomenta e dissemina os mecanismos de integração e de solidariedade social frente ao infrator e devolve ao cidadão “honesto” a confiança no sistema.

Para essa vertente, a demanda penal é a manutenção do sistema social, especificamente da identidade social. Aqui o sistema de controle social tem a missão de garantir a ordem social por meio da socialização do indivíduo, estabelecendo as expectativas de comportamento ou a imposição de penas para encarregar tal desiderato. É por isto que a sanção é meio de reintegração do ordenamento jurídico a partir da negação de algo deficiente e a reafirmação do direito (MANZINI, 1948, p. 101).

Partem da perspectiva sociológica de Luhmann, o qual concebe a sociedade como um sistema auto-referente e auto-poiético que se integra de expressões de sentido, de comunicações, um sistema global do qual pertencem vários outros sistemas auto-poiéticos⁸, capazes de manterem-se por si mesmos.

Neste sentido, os fins do Direito penal seria proteger a vigência da norma, precisamente a própria ordem jurídica, o próprio funcionamento do subsistema, um fundamento exclusivamente normativo-jurídico: “o Direito Penal está orientado a garantir a identidade normativa, a garantir a constituição da sociedade”, pois “a prestação que realiza o direito Penal consiste por sua vez a contradição das normas determinantes da identidade da sociedade. O direito Penal, confirma, portanto, a identidade social” (JAKOBS, 2003-a, p. 1).

JAKOBS (2003-b, p. 4) defende que

A contribuição que o Direito penal concede à manutenção da configuração social e estatal reside em garantir as normas. A garantia consiste no fato de que as expectativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social em uma forma dada e exigida legalmente não se dêem por perdidas nos casos em que resultem violadas. Por isto – contradizendo a linguagem usual – se deve definir como o bem a proteger a firmeza das expectativas normativas essenciais frente às decepções que existem no mesmo âmbito da vigência das normas colocadas em prática .

Nessa perspectiva, AMELUNG Y CALLIESS (*Apud* MIR PUIG, 2007, p. 118) pretenderam encontrar um conceito pré-jurídico de danosidade social que possa orientar

⁸ A noção de autopoiese tem origem na biologia, trabalhado por Humberto Maturana, biólogo Chileno, um sistema segundo a qual o organismo humano é capaz de se auto-reproduzir, como as células que são auto-referentes, como um juízo de auto-suficiência. Nesta perspectiva, Luhman foi resgatar o conceito biológico para transportá-lo para o âmbito dos sistemas sociais e com isso conceber que os sistemas sociais, formados por subsistemas têm capacidade de se auto-manterem, assim, também o é o Direito.

o legislador, concluindo que socialmente danoso seria tudo aquilo que manifestasse disfuncionalidade e o é todo aquele fato que “dificulta ou impede que o sistema social resolva os problemas de sua sobrevivência e manutenção” (CUNHA, 1995, p. 92).

Diferentemente é o funcionalismo de ROXIN, (2208, p. 47), partidário da proteção de bens jurídicos, cujo conteúdo pré-jurídico residiria na Constituição, cabendo ao Direito penal a função de atuar sobre a consciência jurídica da população, tentando fortalecer os valores que protege penalmente, pois “Esta prevenção geral positiva é, muito mais, uma das finalidades reconhecidas do direito penal”. Isto é, reconhece a necessidade de proteção de bens jurídicos, mas ainda sim visa reforçar valores, independentemente de correspondência com os sentimentos coletivos (TERRADILLOS BASOCO, 1991), o que resulta concluir que o verdadeiro objetivo da norma penal não é proteger o bem jurídico, mas o valor de um grupo reforçando a segurança cognitiva dos co-associados.

Aqui a teoria tende a confundir o fático com o normativo, e tem importantes repercussões de índole político-criminal, pois nega outras categorias como o bem jurídico-penal, pois este já foi violado, quando há a ofensa, restando apenas a norma para ser resgatada.

A função de proteção da norma, como aponta o funcionalismo, desloca a pessoa humana do eixo dos sistemas social e jurídico, e nesse sentido, é evidente que esta perspectiva é incompatível com o Estado Democrático de Direito, por funcionalizar a pessoa humana e colocá-la afastada de qualquer apreciação do sistema jurídico, que passa a funcionar para si mesmo, para a manutenção da ordem, estabilidade.

Várias críticas podem ser tecidas à concepção funcionalista, inclusive dentro da própria dogmática, como o risco da violação do princípio da presunção de inocência, posto que a criação de risco seria suficiente para a imputação do resultado.

GIMBERNAT ORDEIG (1997), usa o exemplo de Vinader, condenado em 1981 por homicídio culposo pelo Tribunal Espanhol . Ele publicou em um dos seus periódicos uma lista de pessoas vinculadas a atividades violentas Anti-ETA e dias depois, membros desconhecidos do ETA, com autoria reconhecida pelo movimento terrorista, mataram várias pessoas relacionadas naquela revista.

Entendeu o tribunal que os homicídios decorreram como consequência das publicações, e tendo Vinarden criado o risco, mesmo sem saber quem foram os autores materiais, razão pela qual seria imputado a ele homicídio culposo.

A prática repressiva é antecipada ao fato, de modo que punibilidade funda-se em momentos anteriores à conduta, nas quais ainda não houve ofensa ao bem jurídico protegido, uma forma de ‘personalização’ da antijuridicidade que se distingue pela maior relevância dos ‘elementos subjetivos’ dos tipos penais, por um maior emprego de elementos normativos na sua formulação, por uma tendência do direito penal em controlar não só a conduta do sujeito, mas também a sua fidelidade ao ordenamento e ao ‘Estado’ (BARATTA, 1994).

Não é por outra razão o desenvolvimento tão expansivo de tipos penais de perigo, e especificamente, de perigo abstrato como instrumento técnico por excelência” (GRACIA MARTÍN, 1993, p. 54). É como uma nova retórica da “tolerância zero”. Isto é, as pequenas infrações controladas através da pena expressas nas grafitagens, micção pública, transporte público sem passagem, concedendo a sensação de segurança pública, foram substituídas pela cultura da emergência, controladas pela crescente globalização armada (BRANDARIZ GARCÍA, 1994, p. 57). Enfim, agora a gestão do controle social passa a ter o fundamento no risco.

Neste sentido, BUSTOS RAMÍREZ (2004, p. 59) alerta sobre a problemática da expansão do Direito Penal, indicando que este pode ser mais um mecanismo de restrição de garantias e ampliação do panóptico estatal como forma de controle:

Neste último tempo tem se acrescentado as chamadas leis especiais e os procedimentos especiais. Em todos estes casos se trata de desfavorecer as garantias, de restringir o reconhecimento dos direitos à pessoa e aumentar o poder penal do Estado. Para ele se há utilizado o conceito de seguridade que não se utiliza como nas origens do Estado Moderno, como conjunto de circunstâncias e condições que possibilitam o desenvolvimento dos direitos da pessoa e de aqui para sempre se considerou como um conceito inevitavelmente unido ao de liberdade, isto é, seguridade para a liberdade das pessoas, são como um conceito que tem relação com a manutenção do **estado das coisas** e que interessa para fortalecer o poder do Estado.

Assim, concebido originalmente como limitação do poder punitivo do Estado, o bem jurídico se converte como legitimação da ampliação do Direito Penal e da prevenção de riscos, uma forma de funcionalização do Direito penal que encerra o perigo de não cumpri-las, afetando a opinião pública e desfalecendo o postulado de *ultima ratio* (MUÑOZ CONDE; GARCÍA ARÁN, 2002, p. 83).

O modelo econômico global instaura o uso acalourado de leis penais, sob o e as consequências, segundo ZAFFARONI (1998, p. 615) é um processo que vai da descodificação à banalização e representa um avanço do Estado policial sobre o Estado de Direito (ZAFFARONI, 1998). Consequentemente, pode-se afirmar que “o Derecho

penal atual tem um caráter *antigarantista*; porque modernamente aquilo que realmente faz é justamente romper com as garantias do moderno liberal” (MARTÍN, 2003, p. 127) e o pior, desmaterializar o conceito de bem jurídico é a própria dissolução do conceito, admitindo qualquer substrato social justificante da intervenção penal, basta a atribuição de valor.

Portanto, se se pretende romper com os ideários iluministas, cujo escopo era a limitação do *ius puniendi*, para se proteger a sociedade de riscos e perigo, por consequência lógica, realizar-se-á a própria expansão do Direito penal e não realização da função de garantia dos bens jurídico-penais.

Enfim, todo este quadro tem origem no pressuposto que o moderno Direito penal importa uma ruptura com o Direito penal liberal, e não somente porque estende-se a novos âmbitos diferentes dos tradicionais, mas porque também supõe a ruptura completa com os princípios fundamentais daquele modelo (GRACIA MARTÍN, 2003, p. 54) e o cárcere vem se converte numa importante arma repressiva nas mãos de um estado poderosos (MATHIESEN, 1989, p. 61).

A indefinição objetiva, na própria dogmática, do conceito legal de usuário e traficante, promove a perspectiva funcionalista e impõe a disfuncionalidade dogmática, colocando sob risco o modelo de Estado Democrático de Direito

5. Considerações finais

Diante de tantas mazelas sociais trazidas pelo imaginário em volta da questão dos entorpecentes, as autoridades estatais têm reação tão forte e eficaz quanto o problema, impondo leis penais cada vez mais severas contra esse gênero de condutas. É nesse ponto a droga e sua criminalização convergem com a questão do inimigo no Direito Penal, que em si é uma disfuncionalidade dogmática no modelo de Estado Democrático de Direito.

Todavia, a despeito de toda a questão teórica envolta no Direito Penal do inimigo, o fato é que na prática, principalmente na realidade da América Latina, e consequentemente do Brasil, essa ideologia vem sendo utilizada pelas agências do poder indiscriminadamente. Basta lembrar que para os presos dessa região, muitas vezes o encarceramento por longos períodos de tempo acontece sem condenação, diante da intensa utilização da prisão cautelar, o que faz com que a existência de um processo formal seja indiferente para muitos (cf. ZAFFARONI, 2011, p. 164).

Resta demonstrado que, na verdade, “em todas as sociedades industrializadas, a guerra contra as drogas se tem desenvolvido em uma que, concretamente, reforça o controle por parte do Estado sobre as classes potencialmente perigosas” (CHRISTIE, 1993, p. 157). É por isso que, tomando como base os estudos realizados em São Paulo, apesar de muitos poderem ser identificados como usuários, necessitados, em tese, de ajuda e não de encarceramento, são enquadrados como traficantes e absorvidos pelo sistema de justiça criminal.

Sabe-se que exatamente o porquê o *status* de criminoso é distribuído de forma tão desigual entre as pessoas, que a danosidade social não poderia ser, nem mesmo logicamente, a principal variante da reação criminalizante e de sua intensidade. Assim, para AUGUSTO THOMPSON (2007, p. 60), a criminalização secundária ocorre principalmente pela junção de quatro fatores, quais sejam: “a) a visibilidade da infração; b) a adequação do autor no estereótipo de criminoso construído pela ideologia prevalente; c) a incapacidade do agente em beneficiar-se da corrupção ou prevaricação; d) a vulnerabilidade do agente quanto a ser submetido a violências e arbitrariedades”.

Apesar de não restarem dúvidas acerca da importância do estereótipo do traficante de drogas para uma análise da punição, o autor considera outros fatores de criminalização que integram o cotidiano das agências de poder brasileiras. Sabe-se que o tráfico movimentava grandes somas de dinheiro por ser uma atividade lucrativa, mas que a maioria dos traficantes presos não é rica e faz parte das classes sociais menos favorecidas. Diante disso, a partir das questões apresentadas, conclui-se pela existência de uma rede de corrupção por trás de todas as transações ilícitas desse negócio.

Assim sendo, o fenômeno encaixa-se perfeitamente na análise feita pelo sociólogo francês LOÏC WACQUANT (2001, p. 12) sobre o encarceramento no Brasil:

Em tais condições, desenvolver o Estado Penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, (...) e pela pauperização relativa e absoluta dos amplos contingentes de proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira *ditadura sobre os pobres*.

Ademais, sabe-se que o crime de tráfico de drogas tem um forte viés econômico, pela alta lucratividade que apresenta a venda de drogas e pela existência quase certa de um mercado consumidor. Assim, o sistema do tráfico é a pura materialização do capitalismo selvagem, uma vez que se baseia no lucro comercial desmesurado, com a

lógica empresarial do capitalismo moderno, mas sem o controle das agências estatais ou da sociedade civil em virtude de sua clandestinidade (cf. ZALUAR, 1994, p. 97).

Desse modo, a seletividade punitiva possui também o objetivo de excluir da competitividade do mercado o setor “varejista”, de pequenos produtores, uma vez que diante do combate institucional, se encontram enfraquecidos para continuar em atuação, por possuírem menos recursos para driblar a fiscalização. Assim, a transação passa a se concentrar na corrupção da periferia e nas atividades legais, que se tornam responsáveis pela “lavagem” do dinheiro obtido com o comércio de drogas proibidas (cf. ZACCONE, 2008, p. 25). Ainda nesse sentido:

Não é difícil, para um observador crítico, concluir pela concentração do capital gerado pelo narcotráfico nas mãos dos grupos conhecidos como máfias ou cartéis internacionais. O estudo da geopolítica das drogas, no entanto, aponta para outra premissa irrefutável: é impossível que um negócio, que movimentava mais de um bilhão de dólares por dia, beneficiasse-se tão somente meia dúzia de narcotraficantes internacionais. Surge, então, um problema: onde circula e quem se beneficia dos bilhões de narcodólares produzidos nesse mercado proibido (ZACCONE, 2008 p. 23)

Apesar de não restarem dúvidas acerca da importância do estereótipo do traficante de drogas para uma análise da punição, o autor considera outros fatores de criminalização que integram o cotidiano das agências de poder brasileiras. Sabe-se que o tráfico movimentava grandes somas de dinheiro por ser uma atividade lucrativa, mas que a maioria dos traficantes presos não é rica e faz parte das classes sociais menos favorecidas. Diante disso, a partir das questões apresentadas, conclui-se pela existência de uma rede de corrupção por trás de todas as transações ilícitas desse negócio.

Por fim, esclarece-se que a criminalização do tráfico de drogas, em conjunto a ideologia do inimigo como um mal a ser combatido a todo custo, fazem parte de um movimento de maiores dimensões vivido pelos países de economia neoliberal, segundo o qual o “uso do encarceramento como um instrumento de administração da insegurança social” (WACQUANT, 2008, p. 96). E assim, o Estado passa a depender cada vez mais das intuições penais de poder para conter as insatisfações sociais produzidas pelo desemprego estrutural, o trabalho precário e a diminuição do *welfarestate* (cf. WACQUANT, 2008, p. 96).

Porém, tudo isto disfuncionaliza a dogmática como estrutura limitadora do Direito Penal, afasta-se do padrão de cientificidade que concede ao Direito autoridade de lidar com o conflito e desmantela o modelo do Estado Democrático de Direito, tornando-se um instrumento de arbítrio e uso de poder. Apresentar critérios objetivos

para os conceitos de usuário e traficante poderia ser um primeiro passo para reverter esse quadro de esquizofrenia lógico-jurídica.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003-a.

_____. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003-b.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal: compilación in memoriam**. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2004.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamento de uma Teoria do Bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 5, p. 6-23, jan. – mar, 1994.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. *In*: FARALDO CABANA, Patricia (Dir.). **Nuevos Retos del Derecho penal en la era de la globalización**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1988, p. 18.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Sentido y Función del Sistema de Derecho Penal. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, n. 14, p. 53-61, 2004

_____. Criminología y evolución de las ideas sociales. **El Pensamiento Criminológico**. Vol. I. Bogotá: Editorial Temis Librería, 1983.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Drogas e sistema criminal em São Paulo: conversações. *In*: **Sistema penal & violência**. Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/RS. Porto Alegre. Volume 5, nº1. Jan-jun, 2013. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/viewArticle/13057>> Acesso em 19 out 2013.

CANTERO, José A. Sáinz. **La ciência Del Derecho Penal y su Evolución**. Barcelona: Bosch casa editorial, 1975.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/2006**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2013.

CHRSTIE, Nils. El control de las drogas como un avance hacia condiciones totalitarias. In: ZAFFARONI, Eugênio Raul et al. **Criminología crítica y control social: el poder punitivo del Estado**. Buenos Aires: Editorial Juris, 1993.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A nova lei dos crimes contra a economia. Dec.–Lei 28/84, de 20 de janeiro. **Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários**. Vol I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995

DOMITH, Laila. A modernidade como criadora da delinquência. **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 333, p. 93-110, julho, 2005.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **Razão e sensibilidade**. São Paulo: Juarez Tavares, 2001

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. **Princípios de Criminologia**. 2 ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. **La omisión impropia en la dogmática penal alemana. una exposición**. ADPCP, T. L, 1997.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003

GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HASSEMER, Winfried. Bienes Jurídicos en el derecho penal. In: BAIGÚN, David et al. **Estudios sobre justicia penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMAN, A.; HASSEMER, W. (Org.). **Introdução à Filosofia do Direito e a teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. CALLEGARI, André Luís (org. e trad.) GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Sociedade, Norma e Pessoa**.. São Paulo: Manole, 2003-a.

_____. **Teoria e prática da Intervenção**.. São Paulo: Manole, 2003-b.

KOSELLECK, Reinhart. **Futuro passado**. Contribuição à semântica dos tempos históricos. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

LISZT, Franz Von. **A idéia de fim no Direito Penal**. São Paulo: Rideel, 2005.

MATHIESEN, Thomas. La política del abolicionismo. *In* **Abolicionismo**. *In*: SCHEERER, Hulsman; STEINERT, Christie; DE FOLTER, Mathiesen. Abolicionismo penal. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mrita Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases de Derecho Penal**. Coleção Maestros del Derecho Penal. 2 ed. Buenos Aires: IBdef, 2007.

_____. **Estado, Pena y Delito**. Colección: Maestros del Derecho Penal. n. 21. Buenos Aires: IBdeF, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal**. Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

NJAINÉ, Kathie. Violência na mídia: excessos e avanços. *In*: UNICEF, **Direitos negados: a violência contra a criança e o adolescente no Brasil**. 2.ed. Brasília: Unicef, 2006.

NAVARRETE, Polaino Miguel. Naturaleza del Deber Jurídico y Función Ético-social en el Derecho Penal. *In*: RIPPOLLÉS, José Luiz Díez. **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir**. Madrid: Tecnos, 2002.

OLIVEIRA, Luciano. NÃO FALE DO CÓDIGO DE HAMURÁBI! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. *In*: **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal Editoria, 2004.

OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. Las drogas y sus discursos. PIERANGELI, José Henrique (org.) **Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. ROXIN, Claus. **Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. 2 ed. Lisboa: Vegas, 1993.

SABADELL, Ana Lúcia, DIMOULIS, Dimitri, MINHOTO, Laurindo Dias. **Direito social, regulação econômica e crise de Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **A gramática do Tempo.** Para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función Simbólica y objeto de protección del Derecho penal, **Pena y Estado.** Función simbólica de la pena, Barcelona, n. 1, p. 9-22, set-dic, 1991.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?** O crime e os criminoso: estes políticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

UBIETO, Emilio Octavio de Toledo Y. Función y limite del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales,** Madrid, fasc. I, p. 5-27, enero-abril, MCMXC.

ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada:** quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. *In:* Vários autores. **Teorías Actuales en el Derecho Penal.** Argentina: Editorial Ad-Hoc, 1998.

_____.O inimigo no direito penal. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZALUAR, Alba. **Condomínio do diabo.** Rio de Janeiro: Revan; UFRJ, 1994

ZIPF, Heinz. **Introducción a la Política Criminal.** Madrid: Editorial revista de Derecho Privado, 1979.