

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECO  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VANESSA SEBENELLO

A POLÍTICA CRIMINAL DO USO DE DROGAS ILÍCITAS NO BRASIL À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CHAPECÓ (SC), 2012

VANESSA SEBENELLO

A POLÍTICA CRIMINAL DO USO DE DROGAS ILÍCITAS NO BRASIL À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Comunitária da Região de Chapecó,  
UNOCHAPECÓ, como requisito parcial à obtenção  
do título de bacharel em Direito, sob a orientação da  
Prof<sup>ª</sup>. Me. Marli Canello Modesti.

Chapecó (SC), junho 2012

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

A POLÍTICA CRIMINAL DO USO DE DROGAS ILÍCITAS NO BRASIL À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL

VANESSA SEBENELLO

---

Prof<sup>a</sup>. Me. Marli Canello Modesti  
Professora Orientadora

---

Prof<sup>a</sup>. Me. Laura Cristina de Quadros  
Coordenadora do Curso de Direito

---

Prof. Me. Robson Fernando Santos  
Coordenador Adjunto do Curso de Direito

Chapecó (SC), junho 2012

VANESSA SEBENELLO

A POLÍTICA CRIMINAL DO USO DE DROGAS ILÍCITAS NO BRASIL À LUZ DA  
CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de BACHAREL EM DIREITO no Curso de Graduação em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó - UNOCHAPECÓ, com a seguinte Banca Examinadora:

---

Me. Marli Canello Modesti – Presidente

---

Deise Helena Krantz Lora – Membro

---

Cássio Marocco – Membro

Chapecó (SC), junho 2012

## DEDICATÓRIA

Por sempre acreditar,  
Me colocar pra cima,  
Por fazer me sentir única.  
Por saber exatamente o que eu sinto.  
Pela serenidade,  
Por fazer tudo parecer mais simples e fácil,  
Por ensinar o que guardar  
E mostrar o que é preciso esquecer.  
Por nunca me negar o melhor colo do mundo.  
Pelas palavras de consolo, carinho e zelo.  
Por sentir a minha dor,  
Por chorar com as minhas lágrimas,  
Por alegrar-se com as minhas conquistas mais insignificantes,  
Por sonhar os meus sonhos.  
Pelo abraço aconchegante.  
Pelo sorriso doce.  
Pelo dom da cura.  
Pela força, pela fé.  
Por desejar minha felicidade todos os dias,  
Por me ensinar a viver, a crescer...  
Por traduzir o valor da palavra amor.  
Por ser meu sol, minha estrela.  
Não é por acaso que entrego este trabalho  
dois dias depois do dia das mães e  
dois dias antes do seu aniversário.  
É porque ele é dedicado à você.  
Amo você Mãe, hoje e sempre.

## **AGRADECIMENTOS**

À Deus, a Quem agradeço todos os dias, por tudo. Por me permitir estar ao lado daqueles que amo.

Aos meus Pais, pela confiança em mim depositada, pelas oportunidades e amor incondicional. Pelo bem mais precioso: A VIDA.

Aos meus caros Irmãos, Daiana e Daniel, pelo exemplo, compreensão, alegria, conselhos, sinceridade, coragem e carinho.

Ao meu amado Saulo, minha fortaleza, pela força, incentivo, paciência e companheirismo. Por preencher a minha vida e trazer paz ao meu coração.

À toda minha família, laço fraterno de carinho, pelos momentos de descontração, ternura, união e esperança.

Aos Mestres com quem cruzei nesta trajetória, pela atenção e carinho demonstrados e, em especial, à professora Marli Canello Modesti, inspiração durante toda a graduação, pelo brilho que ilumina o meu caminho na busca por uma sociedade mais humana. Pelas coordenadas para os primeiros passos desse projeto, por aliviar minhas angústias, pelas críticas e elogios, pelos preciosos livros, textos e artigos, sempre oportunos. Pela vontade de viver, simplesmente contagiante.

Por fim, aos meus verdadeiros amigos, por estarem sempre por perto, mesmo os mais distantes.

Para todos vocês meu “obrigado” é pouco, é singelo, é simbólico. Meu sentimento é, sem dúvida, muito maior, mas não há palavras para descrevê-lo.

Meu eterno muito obrigado!

*Trago dentro do meu coração,  
Como num cofre que se não pode fechar de cheio,  
Todos os lugares onde estive,  
Todos os portos a que cheguei,  
Todas as paisagens que vi através de janelas ou de  
vigias,  
Ou de tombadilhos, sonhando,  
E tudo isso, que é tanto, é pouco para o que eu  
quero [...].  
(Fernando Pessoa)*

## RESUMO

A POLÍTICA CRIMINAL DO USO DE DROGAS ILÍCITAS NO BRASIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Vanessa Sebenello.

Marli Canelo Modesti (ORIENTADORA). (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ).

(INTRODUÇÃO) Nascida após décadas de forte repressão criminal ao uso de drogas, a Lei n. 11.343/2006 deixou de prever a imposição de pena privativa de liberdade aos usuários. Contudo, o novo diploma brasileiro manteve a política proibicionista, seguindo os ditames imperativos que orientam muitos países no combate ao aumento vertiginoso do consumo e comércio ilegal de drogas, conservando a lógica punitiva, elegendo o Direito Penal como solução para tema tão delicado, no intuito de pôr fim ao mal que acomete a sociedade, em resposta ao clamor da opinião pública. (OBJETIVOS) Para o desenlace da presente pesquisa estuda-se a política criminal adotada no Brasil quanto ao uso de drogas e analisa-se sua aplicação segundo os direitos e garantias constitucionais. Além disso, verifica-se a (in) constitucionalidade da imposição das medidas previstas no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, analisa-se os efeitos decorrentes da aplicação desta norma e, por fim, estuda-se políticas públicas alternativas, sem a utilização exclusiva do controle penal. (EIXO TEMÁTICO) A pesquisa, dessa forma, vincula-se ao Eixo Temático do Curso de Direito da Unochapecó denominado Cidadania e Estado. (METODOLOGIA) Para tanto, a elaboração teórica do estudo baseou-se em pesquisa bibliográfica, consistente na consulta a materiais já publicados sobre a temática, utilizando-se o método dedutivo para sua elaboração e concretização. (CONCLUSÃO) A manutenção da política proibicionista da lei n. 11.343/2006 é embalada por propósitos político-econômicos, bem como pelo anseio repressivo nutrido pela sociedade que clama pela redução da criminalidade. Assim, o diploma atual trata mais uma vez o tema como questão penal e não como problema social alimentando a crença de que o Direito Penal é o instrumento adequado e suficiente para os fins pretendidos, em descompasso com os princípios da Carta Magna, bem como do próprio Direito Penal. (PALAVRAS CHAVE) Direitos fundamentais, drogas, poder punitivo.



## **ABSTRACT**

**THE POLITICS OF CRIMINAL USE OF ILLICIT DRUGS IN BRAZIL ACCORDING TO THE FEDERAL CONSTITUTION.** Vanessa Sebenello.

Marli Canelo Modesti (GUIDING), (Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ)

(INTRODUCTION) Born after decades of strong criminal enforcement on drug use, Law no. 11.343/2006 fail to predict the imposition of custodial sentences to users. However, the new Brazilian law kept the prohibitionist policy, following the imperatives dictates that drives many countries to combat the skyrocketing consumption and illegal drug trade, keeping the punitive logic, choosing the criminal law as a solution to this sensitive issue in order to end the evil that affects society in response to the outcry of public opinion. (AIMS) For the outcome of this research, studies will be done over the criminal policy adopted in Brazil for the use of drugs and analyzes their application according to the constitutional rights and guarantees. Moreover, there is the constitutionality of the imposition of measures pursuant to Article 28 of Law no. 11.343/2006, we analyze the effects of application of this standard and, finally, we study alternative public policies, without the exclusive use of penal control. (SHAFT THEME) The research, therefore, is linked to the main shaft of the Law Course of Unochapecó called Citizenship and State. (METHODOLOGY) Therefore, the theoretical elaboration of the study was based on literature review, in consistent material already published on the subject consultation, using the deductive method for its preparation and implementation. (CONCLUSION) The maintenance of prohibition politics in law 11.343/2006 is rocked by political and economic purposes, as well as by a desire nurtured by repressive society that calls for reducing crime. Thus, the current law is once again the theme as a criminal matter and not as a social problem fueling the belief that criminal law is the appropriate and sufficient instrument for the purpose intended, at odds with the principles of the Charter, as well as the Criminal Law itself. (KEYWORDS) Fundamental rights, drugs, punitive power.

## **LISTA DE SIGLAS**

ONU – Organização das Nações Unidas

SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

STF – Supremo Tribunal Federal

## **LISTA DE APÊNDICES**

APÊNDICE A - ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA	104
APÊNDICE B - TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA	106

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO I.....	17
1 DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS .....	17
1.1 Direitos humanos e dignidade da pessoa humana: significado, antecedentes e transformações.....	18
1.2 Direitos e garantias fundamentais.....	28
1.2.1 Os direitos fundamentais como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana .....	29
1.2.2 Direitos fundamentais: reconhecimento e dimensões .....	31
1.2.3 Direitos fundamentais na Constituição de 1988.....	36
CAPÍTULO II.....	40
2 POLÍTICA CRIMINAL <i>VERSUS</i> POLÍTICA CONSTITUCIONAL.....	40
2.1 Dogmática penal, criminologia e política criminal .....	41
2.2 Expansionismo do sistema penal e discursos criminalizadores: “lei e ordem” e “tolerância zero”.....	45
2.3 Princípios penais constitucionais.....	50
2.3.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal .....	51
1.3.2 Princípio da intervenção mínima.....	53
1.3.3 Princípio da lesividade ou ofensividade .....	54
1.3.4 Princípio da adequação social e da proporcionalidade.....	57
CAPÍTULO III .....	61
3 A RESPOSTA PENAL AO USO DE ENTORPECENTES NO BRASIL .....	61
3.1 Legislação de Drogas no Brasil e a punibilidade da lei 11.343/2006.....	62

3.2 A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.....	67
3.3 Penas e medidas previstas para os usuários de drogas na Lei 11.343/2006: usuário <i>versus</i> traficante .....	72
3.4 A ineficácia do Direito Penal e suas funções não declaradas .....	78
3.5 A tutela do bem jurídico saúde pública: os riscos e os danos.....	80
3.6 O estigma do usuário .....	83
3.7 A redução de danos.....	86
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS .....	96

## INTRODUÇÃO

Diante da franca disseminação do consumo e comércio de drogas que atinge praticamente todas as sociedades e do intuito de conter este aumento vertiginoso, grande parte dos países, pressionados por convenções internacionais e por questões de políticas econômicas, optaram pelo modelo de políticas criminais proibicionistas, declarando verdadeira ‘guerra às drogas’.

Nascida após décadas de forte repressão criminal representada pela imposição de penas privativas de liberdade aos usuários de drogas, a Lei 11.343/06 foi comemorada por muitos como um verdadeiro avanço legislativo. Todavia, ao completar cinco anos de sua vigência no ordenamento jurídico brasileiro, depara-se ainda com cenários desoladores.

Em descompasso com os princípios constitucionais, bases fundantes da ordem, o governo brasileiro, ao editar o novo diploma, continuou tratando de tema tão delicado por meio de mecanismos de controle penal. Cinco anos depois, constata-se o fracasso da política criminal adotada. Atualmente, considera-se o uso de drogas como verdadeira epidemia.

O novo texto brasileiro sobre drogas trouxe duas principais inovações em relação ao diploma anterior: reconheceu a figura do usuário, prevendo tratamento diferenciado da carcerização ao porte para consumo próprio e enrijeceu a persecução penal ao tráfico, aumentando a pena mínima prevista à conduta.

Muito embora tenha abrandado a pena em relação aos usuários de drogas, o diploma promulgado em 2006, ainda segue os preceitos da política proibicionista, utilizando o sistema penal como aliado para a abstinência. O legislador, ao combater o consumo de drogas, parece desprezar, propositalmente, a premissa de que o Direito emana dos fatos sociais, ignorando a

realidade deplorável de muitos cidadãos, usuários de drogas.

No dilema diário entre encontrar um meio para aplicar as imposições utópicas previstas no artigo 28 da Lei n. 11.343/06 e a convicção de que referidas medidas não surtirão resultados positivos, somados aos obscuros critérios para distinção entre traficantes e usuários, o juiz vê na prisão a solução mais natural.

O resultado é, ao mesmo tempo, ineficaz e inverso ao pretendido pela norma: os presos responsáveis pelo aumento da população carcerária nos últimos anos são os pequenos comerciantes de drogas, sobretudo mulheres. No entanto, os “gigantes” do tráfico não se incluem neste índice perverso. O novo diploma, a exemplo de outras situações de problemas ou conflitos sociais, cria a falsa sensação de que o Direito Penal, por ser o meio de tutela mais violento e gravoso, será meio adequado e suficiente para oferecer soluções mágicas.

Superados e trancados a chave os preconceitos e as tendências moralistas que polemizam o tema, faz-se mister a análise da real eficácia da política criminal adotada no Brasil para verificar se as imposições, a partir da promulgação da Lei n. 11.343/06, estão alcançando os fins pretendidos, a partir de critérios principiológicos, verificando-se os reflexos surtidos com esta espécie de tratamento, promovendo estudo acerca da necessidade e adequação do Direito Penal a situação em apreço.

Diante do paradoxo instituído, à luz de todos os pressupostos garantidores de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, exsurge a relevância de uma apreciação jurídica, bem como social da consonância das disposições do artigo 28 da Lei n. 11.343/06, com a ordem constitucional vigente - garantidora dos princípios e direitos fundamentais – e com os princípios do Direito Penal.

Nesse contexto, desenvolveu-se problema de pesquisa com o escopo de buscar respostas ao cenário caótico: quais os aspectos da aplicação da atual política criminal de drogas no Brasil, e em que pontos esta política está em consonância com a Constituição Federal de 1988?

Desta feita, a presente pesquisa tem como objetivo geral estudar a política criminal adotada pelo Brasil quanto ao uso de drogas e analisar a sua aplicação prática segundo os direitos e garantias constitucionais. Para o desenlace do objetivo geral foram propostos os seguintes objetivos específicos: verificar a constitucionalidade da imposição das medidas

previstas no artigo 28 da Lei n. 11.343/06; analisar os efeitos decorrentes da aplicação da Lei n. 11.343/06 e, por fim, estudar quais são as políticas públicas alternativas existentes para o uso de drogas, sem a utilização de mecanismos penais.

Para tanto, no que concerne aos procedimentos, consiste em pesquisa bibliográfica com realização de consulta ao maior número possível de publicações relacionadas à temática em estudo, desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos já publicados, procurando explicar o problema a partir destes estudos existentes. A elaboração do trabalho segue o método dedutivo, assim entendido como aquele em que o pesquisador fundamenta-se em uma premissa maior para alcançar resultados para uma premissa mais específica, chegando às conclusões.

Por seu turno, dividiu-se o presente estudo em três capítulos, sendo o primeiro dedicado ao aprofundamento teórico quanto ao princípio fundante da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, partindo de seus conceitos iniciais até a acepção atual e a relevância que assumem no contexto contemporâneo, mormente no que concerne a sua implementação e eficácia material.

No segundo capítulo aborda-se a expansão do poder punitivo do Estado, por meio da adoção de políticas criminais de combate às drogas tornadas ilícitas, entre outros discursos de criminalização que encrudesce os mecanismos de persecução penal. Por outro lado, nesse capítulo, estuda-se alguns dos princípios constitucionais penais mais relevantes, relacionados ao tema pesquisado, traçando paralelos entre a política criminal e a política constitucional.

Por fim, no terceiro e último capítulo trata-se da evolução do ordenamento jurídico brasileiro em relação as drogas, especificamente da atual legislação de drogas no Brasil, perpassando pela constitucionalidade do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, à luz dos princípios e direitos constitucionais e o problema da adoção de mecanismos penais para reprimir o uso de drogas. No derradeiro capítulo faz-se, ainda, sem pretensão de esgotar o tema, breve análise acerca de alternativas, por meios extrapenais.

A presente pesquisa vincula-se, dessa forma, ao Eixo Cidadania e Estado do Curso de Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó – UNOCHAPECÓ.



## CAPÍTULO I

### 1 DIGNIDADE HUMANA, DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS E PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS

*“[...] Quero desimaginar-me deste mundo feito com ganas,  
Desta civilização feita com pregos,  
Quero viver, como uma bandeira à brisa,  
Símbolo de qualquer coisa no alto de uma coisa qualquer!  
Depois enterrem-me onde queiram.  
Meu coração verdadeiro continuará velando  
Pano brasonado a esfinges,  
No alto do mastro da visão  
Aos quatro ventos do Mistério.  
O Norte – o que todos querem  
O Sul – o que todos desejam  
O Este – de onde tudo vem  
O Oeste – aonde tudo finda  
- Os quatro ventos do místico ar da civilização  
- Os quatro modos de não ter razão e de entender o  
[mundo.]”*

**(Fernando Pessoa)**

Por onde quer que se olhe, em todos os portos, nos quatro ventos do mistério, como figurou o poeta Pessoa (2006, p. 189), balançam nos mais altos mastros, carregadas por pessoas, nações, minorias de todas as classes, cores e credos, bandeiras que clamam, em meio a tempestades de injustiças e violência, pelo império da dignidade da pessoa humana e pelo respeito aos direitos humanos nas relações sociais.

O presente capítulo objetiva analisar, sem pretensão de esgotar o tema, a evolução da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, partindo dos precedentes históricos até a formação dos conceitos atuais, passando pelos aspectos mais relevantes de suas trajetórias, compreendendo a relação existente entre ambos e os reflexos na positivação dos direitos e garantias presentes na Carta Magna de 1988. Analisa-se, ainda, a proeminência que assumem na contemporaneidade, pelos abismos existentes entre as proclamações solenes e as reiteradas violações, mas principalmente por serem o viés de esperança para construção de um espaço, com as condições indispensáveis ao livre desenvolvimento das potencialidades da personalidade humana.

É precisamente neste grande muro, que distancia o ordenamento positivado da real condição de vida outorgada à maioria esmagadora da sociedade, que reside o ponto mais delicado do sistema jurídico atual. Propõem-se, neste momento da pesquisa, reflexão na busca pela concretização efetiva dos preceitos constitucionais fundamentais, para construção de uma sociedade mais justa e mais humana, afinada com os valores supremos, livre de preconceitos, à luz de um Estado que se propõe democrático.

### **1.1 Direitos humanos e dignidade da pessoa humana: significado, antecedentes e transformações**

Antes de alcançar o status que ostenta atualmente, reconhecida e positivada no ordenamento jurídico pátrio como fundamento do Estado, a dignidade da pessoa humana passou por transformações com o desenvolvimento do pensamento da humanidade, em lenta evolução na sua definição e alcance.

A dignidade é um conceito elaborado, construído e desenvolvido ao longo da história (NUNES, 2002, p. 49). Com efeito, as primeiras proposições ligadas a dignidade humana se estabelecem já nas sociedades arcaicas (DI LORENZO, 2010, p. 54). Os primeiros registros acerca de sua origem têm alicerce na ordem religiosa. Remonta aos ideários cristãos presentes no Antigo e Novo Testamento, as referências mais antigas ao princípio, à época já reconhecido como valor inerente a cada pessoa, independente de apego a qualquer crença

religiosa, pois todos merecem o mesmo respeito, sem distinções<sup>1</sup> (SARLET, 2011, p. 34). O pensamento cristão, consoante observa Martins (2006, p. 22) é reconhecido como um dos momentos decisivos para a elaboração da noção atual da dignidade da pessoa humana.

Aduz Sarlet (2011, p. 37) que nos períodos que se seguiram, além do forte contorno religioso que delineou a noção de dignidade da pessoa humana, no sentido de ser uma dádiva divina, inerente à todo ser humano de igual forma, por ser a imagem e semelhança de Deus, somou-se ao princípio outra concepção, assentada na racionalidade humana, mais especificamente na capacidade de conduzir a sua existência de acordo com sua própria vontade para concretização de seus desejos, responsabilizando-se por seus atos.

Di Lorenzo (2010, p. 52) expõe que “a dignidade no seu primeiro conceito apresenta-se como um valor, a afirmação e o reconhecimento de uma sacralidade intrínseca ao ser humano”. Por seu turno, de acordo com Martins (2006, p. 23) São Tomaz de Aquino, teria sido o primeiro a fazer menção do termo “dignidade humana”.

Assim, é no jusnaturalismo<sup>2</sup> que a concepção da dignidade da pessoa humana, sem romper com a ideia primária de condição inata a todos os seres humanos, igualmente livres e dignos, toma forma verdadeiramente racional, inspirada na liberdade moral que difere os seres humanos dos demais seres, no sentido de agir conforme determina a razão (SARLET, 2011, p. 37).

Neste período, se sobressai a concepção de dignidade desenvolvida por Immanuel Kant, responsável por um processo de ruptura com a influência exclusiva que exercia a religião para fundamentação da dignidade por meio de suas crenças, valores e princípios (BARROSO, 2010, p. 250).

---

<sup>1</sup> Na antiguidade clássica, período que compreende o século VIII a.C e se estendeu até a queda do império romano do ocidente no século V d.C, passou a dignidade a ser entendida como expressão de prestígio social, de sorte que neste momento, admite-se a existência de níveis diferentes de dignidade para cada ser humano. Já no estoicismo a dignidade é entendida como qualidade intrínseca a todos os seres humanos na mesma medida, dissociada da ideia de reconhecimento da relevância do cargo, de sorte que todos merecem o mesmo respeito, consideração e liberdade (SARLET, 2011, p. 34-35).

<sup>2</sup> Segundo Marinho e Marinho (1980, p. 13-15), o jusnaturalismo é uma escola teórica do Estado, tão antiga quanto o homem, pretérita ao reconhecimento do positivismo, seguida por filósofos da idade média, como São Tomas de Aquino e Santo Agostinho, que postula a existência de um direito natural, que independe de normatização, fundado em diversas fontes, principalmente nas premissas divinas e fortemente inclinado a existência de direitos essenciais, invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis. De acordo com Nader (2001, p. 154), os pensadores do jusnaturalismo “apresentam uma concepção dualista, convictos de que, paralelamente à ordem institucionalizada pelo Estado, haveria o Direito Natural, ordem não promulgada pelos homens.”

Nesse sentido, menciona Sarlet (2011, p. 40), para Kant, a autonomia da vontade, qualidade intrínseca e particular do ser humano é a premissa que sustenta a dignidade da pessoa humana, a partir do seu reconhecimento como valor indissociável do ser humano que não pode ser considerado apenas como um meio, mas pelo contrário, como um fim em si mesmo. Assim, a noção de dignidade humana é representada em Kant pela máxima decorrente do “imperativo categórico”<sup>3</sup>, que impede que o homem seja considerado como uma coisa, mero instrumento para satisfação de desejos, pois do contrário haveria flagrante prejuízo de sua dignidade (MARTINS, 2006, p. 26-27).

Expõe Comparato (2010, p. 34), não ser apenas no fato do ser humano possuir dignidade e não um preço, e ser sempre um fim em si mesmo que reside a sua dignidade. Para além disso, as pessoas são dotadas, de forma exclusiva, de racionalidade tal, que lhes permite possuir vontade autônoma.

Trata-se de pensamento que se encontra assente na doutrina e predomina como consenso atual, utilizado expressivamente em termos de dignidade, sem que, diante das constantes transformações sociais, culturais e econômicas, esteja imune a críticas, mormente pelo forte antropocentrismo, no que diz respeito a sua atribuição exclusiva ao ser humano (SARLET, 2011, p. 40).

Acerca da delimitação do conceito da dignidade humana, leciona Silva (2005, p. 196) “o conteúdo da noção da dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais”.

De qualquer forma, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado pelo ordenamento constitucional vigente e em diversos outros ordenamentos jurídicos, é senão, fruto das construções gradativas e vagarosas das diversas transformações das concepções que se aperfeiçoaram para afastar a arbitrariedade e garantir direitos ao ser humano perante a sociedade e frente ao Estado (SARLET, 2011, p. 47).

Ademais, o seu reconhecimento como norma, dependendo da classificação adotada, não exclui sua condição de princípio informador de todo o ordenamento jurídico ampliando-

---

<sup>3</sup> O imperativo categórico de Kant, é expresso pela máxima: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que se torne uma lei universal”. Tal fórmula exprime a autonomia da vontade como único princípio norteador das leis morais (MARTINS, 2006, p. 26).

se, assim, sua eficácia por meio de seu papel hermenêutico, mormente como critério de interpretação diante das lacunas legislativas.

Não obstante ser algo efetivamente real, por tratar-se de conceito incerto, vago e aberto é árdua a tarefa de se encontrar o significado e de se produzir uma conceituação una e precisa do que seja a dignidade da pessoa humana, razão pela qual seu significado permanece em inacabável processo de construção, em decorrência das constantes alterações no contexto sócio econômico e cultural em que é aplicada, o que revela a necessidade latente de análise e fixação em cada caso concreto, ressaltando-se que o reflexo dessa inconstância pode redundar em arbitrariedades (SARLET, 2011, p. 52).

No mesmo sentido, explica Martins (2006, p. 16-17) que há considerável dificuldade em definir um conceito fechado e significado que defina a dignidade da pessoa humana em sua amplitude, o que resta por prejudicar a definição de seu âmbito de aplicação. Por outro lado, sustenta Nunes (2002, p. 51), “não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor como deve ser levado em conta *sempre*, em qualquer situação.”

Revela Silva (2005, p. 193-196), que a dignidade humana possui dupla vertente funcional, na medida em que opera na limitação do poder estatal, no que tange a lesões ou ameaça de lesões, impondo ao Estado obrigações de cunho negativo. Em contrapartida, em sua outra finalidade, a dignidade funciona exigindo prestações do poder estatal, intervenções positivas, voltadas para a criação de condições que possibilitem a concretização de direitos essenciais. Desta feita, é ao mesmo tempo restrição e incumbência a ser observada pelo Estado, bem como por toda a sociedade, “a dignidade da pessoa humana, enquanto norma-princípio impõe limites tanto às condutas comissivas do Estado como às condutas omissivas, protegendo a existência e a liberdade humanas” (SILVA, 2005, p. 193).

Noutros termos, explica Silva (2005, p. 197):

A dignidade encerra, então, a qualidade intrínseca e distintiva de todos os seres humanos que os fazem destinatários de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, num complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa tanto contra atos de cunho degradante e desumano, como lhe assegurem as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, garantindo sua participação ativa na comunidade e o exercício de suas potencialidades pessoais [...].

O que se evidencia é que a dignidade é valor próprio, identificador e intrínseco à

pessoa humana, que lhe confere autodeterminação consciente, livre e responsável para dirigir suas próprias escolhas autonomamente e é esse, exatamente, o motivo suficiente para fazer jus ao respeito, proteção e promoção por parte do Estado e pela comunidade. Foi nesse sentido que a Constituição Federal de 1988 pretendeu acolher e dar guarida à dignidade humana (MARTINS, 2006, p. 115). Neste contexto, observa Sarlet (2011, p. 54), por ser atributo inerente a cada ser humano, não poderá ser dele retirado, mesmo que suas ações se manifestem ofensivas aos seus semelhantes e a si próprio, porquanto todos os homens possuem igual natureza e uma essência comum, sem espaço para qualquer espécie de preconceito e discriminação.

Vale mencionar a afirmação de Zisman (2005, p. 23), no sentido de que a dignidade independe de qualquer característica especial do ser humano ou do cumprimento de deveres morais, pelo contrário, decorre exclusivamente de sua existência:

A respeitabilidade mínima em relação ao homem não depende, portanto, de seus feitos, ou ainda, de sua idade, condição social, ascendência ou grau de hierarquia. Trata-se de tratamento digno, ao qual qualquer pessoa tem direito, no plano universal.

Di Lorenzo (2010, p. 55) comunga dessa concepção, ao afirmar que a igualdade da natureza humana, pressupõe o reconhecimento, por cada um de que todos possuem a mesma dignidade, percebendo que o valor do outro é o mesmo que o seu e que só se realiza na vida em comunidade. Com efeito, sustenta Machado (2010, p. 94), “a dignidade pessoal constitui o fundamento de igualdade de todos os homens entre si.”

A dignidade da pessoa humana é destacada por Bonavides (2003, p. 233), como o mais alto valor da ordem constitucional vigente, representando a supremacia principiológica constitucional em detrimento das regras ordinárias:

Toda a problemática do poder, toda a porfia de legitimação da autoridade e do Estado no caminho da redenção social há de passar, de necessidade, pelo exame do papel normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima, e se houver reconhecidamente um princípio supremo no trono da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser outro senão aquele que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

Por ser qualidade intrínseca a todo ser humano, a dignidade preexiste a qualquer

dedicação científica ao seu estudo. E muito embora tenha aparecido timidamente em outros diplomas constitucionais brasileiros, foi adotada expressamente somente no texto de 1988 (MARTINS, 2006, p. 47-50).

Assim, leciona Nunes (2002, p. 40), a Magna Carta de 1988, acolheu a dignidade humana como um dos princípios estruturantes do Estado, que são aqueles que sustentam todo o ordenamento jurídico, pois asseguram valores fundamentais. Trata-se de premissa maior que não pode ser afastada. No dizer de Di Lorenzo (2010, p. 53), “antes de ser fundamento do Estado, a dignidade é o fim da própria pessoa. Como todo fim, é aquilo que justifica a sua própria existência”.

Nesse diapasão, Nunes (2002, p. 38), esclarece “que os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, uma vez que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral.” Em suma, o princípio, se destina a ser a luz a guiar o interprete em qualquer análise diante do caso concreto, servindo de parâmetro para interpretação, integração e aplicação das leis infraconstitucionais e inclusive, dos preceitos constitucionais, devendo toda decisão pautar-se pelo princípio maior da Lei Suprema (NUNES, 2002, p. 37).

A experiência de outros textos constitucionais demonstra, contudo, que o reconhecimento expresso no texto constitucional brasileiro de 1988, com menção do termo dignidade da pessoa humana, infelizmente não é suficiente para assegurar sua realização na prática (MARTINS, 2006, p. 49). Por mais louvável que seja a intenção do constituinte, o princípio não alcança a todos, ao menos, não da mesma forma. Todavia, a previsão na Carta Magna é necessária e imprescindível, por ser o viés de esperança e a alternativa juridicamente possível para a proteção (SARLET, 2011, p. 30). Seguindo essa linha de pensamento, Bonavides (2011, p. 590-593), sustenta que no momento em que o Estado se afasta da Constituição, o poder impera e este rapidamente transmuda-se em força e arbítrio.

O marco inicial do reconhecimento geral da dignidade da pessoa humana como valor inerente a todos os seres humanos que o torna único e digno de proteção é a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada em 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Isto é, somente no segundo pós-guerra se desenvolvem teorias acerca desses direitos.

Contudo, percebe-se que a origem espaço-temporal dos direitos humanos, posteriormente positivados, está profundamente entranhada aos antecedentes da dignidade da

pessoa humana, de sorte que o pensamento cristão e posteriormente, as concepções jusnaturalistas, influenciam a percepção atualmente aceita, militando pela existência de direitos naturais, inalienáveis e próprios da personalidade humana, sem distinções de qualquer natureza (SARLET, 2007, p. 45-53). Cristalino está que “a dignidade da pessoa humana está na raiz da consagração dos direitos fundamentais” (MACHADO, 2010, p. 94).

Nessa senda, Di Lorenzo (2010, p. 53) credita aos efeitos nefastos produzidos pela II Guerra Mundial, a preocupação da sociedade e do Estado com a proteção da pessoa humana, originando o reconhecimento político da dignidade intrínseca a todo ser humano, como valor absoluto e basilar do Estado. De acordo com Nunes (2002, p. 48) o reconhecimento da dignidade da pessoa humana decorre da reação ao período de profundo terror da Segunda Grande Guerra, em que se contabilizam incontáveis ofensas à dignidade humana.

À luz desta perspectiva, acerca da Declaração Universal do segundo pós guerra, disserta Piovesan (2011, p. 196):

Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa humana é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. [...] A dignidade como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos [...].

A relevância desse documento, porém, não se esgota na validação da dignidade. Bobbio (2004, p. 26-28), aduz que a Declaração elaborada após o término da II Guerra Mundial, representa o primeiro consenso geral no plano internacional, acerca de um sistema de faculdades, direitos e garantias fundamentais, aceito por indivíduos livres e iguais, dos mais diferentes Estados, demonstrando a existência de valores comuns a toda a humanidade. Noutros termos, o prestígio da declaração reside no compromisso histórico, no consenso de cada nação e de cada indivíduo para a prática de ações do dia a dia que possam propiciar tolerância e avanço (BARBOZA, 2006, p. 275).

Prova disso, na visão de Piovesan (2011, p. 195) é o fato de a Declaração ter sido aprovada, sob a forma de resolução, pelo voto favorável de 48 Estados, com 8 abstenções<sup>4</sup>,

<sup>4</sup> As abstenções se deram por parte da Bielorrússia, Checoslováquia, Polônia, Arábia Saudita, Ucrânia, URSS, África do Sul e Iugoslávia (PIOVESAN, 2011, p. 195).



sem qualquer voto contrário, questionamentos ou reservas, revelando-se nitidamente, como uma “plataforma comum de ação”, traduzindo a definição de um conjunto de direitos mínimos, assegurados pela sociedade mundial, através do compromisso vinculativo assumindo pelos Estados, para que o ser humano possa desenvolver aspectos de sua personalidade de forma plena. E adiciona: “a Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade da pessoa humana, ao consagrar valores básicos universais” (PIOVESAN, 2011, p. 196).

O conceito de direitos humanos, na concepção de Herkenhoff (1994, p. 30-31), decorre de desdobramentos do pensamento filosófico, jurídico e político, em constante evolução na humanidade:

Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir.

Conclui-se, no curso da história humana, que certos direitos não poderiam estar à mercê da vontade estatal, tamanha essencialidade para a vida humana, identificando-se, assim, os direitos fundamentais (MACHADO, 2010, 86). Flores (2009, p. 32-40), por seu turno, distingue o que são os direitos humanos do seu significado. Para o autor, são resultado de processos de lutas pelo acesso a bens materiais e imateriais capazes de proporcionar uma vida digna, que decorrem da essência da natureza humana, sendo esta a condição única e exclusiva para possuí-los, mesmo sem deter de efetivas condições materiais para exercê-los. E por outro lado, os direitos humanos significam um impulso para a criação, reconhecimento e aplicação universal de novos direitos, ou seja, a batalha tem na mira as injustiças e desigualdades no que concerne a obtenção destes direitos.

Nessa linha de pensamento, elucida Wolkmer (2003, p. 17), os direitos conquistados e positivados ao longo da história humana, em seus mais diversos espectros, possuem no momento atual acepções, conteúdo e significado diversos do que representavam no momento social em que vieram à tona.

Tem-se, contudo, que a maior dificuldade não reside na justificação dos fundamentos dos direitos fundamentais, mas sim, na sua proteção e efetivação. Não obstante existam diversos documentos a sacramenta-los, o cerne da questão consiste em encontrar vias idôneas

para sua realização, de sorte que não se tornem meros escritos sem utilidade (BOBBIO, 2004, p. 25).

Esclarece Espinoza (2004, p. 32), o advento do reconhecimento da pessoa humana como titular de direitos intrínsecos a sua condição de ser humano, ocorre no século XVIII, eis que nesse contexto surge a Declaração de Virgínia (1776) e Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), documentos que se destacam pela proteção propícia dos direitos humanos, oponíveis, pela primeira vez, inclusive em face do próprio Estado, contudo, com um cunho ainda essencialmente individualista. Por outro lado, Sarlet (2007, p. 49), registra a participação não menos importante do pacto firmado na Inglaterra em 1215, pelo Rei João Sem-Terra, com membros da igreja e castas abastadas, em que pese ter sido elaborado em período de acentuada desigualdade social.

O processo de universalização dos direitos humanos é muito recente e encontra precedentes, segundo lição de Piovesan (2011, p. 170-171), no Direito Humanitário<sup>5</sup>, na Liga das Nações<sup>6</sup> e Organização Internacional do Trabalho<sup>7</sup>, que representam verdadeira quebra de paradigma no sentido de que modificam a noção absoluta da soberania estatal, na medida em que impõem, sob pena de sanções, limites à autonomia e à liberdade dos Estados, com o intuito de garantir a observação dos compromissos assumidos perante a ordem internacional.

Assinala Wolkmer (2003, p. 2), que a mudança da concepção individualista, após a revolução, mais precisamente no século XX, permitiu que a França fosse precursora no reconhecimento e concretização da teoria da universalização e positivação dos direitos humanos, a partir da construção de uma visão mais flexível e transindividual.

Por outro lado, a Declaração da ONU de 1948, representa a concepção atual dos direitos humanos, em que obteve-se o seu maior desenvolvimento, a uma porque determina que tais direitos proclamados são universais, a duas porque reconhece que os direitos

---

<sup>5</sup> Também chamado de Direito Internacional da Guerra e de acordo com Piovesan (2011, p. 170) trata-se do direito pertinente aos casos de guerra impondo limites à soberania estatal visando à tutela dos direitos humanos, destinada nos casos de conflito armado, a proteção dos militares, principalmente dos feridos em combate.

<sup>6</sup> A Liga das Nações foi criada em 1920, após o fim da Primeira Guerra Mundial visando promover a cooperação internacional, a promoção da paz e segurança internacional, comprometendo-se os contratantes com as previsões da Convenção que guardava relação com os Direitos Humanos (PIOVESAN, 2011, p. 170).

<sup>7</sup> A Organização Internacional do Trabalho, também criada após a I Guerra Mundial, conforme leciona Piovesan (2011, p. 171), com o intuito de “promover padrões internacionais de condições de trabalho e bem estar”. As convenções promulgadas pela organização comprometem os Estados signatários sob pena de sanções, principalmente as de natureza econômica.

humanos derivam da dignidade da pessoa humana, pertencente a todos os membros da sociedade humana, pela própria condição de ser humano, motivo único e exclusivo da proteção.

Pertinente que se traga, nesse ponto, em que pese a íntima relação, a distinção terminológica assente na doutrina, no sentido de que o termo “direitos do homem”, possui acepção de direitos naturais, ainda não positivados na ordem nacional e internacional, ao passo que, “direitos humanos” representa aqueles direitos positivados em textos internacionais.

Por fim, o termo “direitos fundamentais” traduz, com maior vantagem semântica, os direitos humanos positivados no ordenamento constitucional, de cada Estado individualmente considerado, possuindo maior nível de efetividade, porquanto acompanhados por instancias capazes de trazer à lume os seus efeitos. Assim, as designações possuem a mesma fundamentalidade material, mas possuem graus distintos de positivação (SARLET, 2007, p. 36-42).

Posta a questão da distinção, mister destacar que uma das principais exigências da dignidade da pessoa humana constitui-se na garantia dos direitos fundamentais. O reconhecimento dos direitos fundamentais e sua consequente positivação nas Constituições exerce papel crucial e lhe confere proteção jurídica por meio de mecanismos de tutela judicial, capaz de impô-los inclusive em face do Estado que ouse violá-los (BOBBIO, 2004, p. 31).

A dignidade da pessoa humana, como ensina Di Lorenzo (2010, p. 54) deriva da própria condição de ser humano, sem dependência de qualquer outro fator. Não emana, pois, de concessões estatais. Noutros termos, não decorre da produção do Direito positivado, eis que lhe é precedente, nasce da essência humana.

Logo, não prescinde de nenhuma norma que a conceda. Contudo, o seu reconhecimento jurídico se assenta como fator preponderante na garantia de busca por respeito e realização, pois ainda que a cada um pertença a sua própria dignidade, para sua exteriorização faz-se mister o reconhecimento do outro por seu semelhante.

Por todo o exposto, importa destacar que os direitos humanos são transformados em direitos fundamentais ao ser positivados pelo Direito Constitucional, devendo guardar relação com a efetividade dos preceitos essenciais. Nesse contexto, assume relevância a compreensão

dos direitos e garantias fundamentais, merecendo mais detalhada análise.

## **1.2 Direitos e garantias fundamentais**

Constituem os direitos humanos um extenso traço cultural da civilização universal. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, grande marco na evolução do constitucionalismo pátrio, acolheu de forma ampla a ideologia dos direitos humanos, transformando-os em direitos e garantias fundamentais dos quais são titulares todos os cidadãos, oponíveis ao Estado e perante a sociedade.

Contudo, a efetivação de parte destes preceitos fundamentais permanece aquém da realização ideal, longe de ser cumprida, por ficar a mercê de comandos normativos que servem para a dominação, sem observância de reclamos de significativos desdobramentos da história da humanidade.

Com efeito, o que se espera de um Estado Democrático de Direito é um Estado de justiça. Não se trata apenas de um simples sistema complexo de leis, posto que as leis, perigosamente, podem servir-se a dominação e, por conseguinte, serem injustas, cruéis, tirânicas e opressivas. Leis que não distribuem liberdade e sim, repressão, tais como a de períodos aparentemente superados.

O Estado justo, por sua vez, baseia-se no respeito a leis humanas e à Constituição, não podendo ser corrompido pelo arbítrio e patrocínio de violações. Em verdade, o caminho a ser percorrido para realização concreta dos direitos e garantias fundamentais no cotidiano da população ainda é longo e repleto de estradas sinuosas, porquanto, na esteira do que aduz Zisman (2005, p. 66), “nem todos os homens possuem a técnica de saber lidar e, incapaz de praticar o bom governo, o que se provoca é a desarmonia, a injustiça”.

Não há um posicionamento uníssono na doutrina brasileira acerca de um conceito do que sejam os direitos e uma definição da linha tênue que os diferencia das garantias. Silva (2001, p. 189-190) observa que os direitos são apenas declarados na Carta Magna, vez que não decorrem de qualquer ato normativo, já habitam o mundo como atributos inerentes a natureza do ser humano, sendo reconhecidos juridicamente pela Constituição.

Por outro lado, as garantias são definidas por Silva (2001, p. 191-192) como as disposições assecuratórias, criadas para, por meio de técnicas e procedimentos previstos, limitar a atuação do Poder Público, bem como para promover o respeito e realização dos direitos, consubstanciando um verdadeiro sistema de proteção:

Nesse sentido, essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal. [...] são concedidas pelas normas jurídicas constitucionais aos particulares para exigir o respeito, a observância, o cumprimento dos direitos fundamentais em concreto, importando, aí sim, imposições do Poder Público de atuações ou vedações destinadas a fazer valer os direitos garantidos (SILVA, 2001, p. 192).

No mesmo caminho, a lição de Bonavides (1997, p. 481-485), de que os direitos se diferem das garantias, na medida em que aqueles são meramente declarados na ordem jurídica, ao passo que as garantias se estabelecem no ordenamento justamente pelo elo que mantém com os direitos, haja vista que se destinam a assegurar a fruição destes, são, portanto, o meio de fazer efetivar o gozo dos direitos fundamentais.

Trata-se da busca pela efetivação, mesmo que em profundo descompasso com a realidade prática que fecha os olhos para as incontáveis lesões aos direitos fundamentais e aos contínuos desgastes decorrentes do descomprometimento com a realização desses direitos, reiteradamente depreciados e desprezados.

Fixadas e contextualizadas as bases históricas e ideológicas que estruturam a construção dos conceitos atuais da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, imprescindível, é compreender a relação existente entre ambos e os reflexos do reconhecimento jurídico pela Constituição Federal de 1988 para a proteção e promoção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

### *1.2.1 Os direitos fundamentais como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana*

A origem dos direitos fundamentais se conecta à dignidade da pessoa humana, na medida em que esta compõe o núcleo essencial, senão de cada um, pelo menos da maioria dos direitos fundamentais.

Representa um recinto intransponível presente em cada direito, garantido a qualquer pessoa pelo simples fato de existir, tão somente por sua condição de ser humano (BARROSO, 2010, p. 251-252). Assevera Piovesan (2011, p. 167), que nunca houve um consenso acerca do fundamento e da natureza dos direitos humanos. Ainda hoje não há um posicionamento pacífico nesse tocante que permanece por ser desvendado.

Vale mencionar o pensamento Di Lorenzo (2010, p. 55), que sustenta a inexistência de qualquer direito à dignidade, haja vista que a dignidade humana é fundamento dos direitos humanos, sendo pretérita e justamente a condição para a existência destes. Nessa esteira, Silva (2005, p. 189) assevera que “o veículo para a intervenção transformadora do direito no âmbito da proteção dos direitos humanos tem sido o princípio da dignidade da pessoa humana.”

Sob esta perspectiva, ao prefaciá-la obra de Flores (2009, p. 19), Piovesan disserta que os direitos humanos se consubstanciam em processos interculturais de respeito à igualdade e à liberdade que viabilizam o reconhecimento e a implementação de vias para a preservação da dignidade da pessoa humana em uma acepção concreta.

Na lição de Sarlet (2011, p. 101), os direitos fundamentais se consubstanciam em explicitações da dignidade da pessoa humana, de modo que, em intensidades diferentes, cada direito fundamental contém uma dimensão da dignidade. Desta feita, qualquer violação a um direito fundamental, corresponde na mesma medida, a inobservância da dignidade que este projetava (SILVA, 2005, p. 199).

Nesse sentido, acerca da consagração da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica e, por conseguinte, o reconhecimento de direitos fundamentais, as palavras de Prado (2010, p. 143):

O homem deixa de ser considerado apenas como cidadão e passa a valer como pessoa, independentemente de qualquer ligação política ou jurídica. O reconhecimento do valor do homem enquanto homem implica o surgimento de um núcleo indestrutível de prerrogativas que o Estado não pode deixar de reconhecer, verdadeira esfera de proteção dos indivíduos que delimita o poder estatal.

Para Bonavides (2003, p. 221-232) o verdadeiro Estado Democrático de Direito advém do reconhecimento do primado da dignidade da pessoa humana, que serve de alicerce e legitima as ordens jurídicas que se pautam pela igualdade, liberdade e pelos valores da justiça, de sorte que implementar este princípio como preceito fundamental em todas as

esferas da vida dos cidadãos, de modo que seja internalizado e vivenciado por cada um e por todos os indivíduos, representa, senão, uma exigência, da consagração de um novo regime. Ademais, para o referido autor (2003, p. 231), a dignidade da pessoa humana, deixou de ser algo essencialmente vago e abstrato, para transformar-se no mais alto grau de concretização dos direitos fundamentais no sistema constitucional vigente, “elevada ao mais alto posto da hierarquia jurídica do sistema”.

Em relação a este tocante, afirma Martins (2006, p. 65), que a dignidade da pessoa humana não foi acolhida pelo texto constitucional de 1988, tão somente por estar disposta expressamente no artigo 1<sup>o</sup><sup>8</sup> como um dos princípios fundamentais do Estado, mas porque seu reconhecimento se fez presente na essência da maioria de cada um dos direitos fundamentais, no amplo rol outorgado aos cidadãos, assim saudando esse novo regime, a primazia da dignidade em relação aos demais princípios constitucionais.

Nesta senda, só com relação aos direitos que não dizem respeito às condições mínimas da existência digna da vida humana e que não guardem relação com dimensões de liberdade, é que seria aceitável a imposição de restrições, haja vista que compõem condições essenciais e inalienáveis de todo ser humano (SILVA, 2005, p. 191).

Mister, então, é aprofundar o tema que diz respeito ao reconhecimento dos direitos fundamentais e suas diversas dimensões, destacando cada fase do seu surgimento.

### *1.2.2 Direitos fundamentais: reconhecimento e dimensões*

Ao apresentar a obra de Bobbio (2004, p. XI), Lafer aponta que a partir da afirmação do Estado Democrático de Direito, impôs-se o reconhecimento dos direitos dos cidadãos em lugar dos deveres dos súditos. Contudo, para Bobbio (2004, p. 23), consoante já aventado na presente pesquisa, “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*”, pois teoria e prática, no que concerne à este

---

<sup>8</sup> CF. Art. 1<sup>o</sup>. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...].

tocante, são searas que habitam planos consideravelmente diversos.

Com efeito, o real reconhecimento dos direitos humanos exige muito mais do que sonhadas proclamações e quebras de paradigmas de alguns seres corajosos, sob pena de tornarem-se meros escritos utópicos, gravados no coração e na alma de poucos. Ou seja, a máxima realização dos direitos humanos está condicionada a evolução de diversos aspectos da civilização, precipuamente, do político, pois na lição de Bonavides (2003, p. 219) “o Direito ou liberta ou não é Direito”.

Compartilha-se do entendimento de Flores (2009, p. 27) quando afirma:

Falamos de direitos e parece que tal reconhecimento jurídico já solucionou todo o problema que envolve as situações de desigualdade ou de injustiça que as normas devem regular. [...] atrás de todo edifício jurídico, se escondem sistemas de valores e processos de divisão do fazer humano que privilegiam uns grupos e subordinam outros.

Para Bobbio (2004, p. 18), os direitos do homem são históricos e, portanto, suscetíveis a modificações. Tais variações decorrem de processos de adequação e atualização da relevância de determinados preceitos de acordo com o contexto histórico econômico e cultural em que estão inseridos. No mesmo compasso, Herkenhoff (1994, p. 24) aduz que o Direito “não é estático, mas dinâmico. Está num constante vir-a-ser, em permanente construção”.

Piovesan (2011, p. 167-168) comunga do mesmo entendimento, defendendo a historicidade dos direitos humanos, como resultado de uma construção humana, em constante processo de reestruturação, a partir das lutas e ações sociais na busca por novas necessidades e exigências do homem, para concretização da dignidade.

Nas palavras de Flores (2009, p. 25), ressaltando o perfil histórico dessa categoria, “os direitos humanos constituem a afirmação da luta do ser humano para ver cumpridos seus desejos e necessidades nos contextos vitais em que está situado”.

Os direitos fundamentais, dessa forma, são considerados conquistas sociais decorrentes gradualmente das lutas sociais por necessidades do homem que foram surgindo ao longo de cada período e das transformações e ampliações advindas destes novos interesses e das novas exigências humanas.

Doutrinariamente, para melhor concepção metodológica, essas etapas de



transformações dos direitos fundamentais são classificadas em “fases”, “dimensões” ou “gerações”, levando-se em consideração o momento do reconhecimento normativo constitucional. Desta feita, referida classificação somente se torna oportuna a partir do reconhecimento dos direitos fundamentais nos primeiros textos constitucionais (SARLET, 2007, p. 44).

Com efeito, parte abalizada da doutrina inclina-se na defesa do termo “dimensão” para melhor demonstrar as “fases” de direitos, ao passo em que a expressão “gerações” pode provocar distorções na medida em que denota uma ideia cronológica equivocada de sobreposição de uma fase sobre a anterior, quando em verdade, todas as dimensões marcam as distinções de direitos que coabitam simultânea e cumulativamente, complementando-se (WOLKMER, 2003, p. 5-6).

Sobre esse tocante, explica Piovesan (2011, p. 200):

Assim, partindo do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações, compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada visão de sucessão “geracional” de direitos, na medida em que se acolhe a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de inteiração.

Neste contexto, Bobbio (2004, p. 32) ensina que assentam-se primeiro os direito de liberdade, assim considerados, os direitos limitativos do poder estatal, que se insurgem contra os amplos poderes opressivos do Estado, diminuindo o âmbito e intensidade de sua ingerência, ao passo que também conferem maiores liberdades e autonomia ao homem abstratamente considerado. Num segundo momento, afirmaram-se os direitos políticos, entendidos como aqueles que conferem maior autonomia para os indivíduos, na medida em que permitem, de forma ampla e geral, a participação dos cidadãos no poder político e participação ativa do Estado na concessão de prestações sociais. Por fim, os direitos sociais, responsáveis pelo reconhecimento de valores coletivos realizados por intermédio da participação ativa e direta do Estado, ou seja, que exigem para sua efetiva proteção a ampliação dos poderes estatais a fim de que possam concretizá-los.

Acerca do tema, disserta Bonavides (2003, p. 353-363), que os direitos de primeira geração, consistentes nas garantias fundamentais de liberdade, são os direitos individuais, civis e políticos de titularidade dos cidadãos como forma de resistência a opressão estatal,

impondo, assim, abstenção do Estado. Já os direitos de segunda geração, direitos sociais, culturais e econômicos, tem seu primado em ideais de igualdade real e pressupõe comportamento ativo do Estado no oferecimento de prestações materiais, portanto, têm alcance positivo e apontam para a criação de condições materiais equalizadas para a garantia do gozo dos direitos de primeira geração, como o direito ao trabalho, assistência social, à educação e à saúde, que demandam recursos públicos para realização. Por fim, alicerçados em premissas de uma sociedade mais fraterna, solidária, universal e humana, encontram-se os direitos de terceira geração, que visam à tutela de direitos pertencentes ao gênero humano, de titularidade coletiva, transindividual, afetos, sem prejuízo de outros que possam surgir, ao desenvolvimento e ao meio ambiente. Contudo, o autor defende, ainda, outra linha de direitos, qual seja, a quarta geração, decorrente do processo de globalização, em que estão incluídos, direitos como a democracia livre de manipulações, informação e pluralismo.

Os direitos que compõe a primeira dimensão tem cunho negativo, pois consolidam direitos individuais, direcionados a limitação da ingerência estatal, para garantia de valores como a liberdade, a igualdade e a propriedade. Por outro lado, os direitos da quarta geração estão intimamente ligados à vida humana e envolvem questões da denominada bioética, tais como, a inseminação artificial, aborto e eutanásia, entre outros (WOLKMER, 2003, p. 7-12).

Complementa Herkenhoff (1994, p. 61), que o desbravar de novas relações fez nascer os direitos de terceira geração, chamados de direitos de solidariedade, consistentes no direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente sadio, a uma sociedade pacífica e ao patrimônio comum da humanidade. Sob esta perspectiva, completa Wolkmer (2003, p. 9) “a nota característica desses “novos” direitos é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito à proteção de categorias ou grupos de pessoas [...]”

Ou seja, a primeira dimensão de direitos representa os direitos de liberdade (*liberté*) que relativizam a interferência estatal. Na sequência, a segunda dimensão traduz direitos de igualdade (*égalité*) que pressupõem um Estado ativo, apto a promover prestações de cunho positivo em atenção ao bem estar econômico, cultural e social dos indivíduos, a fim de realizar justiça social, e por fim, na terceira dimensão, encontramos os direitos referentes à solidariedade (*fraternité*). Assim, os direitos, mesmo que metodologicamente divididos, para

efeitos de efetividade não podem ser concebidos separadamente<sup>9</sup>. “Em suma, todos os direitos humanos, constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si” (PIOVESAN, 2011, p. 201).

A esse respeito, elucida Bobbio (2004, p. 33):

Não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdades e de poderes.

Na mesma esteira, Herkenhoff (1994, p. 63) leciona que a construção do Direito é resultado de um processo histórico e, portanto, propenso a todas as modificações decorrentes dessa dinâmica, de sorte que novos direitos virão ao mundo como forma de exigências reclamadas por segmentos da sociedade.

A par dessa constante atualização e ampliação, após o reconhecimento dos direitos individuais, sociais, do direito ao desenvolvimento e à democracia, Bonavides (2011, p. 582-593) encabeça o movimento para o reconhecimento da quinta geração de direitos fundamentais, representada pelo direito autônomo à paz (não mais incluso na terceira dimensão de direitos), como fundamento único para a convivência entre os povos, para estabelecer e cultivar o progresso e desenvolvimento dos Estados. Impõe-se, dessa forma, a positivação desse desejo de paz, que sempre fora clamado em orações silenciosas. Noutros termos, impõe-se o reconhecimento da “[...] paz em seu caráter universal, em sua feição agregativa de solidariedade, em seu plano harmonizador de todas as etnias, de todas as culturas [...]” (2011, p. 591, grifo do original).

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, a paz foi elevada ao grau de pilar do Estado. Contudo, referido direito fundamental, ainda carece de reconhecimento universal, tal como alcançaram as outras dimensões de direitos.

---

<sup>9</sup> Segundo Resolução n. 32/130 da Assembléia Geral das Nações Unidas, “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes”. Tal concepção foi adotada em 1993 pela Declaração de Direitos Humanos de Viena (PIOVESAN, 2011, p. 201-202).

De outra sorte, para Wolkmer (2003, p. 15-16) os direitos da quinta geração, decorrem das novas relações que se desenvolveram a partir da intensa utilização da internet e das ferramentas a ela vinculadas, que transformaram o modo de viver do ser humano, proporcionando uma gama de bens existentes no espaço virtual, que atingem e modificam a vida real.

Segundo oportunamente observa Sarlet (2007, p. 66-68), tanto os direitos já reconhecidos e classificados, quanto os novos direitos, decorrentes de novas violações e novas reivindicações, guardam relação com os três postulados da Revolução Francesa, girando na órbita desses elementos fundamentais, devendo haver extrema cautela no reconhecimento de novas dimensões e classificações de direitos, que no fundo, não possuem o condão de por si só dar maior efetividade a implementação e proteção de todas as dimensões de direitos, o que exige saídas que estão muito aquém da teoria pura, demandam conscientização e ação de toda a sociedade e principalmente do poder público.

Vê-se, assim, que por sua própria natureza histórica, os direitos fundamentais estão submetidos a um constante processo de mutação e, por conseguinte, novos direitos e garantias surgiram e emergem de novas exigências da humanidade de atualização e adequação da proteção social. Nesse tocante, torna-se imprescindível a análise acerca da incorporação de dessas dimensões de direitos no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988.

### *1.2.3 Direitos fundamentais na Constituição de 1988*

Há tempos o Brasil tem se movimentado para a lapidação de um modelo de Estado inspirado nos ideários principiológicos, voltado para a concretização dos direitos fundamentais e para a construção de uma sociedade mais justa, tolerante e menos desigual.

A Constituição Federal de 1988, lei maior do Estado, nasce como resposta ao longo período de forte repressão social, autoritarismo e intolerância do regime militar vivido pela sociedade brasileira, inovando de forma sem precedentes em relação às Constituições pretéritas, acolhendo amplamente o princípio da dignidade da pessoa humana, instituindo um sistema de garantias dos direitos humanos, ampliando de forma considerável, o rol destes

direitos e garantias fundamentais do cidadão (MARTINS, 2006, p. 52).

Contudo, nesse trajeto árduo de superação de duros anos de repressão, o caminho parece minado de atentados, armados por posicionamentos conservadores, preconceituosos, arbitrários, retrógrados, omissos frente aos problemas sociais, ultrapassados, dissimulados e quiçá má intencionados, capazes de defender retrocessos e afrouxar os fortes laços das garantias conquistadas, em nome de seu *status* social e dos refinados poderes que dele advém, gerando profunda descrença além de resultados funestos e devastadores.

No entanto, consoante observa Herkenhoff (1994, p. 108), os direitos humanos no Brasil foram assentados como direitos constitucionais, sendo plenamente acolhidos nos preceitos historicamente solidificados. Os direitos fundamentais foram, ainda, dotados pelo diploma constitucional de 1988, de amplas garantias de proteção, no intuito de assegurar-lhes a máxima eficácia e efetividade (BARBOZA, 2006, p. 270). Nesse contexto, observa Nunes (2002, p. 29), “qualquer exame de norma jurídica infraconstitucional deve iniciar, portanto, da norma máxima, daquela que irá iluminar todo o sistema normativo”. Assim, a dignidade da pessoa humana fundamenta toda a ordem jurídica e a afirmação dos direitos fundamentais.

O próprio preâmbulo que abre a Constituição Federal de 1988 configura-se como uma declaração de princípios, voltado para a concretização de um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício de direitos fundamentais, da liberdade, da segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade e justiça, com vistas à organização de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, voltada para a solução pacífica dos conflitos (BARBOZA, 2006, p. 274). Assim, o texto inaugurou um novo regime, instituindo relevante hierarquia de valores, assumindo explicitamente a Carta Magna que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.

Esse regime, ensina Feldens (2008, p. 523-529), instituiu um novo paradigma para o Estado, em que impõe-se o respeito e a proteção de todos os cidadãos, pelo Estado e pelos seus semelhantes, exigindo-se, dessa forma, uma participação estatal ativa para promover prestações voltadas ao pleno desenvolvimento da pessoa humana. Nessa perspectiva, a criação e aplicação do Direito, o aproxima de pressupostos principiológicos e axiológicos, definindo limites para a atividade legiferante, de sorte que a produção legislativa deve estar formal e materialmente vinculada ao texto constitucional e comprometida com os direitos humanos.

Assim, não obstante a relevância do progresso trazido pelo novo texto constitucional,

com inovações de significativa expressão, observa-se dia após dia, nas práticas mais corriqueiras e banais da população, em que se repetem os casos de violação aos preceitos da Lei Fundamental, a insuficiência desse importante instrumento jurídico para a difícil tarefa de reconhecimento, definição, implementação e atribuição dos direitos e garantias declarados, evidenciando a necessidade de intervenções internacionais, lado à lado dos mecanismos internos, para a plena realização da natureza humana, para construção de uma sociedade pacífica (BOBBIO, 2004, p. 37-38).

Asseveram Martins, Mendes e Nascimento (2010, p. 37) que “o ser humano é a única razão do Estado”. Respeitar e defender a dignidade de cada ser humano, é, senão obrigação do poder público. É seu fim precípua, em qualquer esfera, a qualquer custo (SARLET, 2007, p. 43). No mesmo sentido, Di Lorenzo (2010, p. 54-56) reforça que o Estado não tem outro motivo para existir senão para buscar e realizar a dignidade e a felicidade de todos que se vinculam a ele. Porém, contraditoriamente, a prática não reflete integralmente o que é formalmente proposto e o que se assiste diuturnamente, são seres humanos, de forma lamentável, à margem de qualquer direito.

Importa destacar a lição de Sarlet (2007, p. 114-115), no que tange a ascensão da pessoa humana a condição de centro do universo jurídico, a partir da Constituição Federal de 1988, na medida em que com o acolhimento expresso da dignidade da pessoa humana, o Estado reconheceu que existe em função da pessoa, consagrando o homem com o fim do aparato estatal, retirando-o da posição de mero instrumento para concretização das vontades estatais. Ainda de acordo com o ensinamento do autor (2007, p. 69-72), os direitos fundamentais integram o núcleo da Constituição Federal, fazendo parte de sua estrutura e de sua essência, formando um sistema de valores básicos que irradia seus efeitos e legitima todo o ordenamento jurídico, por meio do consenso da sociedade.

Ao elevar os direitos humanos ao mais alto pedestal da hierarquia interna, o constituinte ofereceu-lhes proteção constitucional, local em que encontram garantia e plenitude como autênticos direitos fundamentais, haja vista que a lei suprema poderá ser invocada a qualquer tempo para assegurar seu cumprimento e sua concretização material e não apenas meramente formal (BONAVIDES, 2003, p. 222).

Desta feita, mesmo havendo muitos abismos entre a proclamação solene de garantias no texto constitucional e a situação concreta vivenciada pela sociedade, sem os

correspondentes direitos para solucionar as aflições da humanidade, a Carta Magna é a arma para a reação dentro de um Estado Democrático.

Nesse sentido, destacam-se as palavras de Bonavides (2003, p. 223), a sustentar a relevância do texto constitucional para a tutela e efetivação dos direitos e garantias fundamentais:

[...] não precisamos fechar a Constituição para organizar a resistência, porque fechá-la seria negá-la. Em verdade, a Constituição, posto que espedaçada, é a arma do povo, derradeiro baluarte de suas liberdades. É o constitucionalismo de libertação em todas as suas dimensões de concretude, [...] há de ser esse constitucionalismo a legítima vocação do milênio que desponta, a sua irremissível caminhada para a democracia e a plenitude de eficácia de todos os direitos fundamentais.

Noutros termos, a ordem constitucional vigente trouxe à lume uma nova concepção de Estado, em que a lei maior desponta como base para as relações entre próprios cidadãos e entre estes e o Estado, impondo a observação das diretrizes fundadas na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais, bem como a interferência estatal para sua implementação e promoção, de modo que as políticas públicas adotadas por este Estado que ostenta título de democrático, devem se dirigir a preservação e a concretização do princípio primordial.

Por outro lado, a Constituição Federal de 1988 é instrumento hábil a funcionar como parâmetro para o legislador, no sentido de exigir a interferência estatal tão somente em situações relevantes e de modo contrário, em forma de prestação negativa, para frear o império do Estado, para que se abstenha em outras situações, em que a atuação se mostra desnecessária e excessiva, impedindo retrocessos, tal como ocorre na política criminal quanto ao uso de drogas ilícitas (MARTINS, 2006, p. 103).

Nesse sentido, passa-se à análise e compreensão das questões que envolvem a incompatibilidade entre a política criminal adotada e os princípios penais constitucionais, responsáveis por uma política constitucional. Princípios, estes, demasiadamente relevantes, mormente no que concerne a função limitadora da intervenção estatal e por contemplar o desenvolvimento pleno das potencialidades do ser humano a partir da utilização de mecanismos sociais menos estigmatizantes.

## **CAPÍTULO II**

### **2 POLÍTICA CRIMINAL *VERSUS* POLÍTICA CONSTITUCIONAL**

Diante da constatação do iminente fracasso e do reconhecimento dos efeitos pouco proveitosos, para não dizer funestos, do acirramento das penas privativas de liberdade, cogitou-se de uma possível mudança de caminho, trilhando trajetória na direção oposta alinhada às premissas da dignidade humana, dos direitos humanos e dos princípios penais constitucionais, culminando na redução do âmbito de incidência da esfera penal.

Contudo, não obstante todo o exposto no primeiro capítulo desse estudo, orientado para a descriminalização e utilização de mecanismos sociais menos estigmatizantes, o sentimento predominante propagado pela mídia, pelos detentores do poder e pela sociedade, parece ser outro. Resquícios de paradigmas que permanecem presentes, uma falsa concepção das reais funções dos institutos penais, incutidos na sociedade e impingidos ao povo.

Nessa fase da pesquisa, a análise se volta à compreensão de fatores determinantes que influenciam o senso comum, bem como os organismos oficiais de controle institucionalizado a enrijecer a retórica dos discursos criminalizadores e intensificação das penas, elegendo o Direito Penal como o único meio de combater a crescente violência e criminalidade.

Desta forma, nesse ponto do trabalho estuda-se brevemente os elementos dos paradigmas mais relevantes acerca da criminalidade, as influências dos processos de elaboração de comandos criminalizadores e penalizadores, eleitos pela política criminal e introduzidos na sociedade pela dogmática penal, responsáveis por estabelecer os tipos penais e por selecionar o seu alvo, especialmente escolhido para um regramento “sob medida”,



concentrando a criminalidade nas classes sociais subalternas, muitas vezes como produto direto de fatores pessoais, da pobreza, discriminação baseada na cor, má situação familiar, exclusão do mercado de trabalho e das relações de consumo.

Inserido na esfera de expansionismo do Direito Penal, corroborando para a hipertrofia do sistema, analisa-se nesse momento, sem ambição de esgotar o tema, os movimentos “Lei e Ordem” e “Tolerância Zero”, caracterizados, como se perceberá no decorrer do estudo, pela antecipação da tutela penal, mais afetos a considerar prospectivamente a conduta, no intuito de punir o indivíduo, com a suposta escusa de prevenir crimes, como resposta ao natural sentimento de indignação e impotência frente aos riscos reais ou artificiais.

Por derradeiro, nesta fase da pesquisa, volta-se o estudo para a análise dos princípios penais constitucionais, pilares do Direito Penal vigente e que servirão de suporte para o desenvolvimento e compreensão deste estudo, voltado à política criminal do uso de drogas ilícitas, traçando paralelos entre a função que lhes é atribuída diante da sociedade e do Estado e sua efetiva observação na realidade dos atos do Poder Público, demonstrando-se a latente incompatibilidade entre o que preconizam os princípios constitucionais e a realidade da utilização exacerbada do Direito Penal.

## **2.1 Dogmática penal, criminologia e política criminal**

Para propiciar melhor análise e compreensão do sistema penal como um todo, o pensamento criminológico triparte-se em uma subdivisão das ciências penais, que há anos vem sendo adotada como modelo para facilitar seu estudo, são elas: a dogmática penal (ciência penal), a criminologia e a política criminal.

O saber criminológico, muito embora seja relegado ao papel coadjuvante no mais das vezes, busca compreender as técnicas de elaboração dos comandos normativos, ligados à esfera penal, sobretudo ao comportamento desviante, seus fatores, seu conteúdo e a reação social que este provoca, estando em constante diálogo com o conhecimento da ciência jurídico-penal (BATISTA, 2005, p. 27-29).

Nas palavras de Zaffaroni *et al* (2003, p. 278), “a criminologia é o conjunto de

conhecimentos, de diversas áreas do saber, aplicados à análise e crítica do exercício do poder punitivo, para explicar sua operatividade social e individual [...]", e por conseguinte, minimizar seus efeitos.

Desta feita, a criminologia preocupa-se com o estudo da realidade social, trazendo à lume suas interpretações e possibilidades de transformação, que serão utilizadas pela política criminal para elaborar as mudanças necessárias. Assim, as políticas criminais são formuladas a partir dos progressos e descobertas da criminologia, configurando-se, na acepção de Batista (2005, p. 34) como "princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação."

Segundo Carvalho (2011, p. 04) "as ciências criminais, no final do século XIX, foram colonizadas pela nascente criminologia, a qual, desde o marco do positivismo etiológico, reivindicou para si o estatuto científico do estudo do crime e da criminalidade".

No mesmo sentido, Batista, ao prefaciar a obra de Baratta (2002, p. 01) aduz que a criminologia, como ciência autônoma, foi reconhecida apenas no final do século XIX, sendo de assaz importância no direcionamento das demais ciências penais. Passou por diversas e profundas transmutações de seus paradigmas que refletiram diretamente nas modificações das políticas criminais, bem como da dogmática penal, tendo assim, ao contrário do que aparenta, a função primordial para detectar as incoerências e promover a elaboração de mudanças nos outros aspectos da ciência criminal.

Dentro do paradigma etiológico, que apresenta forte traço antropológico e sociológico, o fenômeno criminológico é considerado como realidade preexistente à ingerência dos mecanismos formais e informais de controle, legitimando a atuação das esferas do sistema penal (MEROLLI, 2010, p. 157-158). Na esteira do que aduz Baratta (2002, p. 38-40) o foco deste paradigma, centrado a *priori*, no livre arbítrio e posteriormente nos estigmas do determinismo biológico, caracterizado pela figura do criminoso nato de Cesare Lombroso, era o delinquente em si, sem considerar a influência e a responsabilidade de fatores sociais. A causa do crime era tão somente o próprio indivíduo.

Assim, os mecanismos das agências de controle passam a mirar determinados extratos sociais, consolidando o estereótipo do criminoso, evidenciando a seletividade do sistema penal (ANDRADE, 2003, p. 38). Nesse sentido, a falta de um posicionamento crítico do saber etiológico, juntamente com a fragilidade de sua metodologia são, segundo Batista (2005, p.

30-31), responsáveis pela legitimação do Direito Penal estabelecido, cujo poder de punição, de forma leviana, parece sempre perseguir determinada classe.

Elucida Merolli (2010, p. 166) que em resposta aos preceitos ditados pelo paradigma etiológico, surge nos Estados Unidos, por volta dos anos 50 um novo paradigma, denominado Reação Social. O *labelling approach* desloca o foco da criminalidade para o Direito. Assim, a criminalidade depende da instituição de normas criminalizadoras de comportamentos e posteriormente, da punição de determinados indivíduos desviantes.

Portanto, a criminalidade em ambas as acepções, depende da atuação prévia das instituições de controle social seja para definir as condutas desviantes, seja para rotular os indivíduos, conforme expõe Baratta (2002, p. 86):

Neste sentido, o *labelling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes.

O crime, tal como é definido legalmente, pode aparecer nos mais diferentes extratos sociais, todavia, só alguns indivíduos serão etiquetados como criminosos (MEROLLI, 2010, p. 168). E a pena, por sua vez, considerada repressiva e preventiva, para Baratta (2002, p. 90), “[...] determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa”.

Em contrapartida, impulsionada por movimentos sociais difusos e aleatórios, e em resposta aos elementos contestáveis da ideologia positivista, surge a criminologia crítica ou radical que inaugura uma nova era do pensamento criminológico, interessada em investigar mais a fundo o Direito Penal posto, seus interesses camuflados e distorcidos por de trás da positivação e ainda, analisa seu papel como mecanismo de controle social, em harmonia com outras instituições de controle, que não possuem caráter sancionador (ANDRADE, 2003, p. 45-49). Santos (2007, p. 109) sustenta uma mudança de foco, do delinquente em si, para o meio social que o circunda, ou seja, para os processos de criminalização.

De qualquer sorte, a inversão do espaço temporal do surgimento do fenômeno criminoso, não restou por superar os estigmas fortemente presentes no senso comum, que somados aos fatores sociais e aos estereótipos enraizados na opinião pública e na mídia, são heranças das quais ainda se lança mão para atingir os anseios punitivos.

Após necessária revisão e voltando aos propósitos originais dessa análise, a política criminal, por sua vez, é composta por diversos “ramos”, tais como, segurança pública, judiciária e penitenciária, que espriam seus conhecimentos e juntos formam um elo que a insere num pedestal de bases sólidas que amplificam sua função de proteção social e de sugerir as reformas necessárias.

Nesse sentido, afirma Merolli (2010, p. 191):

[...] enquanto a Criminologia caberá a tarefa de interpretar a realidade jurídico-penal, à Política Criminal caberá a tarefa de transformar esta mesma realidade. [...] a Política Criminal é enfocada enquanto uma ciência que estipula diretrizes ao legislador, para que este possa realizar uma proteção mais eficaz da sociedade diante do fenômeno delitivo.

Extrai-se, dessa forma, que a política criminal é senão, o conjunto de pressupostos decorrentes de descobertas das investigações realizadas pela criminologia e de suas respectivas sugestões, e que são organizadas sob a forma de estratégias de ação e inseridas na sociedade como resposta aos crimes, por meio de mecanismos de controle, guiando o governo em suas decisões. De forma sucinta, resumem Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 118), “política criminal seria a arte ou a ciência de governo, com respeito ao fenômeno criminal”.

Diante do incessante processo de mudança social, mas ainda assim, de manutenção da sociedade em que se vive, a política criminal exerce papel fundamental para construção de espaço menos desigual e sem preconceito, efetivamente comprometido com a promoção dos direitos humanos, a partir da redução do âmbito de incidência do Direito Penal às hipóteses dos bens mais relevantes, da diminuição da aplicação da pena privativa de liberdade, substituindo-a por sanções menos estigmatizantes e outros meios alternativos.

Em contrapartida, a dogmática penal, é responsável por formalizar e introduzir tais modificações na teoria e na prática da vida em sociedade, pois as normas concretizam decisões políticas (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 119). Na busca desse ideal, o Direito Penal, na prática, vê-se dividido entre a primazia dos seus princípios informadores, e na contramão de direção, os discursos cada vez mais repressivos, que pregam o uso de força letal, no combate aos criminosos.

Por outro lado, alude Zaffaroni *et al* (2003, p. 271-273) a sensível particularidade da dogmática penal de sobrepor-se à criminologia e à política criminal, tratando-as como meras ciências auxiliares subordinadas. Contudo, o contato constante existente entre os saberes se

configuram em efetivas relações interdisciplinares, da qual nenhum conhecimento pode abrir mão.

À luz de todo o exposto, arremata Carvalho (2011, p. 13-15), a referida tripartição operada no campo das ciências criminais, aliada a posição preferencial que a dogmática penal anseia em detrimento dos outros entes, restou por impedir diálogo mais aberto entre as disciplinas dificultando uma compreensão global dos problemas afetos ao sistema penal.

Assim, faz-se mister a reconstrução da harmonização entre as ciências criminais, sem que um modelo se sobreponha aos demais, mas sim, mantenham relações interdisciplinares, com foco nos reais problemas da violência e em alternativas para atenuá-la (ZAFFARONI *et al*, 2003, p. 288).

Nesse sentido, imprescindível a compreensão dos fundamentos e finalidades dos discursos criminalizadores, que veem no expansionismo do Direito Penal a consagração de um mecanismo eficiente de controle social.

## **2.2 Expansionismo do sistema penal e discursos criminalizadores: “lei e ordem” e “tolerância zero”**

Em resposta aos anseios idealizados pelo Direito Penal mínimo, o sistema penal espraiou-se, expandindo seu âmbito de atuação e a violência de sua ingerência, firme na antiga promessa do Direito Penal de abolir a criminalidade, tendo como arma empunhada o recrudescimento das sanções penais, a criminalização exacerbada e minimização de garantias, e talvez o mais importante, o impulso do clamor social.

A política de “Lei e Ordem”, elucida Greco (2006, p. 16) se fortalece com a disseminação do sentimento de medo na sociedade. O reflexo imediato dessa difusão do terror no senso comum é o pânico generalizado, e o alarde social reforçado por diversos atores sociais, pouco afetos aos conhecimentos essencialmente jurídicos, tais como a mídia, alimenta a crença da sociedade na severidade da coerção penal e numa segurança pública opressora, como única reação aos fenômenos criminológicos (GOMES; BIANCHINI, 2008, p. 547).

Na esteira do que aduz Wacquant (2001, p. 08), acerca da experiência brasileira, aqui “a difusão de armas de fogo e o desenvolvimento fulminante de uma economia estruturada da droga ligada ao tráfico internacional, que mistura o crime organizado e a polícia, acabaram por propagar o crime e o medo do crime por toda a parte do espaço público”.

Desta forma, para eliminar os agentes considerados perigosos, referido movimento conta com grande apelo político-eleitoral, e se utiliza de uma suposta fragilidade da sociedade frente aos criminosos, utilizando de subterfúgios e sensacionalismos midiáticos para causar a falsa impressão de que a solução para a criminalidade só pode ser encontrada em penas mais rigorosas, novas normas incriminadoras e a inobservância de princípios basilares. O apelo da mídia é imprescindível para imbuir na sociedade o pavor que a faz clamar por soluções urgentes (MONGRUEL, 2002, p. 174-175).

Na mesma linha, a lição de Merolli (2010, p. 227):

Mostra-se impreterível demarcar, no entanto, que esta proposta político criminal reacionária tem a sua articulação central nos meios de comunicação social de massa (*mass media*), sem os quais, aliás, seus pilares teóricos se esvaneceriam e os discursos de seus principais epígonos tornar-se-iam risíveis. Essa dependência é facilmente verificável quando percebemos que estes meios, em todo momento, encarregam-se de generalizar episódios de efeitos locais, com o único objetivo de gerar verdadeiro estado de pânico coletivo, enraizando o colérico discurso da eliminação do outro. (grifo do autor)

O movimento “Tolerância Zero”, por seu turno, é sem sombra de dúvidas, uma das mais funestas faces do movimento “Lei e Ordem”. Esta política pública tem alicerce na severa repressão aos pequenos crimes para dar cabo aos futuros delinquentes e além de estar impregnada de preconceitos, tem como maior instrumento de propagação a divulgação de resultados tendenciosos, manipulados, mal interpretados e não comprovados sobre a experiência de Nova York, com a implementação desta política de segurança pública, nos anos de 1993 à 1996, pelo prefeito Rudolph Giuliani (GRECO, 2006, p. 17).

Para Wacquant (2001, p. 30), a ideologia do “Tolerância Zero”, nada mais é do que um “instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza que incomoda – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente de incômodo [...] e de inconveniência.” Corroborando tal entendimento, Mongruel (2002, p. 175-176) aduz que essa técnica repressiva, não tem outra finalidade, senão a de reprimir as conturbações geradas pela mão de

obra que esta fora do mercado de trabalho, que não recebe proteção social e é submetida a empregos precários.

O traço que caracteriza essa forma de disciplina e coerção social está ligado a uma ideia de limpeza racial, por assim dizer. Isso porque se propõem a retirar das ruas os autores de condutas responsáveis por perturbar as classes superiores. Propositadamente ou não, grande parte desses “delinquentes” ocupam postos de miséria, no contexto pobre e marginalizado a que pertencem. Para Batista (2002, p. 154), “a marginalização intensiva de contingentes humanos, através do desemprego e do desmonte de programas assistenciais públicos [...] demanda mais controle social penal”.

Nesse diapasão, observa Karam (2009, p. 01) que os avanços técnico-científicos e os efeitos da globalização, não foram capazes de atingir a todos de igual forma, de sorte que não conseguiram superar e tampouco atenuar as situações de desequilíbrio econômico e social, que pelo contrário, tornaram-se latentes e consolidadas, acentuando os níveis da camada marginalizada e excluída.

Ao tratar da forma de intervenção penal por meio do movimento “Tolerância Zero”, voltado para todo e qualquer bem, deixando para trás condutas efetivamente lesivas, aduz Greco (2006, p. 22) o simbolismo do Direito Penal Máximo que este movimento representa:

O falacioso discurso do movimento de Lei e Ordem [...] nos fazem perder tempo, talvez propositadamente, com pequenos desvios, condutas de pouca ou nenhuma relevância, servindo, tão somente, para afirmar o caráter simbólico de um Direito Penal que procura ocupar o papel de educador da sociedade, a fim de encobrir o grave e desastroso defeito do Estado, que não consegue cumprir suas funções sociais, permitindo que, cada dia mais, ocorra um abismo econômico entre as classes sociais, aumentando, assim, o nível de descontentamento e revolta na população carente, agravando, conseqüentemente, o número de infrações penais aparentes, que a seu turno, causam desconforto à comunidade que, por sua vez, começa a clamar por justiça. O círculo vicioso não tem fim.

No mesmo caminho, Mongruel (2002, p. 176) sustenta que a intervenção severa e exacerbada do Direito Penal não tem o condão de promover a transformação social capaz de resolver o problema da violência, da falta de oportunidades de trabalho, da educação defasada e de uma sociedade construída sob as bases da desigualdade social.

O movimento “Tolerância Zero” perfaz a linha do eficientismo penal, na medida em que alimenta a crença de que para todo e qualquer conduta perturbadora, por menor que seja,

existe uma reação penal exemplar pronta para aplaca-la e inibir a ocorrência de atos mais graves. Essa estratégia, essencialmente repressiva, desvia a atenção de outras alternativas extrapenais capazes de combater o sentimento de insegurança (ZACKSESKI, 2002, p. 124).

Para Santos (2007, p. 111-112), o ritmo irreal de diminuição da criminalidade por meio de políticas duramente repressivas, não passa de uma infiel reprodução da realidade e é responsável por criar na opinião pública uma falsa sensação de segurança além de legitimar o aumento singular dos níveis de violência institucional contra a população marginalizada. Nesse sentido, é pertinente a lição de Junqueira (2011, p. 34):

Se a violência da pena é superior àquela evitada com a aplicação da sanção penal, o Estado subverte sua função primordial, que é a de permitir o convívio social e desenvolvimento individual (bem comum), e passa a não ter justificativa racional para a apenação.

Extrai-se, dessa forma, que a punição na esfera penal deve ser medida extrema e apenas será legítima para diminuir a violência social. A intervenção penal deve ser a mínima possível, com o intuito de permitir o livre desenvolvimento das potencialidades humanas. De acordo com Wacquant (2001, p. 07), os resultados dessas políticas repressivas são mais perversos nos países assolados por desigualdades e disparidades de todos os gêneros e onde a democracia parece ainda não estar consolidada, tal como o Brasil.

O Estado Democrático de Direito, como se intitula, construído sob as bases da Constituição, nos direitos e garantias que ela assegura, mas principalmente na dignidade de cada ser humano, deve sobrepesar suas estratégias penais, buscando maior equilíbrio entre os valores, tais como a segurança e a liberdade, sob pena de ferir exatamente os bens que pretende proteger. Acerca do tema, destacam-se as palavras de Gomes e Bianchini (2008, p. 551):

A função dos penalistas democráticos, os que acreditam e defendem a aplicação igualitária e garantista do Direito penal (ao pobre e ao rico, ao preto e ao branco etc.), só pode ser crítica, orientativa, visto que a missão do Direito penal não consiste em disseminar a violência, a desigualdade ou a discriminação, ao contrário, sua missão primária é a de tutela, fragmentária e subsidiária, de bens jurídicos relevantes, procurando-se evitar dessa forma, tanto a violência arbitrária do criminoso contra a vítima como a desnecessária do Estado e da própria vítima (ou da sociedade) contra o criminoso.

Significa dizer que entre caminhos consolidados a longo prazo de instituição de



políticas públicas, capazes de tornar o país um lugar melhor e mais igual e justo para todos, com condições mais humanas e equitativas de acesso as oportunidades, e atalhos fundados na repressão penal, que podem oferecer resultados virtuais em um curto espaço de tempo, opta-se pela via que ofereça maior ascensão político eleitoral com menos esforço (WACQUANT, 2001, p. 08). Essa estratégia política, na lição de Zackseski (2002, p. 123) culmina por disseminar os aspectos mais negativos da desigualdade social.

À luz dessa perspectiva é pertinente a observação de Zaffaroni *et al* (2003, p. 633):

Os níveis de segurança urbana têm baixado consideravelmente nas sociedades que adotam o modelo do fundamentalismo de mercado, porque polariza riqueza, produz um crescente número de desempregados e marginalizados, deteriora os serviços sociais e públicos, difunde valores culturais egoístas, divulga tecnologia lesiva, gera vivências de exclusão que impedem qualquer projeto existencial razoável, aprofunda os antagonismos sociais e, em suma, potencializa toda a conflituosidade social.

Nesse contexto relevante o posicionamento de Sánchez (2002, p. 24-25), no sentido que a atual tendência de expansão do Direito Penal, não se assemelha aos pressupostos que embasaram outrora o movimento “Lei e Ordem”. Atualmente, as premissas do “Lei e Ordem” que dividia a opinião pública, ganhou particular força, para transformar-se em desejo unísono pela atuação cada vez maior do Direito Penal, ou seja, o dado novo é a aceitação cega de sua expansão e generalização pela maioria.

No Brasil, diga-se de passagem, com a consolidação do modelo proibicionista de combate as drogas, difundido pelos Estados Unidos da América e reforçado pela divulgação de informações infundadas, o poder punitivo encontrou atmosfera segura para sua disseminação e ampliação, em profundo descompasso com os fundamentos do Estado Democrático de Direito e da primazia da dignidade do ser humano (KARAM, 2002, p. 133).

É natural, segundo Sánchez (2002, p. 40-58) que o desalento geral presente na sociedade cause perplexidade e indignação e a pretensão por segurança é indubitavelmente legítima. O que gera desconforto, então, é senão a busca obsessiva por concretizar o desejo de segurança por intermédio de um meio que é incapaz, por si só, de oferecer os resultados eficazes. O apelo poderia se dar por meio de outros mecanismos alternativos, contudo, tais soluções parecem escassas, insuficientes ou desvalorizadas. De outro norte, a existência de um poder punitivo duramente repressivo em um Estado Democrático, acaba por inverter a importância dos valores mais fundamentais e “produzir e distribuir danos, violência, dores,

desigualdades, estigmas, exclusões” (KARAM, 2009, p. VIII-IX).

Compreendidas as bases ideológicas e influências que circundam o expansionismo do sistema penal, que alimentam uma política criminal de recrudescimento das penas, criminalização exacerbada das condutas e minimização das garantias, impõe-se compreender os princípios penais constitucionais, verdadeiros baluartes de uma política constitucional, voltada para construção de um sistema menos estigmatizante, verificando-se a incompatibilidade do sistema vigente com os propósitos constitucionais.

### **2.3 Princípios penais constitucionais**

Os princípios que norteiam o Direito Penal são recepcionados e internalizados pelo Direito, principalmente por sua função social e forte conotação histórica. A maior parte deles nasce com a Revolução Burguesa no século XVIII, ganhando status de conquistas sociais especialmente por decorrer de lutas do povo e, principalmente, por limitar os arbítrios e o poder do Estado absolutista (BATISTA, 2005, p. 61).

O Estado absolutista, concentrando todos os privilégios nas mãos da minoria e deixando sobrar aos demais apenas a desventura, punia os indivíduos arbitrariamente, decidindo a vida e a sorte dos cidadãos, sem qualquer parâmetro entre crime e pena. Distribuía castigos de forma abusiva, injusta e sem limites, manifestando total desproporcionalidade entre as penas, cometendo verdadeiras atrocidades, posto que os indivíduos eram julgados muito mais por suas posses do que propriamente por seus atos (BECCARIA, 1995, p. 10).

As nações, expondo a liberdade e a própria existência a esse poder abusivo, aguardaram que revoluções lentas e incertas distribuíssem igualmente entre todos os seus membros a harmonização da vida em sociedade, longe de um sistema que punia deliberadamente.

O marco inicial dessa mudança é a Revolução Francesa de 1789, que garantiu uma série de direitos individuais, além de princípios que orientam o Direito Penal e são elementos importantes para o movimento em prol de um Estado Democrático de Direito (BATISTA,

2005, p. 62).

Os princípios do Direito Penal, com capacidade orientadora, são decorrências obrigatórias da leitura deste ramo do Direito sob a ótica constitucional, a partir da premissa de que as sanções penais incidem diretamente sobre os direitos fundamentais consagrados. Os princípios, dessa forma, são interdependentes e complementam-se no intuito de cumprir com sua função de impedir que o Direito Penal seja utilizado para atender tão somente os interesses particulares do Estado, ao invés de ser instrumento para proteção dos bens juridicamente relevantes.

Nessa senda, fundamental, então, é aprofundar o tema no que diz respeito aos princípios mais relevantes e afetos ao tema pesquisado.

### 2.3.1 Princípio da legalidade ou da reserva legal

Assegura a possibilidade de conhecimento dos crimes e das penas. Apresenta-se em uma dupla perspectiva: defesa do Estado diante do criminoso e ao mesmo tempo, do indivíduo perante ao Estado, limitando o *jus puniendi*. Trata-se de garantia da não ingerência e interferência estatal sem prévia autorização que legitime sua ação (BATISTA, 2005, p. 65). Na esteira do que preleciona Prado (2010, p. 140) o princípio da intervenção legalizada, foi preconizado, inicialmente pela Declaração de Virgínia de 1776<sup>10</sup> e após a Revolução Francesa transformou-se numa garantia individual de liberdade de cada cidadão, bem como em uma necessidade da segurança jurídica.

Dessa forma, o princípio da legalidade configura-se como meio preventivo de crimes, na medida em que conhecendo as reais consequências de infringir determinada lei, o indivíduo poderia contrabalançar seus desejos. Por outro lado, o princípio impede a retroatividade das leis salvo se mais benéficas ao acusado, de sorte que a legislação aplicada ao delito é a normatização vigente na data do fato.

Com força neste princípio, também é vedado a criação de delitos e punições pelos

---

<sup>10</sup> Art.8º. Nenhum homem será privado de sua liberdade, exceto pela lei do país ou o julgamento de seus pares.

costumes e analogias, pois a definição dos crimes e das respectivas penas somente podem decorrer de atividade legiferante exercida na forma estabelecida pela Constituição Federal, de forma exclusiva pelo Congresso Nacional, influenciado pelos acontecimentos e ideais de determinado momento histórico (GOMES, 2002, p. 36).

A proibição da utilização da analogia, para casos semelhantes na ausência de previsão legal expressa, no que concerne à criação de tipos penais e cominação de penas é pacífica, sendo que somente a lei pode aumentar o âmbito do punível. Contudo, em outras searas do Direito Penal que não envolvem a referida esfera restrita, admite-se servir-se da analogia, em sua função integrativa, para suprir lacunas deixadas pelo legislador, para favorecer o acusado (BATISTA, 2005, p. 77).

Por fim, prevê o princípio em estudo, de acordo com Batista (2005, p. 80), que as regras de incriminações devem ser semanticamente claras e inequívocas, ou seja, o que é ilícito deve estar perfeitamente delineado. Assim, pode-se violar este princípio pelo emprego de termos imprecisos, que possam dar margem a interpretações equivocadas, abrangendo todos os aspectos da atividade penal, desde a produção legislativa até a execução da pena, passando pela aplicação da lei, com o intuito de afastar a utilização de um tipo penal de forma traiçoeira.

A existência da previsão legal e sua precedência em relação aos fatos é postulado imprescindível da punição e é conteúdo revelado na Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>11</sup>, Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>12</sup> e que inaugura o Código Penal brasileiro<sup>13</sup>, além de estar presente na Constituição Federal<sup>14</sup> e na Lei de Execuções Penais<sup>15</sup> (BATISTA, 2005, p. 67).

---

<sup>11</sup> Art. XI. [...] 2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

<sup>12</sup> Art.9º. Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

<sup>13</sup> Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

<sup>14</sup> Art.5º, XXXI. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

<sup>15</sup> Art. 45. Não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar [...]

### *1.3.2 Princípio da intervenção mínima*

Os instrumentos de proteção encontrados no Direito Penal não podem servir de meios de tutela para toda e qualquer conduta da vida humana, impondo-se o máximo de cuidado para que o direito de punir do Estado não seja banalizado a partir da utilização exacerbada em situações nas quais a possibilidade de tutela, mais adequada e suficiente, provenha de outros ramos do Direito (BATISTA, 2005, p. 84).

O Direito Penal, por ser o instrumento que de forma mais violenta interfere na vida humana, deve ser o último mecanismo a ser adotado pelo Estado, guardado para situações de maior relevância. Significa dizer que a utilização da coerção penal deve estar restrita a casos estritamente graves, em que demonstrar ser o único instrumento, necessário e suficiente, para proteger bens jurídicos realmente relevantes, pois a redução da violência social está intimamente ligada e perpassa pela redução da própria violência estatal, representada pela ameaça de punição.

Com efeito, prepondera Greco (2007, p. 49) “o Direito Penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade”, devendo o legislador lançar mão desse meio, tão somente quando os demais ramos do Direito mostrarem ser insuficientes e ineficazes.

Segundo Batista (2005, p. 86), faz-se mister o reconhecimento da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal, corolários da mínima intervenção. Da primeira característica, tem-se a necessidade de eleição tanto dos bens jurídicos relevantes que merecem ser tutelados pelo âmbito penal, quanto das condutas ofensivas que possam atingi-los, a partir de critérios de necessidade, eficiência e oportunidade, sob pena de tornar o arcabouço de normas penais em papel meramente simbólico. Lembra Greco (2007, p. 61), que extenso rol de bens jurídicos podem ser tutelados pelo direito, cabendo a esfera penal a proteção da menor parcela desses direitos, muito embora sejam estes os mais relevantes e primordiais para a manutenção da vida em sociedade.

Do caráter subsidiário do Direito Penal, extrai-se que sua utilização deve limitar-se as hipóteses em que outros ramos do Direito, menos agressivos, mostraram-se ineficientes em tutelar, deixando a proteção penal para situações extremas de violação de bens jurídicos

essenciais (BATISTA, 2005, p. 87).

Preleciona Greco (2007, p. 49-50), tratar-se a intervenção mínima de princípio que orienta e impõe limites ao poder punitivo estatal, na medida em que a repressão penal na vida social deve ser a menor possível, acionada apenas na falta de alternativas menos gravosas para tutelar os bens mais relevantes, mantendo-se a interferência penal como a *ultima ratio*, pois do contrário, a criminalização é ilegítima e inadequada.

Trata-se de princípio que deita raízes nas lutas capitaneadas pela burguesia contra o sistema penal vigente e desta forma, está presente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>16</sup>. Aparece no Direito Penal pátrio de forma implícita, contudo, deveria vincular os operadores do Direito como decorrência lógica de pressupostos fundantes do Estado, dentre eles, a dignidade da pessoa humana e do objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, presente na Carta Magna.

É nesse sentido que o presente estudo se direciona. No intuito de demonstrar que o Direito Penal não se configura como o meio mais adequado e eficaz para todas as situações. Sua utilização, por vezes exacerbada e sem critérios, a partir de tendências expansivas voltadas para alcançar fins políticos e atender interesses temerários de classes dominantes, extrapola os seus próprios fins e virtudes de buscar a harmonia social, notadamente porque determinadas condutas exigem soluções que não se identificam com os mecanismos de intimidação e coerção, próprios da esfera penal.

### *1.3.3 Princípio da lesividade ou ofensividade*

Na contramão de direção do que se pode antever da simples análise da exorbitante quantidade de comandos penais vigentes, nem todas as condutas da vida humana tratam-se de modalidades de ofensa que podem integrar a descrição dos tipos penais de forma legítima, ou seja, não fazem jus ao tratamento pela esfera penal. Para que se justifique a atuação penal, faz-se necessário que o comportamento traga em seu bojo potencialidade lesiva intolerável aos bens jurídicos relevantes pertencentes a outrem.

---

<sup>16</sup> Art. VIII. A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias [...].

Elucida Greco (2007, p. 53) o princípio em questão tem berço no período iluminista e nos seus pressupostos de afastar as concepções puramente morais e fortemente vinculados entre Direito e a igreja.

O princípio da lesividade, muito embora não conte com previsão constitucional expressa, apresenta-se como um dos pilares que norteia e delimita o exercício legítimo da força do Direito Penal, na medida em que proíbe que atitudes internas, que não ultrapassem a esfera de desejos e pensamentos, sejam criminalizadas (BATISTA, 2005, p. 92). A esse respeito, aduz Greco (2007, p. 54) que sem exteriorização de seus sentimentos, não há lesão a bens alheios, restando impossibilitada qualquer imputação penal.

Do mesmo modo, o princípio veda a incriminação de ações que não extrapolem a esfera individual do seu autor. Assim, independentemente da gravidade da lesão, nenhum resultado será relevante para a esfera penal, sem que tenha se exteriorizado para atingir terceira pessoa, restando proibida a sanção penal em face da autolesão (GOMES, 2002, p. 39).

A exigência da ofensividade a terceiros não coaduna com a incriminação de condições pessoais e particulares do próprio autor, posto que o objeto de regulação do Direito Penal são as condutas humanas e não seu simples estado. Na mesma esteira, resta proibida incriminação de condutas que, muito embora sejam socialmente reprováveis, não afetam qualquer bem jurídico protegido, pois a sanção penal só se justifica a partir da violação de um bem jurídico pertencente a um terceiro.

Para Batista (2005, p. 91), “à conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente - falta lesividade que pode legitimar a intervenção penal”. Evidente, neste contexto, que as normas penais não pretendem e não servem para doutrinar o comportamento humano, porquanto tal ambição excede os limites de sua função e principalmente não se mostra compatível com a garantia constitucional de respeito à diferença.

Acerca da ofensividade ao bem juridicamente relevante, como pressuposto para incriminação, as palavras de Gomes (2002, p. 14):

Conceber o Direito Penal como um adequado instrumento de tutela dos bens jurídicos de maior relevância para a pessoa e, por outra parte, entender que sua intervenção somente se justifica quando esse mesmo bem jurídico se converte em objeto de uma ofensa *intolerável* implica, sem dúvida, repudiar os sistemas autoritários ou totalitários, do tipo opressivo e policialesco, fundados em apriorismos ideológicos ou políticos radicais, como os que historicamente vitimizaram tantos inocentes (grifo do original).

A necessidade de observação do princípio da lesividade irradia-se, de forma complementar, em esferas distintas. Neste compasso, mesmo que previsto de modo implícito, exerce função política criminal, pois orienta o legislador, servindo de critério para elaboração dos termos da lei no sentido de formulação tão somente de tipos dotados de autentico conteúdo ofensivo.

Ao passo que, nas mãos dos magistrados e operadores do direito, funciona como critério de interpretação e aplicação da lei penal, momento em que cabe ao juiz, diante da análise do caso concreto, adequar eventuais desvios da lei aos princípios, fazendo prevalecer a Carta Magna, em detrimento da legislação infraconstitucional (BITENCOURT, 2008, p. 22).

Decorre de pressupostos fundantes do Estado brasileiro, pluralista e laico, em que impera a dignidade da pessoa humana como valor maior e o respeito a diversos outros direitos e garantias fundamentais. Dessarte, o Direito de um Estado estruturado, primordialmente nesses valores, deve manter-se afastado da intolerância e da tentação de condenar desvalores, desvios éticos e antissociais, de sorte que a tutela penal compatível com este modelo de Estado preocupa-se tão somente em assegurar os bens juridicamente relevantes de ofensas concretas (GOMES, 2002, p. 59).

Trata-se de ponto crucial para o tema objeto do presente estudo. Ao lado de outros princípios aqui expostos, parece ter sido a lesividade profundamente ignorada. Com efeito, com o advento da Lei n. 11.343/06, o uso de drogas não foi descriminalizado, não obstante tratar-se de conduta que não ultrapassa a esfera individual do autor, como se estudará no terceiro capítulo, na abordagem que envolve o uso de drogas ilícitas.

Nesse norte, caminha Greco (2007, p. 54) asseverando demonstrar a incriminação do uso de drogas, a forte tendência legislativa ao desprezo do princípio da ofensividade:



Mesmo após a edição da Lei n. 11.340, de 23 de agosto de 2006, a discussão ainda persiste. Isso porque o atual art. 28 da referida lei ainda incrimina a conduta de consumir drogas. O que houve, na verdade, foi uma despenalização, melhor dizendo, uma medida tão-somente descarcerizadora [...].

A política repressiva adotada pelo legislador, em diversas situações, tem forte conotação moralista, política, totalitária e notoriamente pouco eficaz, sem preocupação real com os valores fundantes do Estado e com os destinatários da norma. A ideia da lesividade ao bem jurídico como pressuposto para o exercício do *jus puniendi* transcende ao aspecto legislativo e interpretativo. Antes disso, deve ser assimilado pela consciência de toda a sociedade.

#### *1.3.4 Princípio da adequação social e da proporcionalidade*

O Direito decorre dos fatos sociais e, por conseguinte, deve estar em contínuo processo de atualização, sob pena de tornar-se obsoleto frente às constantes modificações da realidade social. Algumas condutas, não se mostram relevantes do ponto de vista social, e da mesma forma, apresentam-se adequadas perante a sociedade, de sorte que não se configura razoável sua tipificação, sendo, portanto, tolerável, posto que “a vida em sociedade nos impõe riscos que não podem ser punidos pelo Direito Penal, uma vez que essa sociedade com eles precisa conviver da forma mais harmônica possível” (GRECO, 2007, p. 57).

Com efeito, sob este prisma, não pode prosperar a criminalização fundamentada tão somente na contrariedade de um comportamento aos padrões impostos pela maioria da sociedade, posto que a criminalização de uma conduta, por meio de sua descrição em um tipo penal, atende a diversos pressupostos, decorrentes da valoração da relevância da conduta e do bem juridicamente fundamental que se pretende tutelar (BITENCOURT, 2008, p. 19).

Não obstante tratar-se de princípio abstrato, objeto de muitas ampliações, e de conceituação ainda pouco clara, Zaffaroni e Pierangeli (2009, p. 485-486) asseveram que o cunho dessa teoria é o de evitar que condutas consideradas socialmente adequadas sejam tipificadas, haja vista que não devem habitar o âmbito penalmente punível.

Segundo Bitencourt (2008, p. 19), “certos comportamentos em si mesmos típicos

carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado”.

Por força deste princípio, impõe-se a observância do legislador a par da criminalização de determinadas condutas que parecem estar em consonância com o contexto social em que serão aplicáveis, bem como exige-se do poder governamental a constante revisão acerca dos tipos penais vigentes, visando extingui-los ou mesmo adequá-los a realidade social (GRECO, 2011, p. 58). Ainda, em razão deste princípio, faz-se mister a adequação das penas à realidade social e, por conseguinte, devem ser refutadas as penas tidas como contrárias ao bom senso, consideradas sanções absurdas.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, está previsto expressamente na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>17</sup>, enraizado nos ideários iluministas do século XVIII de diminuição da intervenção arbitrária do Estado na vida privada. Decorre da mudança de paradigma em relação aos indivíduos, com fundamento no respeito à dignidade da pessoa humana e na abstenção de excessos punitivos.

No direito pátrio, referido princípio encontra alicerces constitucionais, estando presente em diversos dispositivos da Carta Magna de 1988<sup>18</sup>, vinculando a atividade estatal em sua totalidade, no sentido de afastar toda e qualquer intervenção que não esteja adstrita a critérios de necessidade e adequação, refutando-se os exageros advindos da utilização abusiva desta forma de controle social (BITENCOURT, 2008, p. 25).

Ao tratar do princípio da proporcionalidade, aduz Bitencourt (2008, p. 26):

---

<sup>17</sup> Art. 8º. A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias [...].

<sup>18</sup> Art.5º. XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. [...] XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; [...] XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; [...] 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; [...] XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.

O exame do respeito ou violação do princípio da proporcionalidade passa pela observação e apreciação da necessidade e adequação da providência legislativa, numa espécie de relação “custo-benefício” para o cidadão e para a própria ordem jurídica. Pela necessidade deve-se confrontar a possibilidade de, com meios menos gravosos, atingir igualmente a mesma eficácia na busca dos objetivos pretendidos; e pela adequação espera-se que a providência legislativa adotada apresente aptidão suficiente para atingir esses objetivos.

Importa destacar, por oportuno, que o juízo da adequação se mostra mais salutar do que a mera apreciação isolada da necessidade, muito embora a análise de ambos seja imprescindível para encontrar um ponto de equilíbrio.

O princípio da proporcionalidade impõe comedimento entre a gravidade do delito e a sanção imputada, tanto das cominações em abstrato, quanto da sua aplicação em sede de decisão, para atender aos pressupostos de justiça, de sorte que a pena será decorrente de cada conduta, analisada de forma individual. Desta forma, a privação de um direito ou garantia fundamental só se justifica quando outro direito ou garantia fundamental de igual ou maior relevância tenha sido violado, pois do contrário a sanção é injusta.

De todo exposto, avulta-se que a dignidade da pessoa humana, ao ser reconhecida e positivada pela Constituição Federal de 1988, impõe que seus pressupostos se alastrem por todo o sistema, exigindo que toda a produção legislativa, a atividade interpretativa e as funções do Poder Judiciário, bem como a vida em sociedade sigam seu rastro, voltando-se para sua proteção e mais que isso, para sua implementação e construção de espaços democráticos e sem preconceitos, “sendo ilusório supor que novas leis penais possam alterar essa mesma velha e injusta estrutura” (BATISTA, 1990, p. 50).

Já os sistemas limitadores da intervenção estatal são pressupostos basilares do Direito Penal, que se convertem em garantias individuais dos cidadãos, instrumentos da concretização do Estado Democrático de Direito e, assim, critérios razoáveis para afastar a exacerbada perspectiva punitiva, servindo de suporte estruturante para o desenvolvimento da presente pesquisa, como se verá no desenvolvimento desse estudo.

A falta de reconhecimento e o desprezo a esses pressupostos principiológicos pode redundar na utilização exacerbada e arbitrária do Direito Penal, fazendo-o servir como mero instrumento de dominação, pouco eficaz para a resolução dos verdadeiros conflitos sociais. Sob esta perspectiva, impõe-se pormenorizar os aspectos históricos e ideológicos que circundam a política proibicionista adotada pelo Brasil.

Neste compasso, cumpre compreender os aspectos repressivos que circundam a transformação histórica da legislação de drogas no Brasil, no que tange ao uso de entorpecentes, a partir de um olhar crítico e sem preconceitos em relação a promoção de alarme social presentes no atual diploma, por vezes, manipuladas por forças políticas, menosprezando a condição de seres humanos dos usuários.

## **CAPÍTULO III**

### **3 A RESPOSTA PENAL AO USO DE ENTORPECENTES NO BRASIL**

Por derradeiro, no presente capítulo, faz-se análise sem preconceitos e de forma específica, acerca da legislação brasileira pertinente às drogas, considerando a transformação gradual e progressiva dos diplomas legais até a edição da Lei n. 11.343 de 2006, avaliando a real situação do usuário de drogas, decorrente do “tratamento legal” oferecido pela lei em vigor, buscando, de alguma forma, fundamentos para superar os dogmas tradicionais.

Como resposta ao caos que se instaurou no Brasil nas últimas décadas, a política criminal de drogas adotada no país, com a promulgação da Lei n. 11.343/2006 fixou seus alicerces no binômio utilizado com frequência quanto ao tema: “usuário – doente” e “traficante – delinquente”. O escopo idealizado pelo novo diploma, seguindo o modelo proibicionista, receita adotada mundialmente, é a forte repressão ao tráfico e uma suposta terapia aos usuários.

O proibicionismo, por seu turno, inflacionou a expectativa social em torno da contraditória e peculiar ligação entre as substâncias entorpecentes consideradas ilegais e os índices crescentes de criminalidade, principalmente relacionada a delitos patrimoniais, sem se cogitar por outro lado os efeitos dessa escolha repressiva e perversa que marcha descompassada, em completa desarmonia com à dignidade da pessoa humana, fundamento precípua do Estado Democrático de Direito.

Esse ponto do trabalho, objetiva estudar de forma breve, as atividades e medidas direcionadas ao “tratamento legal” ao usuário, previstas no vigente diploma brasileiro,

analisando-se, de forma crítica, as políticas criminais que tratam a questão, seus reais objetivos e sua conformidade com os pressupostos constitucionais, bem como a adequação do Direito Penal, à luz de suas funções e princípios, como meio exclusivo para intervir nesse campo reproduzido em um luta do “bem contra o mal”.

O Brasil filiou-se à política proibicionista internacional pregadora da repressão penal sem, contudo, verificar sua adequação no contexto histórico cultural e econômico interno, criando verdadeiro paradoxo entre as arbitrariedades das manobras do sistema penal e da segurança pública de um lado, e da soberania dos princípios e garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, do outro.

Por fim, neste capítulo, desenvolve-se reflexão sobre opções e caminhos alternativos, ampliando horizontes para pensar soluções diferentes, compatíveis com os direitos e garantias fundamentais consagrados constitucionalmente e com os pressupostos e princípios que norteiam essa esfera do Direito. Alternativas essas, que a dogmática, tão somente por meio do sistema penal, com seus mecanismos frios e inexoráveis, já demonstrou não conseguir encontrar.

### **3.1 Legislação de Drogas no Brasil e a punibilidade da lei 11.343/2006**

Não é de hoje que os anseios punitivos e as raízes totalitárias intervencionistas do Estado encontram local propício para seu farto desenvolvimento no campo das drogas tornadas ilícitas. As conveniências políticas e econômicas que regem as estratégias do poder parecem definir com facilidade quais substâncias podem ser consumidas livremente e aquelas taxadas de ilícitas. Atualmente, a política proibicionista desponta e prevalece em muitos países, não pela comprovação científica de seus resultados, mas sim, por questões diplomáticas, por ser o modelo imposto mundialmente.

Para Karam (2002, p. 134) é o processo de criminalização operado pela política proibicionista o responsável pela normatização que diferencia algumas substâncias como ilícitas, demonizando-as, elegendo-as como os verdadeiros inimigos da paz social e que divulga o aumento da intervenção repressiva do sistema penal como o meio mais eficiente para combatê-los:

É neste tema onde, hoje, mais fortemente atua a enganosa publicidade que consegue anunciar e vender o sistema penal como um produto-serviço destinado a fornecer proteção e segurança, fazendo de tal instrumento, que, na realidade, é um estimulante de situações negativas e criador de maiores e mais graves conflitos, o centro de uma política supostamente destinada a conter uma exageradamente temida circulação daquelas substâncias tornadas ilícitas (KARAM, 2002, p. 134).

Isso porque, não há diferenças essenciais entre as drogas taxadas de ilícitas e as que podem ser consumidas livremente, tais como a cafeína, o álcool, o tabaco, entre outros, tanto é assim que até meados dos séculos XIX e XX as drogas podiam ser consumidas livremente e sustentavam a economia de muitos países (PASSETTI, 2004, p. 20-21). A linha tênue que os separa é tão somente a norma penal criminalizadora. Acerca do tema, é pertinente a lição de Hulsman e Celis (1997, p.64), “um belo dia, o poder político pára de caçar as bruxas e aí não existem mais bruxas. [...] É a lei que diz onde está o crime; **é a lei que cria o ‘criminoso’**” (grifo do original). Os aspectos científicos de cada substância são desconsiderados em nome dos discursos político-econômicos que dominam a questão (OLMO, 1990, p. 21-22).

Karam (2009, p. 1-9) elucida que os Estados Unidos da América ditaram as regras do jogo proibicionista, consolidadas internacionalmente, por intermédio de convenções da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>19</sup>. Olmo (1990, p. 26-27) observa ser equivocada a eleição de um discurso uno e um modelo universal para tratar da questão em Estados com situações históricas, econômicas, culturais, sociais e morais tão peculiares e distantes, pois tais fatores são determinantes na definição de cada contexto.

Para Olmo (1990, p. 29-47) a preocupação em torno das substâncias entorpecentes tem início na década de 50 do XX, de forma tímida e sem grande repercussão, pois seu consumo não era muito difundido. Na década de 60, o aumento considerável do uso no contexto norte-americano, foi decisivo para a difusão do modelo médico sanitaria e para o início da expansão de ações repressivas. Na América Latina, o verdadeiro alarde em torno das drogas inicia-se mesmo na década de 70, sendo que os discursos norte-americanos passam a ser amplamente adotados, como problemática mundial.

Nesse compasso, Carvalho (2010, p. 10-17) explica que as condutas relacionadas as

<sup>19</sup> Convenção Única de Estupefacientes de Nova York (1961), Convênio Sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena (1971) e a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de Viena (1988), a qual é considerada por Weigert (2010, p. 33), a responsável por consolidar definitivamente a política dos Estados Unidos de guerra contra as drogas.

drogas foram previstas na legislação brasileira desde a instituição das Ordenações Filipinas e posteriormente no Código de 1890 quando o bem juridicamente tutelado passou a ser a saúde pública e na Consolidação das Leis Penais em 1932. Porém, é com os Decretos 780/36, 2.953/38 e Decreto-Lei 891/38 que instaura-se verdadeiramente o modelo com cunho amplamente repressivo internacional, ou seja, “embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 40 é que se pode verificar o surgimento de *política proibicionista sistematizada* (grifo do autor).

Assim, o Código Penal de 1940 prevê a matéria em seu artigo 281, que em princípio não criminalizava o usuário, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal. Todavia, o artigo foi modificado pelo Decreto-Lei 385/68, passando a tratar tráfico e uso da mesma forma, inclusive, com as mesmas penas.

Olmo (1990, p. 55-59) revela que apesar dos velados discursos, o proibicionismo se instalou nos Estados Unidos da América por razões imperiosas de proteção da economia, por conta dos altos valores envolvidos com a entrada de drogas estrangeiras no país, bem como pela difusão pela mídia de estereótipos morais. Nesse contexto, na década de 80, segundo Olmo (1990, p. 55-75) o governo norte-americano declarou verdadeira “guerra às drogas” acirrando a luta, inscrevendo as substâncias entorpecentes no rol dos inimigos da sociedade mundial, angariando força em diversos Estados, investindo considerável parcela de sua receita em estratégias bélicas, em detrimento de outros setores, tais como, saúde e educação.

No cenário brasileiro, o primeiro texto legal verdadeiramente adequado aos anseios internacionais é o de 1971. A Lei n. 5.726/71 reflete a tendência mundial do discurso médico-jurídico, mesmo modelo seguido pelo diploma n. 6.368/76 e pelo diploma vigente (Lei n. 11.343/06) (CARVALHO, 2010, p. 10-17).

Acerca do tema, Zaffaroni *et al* (2003, p. 634) alerta que a repressão bélica armada contra as drogas é confundida com os modelos de segurança total, da política de segurança urbana, e nesse viés são avalizadas práticas arbitrárias do Estado, por intermédio do Direito Penal, em detrimento dos direitos e garantias individuais conquistados ao longo da história e de muitas lutas, cedendo lugar a uma aparente segurança. Segundo Karam (2009, p. 09) “quando se consente em trocar a liberdade por uma acenada segurança, perde-se a liberdade, não se conquista a segurança e acaba-se por trocar a democracia pelo totalitarismo”.



Seguindo os prumos repressivos americanos, representados pela hostilmente denominada “guerra contra às drogas”, convenções internacionais trataram de moldar a repressão como escolha internacional, sob pena de “corte de créditos das agências de fomentos internacionais, com o boicote de grandes corporações, com a proscrição dos foros mundiais e com a ameaça constante e nem sempre velada de intervenção militar [...]”(RODRIGUES, 2004, p. 141). Constata-se, dessa forma, que a adesão em grande parte dos países deu-se, tão somente, para atender interesses políticos, econômicos e diplomáticos junto ao estado norte-americano.

Corroborando com tal entendimento, Karam (2009, p. 23) aduz que as citadas convenções da ONU acerca do tema, tiveram considerável número de adesões, não obstante as diferenças políticas, econômicas e culturais que circundavam os Estados votantes.

No Brasil, asseveram Bizzotto e Rodrigues (2007, p. 07) a falta de políticas com o mesmo teor repressivo em relação as drogas consideradas lícitas, mas que são tão perniciosas quanto as ilegais, denotam que os interesses mais prestigiados são os econômicos e que o *lobbie* para que as coisas mantenham-se estagnadas é consideravelmente forte.

Internamente, desde a edição da Lei 6.368/1976 o tema é disciplinado fora do Código Penal, contudo a legislação esparsa configura um microsistema da esfera penal e mantém a mesma lógica punitiva, prevendo a privação da liberdade de usuários e traficantes, bem como abre caminhos para a edição de leis penais em branco (CARVALHO, 2010, p. 196-197).

Expõe Weigert (2010, p. 67-69) que diante das críticas feitas em relação a esse modelo, no ano de 2002 foi promulgada a Lei n. 10.409 que mesmo mantendo o tipo penal atinente ao porte para uso, estava mais afinada aos pressupostos da Lei n. 9.099/1995, do Juizado Especial. Esse diploma, contudo, não foi integralmente aprovado, sendo que a parte que dispunha sobre os delitos e as respectivas penas não teve vigência, mantendo-se, a esse tocante a aplicação da Lei n. 6.368/1976.

A política de dura repressão ao consumo, produção e distribuição de entorpecentes não se restringe aos diplomas específicos, seus tentáculos alcançam as mais diversas legislações na esfera penal, culminando por reduzir a esfera de liberdade de todos os indivíduos. São exemplos desta característica: a lei dos crimes hediondos (Lei n. 8.072/90), a lei de prevenção e repressão das organizações criminosas (Lei n. 9.034/95), o diploma que regulamenta a interceptação telefônica (Lei n. 9.296/96), a lei sobre os crimes de lavagem de dinheiro (Lei n.

9.613/98) e a Lei n. 10.217/2001 que dispõe sobre a infiltração de agentes para fins de investigação de crimes de quadrilha, organizações ou associações criminosas (KARAM, 2002, p. 136).

O diploma vigente sobre drogas prevê que a criminalização de determinadas substâncias será realizada pela União<sup>20</sup>. A listagem também é atualizada pelo Poder Executivo da União, por intermédio do Ministério da Saúde<sup>21</sup>, o que é considerado por Bizzoto e Rodrigues (2007, p. 08) como violação ao princípio da legalidade, já tratado nesse estudo, porquanto a proibição é determinada por ato meramente administrativo.

De outro norte, Karam (2002, p. 142) ainda aponta para outro fator negativo decorrente da adoção de políticas proibicionistas, concernente no acréscimo no preço do produto final a ser comercializado aos usuários. Os valores agregados visam compensar o custo da comercialização ilegal que demanda estratégias de “segurança”, bem como para afastar prejuízos em caso de apreensão dos produtos, configurando-se, por conseguinte, em uma atividade consideravelmente lucrativa, que atrai mais soldados todos os dias, substituindo postos lícitos de empregos mal remunerados. É de se prever, dessa forma, que a intervenção penal nesta atividade econômica é no mínimo ineficaz.

Ainda quando despontavam esboços sobre o novo diploma legal a ser promulgado, Karam (2002, p. 133) já alertava para os perigos de uma legislação repressiva, à luz de uma política proibicionista, posto que decorre de uma visão falsa e danosa acerca das drogas, propagando um mercado clandestino e perigoso, a estigmatização dos usuários sob a incidência de uma legislação editada sem observância dos princípios, direitos e garantias assegurados na Carta Magna.

Contudo, contrariando as expectativas criadas em torno do tema, a nova legislação manteve a mesma lógica punitiva dos discursos criminalizadores em relação ao uso de entorpecentes, impondo diversas medidas ao usuário, com um suposto cunho terapêutico.

---

<sup>20</sup> Art. 1º [...]. Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

<sup>21</sup> Consoante artigo 66 da Lei 11.343/2006, a portaria vigente atualmente é a SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998, atualizada pela Resolução da Diretoria Colegiada – RDC – n. 178, de 17.05.2002 (BIZZOTO; RODRIGUES).

Fixadas e contextualizadas as bases históricas e ideológicas em que se constroem e se consolidam as políticas proibicionistas que traduzem a expansão do rigor punitivo, passa-se a uma análise mais pormenorizada dos elementos normativos que compõe esse microsistema de Direito Penal que é a lei de drogas no Brasil.

Assim, faz-se mister aprofundar o estudo acerca da compatibilidade das imposições previstas no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 com a Constituição Democrática conquistada pelo Brasil, depois do período ditatorial, bem como desenvolver reflexões e questionamentos a fim de analisar sua eficácia diante da crise sem precedentes.

### **3.2 A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006**

Além das questões circundadas pela falta de eficácia das disposições previstas pelo artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, vez que não foram criados mecanismos de efetivação e controle das medidas estipuladas, persistem outros pontos controversos, que demandam aprofundamento no tema, como a legitimidade da ação estatal, por meio de mecanismos penais para intervir neste aspecto da vida humana.

A despeito dos duros anos de repressão enfrentados no período ditatorial, a Constituição Federal promulgada em 1988, estabeleceu um núcleo intangível de direitos e garantias indistintamente a todos os cidadãos, demarcando os limites da interferência estatal. Noutras palavras, o Estado deve estar voltado à promoção de ações voltadas à educação dos seus cidadãos, todavia, sem pregar um modelo moral, político ou religioso.

Na questão que envolve a criminalização do porte para o consumo próprio, na esteira do que aduzem Bizzotto e Rodrigues (2007, p. 43), faz-se mister destacar a preponderância que deve ser dada aos valores constitucionais do Estado Democrático de Direito, tais como a intimidade e o respeito às diferenças, contudo “há uma nítida reprovação a quem não segue o padrão moral proposto”. Souza (2011, p. 168) comunga dessa concepção, considerando ilegítima a interferência estatal, por meio tão drástico como o Direito Penal, com inobservância de preceitos fundantes do Estado que se pretende construir.

Os mecanismos de repressão penal culminam por nutrir a intolerância e o

autoritarismo e, assim, os tratamentos intransigentes e degradantes com o que é diferente, “obstaculizando intervenções pautadas no respeito à autonomia cultural e à liberdade individual quando se confrontam situações marcadas pela diferença” (MODESTI, 2011, p. 160).

À luz dos postulados constitucionais, assevera Karam (2002, p. 137-138):

A simples posse de drogas para o uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, são condutas que, situando-se na esfera individual, se inserem no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado – e, portanto, ao Direito – penetrar.[...] Incompatível portanto com o Estado Democrático de Direito a previsão dos denominados bens jurídicos de controle, que, apelando para expressões vagas, como ordem pública e paz pública, orientam a atenção do direito penal no sentido da criminalização de condutas que atingem tão somente a mera afirmação da vontade ou da autoridade do Estado.

Desta forma, a previsão trazida pela nova lei é senão uma tentativa de disfarçar a criminalização do porte para uso pessoal de sorte que as disposições constantes no novo diploma permanecem incompatíveis com os pressupostos constitucionais que devem orientar um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais, como já visto neste estudo, não são absolutos, mas não podem sofrer limitações de seu núcleo irredutível, sob pena de serem extintos.

Com efeito, para Weigert (2010, p. 79-84) a política proibicionista que prega o não uso de drogas, não está afinada aos preceitos estampados no texto constitucional porquanto despreza a primazia de princípios como a liberdade, intimidade e a vida privada e respeito à diferença, corolários da dignidade da pessoa humana<sup>22</sup>. No dizer de Souza (2011, p. 172), “está garantido a indivíduo a possibilidade de plena resolução sobre seus atos, desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros.”

<sup>22</sup> CF, 1988 – Art. 5º. “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: [...] IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; [...]”.

A criminalização do porte para consumo próprio, dessa forma, não se justifica, pois cada um é livre para dispor do próprio corpo, na medida em que não haja repercussões lesivas a terceiros, ou seja, “não é constitucionalmente possível impor-se a proibição (penal) de comportamentos unicamente imorais, malvados ou hostis, pois é imprescindível a efetiva lesão a terceiros”(WEIGERT, 2010, p. 80).

Bizzatto e Rodrigues (2007, p. 41) reforçam o entendimento de que o tipo do artigo 28 é inconstitucional, mormente porque o bem jurídico verdadeiramente tutelado não é, e nem pode ser a saúde pública, posto que, pelo contrário, a conduta não ultrapassa o âmbito de individualidade de cada um e, por conseguinte a intervenção penal nesta esfera da vida, viola o direito constitucional à intimidade. Vale mencionar a afirmação de Souza (2011, p. 169-170), no sentido de que a existência de um tipo penal deve estar condicionada à tutela de um bem juridicamente relevante:

Na hipótese da conduta estudada, costumeiramente apenas se assevera que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, não havendo, todavia, fundamentação justificadora plausível para tanto. Vale dizer, não se constata satisfatoriamente em que medida a higidez fisio-psíquica coletiva – quer seja de um número determinado ou indeterminado de pessoas – é atingida por uma ação que, em tese, denota a possibilidade de lesionar exclusivamente o agente perpetrador desta mesma ação. [...] E é justamente pela falta de referência ao outro que a autolesão é impunível, não podendo falar-se em dano à sociedade.

Considerando ainda que a distinção entre drogas lícitas e ilícitas é meramente fundada em anseios morais, econômicos e políticos, não obedecendo a critérios científicos, há afronta ao princípio da isonomia previsto no já mencionado *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, posto que a criminalização recai somente sobre algumas substâncias enquanto que não atinge outras, que possuem, por vezes mais potencialidades lesivas (WEIGERT, 2010, p. 82-83). Noutros termos, explica Souza (2011, p. 172) que a distinção legal feita não respeita critérios objetivos, não passando de imposição arbitrária.

De outro norte, na esteira do que aduz Batista (2002, p. 154), a política proibicionista, não observa os postulados dos princípios penais constitucionais, ignorando por completo os pressupostos da subsidiariedade e da lesividade, sustentando soluções que não são efetivamente materiais, com ações meramente simbólicas. Para Dias Neto (2002, p. 176) “quanto mais limitadas são as possibilidades de absorção e processamento de conflitos pelo sistema político, mas fértil o terreno para soluções simbólicas calcadas no instrumento penal”.

Nesse compasso, a legitimidade da intervenção penal nessa esfera reconhecida problemática pressupõe a observação dos pressupostos da subsidiariedade e fragmentariedade deste ramo do Direito, sendo imprescindível a presença de um bem jurídico penalmente relevante, a identificação de uma conduta absolutamente gravosa em relação ao bem reconhecido, a comprovação da necessidade e da eficácia da intervenção penal. Do contrário, o recurso ao Direito Penal será ilegítimo (SANTOS; BIDINO; MELO, 2012, p. 3-5).

Acerca da necessidade do requisito da lesividade, o entendimento de Weigert (2010, p. 82):

O postulado da lesividade limita a esfera das proibições penais somente às ações reprováveis que acarretem efeitos danosos a terceiros. A lei penal possui, então, o dever de prevenir graves custos individuais e sociais causados por lesões concretas ao bem jurídico e somente estas podem justificar a imposição de penas e proibições.

Nessa perspectiva, Karam (2009, p. 12) afirma que a criminalização de qualquer conduta da vida humana deve estar, antes de mais nada, relacionada “[...] a uma ofensa relevante a um bem jurídico relacionado ou relacionável a direitos individuais concretos, ou à sua exposição a um perigo de lesão concreto, direto e imediato.”

Seguindo essa linha de pensamento, Souza (2011, p. 171) reforça a inexistência de bem jurídico relevante de terceiros atingido pela conduta do usuário de drogas, de sorte que não se justifica a referida tutela penal, não sendo a conduta lesiva a outrem, quanto muito, à saúde pública. Noutros termos, “não há qualquer lesividade na conduta de porte de entorpecentes para uso pessoal, sendo ausente a identificação correta de qualquer ofensa à saúde pública [...] não se comprova a presença de um bem jurídico neste tipo de criminalização.”

Extrai-se que a intervenção penal orientada por suas funções e princípios se presta a proteger os bens jurídicos indispensáveis, selecionando-se nesta esfera os bens especialmente relevantes para a vida social, bem como a garantir a limitação da atuação estatal, eis que é o ramo do direito que mais violentamente interfere na vida das pessoas.

Nesse sentido, a lição de Karam (2002, p. 138):

Assim, enquanto houver destinação pessoal para a posse da droga e enquanto seu consumo se fizer de modo que não ultrapasse o âmbito individual, não haverá afetação da saúde pública – ter algo para si é o oposto de ter algo expansível a terceiros. Aqui se tem sim condutas privadas, em que ausente concreta afetação de qualquer bem jurídico de terceiros, condutas que como tal, não podem ser objeto de criminalização, explícita ou disfarçada sob a forma de ilícito administrativo. A nocividade individual de uma conduta privada poderá ser uma boa razão para ponderações ou persuasões, mas nunca para que o supostamente prejudicado seja obrigado a parar de praticá-la.

Noutro norte, Bizzoto e Rodrigues (2007, p.45) defendem, ainda, a aplicação do princípio da insignificância ao porte para uso pessoal, porquanto muito embora a conduta se adeque formalmente ao tipo, a quantidade pode ser tão ínfima que sequer lesa a saúde do próprio indivíduo, devendo ser considerada atípica.

Convém destacar, que o Supremo Tribunal Federal em análise de Recurso Extraordinário interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, reconheceu a Repercussão Geral do tema no que se refere à análise da compatibilidade do artigo 28 da Lei n. 11.343/06 com a Constituição Federal de 1988, aduzindo que a questão transcende os interesses particulares das partes envolvidas no litígio, porquanto preocupa toda a sociedade e envolve um contingente enorme de usuários, devendo-se incluir o processo na pauta para julgamento do pleno<sup>23</sup>.

Ademais, faz-se mister destacar, por oportuno, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como à luz do núcleo intangível de direitos fundamentais que o novo diploma restou por sedimentar estigmas permanentes em um ser humano encurralado por toda a sorte de mazelas sociais, afetivas e culturais, tratando-o como um criminoso (GUIMARÃES, 2009, p. 22). Sustenta Karam (2002, p. 144):

Se a demanda de “drogas” surge, hoje, em grande parte da necessidade de escapar das angústias produzidas pela realidade, liberar-se desta necessidade significa, antes de tudo, construir o projeto de uma outra realidade, isto é, de uma sociedade mais justa e mais humana, que não produza a necessidade de dela se escapar, mas dia a de vivê-la.

Nessa esteira, mais do que afirmar a inconstitucionalidade das disposições do artigo 28

---

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 635.659 – SP**. “Constitucional. 2. Direito Penal. 3. Violação do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. 6. Repercussão Geral reconhecida.” Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 de dezembro, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>. Acesso em: 09 de maio de 2012.

da Lei n. 11.343/2006, demonstram-se os fundamentos da inadequação da intervenção penal que redundaria em uma opção política ineficaz. De outra banda, faz-se necessária análise mais minuciosa acerca das medidas previstas aos usuários de drogas no novo diploma, como caminho para construção de um cenário nacional livre das drogas.

### **3.3 Penas e medidas previstas para os usuários de drogas na Lei 11.343/2006: usuário *versus* traficante**

O novo diploma acerca das drogas no Brasil apresentou sinais de “evolução”, ao modificar os mecanismos de cuidado com os usuários, mas na contramão de direção dos pressupostos constitucionais aduzidos, manteve o teor proibicionista e a lógica punitiva, tratando o assunto como relevante para o Direito Penal, forte na crença de que esse instrumento será capaz de conter a violência incontornável, gerada, em tese, pelo consumo de drogas.

De acordo com Rodrigues (2004, p. 143), o texto legal de 2006, trouxe significativos avanços no sentido de humanizar o “cuidado” voltado para o usuário, que não podem ser ignorados. Contudo, manteve-se a lógica punitiva e o controle sobre os usuários. Nesse contexto, observa Souza (2011, p. 174) “[...] a lei delimitou um tratamento típico repressivo criminal, apenas com resposta mais branda. Permanece a ideia da obrigatoriedade da intervenção policial em face da conduta.”

Dessa forma, a nova legislação, apenas retirou a privação da liberdade, do rol de penas possíveis aos usuários, despenalizando a conduta, mas, por outro lado criou uma série de medidas de caráter punitivo, voltadas ao usuário, mantendo o tipo penal.

Acerca dessa tendência, elucidam Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 310):

A despenalização é o ato de “degradar” a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade (prisão de fim de semana, multa, prestação de serviços a comunidade, multa reparatória, semidetenção, sistemas de controle da conduta em liberdade, prisão domiciliar, inabilitação etc.).

A descriminalização, por outro lado, se configura pela renúncia do Direito Penal em



incidir sobre determinadas condutas, deixando a intervenção a cargo de outras esferas do Poder Público, por intermédio de ações alternativas, tais como, sanções administrativas, civis, projetos educacionais, entre outros (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 310).

Em que pese controvérsia gerada no que tange à despenalização ou descriminalização preconizada pelo artigo 28 do diploma vigente, o Supremo Tribunal Federal exarou entendimento no sentido de que não houve *abolitio criminis*, sendo que o tipo permanece vigente e alicerçado no Direito Penal, aduzindo que a nova lei apenas despenalizou o delito, mantendo a incriminação, afastando os argumentos acerca de uma possível descriminalização da conduta<sup>24</sup>.

À luz de uma perspectiva de humanização do sistema penal, ao avaliar a necessidade de mudanças no sistema de justiça criminal, bem como no sistema carcerário, Santos (2007, p. 114-116), sugere a descriminalização das condutas em que não há vítima, tal como a posse de droga, posto que a punição vai de encontro ao princípio da lesividade e por outro lado viola o princípio da proporcionalidade, na medida em que “[...] agrava o problema social, ou produz custos sociais excessivos, especialmente em condenados das classes sociais subalternas, objeto preferencial da repressão penal” (SANTOS, 2007, p. 115).

A destinação do Título III aos usuários, enquanto que os traficantes são tratados separadamente, em novo Título, reforça o binômio prevenção-repressão, contido no novo diploma (BIZZOTTO; RODRIGUES, 2007, p. 39). O uso de drogas para consumo próprio no Brasil, superada a diferença entre usuários e traficantes, está disciplinado no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, prevendo penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo<sup>25</sup>, sob pena de admoestação e multa em caso de descumprimento<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 430.105-RJ**: “Ementa: I. 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 possíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII) [...]” Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em: 09 de maio. 2012.

<sup>25</sup> Lei 11.343/2006 – 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 [...].

De acordo com o entendimento de Bizzotto e Rodrigues (2007, p. 13-14), diante das atividades previstas no Título III da Lei n. 11.343/2006, bem como das medidas penais previstas no artigo 28, resta no mínimo contraditório o teor do artigo 4º, inciso I, considerando a coexistência de valores como a liberdade e autonomia, a menos que estes conceitos arquitetados na lei estejam restritos à moral dominante<sup>27</sup>.

Outro princípio impõe respeito à essência de cada ser humano, considerando que cada indivíduo recebe influências do meio em que vive e se desenvolve a partir de suas experiências o que contribui para a construção de uma sociedade de contrastes<sup>28</sup>. Hulsman e Celis (1997, p. 41) identifica a igualdade justamente como sendo o reconhecimento da diversidade. Com efeito, a leitura e interpretação das disposições da lei em comento, deveria feita, sem sombra de dúvidas, a partir dos princípios aventados e dos pressupostos e objetivos nela traçados, que parecem cada vez mais ignorados.

Consoante o entendimento de Weigert (2010, p. 73), à primeira vista, a impressão é mesmo de que o consumo não é uma ação punida pelo Estado. No entanto, na realidade, verifica-se que ao editar referida norma, o legislador criminalizou o consumo em si de forma indireta, “à medida que tipificou toda conduta a ele relacionada. Seria, pois, praticamente impossível utilizar drogas sem incorrer em pelo menos um verbo nuclear do art. 28”. De acordo com Bizzotto e Rodrigues (2007, p. 39) a estratégia estatal está ligada à crença, fortemente alimentada pela mídia e instituições de controle de que o usuário é um inimigo ao combate do narcotráfico.

Sob este enfoque, assevera Carvalho (2010, p. 300):

Em relação às ações facilitadoras do consumo, apesar de deflagrar processo de descarcerização com a proibição taxativa de qualquer espécie de prisão (processual ou punitiva), reeditou o sistema duplo binário facultando punição dobrada do consumidor e/ou do dependente com pena (restritiva de direito) e medidas (educativas).

Desta forma, o novo diploma legal em relação às drogas, mantém a mesma ideologia

---

<sup>26</sup> Lei 11.343/2006 – Art. 28. [...] §6º. Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recusar o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I- admoestação verbal; II- multa. [...].

<sup>27</sup> Lei 11.343/2006 – Art. 4. São princípios do Sisnad: I – o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; [...]

<sup>28</sup> Art. 4. [...]. II – o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes; [...]

punitiva de controle, baseada no modelo proibicionista, conservando a ideia de criminalização, frustrando as expectativas principiológicas em torno da nova lei. Por outro lado, como ocorre constantemente, ao se deparar com questões controversas, em que a população clama por soluções do Poder Público que sejam rápidas e enérgicas, o legislador optou por eleger o Direito Penal para encontrar saídas e obter o respaldo momentâneo dos diversos setores da sociedade.

Sobre essa tendência natural do legislador, merece atenção o que aduz Viggiano (2011), no sentido de que a experiência demonstra que as leis penais, isoladamente, não tem o condão de controlar as emoções humanas e evitar a prática de crimes.

Outro ponto delicado, presente no novo diploma, que aqui menciona-se sem a pretensão de exaurir a discussão, é a subjetividade, ou seja, a discricionariedade dos critérios de diferenciação entre usuários e traficantes previstas no artigo 28, parágrafo segundo<sup>29</sup>, posto que a distinção fica submetida ao bel prazer do arbítrio estatal, haja vista que os verbos nucleares confundem-se no texto da lei, fazendo surgir enorme receio quanto a inexistência de parâmetros reais (BIZZOTO; RODRIGUES, 2007, p. 43).

Karam (2009, p. 15-17), por seu turno, elucida que a imprecisão dos termos empregados que se confundem nos tipos penais que incriminam o uso e o tráfico de drogas viola o princípio da legalidade. Referido princípio, conforme estudado na presente pesquisa, “[...] tem como um de seus principais corolários a exigência de que a lei disponha seus enunciados com clareza e precisão [...]”, por fim, o princípio em comento “[...] veda a formulação de dispositivos vagos e indeterminados.”

A esse respeito, Weigert (2010, p. 97-102) adverte que a lacuna persistente no novo regime representa um resquício do paradigma da reação social, com seus mecanismos que evidenciam a seletividade do sistema penal em escolher os estratos sociais economicamente desfavorecidos, por meio da atividade policial em primeiro plano, levada a efeito na fase da decisão judicial.

Nesse contexto, Carvalho (2010, p. 201-202) adverte para os riscos da inexistência de parâmetros objetivos e ao mesmo tempo para a similitude dos verbos nucleares, posto que a

---

<sup>29</sup>Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

tendência em uma era de repressão penal exacerbada é de reconhecer a conduta como prevista no artigo que trata do tráfico. Nesse sentido, Modesti (2011, p. 49) alerta para a seletividade do sistema penal, decorrente dos processos de marginalização fomentados pela ausência de políticas públicas. Esses indivíduos esquecidos pelos avanços do mundo globalizado são lembrados pelo Estado na hora de decidir o que é porte para uso pessoal e o que é tráfico e, por conseguinte, aumentam as estatísticas prisionais.

Outrossim, conforme sustenta Guimarães (2009, p. 20) é no mínimo estranho o ato judicial previsto para que o Magistrado especificamente esclareça ao usuário os efeitos da droga, aconselhando-o a não fazer uso de tal substância, na forma como propõe o artigo 28 da nova lei de drogas, posto que a simples advertência, por si só não tem efeitos terapêuticos e nem serve para intimidar. E segue:

[...] porque o **Estado democrático** de direito, como é assumido pela Constituição da República, **não se empenhar em doutrinar as pessoas, nem pretender lhes dar orientações para a vida** em matéria que é de âmbito estritamente individual. O estado deve, sim, oferecer meios educacionais aos cidadãos, mas nunca os doutrinar moral, política ou religiosamente (GUIMARÃES, 2009, p. 20, grifo do autor).

Na mesma direção, as palavras de Bizzotto e Rodrigues (2007, p. 46-47) no sentido de que a advertência em forma de audiência, considerando o sistema atual, deve limitar-se a informação, respeitando a individualidade de cada ser humano, evitando-se pregações morais. Da mesma forma, a determinação de prestação de serviços, deve ser extremamente cautelosa a ponto de não ser infamante e tornar-se em um flagelo ainda maior. Quanto à medida de justiça terapêutica, aduz Carvalho (2010, p. 279-283) que essa possibilidade, novamente penetra a esfera individual de intimidade e liberdade do usuário.

De todo o exposto, evidencia-se que por traz da edição de normas, mormente as de natureza penal, há ainda a crença de que estas serão o caminho necessário e suficiente para pôr termo a determinados problemas sociais. No entanto, a experiência demonstra que as sucessivas alterações legislativas, são insuficientes para enfrentar a crise sem precedentes, especialmente pela inobservância dos direitos fundamentais e princípios constitucionais e preceitos do Direito Penal, bem como pela própria omissão do poder estatal, na medida em que não proporciona condições mínimas e adequadas para que as normas sejam eficazes.

O título III da Lei n. 11.343/2006 dispõe sobre medidas subsumidas como atividades de prevenção, atenção e reinserção social do usuário e dependentes. Bizzotto e Rodrigues

(2007, p. 03) lembram que a nova lei faz vaga distinção entre usuários e dependentes, estes últimos considerados em situação de maior risco em razão dos maiores danos físicos e mentais a que estão supostamente sujeitos. Essa disposição, contudo, não tem qualquer efeito prático, posto que tanto usuários, quanto dependentes são submetidos as mesmas disposições legais.

Acerca das imposições penais previstas no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, Karam (2009, p. 28) argumenta que a atenuação é meramente aparente vez que se mantém o controle por intermédio de medidas incompatíveis com a ordem constitucional vigente, haja vista que a nova lei, no que diz respeito à posse de drogas para o uso viola vários princípios e direitos fundamentais.

Nesta linha, a lição de Guimarães (2009, p. 21):

[...] **a intervenção jurídico-penal se mostrará** verdadeiramente necessária, quando, diante dos fenômenos de desvio social, **se apresentar como instrumento de pacificação e harmonização da sociedade.** Mas, por outro lado, quando se evidenciarem outros meios menos aflitivos que o do direito penal e, ao mesmo tempo, mais eficazes, sejam eles de política de controle oficial ou não, serão preferíveis, relegando a punição a condição de *ultima ratio* do sistema jurídico [...] (grifo do autor).

Fechar os olhos para a realidade e enrijecer o regime ditatorial da pobreza ditado pela política proibicionista, significa, por um lado, ignorar riscos e danos consideravelmente maiores decorrentes da clandestinidade imposta, e de outro, reconhecer a utilidade paralítica do sistema penal (BATISTA, 2002, p. 148). Com efeito, acerca da ilegitimidade da repressão penal, sustenta Souza (2011, p. 176) “mais do que uma mera constatação de eficácia ou não pretendida pela resposta punitiva, mister se faz reconhecer sua completa arbitrariedade, não condizente com um Estado Democrático de Direito.”

De todo o exposto evidencia-se que a manutenção do proibicionismo, mantendo o consumo de drogas como objeto de criminalização, muito embora vede-se a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade, desconsidera a complexidade das relações humanas e apenas parece corroborar com a ineficácia dos fins pretendidos. Nesse compasso, faz-se mister compreender os efeitos e reflexos da repressão penal no âmbito do consumo de drogas.

### 3.4 A ineficácia do Direito Penal e suas funções não declaradas

O sistema penal opera seus mecanismos subordinando os seres humanos às instituições oficiais com fim velado de proteger a ordem, a segurança e os valores sociais. O proibicionismo, por sua vez, enxerga na repressão dos mecanismos penais o único meio eficaz para combater os danos produzidos pelas drogas.

Na lição de Rodrigues (2004, p. 141), a política mundial adotada em relação às drogas apenas reproduz o modelo repressivo e punitivo consolidado internamente e já dá sinais de seu fracasso como meio de solucionar questão tão delicada, vez que a despeito de toda gama opressões, sua produção e circulação demonstra expandir-se cada vez mais, desmentindo a ilusão das percepções iniciais. De forma mais contundente, para Hulsman e Celis (1997, p. 91-106), o sistema penal não soluciona os conflitos a que se propõe, os quais devem ser analisados sobre outro enfoque e resolvidos de outros modos, menos cruéis, pondo-se o sistema penal de lado, exatamente por sua incapacidade de intervir adequadamente em situações complexas, principalmente com soluções humanas.

Contraditoriamente, mesmo com desempenho desastroso, a repressão penal permanece como opção preferencial, mas repensada sempre de forma potencializada (WEIGERT, 2010, p. 38). Sob esta perspectiva sustenta Karam (2002, p. 143):

Ao tornar ilegais determinados bens e serviços, o sistema penal funciona como o real criador da criminalidade e da violência, [...] como subproduto necessário das atividades econômicas assim desenvolvidas, o que, naturalmente, provoca consequências muito mais graves do que eventuais malefícios causados pela natureza das mercadorias tornadas ilegais.

No dizer de Hulsman e Celis (1997, p. 56-57) a mídia e as instituições de controle alimentam uma visão maniqueísta, de uma luta do bem contra o mal, o qual é extensivamente marginalizado, por estes mesmos meios de comunicação, impondo-se desafiar estes conceitos preconcebidos para encarar os problemas reais existentes. Urge perceber, dessa forma, a falácia apresentada no discurso desse ramo tão agressivo do direito, pois além de não ser adequado para estancar a criminalidade, causa danos ainda mais funestos (WEIGERT, 2010, p. 39).

Assim, evidencia-se que a utilização dos meios coercitivos proporcionados pelo

Direito Penal, não impede a ocorrência de delitos. De outro lado não se pode dizer, por ausência de fundamento científico de que sua inexistência ensejaria maior índice de criminalidade, ou mesmo que este meio é o mais adequado e o único capaz fornecer a segurança que a sociedade, com razão, reclama. Assim, nas palavras de Hulsman e Celis (1997, p. 108), “esperar que o sistema penal acabe com a “criminalidade” é esperar em vão. [...] É ainda mais em vão, pois, de certa forma, ao contrário, ele a cria.”

Ao impingir sua visão moralista e lançar mão de respostas demasiadamente simplistas e irreais, como a criminalização, para problemas enraizados em tramas sociais essencialmente complexas, o Direito Penal mantém a falsa imagem de que é o meio eficaz e satisfatório, para sobrestar o aumento do consumo de drogas, conforme ilustra Carvalho (2010, p. 145):

[...] acredita, pois, que a criminalização impediria a propagação da dependência, possibilitaria a reabilitação do adicto e a ressocialização dos envolvidos no comércio ilegal. Sua autoimagem reforça o mito no qual a criminalização das drogas atuaria como (a) contramotivação (coação psicológica), (b) recuperando os dependentes (prevenção especial) e (c) impedindo-os que, em razão do vício, cometam delitos de outra natureza (proliferação da violência).

Entre alternativas reducionistas ou em prol da legalização desponta uma comum constatação: o proibicionismo fundado em saídas do sistema penal, além de ser ineficaz para resolução do problema, opera efeito inverso alimentando a clandestinidade e gerando danos muito piores (RODRIGUES, 2004, p. 145). Nesse sentido, elucida Ferrajoli (2010, p. 355), o efeito da resposta penal aos crimes é consideravelmente mais atroz que as sequelas decorrentes do crime em si, posto que “[...] enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um.”

Tratando especificamente da questão das drogas e do valor exorbitante que implica a manutenção do proibicionismo, as palavras de Sá (2010, p. 5):

[...] uma imensa fortuna continua sendo gasta, com um resultado simplesmente pífio, e... os usuários continuam à mercê de seu vício, sem assistência digna e eficiente por parte do Estado, porque o dinheiro está sendo gasto com o interminável combate ao tráfico.

À luz dessa perspectiva, Batista (1990, p. 59-66) afirma ser incomparavelmente mais ameaçador apegar-se física e psicologicamente a uma política de repressão criminal às drogas,

do que a dependência da droga em si, pois os danos da intervenção proibicionista alcança um contingente maior de envolvidos. Nesse diapasão, considera a criminalização do porte para uso próprio, verdadeira arbitrariedade.

Sobre o tema, Modesti (2011, p. 230), afirma que a imagem equivocada que se vende do Direito Penal como meio eficaz para o problema da criminalidade, faz crescer os anseios punitivos e sua utilização exacerbada, mitigando o princípio da intervenção mínima que preconiza o recurso a este ramo de Direito como a *ultima ratio*. Segundo a autora, “essa expansão é inútil, uma vez que transfere ao direito penal uma carga exacerbada e que ele não pode carregar”. Ou seja, trata-se de um fardo para o qual o Direito Penal não foi criado para carregar.

O sistema penal, dessa forma, aparenta ser incapaz de oferecer respostas positivas e eficazes aos usuários e à sociedade. De todo exposto, impõe-se rever quais as vantagens e os riscos de oferecer tratamentos penais aos usuários de drogas, mesmo reconhecendo-se que se trata de um problema social complexo, mais afetos a políticas de saúde pública.

### **3.5 A tutela do bem jurídico saúde pública: os riscos e os danos**

Na esteira do que já fora aduzido anteriormente, o objeto jurídico supostamente protegido pelo Direito Penal, no tipo do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é a saúde pública. Não obstante a relevância dos bens coletivamente considerados, sua proteção por intermédio de mecanismos penais só pode ser considerada legítima na medida em que traduza interesses passíveis de individualização, sob pena de criação de um verdadeiro vácuo jurídico.

Nessa linha caminha o entendimento de Karam (2009, p. 7-9):

A suposta prevalência sobre os direitos individuais de abstratos interesses de uma igualmente abstrata sociedade não consegue esconder sua inspiração totalitária. A sociedade não é algo abstrato, destacado dos indivíduos. A sociedade é sim o conjunto de indivíduos concretos.[...]

Quando a conduta de adquirir substâncias entorpecentes para uso próprio não ultrapassa a esfera de individualidade do consumidor, não se consuma a lesão ao bem jurídico



saúde pública, de sorte que a generalização deste bem não passa de uma falácia, na medida em que a conduta não tem o condão de lesar algo além do que a sua própria saúde, sendo mais apropriado, o reconhecimento da atipicidade do fato (MELLO, 2010, p. 51-53).

Para Bizzoto e Rodrigues (2007, p. 23) a tutela do bem saúde pública deve estar, mais do que solenemente escrita no texto da lei, ligada a ideia de proteção, de promoção de políticas públicas efetivas, para garantia do exercício de direitos fundamentais, previstos na Carta Magna, possibilitando ao ser humano um caminho de escolhas livre e consciente.

Por outro lado, em relação ao aumento de prisões de mulheres, Modesti (2011, p. 230-231), adverte:

Essa violência institucional, em muitos casos, é geradora de danos superiores àqueles resultantes do próprio delito, do próprio bem jurídico que se está pretensamente a proteger e é destacado neste estudo: a saúde pública, que é o bem jurídico protegido pela Lei de drogas, em detrimento da privação de crianças e adolescentes da convivência familiar, do afeto, do amor, da cumplicidade que envolve a relação de mães e filhos e que dificilmente poderá retomar-se.

Noutros termos, a opção política representada pelo proibicionismo, que tem no poder punitivo sua melhor arma, em nome de uma suposta e não comprovada proteção da saúde pública, causa cicatrizes e danos imensamente maiores em uma instituição igualmente protegida pelo Estado: a família, que é desmantelada. Nesses casos, os filhos é que acabam por perder referências, amor, afeto, convivência quando o Estado dá maior prioridade à um bem jurídico duvidoso, deixando à mercê a dignidade dos seres humanos envolvidos nesse processo.

A tutela penal da saúde pública, por meio da repressão às drogas implica necessariamente em altos valores e recursos pessoais mobilizados para o combate às drogas. Contraditoriamente, porém, é a saúde pública que padece, carente de investimentos (MELLO, 2010, p. 51-53).

Karam (2002, p. 139) denuncia os propósitos perversos das legislações proibicionistas:

A falsa imagem [...] impede que se perceba que a proteção da saúde pública, que estaria a fundamentar a criminalização, contraditoriamente se vê afetada por esta mesma criminalização, trazendo a proibição maiores riscos à integridade física e mental dos consumidores das substâncias proibidas.

Neste viés, adverte Souza (2011, p. 175-179) que a reprimenda penal imposta aos usuários, representada pelas medidas do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, não pode substituir os recursos encontrados em políticas ligadas à saúde pública:

Tudo isso, somado ao fato de que o uso de entorpecentes nada mais é do que uma questão médica, vinculada, pois, ao que deveria atrelar-se a uma questão de política de saúde pública e jamais de segurança, engendra-se um injustificável irracionalismo repressivo, que somente vem a, contraditoriamente, agravar a problemática. Desta maneira, forçoso reconhecer que a violência gerada pelo tratamento legal da questão é em muito superior à violência que se procura combater por meio da criminalização, a qual, no que diz respeito especificamente ao usuário de drogas é de todo insustentável, vez que, conforme apontado supra, este apenas prejudica a si próprio.

Assim, antes de mais nada, impõe-se o reconhecimento de que se o uso de drogas é problema de saúde pública, deve ser tratado como tal, longe dos olhos do sistema penal, por meio de políticas públicas, sempre envolvendo as peculiaridades da situação de cada indivíduo, para majorar os êxitos que advém da voluntariedade, o que pressupõe atuação multidisciplinar e acima de tudo, respeito às diferenças (BIZZOTTO; RODRIGUES, 2007, p. 30-31).

Acerca desse tocante, Batista (1990, p. 59-66) preleciona que a problematização em torno das drogas deve ocorrer em sede de políticas de saúde pública. Assim, o “cuidado” dispensado ao usuário de drogas taxadas de ilícitas, deve ser fomentado pelos impostos advindos desse mercado, com o intuito de fornecer assistência e amparo aos usuários, que pelas mais diversas razões, recorrem aos entorpecentes.

A política que mantém o proibicionismo como bandeira de guerra contra as drogas vai de encontro ao pressuposto de que o Direito decorre dos fatos sociais e que não pode ser tão obsoleto a ponto de permanecer inerte frente aos novos conflitos. Não pode o texto da lei simplesmente ignorar o fato de que existem consumidores de drogas, e sob o pretexto de tutelar a saúde pública, restar por violá-la na medida em que a clandestinidade imposta patrocina a disseminação do consumo sem qualquer controle de volume e qualidade das substâncias, que torna-se foco de contaminação por doenças transmissíveis pela falta de higiene (KARAM, 2002, p. 139).

Analisando outro viés, recentemente, a polícia militar da cidade de São Paulo empreendeu ações com o objetivo maior de dispersar usuários de *crack* que concentravam-se

em região central da cidade denominada *cracolândia*. Projetando a perspectiva para o impacto da operação policial realizada na *cracolândia* na opinião pública Cymrot (2012, p. 11-12) observa que há incontestável aprovação<sup>30</sup>, “como se a repressão policial e a indiferença fossem as únicas respostas possíveis a esse grave problema social”, mas que em verdade, servem, afinal, para concretizar objetivos não declarados do Direito Penal, no caso paulistano, a valorização de áreas geograficamente nobres ocupadas, até então, por marginais.

A magnitude dos custos econômicos e mais gravemente os sociais deslegitimam a intervenção penal repressiva, que segundo Souza (2011, p. 183), “é injustificável por carecer de repercussão social danosa, gerando mais violência do que a violência que se procura coibir. Desta forma, há desproporção e falta de necessidade no tratamento legal da questão”.

Agindo dessa forma, o Estado deixa a margem de qualquer proteção a saúde pública. A política proibicionista, na contramão do que pretende, carimba o descaso do Estado com políticas públicas realmente comprometidas com implementação e promoção de acesso a educação, saúde e condições mais dignas para o desenvolvimento de todos os seres humanos, e cria verdadeiro espaço de exclusão, de um lado está a sociedade e do outro, os usuário. Nesse sentido, imprescindível é verificar os estigmas que giram em torno dos usuários, decorrente da desagregação social.

### **3.6 O estigma do usuário**

Nas sociedades globalizadas de incessantes inovações e criações cada vez mais opressoras, o homem busca um refúgio nas drogas, com o fim de enfrentar e aliviar as dores decorrentes das gigantes barreiras sociais. A opção pelo Direito Penal, como já visto, não é a via mais adequada nem suficiente para a diminuição da criminalidade, dos fatores de desigualdades e para a emancipação do ser humano, posto que a atuação do sistema penal, no mais das vezes, se vale de mecanismos violentos, intolerantes, que acentuam a exclusão e provocam danos e estigmas ainda maiores a quem, não obstante tenha praticado uma conduta tida como anormal, continua sendo titular de direitos.

---

<sup>30</sup> De acordo com Cymrot (2012, p. 11), pesquisa Datafolha demonstrou que 82% dos paulistanos concordaram com a ação policial.

As políticas repressivas que outrora estiveram voltadas aos opositores políticos, hoje centralizam-se nos indivíduos que encontram-se no plano mais inferior na estrutura social, trata-se, antes de qualquer coisa, de um meio de garantir a “paz social”, por intermédio da eliminação dos miseráveis (ZACKESKI, 2002, p. 128). Nas palavras de Rodrigues (2004, p. 148), evidencia-se “uma situação de completo descontrole e de ampla destruição dos indivíduos”.

A esse respeito, Hulsman e Celis (1997, p. 69) observam que esse sistema de justiça resta por criar mecanismos de exclusão definitiva dos indivíduos considerados criminosos:

Há estudos científicos, sérios e reiterados, mostrando que as definições legais e a rejeição social por elas produzida podem determinar a percepção do eu como realmente “desviante” e, assim, levar algumas pessoas a viver conforme esta imagem, marginalmente. Nos vemos de novo diante da constatação de que o sistema penal cria o delinquente, mas, agora, num nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização pela pessoa atingida do etiquetamento legal e social.

Evidencia-se a seletividade do sistema penal, avalizada pelo paradigma da reação social, inserta no diploma que trata das drogas. Desse modo, o usuário de drogas por não seguir os padrões moralmente impostos, é selecionado e rotulado pelas esferas de controle primário e secundário como criminoso, “[...] motivo pelo qual sua única alternativa é assumir a etiqueta e passar a atuar de acordo com ela” (WEIGERT, 2010, p. 98-99).

Nesse contexto, observa Souza (2011, p. 179) em que pese os excessivos recursos financeiros dispendidos na atuação repressiva do proibicionismo, além de não surtir os resultados esperados, os mecanismos punitivos restaram por deixar um rastro de violência imensuravelmente maior, sendo essa opção política a grande responsável pela estigmatização do usuário. Modesti (2011, p. 18), de igual modo, enfatiza os malefícios da utilização exacerbada, decorrente do expansionismo do Direito Penal:

A utilização da pena como única forma de enfrentar a violência não busca, em princípio, qualquer melhoria material, tanto da pessoa afetada, quanto das condições que deram causa ao conflito, preenchendo apenas um efeito simbólico. E o uso do instrumento simbólico, ao mesmo tempo em que desonera o Estado de tarefas assistenciais, fomenta maior intensificação do processo de exclusão social. Os fazeres simples da vida estão impregnados de sensações de medo. Nesse contexto, a cultura do medo reflete-se na crença de que se vive em um momento particularmente perigoso, devido ao aumento da criminalidade violenta, e legítimas posturas autoritárias que, de acordo com interesses, são difundidas como capazes de solucionar todas essas mazelas.

Mello (2010, p. 106-110) aduz que os meios de comunicação de massa também são responsáveis por estimular uma visão falaciosa e perversa ao disseminar amplamente campanhas e programas voltados para o combate às drogas, difundindo preconceitos e acentuando a estigmatização, embasados em discursos mal fundamentados que servem, tão somente para fomentar a repulsa social e agravar a situação, incitando as ideias de maior rigidez das penas, posto que na concepção midiática a impossibilidade de imposição da pena privativa de liberdade é o maior estímulo ao usuário.

Imperioso que se tenha o máximo de cuidado ao explorar de forma generalizada e sensacionalista discursos desse gênero, porquanto à luz do que descreve Mello (2010, p. 110):

[...] ao contrário do que mencionam ser um criminoso consciente, são pessoas excluídas da sociedade, indivíduos que levam suas vidas abaixo da linha da miséria, pessoas que não possuem o conforto de um lar e não cresceram em meio a uma expectativa frutífera de vida, são eles selecionados para arcar com problemática da proliferação das drogas no mundo.

Em relação a este tocante, e reportando-se mais especificamente sobre o texto do artigo 22, inciso I da Lei n. 11.343/2006, afirmam Bizzoto e Rodrigues (2007, p. 31) “[...] que a própria estigmatização do usuário se revela em uma violação ao valor constitucional do respeito ao ser diferente, bem como ao direito à intimidade. É muito comum o legislador pregar ideias bonitas e veladamente abraçar preconceitos.”

Com efeito, prepondera Streck (1999, p. 103-104) sua crença no Direito como um dos meios de transformação social, para efetivação de um Estado com valores voltados para a primazia do ser humano. Contudo, para dar vida aos princípios preconizados, e erradicar a miséria, as mazelas e a marginalidade, é preciso que além do Direito, haja um pacto de colaboração e, sobretudo de sensibilidade. Comungado deste entendimento, Karam (2009, p. 29):

O que os dispositivos garantidores da proteção de direitos fundamentais, assentados nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas, ordenam ao Estado são intervenções positivas que criem condições materiais – econômicas, sociais e políticas – para a efetiva realização daqueles direitos, o que, mesmo para quem ilusoriamente acredita na reação punitiva, não implica em intervenção do sistema penal.

Nesse diapasão as palavras de Bizzotto e Rodrigues (2007, p. 33) ressaltam que “o ser humano é um todo e precisa de todo o auxílio imaginável para suportar a gama de problemas

existentes”. Contudo, o sistema penal só faz reforçar a desigualdade social existente, além de produzir violência e fomenta a perda de dignidade humana, que é senão, a estigmatização (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 88).

O proibicionismo, segundo Weigert (2010, p. 99) é responsável por separar os indivíduos de uma mesma coletividade, fazendo com que os usuários convivam entre si, afastados dos demais membros da sociedade. Com isso, fomenta a marginalização desses grupos, e principalmente, dos seres humanos que a eles pertencem, obrigando-os a conviver em ambientes apartados, local em que suas práticas, problemas e modo de vida são aceitos.

Sob um enfoque abolicionista, Rodrigues (2004, p. 150-151) constata vantagens, mas evidencia que o reducionismo ou mesmo a queda do proibicionismo não tem o condão de pôr fim a violência, sustentando a necessidade de uma aproximação individual, sob enfoques políticos, sociais e econômicos que afetam esses seres humanos diariamente. A par dos efeitos dessa danosa intervenção exacerbada do sistema penal, assevera Karam (2009, p. 46):

Buscar o fim da desigualdade e da exclusão. Buscar alimentação saudável, habitação confortável, educação de boa qualidade, trabalho bem remunerado, lazer, cultura, dignidade, bem-estar, felicidade para todos os indivíduos. Não porque isso eventualmente possa trazer segurança. Mas sim porque esses são direitos que devem ser assegurados a todos os indivíduos. Deixar os medos, as inseguranças e o egoísmo de lado e buscar o convívio, a solidariedade, a compreensão, a compaixão, a tolerância.

Em síntese, os mecanismos de controle da esfera penal, avalizados pelos meios de comunicação, pelas instituições de controle e, por conseguinte, pelo clamor popular restam por colocar os usuários à margem, estigmatizando-os eternamente, causando os mais perversos efeitos. Assim, propõe-se aprofundar o tema no que se refere a alternativas a esse instrumento totalitário, por meio de ações de redução de danos, verificando-se sua forma de atuação e as possibilidades de sua aplicação.

### **3.7 A redução de danos**

A problemática das drogas é, indubitavelmente, uma das questões que mais fortemente aflige a sociedade atualmente. Como visto neste estudo, o diploma mais recente sobre o tema

reafirmou o arbítrio estatal ao manter a tutela sob o escudo do Direito Penal. Contudo, outros ângulos de percepção vem sendo descobertos e, ainda que timidamente, estão em constante evolução.

Nessa esteira afirmam Bizzotto e Rodrigues (2007, p. 02), que independentemente da corrente a ser seguida, faz-se necessária a reflexão e o debate acerca do tema, almejando-se, em primeiro plano, pôr fim a inércia social, posicionando-se criticamente em relação aos dogmas, com informações verdadeiras e concretas.

Mongruel (2002, p. 173) comunga do entendimento de que a solução para os conflitos pode ser encontrada fora do ultrapassado sistema penal, “pois, assim, podemos cada vez mais fugir desse sistema desumano, estigmatizante e aviltante.” Para Karam (2002, p. 139) a intervenção penal nessa esfera, com o duvidoso propósito de proteger a saúde pública, tem o efeito inverso sobre a saúde dos consumidores:

Essa política proibicionista, desvinculada de reais preocupações com a saúde pública, [...] impõe sérias limitações ao controle terapêutico-assistencial, especialmente ao livre desenvolvimento dos programas de redução de danos, associados a um consumo abusivo ou descuidado das drogas qualificadas de ilícitas. Aceitando as evidências de que a maioria das pessoas não deixará de consumir tais substâncias e que a atitude mais racional e eficaz para minimizar as consequências adversas do consumo de drogas – lícitas ou ilícitas – está no desenvolvimento de políticas de saúde pública que possibilitem que este consumo se faça em condições que ocasionem o mínimo possível de danos ao indivíduo consumidor e à sociedade [...].

A política de redução de danos, nesse sentido, apresenta-se absolutamente mais compatível com o propósito de tutela do único bem jurídico que a lei pretende proteger, a saúde pública, visando a diminuição dos efeitos danosos. Os primeiros registros acerca da redução de danos são do século passado, na Inglaterra. Contudo, na década de 80, na Holanda, as políticas de redução de danos ganharam maior ênfase (WEIGERT, 2010, p. 114-118). Foram formuladas com o propósito de tornar o uso de drogas mais seguro, evitando a disseminação de doenças, por meio da distribuição de seringas descartáveis aos usuários de drogas injetáveis e foi adotada na Holanda, Suíça, Inglaterra, Austrália e Espanha (RODRIGUES, 2004, p. 143).

A redução de danos prevê uma maior aproximação com os usuários, sobretudo de forma mais humana e eficiente, na medida em que reconhece a existência dos usuários e traça estratégias, por intermédio de medidas pontuais, para alcançar objetivos prioritários, em um

primeiro momento, avançando, a longo prazo para outros aspectos, sempre tendo em vista o cuidado com o usuário. Weigert (2010, p. 118) descreve algumas das ações mais relevantes que integram os projetos de redução de danos:

a) informação sobre os riscos e danos aos consumidores; b) distribuição de seringas; c) acolhimento do dependente e disponibilização de tratamento médico voluntário; d) criação de lugares de consumo permitido; e) concretização de programas de substituição de drogas e f) prescrição de heroína a toxicômanos; g) programas de reinserção social e melhora da qualidade de vida dos drogodependentes.

Nesse sentido, o reconhecimento da distinção entre os diversos tipos de drogas é considerado por Bizzotto e Rodrigues (2007, p. 25) como “um passo importante para obtenção de melhores resultados na prevenção ao uso de drogas”. A redação do artigo 19, inciso VI da lei n. 11.343/2006<sup>31</sup> parece compreender a necessidade de desenvolvimento de políticas a longo prazo, considerando a individualidade de cada ser humano, o que perpassa, fundamentalmente, pela aceitação da realidade de que as pessoas, pelas mais diversas razões, consomem drogas.

Na acepção de Rodrigues (2004, p. 144) a política reducionista, sem deixar o proibicionismo de lado parte do pressuposto que é impossível e ineficaz combater a oferta e demanda, abrindo possibilidades de um relacionamento mais franco com os usuários. Os baixos investimentos em propiciar alternativas aos destinos professados evidenciam que esse chão não é campo promissor para a vontade política.

Em determinadas situações, o sistema penal, não obstante absolutamente contrário aos valores essenciais e mesmo constatando-se sua ineficácia, continua a ser considerado legítimo quando não se antevê outras possibilidades menos repressivas e ao mesmo tempo seguras (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 161).

Em relação a este aspecto, que é senão um dos mais delicados a circundar o tema é pertinente a lição de Karam (2002, p. 140):

---

<sup>31</sup> Art. 19. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes: [...] VI – o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados; [...].



Neste ponto, há de se considerar que a criminalização constitui, ainda, um natural complicador à procura de tratamento, ou mesmo de esclarecimentos e informações, ao implicar na necessária revelação da prática de uma conduta tida como ilícita. Por outro lado, trabalhando com a imposição de um tratamento obrigatório e integrado ao sistema penal, a política proibicionista contraria o princípio, universalmente aceito, de que o êxito do tratamento de uma adição está condicionado à voluntariedade de sua busca. As condições clandestinas em que se realiza o consumo geram maiores tensões, podendo acentuar a problemática original sintomatizada por uma eventual adição, [...] levando ao isolamento social e à marginalização, pode acabar por produzir ansiedades e alterações de personalidade.

Cristalino está que a opção política pelo Direito Penal não está afinada aos pressupostos constitucionais e vêm fomentando mais malefícios do que benefícios, em um cenário de dor, exclusões e estigmas. Assim, um real enfrentamento dessa problemática perpassa impreterivelmente por essa análise crítica, e pela busca de alternativas, tais como, a redução de danos, aqui demonstrada, ou ainda, pela tutela administrativa da questão (SOUZA, 2011, p. 180-181). Faz-se mister destacar a importância de uma visão de maior sensibilidade e humanidade. Nesta senda, o posicionamento de Karam (2002, p. 143):

Uma maior tolerância com as diferenças, que permita a compreensão de que nem tudo que se desconhece ou que majoritariamente se rejeita é necessariamente mau, a percepção de que eventuais adições – não só as drogas – são fatos da vida que devem ser enfrentados, não como repressão, mas com soluções nascidas da convivência, da solidariedade e da aproximação ao conflito, certamente poderão criar condições para uma efetiva redução de danos que, eventualmente, possam resultar do consumo abusivo de substâncias psicoativas, sejam as hoje tidas como lícitas, sejam as ainda qualificadas de ilícitas.

Também para Bizzotto e Rodrigues (2007, p. 28) as práticas que visam a redução de danos devem estar entrelaçadas com atividades que voltem maior atenção aos usuários, buscando maior qualidade de vida e a realização de valores mais humanos.

Por seu turno, Modesti (2011, p. 229-230) aduz que já é passada a hora de repensar os valores envolvidos no expansionismo do Direito Penal, calcado na política proibicionista, sendo mister a discussão, a reflexão e o debate capazes de fazer nascer novas possibilidades menos agressivas, humilhantes e estigmatizantes.

Por todo exposto, faz-se mister voltar os olhares em busca de alternativas mais humanas para esse tema tão delicado, tão discursado, divulgado nos meios de comunicação, tão comum e degradado na opinião pública e ao mesmo tempo tão esquecido, fantasioso e frágil. Deixar que a intolerância impere e domine as rédeas e que a repressão penal continue

sendo a primeira opção em detrimento dos preceitos constitucionais e dos princípios penais é manter uma política falaciosa, enganosa e descompromissada com o Estado Democrático de Direito. Mais do que isso é continuar a trilhar um caminho completamente ineficaz, que não oferece benefícios a sociedade. É preciso mais serenidade, sensibilidade e, sobretudo, humanidade.

Mesmo que minoritariamente, como afirmado outrora, já se começa a perceber, pelo menos no meio científico, que este modelo não é compatível com o Estado Democrático de Direito, contudo, esse aspecto de maior sensibilidade precisa ainda ser internalizado pela sociedade, em relação, principalmente ao respeito às diferenças para construção de uma sociedade mais distributiva, justa e fraterna, capaz de ponderar e equilibrar segurança e liberdade.

## CONCLUSÃO

Diante do vertiginoso aumento da criminalidade e dos índices que a ligam diretamente ao uso de drogas, a postura proibicionista de repressão às drogas tornadas ilícitas foi amplamente adotada pelo Brasil. Ocorre que, o ordenamento pátrio, por meio de sua norma superior, reconheceu a primazia da pessoa humana e com isso, uma série de direitos correlatos. Vive-se, noutros termos, em um cenário antagônico em que a norma ordinária parece violar justamente os bens fundamentais que a Carta Magna deseja proteger.

O primeiro capítulo embasou toda a trajetória da presente pesquisa, servindo de suporte para compreensão dos aspectos estudados no transcorrer deste trabalho. Com efeito, nesta primeira etapa da pesquisa abordou-se os precedentes históricos da dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, compreendendo sua definição e o alcance que possuem na atualidade.

Nesse compasso, a dignidade da pessoa humana é um conceito vago e aberto historicamente construído que reclama constante delimitação nos diversos contextos em que é aplicada, representando um atributo inerente a todos os seres humanos, sem distinções, decorrente exclusivamente de sua existência e que lhe confere autodeterminação consciente, livre e responsável. Constatou-se que o constituinte de 1988 reconheceu expressamente a proeminência da dignidade humana e a elevou a condição de fundamento da República Federativa brasileira, concebida em dupla acepção, servindo tanto como limitação ao poder estatal e por outro lado exigindo intervenções positivas do Estado, para criação e promoção de direitos.

A origem dos direitos humanos, por sua vez, está intimamente ligada às raízes da dignidade da humana, vez que dela decorrem, como direitos naturais, inalienáveis e próprios

da personalidade humana. Seu reconhecimento, por outro lado, ocorre de forma mais acentuada, após a II Guerra Mundial. São resultados de processos de lutas sociais ao longo da história por acesso a bens essenciais a uma vida digna. Ou seja, estão em constante processo de adequação, transformação e ampliação advindas dos novos interesses e necessidades do ser humano. As dimensões de direitos, como são comumente denominadas as classificações doutrinárias, marcam distinções de direitos que coabitam simultaneamente, complementando-se.

Por direitos e garantias fundamentais, entendem-se os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico interno, os quais contém, individualmente, um núcleo essencial de dignidade que não pode ser violado. Em que pese, seu reconhecimento expresso em diversas declarações mundo afora, bem como pela norma constitucional, a maior discrepância gira em torno de sua efetivação, posto que na prática são reiteradamente depreciados e desprezados.

A Constituição Federal de 1988, promulgada após um período de forte repressão ditatorial, marcado por abusos, intolerâncias e arbitrariedades, inovou de forma sem precedentes ao inserir a dignidade da pessoa humana de forma expressa em seu texto e ao instituir um rol considerável de direitos e garantias fundamentais. Porém, destaca-se, a relevância dessa proclamação solene de direitos é insuficiente para garantir a superação de anos de descomedimentos.

Em que pese tal constatação, a norma constitucional deve ser reconhecida como valor supremo do ordenamento jurídico pátrio, sendo que seus postulados devem ser observados e respeitados pelo Poder Público, em todas as esferas, podendo-se, a qualquer tempo, invocar a Carta Magna, com o fim de assegurar o seu cumprimento e a concretização material de seus pressupostos. Assim, não obstante as discrepâncias encontradas entre as declarações formais e o cotidiano dos cidadãos, a Constituição Federal é o instrumento para reação, impedindo retrocessos.

Na sequência, no segundo capítulo, analisou-se a tripartição do sistema penal em dogmática penal, criminologia e política criminal, aduzindo seus aspectos mais relevantes, demonstrando a necessidade de harmonização entre as ciências criminais, porquanto apenas o diálogo e a interdisciplinaridade entre as ciências pode propiciar uma compreensão mais correta acerca dos problemas de violência para encontrar alternativas viáveis.

Nesse ponto do trabalho, verificou-se a influência dos discursos políticos e midiáticos

que aumentam o clamor da opinião pública pelo recrudescimento do rigor punitivo, embalados pela crença de que a expansão do poder punitivo, por si só, tem o condão de diminuir os índices de criminalidade e proporcionalmente, aumentar a qualidade de vida da sociedade.

Outrossim, nessa etapa da pesquisa, realizou-se análise acerca de alguns princípios penais constitucionais, mais afetos ao tema, os quais decorrem logicamente da leitura do Direito Penal sob a ótica constitucional, uma vez que orientam e iluminam sua utilização, na medida em que servem de parâmetro para interpretação, integração e aplicação em todos os aspectos da atividade penal, desde a produção da norma até a execução da pena. Noutros termos, os princípios visam impedir que o Estado, no exercício de seus poderes, viole qualquer direito constitucionalmente tutelado.

No segundo capítulo expôs-se a relevância e a necessidade de observância à este conjunto de princípios em todas as atividades que envolvem este ramo do Direito, que é, senão o âmbito que mais drástica e violentamente interfere na vida humana. E nesse sentido, demonstrou-se a descompatibilização entre a política criminal vigente e a política constitucional, alicerçada nos referidos princípios. Demonstrou-se, assim, que o Direito Penal, não se configura como o meio mais adequado e eficaz para todas as situações, precipuamente porque determinadas condutas pressupõe soluções que o sistema penal não pode oferecer, tal como na abordagem que envolve o uso de drogas ilícitas.

À luz do que fora visto, salienta-se que a ausência do reconhecimento e o desprezo a esses postulados principiológicos, resulta na utilização expansiva e muitas vezes arbitrária do Direito Penal, transformando-o em mero instrumento de dominação, pouco eficaz para a resolução dos verdadeiros conflitos sociais.

Nessa esteira, no terceiro capítulo abordou-se os aspectos históricos que envolveram os diplomas legais concernentes ao proibicionismo repressivo relativo ao uso de drogas no âmbito mundial que influenciaram sobremaneira a evolução do “tratamento legal” ao longo dos anos no Brasil, verificando-se a existência de discursos ilusórios, mais afinados aos interesses políticos e econômicos do que com os valores humanos.

O último capítulo desse trabalho também voltou-se para a análise mais aprofundada da política criminal vigente no Brasil no que tange ao uso de ilícitas, prevista na Lei 11.343/06, considerando o “tratamento legal” imposto ao usuário. Estudou-se, dessa forma, as atividades

e medidas voltadas ao “cuidado” com o usuário, perpassando por questões que envolvem a inconstitucionalidade das disposições do artigo 28 do referido diploma, as cicatrizes que deixa no principal destinatário da norma e a sinalização de caminho viável para consolidação de um modelo mais justo, solidário e humano, afinado com os valores constitucionais e com os princípios penais.

Com o desenvolvimento do presente trabalho foi possível constatar que a Carta Magna de 1988 acolheu amplamente os preceitos da dignidade da pessoa humana, reconhecendo aos cidadãos um extenso rol de direitos e garantias, os quais devem ser observados em todas as esferas pelo Poder Público.

Nesse compasso, a vigência da nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06) trouxe a falsa concepção de que ações mais humanistas seriam colocadas em prática em relação ao usuário de drogas. Todavia, o novo diploma legal, mais por questões políticas e econômicas, do que científicas, manteve a tendência mundial e relegou ao usuário mais uma vez a condição de delinquente, na medida que, em descompasso com os princípios constitucionais e penais, não descriminalizou a conduta, mas tão somente, limitou-se a vedar a imposição de pena privativa de liberdade.

O fato é que, em que pese se reconheça a evolução representada pela impossibilidade de prisão do usuário, tema tão delicado continuado a ser tratado e a refletir efeitos na esfera penal, forte na crença alimentada pelo apelo político e midiático, de que o efeito intimidador deste ramo do Direito, é eficaz para o controle e combate da criminalidade. O diploma recentemente alterado, reafirmou o arbítrio estatal, ao manter o tema sob a égide do Direito Penal. A segurança pública tornou-se um eficiente “stardart” de campanha políticas aumentando a popularidade dos governos que a utilizam em seu discurso.

Entretanto, a realidade nua e crua revela que essa opção política não só não produz os efeitos desejados, como, para além disso, cria efeitos muito mais nefastos, tais como o aumento dos danos e a marginalização dos usuários, entre outros malefícios.

Diante dessa constatação, destacam-se, ainda que timidamente, concepções de políticas que tendem a transferir o tema para seara administrativa, ou mesmo opções de políticas de redução de danos, reconhecendo-se que o Direito Penal não é o instrumento necessário e proporcional para intervir nesse campo em um Estado Democrático de Direito.

O efetivo reconhecimento da supremacia da dignidade da pessoa humana, dos direitos e garantias constitucionais, bem como dos princípios penais constitucionais, pressupõem a inversão do caminho de expansão trilhado pelo poder punitivo, percebendo-se que a repressão penal, de forma isolada, não é responsável pelo desaparecimento das condutas criminosas. A efetiva realização dos ideais democráticos depende de um compromisso social com a igualdade, liberdade, fraternidade e principalmente com o bem estar e felicidade dos cidadãos.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3.ed. Rio de Janeiro, Revan, 2002.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. A problemática da efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais no plano nacional. *In*: PIOVESAN, Flavia. (Coord.) **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006. 1.V.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

\_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

\_\_\_\_\_. Os sistemas penais brasileiros. *In*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. 1.V.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus, 1995.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1. V.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas: comentários à lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 26.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.



BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Código Penal. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 outubro 2011.

\_\_\_\_\_. Lei de Execução Penal. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas de prevenção para o uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 25 de março de 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 430.105-RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 13 de janeiro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em: 09 de maio. 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 635.659-SP**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 09 de dezembro, 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=1804565>. Acesso em: 09 de maio. 2012.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. **A política criminal de drogas no brasil**: estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06. 5.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CYMROT, Danilo. Da boca do lixo à cracolândia: mais do mesmo. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 233, p. 11-12, abril. 2012.

DIAS NETO, Theodomiro. A nova prevenção: uma política integrada de segurança urbana. *In*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. 1.V.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do estado de solidariedade**: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FELDENS, Luciano. Do direito (penal) em tempos de nacional-socialismo ao direito (penal) em tempos de direitos humanos. *In*: BITENCOURT, Cezar Roberto (Coord.). **Direito penal no terceiro milênio**: estudos em homenagem ao prof. Francisco Munõz Conde. 1.ed. Rio de

Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010.

FLORES, Joaquin Herrera. **A reinvenção dos direitos humanos.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal: não há crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), funções político criminal e dogmática interpretativa, o princípio da ofensividade como limite do *ius puniendi*, o princípio da ofensividade como limite do *ius poenale*.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 6. V.

\_\_\_\_\_; BIANCHINI, Alice. Jakobs e o “direito penal” do inimigo. *In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Coord.). Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao prof. Francisco Munõz Conde.* 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

\_\_\_\_\_. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GUIMARÃES. Isaac Sabbá. **Nova lei antidrogas comentada: crimes e regime processual penal.** 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos.** São Paulo: Acadêmica, 1994. 1.V.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas: o sistema penal em questão.** 2.ed. Niterói: Luam, 1997.

JUNQUEIRA, Octaviano Diniz Junqueira. **Direito penal.** 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo de liberdade e conter o poder punitivo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Col. Escritos sobre a liberdade. 1.V.

\_\_\_\_\_. **Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Col. Escritos sobre a liberdade. 3.V.

\_\_\_\_\_. Revisitando a sociologia das drogas. *In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. 1.V.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. *In: SOUZA, Carlos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes. (Org.) Princípios humanistas constitucionais: reflexões sobre o humanismo no século XXI.* 1.ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

MARINHO, Inezil Penna; MARINHO, Marta Diaz Lops Penna Marinho. **Estudos das diferenças entre jusnaturalismo, historicismo, sociologismo, normativismo e**

**culturalismo e jusnaturalismo no brasil.** Brasília: Instituto de Direito Natural, 1980.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana:** princípio constitucional fundamental. 1.ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MARTINS, Ives Granda da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder. **Tratado de direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2010. 1. V.

MEROLLI, Guilherme. **Fundamentos críticos de direito penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELLO, Thaís Zanetti de. **Desvelando os efeitos jurídico-penais da lei de drogas frente ao encarceramento feminino na penitenciária madre pelletier em porto alegre:** em busca de alternativas viáveis. 2010. 334 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

MODESTI, Marli Canello. **As mulheres aprisionadas e os reflexos familiares decorrentes do cárcere:** as drogas e as dores da privação da liberdade. 2011. 251 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

MONGRUEL, Angela de Quadros. Criminalidade: um problema socialmente construído. *In:* ANDRADE, Vera Regina de (Org.). **Verso e reverso do controle penal:** (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. 2.V.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito.** 10.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

PASSETTI, Edson Passetti. A atualidade do abolicionismo penal. *In:* PASSETTI, Edson Passetti (Coord.). **Curso livre de abolicionismo penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PESSOA, Fernando. **Poemas de álvaro de campos:** obra poética IV. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 12.ed. rev.e.atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral. 10.ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. V.1.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. *In:* PASSETTI, Edson (Coord.). **Curso livre de abolicionismo penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alvin Augusto de. Sonhando com o “fim do tráfico” de entorpecentes. **Boletim IBCCRIM.** São Paulo, n. 211, p. 4-5, jun. 2010.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Ser: As ciências criminais no século XXI. V.11.

SANTOS, Cláudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thais de. O problema do consumo de drogas e o problema do recurso ao direito penal para a sua repressão. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, n. 231, p. 3-5, fev. 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Criminologia e política criminal. *In*: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed.rev.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Anabelle Macedo. **Concretizando a constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA, Luciano Anderson de. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 19, n. 88, p. 167-186, jan./fev. 2011.

STRECK, Lênio. Criminologia e feminismo. *In*: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.

VIGGIANO, Fernando Braga. A efetividade da Lei 11.343/2006: usuário de drogas e tratamento. Disponível em <[http://issu.com/direitolegal/docs/mj\\_a\\_efetividade\\_da\\_lei\\_n.\\_11343](http://issu.com/direitolegal/docs/mj_a_efetividade_da_lei_n._11343)>. Acesso em 25 mar. 2011.

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2001.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **Uso de drogas e o sistema penal: entre o proibicionismo e a redução de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *In*: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZACKSESKI, Cristina. A guerra contra o crime: permanência do autoritarismo na política criminal latino-americana. *In*: ANDRADE, Vera Regina de (Org.). **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. 2.V.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 1.V.

\_\_\_\_\_. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 8.ed.rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 7.ed.rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

## **APÊNDICES**

---

## APÊNDICE A

---

Atestado de Autenticidade da Monografia da Monografia

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO

ATESTADO DE AUTENTICIDADE DA MONOGRAFIA

Eu, Vanessa Sebenello, estudante do Curso de Direito, código de matrícula n. 200717070, declaro ter pleno conhecimento do Regulamento da Monografia, bem como das regras referentes ao seu desenvolvimento. Atesto que a presente Monografia é de minha autoria, ciente de que poderei sofrer sanções na esferas administrativa, civil e penal, caso seja comprovado cópia e/ou aquisição de trabalhos de terceiros, além do prejuízo de medidas de caráter educacional, como a reprovação no componente curricular Monografia II, o que impedirá a obtenção do Diploma de Conclusão do Curso de Graduação.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

---

Vanessa Sebenello



## APÊNDICE B

---

Termo de Solicitação de Banca

UNIVERSIDADE COMUNITÁRIA DA REGIÃO DE CHAPECÓ - UNOCHAPECÓ  
ÁREA DE CIÊNCIAS HUMANAS E JURÍDICAS  
CURSO DE DIREITO

TERMO DE SOLICITAÇÃO DE BANCA

Encaminho a Coordenação do Núcleo de Monografia o trabalho monográfico de conclusão de curso do(a) estudante **Vanessa Sebenello**, cujo título é “*A política criminal do uso de drogas ilícitas no Brasil à luz da Constituição Federal*”, realizado sob minha orientação. Em relação ao trabalho, considero-o apto a ser submetido à Banca Examinadora, vez que preenche os requisitos metodológicos e científicos exigidos em trabalhos da espécie. Para tanto, solicito as providências cabíveis para a realização da defesa regulamentar.

Indica-se como membro convidado da banca examinadora: Deise Helena Krantz Lora, telefone para contato (49) 3321.8219.

Chapecó (SC), 15 de maio de 2012.

---

Marli Canello Modesti