

ANÁLISE CRÍTICA DA LEI DE DROGAS À LUZ DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Louyse Marcelly Melo Neri, Isabela Simões do Nascimento

A pesquisa almeja demonstrar a influência da Teoria do Direito Penal do Inimigo na Lei de Drogas (11.343/2006), na conjuntura de uma política criminal que instaurou uma guerra às drogas. O estudo é centralizado numa análise crítica da Lei de Drogas, estruturada por duas normas penais em branco e algumas lacunas de legalidade. Para tanto, foi feita uma análise introdutória dos dois polos do direito penal: o direito penal do cidadão e o do inimigo, assim como uma releitura de diversos artigos da Lei de Drogas referentes à severidade da criminalização. O estudo busca questionar os efeitos materiais do caráter subjetivo nos dispositivos da lei que transformam o agente condenado pelo crime popularmente conhecido como tráfico de drogas (art. 33, Lei 11.343/2006) em inimigo do Estado. Assim, uma parcela selecionada da população é encarcerada e à sociedade é apresentada a falácia de que os punidos penalmente e limitando seus direitos, haverá harmonização social e os índices de violência serão reduzidos. A Lei 11.343/2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas, é fruto de uma política criminal transnacional e proibicionista, e sua estrutura normativa é fortemente marcada por vácuos de legalidade. Cheia de lacunas, a lei possui em seu texto normas penais em branco, como o artigo 33, que abrem margem para medidas policiais arbitrárias e violentas. Parafraseando Durkheim, pode-se dizer que o consumo de drogas constitui um fato social. O Relatório Europeu sobre Drogas estima que mais de 93 milhões de pessoas, ou seja, um pouco mais de um quarto da população dos 15 aos 64 anos de idade da União Europeia, já tenham experimentado drogas ilícitas durante as suas vidas. Apesar de um olhar sobre a história demonstrar que as drogas são consumidas e utilizadas desde o início dos tempos, através de sensacionalismo a mídia foi eficaz em construir discursos de pânico moral que colocaram a sociedade em constante estado de medo e insegurança, que junto a existência de estruturas normativas abertas, contraditórias e complexas, criaram terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal Simbólico, com características típicas de um Estado de Exceção. O tema se mostra relevante mormente porque é necessário entender quais os efeitos da política criminal de drogas e porque ela se mostrou falha e encarceradora. Diante de uma sociedade que aceita a lógica proibicionista como discurso oficial e que criou um fascínio pelo Direito Penal enquanto solucionador de todas as suas mazelas, faz-se mister demonstrar as consequências nefastas da guerra às drogas, principalmente na juventude vulnerável em massa que está sendo aprisionada. O pânico moral instaurado é preocupante pois no momento em que a população começa a abdicar de sua liberdade em busca da segurança, práticas autoritárias são autorizadas em sociedades ditas democráticas. Em meados de 1985, objetivando, primordialmente, proteger a vigência da norma e evitar sua lesão, Gunter Jakobs criou a Teoria do Direito Penal do Inimigo. Para o Jakobs (2003, p. 37), o direito penal está dividido em dois polos: o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. O primeiro está protegido pela visão garantista, enquanto o segundo, por não ingressar no estado de cidadania, não é considerado um sujeito processual, com todas as garantias e direitos reservados ao cidadão comum. Assim, ao analisar leis como a Lei de Drogas (11.343/2006) e a Lei dos Crimes Hediondos (8.702/1990), nota-se a forte influência de tal teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Ab initio, faz-se mister salientar que numa busca desenfreada por punição, naquilo que Zaffaroni denomina de fenômeno da multiplicação dos verbos, o legislador inseriu 18 núcleos penais no crime de tráfico. Esse excesso normativo gerou a proliferação de condutas idênticas nos dois tipos penais basilares da política criminal de drogas, vulgarmente conhecidos como porte e tráfico de substâncias entorpecentes (art. 28, caput, e art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, respectivamente). Ambos possuem cinco núcleos idênticos (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo), mas com consequências jurídicas bastante diversas. Enquanto as condutas descritas no artigo 28 são passíveis de pena restritiva de direito, a pena prevista para crime tipificado no artigo 33 é de reclusão, de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, uma das penas mais altas do ordenamento jurídico pátrio, e irrazoável, se comparada ao crime de homicídio culposo, que prevê pena de 1 a 3 anos. O legislador estabeleceu o regime de cumprimento de pena mais gravoso, qual seja o fechado, não apenas pela quantidade de pena aplicável, mas por equipará-lo a um crime hediondo. Assim, um tipo penal de perigo abstrato é revestido de hediondez e afasta do delinquente, tido como inimigo do Estado, garantias como a fiança, a anistia, a graça e o indulto. A progressão de regime dar-

se-á apenas após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Ainda, apesar de já declarada inconstitucional a expressão “liberdade provisória” presente no artigo 44 pelo Supremo Tribunal Federal, a norma previa a proibição da concessão de tal benesse ao indivíduo acusado por comércio de droga. No que concerne aos vácuos de legalidade, o primeiro deles é apontado por Salo de Carvalho, no texto “Mudanças e Paradigmas: Nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue: depoimentos sobre os danos diretos e colaterais provocado pela guerra às drogas”, no que concerne aos parâmetros presentes no art. 28, § 2º para identificar quais as condutas (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo) que se destinam a consumo pessoal. O dispositivo dispõe que “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.” O autor leciona que embora a norma seja destinada ao juiz, é evidente que a primeira agência de controle que é habilitada ao exercício criminalizador é a polícia militar. A ausência de critérios objetivos de imputação abre espaço para que estereótipos de quem são os traficantes e os consumidores constituam mecanismos de interpretação da lei. Assim, o sistema carcerário é representado por um grupo específico da sociedade: jovens periféricos, majoritariamente negros. A segunda lacuna de legalidade identificada pelo autor diz respeito à conduta de “entregar a consumo ou fornecer drogas ainda que gratuitamente” prevista no caput do artigo 33 da Lei de Drogas. Tal hipótese introduz, como figura paritária ao tráfico (internacional e doméstico) uma conduta sem qualquer intuito de comércio. Não sendo a entrega destinada a pessoa de relacionamento do autor (art. 33, § 3) ou não tiver como objetivo o consumo em conjunto, haverá incidência do crime equiparado aos crimes hediondos. O presente estudo foi realizado de acordo com referenciais bibliográficos e fundamentados com fontes secundárias impressas e digitais. A análise de dados do Relatório Europeu de Drogas de 2017, do Infopen, da Associação dos Agentes da Lei contra a Proibição e do Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes que quantificam os encarcerados por tráfico de drogas no Brasil reforçam a falhas derivadas da Lei de Drogas e a presença constante dos inimigos do Estado dentre os presos. A argumentação deu-se na Teoria do Direito Penal de Jakobs Günther e na Lei 11.343/2006 sob a perspectiva dos problemas normativos que envolvem os artigos 28 e 33 da referida lei. O trabalho almeja desmistificar os efeitos da atual política criminal de drogas e porque ela se mostrou falha, punitivista e extremamente encarceradora; analisar a norma penal em branco do art. 33 da Lei 11.343/06, partindo de um viés crítico das tipificações existentes nos núcleos penais; demonstrar a ineficácia do Direito Penal enquanto solucionador de todas as mazelas sociais e buscar possíveis soluções à problemática exemplificando as ações de outros Estados que optaram por uma política de drogas liberalista. Conclui-se, portanto, que abrir mão dos direitos e garantias fundamentais, e abrir mão do próprio Estado Democrático de Direito. No que concerne a Lei 11.343/2006, almejando-se dar fim a guerra genocida que foi criada contra determinado grupo social, e de suma importância entender que apesar do discurso oficial, na prática o Direito Penal não possui a efetiva função de prevenir condutas ilícitas. Todos os dados demonstram que apesar da pluralidade de verbos incrementados nos artigos da Lei de Droga e do endurecimento da pena, os crimes continuaram a acontecer e em proporções maiores. Deve-se, portanto, buscar pela legalização, pelo controle e regulamentação da produção, o comércio e o consumo dos entorpecentes. Desconstruindo simultaneamente os estereótipos que separam o usuário do traficante no momento do enquadramento jurídico.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Direito Penal do Inimigo. Direito Penal Simbólico. Norma penal em branco. Lacunas normativas.