

O mandado de criminalização do tráfico de drogas expresso no art. 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal e a constitucionalidade da redução de pena aos condenados por tráfico

The order of criminalization for drug traffic expressed in art. 5, incise XLIII, of the Brazilian Constitution and the constitutionality of the abbreviation of the penalty to those condemned for traffic

Francisco Alexandre de Paiva Forte

Graduado em Agronomia pela UFPB; e em Direito pela UFC. Advogado. Mestrando em Direito Constitucional (UFC) e Professor substituto da Faculdade de Economia, Administração, Atuária e Contabilidade (UFC). e-mail: alexandreporte@gmail.com

José Donato de Araújo Neto

Mestrando em Direito Constitucional (UFC). Juiz Federal. e-mail: donato@jfce.jus.br

Michel Pinheiro

Mestrando em Direito Constitucional (UFC). Juiz de Direito. e-mail: michelpivip@gmail.com

Resumo: O presente artigo discute o mandado de criminalização do tráfico de drogas expresso no art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal, bem como a constitucionalidade da redução de pena dos traficantes primários, com base no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Faz-se também uma análise acerca da política de drogas, a coerência dessa política no sistema penal garantístico adotado no Brasil, levando-se em conta a realidade fática a impor uma nova postura ao intérprete, com base na teoria tridimensional do Direito, de Miguel Reale; e com base em estudos recentes sobre o tema. Rebate-se a tese defendida por Lênio Streck para quem a redução de até 2/3 da pena dos condenados por tráfico seria inconstitucional, mesmo em se tratando de pessoas sem antecedentes criminais. Parte-se do pressuposto de que a liberdade e dignidade da pessoa, inclusive a pessoa traficante, não podem sofrer restrição desnecessária, ao passo que o incremento da dignidade e da liberdade está sempre em sintonia com a unidade da Constituição. O mito das cláusulas pétreas é abordado, bem como a tensão entre democracia e constitucionalismo. O mandado de criminalização do crime de tráfico de drogas ilícitas, longe de constituir cláusula pétrea, poderia até mesmo ser entendido como norma infraconstitucional, a ser submetida ao crivo da temporalidade, da transitoriedade, o que significa dizer que o Poder Constituinte Originário incorreu numa ilusão constitucional autoritária, extrapolando até mesmo o mandato popular, à medida que, muito além da mera criminalização, transformou o tráfico em crime hediondo. Conclui-se defendendo a constitucionalidade das normas que autorizam o juiz à redução de pena aos traficantes primários, levando-se em conta o fato de que muitos dos condenados mais se aproximam da condição de vítimas do grande capital narcotraficante do que propriamente de um comportamento criminoso de elevada periculosidade a justificar uma maior restrição da liberdade.

Palavras-chave: 1. tráfico de drogas. 2. dignidade. 3. liberdade. 4. mandado de criminalização. 5. redução de penas.

Abstract: The present paper discusses the order of criminalization for drug traffic expressed in art. 5, incise XLIII, of the Brazilian Constitution, as well as the constitutionality of the ab-

breviation of the penalty for primary traffickers, supported in art. 33, § 4th, of the Law 11.343/2006. It also analyses the policies of drugs, the coherence of these policies in the penal system adopted in Brazil, taking into consideration the factual reality that imposes a new attitude to the interpreter, by considering Reale's three-dimensional theory of law and recent studies on the theme. The paper refuses the thesis defended by Lênio Streck, to whom the abbreviation in at least 2/3 of the penalty of those condemned of drug traffic would be unconstitutional, even if it refers to persons without criminal antecedents. We adopt the principle that liberty and dignity (including the trafficker's) cannot suffer unnecessary restriction, while the increment of liberty and dignity is always in harmony with the unity of the Constitution. The myth of the petrous clauses is also considered, as well as the tension between democracy and constitutionalism. The order of criminalization for illicit drug traffic, far from being a petrous clause, could also be understood as an infra-constitutional norm, to be submitted to the test of temporality and transitoriness, which means that the Original Constitutional Power incurred in an authoritarian constitutional illusion, by extrapolating even the popular mandate, since it transformed the traffic in a hideous crime. We conclude the paper, by defending the constitutionality of the norms that authorize the judge to reduce the penalty of primary traffickers, taking into consideration the fact that most of the condemned can be viewed more as victims of the great drug traffic capital than as criminals who represent an extreme danger that justifies the restriction of liberty.

Keywords: 1. drug traffic. 2. dignity. 3. liberty. 4. criminalization mandate. 5. penalty abbreviation.

Introdução

A criminalização do comércio de drogas alcançou seu apogeu com a Carta Política de 1988.

Lênio Streck (2008) recentemente publicou artigo defendendo a inconstitucionalidade do § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006¹, na parte em que reduz a pena em até 2/3 para o traficante de bons antecedentes, primário, e desde que não integre organização criminosa. O jurista, partindo do princípio da proibição deficiente do Estado na defesa dos direitos fundamentais, uma das facetas da proporcionalidade, defende que a sobredita redução é inconstitucional, pois viola em demasia o mandado de criminalização de um tratamento mais rigoroso que a Constituição Federal dispensa ao crime de tráfico de drogas. Em verdade, Lênio Streck propõe uma declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, no sentido de dar uma interpretação que salve a norma, aplicando-a, desde que a redução não seja inferior a três anos, pena mínima da norma anterior (Lei 6.368/76), evitando-se o retrocesso penal. Alegando que o referido dispositivo, ao tratar o traficante primário de forma benevolente, violaria o princípio

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

da proibição de proteção insuficiente, trazendo à baila o RE 418.376 do STF², cuja decisão apontou a inconstitucionalidade do art. 107, inc. VII do Código Penal, Streck destaca logo de início que o comando constitucional originário não pode ser considerado inconstitucional. Além de Streck, outros autores têm se dedicado ao tema, também defendendo a inconstitucionalidade de qualquer favor legal que abrande ou mesmo venha a abolir o crime de tráfico de drogas (*Vide* GONÇALVES, 2007; CALLEGARI e WEDY, 2008). Embora divergentes na orientação ideológica, quase todos estão de acordo que a nova lei de drogas tem, no mínimo, incoerências.

O presente artigo segue linha doutrinária divergente da trilhada por Streck, mas pretende debater e rebater alguns dos argumentos esposados pelo referido autor, cujo artigo sobre o tema está disponibilizado, inclusive, em seu sítio pessoal na rede mundial de computadores³.

Partimos do pressuposto de que a liberdade é o bem maior a ser protegido, e o incremento da dignidade da pessoa humana não pode ser tolhido em nome de uma pretensa proteção da dignidade das outras pessoas, isto é, da sociedade, sob o manto da segurança pública.

A dignidade é a razão de ser do próprio Estado. E o traficante não pode ser alçado à categoria de inimigo do Estado, como uma espécie de “não-pessoa”, emblematicamente. O traficante é um ser humano de carne e osso, como bem relata o jornalista Caco Barcelos (2003). E se dúvida havia a esse respeito, o filme *Meu nome não é Johnny*⁴ mostra bem o que pode ser feito de uma pessoa que é presa vendendo drogas. Pode o Estado condená-la ao degredo do cárcere imundo e criminógeno ou oferecer-lhe a oportunidade de uma ressocialização, enquanto os ricos e a rapaziada da classe média consomem toda sorte de entorpecentes proibidos, não raro, impunemente, sob as vistas e a cumplicidade das autoridades?

Por outro lado, é preciso dissociar a conduta do tráfico de outras condutas criminosas. Quem assiste ao noticiário dos últimos meses, depara com informações de que traficantes assaltaram ou tentaram assaltar pessoas ou entraram em confronto com a polícia. Ora, uma coisa é o crime de tráfico em si, outra é o tráfico associado a diversas outras condutas criminosas. Não obstante, não é pela razão de outras condutas bem

² O precedente citado refere-se à antiga disposição que extinguiu a punibilidade do autor de crime estupro que viesse a casar-se com a vítima.

³ <http://www.leniostreck.com.br>

⁴ Informações disponíveis em: <http://www.meunomenaoejohnnyfilme.com.br>. Acesso em: 10 set. 2008. O filme é dirigido por Mauro Lima e a produção é de Mariza Leão. Produtora: Atitude Promoções.

mais graves serem também praticadas por parcela significativa dos traficantes que haveremos de nos furtar de discutir um tema tão instigante e polêmico como esse.

1. A exigência de que o legislador obedeça ao princípio da coerência

Embora não se exija uma coerência absoluta do legislador, por razões práticas, a lei deve buscar o mínimo de coerência lógica e sistêmica, visando o fim maior que é a Justiça. Canotilho (1993, p. 192) afirma, em parte valendo-se de Dworkin, que o princípio da unidade da constituição decorre da exigência de coerência narrativa do sistema jurídico e é dirigido a todas as autoridades encarregadas da aplicação de regras e princípios jurídicos, “no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’ como se fossem obras de um só autor”, segundo uma concepção correta do direito e da justiça.

Segundo Antonio César Bochenek (2008), “a coerência pode ser compreendida como uma situação na qual todas as partes e ações do sistema estão bem juntas, conectadas, organizadas, de forma lógica e de fácil compreensão e clareza”.

A nova Lei de Drogas tem coerências e incoerências. Num ponto é coerente: abranda a pena dos usuários – além de ser mais humana -, adotando a política de redução de danos, ao mesmo tempo em que abranda as penas para os traficantes primários e de bons antecedentes, embora a lei seja incoerente ao estabelecer penas mais severas para os demais traficantes. Como advertiu a jurista Karam, em entrevista à *Época* (2008), a Lei 6.368/76 era bem mais coerente, embora mais desumana, à medida que criminalizava o uso e o tráfico de drogas de forma proporcional. E uma lei mais severa contra os usuários seria mais coerente ainda, em que pese não recomendável do ponto de vista humanista e de política criminal.

Lênio Streck (*op. cit.*, p. 13-14), por sua vez, sustenta que o favor legal concedido pela Lei 11.343/2006 ao traficante primário e sem maus antecedentes, além de violar o princípio da proteção insuficiente, violaria também o princípio da coerência, da integridade e da igualdade. Lênio Streck aponta que “não há explicação coerente ou razoável que justifique, ao mesmo tempo, o aumento da pena mínima de 03 para 05 anos e, na mesma lei, a diminuição do patamar de 2/3 para os réus primários”, a ponto de configurar clara violação ao princípio da igualdade. Enfatiza ainda que a característica conciliatória atenta contra o princípio da igualdade, seja pela instituição de diferenciações indevidas, seja pela consequência analógica que isso poderá acarretar aos demais crimes hediondos.

Ao que nos parece, se inconstitucionalidade há decorrente da incoerência, não está ela na possibilidade de redução de pena ao traficante primário e, sim, no aumento de pena ao crime de tráfico. Com efeito, a descarceirização do crime de uso de drogas, como eufemisticamente epitetou o STF⁵, não parece coerente com um aumento de pena para as condutas de tráfico, a menos que se adote a política da vitimização, na qual o usuário é visto como uma pobre vítima indefesa e o traficante é colocado como bode expiatório do sistema. A propósito, Carnelutti (2006, p. 68) já definia o preso como um daqueles que pode ser culpado, denunciando o etiquetamento, embora não tenha usado dessa expressão, como uma das misérias do processo penal.

A descarceirização do crime de uso de drogas guarda elevada coerência e proporcionalidade com a situação dos traficantes primários, muitos dos quais não passam de meros operários (mulas, microtraficantes, etc.) a serviço do grande capital narcotraficante. De modo que, diferentemente do que apontado por Streck (*op. cit.*, p. 14) não é o § 4.º do art. 33 da Lei 11.343 que fere o princípio da igualdade, mas, sim, a pena estabelecida no *caput* do art. 33 é que não guarda coerência com os princípios adotados pela Lei 11.343, especialmente o inciso I do art. 4.º (“o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade”); e, mais ainda, com as penas previstas no art. 28 que levaram o STF a adotar a tese da descarceirização.

Franco (2008), em artigo publicado na Revista *Jus Navigandi*, defende a constitucionalidade dos benefícios concedidos aos traficantes primários e observa com percepção histórica que o princípio da proporcionalidade, apontado por Fernando Capez como princípio violado no art. 33, § 4.º da Lei de Drogas, em realidade jamais foi manejado para elevar penas, desde Beccaria, em 1764. Além disso, a distinção que o legislador fez entre o traficante organizado e a “mula” ou “aviãozinho”, diz Franco (*op. cit.*) decorre do princípio da igualdade material que manda tratar desigualmente os desiguais.

Aguiar (2008), também em artigo publicado na Revista *Jus Navigandi*, num enfoque crítico, aponta uma possível inconstitucionalidade do art. 33 da Lei de Drogas, mas não pela severidade e, sim, pela brandura, pois a pena mínima de 5 anos, diz ele, cria uma esquizofrenia apenas aparente para evitar que condenados por tráfico tenham direito a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Em meio a diversos outros dispositivos benevolentes, a elevação da pena é apenas cosmética e

⁵ RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007 (Informativo 456, fev/2007).

nos coloca diante de uma questão constitucional. Seria muito melhor, diz ele, que fosse emendada a Constituição no art. 5.º, inc. XLIII, do que adotar a ideologia do laxismo penal, da benevolência. Ou seja, enquanto Streck defende a inconstitucionalidade do art. 33, § 4.º da Lei de Drogas, Aguiar defende a inconstitucionalidade do próprio *caput* do art. 33, por ser este também benevolente e contrário ao mandado de criminalização expresso na Constituição.

Quanto ao mandado de criminalização, como veremos adiante, não pode este ser usado como argumento para justificar uma radicalização e uma emblemática de apenas um segmento da população envolvido com a problemática das drogas.

Ferrajoli (1995, p. 23) afirma que a razão no âmbito da ciência penal refere-se ao tema da validade ou coerência lógica interna de cada sistema penal positivo “entre seus princípios normativos superiores e suas normas e práticas inferiores”. A coerência e a plenitude do ordenamento, explica Ferrajoli (*op. cit.*, p. 878-879) configuram-se como ideais-limites do direito válido, mas não definem as características estruturantes do direito vigente; ao contrário, a incoerência e falta de plenitude é que estruturam o direito vigente, devido às inevitáveis violações de fato das proibições e às violações às obrigações normativamente impostas ao legislador, sendo tarefa do jurista, numa perspectiva positivista crítica, explicitar a incoerência e a falta de plenitude.

2. O mandado de criminalização inserto no art. 5.º, inc. XLIII

Assim manda o Constituinte Originário:

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

O professor Lênio Streck (*op. cit.*) defende que, com a atribuição do sentido hediondo ao tráfico de drogas, somente o tráfico com repercussão, com uma certa gravidade, é que poderia ser taxado de crime hediondo. Para ele, o tráfico bagatelar seria atípico. Mas o professor, porém, não esclarece o que seria tráfico hediondo e o que seria tráfico bagatelar. Será que a redução até 2/3 permitindo certa modulação ao juiz para enquadrar, dentro de limites aceitáveis, qual a penalidade razoável para aqueles envolvidos no comércio de drogas, não é mais coerente e harmônica com a totalidade da Constituição, que tem na dignidade da pessoa humana o seu vetor determinante? A

redução de até 2/3 tem grande aplicação para as “mulas”, pois ao mesmo tempo em que não se enquadram como grandes traficantes, não merecem também ter a sua conduta tratada como indiferente penal.

Por outro lado, o que não pode passar em branco é a discussão acerca do efetivo poder do Constituinte Originário. Teria o Constituinte Originário o poder de engessar a sociedade, por exemplo, mandando criminalizar *ad eternum* o já revogado crime de rapto previsto no art. 219 do Código Penal?

Alguém pode objetar que a analogia do tráfico com o crime de rapto é despropositada. Não é o que nos parece, quando o próprio Streck (*op. cit.*) fundamenta a tese da inconstitucionalidade do § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas, com base no princípio da proibição da proteção insuficiente, e toma como paradigma o arrazoado no RE 418.376 do STF.

Em verdade, a decisão do STF no RE 418.376, com a devida vênua, levanta uma série de questionamentos. Por uma questão de corte metodológico, para não adentrar a seara dos crimes sexuais, fixar-nos-emos por ora apenas no princípio da proibição de proteção insuficiente em contraste com a realidade.

Para citar apenas um filósofo do Direito, Reale (1999, p. 253) ensina que o fato é condição da norma jurídica como expressão de valores (*op. cit.*, p. 510), ainda que não seja “razão suficiente de sua gênese”, até porque o fato por si só, diz Reale (p. 453), não obriga. Não obstante, explica o mesmo Reale, recorrendo à lição de Maurice Hauriou (*op. cit.*, p. 527): “muitas vezes o Direito consagra os valores mais urgentes (acima de tudo, a segurança, a ordem, a paz) e não os valores em si mesmos mais altos”. Valor, dever ser e fim são momentos da experiência total do homem, constituindo um processo “denso de coerências e contradições, de avanços e recuos [...], obedecendo sempre a um ideal de adequação entre realidade e valor” (*op. cit.*, p. 550).

É ainda Miguel Reale quem diz (*op. cit.*, p. 554) que cada modelo jurídico não passa de “uma solução temporária (momentânea ou duradoura) de uma tensão dialética entre fatos e valores, solução essa estatuída e objetivada pela interferência decisória do Poder em dado momento da experiência social”.

Pois bem. Como pode o Poder Constituinte Originário ignorar a temporalidade da criminalização e do grau de reprovabilidade de determinadas condutas, achacando-lhe *ad eternum* no capítulo das cláusulas pétreas não só um mandado de criminalização, mas de hediondez da conduta de tráfico de entorpecentes?

Os valores, retomando Reale (*op. cit.*, p. 574) são as fontes dinamizadoras do ordenamento jurídico, donde o Direito não pode se “exaurir em soluções normativas de caráter definitivo”. Os fatores reais de poder não podem ser ignorados nem mesmo pelo Poder Constituinte que age em nome do povo.

E como bem anota Daniel Sarmento (2008, p. 3), há uma tensão recorrente entre democracia e constitucionalismo, tensão esta que se verifica na realidade constitucional brasileira. Há poucos dias ouvíamos o Professor Paulo Bonavides (2008, comunicação pessoal)⁶, defendendo um projeto de emenda constitucional que pretende assegurar ao povo o direito de iniciativa nos projetos de emenda à Constituição. O curioso é que o povo, verdadeiro titular do Poder Constituinte, não tem sequer o poder de emendar a Constituição. Retomando o texto de Sarmento (*op. cit.*, p. 4), este coloca com propriedade que a questão mais importante consiste exatamente em estabelecer até que ponto o Constituinte Originário pode legitimamente delimitar “os caminhos e decisões do povo futuro”. O art. 28 da Declaração de Direitos de 1793, da Constituição Francesa, afasta o governo dos mortos sobre os vivos, assegurando ao povo o direito de rever sempre a Constituição, como bem ensina Sarmento no artigo já referido.

Konrad Hesse (1991, p. 27) adverte que nada seria tão perigoso quanto permitir “o surgimento de ilusões” sobre questões fundamentais para a vida do Estado. A ideia de erradicação das drogas é inegavelmente uma ilusão em que incorreu o Poder Constituinte Originário. O mandado de criminalização e de etiquetamento do crime de tráfico como hediondo nada mais representa do que o reflexo dessa temerária ilusão constitucional. Aliás, Carvalho (2006, p. 39-40) afirma que a eleição da Assembleia Nacional Constituinte possibilitou imaginar de início que haveria uma mudança radical na política de drogas. Em vez da mudança antiautoritária, legitimou-se a política de guerra às drogas, de sorte que se projetou um sistema criminalizador que se pode denominar de “Constituição Penal dirigente”, cujo efeito será a edificação de um Estado Penal em vez do inexistente Estado Social. E essa política, diz bem Salo de Carvalho (2006, p. 41), estava e está em consonância com a Convenção de 1988 contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. Sobre a legitimidade dos tratados muito há a ser discutido acerca da forma como são aprovados (*Vide FORTE, 2007, p. 195; e RODRIGUES, 2002, p. 102-111*). O déficit democrático é apenas a ponta do *iceberg*. Infelizmente

⁶ Durante conferência do Professor Gomes Canotilho, na Faculdade de Direito/UFC (Fortaleza, 04 set. 2008), o Professor Bonavides, em saudação ao constitucionalista português, retomou o tema da iniciativa popular nos projetos de emenda à Constituição.

o Constituinte de 1988 viu-se ofuscado pela eloquência de um tratado aparentemente consensual. A barreira do Direito internacional, na figura da ONU, em especial a Convenção de 1988, inibe qualquer iniciativa política mais ousada. Inegavelmente a soberania perdeu sua força absolutista. Vivemos num mundo cada vez mais interligado normativamente. E no que é pertinente ao comércio – e definição da ilicitude – das drogas, isso é mais notório e relevante, mas ao mesmo tempo confuso, pois é a corrente universalista a defender a universalização dos direitos humanos, acusada pelos relativistas de “invocarem o tráfico de drogas como pretexto para intervir na soberania dos países subdesenvolvidos” (AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 57).

O mandado de criminalização expresso no inciso XLIII do art. 5.º da Constituição deve ser primeiramente submetido à temporalidade – que, de longe deve equivaler ao mesmo tempo de duração do atual ordenamento constitucional –, isto é, deve ser entendido como não imutável e, quiçá, até mesmo como norma ordinária sem força constitucional. Não é razoável que o Poder Constituinte adentre a seara da tipificação penal, numa tentativa de congelar o comportamento social, ainda que tenha como meta transformar a sociedade numa asséptica civilização de anjos, em que ninguém usa entorpecente. Em segundo lugar, deve ser interpretado à luz de um Estado Democrático de Direito eminentemente laico, cuja laicidade diz respeito não apenas às crenças religiosas, mas também ao próprio conhecimento científico de uma época, conhecimento este que muda inequivocamente e é influenciado – e influenciador simultaneamente – por crenças religiosas e filosóficas.

Para trazer a questão ao ponto que interessa, vejamos a propósito os critérios científicos adotados para a escolha das drogas ilícitas e a consequente liberação das outras tidas por lícitas, quando da redação da Lei 6.368/76. A esse respeito, Liliane Maria Prado Amuy (2005, p. 68-69 e 77), em dissertação na PUC-SP, afirma que não obstante a comprovação por diversos estudos de que o álcool representa mais perigo do que as drogas ilícitas, a embriaguez só é condenada quanto coloca em risco a sociedade. Quanto aos critérios científicos para considerar o álcool legal e as outras drogas ilegais, a CPI instalada em 1973, de cujo trabalho resultou a Lei 6.368/76, ignorou os estudos em relação ao álcool, sequer mencionando-o como causador de dependência física ou psíquica. Ora, os dois critérios mais importantes para a inclusão de uma substância no rol de drogas proibidas são justamente o efeito modificador do comportamento e a geração de dependência física ou psíquica. E tais efeitos nocivos em relação ao álcool encontram unanimidade na comunidade científica, diz Amuy (*op. cit.*, p. 76-

77). Os fatores principais apontados pelos estudiosos, segundo Amuy (*op. cit.*, p. 77), para a omissão do álcool naquela ocasião como substância análoga às drogas causadoras de dependência foram justamente a aceitação social do álcool e a importância econômica da indústria do álcool. O fato é que, segundo a autora (*op. cit.*, p. 77), as pesquisas acerca da etiologia do álcool têm demonstrado uma analogia entre o alcoolismo e as demais dependências farmacológicas, o que aponta para a necessidade de uma aproximação entre “as legislações relativas às substâncias que lhes dão origem”. Nesse ponto, há concordância com Kleiman (1992). Atente-se ainda, diz Amuy (*op. cit.*, p. 78), para o fato de que as medidas repressivas têm eficácia relativa – ou desastrosa, dizemos nós, como foi o caso da Lei seca nos Estados Unidos, da década de 1920.

Do acima exposto, devemos trazer a lume a aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, que em bom português significa que onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Ou seja, existindo critério para considerar o álcool como droga ilícita – e não tendo sido até aqui incluído como tal pelo legislador no rol das drogas proibidas –, as demais drogas, as quais quantitativamente em consumo e número de dependentes são bem mais inexpressivas do que o álcool, também não deveriam ser tratadas como ilícitas. De todo modo, para não resvalarmos no debate da legalização, que comportaria um tratado e muitas teses para além deste artigo, cabe dizer que a legislação repressora efetivamente deverá ser interpretada da forma mais benevolente possível, não apenas em relação aos usuários, mas também em relação aos traficantes, ainda que não seja dado ao magistrado o poder de considerar a traficância como um indiferente penal.

Retomando a questão da adequação, Reale (*op. cit.*, p. 592), tratando do fundamento do Direito, relembra que não raro o “legislador pensa atingir um fim, mas a lei fica a meio do caminho, insuficiente e incapaz de atingir o alvo colimado”. E no caso, legislador é também o Constituinte Originário. Ou admitimos isso ou estaremos inarredavelmente presos ao Constituinte de 1988.

No plano da Dogmática Jurídica, está assente a ideia de que uma norma escrita só pode ser revogada por outra obedecendo ao processo legislativo, mas a verdade é que a vida social “é muito mais exigente e sorri dessas pretensões técnico-formais” (REALE, *op. cit.*, p. 609-610). E adverte Reale (*op. cit.*, p. 611) que é missão também dos intérpretes efetuar um reajuste permanente das leis aos fatos e às exigências da justiça, para se evitar o divórcio entre a realidade social e a normatividade.

Francis Rafael Beck (2008, p. 161), comentando o art. 44 da Lei 11.343/2006, chega a dizer que a nova lei foi além do que manda a Constituição no pertinente à criminalização do tráfico de drogas, criando crimes “super-hediondos”.

Comentando a nova Lei de Drogas, o Professor e Procurador Regional da República Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2007) aponta com precisão que a descarceirização do usuário no crime de porte e uso de drogas ilícitas em contraposição ao endurecimento dos crimes de tráfico, além de diminuir o efeito dissuasório da lei penal, reforça a desconfiança de que “o Direito Penal trata desigualmente ricos, remediados e pobres”. O mesmo autor, em obra mais recente (GONÇALVES, 2008, p. 254-255), afirma, um tanto contraditoriamente em relação àquelas primeiras impressões manifestadas sobre a nova lei, ser adequado o tratamento dual dado a traficantes e usuários. Somente haveria desproporção na lei e inconstitucionalidade se o uso de substâncias entorpecentes em geral fosse descriminalizado. Entretanto, reconhece GONÇAVES (2008, p. 254) que a pena de advertência “é claramente insuficiente e revela uma indevida intromissão estatal em assuntos individuais ou da família”, faltando a esta pena o mínimo de gravidade que justifique a instauração do processo-crime. No mesmo sentido, Paulo Rangel (2007, p. 110) aponta a inutilidade do processo nos casos de porte de drogas, tipificado no art. 28 da Lei 11.343/2006. E mesmo sendo contrário à legalização, ante a ausência de proposta alternativa e educativa, Rangel teve a grandeza de reconhecer que seria melhor “fazer uma *abolitio criminis* do porte de drogas, embora com sérias repercussões no âmbito da saúde pública” (*op.cit.*, p.112), legalizando o porte de drogas para o consumo pessoal. A constitucionalidade do tratamento dicotômico dado a traficantes e usuários, segundo GONÇALVES (2008, p. 249-250) decorre do zelo conferido ao tema tráfico de drogas pela Constituição, em que se prevê inclusive a expropriação de terras e bens nos termos do art. 243 da Constituição Federal, de maneira que a conduta de tráfico deve ser tratada com severidade em face do mandado de criminalização expresso na Constituição (GONÇALVES, 2008, p. 250), a ponto de poder afirmar-se que “padeceriam de inconstitucionalidade” tanto as leis descriminalizadoras quanto “as medidas liberalizantes” (GONÇAVES, 2008, p. 250).

3. O divórcio entre a realidade do comércio de drogas e a normatividade proibicionista

Magnoli (2006, p. 265), reportando-se ao drama do Rio de Janeiro, sustenta que as gangues do tráfico não passam do “elo fraco do narcotráfico internacional”, não obs-

tante o mito do poder assustador que serve de álibi ao governo estadual – e dizemos nós, também o federal –, para a ausência do Estado nas favelas que acabam consideradas como território inimigo. Acerca do episódio nacionalmente divulgado do roubo e posterior devolução de 10 fuzis do Exército, em março de 2006, Magnoli (*op. cit.*, p. 270) afirma que às negociações sigilosas entre o Estado oficial e o Estado paralelo, só faltaram as trocas de embaixadores.

Dessa forma, a “guerra ao tráfico” deflagrada no governo Reagan em 1984, além de configurar um fracasso, denota uma ingerência “em assuntos de segurança interna de nações soberanas”. Enquanto isso, a territorialização do narcotráfico no Rio de Janeiro parece embrião de uma “colombianização” (MAGNOLI, *op. cit.*, p. 271).

Francis Rafael Beck (2008, p. 157) cita dados do Ministério da Justiça, apontando que em 2005 cerca de 13% da população carcerária do país estava presa em razão do crime de tráfico de drogas. A estatística citada não menciona os homicídios associados ao tráfico e outros delitos. Reghelin (2008, p. 93-94) aponta diversas violações ao texto constitucional pela atual legislação de drogas que segue a linha do Direito Penal do terror. Segundo a autora, são violados os princípios: 1) da taxatividade, em face do excessivo emprego de elementos sem precisão semântica e tipificações genéricas; 2) humanidade, especialmente no que refere ao tráfico; 3) ofensividade, pela incriminação de atitudes internas e que não afetam bens jurídicos; 4) presunção de inocência, valendo-se da consideração de crimes de perigo abstrato.

Alessandro Baratta (*apud* REGHELIN, 2008, p. 87) defendia que a descriminalização geral do uso, produção e venda de drogas, sob controle estatal, representaria uma utopia mais concreta do que as legislações proibicionistas.

O Professor Raimundo Bezerra Falcão (1997, p. 247) ensina que o custo social da interpretação deve ser levado em conta em face da ilegitimação da norma conducente à injustiça ou de interpretações acarretadoras de um custo social muito elevado, custo esse que acarreta uma provável perda de eficácia da norma.

Paul Roubier (1951, *apud* DANTAS, 2004) afirma que o direito repousa em última análise sobre uma filosofia dos valores. No caso específico da proibição ao comércio de drogas, daí tidas por ilícitas, a axiologia se faz presente de forma contundente. A liberdade de escolha de drogadição do indivíduo, em que pese o princípio⁷ disposto no art. 4.º, inc. I da Lei 11.343/2006, é afastada em prol de um pretense interesse público da

⁷ “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade;” (...)

coletividade que, não obstante, vê-se ameaçada dia e noite por balas perdidas e por um sistema penitenciário superlotado de traficantes e criminosos associados ao tráfico de drogas, sem que se chegue ao menos a uma redução justificável no consumo de drogas. Pelo contrário, Misse (2007, p. 139-158) analisa dados da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, onde constata que após o endurecimento da legislação de drogas em 1966 – na esteira do que preconiza a Convenção Única de 1961 da ONU, ampliando o alcance das medidas proibicionistas (*Vide* FORTE, 2007; RODRIGUES, 2002) – há uma redução nos processos judiciais de incriminação por tráfico de drogas, e a explicação mais plausível, segundo o renomado pesquisador, não decorre dos efeitos dissuasórios da nova e severa legislação repressora, mas, sim, do “alargamento das transações ilícitas entre policiais e usuários” e “entre policiais e traficantes”. O propinoduto, a concussão, corrupção ativa e passiva de policiais e de outros agentes do Estado é o que Misse (2007) chama de troca de mercadorias políticas, configurando um mercado ilegal parasitário que tem como hospedeiro o mercado ilegal que oferece bens econômicos ilícitos. E não raro ocorre a sobreposição do parasita sobre o outro, como, por exemplo, na ocupação de pontos de venda de drogas (antes ocupados por traficantes) por policiais-traficantes ou na venda clandestina de outros bens.

Habermas (1997, p. 50-54) diz bem que a validade social e a obediência fática de uma dada norma variam “de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade”, e essa fé apoia-se na fundamentabilidade das respectivas normas. Quanto menor a legitimidade, mais imperioso se torna à estabilização de uma ordem jurídica fatores como intimidação, poder das circunstâncias, usos e costumes. No Rio de Janeiro, pelo menos, verifica-se que nada disso é capaz de estabilizar a ordem jurídica que combate a (des)ordem do comércio de drogas. Pelo contrário, a intimidação, o poder das circunstâncias, os usos e costumes têm feito as populações afetadas e ligadas ao tráfico de drogas, incluindo os bacanas ricos que consomem cocaína, conviver com dois ordenamentos distintos, sendo que o ordenamento racional, do Estado, sofre já um acentuado processo cancerígeno, donde parece acertada a metáfora da então deputada Denise Frossard de que em vez de estados paralelos teríamos um processo de transversalidade do Estado.

Modugno (1995, p. 6) pondera que é preciso superar a ideia da exclusiva estatalidade do direito, com a qual se confunde o positivismo jurídico. Nos sistemas democráticos deve ser reconhecida a positividade de tudo que é pré-estatal, uma vez que a soberania reside no povo e não no Estado, o que leva a colocar em posição eminente,

superior e acima do direito estatal, um direito positivo estabelecido pela decisão constituinte representativa da vontade popular. E, no tocante à liberdade, diz o mesmo doutrinador italiano que só é lícito ao legislador ordinário sancionar a liberdade na extrema impossibilidade ou insuficiência dos remédios previstos em outros ramos do direito (*op. cit.*, p. 33), de modo que o valor da liberdade deve incidir sobre o modo de conceber as próprias obrigações constitucionais. A responsabilidade penal surge apenas no momento em que a ação livre se identifica com a refutação consciente do dever de solidariedade coletiva decorrente da lei, sendo que o princípio da solidariedade está integrado ao da liberdade consciente, restaurando-se a razão moral da obediência à lei. Daí que o legislador deve atuar com sobriedade, clareza e congruência, e corresponder à tutela dos valores constitucionais da legislação penal.

Os meios repressivos e penalizantes, à medida que incidem mais diretamente sobre a esfera de liberdade psicofísica, são submetidos a um controle mais incisivo e penetrante de constitucionalidade fundado sobre o valor supremo da liberdade da pessoa (MODUGNO, 1995, p. 36).

Silva (2003, p. 126) cita precedente⁸ do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, fundamentado em parecer do então procurador de Justiça Lênio Luiz Streck, no sentido da incompatibilidade de punição de condutas que abstratamente coloquem em risco a sociedade com o Estado Democrático de Direito. O autor referido, embora concordando com a decisão do TJRS para aquele caso concreto (de embriaguez ao volante) entende que, em se tratando de tráfico de drogas, o fundamento constitucional, expresso no art. 5.º, inciso XLIII, da CF, implica crime de “perigo presumido para a saúde pública, de forma absoluta” (*op. cit.*, p. 127). Justifica-se esse mesmo autor trazendo à baila o art. 273 do Código Penal⁹, o qual não observaria o princípio da proporcionalidade nem a proibição de excesso (p. 114), pois a conduta do art. 273 não traz em si perigo ínsito, ao passo que o tráfico de drogas tem consequências até mesmo estatais, como é o caso da Colômbia, diz Silva (2003, p. 112-113). Não obstante reconhece o autor que a repressão penal por meio de crimes de perigo abstrato além de apresentar um déficit no enfrentamento ao tráfico de drogas, pode se mostrar injusta, desproporcional e mesmo insuficiente “em face do furor criminógeno” (p. 116). Mas, a única via capaz

⁸ Apelação Criminal n.º 70001098631, j. 28/06/2000, Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho.

⁹ “Art. 273 – Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)” “Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)”.

de ensejar alguma eficácia, segundo Silva (2003, p. 116), seria a incriminação do tráfico, ou seja, a repressão, ainda que com as falhas lucidamente apontadas por ele.

Ocorre que as consequências estatais do tráfico apontadas por Silva (2003, p. 112-113) decorrem muito mais da repressão e proibição ao tráfico de drogas do que do tráfico em si, conforme defende Valencia (2005). Nesse sentido também Karam (2006, p. 109-110), reportando-se ao ensinamento de Nils Christie, afirma que o maior perigo da criminalidade é a repressão ao crime, à medida que o Estado mínimo neoliberal coexiste com um Estado máximo, vigilante e onipresente, em cujo cenário se constata a expansão da pena privativa de liberdade (p. 101) e no qual a figura do inimigo se identifica com a do criminoso, terrorista ou dissidente (*op. cit.*, p. 98). Os crimes de perigo abstrato, no bojo de legislações autoritárias de exceção, cujo exemplo maior é a lei do abate (Lei 9.614/98)¹⁰ destinada essencialmente aos traficantes, ofendem ao princípio da lesividade.

Corroborando a ineficácia da repressão ao tráfico de drogas ou, ao menos, o elevado custo social da política proibicionista a tornar injusta e ilegítima a norma, Adorno e Salla (2007, p. 7-30) relatam dados do Ministério da Justiça e do IBGE acerca da taxa de encarceramento por 100.000 habitantes, cujos números saltaram de 30 em 1969 para 214,8 em 2006, resultando em números absolutos em mais de quatrocentos mil pessoas presas. A partir de 1988 a taxa de encarceramento mais que dobra, justamente no período em que a repressão ao tráfico de drogas passou a ser mais severa com a entrada em vigor da Constituição Cidadã de 1988, Constituição essa, em vigor, que equipara o tráfico a crime hediondo. E aqui bem que calharia parafrasear o bandido Lúcio Flávio: cidadão é cidadão e traficante é traficante. E que estes apodreçam se forem garfados pelo sistema penitenciário.

Nos Estados Unidos, Boaz e Lynch (2004) relatam que as despesas federais com a proibição passaram em dez anos de 88 para 982 milhões de dólares no ano de 2004, sendo que o custo total da proibição às drogas é de aproximadamente 19 bilhões de dólares, no ano de 2004, com mais de 1,5 milhão de prisões e mais de 400 mil prisioneiros por crimes de porte ou de tráfico de drogas, o que representa mais de 60% da população carcerária federal. Por essas e outras evidências do fracasso proibicionista, inúmeras pessoas de renome nos Estados Unidos têm entendido que a única saída é a mesma dada ao fracasso da proibição ao álcool nos anos 20 e 30 do século passado.

¹⁰ De acordo com Karam (2006, p. 101), com esta lei instituiu-se a pena de morte sem processo, bastando uma mera autorização do comandante da Aeronáutica.

A maximização incontrolável e a generalização desmesurada da repressão resultam da crença moderna na tecnologia penal em solucionar problemas como o das drogas e do terrorismo. E, na América Latina, em particular, o direito penal do inimigo, ou o direito penal de emergência, com pretensão de legitimar um permanente estado de exceção, consolida-se com a radical ruptura dos sistemas de garantias no combate à criminalidade organizada do narcotráfico (CARVALHO, 2007, p. 176).

Recentemente foi noticiado na Revista *Época*¹¹, juntamente com a entrevista de Maria Lúcia Karam, que o Tribunal de Justiça de São Paulo absolveu um acusado de tráfico em face do flagrante de porte de 7,7 gramas de cocaína. O Relator da Apelação (Acórdão 01697713, julgado em 31 de março de 2008)¹², Desembargador José Henrique Rodrigues Torres, em face da prova colhida de pronto, afastou a tese de tráfico. Seria o caso de condenar o acusado com base no art. 28 da Lei 11.343/2006. Entretanto, diz o Relator às fls. 147 que:

a criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, e viola frontalmente os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, albergados pelo art. 5.º da Constituição Federal como dogmas de garantia individual.

E chamando à colação a doutrina crítica de Salo de Carvalho, aduz o Relator que a lógica bélica e sanitaria das políticas de drogas mostra-se injustificável desde “a estrutura do direito penal constitucional”, fruto da opção moralizadora que sobrepõe a razão de Estado à razão do direito. Além disso, a pretensa tutela da saúde pública não encontra compatibilidade com o tipo descrito no art. 28 da Lei de Drogas, vislumbrando-se violação ao princípio da ofensividade previsto no art. 5.º da Constituição Federal. Sem falar, diz o Relator, que há também uma violação ao princípio da igualdade, à medida que os usuários de drogas lícitas podem portá-las livremente, “tendo ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica”. No mesmo acórdão, aponta-se ainda que a criminalização do porte de drogas acarreta violação ao princípio da diferença, “corolário do princípio da dignidade” assentado na Constituição e em tratados internacionais. E com tais fundamentos, conclui pela atipicidade da conduta porte de drogas. Outro precedente, na mesma linha de fundamentação, é citado por

¹¹ Disponível em: www.epoca.com.br. Acesso em 30/06/08.

¹² Acórdão publicado na íntegra na Revista Consultor Jurídico. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 03 jul. 2008.

Martins (2008, p. 69). Trata-se de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Ap. 70000006247, Rel. Des. Sylvio Batista Neto, julgado em 06/10/1999). Não obstante, os Tribunais Superiores até o momento não parecem muito condescendentes com os usuários de drogas (Martins, 2008, p. 70).

A consequência desse entendimento, ao lado da realidade fática que aponta soberamente para a falência do modelo proibitivo-repressor, no entanto, diz respeito à justiça do sistema criminal. Como dizia Rawls (2002, p. 3) “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”. Ora, como admitir que o consumo não acarreta lesividade capaz de uma reprimenda penal e, ao mesmo tempo, continuar a criminalizar severamente o tráfico sem ponderar a efetiva e concreta conduta do agente na cadeia do mercado ilícito?

Ferrajoli (*op. cit.*, p. 210) ensina que a justificação do direito penal está entrelaçada à questão da legitimidade do Estado, e se os custos da justiça e da ineficiência podem ser justificados positivamente ou tolerados com base em teorias ou ideologias da justiça, o mesmo já não pode ocorrer com os custos da injustiça.

Carnelutti (2006, p. 85) advertia que nos tornamos adoradores do direito, esse o mal de nossa era, pois o direito “é o único instrumento” do qual o Estado pode se servir para impor aos cidadãos o respeito, jamais o amor: este o Estado não pode dar (*op. cit.*, p. 73-74)

Por outro lado, ainda que prepondere o entendimento até agora firmado pelo STF de que a nova lei de drogas apenas descarceirizou sem descriminalizar o porte e uso de drogas, deparamos com um sistema (ou melhor, um subsistema, já que a Lei 11.343/2006 tem pretensão de ser lei especial), em que, de um lado, do lado do usuário, faltou ao legislador indicar “de maneira explícita” – como aponta Gomes (2003, p. 163), em relação aos arts. 295, 297 e 298 da Lei 4.737/65, Código Eleitoral – “o valor da reprovabilidade mínima da conduta descrita”; e de outro, do lado do traficante, impera o Estado de exceção permanente, como adverte Salo de Carvalho (2006, p. 63-76).

Callegari e Wedy (2008, p. 13-17), após rechaçarem a aplicação da teoria da análise econômica do Direito, numa linha estritamente economicista sob um contexto político contaminado pelo populismo e pelos pacotes legislativos exorcistas (que tanto poderia justificar a legalização quanto a excessiva criminalização populista do comércio de drogas e consumo), entendem que a eficiência do Direito Penal deve ser perseguida e ela se caracteriza em decisões justas e na proteção dos valores mais relevantes. Comentando o art. 28, acima transcrito – e com base na abalizada opinião de Maria Lúcia

Karam, para quem não se vislumbra agressão à saúde pública senão à saúde do próprio usuário capaz de justificar a reprimenda penal (ainda que de fachada, como martelamos, de forma hipócrita), de sorte que contrariando o entendimento da doutrina, segundo a qual o direito penal deve ser usado para as situações mais graves, de forma subsidiária, necessária e excepcional, vemos, na realidade, o “direito penal de emergência, um direito penal mitológico, capaz de realçar a falsa relevância de condutas não ofensivas aos bens jurídicos mais importantes” (CALLEGARI e WEDY, 2008, p. 19). Os autores por último referidos, embora não endossem a corrente pró-legalização das drogas, observam que outras esferas do Direito podem dar um bom e eficiente tratamento a tema tão controverso, sendo certo que “no atual estágio do Estado Democrático de Direito a missão do Direito Penal consiste exclusivamente na proteção subsidiária dos bens jurídicos”, na lição de Claus Roxin (*op. cit.*, p. 20).

Maria Lúcia Kaplan, citada por Machado Martins (2008, p. 69), aponta uma incompatibilidade entre o Estado Democrático de Direito e o recurso da política penal-repressora a expressões vagas, como ordem pública ou paz pública, a fundamentar a tipificação de determinadas condutas. Kaplan, comentando o art. 28 da lei de drogas, critica a tentativa de mudar o comportamento do indivíduo por meio de uma sanção penal (*apud* MARTINS, 2008, P. 69). Veja-se que Gonçalves (2008, p. 254) entende que a advertência não é atribuição do Estado. Isso, devemos entender, na seara penal, pois no âmbito educacional, psicológico, de saúde e de assistência social, a advertência é não apenas plausível, mas desejável, não como penalidade obviamente. Assim, a criação da pena *sui generis* de advertência fez com que o STF escapasse pela tangente no julgamento da Questão de Ordem suscitada no RE 430.105/RJ (Inf. 456/2007), pois o reconhecimento da *abolitio criminis* do delito de posse de drogas para consumo pessoal “acarretaria sérias consequências, tais como a impossibilidade de a conduta ser enquadrada como ato infracional, já que não seria crime nem contravenção penal” (Inf. 456/2007, STF). Desse modo, diz Machado Martins (2008, p. 75) que a figura delitiva do art. 28 da Lei 11.343/2006, na prática, resulta na banalização do Direito Penal, num direito penal “simbólico latente” de consequências pífias, em que o juiz “nada pode fazer em termos coativos contra o usuário” (p. 75). Claus Roxin (*apud* PORTO, 2006) considera ilegítimas as leis de efeitos simbólicos, quando o dispositivo revelador dos objetivos demagógicos “mostra-se desnecessário ou inócuo para a convivência pacífica no meio social”. Sintetiza Machado Martins (2008, p. 79) que a legislação brasileira é anti-terapêutica e anti-pedagógica, à medida que cria penas com força repressiva inexpress-

siva, a ponto de, no caso específico do art. 28 da Lei de Drogas, termos ingressado num modelo desmoralizador do sistema penal.

Em relação ao direito, à autodeterminação e à garantia constitucional da privacidade, Machado Martins (2008, p. 81) aponta, do lado proibicionista, o argumento, com respaldo do STF, de que a Constituição não prevê direitos fundamentais – direitos humanos positivados – com caráter absoluto (MS 23452/RJ, STF). Não obstante, em que pesem as inúmeras críticas daqueles que suportam a política proibicionista, diz Machado Martins (p. 82), parafraseando Nelson Rodrigues, que o fracasso dessa política “somente pode ser negada pela má-fé cínica ou pela obtusidade córnea”. Machado Martins (p. 85) entende correto o modelo português, instituído pela Lei 30/2000, com a chamada contra-ordenação, na medida em que “não legaliza completamente o porte para consumo pessoal, privilegiando o enfoque do tratamento em relação ao sancionatório” (p. 85). O autor não quis comprometer-se com a legalização senão de forma gradual a ser implementada a longo prazo, para não ser tachado de arauto do “frívolo direito à intoxicação” (nota 63, p. 85).

4. As mulas: de Johnny à Maria Cheia de Graça

Tomemos o cinema como pano de fundo para a discussão: o já referido filme *Meu nome não é Johnny* trata da história de um rapaz da classe média carioca que enveredou pelo consumo e, na sequência, tornou-se um glamouroso traficante, do tipo que supostamente não se vê mais hoje em dia, um traficante desarmado e *bon vivant* que acaba conhecendo o submundo do cárcere até escapar pela janela do manicômio, graças à sensibilidade da magistrada que viu – impressão dos autores deste artigo – naquele traficante jovem a imagem e semelhança de seu próprio filho. Destino bem diverso e não menos trágico teve Maria, Maria Cheia de Graça¹³, uma colombiana representada nas telas pela também colombiana Catalina Sandino Moreno. Como tantas Marias da América Latina e d’além África, esta era pobre. E seu juiz não teve a inteligência que se espera de um juiz: a capacidade de ler a mente do acusado e perceber que por trás de um dado a alimentar a estatística policial está um ser humano de carne e osso. Maria, que jamais drogou-se – e se vier a drogar-se não é de surpreender –, mutilou sua dignidade de mulher, introduzindo na vagina algumas gramas entubadas de um pó

¹³ O filme *Maria Full of Grace* (2004), da HBO films, tem roteiro e direção de Joshua Marston e produção de Paul Mezey.

branco para ser consumido pelos ricos brancos dos Estados Unidos. Além de comprometer a qualidade da droga, a repressão afronta a dignidade das mulas, das Marias, de inúmeros africanos que se submetem ao trabalho vil, acarretando riscos à própria vida.

Na Justiça Federal do Ceará, é grande o número de processos envolvendo as mulas. Em geral, são pessoas pobres, sem instrução, frágeis, desempregadas que, vindas da África, continente esquecido, são alvos fáceis para o traficante. Aliciadas, elas, as mulas, resolvem carregar droga em troca de um “suposto” dinheiro fácil, até mesmo engolindo a droga, numa autêntica renúncia da própria dignidade, a auto-traição de que fala Dworkin. Como se vê, não são os verdadeiros traficantes, com poder de mando; não ostentam qualquer estatura de grandes criminosos. Não aplicar, portanto, a redução, seria equipará-los aos grandes, gerando, aí sim, inconstitucionalidade por ofensa à proporcionalidade. Não há, assim, qualquer deficiência ou ofensa constitucional na aplicação do art. 33, § 4.º da Lei 11.343/2006 para essas pessoas.

A vedação de proibição insuficiente, como defende Streck em seu artigo (*op. cit.*) não pode resultar, no entendimento dos autores deste artigo, numa hediondização penal ineficiente, desumana, injusta.

O mínimo que pode fazer o aplicador do Direito é decidir da maneira que mais enalteça a dignidade humana. A dignidade, diz Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 81), confere unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional, pois é ela “a razão de ser do próprio poder estatal” (*op. cit.*, p. 83).

Conclusões

A norma do art. 33, § 4.º da Lei de Drogas nada tem de inconstitucional. A sua incidência não visa alcançar o grande traficante, o responsável pelo financiamento ou pela direção executiva da organização, visto que a causa de diminuição exige do agente a condição de primariedade, bons antecedentes e que não integre organização criminosa.

Com efeito, a norma pretende dar um tratamento mais benéfico, diferenciado, àquelas pessoas, caso, por exemplo, das “mulas”, que, sem apresentar qualquer posição de destaque na organização criminosa, ou melhor, sem integrarem a organização, se veem envolvidas no tráfico, depois de seduzidas e aliciadas por traficantes inescrupulosos que, valendo-se das condições das pessoas recrutadas, geralmente formadas por negros pobres vindos da África, acabam por colocá-las no mundo do tráfico.

A norma não se aplica, conforme falado, ao grande traficante, este, sim, merecedor de uma reprimenda penal mais rigorosa. Basta ver que a pena mínima foi aumentada de três para cinco anos. Há hipóteses de causa de aumento em até 2/3 (art. 40), v.g., tráfico para o exterior, geralmente levado a cabo por organizações criminosas; e para o financiamento, com penas que podem chegar até os vinte anos, incidindo o concurso material no primeiro caso, o que eleva bem à pena. Além disso, há um percentual diferente para a progressão.

Mas para aqueles que, na verdade, são usados pelo grande capital narcotraficante, a causa de diminuição da pena visa dar um tratamento mais consentâneo com a posição assumida pelo agente de forma proporcional, igualando os desiguais, na medida do possível, tarefa hercúlea de um juiz em meio às incoerências do sistema penal.

O mito das cláusulas pétreas esconde uma pretensão autoritária do Constituinte Originário, o qual, em que pese a elevada carga de legitimidade conferida quando da convocação da Assembleia Constituinte, não estava de todo isento do puritanismo religioso e moralista que inspirou a redação do inciso XLIII do art. 5.º da Constituição. Não podemos alimentar uma ilusão constitucional, cujo efeito mais direto na vida das pessoas é o desperdício de recursos públicos e o cruzar de balas achadas e perdidas nas metrópoles, onde gangues de traficantes se enfrentam e inocentes são chacinados por policiais e traficantes. A realidade impõe uma reinterpretação da norma, pouco importando se decorrente do Poder Constituinte Originário ou do legislador ordinário.

Feitas tais considerações, impende considerar os fatos que escancaradamente apontam para o seguinte: a criminalização do comércio de drogas – e mais que isso, a hediondização do crime de tráfico de drogas – longe de realizar o fim colimado pelo Legislador-Constituinte, apenas agravou os problemas. A primeira evidência: a superpopulação carcerária com todas as mazelas que acarreta, seguida da corrupção policial e de outros agentes do Estado em torno do tráfico e do aumento cada vez maior do consumo de drogas tidas como “ilícitas”.

E, por fim, tomando de empréstimo uma metáfora da física, podemos dizer que a Lei 11.343/2006 contém forças vetoriais de inconstitucionalidade e forças vetoriais de constitucionalidade. A rigidez do regime prisional e a elevação das penas de tráfico encaminham-se para a inconstitucionalidade, se tomarmos como premissa a de que o mandado de criminalização expresso no art. 5.º, inc. XLIII, da Constituição Federal, extrapolou o próprio Poder Constituinte, à medida que tentou eternizar a repulsa ao comércio de drogas consideradas ilícitas, sem deixar qualquer margem ao legislador e

ao povo do presente e do futuro. O que há de constitucional é tudo que enalteça a dignidade humana e liberdade dos acusados, dos condenados, dos encarcerados por tráfico, mormente se forem primários e sem antecedentes. Entre o argumento da segurança pública envolto na vedação de proteção insuficiente arguida por Lênio Streck deve prevalecer a liberdade, sobretudo quando a própria sociedade e o Estado acabam tolerando os hábitos de drogadição.

Referências

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Estudos Avançados*, 21 (61), 2007. p. 7-30.

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Os riscos da lei antidrogas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1647, 4 jan. 2008.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10820>>. Acesso em: 10 set. 2008.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A proteção internacional dos direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa*, a. 39, n. 155, jul./set. 2002, p. 51-60.

AMUY, Liliane Maria Prado. *A lei antitóxicos (N.º 6.368/76): os critérios científicos utilizados em sua elaboração e a exclusão do álcool*. 2005. 104f. Dissertação (Mestrado em História da Ciência) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. Disponível em:

<http://www.sapientia.pucsp.br/tdebusca/arquivo.php?codArquivo=1071>. Acesso em: 10 set. 2008.

BARCELOS, Caco. *Abusado: o dono do Morro Dona Marta*. Rio de Janeiro: Record, 2003. 557 p.

BECK, Francis Rafael. A lei de drogas e o surgimento de crimes “supra-hediondos”: uma necessária análise acerca da aplicabilidade do artigo 44 da Lei 11.343/2006. In: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 153-169.

BOAZ, David; LYNCH, Timothy. *Cato Handbook on Policy: the war on drugs*. Ago. 2004. Disponível em www.cato.org. Acesso em jan. 2008.

BOCHENEK, Antônio César. A governância e o Princípio da Coerência: considerações preambulares. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 23, abr. 2008.

Disponível em:

http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/dicao023/Antonio_Bochenek.html
Acesso em: 16 set. 2008.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. Uso de drogas, eficiência e bem jurídico, in: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do

Advogado, 2008, p. 9-20.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. 1228p.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Sorocaba: Minelli, 2006. 88p.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 253p.

CARVALHO, Salo de. A política de guerra às drogas na América Latina entre o Direito Penal do inimigo e o Estado de exceção permanente. *Panoptica*, nov. 2007-fev. 2008, a. 2, v. 11, p. 164-177. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 25 jan. 2008.

DANTAS, Ivo. Interpretação constitucional: das normas constitucionais inconstitucionais: uma visão pessoa. In: *XXIV Congresso Brasileiro de Direito Constitucional*, São Paulo, 13/05/2004.

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 02 dez. 2007.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997. 281p.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995. 991p.

FORTE, Francisco Alexandre de Paiva (a). Racionalidade e legitimidade da política de repressão ao tráfico de drogas: uma provocação necessária. *Estudos Avançados*, 21 (61), 2007, p. 193-208.

FRANCO, José Henrique Kaster. A constitucionalidade do § 4.º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1888, 1 set. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11670>>. Acesso em: 18 set. 2008.

GOMES, Mariângela Gama de. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 246p.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Os Crimes da Nova Lei de Tóxicos: Primeiras Observações* (2007). Disponível em: http://www.marcato.adv.br/cpc_academico/apoio/comentarios/LeiToxicosComenta.da.doc. Acesso em: 02 fev. 2008.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: Entre facticidade e validade*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol. 1.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 34p.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006.

KLEIMAN, Mark A.R. *Against excess: Drug Policy for Results*. New York: Basic Books, 1992. Disponível em: <http://www.sppsr.ucla.edu/faculty/kleiman/book/>. Acesso em 30 abr. 2005.

MAGNOLI, Demétrio. *O grande jogo: política, cultura e idéias em tempo de barbárie*. São Paulo: Ediouro, 2006. 271p.

MARTINS, Charles Emil Machado. Uso de drogas: Crime? Castigo?, in: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248p. p. 63-86.

MISSE, Michel. Mercados ilegais, redes de proteção e organização local do crime no Rio de Janeiro. *Estudos Avançados*, 21 (61), 2007, p. 139-158.

MODUGNO, Franco. *I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 1995, 111p.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Anotações preliminares à Lei n.º 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1169, 13 set. 2006.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8917>>. Acesso em: 26 jun. 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almino Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708p.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 750p.

REGHELIN, Elisangela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira, in: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (orgs.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. 248p. p. 87-102.

REVISTA *Consultor Jurídico*. Disponível em: www.conjur.com.br. Acesso em: 03 jul. 2008.

Revista *Época*. *Entrevista com Maria Lúcia Karam: "Proibir as drogas é inconstitucional"*, 06 jun. 2008. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca>. Acesso em 30 jun. 2008.

RODRIGUES, Thiago M. S. *São Paulo em perspectiva*, 16(2):102-111, 2002, A infundável guerra americana: Brasil, EUA e o narcotráfico no continente. Acessada a partir do portal <http://www.scielo.br>, em 30 de julho de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 157p.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dez.-fev./2008.

Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 07 set. 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?, in: *Jus Navigandi*. Teresina, ano 12, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11493>>. Acesso em: 06 set. 2008.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 160p.

VALENCIA, León. Drogas, conflito e os EUA. A Colômbia no início do século. *Estudos Avançados*, 19(55), 2005, p. 129-151.