

ANA FLÁVIA JORDÃO RAMOS

CRÍTICA AS POLÍTICAS CRIMINAIS DE DROGAS A LUZ DOS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO
DE DIREITO

Dissertação inserida na linha de Direito Constitucional Penal desenvolvida como requisito para obtenção do Grau de Mestre da Faculdade de Direito de Alagoas, Universidade Federal de Alagoas.

Orientador: Prof. Dr. Alberto Jorge Correia de Barros Lima.

Maceió
2010

**Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico**

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto

- R175c Ramos, Ana Flávia Jordão.
Crítica às políticas criminais de drogas a luz dos princípios constitucionais penais no estado democrático brasileiro, 2010.
194, [56] f.
- Orientador: Alberto Jorge Correia de Barros Lima.
Dissertação (mestrado em Direito) ó Universidade Federal de Alagoas.
Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2010.
- Bibliografia: f. 186-194.
Anexos: f. [1]-[56].
1. Direito penal. 2. Política criminal. 3. Brasil. [Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006]. 4. Direito penal ó Princípios constitucionais. 5. Drogas ó Legislação.
I. Título.

CDU: 343.57(81)

ANA FLÁVIA JORDÃO RAMOS

**CRÍTICA ÀS POLÍTICAS CRIMINAIS DE DROGAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS PENAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Alberto Jorge Correia de Barros Lima

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Mestrado, e a julgou nos seguintes termos:

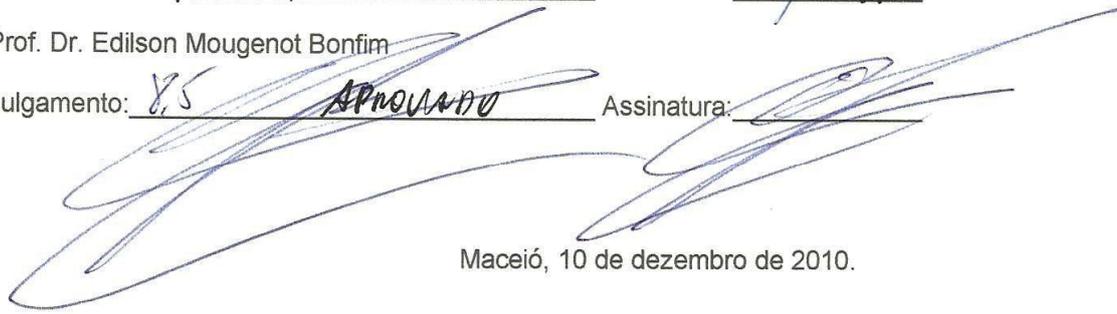
Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior (UFAL)

Julgamento: 8,5 APROVADO Assinatura: 

Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão (UFAL)

Julgamento: 8,5 APROVADO Assinatura: 

Prof. Dr. Edilson Mougnot Bonfim

Julgamento: 8,5 APROVADO Assinatura: 

Maceió, 10 de dezembro de 2010.

Aos meus Pais, irmãos, vó Elza, namorado e
amigos.

AGRADECIMENTOS

Dedico sinceros agradecimentos aos professores que contribuíram para a produção e aprimoramento do meu trabalho, em especial ao meu orientador Prof. Dr. Alberto Jorge, aos Professores Dr. Andreas Krell e Dr^a Alessandra Marchioni. Finalmente, agradeço aos mestres no âmbito Prof^a Dra. Maria da Graça Gurgel, Dr. Roberto Salomão Nascimento por despertarem em mim a vontade de pesquisar a temática desenvolvida.

RESUMO

Esta dissertação apresenta como temática as políticas públicas e criminais sobre drogas ilícitas consolidadas no sistema jurídico brasileiro. Será realizada uma análise crítica sobre a relação de compatibilidade estabelecida entre as políticas sobre drogas e os princípios constitucionais do direito penal no Estado Democrático de Direito. Devido à complexidade de fatores sociais que norteiam o tema, será utilizada uma abordagem interdisciplinar, englobando referenciais teóricos das Ciências jurídicas e sociológicas, preocupando-se em estabelecer vínculos coerentes entre os mesmos. No que diz respeito à metodologia utilizada, a pesquisa bibliográfica de fontes nacionais e estrangeiras e a busca de dados colhidos nas instituições oficiais foi conjugada ao estudo de decisões judiciais do Superior Tribunal Federal brasileiro e da Suprema Corte argentina. No campo teórico, enfocam-se as razões que fundamentam o tratamento ambivalente entre traficantes e usuários, bem como se demonstrarão os estigmas que recaem sobre os mesmos. Os princípios do direito penal Contemporâneo serão estabelecidos como limites ao exercício do controle social pelo Estado, considerando a presença de novos riscos e a conseqüente pauta expansiva do âmbito de incidência da norma penal. Daí provém o desenvolvimento do estudo sobre as funções preventivas e simbólicas do direito penal na sociedade contemporânea, especialmente, no que diz respeito ao uso de drogas ilícitas e repressão do tráfico dessas substâncias. Este trabalho debate as funções do direito penal no Estado democrático de direito e estabelece os limites impostos à criminalização de condutas pelos princípios da intervenção mínima e ofensividade. Ao traçar esses limites, criticam-se os aspectos da política criminal que são incompatíveis com a tarefa do direito penal contemporâneo e demonstra-se que a política internacional de drogas impõe a criminalização de condutas sem considerar as especificidades locais. Isso implica na transferência aos países de trânsito e produtores da responsabilidade pelo combate ao narcotráfico e na ineficácia das políticas de saúde pública dirigidas ao consumidor dispostas pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD).

Palavras-chave: Direito Penal. Política Criminal. Drogas Ilícitas. Lei n.º 11.343/2006. Princípios constitucionais penais. Função preventiva do Direito Penal. Novos riscos. Expansão do direito penal.

ABSTRACT

This dissertation presents as thematic the public and criminal policies about illicit drugs consolidated in the Brazilian legal system. It will be made a critical analysis on the compatibility among the policies on drugs and the constitutional principles of the criminal law in the Democratic State under the rule Law. Due to complexity of social factors that guide the subject, a interdisciplinary approach will be used, including theoretical references of Law and sociological sciences, in order to establish coherent bonds between those ones. The methodology consists in the bibliographical research of national and foreign sources, the search of data collected in official institutions, and finally, the study of sentences pronounced by the Brazilian Superior Tribunal Federal and of the argentinian Supreme Court. In the theoretical field, it focus in the reasons that justify the ambivalent treatment between dealers and users, as well as the social labelling that represents them. The principles of the Contemporary criminal law will be established as limits to the exercise of the social control by the State, considering the presence of new risks and the consequent expansion of the criminal norm. From there, it Will be developed a study about the preventive and symbolic functions of the criminal law in the contemporary society, especially, about the aspects involving the use of illicit drugs and the traffic's repression. This paper debates the functions of the criminal law in the democratic State under the rule of Law and establishes the limits to the criminalization of behaviors under the principles of the minimum intervention and offensivity. After trace these limits, it will be criticize the aspects of the criminal politics that are incompatible with the task of the contemporary criminal Law in order to demonstrate that the international policies of drugs imposes the criminalization of behaviors without considering the local features. This facts implies in the transference to the countries classified as as of transit and producers of the responsibility for the combat to the drug trafficking and in the inefficacy of the directed policies of public health to the consumer by the National System of Public Policies on Drugs (SISNAD).

Key-words: Criminal law. Criminal policies. Illicit drugs. Law n.º 11.343/2006. Constitutional principles of criminal law. Preventive function of the Criminal law. New risks. Expansion of the criminal law.

SUMÁRIO

Introdução	10
1 Os estigmas no processo de criminalização das condutas relacionadas ao tráfico de drogas tornadas ilícitas	13
1.1 Análise sobre a situação legal brasileira quanto ao comércio de substâncias entorpecentes no início do Século XX e influência da comunidade internacional no conteúdo proibitivo das normas penais vigentes anteriores à Lei n.º 6.368/1976.....	13
1.2 A Lei n.º 6.368/1976 como expressão nítida da incorporação das influências político-criminais internacionais no combate e repressão ao Tráfico: consolidação de uma política rigorosa de combate ao tráfico e ao uso de drogas ilícitas.....	17
1.3 Avaliação da política criminal incorporada nas inovações trazidas pela Lei n.º 11.343/2006 no tocante às medidas de exceção e às novas formas de punição.....	18
1.4 Estigmatização do traficante e Direito Penal do Inimigo: correlação entre o tráfico de drogas ilícitas e o terrorismo, as Organizações Criminosas e a violência social.....	21
1.4.1 A influência norte-americana na consolidação do discurso oficial brasileiro: táticas de etiquetamento do traficante.....	24
1.4.2 Repercussão das principais obrigações internacionais assumidas pelo Brasil no desenvolvimento da política criminal de combate ao tráfico de drogas ilícitas.....	28
1.4.3 O papel do Discurso legitimador da expansão de normas penais em face aos novos riscos gerados pelas organizações criminosas ligadas ao tráfico.....	34
1.4.4 A volatilidade do discurso do inimigo em relação aos traficantes como causa para insegurança jurídica e os limites impostos pela dignidade da pessoa humana ao tratamento diferenciado.....	37
2 As novas funções do direito penal e as respectivas possibilidades de efetivação das medidas de prevenção aos riscos previstas nos dispositivos da Lei n.º 11.343/2006	46
2.1 Considerações introdutórias sobre as novas funções do Direito Penal na sociedade de riscos e o paradigma da pós-modernidade.....	46
2.2 Análise sobre a criminalização de condutas subculturais em confronto com as idéias de mínimo ético.....	51
2.2.1 O papel da dignidade da pessoa humana na fundamentação ética dos Direitos humanos e fundamentais.....	52
2.2.2 Diversidade humana e obstáculos à universalização consensual do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana.....	55
2.2.3 Necessárias reflexões sobre a repressão do uso de drogas tornadas ilícitas diante da diversidade humana a luz da teoria do reconhecimento.....	56

2.3 Contraste entre os pressupostos básicos das atitudes universalistas e relativistas sobre a dignidade humana diante de uma realidade pluralista.....	58
2.4 Indicativos para o processo de debate público e democrático sobre o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana.....	60
2.5 Considerações sobre os Direitos humanos, com ênfase à liberdade de expressão comportamental individual, nas sociedades multiculturais.....	66

3 A problemática do Enfoque da Dogmática Penal Tradicional no Conceito de bem jurídico coletivo tal como adotado nos delitos inseridos na Lei nº 11.343/2006.....75

3.1 O papel do Bem jurídico na Dogmática Penal.....	75
3.1.2 Discussões acerca do objeto da tutela penal: valores éticos ou bem jurídicos?.....	76
3.2 Síntese crítica sobre as Teorias Constitucionais do Bem Jurídico penal.....	78
3.3 Críticas ao Conceito de Bem Jurídico sob o ponto de vista da Doutrina Funcionalista.....	82
3.4 A importância dos Princípios Constitucionais penais para a delimitação das funções do Bem jurídico no Estado Democrático de Direito.....	86
3.5 A importância do princípio da ofensividade para a limitação da criminalização de condutas.....	89
3.6 Bem jurídicos coletivos e Delito de perigo abstrato: limites à criminalização de condutas a partir da aplicação do princípio da ofensividade.....	90

4 Análise sobre os processos de criminalização do uso de substâncias ilícitas a partir dos antecedentes históricos acerca da política pública nacional de prevenção ao abuso do consumo de drogas ilícitas.....100

4.1.1 Síntese sobre o processo de criminalização das condutas relacionadas ao consumo de drogas ilícitas no Brasil antes da Lei 11.343/2006.....	100
4.1.2 Aspectos político-criminais da permissão do uso de Ayahuasca com finalidades religiosas.....	105
4.2 Diferenças entre o usuário e dependente em substâncias psicoativas ilícitas.....	108
4.3 A evolução do Tratamento jurídico conferido aos usuários e dependentes em drogas ilícitas no Brasil.....	109
4.4 Estratégias da Organização das Nações Unidas para prevenção e recuperação dos dependentes de substâncias ilícitas.....	113
4.5 Estigmatização do usuário pelo processo penal e justiça terapêutica: os contrasensos do tratamento compulsório.....	116

5 Estudo sobre a viabilidade da proposta de Descriminalização da conduta típica descrita no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.....120

5.1 Expansão penal desarrazoada e demanda pela descriminalização de condutas.....	120
5.1.1 Descriminalização sob as perspectivas do direito penal mínimo e do Garantismo Penal.....	122
5.1.2 Descriminalização sob a perspectiva da criminologia crítica.....	124
5.2 Conceito e características do processo de descriminalização.....	128
5.3 Estudo sobre a classificação das espécies de Descriminalização.....	129
5.4 Definição da hipótese contemplada no art. 28 da Lei nº 11.343/2006: despenalização ou descriminalização: qual seria a solução mais adequada em face aos princípios fundamentais do direito penal contemporâneo?.....	132
5.5 Críticas pontuais à escolha pela despenalização do consumo de entorpecentes em face ao princípio da ofensividade.....	137
5.6 Estudo da jurisprudência e legislação comparada: quebra de paradigmas pela Suprema Corte Argentina em sede de controle de constitucionalidade concreto.....	142

6 Análise Crítica sobre as políticas públicas de saúde mental vinculadas ao SISNAD.....147

6.1 Considerações Introdutórias sobre políticas públicas de saúde mental e drogas ilícitas no Brasil.....	148
6.2 Análise crítica da regulamentação do Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas.....	153
6.3 O Papel do Estado de Alagoas e do município de Maceió na implementação das políticas públicas de prevenção ao consumo de drogas ilícitas e de tratamento psiquiátrico dos dependentes químicos.....	157
6.4 Fundamentalidade do Direito à Saúde Mental e sua pertinência ao Mínimo Existencial.....	162
6.5 Direito prestacional à saúde mental e sua inclusão no conteúdo do mínimo existencial.....	166
6.6 Possibilidade de controle judicial para determinar o tratamento de dependentes em drogas ilícitas processados criminalmente.....	170

Conclusão.....176

Referências.....186

INTRODUÇÃO

O trabalho proposto visa aferir a compatibilidade entre os princípios constitucionais penais do Direito Penal Contemporâneo e as normas jurídicas incriminadoras da Lei n.º 11.343/2006. Para tanto, será realizada pormenorizada análise sobre as políticas públicas e criminais sobre drogas ilícitas a fim de determinar os pontos de estrangulamento dos tratamentos diferenciados dirigidos, de um lado, ao traficante e, de outro, ao consumidor.

Para realizar tal avaliação, é necessário esclarecer quais são os princípios orientadores em matéria penal, enlaçando os mesmos com o valor supremo da ordem jurídica: a dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, serão abordadas questões como as novas funções do Direito Penal no âmbito da Sociedade pós-moderna, critérios de legitimação da escolha dos bens jurídicos penais e limites ao exercício pelo Estado Democrático de Direito dos poderes inerentes ao controle social.

Em razão da ambivalência normativa constatada na Lei n.º 11.343/2006 - que consolida uma dualidade de estratégias políticas: ora repressivas ora supostamente preventivas - nasceu a necessidade de estruturar a dissertação de forma a separar a repressão ao tráfico de drogas - principalmente quando associado às organizações criminosas - das questões jurídicas controvertidas envolvendo o uso de drogas ilícitas.

Com o fito de atender a esse objetivo, tornou-se pertinente realizar uma abordagem interdisciplinar destinada à busca de parâmetros teóricos estabelecidos pela Ciência jurídica, atrelando o Direito Penal ao Constitucional, à Antropologia, às Ciências sociais, à Criminologia e às Políticas Públicas. Deve-se ressaltar que a diversidade de referenciais disciplinares não afeta a coerência do trabalho, mas ao contrário, reforça a validade de tais concepções cujos objetos podem ser devidamente correlacionados e harmonizados.

Ao invés de tecer considerações sobre os dispositivos legais vigentes, escolheu-se estudar as políticas públicas sobre drogas, estando a política criminal inserida nesse conceito, em virtude de ser essa a forma mais precisa para verificar quais as funções reais e não declaradas exercidas no controle e repressão ao tráfico e ao consumo das substâncias proibidas. Essa compreensão é imprescindível diante da complexidade do tema e, igualmente, serve para a avaliação sobre as medidas estatais, vistas a partir de uma perspectiva crítica e desconstrutiva de conclusões dogmáticas restritas.

A metodologia adotada consiste na pesquisa bibliográfica de textos doutrinários de autores nacionais e estrangeiros, bem como na consulta de decisões jurisprudenciais dos Tribunais Superiores do Brasil e da Argentina. Com a finalidade de abranger maior quantidade e qualidade de dados sobre a realidade, foi realizada no início do ano de 2010 pesquisa empírica, momento em que a autora coletou dados oficiais diretamente nos órgãos públicos encarregados de executarem as políticas de saúde pública de drogas ilícitas no estado de Alagoas e no município de Maceió.

A presente dissertação está organizada em seis capítulos: os dois primeiros focam o exclusivamente tráfico de drogas ilícitas, enquanto os três últimos tratam de aspectos relativos ao consumo. O terceiro capítulo figura como uma ponte entre esses dois marcos em razão de tratar da problemática do bem jurídico protegido pelas aludidas condutas delituosas.

A temática central abordada no primeiro capítulo é o processo de criminalização do tráfico de drogas ilícitas. Nessa oportunidade, os precedentes históricos serão colacionados para a demonstração dos estigmas produzidos pela interferência penal na comercialização de substâncias tornadas proibidas. Contextualmente, indicar-se-ão argumentos para identificar se há aproximação entre ordenamento jurídico brasileiro e o modelo de direito penal do inimigo.

No segundo capítulo, dedicou-se ao confronto entre as novas funções do direito penal e a efetividade de suas respectivas medidas, principalmente no que diz respeito ao combate dos novos riscos surgidos no período conhecido como pós-modernidade. Para demonstrar a iniquidade das tarefas realizadas ao sistema penal, enfatizar-se-á o papel da dignidade da pessoa humana e do mínimo ético como critérios para a legitimação de condutas subculturais, que sofrem reprimendas mesmo sem comprometerem o conteúdo ético dos direitos alheios. Nesse passo, apresenta-se uma proposta de universalização conceitual do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana influenciada pela teoria do reconhecimento e da formação do consenso, levando em consideração a multiplicidade cultural nas sociedades contemporâneas.

Em seguida, o capítulo terceiro traz a problemática do enfoque da dogmática penal tradicional no conceito de bem jurídico coletivo, assunto de extrema relevância para a compreensão da saúde pública como objeto da tutela dos delitos de perigo abstrato tipificados na Lei 11.343/2006.

A partir desse momento, poderá se observar que os demais capítulos tratarão especificamente das políticas públicas dirigidas ao consumidor de drogas ilícitas. De tal sorte, o quarto capítulo trará considerações críticas sobre o processo de criminalização do uso de substâncias ilícitas e a instituição da justiça terapêutica, demonstrando como a ideologia, a

pressão internacional e as noções advindas do senso comum influenciaram a formação da política criminal brasileira.

No quinto capítulo serão propostas soluções alternativas à despenalização do porte para o consumo próprio, conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, consideradas mais apropriadas à Ordem Constitucional brasileira. Nesse momento, realizar-se-á um estudo de direito comparado envolvendo as jurisprudências da Suprema Corte da Argentina e do Superior Tribunal Federal brasileiro.

Ao final, explitar-se-ão quais as políticas públicas de saúde mental vinculadas ao SISNAD (Sistema Nacional de Política Sobre Drogas) enfocando a realidade do estado de Alagoas e do município de Maceió. Dentro dessa temática, será discutida a possibilidade de controle judicial das práticas administrativas que restringem o acesso ao tratamento médico extrahospitalar.

1 OS ESTIGMAS NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO DAS CONDUTAS RELACIONADAS AO TRÁFICO DE DROGAS TORNADAS ILÍCITAS

Para melhor avaliar os motivos que provocaram a criminalização das condutas relativas ao tráfico de entorpecentes, é imprescindível proceder à análise das principais normas jurídicas brasileiras a respeito do assunto, associando-a aos aspectos históricos e tendências políticas que nortearam a respectiva positivação.

1.1 Análise sobre a situação legal brasileira quanto ao comércio de substâncias entorpecentes no início do Século XX e influência da comunidade internacional no conteúdo proibitivo das normas penais vigentes anteriores à Lei n.º 6.368/1976.

Inicialmente, verifica-se que a doutrina nacional¹ atribuiu às Ordenações Filipinas o mérito de ter tratado sobre drogas ilícitas, pela primeira vez na história brasileira, em seu título LXXXIX, que prescrevia “que ninguém tenha em caza (*sic*) rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso.” Contudo, percebe-se que esse dispositivo não se referia ao sentido adotado na legislação vigente, pois havia maior preocupação com o possível envenenamento dos consumidores e não propriamente com sua ebriedade.

O Código Criminal do Império nem sequer fez menção ao uso de entorpecentes ou venenos, apesar de que, naquela mesma época, foi disciplinada com a edição do Regulamento de 1851 a política sanitária e a venda de substâncias medicinais e medicamentos. O Código Penal de 1890 também não regulou o uso de entorpecentes e drogas ilícitas seguindo os moldes atuais, limitando-se a dispor que seria crime “expor a venda ou ministrar substâncias venenosas se, legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários.” Isso se afirma porque o referido delito tinha como bem jurídico protegido a tranquilidade pública e não a saúde pública.

Como se observa, até o início da vigência do Código Penal de 1890 a figura típica seria, na verdade, o comércio de substância proibidas contidas em medicamentos ou substâncias venenosas. Por esse motivo, pode-se afirmar que o legislador brasileiro ainda não tinha adotado um posicionamento punitivo quanto ao comércio ilícito de drogas ilícitas cujo uso tivesse como finalidade atingir a embriaguez.

¹ Referência a Salo de Carvalho e a Vicente Greco Filho.

Não somente no Brasil, como nos demais países ocidentais, o processo de criminalização de produtos que contivessem substâncias psicoativas apenas se iniciou no século XX.

A gênese da criminalização das drogas teve como marco jurídico a Conferência de Xangai em 1909, elaborada com o fim das Guerras do Ópio travadas, principalmente, entre a China em face da Inglaterra, França e Portugal. Tal conferência foi promovida com apoio dos Estados Unidos e reuniu países colonialistas como Inglaterra, França, Alemanha, Holanda e Portugal. Dois anos depois, foi realizada a primeira Conferência Internacional do Ópio que resultou na Convenção de Haia firmada em 1912, mas somente entrou em vigor em 1921, depois da I Guerra Mundial².

Com o surgimento da Sociedade das Nações foram realizadas outras cinco conferências, com destaque para o Acordo de Genebra de 1921 que possibilitou a efetivação de alguns dispositivos da Convenção de Haia, a Conferência de Bangkok de 1931 e outra Convenção feita novamente em Genebra. Todos esses acordos contribuíram para a ampliação do conceito de droga ilícita e também para formalizar o comprometimento dos estados-partes no combate ao tráfico internacional³.

No Brasil, o marco inicial da repressão ao tráfico de drogas ilícitas, como hoje são conhecidas, ocorre com a edição do Decreto n.º 891/1938, que foi inspirado nos ditames inseridos na Convenção de Genebra de 1936. Este decreto continha a relação das substâncias consideradas entorpecentes, bem como estabelecia regras restritivas quanto à produção, tráfico e consumo de tóxicos. Inaugurou, ainda, capítulo referente à internação e interdição de toxicômanos⁴.

O Decreto n.º 891/1938 foi alterado em sua parte geral pelo Código Penal de 1940, que em seu art. 281, trouxe a figura típica denominada como “comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes” consagrando a saúde pública como bem jurídico protegido⁵. As penas eram de reclusão de um a cinco anos cumulada com multa, subsistindo

² GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 31

³ GRECO, op. cit., p. 31

⁴ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 13.

⁵ Eis o texto original do art. 281 do Código Penal de 1940: “art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

figuras qualificadas quando o agente fosse profissional da saúde (médico, dentista, farmacêutico). Interessante ressaltar que, dentro deste dispositivo, encontrava-se à criminalização da instigação ou indução ao uso, incluindo a permissão de uso de propriedade para que o agente ou outrem consumissem a substância proibida.

O Estatuto Repressivo de 1940 teve sua redação alterada pela Lei n.º 4.451/1964 que incluiu no rol de condutas tipificadas o núcleo “plantar”, criminalizando a produção de matéria-prima considerada como substância entorpecente, fosse ela destinada ao pronto consumo ou ao beneficiamento.

Até então, entendia o Superior Tribunal Federal que, em face ao princípio da taxatividade, o artigo 281 do Código Penal prescrevia a punição exclusivamente da pessoa que vendia substâncias entorpecentes e, portanto, não seria criminalizado o consumo.⁶ Quatro anos depois, o dispositivo sofreu nova mudança resultante do Decreto-Lei n.º 385/1968 que modificou o nome do tipo objetivo para “comércio, posse ou facilitação destinadas a entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica” como forma de anunciar a penalização do consumo de drogas ilícitas. Nesse momento, as condutas dos traficantes e dos usuários eram equiparadas de forma que a ambas eram cominadas a pena de reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país.

Em 22 de outubro de 1976, foi publicada a Lei 6.398 que revogou o art. 281 do Código Penal, passando a regulamentar questões de direito material e processual envolvendo o tráfico de drogas. Interessante destacar que, nessa ocasião, instituiu-se o Sistema Nacional Antidrogas que, nos moldes do atual SISNAD, destinava-se a orquestrar ações preventivas e repressivas nos âmbitos federal, estaduais e municipais. A própria redação legal do art. 3º da mencionada lei serve para consolidar o binômio traficante-usuário, que mudou o sistema de diferenciação de tratamento penal para traficantes e usuários. Apesar de reconhecer a necessidade de criações de políticas de saúde para promover a recuperação dos consumidores,

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que: I - Instiga ou induz alguém a usar entorpecente; II - utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente; III - contribua de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos”.

⁶ CARVALHO. Op. cit, pp. 17-18

o legislador insistiu na criminalização da conduta dos mesmos, inclusive sujeitando-os à pena privativa de liberdade⁷.

De acordo com a Lei n.º 6.398/76, primeiramente, observa-se que o tipo objetivo descrito no art. 12 seria um crime de ação múltipla em razão de abranger diversos verbos como núcleo do tipo, a saber: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer (fornecer ainda que gratuitamente) ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar. A técnica legislativa utilizada revela a preocupação não só com o comércio de substâncias proibidas, como também reprova a entrega gratuita, contemplando condutas que, atualmente, poderiam ser enquadradas como tráfico entre amigos⁸. Nos parágrafos do referido dispositivo são previstos condutas do produtor, seja este o que detenha matéria-prima destinada à produção de drogas ilícitas, seja aquele que cultiva plantas cujo composto esteja no rol de vedações. Ainda, eram equiparadas ao tráfico de drogas, as condutas de quem: instiga, auxilia ou induz outrem ao consumo; utiliza ou deixa outros fazerem uso de local para consumo ou tráfico; e, finalmente, contribui para incentivar ou difundir o uso ou o tráfico de substâncias proibidas.

Vale dizer que todos os comportamentos citados eram apenados com reclusão de três a quinze anos cumulada ao pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa, pena que é superior a crimes de resultado de alta gravidade como lesão corporal nas formas gravíssima (reclusão de dois a oito anos) e seguida de morte (reclusão de quatro a doze anos), roubo (reclusão de quatro a dez anos). Dessa forma, conclui-se que a maior reprovação daquele que pratica o tráfico de drogas não estava respaldada pela gravidade da ofensa, posto que é crime de perigo abstrato. Nesse viés, está evidenciada a desproporcionalidade das penas entre as condutas identificadas como tráfico e os mencionados crimes de dano contra a incolumidade física e patrimônio.

É interessante comparar, igualmente, as penas do tráfico com a de outros crimes, tratados no Código Penal, cujo bem jurídico ofendido também seja a saúde pública – especificamente, a saúde dos potenciais consumidores - como é o caso dos crimes de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (reclusão de dez a quinze anos e multa), emprego de processo proibido ou de substância não permitida (reclusão de um a cinco anos e multa) e comercialização de substâncias nocivas à saúde pública (detenção de um a três anos e multa).

⁷ O processo de criminalização da conduta dos usuários de drogas tornadas ilícitas será estudado em capítulo posterior.

⁸ O tráfico entre amigos é a figura típica prevista no art.33, §3º da Lei n.º 11.343/2006.

Enquanto no primeiro exemplo, há correspondência entre as penas se comparadas às do tráfico, nos dois últimos, especialmente, na comercialização de substâncias prejudiciais à saúde, observa-se uma notável desproporção entre as margens punitivas.

Para entender essas especificidades, é necessário examinar como a política criminal sobre drogas foi construída no Brasil no mencionado período histórico. A partir daí, poder-se-á entender as escolhas legislativas e, igualmente, os motivos para a superação de paradigmas pela Lei 11.343/2006.

1.2 A Lei n.º 6.368/1976 como expressão nítida da incorporação das influências político-criminais internacionais no combate e repressão ao Tráfico: consolidação de uma política rigorosa de combate ao tráfico e ao uso de drogas ilícitas.

A Lei n.º 6.368/1976 representou o marco legislativo da adoção do modelo médico-jurídico no tratamento das questões criminais afetas às drogas ilícitas, principalmente porque trabalha pormenorizadamente a distinção entre traficante e usuário, reproduzindo os esteriótipos criminológicos.

Muito embora não houvesse altos índices de consumo de drogas no Brasil na época em que o referido diploma legal entrou em vigor, foi adotado um sistema rigoroso de punição, em que ao crime de tráfico eram cominadas penas de reclusão de três a quinze anos, e pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias-multa. Aquele que portasse consigo drogas ilícitas para consumo pessoal poderia ser submetido à pena de detenção de seis meses a dois anos cumulada ao pagamento de vinte a cinquenta dias-multa.

No momento da subsunção entre a conduta cometida e o tipo objetivo a que esta se enquadraria, deveria o juiz verificar a natureza e a quantidade da substância apreendida, considerar em qual local e em que condições a ação foi praticada e, por fim, analisar as circunstâncias da prisão, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Os referidos parâmetros legais estavam expostos no artigo 37 da Lei n.º 6.368/76 e, é digno de nota, teve seu teor estigmatizante repetido no artigo 28, §2º da atual Lei n.º 11.343/2006 que se limitou a substituir a expressão “circunstâncias da prisão” por “circunstâncias sociais e pessoais”.

Entende-se que a avaliação judicial está condicionada a parâmetros que induzem a uma avaliação demasiadamente subjetivista, que impõe ao juiz recorrer a fatos que estão fora dos autos:

Os relatórios e processos dos agentes do sistema são bastante claros quanto a isso. São pouquíssimos os casos de análise do ponto de vista da droga em si. Em geral, os processos se relacionam às famílias “desestruturadas”, às “atitudes suspeitas”, ao “meio ambiente pernicioso à sua formação moral”, à

“ociosidade”, à “falta de submissão”, ao “brilho no olhar” e ao desejo de status “que não se coaduna com a vida de salário mínimo”.⁹

Nos termos da referida lei, o pequeno traficante seria enquadrado no mesmo dispositivo de um grande comerciante e, por conseguinte, a diferença na quantidade de pena fixada em concreto dependeria da avaliação judicial das circunstâncias do art. 59 do Código Penal. O que se evidenciou na prática foi a identificação de ambas as situações, constatando-se a aplicação de penas severas em ambos os casos, causando um “hiato de criminalização”¹⁰.

A rigidez estabelecida na Lei n.º 6.368/76 no tocante à cominação das penas para o tráfico, que eram superiores a crimes contra a integridade física, agradava ao modelo ditatorial e também permitia o controle de indivíduos considerados indesejáveis pelos detentores do poder: eram eles “jovens urbanos e populações específicas (como caiçaras e pescadores)”¹¹. Como a repressão incrementa os lucros da atividade ilícita, surgem organizações criminosas especializadas no tráfico internacional, como é o caso do comando vermelho que ingressou no perigoso negócio na década de 80 e assumiu o controle dos morros cariocas¹². A conquista do poder nos mencionados setores periféricos da sociedade carioca pode ser explicada pela ausência de medidas assistenciais por parte do Estado, como também por falhas nas estratégias de segurança pública.

Apesar de algumas superações, a política criminal de drogas consolidada na Lei n.º 6.368/76 perpetua-se no sistema jurídico devido à sedimentação do discurso que ultrapassa os limites daquele texto normativo para alcançar as práticas estatais. Para demonstrar essa assertiva, serão estudados a seguir os movimentos criminológicos que informam a política criminal brasileira e como eles repercutem na legislação vigente.

1.3 Avaliação da política criminal incorporada nas inovações trazidas pela Lei n.º 11.343/2006 no tocante às medidas de exceção e às novas formas de punição.

Conforme ensina Salo de Carvalho, a base ideológica embasadora na Lei 11.343/2006 assenta-se sobre as propostas de três movimentos: Lei e Ordem, Ideologia da defesa social e Ideologia da Segurança Nacional¹³, destacando-se este último que se relaciona intimamente com o direito penal do inimigo, tema a ser tratado a seguir.

⁹ BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 135.

¹⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal das drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29.

¹¹ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. São Paulo: desatino, 2003, p. 79.

¹² RODRIGUES. Op. cit., p. 81.

¹³ CARVALHO. Op. cit., p. 31.

O Movimento de Lei e Ordem possui raízes norte-americanas como expoentes da resistência à contracultura que se opunha aos valores cristãos e morais¹⁴ dos americanos brancos. O crime, nessa esteira, é visto como uma doença social que se alastra facilmente, gerando medo e insegurança. O direito penal máximo surge, então, como instrumento salvador da sociedade que legitimará o seu excessivo rigor por um discurso de emergência.

A política criminal da tolerância zero, nascida em 1982 com a “teoria das janelas quebradas” nos EUA, corrobora o discurso do movimento Lei e Ordem, pois se assenta na idéia de que qualquer infração penal, por menos grave que seja, não pode ser tolerada sob pena de se disseminar uma sensação de anomia. Inspirados nessa idéia, as autoridades norte-americanas passaram a adotar a postura do *stop and frisk* de forma que abordavam suspeitos para revistá-los na busca de drogas¹⁵, prática disseminada hoje no Brasil, principalmente nas comunidades periféricas.

Já a ideologia da defesa social pauta-se sobre princípios ideológicos burgueses segundo os quais o Estado seria o único legitimado para o controle social da criminalidade (princípio da legitimidade), sendo que o delito seria representado como um dano e o delinqüente como um elemento disfuncional (princípio do bem e do mal). Como pressuposto para o referido modelo, a sociedade seria encarada como uma totalidade de valores e interesses, entendidos de forma abstrata e ahistórica¹⁶. Em decorrência dessas características, o modelo de defesa social, o qual procura conciliar as funções repressivas e preventivas da pena, é apontado como norte na reforma das instituições de controle social penal. Ademais, a adoção desses parâmetros se concatena com a aproximação dos moldes funcionalistas do direito penal do inimigo, na medida em que fundamentam a criação de “estatutos penais behavioristas anti-secularizados”¹⁷ universalizáveis e seguros, em virtude de seu suposto caráter científico¹⁸.

Finalmente, a Ideologia da Segurança Nacional tem vários pontos em comum com a Defesa Social, especialmente, no que diz respeito à visão maniqueísta da realidade. Embora o Movimento de Segurança Nacional tenha sido inspirado na bipolaridade decorrente da Segunda Guerra Mundial, suas idéias repercutem no âmbito interno do Estado de forma que buscam legitimação para medidas de exceção típicas de uma guerra. Tais medidas se

¹⁴ CARVALHO. Op. cit., p. 42.

¹⁵ SHECARIA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 17, n.º 77, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 261- 280, mar./abr., 2009, p. 266

¹⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro, Revan, 2002, p. 42

¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 2 e. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 102.

¹⁸ O movimento de defesa social é pautado sobre pretensões de validade comuns às Escolas positivistas, tornando-se parte da filosofia da ciência do direito. (BARATTA. Op cit., p. 41)

coadunam com o discurso interno segundo o qual o Estado está em constante ameaça exercida por forças caóticas e, para repeli-las seria necessário um tratamento diferenciado e emergencial:

As engrenagens repressivas, emanadas a partir de conceitos vagos, mas com utilidade polícialca inominável (v.g. segurança nacional, inimigo interno e outros), moldam intervenções punitivas que invertem os postulados legitimadores do Estado de direito, pois assentadas na coação direta exercida por três sistemas penais repressivos distintos: o formal, o administrativo e o subterrâneo.

Mesmo após o período ditatorial, os referenciais teóricos persistem no sistema penal brasileiro que deve conviver com antigos ranços, malgrado tenha sofrido notáveis avanços no campo da proteção dos direitos humanos e fundamentais. Nesse passo, o maior desafio na análise da lei 11.343/2006 é a separação entre as tendências proibicionistas e as normas garantistas que convivem paradoxalmente no mesmo ordenamento jurídico. Isso se diz porque no mesmo capítulo em que se consagram garantias processuais penais, impede-se a concessão de benefícios como a liberdade provisória com fiança, a graça e a anistia para o tráfico de drogas, que é considerado equiparado a crime hediondo. Ao permitir expressamente o incremento da repressão, a Constituição serviu como fundamento para que o legislador infraconstitucional vedasse a conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito, assim como impedisse a concessão de liberdade provisória. Atualmente, ambas as questões estão sendo discutidas no Supremo Tribunal Federal que deverá decidir sobre a constitucionalidade dessas previsões legais¹⁹.

Entendidas as influências ideológicas, torna-se possível analisar a política criminal consagrada na Lei atualmente vigente. Em que pese tenha experimentado pontuais avanços como a criação de causa de diminuição de pena – o chamado “tráfico privilegiado” - a Lei n.º 11.343/2006 manteve-se fiel a ideologia já consolidada no diploma revogado. Nesse viés, pertinente destacar que

O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para os usuários e dependentes, manifesta a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da

¹⁹ No HC n.º 97.256/RS e HC n.º 101205 / RS, a Primeira Turma do STF julgou constitucional o artigo 44 da Lei 11.343/2006, que trata da vedação da conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito mesmo em face da garantia de individualização da pena. Os acórdãos ressaltam que se fosse o caso de se aplicar a Lei n.º 6368/76, a conversão seria acatada devido ao fato de que a vedação apenas seria possível nos crimes que envolvessem violência ou grave ameaça contra pessoa. Quanto à liberdade provisória, há jurisprudência no STF sustentando a legitimidade da vedação prevista no art. 44 da Lei 11.343/2006, a exemplo do HC 104845/SP, HC 104155/MG HC 100513/MT. Contudo a questão foi recentemente enquadrada nas hipóteses de repercussão geral (RE 601384 RG/ RS), sem haver ainda julgamento do mérito até o momento da entrega do trabalho.

pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstêmicas²⁰.

Em breves palavras, a dicotomia no tratamento jurídico estabelecida entre usuário/dependente e traficante reforçam a retórica do discurso do inimigo, a qual estabelece a maior reprimenda possível para este último ao lado de medidas sanitaristas para os primeiros. Em qualquer um dos casos, a finalidade almejada é, simplesmente, a neutralização de um mal, o que remete o leitor ao tópico seguinte, em que se trata justamente do direito penal do inimigo.

1.4 Estigmatização do traficante e Direito Penal do Inimigo: correlação entre o tráfico de drogas ilícitas e o terrorismo, as Organizações Criminosas e a violência social.

Inicialmente, torna-se necessário esclarecer que não há, atualmente, pretensão doutrinária no sentido de fixar os critérios ou as características essenciais capazes de fornecer uma definição imutável de inimigo no âmbito do Direito Penal e das Ciências afins. Nesse viés, a doutrina moderna estabeleceu tranquilo consenso a respeito da impossibilidade de conceituação do inimigo, eis que as matizes a esse atribuídas variam de acordo com o momento histórico vivenciado.

Diante desse contexto, é possível afirmar que o conceito de inimigo da sociedade é resultado de um processo histórico, sendo influenciado sobremaneira pelos interesses políticos e econômicos vigentes na sociedade em um dado espaço de tempo. Essa assertiva está embasada em dados históricos que influenciaram as diversas concepções filosóficas ou até pretensamente científicas²¹ ao longo dos séculos.

Em cada uma dessas épocas, o detentor do poder punitivo tentava respaldar essa diferenciação entre os seres humanos através de discursos legitimadores acompanhados de instrumentos legais e estruturais capazes de conter, mesmo que aparentemente, a conduta daquele indivíduo ou povo considerado inimigo.

O estudo da identificação do inimigo e principalmente do tratamento diferenciado a ele dirigido é denominado de direito penal do inimigo. Quanto a apreciação da nomenclatura utilizada, já alertava Jakobs que a expressão “direito penal do inimigo”²² não representa

²⁰ CARVALHO, Salo de. **A política criminal das drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 71.

²¹ Referência ao nazismo e facismo que se apoiaram numa pretensa ciência positivista para respaldar as atrocidades cometidas durante o governo ditatorial.

²² Interessante ressaltar que na primeira vez em que Jakobs expôs o tema direito penal do inimigo, em 1985, objetivava criticar os preceitos jurídicos penais de forma ampla. Contudo, em 1999, o autor passou a defender a adoção do direito penal do inimigo como a melhor alternativa para lidar com delinquentes que praticavam delitos

necessariamente algo negativo ou pejorativo, já que o tratamento diferenciado pode estar embasado por normas jurídicas legítimas e necessárias criadas para situações emergenciais ou excepcionais²³.

Em rápida síntese sobre a construção do inimigo interno, impende-se destacar alguns fatos históricos que demonstram a influência do poder simbólico na estigmatização dos indivíduos apontados como inimigos.

Durante a Idade Medieval até os tempos Modernos²⁴, o discurso teocrático exercia notável poder sobre as sociedades feudais e impérios pertencentes à civilização ocidental. De acordo com o que era pregado, o inimigo era Satã que se manifestava por meio da possessão maligna de loucos e bruxas. Utilizava-se a imposição do medo derivado de ameaças metafísicas, cósmicas e apocalípticas para legitimar a ação dos Tribunais da Inquisição, que não somente julgavam e condenavam bruxas como também inimigos do poder político, apontados como hereges ou dissidentes²⁵.

Com a ascensão da classe burguesa revolucionária, seguida pela consolidação da fase do capitalismo mercantil, passou a se observar duas novas propostas de inimigos. A primeira delas tratou de incluir os cidadãos que ficaram à margem do novo sistema de produção, enquanto a segunda proposta abrangeu as populações originárias das colônias européias, consideradas como raças inferiores. A partir do momento em que se fortificou o capitalismo, houve um notável crescimento das cidades acompanhado também do surgimento de problemas sociais associados à grave desigualdade social.

A esse respeito, Zaffaroni aponta para a permanente tendência de repressão penal plural que consistiria na consolidação de um regime jurídico que buscava a eliminação física dos delinqüentes que praticavam crimes graves (chamados de patibulários) e dos dissidentes, que seriam aqueles reincidentes constantes na prática de delitos de menor gravidade. Após o aumento da concentração urbana, os marginalizados, vistos como indesejáveis, já não poderiam mais ser dizimados, mas apenas neutralizados²⁶, uma vez que seu trabalho era necessário e pouco custoso para os detentores do poder²⁷.

graves tais como o terrorismo. (MORAES, Vinícius Borges de. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, n.º 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 9-34, setembro-outubro de 2008, p.12)

²³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções Críticas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 22.

²⁴ O período mencionado compreende, mais especificamente, o século XVI, após a queda do Império Romano, até o final da Inquisição no século XIX com a ascensão definitiva da Burguesia.

²⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. 2007. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 33-34.

²⁶ Segundo Zaffaroni, a neutralização consistia em submeter os indesejáveis a processos demorados, aplicando-lhes medidas cautelares como custódia provisória ou determinando a deportação, que teria substituído o

Nas colônias Européias, o poder punitivo era embasado no discurso tendente a difundir a eliminação das populações americanas locais com a finalidade de destruir os costumes e organização social dos povos indígenas. Consequentemente, os colonizadores eram autores de um verdadeiro genocídio que tinha por finalidade maior o interesse econômico de explorar os potenciais produtivos e extrativistas das colônias e, principalmente, comercializar mão-de-obra escrava²⁸.

Interessante salientar que na América Latina o poder punitivo se estruturou de forma peculiar. Em meados do século XIX, após a declaração de independência política das antigas colônias européias, principalmente das localizadas na América do Sul, os governos oligárquicos locais sancionaram as primeiras constituições e leis penais idealizados a partir de princípios liberais. Entretanto, os governos republicanos foram logo substituídos por populismos. Nesse ponto, constata-se que as legislações passaram a adotar influências européias caracterizadas principalmente pelo protecionismo e nacionalismo.²⁹

Como os populismos não apoiavam os interesses norte-americanos, logo trataram de incentivar os golpes de Estado que culminaram na instalação de fortes ditaduras e regimes militares. Nesse momento, considerava-se inimigo todos os integrantes dos grupos minoritários que pudessem representar ameaça ao domínio do poder. Aos dissidentes se concediam duas formas de punição: a primeira, chamada de sistema penal paralelo, consistia nas detenções administrativas embasadas em situações de guerra ou circunstâncias excepcionais; a segunda, conhecida como sistema penal subterrâneo, era o uso de instrumentos ocultos destinados à eliminação dos inimigos por desaparecimento forçado ou execução³⁰.

Dentro desse mesmo contexto histórico, convém ilustrar a notável influência norte-americana exercida sobre os países sul-americanos com a imposição da política criminal transnacional de combate às drogas ilícitas. Pregava-se que o tráfico de substâncias entorpecentes ilícitas representava uma ameaça à segurança nacional.

De tal sorte, o traficante era retratado como inimigo numa percepção maniqueísta da realidade: o discurso penal norte-americano associava o traficante de drogas à imagem bem constituída do inimigo externo, qual seja o comunismo e os imigrantes ilegais.

recrutamento e as galés quando estes não seriam mais interessantes pela necessidade de profissionalização do exército e uso de máquina a vapor. (ZAFFARONI. Op. cit., p. 44 e 45)

²⁷ ZAFFARONI. Op. cit., pp. 35 - 36.

²⁸ ZAFFARONI. Op. cit., p. 35.

²⁹ ZAFFARONI. Op. cit., p. 49 a 51.

³⁰ ZAFFARONI. Op. cit., p. 50 a 51.

Em face da importância dessa temática, o influxo do discurso repressivo assentado nos EUA será relacionado às formas de etiquetamento de traficantes utilizadas no Brasil com o intuito de determinar a extensão da influência daquele modelo na política criminal nacional.

1.4.1 A influência norte-americana na consolidação do discurso oficial brasileiro: táticas de etiquetamento do traficante.

A articulação internacional de países soberanos em torno da cooperação no combate ao tráfico ilícito de drogas é antecedida do recrudescimento do tratamento jurídico conferido aos mesmos na maior potência mundial, os Estados Unidos da América. Dentre os pontos a serem destacados da política criminal interna norte-americana, certamente, o mais importante é o discurso de estigmatização do traficante de drogas. Este indivíduo não é mais visto como pessoa, tornando-se indissociável do estereótipo difundido pelas instâncias de poder.

Desde a aprovação do *Harisson Narcotic Act* em 1914 é percebido o afastamento entre Estado e seu mercado oficial em relação aos indivíduos que consomem ou fazem parte da comercialização de drogas ilícitas.³¹ A mencionada lei é o marco inicial do tratamento rígido conferido aos traficantes e usuários de drogas: aos primeiros eram atribuídas penas rigorosas, devido a sua periculosidade, enquanto os últimos eram vistos como doentes e, portanto, deveriam ser tratados compulsoriamente.

A partir dessa transformação, percebe-se o incremento na utilização de rótulos bem demarcados e difundidos podem ser estudados no âmbito das teorias criminológicas da reação social, com ênfase ao *labelling approach*. Vale dizer que, nos Estados Unidos, a imagem do traficante e dos usuários era frequentemente relacionada a práticas culturais identificadas arbitrariamente como características de grupos sociais marginalizados e imigrantes:

Os chineses, vindos em larga escala para trabalhar na construção das estradas de ferro no oeste dos EUA, trouxeram o hábito de fumar ópio e a esse psicoativo foram ferrenhamente associados. A maconha era considerada, em princípios do século XX, droga de mexicanos, grupo visto pelos brancos estadunidenses como indolentes, preguiçosos e, por vezes, agressivos. Aos negros, parcela da população lançada em miseráveis condições de vida, atribuíam-se o uso da cocaína, prática que supostamente os tornava sexualmente agressivos. Finalmente, o álcool era percebido como uma droga que era abusada pela comunidade de imigrantes irlandeses [...] essas comunidades eram tidas pelo cidadão norte-americano branco, protestante e de origem anglo-saxônica como entidades exógenas, estranhas e de hábitos perigosos, que traziam venenos e disputavam empregos com aqueles estabelecidos na América há gerações.³²

³¹ ZACCONE, Orlando. **Os acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p.81 .

³² RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. São Paulo: Desatino, 2003, p. 31;

Aqueles que integrassem essa parcela marginalizada estavam “marcados” em razão dos esteriótipos, mesmo que efetivamente não correspondessem a descrição respectiva e nem tampouco possuíssem relação alguma com o comércio e consumo das substâncias proibidas. Com a suposta justificativa de reprimir as condutas criminalizadas, as abordagens policiais eram mais rigorosas, pois o combate intensivo dos indivíduos rotulados como anormais e perigosos era necessário para vencer a guerra ao narcotráfico.

Enfatizando as estratégias estatais já consolidadas, no ano de 1919, surge a famosa Lei Seca – reafirmada pela 18ª emenda à Constituição norte-americana³³ - que proibia atos comerciais envolvendo bebidas alcoólicas, visando diminuir o consumo desses produtos. Contudo, essa proibição foi considerada contraproducente porque incentivou o crescimento do mercado ilícito e o enriquecimento de organizações criminosas.

Quatro anos após a revogação da lei, surge o *Marijuana Tax Act* de 1937 que proibiu o cultivo e o tráfico de maconha o que para muitos representou o marco na estigmatização dos imigrantes mexicanos que representavam uma alternativa menos onerosa em relação à mão-de-obra de cidadãos americanos³⁴.

Em 1966, foi aprovado o *Narcotic Addict Rehabilitation Act* instituiu a Justiça Terapêutica que atribuía ao consumidor uma medida de segurança. A partir desse momento, proliferava-se no ideário norte-americano a noção de países consumidores e países produtores. Estes últimos deveriam assumir a responsabilidade pelos danos causados aos primeiros, o que acabou “colocando Estados e regiões do então Terceiro Mundo como agressores e os Estados Unidos na posição de vítimas”³⁵.

Essa visão distorcida sobre as responsabilidades da proliferação das drogas ilícitas foi essencial para a consolidação de um modelo de guerra permanente envolvendo traficantes e

³³ Segundo o texto original da 18ª emenda à Constituição norte-americana: “AMENDMENT XVIII: Passed by Congress December 18, 1917. Ratified January 16, 1919. Repealed by amendment 21. Section 1. After one year from the ratification of this article the manufacture, sale, or transportation of intoxicating liquors within, the importation thereof into, or the exportation thereof from the United States and all territory subject to the jurisdiction thereof for beverage purposes is hereby prohibited.” Disponível em: http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_amendments_11-27.html. 08/09/2010

Tradução livre: 18ª Emenda: aprovada no Congresso em 18 de dezembro de 1917. Ratificada em 16 de janeiro de 1919. Repelida pela 21ª emenda. Seção 1. Depois de um ano a partir da ratificação desse artigo a produção, venda ou transporte de bebidas intoxicantes dentro da importação ou exportação envolvendo os Estados Unidos e todo seu território de sua jurisdição com propósito de bebidas é proibida.

³⁴ RODRIGUES. Op. Cit., p. 84.

³⁵ RODRIGUES. Op. Cit., p. 43.

autoridades policiais, que Salo de Carvalho denomina como “modelo genocida de segurança pública”³⁶.

Omitia-se, propositalmente, que mesmo nos países ditos consumidores havia considerável produção de drogas ilícitas, principalmente das sintéticas assim como não havia preocupação com os crescentes índices de dependência nos países produtores e de trânsito. Essa estratégia também demonstra uma forma de etiquetamento, como também exhibe claramente uma atitude etnocêntrica e imperialista em relação aos países periféricos que estariam encarregados de promover medidas adequadas ao combate das atividades ocorridas em seus territórios a fim de impedir o ingresso de drogas nos países consumidores.

As teorias criminológicas sobre a reação social têm em comum o estudo das reações das instâncias estatais de controle em relação à criminalidade. Entende-se, em rápida síntese, que as instituições definem o que é crime e selecionam quem é o delinquente. Portanto, a teoria do *labeling approach*, como teoria da reação social, trata do processo de etiquetamento, ou seja, de definição do criminoso.

Para atender aos fins deste trabalho, utilizar-se-á das premissas oriundas da corrente criminológica do *labeling approach* cujo objeto de estudo é a formação da identidade desviante. Segundo Baratta, os seguidores dessa Escola criminológica dedicaram-se a observação dos “fumadores de maconha” nos Estados Unidos para definir de que forma as instituições sociais etiquetavam os indivíduos. Inicialmente, chegaram à conclusão de que a aplicação de pena a esses indivíduos acarretou na mudança de sua identidade social. Dessa forma, ao passar pelo sistema prisional, o sujeito transforma-se para assumir o papel de “criminoso”. Enfatadamente, sustenta-se que a primeira punição, decorrente da delinqüência primária, tem a potencialidade de mudar a identidade social do indivíduo visto que ele assimila os estigmas recaídos sobre ele. Nesse passo, o comportamento desviante, compatível com o novo papel social assumido, é praticado como forma “de defesa, de ataque ou de adaptação em relação aos problemas manifestos e ocultos criados pela reação social ao primeiro desvio.”³⁷

Daí se apreende que existe uma assunção do papel social de delinqüente como uma postura de auto-afirmação frente ao meio social. Se o meio define quem é o inimigo, logo produz um papel social. Entretanto, nem todos os delinqüentes serão inimigos porque poucos são selecionados pelos órgãos do sistema penal. Somente esses últimos que irão arcar com as

³⁶ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 22.

³⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 89

conseqüências penais de seus comportamentos, e o farão como se fossem verdadeiros anti-heróis. Isso pode ser observado com alguns casos emblemáticos, como o do famoso Fernandinho Beira-Mar, que já deu declarações no sentido de enaltecer seus atos e demonstrar seu poder de influência³⁸. Essas atitudes corroboram com a idéia dos criminólogos da reação social, justamente porque a conseqüência do etiquetamento é a aceitação do novo papel social como forma de se consolidar como pessoa dotada de relevância junto à sociedade.

Interessante perceber que a figura do traficante-inimigo reproduzida pelas instâncias de controle social não restringe aos “chefes locais do tráfico”, como no exemplo anterior, abrangendo também indivíduos de classes sociais desprivilegiadas com pouco poder político e econômico. Nessa esteira, a repressão ao tráfico perpassa pelo contexto de exclusão social na medida em que divulga a idéias de que tais indivíduos marginalizados seriam responsáveis pelos problemas de segurança pública, na medida em que se associavam para traficar drogas ilícitas.

Portanto, impende-se concluir que a ligação imediata entre traficante e organização criminosa pode conduzir a imprecisões cruciais. Muito embora a criminalidade organizada tradicionalmente se engaje no mercado ilegal de drogas, nem todos os indivíduos taxados como traficantes possuem a mesma importância na estrutura das aludidas organizações. Isso se afirma já que, não raramente, são processadas pessoas que se envolvem na rede de tráfico de forma eventual. Também é possível identificar na prática forense a existência de “clássicos personagens”, como a “mula” e o “aviãozinho”, cujos atores são substituíveis na estrutura da organização criminosa em face da natureza da atividade exercida.

Essa estratégia de indicar um grupo determinado como os causadores do mal encontra afago nos contextos de cooperação internacional, razão porque os países periféricos incorporaram o discurso e as medidas propostas pelos Estados Hegemônicos como forma de se inserirem e serem aceitos na comunidade internacional, respeitada a tendência de aceitação de um papel social por imposição externa.

Considerando a importância das conseqüências geradas pelo redimensionamento da premissa do etiquetamento envolvendo países soberanos, é imprescindível remeter o leitor ao tópico seguinte cuja temática é justamente a repercussão dos compromissos internacionais na formação da política criminal de drogas.

³⁸ Sobre o assunto, sugere-se as entrevistas dadas pelo reeducando a rede de TV Band News, disponíveis nos sites: <http://www.youtube.com/watch?v=DkGjQUM3H4w> e http://www.youtube.com/watch?v=_WuDtct81vU.

1.4.2 Repercussão das principais obrigações internacionais assumidas pelo Brasil no desenvolvimento da política criminal de combate ao tráfico de drogas ilícitas.

Convém tecer pertinentes comentários sobre as principais convenções sobre drogas aplicadas no Brasil, quais sejam a Convenção Única sobre Entorpecentes (Decreto n.º 54.216/1964), a Convenção sobre substâncias psicotrópicas (Decreto n.º 79.388/1977) e a Convenção contra tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas (Decreto n.º 154/1991).

Os tratados internacionais em matéria penal podem ser visto como instrumentos legais que impõe uma uniformização da produção normativa. Através deles, visa-se estabelecer condições aos sistemas penais de cada Estado-parte para que atuem na repressão de crimes que irradiem efeitos para além de seus territórios jurisdicionais. Por essa razão, as obrigações internacionais impõem a prática de cooperação no intercâmbio de informações e facilitação na investigação e, para tanto, desenvolvem-se normas comuns para regerem essas relações³⁹.

Interessante notar que nos aludidos diplomas não existe um conceito comum de drogas ilícitas e, por conseguinte, é possível encontrar em uma lista alguma substância que não esteja enquadrada em outra. Apesar dessa diferença, é possível identificar uma finalidade comum a todos os tratados, qual seja: a redução dos danos causados pelo tráfico ilícito e consumo de drogas.

Como tais normas jurídicas de direito internacional não correspondem a conceito ontológico de droga ilícita, pode-se afirmar, à primeira vista, que os critérios usados para proibir o consumo e comércio de certas substâncias possuem caráter ideológico. Nesse passo, identifica-se o papel do movimento criminológico da defesa social na definição do rol proibitivo em razão da tendência de subverter o caráter ideológico das escolhas legislativas que passam a integrar o objeto da criminologia.

Sinteticamente, pode-se afirmar que as convenções internacionais consolidam a solução proposta pela ideologia dominante porque apontam seus respectivos modelos como os únicos capazes de salvar os Estados da ameaça das drogas, mascarando as reais necessidades internas e desconsiderando as peculiaridades jurídicas e sociais de cada uma das partes. Destarte, demonstrar-se-á esse raciocínio partir da análise dos tratados em matéria de repressão ao tráfico de drogas.

³⁹ MACHADO, Maíra Rocha. As novas estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sistema de justiça criminal brasileiro. In: SLAKMON, Catharine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. (orgs). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria da Reforma do Judiciário, 2006, pp. 277-291, p. 277; 282.

A partir da convenção de Genebra consolidada em 1936, passou-se a exigir que os países signatários criassem entidades públicas especialmente incumbidas da repressão ao tráfico de entorpecentes. Tal compromisso é repetido na Convenção Única de Entorpecentes, em seu artigo 35, letra “a”. Portanto, observa-se que o número de exigências impostas pela política internacional apenas aumentaram e se dirigiram àquelas drogas produzidas pelos países periféricos, muito embora a maior parte do rol de substâncias proibidas seja produzida pela Indústria Farmacêutica.

Nesse passo, há que se observar que as maiores preocupações expressadas na Convenção Única sobre Entorpecentes estavam ligadas ao comércio internacional do ópio (artigos 24 e 25), da coca (artigos 26 e 27), da *cannabis* (artigo 28), drogas que eram produzidas nos países periféricos. Quanto à disciplina da luta contra o tráfico, já se estabelecia a necessidade de cooperação internacional no tocante às atividades policiais e judiciais que teriam por objetivo inibir a ação das organizações criminosas atuantes em âmbito internacional. Os Estados também se comprometiam a manter o rigor no tratamento penal conferido pela legislação interna.

Nesse ponto, vale dizer que a compatibilização das obrigações internacionais com os princípios e regras constitucionais foi apontada, em diversos trechos da aludida convenção, como requisito para a adoção das medidas repressivas. Obviamente, esse argumento não poderia ser utilizado para respaldar reservas quanto às obrigações mais gerais, como a organização de um plano nacional destinado a repressão do tráfico com designação de um serviço ou órgão para coordenar as atividades policiais e fiscalizatórias. A centralização dessas atribuições em um só ente seria útil principalmente para possibilitar as trocas de informação entre as nações, com a finalidade de cumprir a meta da convenção única que seria a cooperação internacional.

A partir da Convenção Única se inicia a difusão da “ideologia da diferenciação”, expressão usada por Rosa del Olmo para designar o modelo médico-jurídico que designava o traficante como perigoso e o consumidor como doente⁴⁰. Tal idéia passou a ser aceita a partir do momento em que indivíduos das classes médias e ricas tornaram-se usuários de drogas, enquanto os traficantes “marginais” seriam responsáveis pela degradação da sociedade. A esse respeito, a criminóloga afirma que “os culpados tinham de estar fora do consenso e ser considerados corruptores, daí o fato do discurso jurídico enfatizar na época o esteriótipo criminoso para determinar as responsabilidades”⁴¹.

⁴⁰ OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Rio de Janeiro: Revan, 1990 p.33

⁴¹ OLMO. Op. cit. p. 34.

A Convenção sobre substâncias psicotrópicas (Decreto n.º 79.388/1977), a partir de seu artigo 21, estabelece as principais diretrizes a serem tomadas pelas partes signatárias na elaboração de ações contra o tráfico ilícito de drogas. Interessante ressaltar que o teor da disposição da Convenção Única quanto ao respeito aos sistemas constitucionais, legais e administrativos internos foi mantido, inclusive se resguardando a competência interna para julgamento dos delitos praticados no respectivo território, conforme artigo 22, parágrafo 4.

Ainda subsistiram as obrigações consistentes na criação de repartição específica para coordenar as ações repressivas e na assistência internacional recíproca e dinâmica contra o tráfico ilícito entre os países e organizações internacionais. Quanto a essa última, estabeleceu o art. 22 do Decreto n.º 79.388/77 que o tráfico de drogas deveria ser considerado um delito grave e, portanto, passível de sanção adequada (a prisão ou outra penalidade privativa de liberdade), enquanto ao crime de consumo fosse cominada punição alternativa ou complementar à prisão, medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social.

Entende-se que a grande adesão dos países a tais documentos internacionais mostrou-se ineficaz na retração do mercado ilícito no âmbito dos países desenvolvidos, eis que foi necessária a elaboração da Convenção sobre substâncias psicotrópicas que serviu como instrumento destinado a consolidar a Convenção Única de Entorpecentes.

Nesse ínterim, destaca-se o papel do presidente norte-americano Richard Nixon para a difusão da política emergencista ao redor do mundo: ele encabeçou uma estratégia de publicidade apta a manipular a opinião pública que tinha como finalidade a eleição do traficante como o inimigo interno⁴². Salo de Carvalho cita um exemplo que foi bastante elucidativo na formação da assertiva formulada no texto:

Dentre as teorias destaca-se o Pacto de Pequim, tese segundo a qual a China estaria envenenando o Ocidente com heroína – ‘nas vinte e seis fichas referentes ao verbete tóxicos nos arquivos do Dops, a construção do esteriótipo está sempre presente’. Uma delas, de janeiro de 1973, intitula-se ‘Tóxico e Subversão’: é um documento oficial, um artigo sobre a toxicomania como arma dos comunistas. Citando Lênin, Mao e Ho Chi Min, atribui-se a disseminação do uso das drogas a uma estratégia para destruição do mundo Ocidental⁴³.

Observa-se que a Lei n.º 6.368/76 adere ao discurso norte-americano e, por conseguinte, ao modelo médico-punitivo, o que se demonstra pela compulsoriedade do tratamento do usuário e o rigor do tratamento dado ao traficante. Por isso, a legislação interna

⁴² CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 21

⁴³ CARVALHO. Op. cit., p. 22.

expressava um caráter militarizado tendo em vista que foi criada para enfrentar a guerra contra o tráfico.

Refletindo sobre a incorporação das exigências internacionais e do discurso repressivo, Rosa del Olmo e Vera Malaguti, ao longo de suas obras sobre drogas, convergem num ponto específico: a guerra ao narcotráfico não pertencia verdadeiramente às nações latinas. Isso quer dizer que os países latino-americanos foram incumbidos indevidamente da responsabilidade pelo aumento do consumo e pela gravidade de suas conseqüências sociais, principalmente, em razão da classificação internacional de países produtores e ou de trânsito de mercadoria ilícita. A assunção de papéis essenciais à guerra contra as drogas foi usada ainda como subterfúgio para outros interesses não declarados⁴⁴.

Atualmente, encontra-se em vigência a Convenção contra tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas (Decreto 154/1991) que logrou consolidar a política transnacional de repressão às drogas ilícitas. Uma das observações mais relevantes, no tocante à exposição de motivos, é que se estabeleceu uma conexão direta entre as organizações criminosas e o tráfico internacional de entorpecentes⁴⁵.

Maria Lúcia Karam defende que a Convenção de Viena sobre entorpecentes viola princípios e normas constitucionais com o escopo de incorporar determinadas tendências repressivistas, dentre as quais está a antecipação do momento criminalizador, que se dá por meio da tipificação de atos preparatórios como a associação e a confabulação para o tráfico. Nesses termos, a criminalização antecipada violaria o princípio da lesividade, que se apresenta como decorrência lógica da proporcionalidade a ser estabelecida entre a intervenção estatal e a ofensividade da conduta praticada⁴⁶.

Critica-se ainda a influência internacional em relação à nova lei de drogas - principalmente em se tratando de delitos praticados por indivíduos integrantes da criminalidade organizada - na medida em que as penas foram elevadas, de forma que seria

⁴⁴ A exemplo disso, diz-se que um dos motivos que levou o Brasil a fazer parte das primeiras convenções, no período do regime ditatorial, seria o fomento intervenções na liberdade privada sob pretexto de combate às drogas, que efetivamente buscavam inserir o indivíduo no sistema penal subterrâneo. Segundo Vera Malaguti, criminóloga responsável por extenso estudo estatístico sobre processos de tráfico envolvendo menores no Estado do Rio de Janeiro, no ano de 1973, observou-se o incremento nas reprimendas ao uso e ao tráfico de drogas, havendo notavelmente aumento na quantidade de processos, especialmente, aqueles iniciados por detenção em *blitze* e por delação, incluindo denúncias anônimas. BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 90.

⁴⁵ É o que se aduz da leitura do seguinte texto: “Reconhecendo os vínculos que existem entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas, a ele relacionadas, que minam as economias lícitas e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados [...]” (Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas promulgada pelo decreto lei nº 156/1991)

⁴⁶ KARAM, Maria Lúcia. Drogas e Redução de Danos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n.º 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 128-144, janeiro-fevereiro de 2007, p. 132.

possível que uma condenação por tráfico tivesse penas superiores ou equivalentes a uma sentença condenatória pela prática de homicídio. Além disso, percebe-se que foi incluído um extenso rol de circunstâncias qualificadoras, fato que evidencia o caráter extremamente proibicionista do diploma legal estudado⁴⁷.

O aludido Tratado ainda introduziu no Ordenamento Jurídico crimes como a instigação e a indução do uso de entorpecente em espaços públicos, gravames que foram utilizados na nova lei de drogas a fim de consolidar a tendência proibicionista internacional no país. Os instrumentos jurídicos considerados rígidos são respaldados pelo discurso penal, principalmente, pela idéia de que as leis anteriores já não serviam para o tratamento da atual forma de criminalidade: o crime organizado.

Na verdade, para entender a grande crítica a esses tratados internacionais, consistente na homogeneização de normas jurídicas, convém mencionar que a repressão ao tráfico está ligada ao movimento expansionista do Direito Penal. A expansão do Direito Penal contemporâneo, fomentada não só pela globalização econômica, como também pela integração nacional, abarca demandas com repercussão internacional principalmente quando relacionadas à delinquência econômica. Para conter os avanços dessa espécie de criminalidade, acredita-se ser imprescindível a instituição de normas jurídicas internacionais uniformes orientadas pela idéia de integração entre os Estados Soberanos⁴⁸.

A uniformização das normas a nível internacional subsidia a formação do direito penal da globalização, que é apontando como um instrumento de resolução de conflitos de natureza prática tendente a combater a criminalidade supranacional⁴⁹. De tal sorte, a Convenção de Viena se propõe a suprir as necessidades enfrentadas pelos diversos Governos nacionais com o sentido de imprimir eficácia às respostas jurídico-penais já existentes, bem como criar novos meios de controle e punição dessa espécie de delinquência⁵⁰.

É certo que as organizações criminosas, principalmente aquelas relacionadas ao comércio de drogas, atuam como verdadeiras empresas, que mantém relações tipicamente comerciais no que diz respeito ao fornecimento de produtos ao mercado consumidor. Teoriza-

⁴⁷ KARAM. Op. cit., p. 133.

⁴⁸ SÁNCHEZ, Jesus María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 76.

⁴⁹ SÁNCHEZ. Op. cit., p. 76.

⁵⁰ Quando se fala em delinquência econômica como marco do Direito Penal da Globalização, refere-se ao sentido amplo da palavra. Eis que não se está apenas abrangendo delitos que afetem a ordem econômica. Na verdade, o adjetivo “econômico” ora empregado se refere ao intuito de obter lucro. Assim, preocupa-se com aqueles delinquentes que exercem ou fazem parte de uma associação criminosa organizada hierarquicamente, dotada de poder econômico e até mesmo político, cuja principal finalidade é a captação de vantagens com valores significativos (SÁNCHEZ. Op. Cit., p.94).

se que os grandes empreendedores do mercado ilícito são pessoas que gozam de poder econômico e, por isso, conseguem ter acesso às instâncias estatais responsáveis pelo Controle Social, logrando inclusive corromper e intimidar agentes públicos⁵¹, o que se relaciona com o que se chama de *crimes of the Powerful*⁵².

A ação dessas organizações foi capaz de desestabilizar o mercado financeiro porque dificilmente são detectadas pelas instâncias de controle, o que se deve à agilidade e ao anonimato das operações, especialmente quando feitas por via da internet. Não se pode esquecer que o lucro derivado dos crimes perpetrados é protegido com a proliferação de paraísos fiscais e de centros financeiros *offshore*⁵³.

Malgrado o esforço na elaboração de um discurso simbólico para afastar a insegurança dos indivíduos, sabe-se que a estrutura das instituições de controle social no Brasil não está preparada para combater a delinquência econômica de maneira satisfatória. De tal sorte, as instâncias estatais enfatizam os aspectos simbólicos do direito penal através da criação de normas processuais e penais mais rígidas em detrimento do necessário investimento em medidas que importem o desbaratamento das organizações criminosas e a conseqüente responsabilização dos envolvidos, desde mulas até os chefes do tráfico.

Outrossim, atente-se que a uniformização da legislação não se restringe às normas a serem aplicadas em plano internacional, uma vez que as medidas de combate tendem a ser incorporadas no bojo do Ordenamento interno. Ocorre que cada país encontra-se em particular estágio histórico e cultural e, muitas vezes, não há uma preparação para a adoção dos modelos penais internacionais⁵⁴.

A uniformização do controle social a nível transnacional é viabilizada por meio da instituição de um código modelo, estabelecido com o objetivo de flexibilizar as fronteiras nacionais no campo econômico. Contudo, essa homogeneidade é criticável posto que ao delito seria atribuído um caráter ahistórico, demasiadamente, abstrato, ignorando as especificidades comuns a cada formação social⁵⁵.

⁵¹ SÁNCHEZ. Op. cit., p. 78.

⁵² Expressão utilizada pelo Direito Anglo-Saxão que significa crimes praticados por pessoas que detém poder, seja econômico ou político.

⁵³ MACHADO, Maíra Rocha. As novas estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sistema de justiça criminal brasileiro. In: SLAKMON, Catharine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. (orgs). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria da Reforma do Judiciário, 2006, pp. 277-291, p. 285.

⁵⁴ SÁNCHEZ, Jesus María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

⁵⁵ OLMO, Rosa Del. **A América Latina e sua Criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 137.

A fim de ilustrar a incompatibilidade das normas transnacionais em relação ao contexto sócio-cultural local, cita-se o exemplo dos países sul-americanos produtores de coca, como é o caso da Bolívia. Em algumas regiões desse país, o cultivo da coca faz parte dos ritos culturais das populações indígenas. Com o intuito de preservar essas tradições e, ao mesmo tempo, promover uma política repressiva às drogas, sugere-se que esses governos criem legislações especiais aplicáveis apenas a essas populações indígenas. Esses diplomas legais serviriam para desvincular a coca do conceito de entorpecente, descartando a remição das condutas de produção e consumo aos tipos penais aplicáveis à sociedade em geral⁵⁶.

Na Colômbia, há vozes que se levantam contra a política antidrogas em defesa das garantias constitucionais e do pluralismo cultural. Ademais, apontam-se dados para evidenciar o fracasso da repressão à produção de cocaína, relatando-se o aumento da área de cultivo ilícito mesmo diante de todas as mortes causadas na guerra contra o narcotráfico. Enfatiza-se igualmente o incremento na corrupção e o avanço da criminalidade organizada⁵⁷.

Por tal razão, não se pode ignorar que a aprovação de um tratado internacional pode ensejar o fenômeno da resistência psicológica e cultural aos modelos internacionais caracterizados pelo discurso punitivista. Via de regra, a resistência provoca a descontextualização da solução imposta em âmbito internacional, o que poderá gerar diversos problemas de ordem prática, dentre eles estão a falta de legitimidade das medidas e a grave violação de direitos humanos.

Adentrando nas críticas ao discurso oficial, o próximo item discutirá qual é o limite legítimo à expansão do direito penal, especificamente quanto às normas que regem o tráfico de drogas.

1.4.3 O papel do Discurso legitimador da expansão de normas penais em face aos novos riscos gerados pelas organizações criminosas ligadas ao tráfico.

Conforme se estabeleceu anteriormente, os países-partes da Convenção de Viena de 1988 declararam guerra contra as organizações criminosas envolvidas com o tráfico ilícito de entorpecentes. Para tanto, adotou-se uma política criminal intensamente rigorosa que somente se justifica pelo que se chama de perenidade da emergência.

⁵⁶ AMBOS, Kai. Razones. *Del Fracaso Del Combate Internacional a las Drogas y Alternativas*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 11, n.º 42, São Paulo, pp. 27-49, janeiro – março de 2003, p. 45.

⁵⁷ SANCHÉZ, Mauricio Martínez. *La política antidrogas en Colombia y el control constitucional*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n.º 48, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 82 – 107, mai./jun.º, 2004, pp. 85-90.

Zaffaroni alerta que a implantação das táticas do direito penal do inimigo acarretaria na a própria destruição do Estado de Direito, devido a incompatibilidade do caráter belicista com a idéia de poderes públicos limitados por balizas constitucionais.⁵⁸

Sem dúvidas, o questionamento acerca dos limites às restrições de direitos fundamentais está relacionado às considerações feitas sobre a política criminal de drogas. Essa premissa assenta-se na constatação de que os instrumentos jurídicos criados no combate das organizações criminosas são respaldados justamente pela sua urgência, razão porque o discurso oficial transmite a necessidade de flexibilização de garantias penais já consolidadas para tratar do inimigo.

Muito embora se deva reconhecer os prejuízos causados ao Estado e à sociedade pelas organizações criminosas, é igualmente relevante determinar que a guerra contra as drogas não deve legitimar a duradoura permanência de medidas excepcionais, pois “o estado de exceção está incorporado às Constituições democráticas com bastante cuidado e tem seus limites perfeitamente estabelecidos e controles também regulados”⁵⁹.

Nas sociedades latino-americanas, sabe-se que o sistema penal tem origens genocidas⁶⁰ e, por esse motivo, seus órgãos não judiciais possuem estrutura militarizada e burocratizada. Como o Poder Judiciário está impossibilitado de exercer plenamente o papel fiscalizador e limitador das arbitrariedades⁶¹ perpetradas pelas autoridades policiais e pelos responsáveis pela execução penal, as agências não judiciais desrespeitam as garantias constitucionais e, não raramente, deleitam-se com os benefícios da corrupção.

Nesse ponto, é interessante destacar que os próprios agentes pertencentes às entidades de controle penal, em sua maioria, provém de comunidades carentes, ou seja, do mesmo ambiente de onde nasce a vitimização e a criminalização. Esse dado é utilizado para justificar a incongruência entre as comuns atitudes de serem defensores do discurso moralizante e, ao mesmo tempo, tornarem-se suscetíveis à corrupção⁶². Além disso, o próprio sistema exige que a autoridade policial se comporte de forma violenta no combate ao crime, porque se difunde

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. 2007. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 171.

⁵⁹ ZAFFARONI. Op. cit., p. 145.

⁶⁰ Zaffaroni utiliza a expressão genocida, derivada de genocídio tecnocolonialista, porque defende que a seletividade recai sobre os setores mais vulneráveis da população. Nesse sentido, refere-se a diversas mortes ocorridas em face aos desvios de condutas dos indivíduos e a própria ação estatal: “se não bastassem todas essas mortes, nos momentos em que se desata uma aberta repressão política em qualquer dos nossos países, os órgãos executivos do sistema penal participam dessa repressão, protagonizando em número massivo seqüestros, desaparecimentos forçados de pessoas, homicídios, etc”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 125.

⁶¹ Refere-se ao excesso de trabalho e deficiências estruturais que dificultam o exercício pleno das atividades jurisdicionais.

⁶² ZAFFARONI. Op. cit., pp. 137-139.

que a desordem e o caos causados pelo delinqüente legitimam o rigor e excepcionalidade de sua reprimenda.

Vera Malaguti atribui à Mídia importante papel na fixação do inimigo: ao tempo em que divulga a imagem do traficante, guerrilheiro, fortemente armado e violento, invoca a droga como o maior problema, cuja gravidade seria superior a crimes como a corrupção. De acordo com o senso comum alimentado pelas notícias veiculadas sem comprometimento ético, é comum a reafirmações de idéias que não correspondem à realidade:

[...] o imaginário os (traficantes) vê por toda parte, organizados em poderosos comandos, inexpugnáveis e indestrutíveis se não forem combatidos ao estilo de uma verdadeira guerra [...] o esteriótipo do bandido vai-se consumando na figura de um jovem negro, funkeiro, morador de favela, próximo do tráfico de drogas, vestido com tênis, boné, cordões, portadores de algum sinal de orgulho ou de poder e de nenhum sinal de resignação ao desolador cenário de miséria e fome que o circunda. [...] não merecem respeito ou trégua, são os sinais vivos, os instrumentos do medo e da vulnerabilidade, podem ser espancados, linchados, exterminados ou torturados⁶³.

Nada mais faz, então, do que repetir a lógica da exclusão⁶⁴ fundamentada por mecanismos de autoproteção contra os riscos e o medo permanentemente alimentado. Então, o traficante passa por um processo de desumanização e, já que não é concebido como um ser humano, tal como na ditadura nazista, não deve possuir direitos fundamentais.

Há que se acrescentar que o tratamento excepcional conferido aos traficantes revela-se ineficaz do ponto de vista real, já que as medidas repressivas não são capazes de diminuir o poder das organizações criminosas. Contudo, a legislação rigorosa com eficácia puramente simbólica serve para finalidades políticas por atender a uma demanda social, qual seja a punição dos chamados inimigos.

Justamente pela ausência de um conceito legal claro, a expressão “organizações criminosas” alcança não somente as grandes redes de tráfico como também outras manifestações associativas de menor porte ligadas à delinqüência tradicional, como aquelas ligadas à prática de crimes contra o patrimônio, por exemplo. Na realidade, sustenta-se que a criminalidade organizada tem sido regulada insatisfatoriamente por se assemelhar ao chamados delitos de suspeita⁶⁵.

⁶³BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 36.

⁶⁴BATISTA. Op. Cit., p. 35.

⁶⁵ CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 17, n.º 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 6-39, jul./ago., 2009, p. 38.

Tais considerações evidenciam a adoção de um modelo inseguro e antigarantista e, portanto, incompatível com a Democracia e o império da legalidade, nas acepções formal e material. Nessa esteira, Copetti lembra que a relegitimação do sistema penal apenas será viável quando o conteúdo das normas penais e, acrescenta-se aqui, as processuais penais respeitarem os paradigmas constitucionais para que se logre realizar os objetivos de segurança jurídica e de proteção adequada aos bens jurídicos penais⁶⁶. Essa discussão avançará no tópico seguinte em que se analisará os inconvenientes discurso do inimigo.

1.4.4 A volatilidade do discurso do inimigo em relação aos traficantes como causa para insegurança jurídica e os limites impostos pela dignidade da pessoa humana ao tratamento diferenciado.

A história da criminalização do tráfico é marcada por um fenômeno advindo da seletividade do sistema penal: a estigmatização do traficante. O traficante é identificado como um sujeito extremamente perigoso e violento que está vinculado a organizações criminosas.

O inimigo pode ser encaixado na categoria de estranho, criada por Bauman, já que se trata de uma pessoa que transgride os limites, ferindo a ordem instituída, e não atende ao ideal de pureza. Acima de tudo, o estranho é um consumidor falho já que é incapaz de corresponder com as expectativas do mercado capitalista. Não resta para esses indivíduos outra solução senão a exclusão social, processo que deve ser racionalizado segundo a lógica de mercado.⁶⁷

Nessa linha, surgem diversos fundamentos teóricos capazes de imprimirem uma logicidade à exclusão do estranho e à eliminação do inimigo, sendo o mais importante deles o direito penal do inimigo, teorizado por Jakobs, sem prejuízo dos movimentos criminológicos aliados ao direito penal máximo antigarantista.

No campo da repressão às drogas, importa analisar a difusão do modelo médico-jurídico referente a consumidores e traficante, instruído pela ideologia da diferenciação, consolidou o esteriótipo do traficante como um verdadeiro inimigo da sociedade já no início da década de 70. O discurso oficial ostentado pelas agências de controle social tinha como sustentáculo teórico dogmas professados por movimentos criminológicos como Lei e Ordem e Tolerância Zero, ao tempo que o legislador fazia uso da idéia de Defesa Social⁶⁸.

⁶⁶ COPETTI, André. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 178

⁶⁷ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, pp. 24-25.

⁶⁸ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25

Nas palavras de Orlando Zaccone, “o consumo de substâncias psicoativas passa a ser tratado como questão de segurança nacional”⁶⁹ e, por conseguinte, o traficante visto como causador de um mal capaz de desestruturar a sociedade. Nesse momento, o uso de drogas deixa de ser percebido como uma manifestação da subcultura para configurar-se como, o que Rosa del Olmo determinou de um “vírus contagioso”.

Nessa mesma esteira, Thiago Rodrigues sustenta que o discurso penal associa o narcotráfico a três formas de contaminação: primeiro, diz-se que o tráfico provoca a contaminação individual, já que as substâncias proibidas intoxicam o usuário e o dependente; em segundo lugar, haveria uma contaminação social em razão dos prejuízos e da violência gerada pela ação das organizações criminosas nas comunidades; e, finalmente, uma contaminação institucional que se relaciona à corrupção e à inserção de participantes das organizações criminosas nas estruturas estatais⁷⁰.

Sem dúvida, a preocupação internacional, na realidade, consistia em evitar a lesão de interesses econômicos que seriam afetados pela ação de grandes organizações criminosas que agiam no plano internacional. Eis que o mercado subterrâneo movido pelo narcotráfico propicia uma margem de lucro considerável, tanto devido às balizas de controle quanto em razão de o produto ser bastante consumido mundialmente.

Rosa Del Olmo defende que os Estados Unidos foram responsáveis pela produção e divulgação da idéia de dicotomização do “mundo livre”, representado pelos aliados, e dos “países inimigos”, expressão que se refere ao eixo soviético. Incontáveis teorias surgiram para influenciar a opinião pública, alimentada pelo sentimento de medo⁷¹.

O modelo jurídico-penal delineado pelos Estados Unidos e copiado pelos países capitalistas denominados subdesenvolvidos, é marcado pela seletividade do controle repressivo e estigmatização dos sujeitos identificados como criminosos. Em conformidade com o pensamento difundido, imagina-se que as garantias e direitos fundamentais apenas podem ser aplicados aos cidadãos e, nunca aos delinquentes, identificados como ameaças em potencial à ordem pública.

O êxito da implementação do respectivo modelo jurídico-penal norte-americano nos países da América Latina pode ser atribuído ao simplismo do discurso autoritário norte-

⁶⁹ ZACCONE, Orlando. **Acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 88.

⁷⁰ RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. São Paulo: Desatino, 2003, p. 14.

⁷¹ OLMO, Rosa Del. **A América Latina e sua Criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 41.

americano somado à precariedade institucional dos países latinos⁷². Aderindo a essa tendência, cita-se o novo autoritarismo consolidado na América Latina – denominado autoritarismo *cool* – que é marcado por sua superficialidade e alto poder de propagação devido aos meios de comunicação disponíveis na era da globalização⁷³.

A concentração de renda e a conseqüente miserabilidade da população apenas reforçam a facilidade na aceitação de um discurso penal simplista, que é altamente rentável para os exploradores dos meios de comunicação, como também é útil ao controle social dos excluídos.

Os reflexos da política transnacional autoritarista defendida pelos Estados Unidos são sentidos ainda na atualidade, especialmente no que concerne à definição do inimigo após os atentados terroristas ocorridos naquele país no dia 11 de setembro de 2001. A partir desse evento, o discurso competente passou a justificar o autoritarismo utilizando o argumento da necessidade de combater o terror e organizações criminosas, situação que ensejaria um estado de emergência com duração indefinida.

A complexidade de fatores inerentes as sociedades contemporâneas⁷⁴ que influem para a adoção de políticas criminais se deve a uma tensão natural entre a subsidiariedade do direito penal e sua contraditória utilização como instrumento de repressão de uma ampla variedade de comportamentos socialmente indesejáveis⁷⁵.

Nota-se que, na contemporaneidade, o Direito Penal assume um papel de garante das mais diversas situações devido à necessidade de acalmar os medos da sociedade de risco. Desse modo, constata-se que política criminal contemporânea busca obter certa reafirmação social de valores através do reforço da idéia de prevenção positiva no campo comunicativo⁷⁶, o que se expressa com a criação de normas jurídicas que prevêm tratamento diferenciado para os inimigos.

⁷² ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Buscando o Inimigo: do Satã ao Direito Penal Cool**. In MENEGAT, Marildo et al (Org.) Criminologia e Subjetividade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 22.

⁷³ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. 2007. Rio de Janeiro: Revan, 2007, pp. 68-69.

⁷⁴ A respeito da complexidade da sociedade atual, Raúl Pariona Arana doutrina que os avanços tecnológicos e científicos, proporcionados pela globalização, caracterizam um fenômeno de modernização. Contudo a tecnologia, obviamente, traz novos riscos para o ser humano, inclusive no que concerne à projeção de efeitos nocivos para as gerações futuras. A fim de proteger a sociedade contra esses novos riscos, o legislador fez uso do direito penal, o que resulta na tendência de ampliação de comportamentos penalmente relevantes. (ARANA, Raúl Pariona. El Derecho Penal “Moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n.º 68, São Paulo, n.º 68, pp. 113-139, setembro-outubro de 2007, p. 51.)

⁷⁵ MORAES, Vinícius Borges de. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, n.º 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 9-34, setembro-outubro de 2008, p. 11.

⁷⁶ GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Jorge Guillermo. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 27-37.

Diante dessas informações, é possível concluir que o processo de cooperação internacional enseja a diminuição das especificidades do poder punitivo de cada Estado devido ao aumento da esfera jurídica de incidência das normas jurídicas internacionais. De tal sorte que, em decorrência da globalização, os países que fazem parte de acordos de cooperação internacional são obrigados a adaptar suas normas e políticas públicas às exigências impostas no plano internacional.⁷⁷

Nesse cenário, as propostas afeiçoadas ao direito penal do inimigo ganham força inegável pelo poder de repercutir em todo o sistema penal e, principalmente, na criação de instrumentos legais capazes de flexibilizarem as garantias fundamentais a um nível bastante preocupante.

Ao analisar os dados históricos, é possível perceber que, no atual contexto jurídico penal, existem duas tendências que se sobrepõe: direito penal do inimigo e direito penal do cidadão. Esses dois tipos ideais convivem no mesmo espaço, muito embora seja notável a contradição permanente existente entre ambas as tendências⁷⁸.

Como premissa básica para o entendimento da referida contradição, tem-se que o poder punitivo sempre teve como característica a discriminação do tratamento punitivo conferido àqueles intitulados como cidadãos e outros considerados como entes perigosos, denominados em última análise como inimigos da sociedade. A esses últimos se negava o direito de ter sua conduta julgada em conformidade com o sistema de direitos e garantias fundamentalmente relativas aos cidadãos⁷⁹.

Sendo assim, é possível identificar que o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo abrangem esferas distintas: a primeira serviria para reforçar a vigência do ordenamento perante a sociedade, no sentido de manter íntegra a ordem jurídica frente à violação do direito; já a segunda esfera, relativa ao direito penal do inimigo estaria direcionada a garantir a integridade do ordenamento jurídico contra fatos futuros incertos praticados pelo inimigo.⁸⁰

Ciente das consequências que poderão advir do tratamento diferenciado entre seres humanos, principalmente no que concerne à manutenção da dignidade da pessoa humana e do status de sujeito de direito da pessoa apontada como inimiga, torna-se imprescindível discutir até que ponto é legítima a contradição imposta pelo discurso competente.

⁷⁷ GOMES; YACOBUCCI. Op. cit., pp. 165-185.

⁷⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções Críticas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 21.

⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. 2007. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11.

⁸⁰ MORAES. Op. cit., p. 25.

Certamente, os delitos são fenômenos comuns e constantes nas sociedades ordenadas e, por conseguinte, somente haverá crimes nas sociedades regidas por uma Ordem Jurídica. Nesse aspecto, Jakobs afirma que as práticas delitivas são consideradas deslizes reparáveis que não chegam, por si só, a ameaçar a ordem social e a constituição do Estado. Neste diapasão, o Estado vê no autor do fato delituoso um cidadão que praticou um ato danificador da vigência de certa norma. A pena, então, deveria ser aplicada ao infrator da ordem jurídica com a finalidade equilibrar as consequências trazidas pela violação da norma, através da privação dos meios de desenvolvimento do condenado, tal como a liberdade de locomoção e seu patrimônio⁸¹.

O mesmo não ocorre com o inimigo, posto que esse é visto como um perigo em potencial à segurança pública. Aos inimigos se dá um tratamento diferenciado, excepcional e, que pode ser considerado, até mesmo, desumano. Jakobs justifica que a partir do momento em que o delito torna-se uma constante no comportamento de um indivíduo, este passa a ser percebido pelo Estado como uma verdadeira ameaça, já que não oferece garantia de um comportamento pessoal padrão. Assim, aquela pessoa que pratica crimes graves contra a vida ou que constitui uma organização criminosa passa a ferir as normas jurídicas de forma duradoura, afastando-se cada vez mais do Direito⁸². Por conseguinte, o inimigo não é considerado cidadão e nem pessoa, o que afastaria o reconhecimento de sua dignidade por parte da Ordem Jurídica.

Consoante tal raciocínio, Jakobs propõe a sistematização da tendência do direito penal do inimigo sob o pressuposto de que essa delimitação traria maior segurança para o Ordenamento Jurídico⁸³. Para coibir a ação do inimigo, as Instituições de controle Estatal estariam autorizadas a deixar de reconhecer a esse indivíduo as mesmas garantias que são atribuídas ao cidadão. Por conseguinte, a resposta penal não teria mais a função de ressarcir o dano causado e, sim visaria à eliminação de um perigo.⁸⁴

A proposta de Jakobs visa não só legitimar o discurso de exceção como também implementar o adiantamento de barreiras de punibilidade, o aumento de penas definidas em abstrato e a relativização ou supressão de certas garantias⁸⁵.

⁸¹ JAKOBS; MELIÁ. Op. Cit., p. 29.

⁸² JAKOBS; MELIÁ. Op. cit., p. 35.

⁸³ MORAES, Vinícius Borges de. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, n.º 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 9-34, setembro-outubro de 2008, p. 28.

⁸⁴ MORAES. Op. cit., p. 35

⁸⁵ MORAES. Op. cit., p. 67.

O tratamento diferenciado do inimigo pode ser considerado contrário às finalidades do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, principalmente porque não se permite a punição de alguém simplesmente por suas características pessoais e individuais. De forma contundente, não se pode admitir que o Ordenamento se encaixe nos parâmetros do direito penal do autor.

Para demonstrar a insegurança e incompatibilidade do direito penal do autor com os pilares da Constituição Brasileira, propõe-se a apreciação de dois exemplos: em primeiro lugar, imagine-se que um juiz estivesse autorizado a não condenar uma pessoa por crime contra a Administração Pública, mesmo que houvesse provas de materialidade e de autoria, pelo simples fato do acusado ter sido eleito anteriormente ao cargo de Presidente da República; quanto ao segundo exemplo, considere que seria possível condenar um sujeito pela prática de um crime, não obstante a inexistência de provas, como forma de cumprir a exigência imposta pela opinião popular, mesmo quando esta foi concretamente manipulada pela Mídia.

Em ambos os casos, ignorou-se o fato posto em julgamento, ora absolvendo-se uma pessoa com base em sua suposta reputação ilibada e notável prestígio político, ora condenando-se um indivíduo apontado como criminoso vil, por ter sido ele eleito como o bode-expiatório pela sociedade.

A esse respeito, torna-se pertinente expor o entendimento de Alberto Jorge Barros Lima, segundo o qual o Direito Penal do Inimigo é marcado pela antecipação da punibilidade, pela desproporcionalidade das penas e, por fim, pela flexibilização e supressão de garantias processuais⁸⁶. No tocante às medidas excepcionais, o aludido doutrinador demonstra preocupação com a perenização do estado de emergência, fundada na construção de um direito penal do inimigo. Desse modo, conclui o seguinte:

[...] ao denominar determinados grupos de infratores, ‘o Direito Penal do Inimigo’ caracteriza-se por ser, não um Direito Penal do fato, mas do autor, o que contraria uma das funções do princípio da ofensividade: a proibição de incriminação de inclinações interiores.⁸⁷ [...] Com efeito, ao excluir do grupo cidadãos o ‘infrator inimigo’, tratando-o diferentemente dos ‘infratores normais’, o Estado nega-lhe a capacidade de questionar os elementos essenciais ameaçados em dada sociedade e lhe permite contestar as normas estabelecidas àquelas que o motivaram a delinquir[...]⁸⁸

⁸⁶ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Criminalização e Direitos Fundamentais: Entre a intervenção penal mínima e a expansão penal. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, pp. 287-308. Maceió, n.º 03, dezembro 2008, pp. 294 - 295.

⁸⁷ BARROS LIMA. Op. cit., p. 300.

⁸⁸ BARROS LIMA. Op. cit., p. 301.

O fato de o Brasil apresentar todas as características de uma sociedade de riscos somado aos fatores de exclusão de uma sociedade periférica são dados que contribuem para uma maior facilidade na aceitação social do discurso do inimigo. Mesmo que se condene essa realidade, não poderia ocorrer de outra forma: a maioria da população não tem acesso ao núcleo essencial de direitos fundamentais, vivendo em condições desumanas e indignas.

Além disso, a ausência da figura do Estado nas comunidades mais carentes⁸⁹, a falta de políticas públicas inclusivas e, até mesmo, a ineficácia das ações governamentais de segurança pública tornam essa população mais suscetível às diversas formas de violência.

Diante desse alarmante contexto, seria inevitável questionar como diferenciar o inimigo do cidadão em uma sociedade periférica, onde até as pessoas que não delinquem são tratadas com indignidade.

A única resposta que se encontra para essa pergunta é simples e, ao mesmo tempo, preocupante: não há como diferenciar o inimigo do cidadão de forma minimamente segura e, esse é, justamente, o perigo da implementação do direito penal do inimigo.

Dentro de uma perspectiva garantista, sustenta-se veementemente a necessidade de garantir o tratamento digno tanto para o cidadão quanto para o delinquente. Portanto, refuta-se a permanência do estado de exceção como fundamento para o tratamento diferenciado entre seres humanos, na medida em que o Estado deixa de reconhecer a dignidade da pessoa humana ao “inimigo”.

Por mais que se preocupe com a garantia da segurança pública, a violação da dignidade humana não pode ser legitimada pela internalização dos medos pela sociedade. Ressalva-se que o tratamento diferenciado entre pessoas pode ser admitido de forma excepcional quando se está diante de um conflito entre valores constitucionais relevantes. Contudo, a perda da dignidade de um ser humano nunca poderá ser respaldada pelo Estado Democrático de direito, até mesmo quando é necessário limitar o exercício de algum direito fundamental.

⁸⁹ A lamentável verdade é que os integrantes das classes menos abastadas não recebem sequer o tratamento dirigido ao cidadão. Num processo generalizado de marginalização, é constante o desrespeito aos direitos fundamentais pertencentes às pessoas pobres que não cometem crimes e nem tampouco participam de organizações criminosas. Para comprovar essa situação, basta dedicar um único dia à leitura de Autos de Prisão em Flagrante para encontrar, por exemplo, a narrativa sobre uma invasão de residência de parentes dos envolvidos em delitos sem mandado judicial de busca e apreensão. Mesmo que não fosse interessante fazer tal levantamento, seria suficiente se esforçar para assistir a um ou dois episódios de programas sensacionalistas policiais: sempre será possível detectar o desrespeito ao uso da imagem de pessoas falecidas e a exploração do sofrimento humano. Nas sociedades periféricas, esse tratamento aviltante é legítimo mesmo quando não se dirige ao inimigo.

No tocante a esse assunto, existe posição doutrinária⁹⁰ que refuta a hipótese de relativização da dignidade humana, argumentando que a restrição à dignidade implicaria efetivamente em sua violação, o que seria terminantemente proibido pelo ordenamento jurídico⁹¹.

Não obstante, sustenta Sarlet, a possibilidade de relativização da dignidade da pessoa humana não se confunde com a perda desta qualidade que é intrínseca ao ser humano. Essa relativização seria justificada pela necessidade de garantir a dignidade de outros indivíduos, especialmente quando esses são vistos como integrantes de uma comunidade. Entretanto, defende-se que nem mesmo a prática de atos indignos poderia acarretar a perda do *status* de ser humano digno⁹².

Justamente por ser a dignidade da pessoa humana um princípio jurídico-constitucional fundamental, as violações concretas e constantes à dignidade pessoal não podem ser respaldadas pelo Estado, impondo a ele a obrigação de promover e proteger a dignidade de todas as pessoas⁹³.

Nesse mesmo sentido, Zaffaroni sustenta que o tratamento diferenciado dirigido ao inimigo é incompatível com a própria essência do Estado de Direito. Com o direito penal do inimigo, inaugurou-se uma permanente contradição entre os fundamentos doutrinários e legislativos que legitimam o conceito de inimigo, indicado como pessoa sem autonomia ética, e os princípios do Estado de Direito. Com base nessa realidade, o autor acaba alimentando qualquer esforço teórico relevante no sentido de limitar ou reduzir a referida contradição e as arbitrariedades com o fito de manter minimamente a natureza do Estado Democrático de Direito⁹⁴.

Sobre esse ponto, Zaffaroni faz uma reflexão digna de nota:

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos e etc.) sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direito de que alguém é privado que lhe anula sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como ente perigoso.⁹⁵

⁹⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, pp. 190-191.

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 145.

⁹² SARLET. Op. cit., pp. 142 - 143.

⁹³ SARLET. Op. cit., p. 148.

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. 2007. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 11 a 12

⁹⁵ ZAFFARONI. Op. cit., p. 18.

Realmente, a limitação do exercício de direitos fundamentais é uma consequência lógica da pena e até mesmo das medidas cautelares, o que não significa dizer que todos os direitos fundamentais poderão ser desrespeitados e ignorados pelo Estado em razão do cometimento de uma infração penal.

Nesses termos, Zaffaroni entende ser razoável que o Estado prive o delinqüente de sua cidadania de forma temporária⁹⁶, sem que esteja autorizado a privá-lo de sua condição de pessoa e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana⁹⁷.

Essa proposta poderá ser melhor elucidada após a exposição, em linhas gerais, sobre o que seria a cidadania. Nabais apresenta brilhante conceito para a cidadania, definindo-a como “a qualidade dos indivíduos que, enquanto membros *activos* e *passivos* de um estado-nação, são titulares ou destinatários de um determinado número de direitos e deveres universais e, por conseguinte, detentores de um específico nível de igualdade”⁹⁸. Como uma ressalva, entende-se que essa igualdade entre os cidadãos não os tornam “iguais” em todos os aspectos, mas sim denota que os homens devem ser tratados de forma isonômica no que concerte às qualidades essenciais a sua dignidade social⁹⁹.

Depois de todas essas considerações, constata-se que, atualmente, o inimigo é sujeito de alguns poucos direitos fundamentais, mas isso não é o suficiente para dizer que lhe é reconhecida sua dignidade pelo Estado. Conforme foi visto, o inimigo não é visto como cidadão, mas sim como um perigo e, justamente, por essa percepção equivocada, a ele é dirigida uma série de medidas excepcionais que importa a flexibilização e a supressão de garantias constitucionais.

Ao enfrentar o conflito entre os imperativos derivados do valor segurança pública e os direitos fundamentais daqueles considerados inimigos, admitiu-se a possibilidade de relativização desses últimos, sem, contudo, permitir a perda da dignidade - qualidade essencial do ser humano – dos sujeitos submetidos à intervenção penal estatal.

Após estabelecer critérios legítimos para limitar a intervenção penal dos sujeitos estigmatizados, torna-se necessário discutir especificamente sobre as hipóteses de restrições de direitos fundamentais assentadas na sua função preventiva do Direito Penal.

⁹⁶ Compreende-se em a idéia de cidadania deve ser tomada sob um enfoque estrito, a fim de relacioná-la a possibilidade e dever do cidadão de participar no processo de formação das decisões políticas que irão afetar os rumos da comunidade. Nesse aspecto, considera-se que a limitação do direito do condenado a essa participação, mesmo que indireta, é razoável desde que transitória e esteja respaldada pela própria Constituição.

⁹⁷ZAFFARONI. Op. cit., p. 19.

⁹⁸ NABAIS. José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 143.

⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 28.

2 AS NOVAS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL E AS RESPECTIVAS POSSIBILIDADES DE EFETIVIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE PREVENÇÃO AOS RISCOS PREVISTAS NOS DISPOSITIVOS DA LEI N.º 11.343/2006.

Conforme dito no capítulo anterior, o estudo sobre o processo de criminalização do tráfico de drogas e seus influxos na estigmatização do indivíduo servem como subsídio material para avaliar as reais funções do direito penal, superando os dogmas e noções difundidas pelo discurso oficial. Nesse passo, as considerações anteriormente elaboradas servem para identificar os principais desafios impostos ao controle penal no Estado Democrático de Direito, que deve ser capaz de reprimir e prevenir condutas penalmente relevantes sempre observando as limitações impostas pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

2.1 Considerações introdutórias sobre as novas funções do Direito Penal na sociedade de riscos e o paradigma da pós-modernidade.

No último século, observou-se a transformação da sociedade contemporânea marcada por uma acentuada complexidade das relações entre os seus integrantes e entre estes o meio onde vivem. Portanto, não é difícil perceber que surgiram novas interações, cujas conseqüências podem tomar grandes proporções no âmbito da convivência humana.

Vale lembrar que as grandes mudanças sociais influenciam a formação das políticas criminais, cuja reforma depende do atendimento de certas condições sociais, políticas e econômicas. Nesse diapasão, é indispensável averiguar previamente quais são os fenômenos sociais ligados a redefinição das funções do sistema penal, tais como a globalização, surgimento de novos riscos e expansão do direito penal¹⁰⁰, processos com reflexos normativos notadamente interligados.

Por enquanto, cabe apenas discorrer sobre o que são esses fenômenos e como eles influenciam a formação da política criminal e a conseqüente estruturação do sistema penal.

Primeiramente, a globalização, também conhecida como mundialização, é caracterizada, inicialmente, pela facilidade na transposição de fronteiras e barreiras culturais,

¹⁰⁰ O estudo da sociedade de riscos e da expansão será aprofundado mais adiante em razão de corresponderem a argumentação teórica que fundamenta a descriminalização do consumo, objeto do capítulo 5.

no sentido de que as distâncias produzidas no meio social¹⁰¹ podem ser vencidas com maior velocidade. Isso se deve, em parte, aos avanços e melhoramentos feitos nos meios de transporte e de comunicação, não obstante se deva salientar que tais causas são ambivalentes, pois contribuem para aproximar ou afastar indivíduos. Sinteticamente, entende-se que a globalização não homogeneíza a condição humana e tampouco anula as distâncias temporais e espaciais, porque age de forma seletiva. A seleção realizada pela globalização é explicada por Bauman da seguinte maneira:

Ela (globalização) emancipa certos seres humanos das restrições territoriais e torna extraterritoriais certos significados geradores de comunidade – ao mesmo tempo que desnuda o território, no qual outras pessoas continuam sendo confinadas, do seu significado e da sua capacidade de doar identidade. Para algumas pessoas ela augura uma liberdade sem precedentes face aos obstáculos físicos e uma capacidade inaudita de se mover e agir a distância. Para outras, pressagia a impossibilidade de domesticar e se apropriar da localidade da qual têm pouca chance de se libertar para mudar-se para outro lugar. Com “as distâncias não significando mais nada”, as localidades, separadas por distâncias, também perdem seu significado. Isso, no entanto augura, para alguns a liberdade face à criação de significado, mas para outros pressagia a falta de significado¹⁰².

Nesse passo, a elite, independentemente de onde esteja, utiliza-se dos avanços para redefinir os significados segundo seus padrões culturais ao tempo em que se afastam dos marginalizados. As pessoas inseridas nas classes sociais mais abastadas precisam desse isolamento para se sentirem seguras, enquanto os demais suportam a consequência dessa segregação que lhes foram impostas.¹⁰³

Acrescenta-se que a globalização propicia a prática de atividades criminosas econômicas, conduzindo a adoção de medidas punitivas tanto no âmbito interno quanto no externo. Devido à complexidade e à sofisticação da delinquência econômica, o Estado nacional não consegue mais resolver sozinho os problemas causados pela burla à ordem financeira, pela lavagem de dinheiro e pelo tráfico internacional de drogas. Essas dificuldades fazem da cooperação internacional o principal instrumento de combate mesmo que sua

¹⁰¹ Ensina Bauman que a chamada “realidade das fronteiras” é um fenômeno que reproduz a lógica da divisão de classes: “no passado como hoje, as elites dos ricos e poderosos eram sempre de inclinação mais cosmopolita que o resto da população das terras que habitavam; em todas as épocas elas tenderam a criar uma cultura própria que desprezava as mesmas fronteiras que confinavam as classes inferiores; tinham mais em comum com as elites além-fronteiras do que com o resto da população de seu território”. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, pp. 19-20

¹⁰² BAUMAN.º Op. cit., p. 25.

¹⁰³ BAUMAN.º Op. cit., p. 29.

consolidação acarrete no enfraquecimento dos princípios de direito interno, principalmente quando se trata de países periféricos¹⁰⁴.

O surgimento dos novos riscos, decorrentes da evolução tecnológica e intensidade das interações sociais, irá ser determinante para a formação da sociedade de riscos. Sobre esse assunto, colaciona-se a idéia de Ulrich Beck para quem aquela surgiria como resultado da modernidade reflexiva, sendo conceituada como um “processo de autodestruição criativa da era da sociedade industrial, que se opera através da desincorporação seguida de uma reincorporação das formas sociais industriais por outra modernidade”. Esta última se refere ao período caracterizado pelas mudanças trazidas pela revolução industrial que gera riscos sociais, econômicos e individuais que driblam o controle das instâncias estatais. Num primeiro momento, estes riscos são inseridos em uma lógica sistemática e, somente depois de serem percebidos nos planos políticos e privados, tornam-se questões públicas. Nesse contexto, as instituições da sociedade industrial são concebidas como produtoras e legitimadoras das ameaças que não conseguem controlar, o que induz a crise de legitimidade das entidades-bases da sociedade industrial¹⁰⁵.

Com a finalidade de vencer os medos e inseguranças, o Direito penal se expande para tutelar situações potencialmente lesivas, criando delitos de perigo abstrato, tipificando atos preparatórios e estipulando medidas preventivas a fim de reforçar a idéia de segurança no plano simbólico, mesmo porque é ineficaz para evitar as conseqüências danosas.

Callegari sintetiza a relação entre expansão de direito penal e criação artificiais de riscos como núcleos do que chama de processo de modernização do direito penal. Segundo ele:

A política criminal que se apresenta para dar resposta aos novos riscos sociais da contemporaneidade é marcada por uma notável ampliação do âmbito da intervenção penal e pela proeminência que é dada ao Direito Penal em detrimento de outros instrumentos de controle social, ainda que à custa da implementação de um modelo penal meramente simbólico¹⁰⁶.

Para fins de contraste entre as funções atuais do direito penal e as demais, denominadas de tarefas tradicionais, é preciso fazer sintética menção ao sistema penal da sociedade após as Revoluções burguesa e industrial.

¹⁰⁴ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Globalização e sistema penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 11, n.º 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 165-185, abr./jun.º, 2003, pp.172-175.

¹⁰⁵ BECK, Ulrich et al. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1995, pp.12-19.

¹⁰⁶ CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 17, n.º 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 6-39, jul./ago., 2009, p. 10.

A formação da sociedade disciplinar remonta a transição entre os séculos XVIII e XIX que, no campo penal, trouxe duas inovações: a reforma e a reorganização do sistema judiciário e penal. Basicamente, a consolidação do Estado de Direito irradia para o direito penal o paradigma da legalidade, motivo porque o crime era visto, então, como uma violação à lei e não mais como um pecado ou uma imoralidade. Então, o sistema penal da era da Modernidade tem como principais postulados os princípios da legalidade, da taxatividade, da culpabilidade, todos estritamente afeitos à concepção utilitarista, que dará origem ao conceito de criminoso como pessoa que desrespeita o contrato social sendo um inimigo da sociedade¹⁰⁷.

Sendo assim, pode-se concluir que, naquele momento histórico, a principal função do direito penal era impedir a reparação do dano causado pelo crime, corrigindo o mal causado pela conduta desviante. Notadamente, dava-se ênfase a função repressiva da pena sem olvidar, contudo, da função reparatória, demonstrada por meio de condenações criminais que impunham ao delinqüente o exercício de atividade laboral útil para a sociedade. É possível vislumbrar ainda, uma função preventiva negativa, consistente em fazer com que novos desvios sejam evitados¹⁰⁸.

Somente no início do século XIX, a prisão tornou-se a forma mais comum de sanção penal. Justamente devido à necessidade de disciplinar o criminoso, visto como um ser deformado, iniciaram-se as práticas de institucionalização de indivíduos com o fito de corrigi-lo (ortopedia social). A institucionalização se dava por meio do poder disciplinar e era observada em diversas entidades, como escolas, igrejas e, obviamente, prisões.

Quanto a essas últimas, aponta-se a idéia de panóptico, que é resgatada na atualidade por ser “a utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos”¹⁰⁹. Tanto o sistema penal da Idade Moderna quanto o da Contemporânea possuem em comum o enaltecimento aos três paradigmas que sustentam o referido modelo: controle, vigilância permanente dos indivíduos como medida de segurança e correção dos mesmos,¹¹⁰ sucedida da neutralização nos casos de inviabilidade de recuperação.

Cotidianamente, observam-se exemplos dessa assertiva: diante da sensação generalizada de insegurança os indivíduos trancam-se em suas casas, rodeadas por muros altos e cercas elétricas, fixando uma distância intransponível com os demais.

¹⁰⁷ FOUCAULT. Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009, pp. 79-81.

¹⁰⁸ FOUCAULT. Op. cit., p. 82.

¹⁰⁹ FOUCAULT. Op. Cit., p. 87.

¹¹⁰ FOUCAULT. Op.cit., p. 103.

Bauman analisa essas situações como decorrências do medo ao que é estranho, uma vez que a imprevisibilidade de suas reações invocam uma sensação de insegurança, que coincide com a interiorização dos novos riscos. Sentido no plano individual, os medos contemporâneos criam a necessidade de construir o isolamento e a fortificação dos lares, desfalcando a idéia de segurança pública relacionada a medidas dirigidas a comunidade como um todo¹¹¹.

A diferença humana funciona como critério de seleção utilizado pelo próprio sistema penal na contemporaneidade a fim de classificar cidadãos, de um lado, e inimigos, de outro. Bauman doutrina que a prisão é a forma mais radical de isolamento de sujeitos que são destacados do meio social como medida de contenção:

A separação espacial que produz um confinamento forçado tem sido ao longo dos séculos uma forma quase visceral e instintiva de agir a toda diferença e particularmente à diferença que não podia ser acomodada nem se desejava acomodar na rede habitual das relações sociais [...] O isolamento é a função essencial da separação espacial. O isolamento reduz, diminui e comprime a visão do outro¹¹².

A ambivalência no tratamento de traficantes e de consumidores retrata com precisão a crise de funções do sistema penal atual. No combate ao tráfico ilícito, o Estado adere à guerra contra as drogas que é imposta como exigência internacional e pressupõe a desvirtuação da atividade policial que se assemelha a milícias. A polícia utiliza a suposta emergência como subterfúgio para cometer atos abusivos, principalmente, nas periferias urbanas, o que resulta na “assombrosa participação estatística de jovens pobres [...] na população penitenciária.”¹¹³

Há muito se desmistificou a função corretiva e ressocializadora das penas privativas de liberdade¹¹⁴, restando ainda dúvidas sobre outras sanções penais instituídas pela Justiça Terapêutica, especialmente, quanto à questão do consumo de drogas ilícitas. Criticam-se as táticas de redução de dano por consistirem em medidas de questionável eficácia do ponto de vista médico e social, conforme se verá adiante, e ainda por representarem uma forma de neutralização e estigmatização.

De uma forma geral, pode-se concluir que a partir da década de 90, o Brasil adota o modelo neoliberal que provocou severas conseqüências como, por exemplo, a “desaceleração econômica acompanhada da destruição de segmentos inteiros de nosso parque industrial, desemprego massivo, flexibilização de garantias trabalhistas, incremento de subempregos e o

¹¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 55.

¹¹² BAUMAN.ºOp. cit., p. 114.

¹¹³ BATISTA, Nilo. **Novas tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 89.

¹¹⁴ Refere-se claramente as teorias abolicionistas que realizaram diversas críticas pertinentes ao modelo prisional, negando sua legitimidade por meio de diversos argumentos.

desmonte de programas assistências públicos.”¹¹⁵ Esses acontecimentos foram traduzidos para o direito penal na consolidação das penas privativas de liberdade com pretensão caráter ressocializador, prestação útil a sociedade.

O novo sistema penal segue uma dualidade discursiva eis que existem dois tipos de tratamento penal distintos: o primeiro destinado aos crimes praticados por consumidores ativos, que resulta na fixação de medidas despenalizadoras, tal como aquelas previstas na Lei 9.099/95 e art. 28 da Lei 11.343/2006; o outro tipo é caracterizado por penas privativas de liberdade com finalidade neutralizadora, sendo utilizado para isolar os consumidores falhos¹¹⁶.

Essas constatações induziram a investigar os motivos que fundamentam a existência dessa dualidade de tratamentos jurídicos, incluindo a temática do isolamento, fenômenos comuns à sociedade contemporânea. Verifica-se em ambos os casos é inevitável deparar com as repercussões jurídicas da diversidade humana, razão porque se deve verificar como o ser humano percebe outro que lhe parece diferente, e quais são as conseqüências geradas por esse embate na Ordem jurídica

2.2 Análise sobre a criminalização de condutas subculturais em confronto com as idéias de mínimo ético.

Um dos principais aspectos que ilustram a complexidade social é a existência de diversidade humana no âmbito de uma mesma comunidade. De fato, os vários grupos sociais que convivem diariamente possuem referenciais valorativos e culturais próprios, que apesar de se influenciarem entre si, mantêm-se como códigos valorativos passíveis de identificação e diferenciação.

Os códigos de valor não são oficializados, quedam-se paralelos a ordem jurídica, podendo contrariar os ditames positivados ou apresentar moldes de conduta apartados destes, não chegando a ofender as normas jurídicas. Questiona-se até que ponto essas formas de manifestação culturais, religiosas ou individuais alternativas podem ser proibidas, principalmente se considera que as ações praticadas na vida privada, individualmente ou em grupo, estão afetas a direitos fundamentais como liberdade, igualdade e expressão. Para tanto, é imprescindível que se verifique a correspondência desses direitos com a dignidade da pessoa humana.

¹¹⁵ BATISTA. Op. Cit., p. 82.

¹¹⁶ BATISTA. Op. cit., p. 82.

2.2.1 O papel da dignidade da pessoa humana na fundamentação ética dos Direitos humanos e fundamentais.

Antes de enfrentar as questões pertinentes, torna-se imprescindível entender que tantos os direitos humanos quanto os direitos fundamentais possuem em comum um conteúdo ético. Muito embora, deva-se alertar que as aludidas expressões não coincidem¹¹⁷, é certo que a fundamentação ética de ambas as espécies de direitos pode ser analisada a partir de uma perspectiva unívoca para alcançar os objetivos propostos pelo presente trabalho.

As crescentes críticas ao positivismo formalista e às suas respectivas pretensões de neutralidade, impulsionaram o desenvolvimento de propostas cujo objetivo seria o fortalecimento da relação entre a ética e os direitos humanos. Opondo-se à idéia de existência de direitos condicionada à positivação, surge a fundamentação ética segundo a qual todos os direitos humanos contemplariam valores ligados à manutenção de uma vida humana digna. De acordo com a justificação, os direitos humanos são entendidos como direitos morais que contemplam exigências éticas da sociedade e, ao mesmo tempo, direitos subjetivos que constituem a esfera jurídica de todos os seres humanos, independentemente de suas características pessoais¹¹⁸.

Nesse momento, impende-se apontar a diferença entre os direitos humanos entendidos como exigências éticas dos direitos humanos e os direitos humanos subjetivos. Quando se fala em direitos morais, na verdade, está se referindo aqueles direitos que estão diretamente ligados a dignidade da pessoa humana e, portanto, segundo os defensores da fundamentação ética, somente esses direitos morais poderiam ser elevados à categoria de direitos fundamentais¹¹⁹. A partir da respectiva positivação, as exigências éticas inerentes ao valor da dignidade humana são incorporadas como direitos subjetivos, que serão tutelados pelo poder jurisdicional estatal na medida em que este seja provocado pelos interessados.

É preciso destacar que os direitos subjetivos fundamentais, muito embora positivados, não são axiologicamente neutros, pois seus conteúdos são informados por valores ligados à

¹¹⁷ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, apesar de se utilizar direitos fundamentais e direitos humanos como expressões sinônimas, os primeiros seriam direitos reconhecidos e positivados pela ordem jurídica interna, enquanto os direitos humanos seriam aqueles constantes em documentos de direito internacional. Esses últimos teriam o atributo da supranacionalidade, podendo ser reconhecidos a quaisquer pessoas independentemente de sua vinculação com Estados soberanos. Essa tese parte do pressuposto de que os direitos humanos teriam validade universal. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2009, p. 29)

¹¹⁸ FERNÁNDEZ, Eusebio. *El problema del fundamento de los derechos humanos*. In: **Anuario de Derechos Humanos**. Ano 1, n.º 1, pp. 89-118. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complusense, 1982., p. 98.

¹¹⁹ FERNÁNDEZ. Op. cit., p. 99.

dignidade da pessoa humana, bem como exigências éticas históricas. Então, admite-se que a fundamentação ética é anterior ao direito positivo e, por tal motivo, deveria integrar uma filosofia dos direitos humanos e não a ciência do direito, como pretendiam os jusnaturalistas¹²⁰.

Frente a essas constatações, pode-se estabelecer que tanto os direitos humanos quanto os fundamentais possuem um conteúdo valorativo e, superando os pressupostos do formalismo, esse caráter axiológico não prejudica sua juridicidade. Pelo contrário, as exigências valorativas impostas pelos indivíduos de uma sociedade mostram-se inevitavelmente como fonte material para as pautas jurídicas.

Considerando os valores e situações relevantes no contexto da intersubjetividade, Habermas explica que os direitos morais são oriundos de obrigações jurídicas recíprocas entre os indivíduos que são dotados de direitos subjetivos. O Direito criará os instrumentos necessários à adequada tutela das liberdades subjetivas e, por isso, “uma comunidade jurídica – sempre localizada no espaço e no tempo – protege a integridade de seus membros apenas desde que aceitem o status (gerado artificialmente) de portadores de direitos subjetivos.”¹²¹

Diante desse contexto, pergunta-se: como estabelecer uma hierarquia entre os direitos humanos com base na idéia de dignidade da pessoa humana, considerando a amplitude semântica desse termo? Esse questionamento toma especial relevância quando se cogita a possibilidade de se encontrar um conteúdo mínimo para a dignidade humana, de modo que o núcleo de direitos básicos dela oriundos fosse passível de universalização.

Para melhor responder à pergunta, convém mencionar a principal mudança de paradigma ocorrida no século XX em matéria de direitos humanos e fundamentais: o resgate da dignidade da pessoa humana no campo jurídico. Conforme se sabe, durante o segundo pós-guerra, com a declaração dos direitos humanos de Viena de 1948, os países soberanos se debruçaram sob a discussão da importância de se defender os direitos humanos, não somente no âmbito interno de seus territórios, mas estendendo o manto protetivo ao plano internacional. A proteção internacional de direitos humanos titularizados pelos indivíduos se assentaria na consideração da pessoa física como ator no direito internacional, ainda que uma minoria sustente a tese de que o indivíduo seria efetivamente sujeito de direito. Obviamente, o resguardo internacional dos direitos humanos conduziu a mitigação da idéia de soberania

¹²⁰ FERNÁNDEZ. Op. cit., pp. 100 - 101

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 145

estatal absoluta¹²², sem a qual o mencionado tratado internacional careceria de efetividade mínima¹²³.

No âmbito do direito interno, a incorporação dos valores no Direito ganhou notabilidade com as decisões das cortes constitucionais alemã e norte-americana, que, sinteticamente, admitiam a influência de valores no momento da interpretação das normas constitucionais. No Brasil, aponta-se a Constituição Federal de 1988 como a representação jurídica máxima na consagração do regime democrático, elegendo a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos. Inserida na Ordem Constitucional Brasileira, a dignidade constitui o princípio orientador dos direitos fundamentais, devido à sua qualidade de norma embaçadora e informativa de todo o Direito.

Nesse contexto, verifica-se que a dignidade da pessoa humana, então, foi positivada à condição de princípio fundamental¹²⁴, não devendo ser confundida com um direito fundamental já que representa um valor essencial à ordem jurídica que serve para orientar a atividade jurídica, em seus variados segmentos. Para Sarlet, o *status* conferido à dignidade proporciona uma condição maior de efetividade e eficácia¹²⁵.

A julgar pelo que foi dito, conclui-se, preliminarmente, que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais e exige o reconhecimento e proteção dos mesmos. Sendo assim, a realização da dignidade e dos direitos dela decorrentes funcionará como elemento capaz de legitimar toda a ordem jurídica.

Resta, entretanto, responder: seria possível estabelecer um conteúdo mínimo para a dignidade da pessoa humana? Além disso, esse pretense conteúdo poderia ser aceito por todas

¹²² PIOVESAN, FLÁVIA. Direitos humanos desafios da ordem constitucional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (org). **Direitos Humanos**. Vol. 1, pp. 15 a 37, Curitiba: Juruá, 2006. Disponível em: <http://books.google.com.br/books>. Acesso em 05/07/2010

¹²³ Efetividade mínima é entendida como possibilidade de adesão dos países às normas de direito internacional e, conseqüente, submissão de conflitos à apreciação de organizações internacionais como a ONU. Não se desconhece que o direito internacional não possui instrumentos coativos comuns aos utilizados no direito interno, ainda que possua outros (legítima defesa entre estados, formação de corredores humanitários, sanções políticas e econômicas) sem prejuízo da coercitividade exigida pelo direito.

¹²⁴ No tocante à conexão entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, ainda é possível ressaltar a função dessa última como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais na nossa ordem constitucional. Com a ampliação do rol de direitos fundamentais consolidados no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição de 1988, tornou-se necessário buscar os critérios para justificar a fundamentalidade das posições jurídico-fundamentais que não estão previstas no corpo textual da constituição. A fim de compatibilizar o parâmetro avaliativo ao grau de importância jurídica, a dignidade humana foi eleita como a principal diretriz material para a identificação de direitos fundamentais implícitos na ordem constitucional, independentemente de possuir cunho defensivo ou prestacional. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 71)

¹²⁵ SARLET. Op. cit., p. 79.

as sociedades e grupos sociais, independentemente de fatores culturais, econômicos e históricos?

Para melhor entender a extensão e as implicações da proposta de universalização do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana, é preciso discutir o papel da diversidade na formação do Direito e, ainda, perceber de que forma se pretende fazer com que pessoas pertencentes a setores sociais heterogêneos aceitem o aludido conteúdo. Essa é, precisamente, a temática a ser abordada no tópico posterior.

2.2.2 Diversidade humana e obstáculos à universalização consensual do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana.

Muito se discute sobre a possibilidade de estabelecer um sentido para a dignidade da pessoa humana principalmente porque as variadas visões de mundo, que podem ser até mesmo conflitantes, dificilmente podem ser compatibilizadas consensualmente.

Então, figura como pré-requisito para a discussão proposta a superação do paradigma evolucionista referente à classificação das sociedades em estágios civilizatórios, cujo critério seria a avaliação cultural local em relação aos parâmetros ocidentais europeus. Malgrado essa técnica antropológica tenha sido utilizada amplamente na Idade Moderna, atualmente, não se pode considerar as diferenças como evoluções ou involuções.

A diversidade humana é utilizada nesse trabalho como um conceito que abrange os diversos grupos culturais habitantes de uma mesma comunidade, diferentes grupos religiosos e até mesmo uma pluralidade de indivíduos que possuam em comum determinado estilo de vida que cause sua segregação de outros membros da sociedade.

Além do mais, a escolha conceitual permite que se trabalhe, razoavelmente, com o que Boaventura Santos denominou de projetos multiculturais emancipatórios ou contra-hegemônicos¹²⁶, o que se identifica com a proposta temática do presente estudo.

¹²⁶ Expressão adotada por Boaventura para designar as propostas de Lisa Lowe, David Lloyd e Pierre Bourdieu. Os dois primeiros autores examinavam como a existência da globalização hegemônica trazia uma tendência de homogeneização de culturas diversas, entendendo que a cultura seria um espaço onde ocorreriam relações dinâmicas entre os âmbitos políticos, econômicos, sociais. Nesse passo, para Lowe e Lloyd a cultura não seria encarada como um conjunto de práticas sociais diferenciadas, mas sim um campo autônomo, nos termos da sociologia bourdieusiana. (SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**, pp. 25- 68. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, p. 33)

Por outro lado, também é possível identificar a proposta de Bourdieu como um projeto emancipatório na medida em que o mesmo propõe que a cultura seria um campo marcado pela luta de classes, na sua acepção marxista, onde a classe dominante impõe sua visão de mundo social, estabelecendo sua versão como cultura legítima. Ademais, insere-se essa visão no âmbito do multiculturalismo na medida em que Bourdieu observa que a cultura é um complexo de valores, normas e práticas que são compartilhados por uma pluralidade de pessoas, havendo

Nesse ponto, vale ressaltar que os movimentos favoráveis à descriminalização das condutas típicas de grupos minoritários ou marginalizados são muito mais do que uma alternativa às normas proibitivas impostas pela cultura dominante e, muitas vezes pelo próprio sistema legal, representando, claramente, uma proposta contra-majoritária, ou, nos termos do mencionado autor contra-hegemônica.

2.2.3 Necessárias reflexões sobre a repressão do uso de drogas tornadas ilícitas diante da diversidade humana a luz da teoria do reconhecimento.

O tema proposto produz, num primeiro contato, uma dúvida: como os seres humanos percebem a diversidade, seja ela social, cultural ou religiosa? Será que é possível reconhecer em alguém estranho ou diferente sua humanidade? Esses questionamentos instigaram a busca de autores que dessem respostas condizentes, que pudessem se coadunar com a realidade da sociedade brasileira.

A partir da leitura do trabalho de Richard Rorty a respeito de direitos humanos e sentimentalidade, percebe-se que a atitude de tolerar o outro, na maioria dos casos, provém do apelo ao sentimentalismo. A esse respeito, entende o filósofo que a tolerância em relação aos agrupamentos com práticas culturais diferentes do padrão eurocêntrico não se baseia numa obrigação moral intersubjetiva e genérica, consistente no dever de respeitar todo e qualquer ser humano pelo simples fato de ostentar essa qualidade.

Ao contrário, é necessário para tanto que os indivíduos consigam se identificar mesmo que ligeiramente com essas pessoas por um longínquo elo mais sentimental do que propriamente racional. Essa conclusão está inserida na idéia professada por Rorty segundo o qual “a maioria das pessoas é simplesmente incapaz de compreender por que o fato de alguém pertencer a determinada espécie biológica seria suficiente para que o incluíssemos em certa comunidade moral”¹²⁷. Essa desconfiança e receio quanto ao que parece diferente se remete ao temor em relação ao desconhecido – medo genérico quanto aos riscos incomensuráveis tão comum nas sociedades de risco - e seguida da necessidade de estabelecer uma sensação de segurança.

De tal sorte, o ato de “tolerar” as diferenças seria uma postura comum ao imperialismo econômico que, não obstante reconhecer a multiplicidade cultural, mantém um sentimento de

inúmeras fontes de produção cultural que corresponde a variadas formas de percepção do mundo social. O autor atenta ainda para a existência de um pluralismo cultural o que implica o reconhecimento das subculturas e contraculturas. (BONNEWITZ, Patrice. **Primeiras lições sobre a Sociologia de P. Bourdieu**. Petrópolis: Vozes, 2003, pp. 94-105)

¹²⁷ RORTY, Richard. **Verdade e Progresso**. São Paulo: Manolé, 2005, p. 213.

superioridade em relação aos “outros”. Seria como dizer “ele é diferente de mim, portanto se torna inferior, indigno, selvagem”, frase esta que resume o referencial etnocêntrico comum aos indivíduos inseridos na cultura capitalista ocidental.

Sobre os reflexos da idéia de tolerância, interessante mencionar o que Karl Popper denominou de paradoxo da tolerância. Nesse sentido, argumenta que a sociedade tolerante não poderia aceitar posicionamentos intolerantes, pois do contrário seria condizente com estes últimos e como conclusão a tolerância ilimitada conduziria à intolerância¹²⁸. Exemplificativamente, imagina-se uma sociedade tolera o uso do chá de ayahuasca (vulgo Daime) por certas pessoas com finalidade religiosa, mas paradoxalmente, admite expressões de preconceito e atos violentos contra os sujeitos praticantes dessa religião, como averiguação dos materiais por autoridade policial sem ordem judicial, a identificação dos religiosos com macumbeiros, curandeiros, charlatões, drogados etc. Na verdade, ao permitir as manifestações intolerantes, essa sociedade auto-declarada como tolerante, estaria recriminando a prática religiosa em detrimento da tolerância às atitudes preconceituosas.

Aqui, entende-se que o paradoxo da tolerância demonstra a inocuidade da proposta do relativismo, se levada às últimas conseqüências. Em outras palavras, como seria possível manter íntegras e respeitadas as diversas manifestações culturais, religiosas e individuais e, ao mesmo tempo, garantir a segurança e liberdade de todos os indivíduos? A resposta induziria o ser humano racional e social a cogitar a instituição de uma nova forma de (de)organização social, que corresponderia verdadeiramente a um estado de anomia.

Segundo Boaventura Santos, não basta que as diferenças humanas sejam apenas reconhecidas e contempladas a distância, sendo útil a realização de projetos políticos, sociais e econômicos que logrem promover um tratamento igualitário dos sujeitos. Então, é aderir a um projeto político que promova o reconhecimento e o respeito das diferenças humanas¹²⁹, assim como ocorre com ações afirmativas para melhorar condições de distribuição de bens sociais a “minorias” consideradas desprivilegiadas em determinado setor social.

Destarte, a diversidade humana deve sim ser garantida na medida em que as práticas adotadas pelos variados agrupamentos humanos lograssem se adequar às exigências de liberdade e igualdade dentro da ordem democrática. Nesses termos, conclui-se que não basta

¹²⁸ POPPER, Karl. **The open society and its enemies: the spell of plato**. Vol. 1. Nova Iorque: Routledge, 2005. Disponível em: <http://books.google.com.br/books>. Acesso em 10/07/2010.

¹²⁹ SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**, pp. 25- 68. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, p. 28.

tolerar ou apenas reconhecer as diferenças numa atitude meramente contemplativa sob pena de se negar direitos fundamentais a determinados grupos sociais e indivíduos.

2.3 Contraste entre os pressupostos básicos das atitudes universalistas e relativistas sobre a dignidade humana diante de uma realidade pluralista.

Convém iniciar a explanação indicando as características essenciais das atitudes, de um lado, universalistas e, de outro, relativistas, para somente então analisar criticamente as implicações de cada uma delas.

Richard Rorty identifica o universalismo em elementos da filosofia de Platão, São Tomás de Aquino e Kant. Segundo ele, os mencionados filósofos pretendiam criar “generalizações a partir de premissas posteriores, premissas que pudessem ser reconhecidas como verdadeiras independentemente da verdade das instituições morais que elas resumem”.¹³⁰

De fato, o universalismo é uma tendência inclinada à fixação de um conteúdo válido independentemente do contexto humano considerado. Aplicar essa idéia à potencial universalização do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana seria o mesmo que afirmar tal valor possui características essenciais que podem ser assimiladas e reconhecidas homogeneamente por todo e qualquer ser humano.

Já o relativismo destaca o particularismo histórico e as diferenças sociais e culturais como óbices a formação de um conceito de dignidade, já que não se vislumbra possibilidade de consenso entre sujeitos com distâncias culturais consideráveis. Assim, para os relativistas, a delimitação semântica da dignidade deveria estar contextualizada em cada um dos âmbitos sociais e, se por acaso, um só sentido fosse adotado, isso se daria por uma imposição de uma cultura¹³¹ em detrimento de outra. De fato, admite-se que participantes de sistemas culturais diversos terão maiores problemas para entender os comportamentos sociais daqueles que pertencem a outro grupo, o que ocorre devido à visão etnocêntrica que é tão peculiar ao cidadão ocidental.

¹³⁰ RORTY, Richard. **Verdade e Progresso**. São Paulo: Manolé, 2005, p. 205

¹³¹ A complexidade do pluralismo é um desafio imposto, até mesmo, à própria conceituação de cultura, visto que variados elementos devem ser considerados, tais como condições históricas, processos de socialização, aspectos sociais, tradições e etc. Apesar dessa dificuldade na tarefa de delimitação conceitual, acredita-se que a idéia de sistema cultural, atualmente, está associada ao processo de aprendizado acumulativo que todo o indivíduo deve se submeter para entender o seu próprio meio social e se comportar conforme as expectativas, ao menos na maioria das ocasiões.

A esse respeito, Roque Laraia afirma que a reação comum e inicial ao que se apresenta como diferente será diversa à receptividade e à aceitação. Isso ocorre, provavelmente, porque aceitar algo que não lhe é próprio, poderia significar a negação de seu referencial cultural.

A nossa herança cultural, desenvolvida através de inúmeras gerações, sempre nos condicionou a reagir depreciativamente em relação ao comportamento daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria da comunidade. Por isto, discriminamos o comportamento desviante¹³²[...] O fato de que o homem vê o mundo através de sua cultura tem como consequência a propensão em considerar o seu modo de vida como o mais correto e o mais natural¹³³.

Nesse sentido, torna-se pertinente destacar que os conceitos propagados na sociedade – como dignidade, bem comum, igualdade - , sejam de origem científica ou leiga, são desenvolvidos através de métodos e critérios valorativos que tendem ao universalismo¹³⁴, exatamente porque o cientista social toma como padrão o modo de vida social no qual foi socializado.

Embasando-se na perspectiva de Bauman, na Modernidade a busca pela ordem e pelo ideal de pureza¹³⁵ interessava à sociedade devido à demanda pela solidez de referenciais sociais bem definidos que pudessem constituir um modelo apto a ser universalizado. Dentro desse padrão, a tendência purista impeliu o Estado a criminalizar condutas que fossem diferentes do padrão social estabelecido pela Ordem estatal. Observe-se que, nesse momento, todas as ações que não se enquadrassem na lógica sistemática deveriam ser excluídas e isoladas, sob pena de desestruturação da ordem estabelecida.

Contextualizando a situação descrita, impossível deixar de mencionar a contribuição do clássico “Vigiar e Punir” de Michel Foucault. Nessa obra, o autor debate a institucionalização do homem como condição para sua socialização, destacando o poder disciplinar como uma constante nas diversas instituições de controle social. Segundo ele, o poder disciplinar seria destinado a “assegurar a ordenação das multiplicidades humanas”¹³⁶. Todas as manifestações fora do padrão seriam interpretadas como deformidades que deveriam ser corrigidas e, diante da impossibilidade de disciplinamento, eliminadas.

¹³² LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 24 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 67.

¹³³ LARAIA. Op. Cit., p. 72.

¹³⁴ SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**, pp. 25- 68. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, p. 27

¹³⁵ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, pp. 163-164.

¹³⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Trad.: Raquel Ramalheite. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004. P. 179.

Tal linha de pensamento tornou o ambiente favorável à criminalização de condutas típicas de alguns grupos sociais e, até mesmo, de sociedades que preservavam algumas práticas culturais resguardadas da influência ocidental.

O rompimento com o referencial de solidez permitiu não somente a abertura ao pluralismo, como também impôs ao estudioso a consideração e reconhecimento da multiplicidade das manifestações culturais¹³⁷, religiosas e sociais.

Obviamente, as variadas visões de mundo nem sempre podem ser compatibilizadas por inúmeros motivos. Seria pertinente questionar até que ponto as manifestações culturais, individuais, religiosas e sociais seriam livremente praticadas? Conforme já se viu, o limite estabelecido seria a dignidade da pessoa humana, por mais aberta que seja a sua definição.

A dificuldade de compreender a temática interessa ao estudo da teoria dos direitos humanos e fundamentais no ponto em que se propõe a possibilidade de estabelecer um conteúdo mínimo ético que seria admitido por todos, indistintamente. Essa proposta tem como premissa a idéia de que a ética humana seria um ponto em comum entre todas as civilizações e que a manutenção do status de ser humano demandaria uma proteção jurídica que transcenderia a ordem jurídica interna de países soberanos.

Nesse viés, surge, no meio jurídico, a pretensão de universalização do conteúdo ético mínimo da dignidade da pessoa humana e esta seria elevada ao patamar de valor universal ligado a proteção da condição humana.

2.4 Indicativos para o processo de debate público e democrático sobre o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana.

De um modo geral, a diversidade humana existente não apenas no plano internacional, como também no próprio interior de um país, deve ser enfrentada pela ordem jurídica. Sob essa perspectiva, é possível admitir que a coexistência de diversos códigos de valores numa mesma sociedade merece atenção porque reflete diretamente a forma pela qual os sujeitos se relacionam entre si.

¹³⁷ Incorporando a visão plural, a Declaração Universal sobre a diversidade cultural da UNESCO em seu artigo 2: “Da diversidade cultural ao pluralismo cultural em nossas sociedades cada vez mais diversificadas, torna-se indispensável garantir uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas, assim como sua vontade de conviver. As políticas que favoreçam a inclusão e a participação de todos os cidadãos garantem a coesão social, a vitalidade da sociedade civil e a paz. Definido desta maneira, o pluralismo cultural constitui a resposta política à realidade da diversidade cultural. Inseparável de um contexto democrático, o pluralismo cultural é propício aos intercâmbios culturais e ao desenvolvimento das capacidades criadoras que alimentam a vida pública UNESCO”. **Declaração Universal sobre a diversidade cultural.** Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 19.07.2010.

As tentativas de encontrar uma norma ética universal e puramente racional, meta comum à modernidade, são paulatinamente acrescidas de outras questões. Acredita-se que, com o advento da pós-modernidade, há uma ruptura com a concepção homogênea dos direitos humanos para dar lugar a novas preocupações atreladas à diversidade.

Nesse passo, relembra-se que a convivência entre países diversos, internacionalmente, e seres humanos socializados de acordo com padrões distintos demarca a complexidade e impõe desafios a uma cooperação democrática. Esse contexto multicultural alarma preocupações acerca da possibilidade de consenso em meio às contingências próprias da intersubjetividade.

Pertinentes são as palavras de Gisele Cittadino para quem a intersubjetividade representa tanto para liberais, comunitários e críticos-deliberativos, um “marco de referência da ética e da política e imediatamente se vinculam ao tema da construção da democracia”¹³⁸.

Para John Rawls, filósofo liberal neokantiano, todo regime democrático deveria conviver com o que se denominou “pluralismo razoável”, expressão que se remete a existência de diversos interesses pessoais e pontos de vistas considerados razoáveis. Seguindo essa linha, a realização da justiça seria independente desse pluralismo de doutrinas, sejam elas políticas, religiosas ou culturais, pelo fato daquela ser marcada pela imparcialidade. Tal raciocínio se compatibiliza com o que o autor chama de sistema equitativo de cooperação, cujo funcionamento dependeria do desenvolvimento pelos indivíduos de suas capacidades morais, sendo elas a capacidade de ter um senso de justiça e a de possuir uma concepção racional do bem¹³⁹.

Deduz-se, então, que Rawls acreditava que o pluralismo razoável, referente às concepções racionais, seria compatível com a justiça na sociedade democrática. Em que pese a possibilidade de conflito entre as perspectivas individuais, o modelo liberal ora apresentado impõe o uso da razão para chegar a uma solução justa que, conseqüentemente, será neutra em relação à diversidade. Conclui-se que a teoria da justiça de Rawls se encaixa no âmbito das propostas universalistas.

Obviamente, essa teoria filosófica se refere a uma sociedade ideal e, como teoria geral de justiça, desconsidera aspectos estudados normalmente pelas ciências sociais.

Opondo-se ao liberalismo, tem-se a concepção elaborada por Michael Walzer, pensador comunitarista de influência aristotélica, segundo a qual o pluralismo comportaria

¹³⁸ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.77.

¹³⁹ CITTADINO. Op. Cit, pp. 79-81.

uma diversidade de identidades sociais e formas culturais presentes em uma mesma sociedade¹⁴⁰. Importante esclarecer que essa teoria revisita o particularismo histórico ao partir do pressuposto de que o indivíduo seria um produto cultural, que se identificaria com seus papéis sociais, quase como se fossem identidades culturais fragmentadas.

O filósofo comunitarista acaba recorrendo à tolerância diante da impossibilidade de consenso ao afirmar que seria impossível intentar dar respostas únicas, tais como se fossem verdades absolutas, em face ao particularismo histórico. Portanto, Walzer acaba assumindo uma posição relativista.

Malgrado ambas as teorias gozem de prestígio notável no meio acadêmico, acredita-se que a proposta habermasiana deve prosperar neste trabalho em razão de ser a única capaz de fornecer um entendimento razoável sobre a compatibilização das diferenças. Se de um lado, não se pode cogitar que todos os seres humanos agirão de forma racional espontaneamente, de outro, tampouco se pode permitir que as questões inerentes à garantia de direitos fundamentais não sejam solucionadas.

Na tentativa de articular as implicações do pluralismo nas sociedades democráticas, Habermas considera, de um lado, as variadas concepções individuais sobre o mundo e, por outro, o fato do ser humano viver em sociedade. Ou seja, apesar de sua individualidade, há que se perceber que o homem é um ser social. A intersubjetividade surge como uma forma de relação vertida em linguagem que permite que os sujeitos compartilhem entre si suas identidades individuais e sociais.

Outrossim, o pensamento de Habermas adéqua-se a utilização da fundamentação ética dos direitos humanos, na medida em que considera que o conceito de ética não pode se apoiar em concepções individuais e nem pode ser encontrado na “intrassubjetividade de formas de vidas compartilhadas”.¹⁴¹ Para superar as propostas liberal e comunitarista, Habermas desenvolve a ética discursiva cujos alicerces são assentados no pressuposto de que os seres humanos estão habilitados a desenvolver um diálogo¹⁴². Somente por meio do debate, guiado por critérios específicos, é que os sujeitos capazes de linguagem poderiam se articular em torno da formação racional da vontade. Esta última “pressupõe um exercício público de

¹⁴⁰ CITTADINO. Op. cit., p. 86.

¹⁴¹ Termo usado por Gisele Cittadino ao se referir a atitude etnocêntrica frente ao contraste com culturas diferentes.

¹⁴² Nesse ponto, destaca-se que a hermenêutica se referia a autoreflexão crítica e a pragmática diz respeito ao território discursivo onde se deve trabalhar até a formação de um entendimento.

discussão comunicativa, em que todos os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado”¹⁴³

Analiticamente, é possível dizer que Habermas indica formação de um consenso universalista no tocante ao conteúdo mínimo da dignidade, caso as regras do processo de formação da racional da vontade sejam plenamente realizadas. Nesse viés, a demonstração das críticas feitas às concepções opostas é necessária para reforçar os argumentos dirigidos ao convencimento sobre a razoabilidade da tese apoiada na teoria habermasiana.

Admite-se que a universalização de direitos humanos é identificada à proposta ocidental de fixar o rol de direitos humanos previstos em instrumentos nacionais como uma espécie de “invariante cultural ou transcultural”¹⁴⁴, que deveria então ser aplicado em todos os lugares independentemente das particularidades locais. Ressalva-se que a tese universalista aqui sustentada guarda correspondência com um embasamento ético de direitos humanos.

Tomada a diversidade como principal paradigma pós-moderno, já não se considera mais a possibilidade de universalizar normas e valores de forma imparcial e segura¹⁴⁵. Ao contrário do que pretendiam os racionalistas, a visão própria à pós-modernidade pressupõe a diversidade e perenidade dos fenômenos sociais. Sobre esse ponto, é importante destacar o trecho extraído da obra de Bauman:

A pós-modernidade, pode-se dizer, é a modernidade sem ilusões (o oposto disso é que a modernidade é a pós-modernidade que recusa aceitar sua própria verdade). As ilusões em questão concentram-se na crença de que a confusão do mundo humano não passa de um estado temporário e reparável, a ser substituído, mais cedo ou mais tarde, pelo domínio do ordenado e sistemático da razão. A verdade em questão é que a confusão permanecerá, o que quer que façamos ou saibamos, que as pequenas ordens ou sistema que cinzelamos no mundo são frágeis, temporários, e tão arbitrários e no fim tão contingentes como suas alternativas¹⁴⁶.

Ainda que não se entenda no mesmo sentido, impende-se perceber que a tese universalista proposta pelos jusnaturalistas – e, diga-se, desprovida de um referencial ético – não pode ser imposta aos povos, até mesmo porque o simples uso da razão no âmbito individual não funciona como um mecanismo totalmente eficaz para encontrar o conteúdo de valores, supostamente universais. Como se sabe, cada sociedade pode entender suas necessidades conforme suas práticas culturais e, por esse motivo, tendem a não aceitar plenamente uma imposição unilateral.

¹⁴³ CITTADINO. Op. cit., p. 93.

¹⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos . In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**, pp.429-462. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, p. 439.

¹⁴⁵ BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica e Profissional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 77.

¹⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997, pp. 41-42.

Portanto, descarta-se, inicialmente, a imposição do conteúdo dos direitos humanos como solução coerente. Embora seja necessário que os direitos humanos e sua aplicação nas diferentes sociedades seja submetida a um processo racional, este último deve ser precedido de uma discussão entre os sujeitos, o que possibilitará a participação dos grupos sociais diversos na decisão.

Nesse momento, frisa-se que o princípio da universalização deve ser utilizado como regra na discussão de questões práticas, como forma de garantir a imparcialidade dos resultados. Então, dado que os participantes do debate são livres e iguais para apresentar suas propostas racionais, o consenso deverá ser justificado pelos argumentos que possuam maior poder de convencimento.

Constata-se, então, que Habermas acredita que os indivíduos são capazes da autocrítica e, portanto, podem modificar suas posições iniciais por meio do convencimento pelo melhor argumento. Portanto, o princípio da uniformização serve como um ambiente de interligação entre as expressões culturais¹⁴⁷.

Voltando ao constante debate entre universalistas e relativistas, destaca-se que Boaventura Santos entende que a divergência é apenas aparente considerando que tanto o relativismo cultural como o universalismo seriam posições filosóficas incorretas¹⁴⁸. Nesses termos, o autor justifica seu posicionamento da seguinte maneira:

Contra o universalismo, há que propor diálogos interculturais sobre preocupações isomórficas, isto é, preocupações convergentes ainda que expressas em linguagens distintas e a partir de universos culturais diferentes. Contra o relativismo, há que desenvolver critérios que permitam distinguir uma política progressista de uma política conservadora de direitos humanos, uma política de capacitação de uma política de desarme, uma política emancipatória de uma política regulatória.¹⁴⁹

Com as devidas ressalvas, percebe-se que os posicionamentos relativistas, se levados às conseqüências extremas, possuem pouca relevância para o que realmente importa para a sociedade: a defesa da condição digna e a proteção dos direitos humanos. Se, por um lado, a posição universalista jusnaturalista exclui a perspectiva multicultural, resultando em uma imposição unilateral de valores, de outro, a concepção relativista não traz uma solução prática no tocante ao alcance de um conteúdo mínimo para a dignidade da pessoa humana, o que representa um enorme obstáculo para a proteção dos direitos humanos e fundamentais.

¹⁴⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 96.

¹⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**, pp.429-462. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003, p. 441.

¹⁴⁹ SANTOS. Op. cit., p. 441

Cabe discutir se a viabilidade da tese de acordo com a qual a universalização do fundamento ético dos direitos humanos estaria isenta de condicionamentos sociais e culturais por ser encontrado pelo uso da racionalidade.

Eusébio Fernandez propõe que a pretensão de universalização apenas será concretizada em um momento histórico definido¹⁵⁰, o que indica que essa concepção considera que todas as civilizações passam por um processo linear no tocante ao reconhecimento dos direitos humanos.

No âmbito da antropologia e ciências afins, há muito se nega a linearidade histórica, justamente por se reconhecer que os fatos culturais vivenciados por diferentes sociedades proporcionam a formação de agrupamentos sociais heterogêneos, com organização e práticas peculiares. Assim, não há como estabelecer etapas estáticas de desenvolvimento humano a serem atingidas com o passar do tempo, sob pena de se ignorar a própria dinâmica da coexistência humana.

Portanto, esse primeiro argumento não é levado em conta para as conclusões deste trabalho, tanto por não se adequar ao referencial teórico utilizado tanto porque relembra o dilema do particularismo histórico, comum ao pensamento comunitarista sobre justiça, já refutado com base na reflexão sobre a ética encontrada em Habermas.

Por meio do uso retórico dos pressupostos da fundamentação ética dos direitos humanos, Fernandez apresenta uma justificação racional para os direitos humanos com a finalidade de se adequar aos moldes cartesianos modernos. Segundo ele, os direitos humanos poderiam ser encontrados por aquele que fizesse o uso da razão, e apesar de não expressar essa intenção, aponta argumentos favoráveis a universalização dos referidos direitos¹⁵¹ ao afirmar que estes últimos são vistos como algo desejável e importante para o desenvolvimento da vida humana. Por isso, os indivíduos conseguiriam concluir racionalmente que esses direitos existem na sociedade por um motivo, que seria a manutenção da estabilidade social, já que a eleição dos valores por eles contemplados é baseada em critérios racionais. Devido à racionalidade do processo de escolha de valores, acredita na possibilidade de se estabelecer um consenso por meio do convencimento de outras pessoas no sentido de que os direitos humanos devem ser respeitados¹⁵².

¹⁵⁰FERNÁNDEZ, Eusebio. El problema del fundamento de los derechos humanos. In: **Anuario de Derechos Humanos**. Ano 1, n.º 1, pp. 89-118. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 1982, p. 106

¹⁵¹FERNÁNDEZ. Op. cit., pp. 96 e ss.

¹⁵²FERNÁNDEZ. Op. cit., pp. 104-105

Na visão do autor, a utilização de artifícios racionais tornaria viável a formação de um consenso sobre o conteúdo mínimo da dignidade, a despeito dos diferentes referenciais culturais dos sujeitos. O consenso racional pretendido não deve ser pautado em critérios alheios aos moldes democráticos, motivo porque se volta aos recursos descritos por Habermas ao tratar do processo de uso público da razão tendente ao consenso.

Sem pretender esgotar a análise sobre a teoria da ação comunicativa habermasiana, deve-se elencar alguns elementos importantes para o processo de formação do consenso. Primeiramente, pressupõe-se que os indivíduos envolvidos tenham um objetivo em comum, qual seja, a formação de um consenso. Além disso, os sujeitos devem estar livres de coação e, ainda, ostentarem condições de igualdade no que se refere à divulgação de seus argumentos.

A esse respeito, Cittadino afirma que:

ao basear a legitimidade do direito nos procedimentos democráticos de elaboração legislativa, Habermas revela o seu compromisso com o processo de político deliberativo, no qual o debate argumentativo assegura a formação de vontade de cidadãos plenamente autônomos, capazes de autorrealização e de autodeterminação.¹⁵³

Então, a conclusão lógica que se chega é que o conteúdo ético não precisa ser imposto, pois essa atitude não é adequada a uma postura reconhecedora da diversidade humana. Dessa forma, refuta-se a crítica etnocentrista no tocante a universalização do conteúdo ético da dignidade, tendo em vista que se defende que este deve ser fruto de um consenso.

Conforme foi dito, o consenso deve ser precedido de um processo de deliberação entre os sujeitos humanos que trarão à publicidade suas pretensões e projetos, sendo os mesmos considerados e debatidos. Somente os argumentos mais fortes, ou seja, aqueles que consigam induzir ao convencimento, serão acolhidos, independentemente das qualidades individuais daquele que os elaborou.

Finalmente, entende-se que a proposta universalista democrática apresentada é adequada ao estudo das manifestações culturais da subcultura, sendo imprescindível para as considerações feitas a seguir.

2.5 Considerações sobre os Direitos humanos, com ênfase à liberdade de expressão comportamental individual, nas sociedades multiculturais.

Conforme foi visto, o reconhecimento das diferenças humanas é um dos pressupostos para estabelecer os parâmetros da igualdade material entre os cidadãos, não somente no

¹⁵³ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p.173

tocante à distribuição de bens sociais, assunto este explorado com afinco pelas diversas teorias filosóficas da justiça, como também importa para a definição de políticas públicas, incluindo-se aqui a política criminal.

Outrossim, observa-se que a Constituição Federal vigente contempla os direitos culturais, que se qualificam juridicamente como direitos fundamentais não expressos no texto constitucional. Dentre os direitos culturais, encontra-se a liberdade de expressão cultural deduzida da leitura do art. 5º, inciso IX combinado ao artigo 3º, inciso IV, ambos extraídos da Carta Magna de 1988, que trata da proteção do indivíduo contra discriminação. A liberdade de manifestação cultural é um pressuposto para a participação democrática dos indivíduos que tenham interesse em exigir a execução de políticas públicas que promovam a diversidade e coíbam atitudes intolerantes¹⁵⁴.

A Constituição brasileira também eleva à categoria de direitos e garantias fundamentais as liberdades religiosa e a de consciência, no art. 5º, inciso VI, juntamente com a inviolabilidade da vida privada, resguardando as condutas individuais que não ultrapassem a esfera da intimidade pessoal, conforme de lê no inciso X do mesmo dispositivo.

Apesar de haver previsão constitucional garantidora, a política criminal transnacional de drogas revelou preconceito e discriminação frente às diversidades humanas, ao ignorar, por muito tempo, a idéia de códigos valorativos distintos que seriam legítimos dentro dos parâmetros do Estado Democrático.

Desde a década de 50, constata-se o interesse criminológico no pluralismo, o que fomentou a criação de teorias criminológicas da subcultura¹⁵⁵ que tentavam explicar a existência simultânea de diferentes códigos de valores vigentes em certos grupos sociais. Ao contrário do que se pensava, alguns comportamentos típicos de uma classe de indivíduos que fossem paralelos ou contrários ao código de valores contemplado pelo Direito não são caracterizados pela ausência de conteúdo axiológico, mas consistem, na realidade, num outro sistema de normas e valores próprio a um conjunto de pessoas¹⁵⁶.

As condutas culturais praticadas por minorias representam a desconcentração dos padrões morais, o que torna imprescindível distinguir os conceitos de cultura, contracultura e

¹⁵⁴ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e direitos fundamentais culturais. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 16, n.º 63, São Paulo: revista dos tribunais, pp.30-42, abr./jun.º 2008

¹⁵⁵ Essas teorias da subcultura surgiram como forma de contrapor a teoria da anomia proposta pela Escola Ecológica de Chicago caracterizada pela influência da obra de Durkheim. Essa última teoria entendia que o crime seria uma negativa dos valores vigentes na sociedade e que o aumento da delinquência provocaria na sociedade uma situação de anomia em que os cidadãos já não saberiam mais quais os valores e normas vigentes e legítimos, o que, em última análise, geraria o caos social.

¹⁵⁶ GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos e introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 268

subcultura no âmbito da Criminologia. De tal sorte, utiliza-se a expressão “cultura” para designar o código de valores contemplado pela ordem jurídica estabelecida. Obviamente, não se está afirmando que a partir do direito positivo é possível deduzir todos os matizes da cultura, mas sim se limita a sustentar que as leis de um Estado refletem um padrão cultural socialmente aceito como legítimo e como referencial para a maioria dos cidadãos.

É certo que o Direito, como instituição social, reflete as práticas culturais de certa sociedade, bem como contemplam valores característicos de um grupo social dominante¹⁵⁷.

Em síntese, na linha do pensamento sociológico sustentado por Bourdieu, “o Direito é um sintoma cultural, ou seja, é uma manifestação externa de uma cultura subjacente, na qual o jurista, o legislador e o juiz estão inseridos e por ela são influenciados”¹⁵⁸.

Nesse sentido, quando se fala que o Direito reflete o código de valores predominantemente aceito por uma sociedade, é necessário também verificar que a sua legitimidade está ancorada nos próprios alicerces do regime estatal de participação política. Em outras palavras, se o Estado adota a democracia, os meios de eleição desse código deverão ser adequados às normas impostas para a manutenção do aludido regime. A submissão desses juízos axiológicos à lógica jurídica advém da necessidade de que o conteúdo dos direitos não seja apenas aceito pelos seus destinatários, mas que efetivamente seja objeto de reconhecimento como uma ordem normativa considerada legítima pela sociedade.

Por sua vez, a contracultura é informada por um complexo de valores diametralmente opostos ao padrão cultural socialmente aceito. A oposição dá-se de maneira que a manifestação contracultural ofende os valores consolidadas no mundo jurídico, correspondendo à negação dos mesmos.

Por fim, a subcultura é um código de valores paralelo a cultura, convivendo sem contrariar o padrão socialmente aceito. Geralmente, as atitudes subculturais são identificadas como condutas marginais, podendo ser repreendidas como ofensas leves a certas práticas culturais, como a etiqueta ou a moda, ou até mesmo vistas como modos alternativos de vida. Por essa razão, no senso comum costuma-se confundir a contracultura com a subcultura.

¹⁵⁷ Essa visão pode ser explicada a partir da doutrina sociológica estruturalista de Bourdieu, cuja inspiração parte das obras da Lingüística de Saussure, passando por Durkheim e Marx. O mencionado autor possui notável contribuição no tocante à relação entre cultura e Direito, principalmente em razão do método adotado que parte do princípio durkheimiano segundo o qual “o social se explica pelo social”. Nessa esteira, Bourdieu enfatiza principalmente que a cultura é um capital produzido num campo particular, sendo entendida como um complexo de valores, normas e práticas que são compartilhados por uma pluralidade de pessoas. Dito isto, a maior lição que se pode extrair a partir da leitura bourdesiana sobre a cultura é o fato de que seus elementos são uma expressão do sistema de poder vigente no Estado.

¹⁵⁸ FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 27.

Retoma-se a sociologia de Bourdieu que considera a existência do pluralismo e, conseqüentemente, comporta as noções criminológicas sobre as subculturas e as contraculturas. Segundo ele, o campo cultural é autônomo e funciona basicamente como um mercado: os produtores de culturas (aqui se refere também as contraculturas e subculturas) devem construir os códigos simbólicos organizados em diferentes sistemas culturais. O conjunto desses códigos é autônomo já que necessita estruturar as relações sociais. A sociedade contemporânea abarca inúmeras fontes de produção cultural que correspondem a diferentes esquemas de percepção do mundo.

Dada a complexidade e aproximação aparente dos conceitos de subcultura e contracultura, a política criminal acabou assimilando algumas percepções equivocadas. Por conseguinte, passou-se a criminalizar determinadas condutas, comumente praticadas por indivíduos marginalizados, sem avaliar devidamente se apresentavam potencialidade ofensiva aos valores culturais contemplados na ordem constitucional.

Como exemplo disso, comumente se aponta o processo de criminalização do uso de substâncias psicoativas tornadas ilícitas. Sinteticamente, pode-se afirmar que o consumo de substâncias como maconha e folha da coca era uma tradição em muitas sociedades sul-americanas. Outrossim, a difusão da política proibicionista norte-americana no final da década de 30 acaba influenciando a criminalização da mencionada conduta no Brasil, anos depois com o Decreto-Lei n.º 385/68. Como o uso de maconha e outros alucinógenos eram marcadamente condutas associadas aos participantes de movimento de contestação do regime, a tipificação do consumo era a medida mais lógica a ser adotada pelo governo ditatorial. Acompanhado de estigmas tão conhecidos e difundidos na sociedade, o dependente acaba sendo encaixado arbitrariamente em um contexto contracultural, sem que antes fosse avaliada a ofensa ou ameaça aos bens jurídicos alheios.

A corrente criminológica abolicionista aponta alguns critérios para descriminalização de condutas e, dentre estes, está a contra-indicação de tornar fatos típicos condutas freqüentes ou comuns entre uma considerável quantidade de pessoas, associando esses comportamentos a uma subcultura. Esse ditame foi, posteriormente, denominado como princípio de respeito às autonomias culturais por Baratta, também vinculado à corrente abolicionista, segundo o qual se vedaria a criminalização de condutas culturais socialmente aceitas por determinado grupo social.¹⁵⁹

¹⁵⁹ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 118 e 120.

Esses posicionamentos são importantes porque elaboram críticas ao funcionamento das instâncias estatais, incluindo aquelas encarregadas da política criminal, não obstante, mostrem pouca, ou nenhuma, preocupação em apontar soluções razoáveis a serem tomadas dentro do contexto da ordem estabelecida. Entretanto, as críticas abolicionistas permitem a visão alternativa e, assim, refutar os dados extraídos de uma realidade que é apresentada como a única possibilidade conciliável com a manutenção da ordem.

Num primeiro momento, o problema do uso de drogas ilícitas poderia ser encaixado como um comportamento subcultural que não afeta nenhum dos direitos fundamentais e, por isso, estaria respeitado o limite imposto às expressões individuais ou coletivas, qual seja o respeito à dignidade humana. Além do mais, poderia se argumentar que o uso de entorpecentes, ao lado do consumo de substâncias alcoólicas, é uma opção de vida aceita pelo indivíduo consciente e plenamente capaz de entender as eventuais conseqüências de seus atos. Esse entendimento já foi aceito por países como Holanda, México e, recentemente, pela Argentina com o caso Arriola Sebastián e outros¹⁶⁰.

Seguindo os conselhos de Arthur Schopenhauer¹⁶¹, sabe-se que a questão não é resolvida de forma tão simples, pois para comprovar a força de uma proposta é preciso demonstrar argumentos que possam ser entendidos e aceitos pela maior parte de leitores, incluindo, nesse caso, aqueles que não compartilham de uma visão garantista no Direito Penal.

Diante desse contexto, admite-se que, muito embora haja múltiplas expressões culturais, apenas os valores culturais admitidos pela ordem democrática serão considerados legítimos por uma sociedade. Evidentemente, cogita-se a existência de outros valores e interesses diversos que se remetam a necessidades e manifestações comuns a determinados grupos sociais.

Nesse momento, é indispensável retomar o pensamento de Habermas no tocante as lutas pelo reconhecimento. De acordo com seus ensinamentos, as identidades culturais coletivas que desejem ser reconhecidas estão interessadas em participar na definição de seus destinos. Contudo, essa pretensão não será acatada com facilidade, pois:

A situação é diferente quando se trata da luta de minorias étnicas e culturais pelo reconhecimento de sua identidade coletiva. Como esses movimentos de emancipação também visam à superação de uma cisão ilegítimas da sociedade, a autocompreensão da cultura majoritária pode não sair ileso [...] quanto mais profundas forem as diferenças religiosas, raciais ou étnicas, ou

¹⁶⁰ O caso argentino será estudado no capítulo 5 deste trabalho.

¹⁶¹ Menção à obra “Como vencer um debate sem precisar ter razão”.

quanto maiores forem os assincronismos histórico-culturais a serem superados, tanto maior será o desafio¹⁶².

O desafio impostos ao reconhecimento das subculturas se dirige não somente as minorias culturais, mas principalmente a instituição do Direito. Afinal, as pretensões manifestadas passaram a figurar como pauta material para a mudança ou inclusão de legislações.

Nesse viés, lembra-se que, ao trabalhar com a idéia de legalidade, Habermas apresentava suas conclusões sobre a necessidade de reconhecimento da ordem jurídica, afirmando que a validade das normas que a integram está ligada a sua legitimidade. Assim, a norma jurídica deveria ser respeitada não apenas pela possibilidade de coação, mas também porque os indivíduos consideram que as mesmas são legítimas. Sobre essa última questão, o filósofo aponta a soberania popular e os direitos humanos como aspectos a serem considerados na avaliação sobre a legitimidade do direito positivo: de um lado a soberania impunha a realização de um procedimento específico para a tomada de decisões legítimas no Estado democrático; por outro, os direitos humanos serviriam como instrumentos protetivos das liberdades individuais¹⁶³.

É necessário esclarecer que Habermas desenvolveu seus estudos sobre fundamentação ética dos direitos humanos adotando uma das premissas de sua teoria do discurso, qual seja “devem almejar legitimidade exatamente aquelas regulamentações com as quais todos possivelmente atingidos poderiam concordar como participantes dos discursos racionais”¹⁶⁴. Para chegar ao consenso, seria necessária a realização de um procedimento democrático que apenas poderia ser iniciado se os indivíduos participantes possuíssem congruentes condições para expressar seus atos comunicativos, o que pressupõe a garantia de direitos políticos civis e, não apenas acesso às liberdades clássicas¹⁶⁵.

Além da contribuição quanto à participação democrática, deve-se mencionar também a compreensão de Habermas sobre o sistema de direitos fundamentais, principalmente no que pertine aos seus titulares no contexto do pluralismo. Afirma ele que o sistema de direitos de inspiração liberal tem como principal característica a preocupação com o indivíduo, visto como sujeito de direitos subjetivos. Nesse ponto, ressalta-se uma importante especificidade dessa teoria: a individualização dos sujeitos é feita de forma intersubjetiva. Essa premissa está

¹⁶² HABERMAS, Jürgen.° **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 247.

¹⁶³ HABERMAS, Jürgen.° **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, pp. 145-146

¹⁶⁴ HABERMAS. Op. Cit., p. 147.

¹⁶⁵ HABERMAS. Op. Cit., pp. 148-149.

de pleno acordo com o desenvolvimento das implicações das autonomias privadas e públicas, consoantes com a aplicação do imperativo categórico.

Igualmente, acredita Habermas ser imprescindível a manifestação organizada das minorias culturais, em razão da necessidade de representação pública dos interesses do grupo social. Nesse sentido, reafirma a importância da luta dos sujeitos atingidos pelo tratamento estatal considerado inadequado, pois entende que essa é a única forma de que os mesmos possam justificar publicamente suas necessidades¹⁶⁶. Nas palavras do filósofo do direito:

[...] os sujeitos privados do direito não poderão sequer desfrutar das mesmas liberdades subjetivas enquanto não chegarem ao exercício conjunto de sua autonomia como cidadãos do Estado, a ter a clareza quanto aos seus interesses e parâmetros autorizados, e enquanto não chegarem a um acordo acerca das visões relevantes segundo as quais se deva tratar como igual o que for igual e desigual o que for desigual.¹⁶⁷

Diante do que foi dito, é indubitável que os sujeitos que aderem a práticas subculturais devem ir à luta, dando publicidade aos seus argumentos racionais. Se estes forem fortes suficientemente e articulados com dados científicos, haverá maior possibilidade de convencimento pelos demais sujeitos que não compartilhem do mesmo referencial cultural.

A possibilidade de inserir suas pretensões nas pautas jurídicas é um meio de legitimar racionalmente as diversidades humanas. Novamente, retoma-se que o limite para a aceitação das propostas contra-hegemônicas é a garantia da dignidade da pessoa humana, entendida a partir de um referencial ético. Reconhecidamente, essa idéia é universalista, contudo possui um viés democrático inegável. Nesse ponto, é preciso tomar o ensinamento de Habermas segundo o qual o universalismo não pode ser entendido como uma forma de equilibrar abstratamente as peculiaridades culturais e sociais¹⁶⁸.

Entende-se, pois, que o universalismo realmente não busca o equilíbrio entre as diversidades, até porque alguns códigos de valores serão sacrificados a fim de evitar uma situação caótica. Assumidamente, esclarece-se a solução a ser apontada frente ao dilema entre, de um lado, possibilitar a manifestações de práticas contrárias à ordem instituída, permitindo a anomia, e, de outro, restringir as condutas ofensivas à dignidade sob pena de ser etnocêntrico: dá-se preferência à restrição fundamentada de expressões contraculturais, como forma de proteger a integridade dos direitos humanos.

¹⁶⁶ HABERMAS, Jürgen.° **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002,p. 245.

¹⁶⁷ HABERMAS. Op. Cit., p. 242.

¹⁶⁸ HABERMAS. Op. Cit., p. 245

A solução universalista democrática aqui descrita visa, na verdade, estabelecer um consenso sobre os valores norteadores do Direito, de forma a impedir a desordem social e manter, ao menos, as condições de cidadania para todos.

De tal sorte, não se deve aceitar que o exercício dos direitos culturais, religiosos e individuais possam ofender significativamente a esfera jurídica de outrem. Essa afirmação decorre do dever do Estado Democrático de direito de proteger os cidadãos contra ameaça ou ofensa a seus direitos fundamentais, resguardando o valor mais relevante para a humanidade que é a dignidade da pessoa humana.

Malgrado a postura universalista não esteja isenta de críticas, é preciso afastar a atitude relativista em virtude da pretensão de proteger o ser humano contra agressões aos seus direitos. Mesmo que essa tentativa seja, eventualmente, interpretada como uma forma de etnocentrismo, acredita-se que é possível encontrar um referencial ético universalmente válido.

Habermas foi eleito como o principal referencial teórico devido a sua teoria sobre a formação racional da vontade, cujo pressuposto é a existência de um diálogo entre sujeitos capazes de linguagem e autocrítica. A partir dessa discussão, a força dos argumentos deverá garantir a imparcialidade das soluções apontadas como resultantes de um consenso.

Esse processo de debate compatibiliza-se, em absoluto, com o regime democrático e com os principais ditames constitucionais, que informam os objetivos e fundamentos a serem concretizados por um Estado Democrático de Direito.

Então, resta considerar legítima toda a expressão coletiva ou individual que não ofenda a ordem estabelecida. Essa afirmação leva a duas conclusões: a primeira delas, demonstra-se que o jurista deve despir-se de preconceitos como forma de evitar uma atitude discriminatória fundada em argumentos irracionais; em segundo lugar, a não contrariedade a ordem constitucional permite o reconhecimento das manifestações subculturais.

Muito embora as subculturas sejam, freqüentemente, confundidas com as contraculturas em razão da política criminal imposta por compromissos internacionais, deve-se atentar para a potencial ofensa aos bens jurídicos protegidos. Caso se constate a ausência de ameaça ou dano a dignidade alheia, não há motivos para encaixar uma conduta como contracultura.

Finalmente, aposta-se na mobilização dos grupos sociais subculturais no sentido de tornarem legítimas as práticas não ofensivas à ordem democrática. A veiculação de suas pretensões por meio de linguagem adequada e argumentação racional será capaz de modificar o tratamento jurídico etnocêntrico e baseado em falsos pressupostos sociológicos.

Conforme já se sustentou no presente capítulo, o direito penal contemporâneo deve tutelar algumas condutas arriscadas, até mesmo quando, pertençam a contextos diversos, desde que se considere que sua prática coloque em perigo bens jurídicos relevantes. Isso impõe que os limites da tutela penal dessas condutas perigosas sejam analisados por meio de uma concepção constitucional sobre o bem jurídico penal protegido por esses tipos objetivos, motivo porque se remete o leitor ao próximo capítulo.

3 A PROBLEMÁTICA DO ENFOQUE DA DOGMÁTICA PENAL TRADICIONAL NO CONCEITO DE BEM JURÍDICO COLETIVO TAL COMO ADOTADO NOS DELITOS INSERIDOS NA LEI N.º 11.343/2006.

Nesse momento, analisar-se-á as implicações da despenalização do consumo de drogas ilícitas no Brasil com o fito de compará-las às possíveis conseqüências advindas da descriminalização da referida conduta. O enfrentamento do tema buscará como parâmetro principal a idéia de expansão desarrazoada das pautas penais e da inefetividade de vincular à aplicação das sanções ao Sistema Penal. De tal sorte, a descriminalização das drogas tornadas ilícitas será apontada como solução racional e compatível com o modelo de Estado Democrático de Direito.

3.1 O papel do Bem jurídico na Dogmática Penal.

Seria impossível discutir a função do bem jurídico para o desenvolvimento da dogmática penal sem questionar qual é a função do Direito penal, eis que o objeto da tutela da norma penal é um pressuposto para o estudo dogmático. Essa temática, na atualidade, tem ganhado espaço em virtude, principalmente, das mudanças sociais, políticas, econômicas e jurídicas ocorridas na Idade Contemporânea, principalmente no que concerne às novas funções assumidas pelo Direito Penal.

A discussão sobre as tarefas atribuídas ao Direito Penal toma especial importância nas sociedades periféricas sul-americanas que são marcadas por problemas sociais gerados pelo crescimento descontrolado e desorganizado da população e pelo processo de exclusão social. Sob uma perspectiva sociológica, é possível sustentar que os indivíduos, atualmente, se encaram como “pessoas anônimas” o que provoca um processo semelhante à despersonalização, caracterizado pela compreensão de que o outro coincide apenas com o seu papel social e, ignorando-se sua visão como pessoa¹⁶⁹.

Esse processo comum às sociedades de risco importa na imposição de um forjado consenso imposto pela maioria, o que se externa como uma homogeneização simbólica de interesses¹⁷⁰. Ignorando as necessidades dos indivíduos excluídos, as sociedades periféricas

¹⁶⁹BERNAL, José Fernando Botero. *El derecho penal para las sociedades periféricas americanas: una propuesta para América del siglo XXI*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, n.º 72, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 53-86, maio-julho de 2008, pp. 54-55.

¹⁷⁰ Esse termo é originalmente utilizado por Niklas Luhmann em contexto próprio de sua filosofia. Contudo, será empregado no texto com um sentido diverso, qual seja, veicula-se a idéia de que os interesses tutelados pelo

acabam por sofrer com a violência social que possui inegável ligação com a extrema pobreza da população marginalizada.

Eis o desafio: o Direito penal contemporâneo deve lidar com a expansão das pautas de condutas a serem regularizadas, bem como deve considerar padrões internacionais de proteção aos direitos humanos, ao mesmo tempo em que se impõe a adoção de um modelo punitivista em relação à repressão de certos delitos. Toda essa complexidade deve ser interpretada em conformidade com a Constituição Federal, cujas normas servem não somente como critérios de validade, como também indicam os objetivos a serem visados pelo modelo penal a ser adotado no Estado Democrático de Direito.

Muitos temem a ampliação do âmbito de intervenção do Direito Penal porque poderia provocar uma tendência de flexibilização de garantias processuais e de critérios de imputação penal como forma de priorizar a segurança pública e a coletividade em detrimento do infrator¹⁷¹.

Dito isto, é necessário dizer que o presente trabalho tem como objetivo enfocar apenas a questão dos critérios de imputação que levam a tipificação de delitos de perigo abstrato previstos na lei 11.343/2006 e, para isso, se utilizará de argumentação norteadas pela noção de bem jurídico penal e pelo princípio da ofensividade.

Portanto, dedicar-se-á, inicialmente, à análise e ao contraste de diversas concepções acerca do bem jurídico para servir de alicerce, posteriormente, para a discussão sobre a problemática envolvendo a saúde pública como um bem jurídico coletivo na Lei 11.343/2006.

3.1.2 Discussões acerca do objeto da tutela penal: valores éticos ou bem jurídicos?

No meio acadêmico, não há consenso acerca do objeto da tutela penal, havendo diversas concepções que têm em comum o objetivo de delimitar a ação do legislador penal e definir qual é a função do direito penal dentro da sociedade.

Alerta-se que a discussão sobre o bem jurídico não é recente, tendo surgido, pela primeira vez, em meados do século XIX com a doutrina de Birnbaum, segundo a qual o crime seria uma ofensa a um bem externado através de um direito subjetivo. Após essa guinada,

direito representam, na verdade, os interesses das classes detentoras do poder econômico, que invariavelmente possui influência sobre as escolhas políticas no Brasil. A crítica acerca da homogeneização dos interesses é compreendida sob um viés democrático, ou seja, num Estado democrático de direito deve-se contemplar não apenas os interesses dominantes, como também, proteger os direitos de minorias ou maiorias oprimidas e excluídas do debate político.

¹⁷¹ ARANA, Raúl Pariona. *El Derecho Penal "Moderno": sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n.º 68, São Paulo, n.º 68, pp. 113-139, setembro-outubro de 2007, p. 113.

alguns autores passaram a trabalhar com duas propostas: a primeira trataria o bem jurídico como um direito público subjetivo; para a segunda teoria, desenvolvida por Binding, o bem jurídico seria criado pelo legislador que deveria avaliar a existência de um interesse social importante, para então tutelar sua violação.

De acordo com Prado, dentre as funções mais importante atribuídas ao bem jurídico estão as seguintes funções¹⁷²: garantir ou limitar o direito de punir; servir como critério interpretativo dos tipos penais; contribuir para a individualização da pena como parâmetro a ser observado na aplicação do princípio da proporcionalidade entre a lesão ou ameaça ao bem jurídico e a pena; e, finalmente, o bem jurídico serve como elemento classificatório dos tipos penais da parte especial do Código Penal.

Preocupado com a diferenciação entre valor e bem material, Bettioli afirmava que o bem jurídico era o valor ético tutelado pela norma e, por isso, não poderia ser considerado como um bem material¹⁷³.

Como toda instituição de controle social, o Direito penal reflete as necessidades e valores vigentes em uma sociedade num certo momento histórico. Nesse viés, a análise do processo de seleção dos bens jurídicos tutelados é útil para demonstrar se os interesses protegidos correspondem às necessidades atuais da sociedade.

Portanto, a ciência penal deve ser pautada em torno de diretrizes que possibilitem uma “racional concretização e individualização dos interesses mercedores de proteção”¹⁷⁴.

Nesse passo, constata-se que a pena aplicada à conduta criminosa representa não somente uma reação estatal à violação da Ordem Jurídica, mas principalmente demonstra que o bem jurídico protegido pela norma penal é aquele considerado relevante e valioso. Por esse motivo, é comum encontrar autores que tentam fixar uma relação entre bem jurídico e a sanção penal.

Ensina Zaffaroni que é possível identificar duas concepções acerca do objeto do direito penal: de um lado, tem-se aqueles que sustentam ser a segurança jurídica o objetivo do direito penal e, de outro, estão os doutrinadores representantes do movimento da defesa social. Conforme os primeiros, defensores da segurança jurídica, a principal função da pena é a retribuição do mal causado pela conduta praticada pelo delinqüente. Embora, atualmente, reconheçam que essa não é a única função da pena, defendem a ênfase na função instrumental

¹⁷² PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 51.

¹⁷³ PRADO. Op. cit., p. 39.

¹⁷⁴ PRADO. Op. cit., p. 19

do direito penal. Já, de acordo com os representantes da Defesa Social¹⁷⁵, a pena deveria servir para evitar que o agente do crime voltasse a delinquir, adquirindo um efeito prioritariamente simbólico. Atualmente, a maioria da doutrina compatibiliza a prevenção geral, consistente na retribuição, e a prevenção especial, subdividida como reeducação e ressocialização.¹⁷⁶

Nesse passo, constata-se que a pena aplicada à conduta criminosa representa não somente uma reação estatal à violação da Ordem Jurídica, mas principalmente demonstra que o bem jurídico protegido pela norma penal é aquele considerado relevante e valioso.

3.2 Síntese crítica sobre as Teorias Constitucionais do Bem Jurídico penal.

Para descobrir quais são os valores relevantes na sociedade e, conseqüentemente os bens jurídicos que são expressos por eles, muitos doutrinadores buscaram as normas constitucionais. O estudo da Constituição revelaria quais são os objetivos a serem implementados pelo modelo de Estado, bem como os compromissos assumidos para garantir o bem-estar e a convivência pacífica entre os indivíduos.

Vale refletir que a busca de valores na Constituição já demonstra o rompimento com o positivismo clássico, cujo pressuposto seria a separação entre a ciência do direito e a moral. Com a virada neokantiana e o resgate dos valores retomado pelos tribunais constitucionais alemão e norte-americano¹⁷⁷, passou-se a admitir que o intérprete deveria ver além da interpretação literal da norma para atingir a finalidade social por ela consagrada. Além disso, ressalta-se a importância do desenvolvimento das teorias que identificaram os princípios como espécie de normas jurídicas¹⁷⁸, o que revolucionou a forma de encarar o novo papel da Constituição, que já não podia ser concebida apenas como um conjunto de regras entendidas como um referencial de validade.

O contexto de mudanças no direito estimulou a busca pelos valores contemplados pelas normas jurídicas, especialmente, aquelas derivadas da interpretação do texto

¹⁷⁵ Zaffaroni explica que a Defesa Social é marcada pela obscuridade do conceito, o que permite entendimentos ofensivos aos direitos e garantias fundamentais. Nesse viés, enfatiza o perigo de entender a sociedade como um ente mais importante do que o indivíduo, senão vejamos: “estas concepções não têm cabimento em nosso sistema positivo, posto que nem a Constituição nem a ideologia dos Direitos Humanos toleram o submetimento (*sic*) do homem a um ente superior, mas só a limitação do homem por razões de coexistência, o que, por certo, não é o mesmo”. (PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. V.1. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 88)

¹⁷⁶ PIERANGELI; ZAFFARONI. Op. cit., p. 85.

¹⁷⁷ Sugere-se a leitura de CRUZ, Luis M. *La Constitución como orden de valores, problemas jurídicos y políticos: um estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*. Granada: Comares, 2005

¹⁷⁸ Sobre o assunto vide: TORRES, Ricardo Lobo. A Jurisprudência de Valores. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 503-525.

constitucional. Obviamente, todas essas concepções exerceram sua influência no campo do Direito Penal, mais precisamente, no que se refere ao estudo do objeto de sua tutela. Exatamente pelo viés constitucional dado ao presente trabalho, serão analisadas as idéias que mostraram preocupação com o conteúdo da constituição, também chamadas de teorias constitucionais.

A esse respeito, ensina Ferrajoli que, após a Segunda Guerra Mundial, a retomada das referências crítica e axiológica no campo do Direito possibilitou a recuperação do caráter garantista na elaboração da teoria do bem jurídico. Não obstante, existiria uma deformação sobre o enfoque da problemática da aludida teoria na medida em que buscam um “critério ontológico de legitimação apriorística das proibições e sanções penais”. Em outras palavras, não seria possível determinar um critério positivo capaz de definir com precisão quais condutas devem ser proibidas. Conforme Ferrajoli, a teoria dos bens jurídicos apenas poderá oferecer uma variedade de critérios negativos de legitimação cujo objetivo é nortear o interprete na identificação de condutas que carecem de justificação legítima e, portanto, não deveriam ser criminalizadas. Por isso, o estudo do bem jurídico tem como objetivo servir de limite ou garantia para justificação da punição e da criminalização de condutas¹⁷⁹.

A maior preocupação das teorias constitucionais era dirigida à limitação da criminalização, posto que, notavelmente, as Constituições possuem diretrizes político-criminais juntamente às garantias a serem respeitadas no Estado de Democrático de Direito.

Conforme ensina Prado¹⁸⁰, havia, de um lado, teorias sobre o bem jurídico de caráter geral e, de outro, concepções que buscavam seu fundamento na constituição. Apesar dessa diferenciação, no presente trabalho ambos os enfoques serão interpretados como referências constitucionais e, portanto, considerar-se-ão ambas as concepções como teorias constitucionais.

Ao tratar de classificação de teorias, não se pode ignorar a Classificação de Hassemer segundo o qual, as teorias sociológicas poderiam ser classificadas em: teorias sistemáticas, que analisam a criação legislativa; e as teorias críticas, que contavam com um estudo mais amplo que o direito penal¹⁸¹. Ainda, impende-se ressaltar que Hassemer, representante da doutrina realista do bem jurídico, dá ênfase a valoração subjetiva dos bens guiada por aspectos sociais e culturais que informam os valores consagrados na sociedade.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 432-433.

¹⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

¹⁸¹ PRADO. Op.cit., p. 34.

Já que não existe uma classificação perfeita ou, ao menos, consensual, entende-se que é mais prudente escolher os critérios classificatórios mais úteis ao trabalho. Em conformidade com o corte metodológico adotado, que revela a pretensão de analisar apenas as teorias constitucionais sobre o bem jurídico, elege-se uma classificação eclética. Explica-se: dentre as teorias constitucionais, que abarcam as duas espécies da classificação de Prado, existem aquelas que são consideradas sistemáticas e outras, críticas. Portanto, serão consideradas constitucionais, todas as teorias que busquem seu fundamento ou seus pressupostos na Constituição, diferenciando-se apenas quanto à presença de elementos ora descritivos ora críticos.

Pois bem, as teorias acima mencionadas serão apresentadas sucintamente de forma a expor as diretrizes essenciais para o entendimento do leitor.

O professor italiano Francesco Palazzo possui grande importância para o desenvolvimento da concepção de bem jurídico, principalmente, porque em sua obra dedicou-se a traçar as relações entre os valores constitucionais e o direito penal. Dentro dessa perspectiva, informa que a Constituição pode trazer em seu texto um “catálogo de bens jurídicos individualizados como objeto da tutela penal”¹⁸². Assim, é fácil perceber que normas constitucionais trazem não somente indicações de bens que deveriam ser protegidos pelo Direito Penal, através da criação de novos tipos penais, como também traz mandados de descriminalização¹⁸³. Não se deve esquecer que também é possível que seja declarada a inconstitucionalidade de norma penal incriminadora em razão a desrespeito à Constituição.

Claramente, Palazzo não pretende identificar os valores constitucionais aos bens jurídicos: primeiro, porque considera o processo de “sociologização” - através do qual a proteção de interesses e bens são demandados pela sociedade - para estabelecer que o reclamo social somente seria capaz de legitimar a criminalização se o legislador puder fazer uma construção compatível com a constituição. Além disso, a existência de um rol constitucional de bens jurídicos aparentemente fechado não é capaz de limitar a matéria penal, já que existem outros valores e princípios políticos e constitucionais - a exemplo da tolerância e do pluralismo - a serem concretizados em um momento histórico posterior, que dependem de criminalização visando garantir a manutenção do Estado Democrático de Direito¹⁸⁴.

Dentro dos defensores do finalismo penal, destaca-se a concepção de Hans Welzel sobre o bem jurídico, segundo a qual o direito penal deveria se encarregar da proteção de

¹⁸²PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 84.

¹⁸³ PALAZZO. Op. cit., p. 85.

¹⁸⁴ PALAZZO. Op. cit., p. 87.

valores positivos éticos-sociais - como existência do Estado, tutela da vida, da saúde, da propriedade etc, - passíveis de afetação pela ação humana. Destaca-se que os mencionados valores “constituem o substrato ético-social das normas do direito penal”¹⁸⁵. A fim de ilustrar o pensamento do autor finalista, observe-se:

É missão do direito penal amparar os valores elementares da vida da comunidade [...] Toda ação humana, seja no bom como no mau, está sujeita aos aspectos distintos de valor. Por uma parte, pode ser valorizada segundo o resultado que alcança (desvalor do resultado ou valor material); por outra parte, independentemente do resultado que se obtenha com a ação, segundo o sentido da atividade em si mesma (valor do ato).¹⁸⁶

Para Welzel, o bem jurídico poderia ser definido como um bem considerado essencial para a existência de um indivíduo ou do grupo social e cuja significação social fosse amparada juridicamente. Ressalta-se que o significado de qualquer bem jurídico deveria ser desvendado a partir da análise de sua relação com os demais bens que integram a ordem social¹⁸⁷.

Necessária a explicação sobre a ressalva feita por Welzel no tocante a real missão do direito penal: não seria este ramo jurídico incumbido da simples defesa de bens jurídicos, já que seu objetivo perpassa os interesses individuais para proteger “a validade dos valores do atuar ou agir segundo o pensamento jurídico”. Dessa forma, o mencionado doutrinador entendia que a atividade estatal consistente em assegurar a observância dos valores éticos que informavam os bens jurídicos prepondera sobre a regulação dos resultados¹⁸⁸ das condutas delitivas nos casos individuais¹⁸⁹.

Partindo de uma perspectiva neokantiana, o autor entende que o bem jurídico possui uma particular significação social, sendo considerado algo vital que merece a proteção do Direito Penal. Essa proteção abarca valores éticos e culturais tidos como elementares no seio social. Desenvolvendo essa idéia, Welzel defendia que o Direito penal teria a função de estabilizar esses valores principalmente ao impor limites ao legislador, estando ele adstrito aos princípios da legalidade e da proteção dos bens jurídicos¹⁹⁰.

¹⁸⁵ WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Campinas: Romana, 2003, p. 29

¹⁸⁶ WELZEL. Op. cit., pp. 27-28.

¹⁸⁷ WELZEL. Op. cit., pp. 33-34

¹⁸⁸ Um exemplo ilustrativo dessa concepção é apontado pelo autor: “[...] por trás da proibição de matar, está o pensamento primário que tende a assegurar o respeito pela vida dos demais; isto é, o valor do ato; precisamente por isso, é também homicida quem mata arbitrariamente a alguém cuja vida carece socialmente de valor, como um criminoso condenado à morte” (WELZEL. Op.cit., p. 31)

¹⁸⁹ WELZEL. Op. cit., pp. 29-30.

¹⁹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 37-38

Adotando posicionamento semelhante, Hassemer, representante da doutrina realista do bem jurídico, dá ênfase à valoração subjetiva dos bens, guiada por aspectos sociais e culturais que informam os valores consagrados na sociedade¹⁹¹.

A partir dessas construções, deve-se mostrar quais as críticas formuladas a essas concepções sob o ponto de vista do funcionalismo penal.

3.3 Críticas ao Conceito de Bem Jurídico sob o ponto de vista da Doutrina Funcionalista.

Indo de encontro a alguns pressupostos da teoria anteriormente exposta, os funcionalistas pretendiam indicar uma alternativa ao finalismo e, para tanto, esboçaram críticas contra este movimento e, através delas, desenvolveram novos elementos ou, em alguns casos, novas formulações de conceitos tradicionais no âmbito da Teoria do Crime. Especificamente no que concerne ao bem jurídico, Roxin tenta demonstrar que Welzel não consegue relacionar adequadamente o desvalor da ação e o desvalor do resultado, muito embora parta da premissa, considerada correta, de que o Direito Penal objetiva a proteção de valores ético-sociais.

De acordo com Roxin, a teoria finalista lograva sucesso em explicar a relação do dolo ou culpa, elementos subjetivos do tipo, e o curso causal, pensamento que desbancou o conceito de causalidade proposto por Liszt e Beling.

Apesar de reconhecer os méritos da teoria oposta, o crítico funcionalista entendia que Welzel manteve a amplitude do tipo objetivo e não trabalhou a dimensão social do injusto satisfatoriamente, restringindo-se a desenvolver o conceito de adequação social, uma vez que desconhecia a idéia de riscos não permitidos. Nas palavras de Roxin, “os casos que não reúnem nenhuma relevância jurídica, nem tampouco um risco não-permitido, teriam que ser excluídos do tipo por serem considerados socialmente adequados.¹⁹²” A fim de determinar com precisão os critérios para fundamentar a atipicidade de uma conduta sob o argumento da adequação social, Roxin elaborou a conhecida e polêmica teoria da imputação objetiva.

Em despreziosa síntese, a imputação objetiva pretende resolver os problemas supostamente intocados pelos finalistas. Nesse intuito, a aludida teoria ensina que o resultado causado pela conduta do agente apenas será a ele imputado se o comportamento gerou um risco não permitido, ou quando o risco se realizou no resultado concreto, mesmo sem a

¹⁹¹ PRADO. Op. cit., p. 34.

¹⁹² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.47.

intenção, e finalmente é necessário que o resultado se encontre dentro do alcance do tipo objetivo¹⁹³.

Malgrado a teoria da imputação objetiva seja aceita em países como Espanha e Alemanha, há certa resistência no Brasil pela consolidação da tradição doutrinária finalista. Sem pretender esgotar o assunto, é possível pontuar algumas falhas facilmente perceptíveis quanto à teoria da imputação objetiva. A título de demonstração, relembra-se o memorável exemplo o suposto agente sugere que seu desafeto vá até o bosque durante a tempestade, com a intenção de que um raio venha a atingi-lo. Segundo os funcionalistas, a idéia do dolo finalista geraria uma situação contraditória, pois o fato do agente possuir a inclinação volitiva subjetiva consistente em matar seu inimigo, seria o bastante para puni-lo¹⁹⁴. Com a respeitosa vênua, há que se discordar porque, nesse caso, não haveria responsabilidade penal uma vez que não houve prática de atos executórios e nem sequer preparatórios. Se a morte ocorrer, ela não se deve à sugestão feita pelo autor, mas sim devido a um fato da natureza que a ele não pode ser atribuído.

De tal sorte, é possível verificar que os supostos problemas gerados pela adoção de uma lógica finalista são resolvidos com base em argumentos da própria teoria do crime. Não obstante, a teoria da imputação objetiva possui méritos, como o desenvolvimento do princípio da confiança e a incorporação de fundamentos da noção de sociedade de riscos. Acredita-se que as soluções apontadas tanto pela teoria finalista quanto pela imputação objetiva apresentam metodologias diferentes na percepção da teoria do crime, o que necessariamente não torna uma mais correta que a outra. O que determina a aceitação de uma dessas concepções em detrimento da restante é a maior adequação com a lógica do sistema normativo vigente.

Feitas as devidas explicações sobre os reflexos do funcionalismo na teoria do crime, agora tratar-se-á da problemática envolvendo o bem jurídico penal.

Dentro das perspectivas sociológicas sobre o bem jurídico, a doutrina funcionalista foi desenvolvida a partir da concepção de que a sociedade deve ser encarada como sistema global. Esse sistema seria ordenado por normas de organização que abarcariam toda a complexidade de fatores sociais. Assim, não haveria funções negativas, mas sim disfunções

¹⁹³ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.104.

¹⁹⁴ CALLEGARI, André Luís. A imputação objetiva no Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 8, n.º 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 65-86, abr./jun.º, 2000, p. 66.

correspondentes a defeitos passíveis de retificação sem que, para isso, houvesse alterações no sistema¹⁹⁵.

Segundo a doutrina funcionalista, aqui representada por Claus Roxin, a legitimação necessária à criminalização de certa conduta ultrapassa a discricionariedade do legislador. Ao criticar a criminalização de comportamentos sexuais considerados imorais, o referido autor conclui que apenas será considerado legítimo o crime quando a conduta proibida puder ofender a existência pacífica e livre dos cidadãos significativamente, de forma que a intervenção penal seja não somente necessária, como a única capaz de solucionar o conflito eficazmente. Em outras palavras, a função social do Direito Penal é justamente “garantir a seus cidadãos uma convivência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”¹⁹⁶.

Para Roxin, o Direito Penal deve proteger bens jurídicos, mesmo aqueles cuja existência seja imaterial, tal como as liberdades de culto e de expressão, o meio ambiente, a saúde pública etc. Ao tentar abranger essa complexidade de interesses coletivos e direitos difusos, o funcionalista conceitua bem jurídico como “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nesses objetivos.” Interessante ressaltar que essa proposta conceitual foi elaborada com a finalidade de demonstrar as limitações dos conceitos desenvolvidos por Hassemer, Marx e Rudolphi que, segundo a crítica, estariam restritos aos bens jurídicos individuais¹⁹⁷.

Jakobs representa outra vertente do funcionalismo, cuja premissa é que o objetivo do direito penal é garantir a vigência das normas jurídicas, ou seja, sua finalidade seria impor sanção à infração de uma norma jurídica como forma de restabelecer a ordem social. O referido autor alemão foi notavelmente influenciado pelo pensamento de Niklas Luhmann¹⁹⁸ ao afirmar que os elementos da teoria do delito seriam conceitos normativos formulados “com total independência da natureza das coisas”¹⁹⁹.

¹⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 33.

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, PP. 16-17

¹⁹⁷ ROXIN.º Op. cit., pp. 18-19

¹⁹⁸ Para Luhmann, o direito seria uma estrutura que objetiva facilitar a orientação social e a norma equivaleria a uma expressão das expectativas dos indivíduos. Além disso, essa estrutura abarcaria uma série de sistemas binários que embasariam a formação de uma teoria completa fundada na redução da complexidade social.

¹⁹⁹ CALLEGARI, André Luís et al. **Direito Penal e Funcionalismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005, p. 11.

Dentre os aspectos da teoria de Jakobs que marcam a inspiração de origem filosófica está a concepção de bem jurídico. Conforme se disse, a finalidade da pena seria a manutenção da vigência da norma como modelo de contato social, ou seja, mesmo com a infração à norma penal, os indivíduos deveriam continuar confiando na vigência das mesmas. Isso seria possível porque, ao violar a norma, o transgressor impõe sua vontade particular contra a vontade geral que é constituída pelo direito abstrato. Então, a pena equivaleria a negação da negação, posto que seria uma negativa à conduta criminosa como forma de restabelecer a vontade geral, já negada pelo comportamento infrator²⁰⁰.

Aliado à finalidade do direito penal, Jakobs reformula o conceito de bem jurídico. Segundo ele, o objeto da tutela seriam “os mecanismos que permitem manter a identidade de uma sociedade, é dizer, as expectativas fundamentais para a sua constituição”²⁰¹. Esses mecanismos seriam expressos pelas normas jurídicas e, a partir dessa idéia, conclui-se que, para Jakobs, que o bem jurídico em sentido estrito seria a vigência da norma e não o dano causado ao patrimônio ou a vida da vítima²⁰².

Existem várias objeções feitas ao pensamento de Jakobs. Luiz Regis Prado entende que a concepção aludida é “uma construção formalista, vazia de conteúdo, que pode ser incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito.”²⁰³ Além disso, percebe-se a existência de críticas feitas por integrantes do próprio movimento funcionalista.

Nesse ponto, destaca-se que Roxin criticava a concepção de Jakobs por tornar desnecessário o conceito do bem jurídico²⁰⁴. Além disso, Jakobs refutava qualquer discussão sobre a legitimidade do conteúdo das normas jurídicas sob a alegação de que essa avaliação não seria científica e tão somente política. Roxin discordava dessa postura tanto por reprovar as consequências últimas provocadas pela suposta neutralidade – que seria a arbitrariedade legislativa e a intensificação da arbitrariedade do jurista – quanto porque entendia que a discussão sobre bem jurídico relaciona-se à política criminal, que não é uma ciência²⁰⁵.

A crítica que se faz a suposta desnecessidade do conceito de bem jurídico é superada pela constatação de sua dupla virtualidade²⁰⁶. Esta comporta duas funções essenciais ao Estado Democrático de Direito: de um lado delimita a atividade legislativa, garantindo que o conteúdo material das leis seja consoante com os valores consagrados na ordem instituída; e,

²⁰⁰ CALLEGARI. Op.cit., p. 13.

²⁰¹ CALLEGARI. Op.cit., p. 15

²⁰² CALLEGARI. Op.cit., p. 16

²⁰³ PRADO. Op. cit., p. 42.

²⁰⁴ ROXIN, Op. cit., 2009, p. 15.

²⁰⁵ ROXIN.º Op. cit., p. 35-36.

²⁰⁶ BIANCHINI. Alice et al. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 251.

de outro lado, o bem jurídico penal se apresenta como referencial hermenêutico, função essa que é denominada por alguns doutrinadores²⁰⁷ como princípio da proteção exclusiva de bens jurídicos.

3.4 A importância dos Princípios Constitucionais penais para a delimitação das funções do Bem jurídico no Estado Democrático de Direito.

Na doutrina nacional contemporânea, é possível identificar o esforço de autores como Prado, Bittencourt, Rogério Greco, Nilo Batista e Salo de Carvalho, no sentido de ressaltar o papel dos princípios penais fundamentais, que estariam previstos no texto constitucional. Esses princípios seriam considerados o “núcleo gravitacional do Direito Penal”²⁰⁸ e cumpririam a tarefa de caracterizar e delimitar o Direito Penal²⁰⁹. Além disso, ressaltam a importância desses princípios, particularmente, por representarem uma conquista da sociedade expressa pela positivação de direitos fundamentais que se relacionam com os referidos ditames.

Apesar disso, é certo que muitos desses princípios fundamentais “não deixam de ter um sentido programático, e aspiram a plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um estado de direito democrático”²¹⁰.

O caráter programático de tais princípios não retira, evidentemente, a respectiva eficácia normativa e, até mesmo nas hipóteses em que a concretização das finalidades ali contempladas não seja possível, por deficiência do aparato estatal ou por qualquer outro motivo, a sua presença no texto constitucional tem inegável importância. Eis que esses direitos fundamentais possuem uma peculiar força simbólica.

Por tal dimensão simbólica ter a ambivalência como característica, ela tanto “pode exatamente servir à superação de situações concretas de negação dos direitos”, como pode servir para disfarçar a deficiência do Estado ou para incentivar a manipulação da realidade para fins políticos opostos à implementação dos mesmos direitos²¹¹.

Dentre os princípios aqui apontados como fundamentais, sob uma perspectiva de garantir ao máximo a realização da dignidade da pessoa humana, enfoca-se no princípio da ofensividade. Não se trata de mitigar o papel de outros importantes ditames igualmente

²⁰⁷ A exemplo de Teresa Correa Aguado e Alice Bianchini.

²⁰⁸ PRADO. Op. cit., p. 55.

²⁰⁹ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 61.

²¹⁰ BATISTA. Op. Cit., p. 61-62.

²¹¹ NEVES, Marcelo. **A força simbólica dos Direitos Humanos**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.) **Direitos Sociais: fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 421.

fundamentais, a exemplo dos princípios da legalidade em sua dupla faceta formal e material, da intervenção mínima, da humanidade e da culpabilidade, mas sim apenas conferir destaque aqueles princípios que serão mais destacados no desenvolvimento deste trabalho.

De acordo com esses princípios, Prado entende que existem alguns limites a serem respeitados a fim de proteger os bens jurídicos penais. Esses limites são expressos por meio do princípio da adequação social dos meios utilizados pelas instituições penais, assim como através da proporcionalidade na escolha dos meios e sanções em relação à ofensa cometida ao bem jurídico. Além disso, seria necessária a observância do interesse preponderante que significa dizer que a sanção não pode causar um dano de maior gravidade do que aquele que se pretende evitar com o mandado de proibição²¹².

Nesse passo, convém citar Ferrajoli que sustenta que a teoria dos bens jurídicos apenas poderá oferecer uma variedade de critérios negativos de legitimação servindo como parâmetro limitativo para justificar a criminalização de condutas e sua conseqüente punição²¹³.

Todos os princípios penais fundamentais têm em comum a finalidade de concretizar a dignidade da pessoa humana, valor que foi elencado como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito Brasileiro no artigo segundo da Constituição Federal de 1988.

Conforme os ensinamentos de Sarlet, a dignidade da pessoa humana não comporta uma definição fixista já que se caracteriza pelo pluralismo e, ainda é informada por uma diversidade de valores manifestados no seio de uma sociedade complexa como é a contemporânea. Nesse contexto, o conceito derivaria de um processo de construção e desenvolvimento interminável, já que a práxis constitucional, as necessidades e valores sociais conduziram a uma demanda constante de concretização e delimitação da dignidade²¹⁴.

Portanto, sustenta-se aqui que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor fundamental, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais e exige o reconhecimento e proteção dos mesmos. A realização da dignidade e dos direitos dela decorrentes funcionará como elemento capaz de legitimar toda a ordem jurídica. Portanto, é imprescindível que o Estado reconheça a dignidade da pessoa humana de forma a lhe conferir a máxima eficácia, uma vez que quando se deixa de atribuir à pessoa seus direitos fundamentais, em verdade, estar-se-á lhe negando a sua própria dignidade.

²¹² PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 90.

²¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 432-433.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 46.

Embasados nessa perspectiva de dignidade, inspirado pelas idéias kantianas, Bettiol afirma que a pessoa humana é a prioridade no Estado Democrático de direito, desaprovando as formas de degradação e de mitigação de sua autonomia, cujo respeito seria imposto pelas regras de convivência social pacífica²¹⁵.

É certo que a demanda por segurança jurídica é melhor atendida quando os valores e direitos necessários a realização da dignidade da pessoa humana estão previstos no texto constitucional. A contemplação dos valores relevantes para a sociedade pela norma constitucional não significa que o legislador ficará adstrito ao texto normativo, uma vez que já se ressaltou a importância da integração dos elementos normativos com dados culturais e sociais extraídos da realidade. Alerta-se ainda que a legitimidade do ordenamento jurídico pressupõe a existência de um consenso social em torno daqueles valores contemplados pela norma e, por isso, o acesso às esferas de poder deve abrigar um espaço para a participação democrática dos membros da sociedade civil.

A fim de corroborar a necessidade de consenso valorativo no âmbito da sociedade, convém mencionar que “a estigmatização de um comportamento como delituoso deve limitar-se à violação daquelas normas sociais em relação às quais existe um consenso praticamente ilimitado e com as quais, no mínimo, em geral, é possível as pessoas se conformarem”²¹⁶.

Afora essas ressalvas, não há dúvidas de que a própria Constituição contém não somente princípios fundamentais que devem guiar o Direito Penal, como também possui mandados de criminalização ou, pelo menos, expressa “as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas”²¹⁷.

Nesse perspectiva, o bem jurídico penal indubitavelmente possui natureza constitucional porque seu sentido é alcançado através da interpretação de normas constitucionais que, por sua vez, positivam valores éticos-culturais considerados importantes pela sociedade em dado momento histórico. De tal sorte, o bem jurídico será considerado autêntico na medida em que se relacione com um valor, que por ser considerado importante no meio social, veio a ser jurisdicizado por certa norma constitucional.

Outrossim, reconhecer o papel limitador do bem jurídico não prejudica a atividade criativa do legislador. Ao contrário do que pode parecer, a criação de tipos penais resulta de uma articulação entre a norma jurídica e os fatores reais. Ao tempo em que o legislador considera dados empíricos que comprovam a necessidade de criminalização de uma conduta,

²¹⁵ BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 78-79, in apud: PRADO. Op. cit., p. 74.

²¹⁶ STRATENWERTH, G. **Derecho Penal**. Madrid: Edersa, 1982, p. 6 in apud: PRADO. Op. Cit., p. 86.

²¹⁷ PRADO, Op. cit., p. 82.

deve verificar quais são os limites constitucionais de sua atividade, utilizando-se do parâmetro da proporcionalidade para verificar qual é a potencialidade ofensiva de certo comportamento ao bem jurídico a ser tutelado.

3.5 A importância do princípio da ofensividade para a limitação da criminalização de condutas.

Inicialmente, impende-se salientar que os princípios constitucionais penais são mais do que simples ditames a serem considerados pelo legislador e pelo intérprete. Na verdade, os mesmos representam limites à atividade do jurista que são decorrência do modelo de Estado Democrático de Direito assentado em sede constitucional.

O princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade, embasa-se, em princípio, na idéia de que o direito apenas tutela a conduta humana em sua intersubjetividade. Exatamente por essa razão, o Direito penal deve ocupar-se apenas com a exterioridade do comportamento humano na medida em que esse afete a esfera jurídica de outras pessoas.

Conforme doutrinado por Alberto Jorge Barros Lima, o princípio da lesividade impõe ao legislador limites à criminalização, posto que somente podem ser tuteladas pelo Direito penal as condutas que forem aptas a lesionar ou ameaçar de lesão bens jurídicos alheios. O mencionado princípio também se dirige ao juiz, permitindo que este descriminalize comportamentos que, muito embora se adéquem a um tipo penal, não logrem ofender ou ameaçar concretamente bens jurídicos. Nessa segunda faceta da ofensividade, está abrangido o princípio da insignificância²¹⁸ que se refere à avaliação da tipicidade material da conduta.

Sucintamente, Batista ensina que o princípio da ofensividade possui quatro funções: a primeira é a vedação da incriminação de convicções, desejos, aspirações ou quaisquer outros sentimentos que não influam na convivência entre os homens; a segunda função se relaciona à proibição de incriminação de condutas que não ultrapassem da esfera jurídica do próprio autor; a terceira seria a proibição da incriminação de estados ou condições existenciais, já que o direito penal do autor não é compatível como o Estado Democrático de Direito; e, finalmente, visa impedir a incriminação de condutas que não ameacem ou ofendam qualquer

²¹⁸BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Imposição Constitucional dos Princípios Penais. **Revista do Ministério Público de Alagoas**, Maceió, n.º 6, julho – dezembro de 2001, pp. 13-49, p. 30.

bem jurídico, mesmo que tal comportamento seja avaliado como imoral ou inconveniente no meio social.²¹⁹

Ao observar a última tarefa do princípio da ofensividade, entende-se o porquê de se estudar o conceito do bem jurídico e sua referibilidade material à Constituição. Nesse passo, conclui-se preliminarmente que a potencial lesividade de uma conduta deve ser discutida a luz das normas constitucionais a fim de encontrar os limites impostos ao legislador para a criminalização de condutas.

Para Ferrajoli, ao lado do princípio da necessidade da tutela penal, estaria o princípio da lesividade que poderia ser sintetizado no axioma “*nulla necessitas sine injuria, nulla poena, nullum crimen, nulla Lex poenalis sine injuria*”²²⁰. Basicamente, a possibilidade de produção de efeitos lesivos abarca apenas as condutas que possam prejudicar a esfera jurídica de terceiros. Interessante transcrever o pensamento do referido autor sobre a importância do princípio da lesividade para a teoria do bem jurídico, numa perspectiva compatível com o garantismo penal:

A necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda justificção utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo. Palavras como lesão, dano e bem jurídico são claramente valorativas [...] e dizer que é um bem penal significa, ademais, manifestar um juízo de valor que avaliza a justificção de sua tutela, recorrendo a um instrumento extremo: a pena²²¹.

Admite-se que outros princípios constitucionais penais, como a legalidade, formal e material, a intervenção mínima, a culpabilidade penal, são também balizas postas à atividade legiferante. Entretanto, o trabalho enfoca a ofensividade justamente por ser ela o principal ponto crítico na tipificação das condutas descritas no bojo Lei n.º 11.343/2006.

3.6 Bem jurídicos coletivos e Delito de perigo abstrato: limites à criminalização de condutas a partir da aplicação do princípio da ofensividade.

Inicialmente, é conveniente estudar a relação entre bem jurídico e o objeto da conduta prescrito no tipo penal, eis que nos delitos de perigo não há como traçar uma relação direta entre o resultado naturalístico e o objeto de tutela. Como se sabe, nos delitos de perigo, o tipo

²¹⁹ BATISTA, NILO. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, pp. 91 - 94.

²²⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 428.

²²¹ FERRAJOLI. Op. cit, p. 428.

penal não exige a ocorrência de um resultado já que a realização da conduta tipificada, por si só, gera um perigo concreto ou abstrato.

Atentando-se para tal problema, Prado ensina que, enquanto o objeto da conduta está descrito no texto normativo, o bem jurídico tutelado pela norma é revelado através de um esforço interpretativo²²². Em observância das peculiaridades dos delitos de perigo, o autor inspira-se em Garcia Martín afirmando o seguinte:

[...] a estrutura de perigo não se refere ao objeto material em que se personifica o bem jurídico, mas sim a um objeto da ação que pode constituir o substrato material de outro bem jurídico a cuja proteção ou complementação serve o bem jurídico lesado, ou que não é sequer objeto material de nenhum bem jurídico.²²³

Ainda sobre a sociedade de riscos, Arana entende que os avanços tecnológicos e científicos, aliados ao rompimento de barreiras nacionais característico da globalização, são aspectos que fazem parte dos processos de modernização social, sendo, por tanto, inevitáveis e até úteis ao desenvolvimento de novos bens para atender a demanda social²²⁴.

Os riscos são inerentes as novas formas de produção e ampliação de meios comunicativos, o que torna ainda mais complexo o relacionamento entre as pessoas. Além disso, surgem preocupações com os efeitos futuros de certas intervenções humanas no ambiente natural, questionando a repercussão de condutas presentes nos destinos das gerações futuras.

Constata-se que o surgimento dos tipos de perigo podem ser relacionados às características da sociedade de riscos. Em outras palavras, esses riscos são inerentes as novas formas de produção e ampliação de meios comunicativos, o que torna ainda mais complexo o relacionamento entre as pessoas. Além disso, surgem preocupações com os efeitos futuros de certas intervenções humanas no ambiente natural, questionando a repercussão de condutas presentes nos destinos das gerações futuras.

Pode-se dizer, nesse ponto, que o Direito Penal contemporâneo toma para si uma função preventiva, visando evitar ou impedir a concretização desses riscos. Exatamente por isso, o âmbito penal acaba protegendo novos bens jurídicos, individuais e coletivos, contra

²²² PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e Constituição**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 42.

²²³ PRADO. Op. Cit., p. 46.

²²⁴ ARANA, Raúl Pariona. *El Derecho Penal "Moderno": sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n.º 68, São Paulo, n.º 68, pp. 113-139, setembro-outubro de 2007, p. 114.

condutas que possam acarretar dano ou perigo a fim de impedir ataques contra direitos fundamentais e interesses coletivos²²⁵.

Portanto, para incorporar a proteção da sociedade contra esses riscos, torna-se necessária a expansão das pautas penais. Certamente, há legitimidade na tutela de alguns desses riscos e, portanto, o aumento de condutas criminalizadas é bem-vindo na medida em que consistem em escolhas racionais, como é o caso dos crimes contra o meio ambiente e crimes cibernéticos. Por outro lado, existem certos tipos penais que geram controvérsia, especialmente, no que pertine ao bem jurídico tutelado. Nessas hipóteses, o bem jurídico cuja tutela é atribuída à norma jurídica penal não coincide com o interesse realmente protegido. Em outras palavras, atribui-se ao objeto da criminalização um significado amplo e impreciso, de forma que o bem jurídico supostamente tutelado não é minimamente afetado pela conduta praticada. Essa situação é constatada com maior frequência quando se está diante de um crime de perigo abstrato.

Analisando a questão dessas espécies delitivas sob a perspectiva da idéia de expansão do direito penal, deve-se questionar, ainda, se o sistema penal está legitimado ao controle dos riscos ou se está restrito à ofensa concreta ou ameaça considerável de bens jurídicos facilmente individualizáveis ou palpáveis.

Nesse ponto, convém explanar sumariamente como se organizará o estudo teórico-crítico sobre os crimes de perigo abstrato, como modo de facilitar a compreensão do leitor. O objetivo a ser atingido é identificar os limites à criminalização, tomando por base principalmente os argumentos já sustentados no item sobre o princípio da ofensividade. Outrossim, observe-se a ordem em que serão desenvolvidos os argumentos críticos: inicialmente, será questionada a possibilidade de proteção de bens jurídicos que contemplem interesses coletivos e difusos, investigando os critérios que permitem identificar como ocorre sua afetação pela conduta humana; e, finalmente, discutir-se-á se o Direito Penal é o instrumento mais adequado à tutela desses interesses difusos e coletivos.

Inicia-se enfatizando que o reconhecimento dos reflexos constitucionais na teoria dos bens jurídicos serve ao estudioso na árdua tarefa de delimitar os objetivos específicos do Direito Penal.

Nas palavras de Ivan Luis Marques da Silva, as finalidades a serem alcançadas pelo sistema penal não podem ser irresponsáveis no que concerne a formulação da política criminal repressiva, posto que os objetivos do Direito Penal no Estado Democrático de Direito são: “a

²²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 433.

implementação do respeito absoluto à dignidade da pessoa humana; a defesa dos bens jurídicos indispensáveis à pacífica convivência humana; a proteção dos acusados como forma de legitimar a regular e necessária punição²²⁶.

O Direito Penal moderno se desenvolveu como um meio de manejo da sociedade, função que se acumula com a idéia clássica de que o Direito Penal seria uma forma institucionalizada de controle social²²⁷. Em razão da nova tarefa, o Direito Penal incorpora uma dupla faceta: de um lado é instrumento repressivo e, de outro, preventivo. O caráter de *ultima ratio* do direito penal tradicional deveria ser, de algum modo, resgatado porque

O direito penal não deveria intervir contra riscos, posto que sua intervenção importaria necessariamente a flexibilização dos critérios de imputação penal e relaxaria as garantias penais como consequência do adiantamento das barreiras do direito penal ao âmbito prévio à lesão do bem jurídico mediante o uso de delitos de perigo abstrato; e isso constituiria uma intervenção ilegítima no âmbito da liberdade do cidadão²²⁸.

Obviamente, não se ignora que cabe ao Direito penal proteger bens coletivos e não apenas individuais. Contudo, a legitimidade da tutela desses bens coletivos se relaciona diretamente à vinculação desses com a proteção do indivíduo²²⁹. Se a proteção contra riscos fosse faticamente impossível ou inviável em certas situações, devido à falta de recursos ou de técnica para evitar efeitos danosos, o Direito Penal obviamente não deveria intervir²³⁰.

Corroborando com tal raciocínio, Ferrajoli defende que os tipos de perigo abstratos deveriam ser reestruturados a partir da utilização do princípio da lesividade, porque este seria um parâmetro adequado à minimização das pautas penais com o fito de tornar as normas incriminadoras legítimas e críveis²³¹.

Quanto à possibilidade de tutela de bens coletivos, tem-se duas posições distintas: a concepção dualista sustenta a existência de bens jurídicos individuais e coletivos, enquanto a

²²⁶SILVA, Ivan Luís Marques da. Direito Penal neo-constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n.º 73, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 83-106, julho-agosto de 2008, p.97.

²²⁷ ARANA, Raúl Pariona. *El Derecho Penal "Moderno": sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n.º 68, São Paulo, n.º 68, pp. 113-139, setembro-outubro de 2007, p. 117.

²²⁸ Tradução livre: *El derecho penal no debería intervenir contra riesgos puesto que su intervención importaría necesariamente la flexibilización de los criterios de imputación penal y relajaría las garantías penales como consecuencia del adelantamiento de las barreras del derecho penal al ámbito previo a la lesión del bien jurídico mediante el uso de los delitos de peligro abstracto; y esto constituiría una intervención ilegítima en el ámbito de libertad del ciudadano*. (ARANA. Op. cit., p. 118.)

²²⁹ Hassemer propõe que deveria ser criado o direito de intervenção para a tutela específica dos bens jurídicos coletivos. Esse direito de intervenção teria características de direito penal e, ao mesmo tempo, de direito administrativo, assim apesar de se reduzir as garantias penais, as sanções seriam mais leves se assemelhando às soluções de direito administrativo. Apesar da importância dessa proposta, devido à limitação de páginas, não se poderá criticar ou sequer analisar os pressupostos da mencionada teoria.

²³⁰ ARANA. Op. cit., p. 119.

²³¹ FERRAJOLI, Op. cit., p. 440.

posição monista-pessoal pressupõe que o bem jurídico coletivo apenas é legítimo quando possa se referir a um indivíduo concreto. Entende-se que a primeira é adotada com mais frequência porque a teoria monista-pessoal acaba mitigando a importância de bens jurídicos coletivos e, por conseguinte, deixa de reconhecer a importância da conquista dos direitos coletivos representados pela norma penal incriminadora. Além disso, muitas vezes o bem jurídico coletivo não se refere a indivíduos concretos, mas sim a toda sociedade a exemplo da saúde pública e do meio ambiente²³².

Como se conclui a possibilidade de criminalização de comportamentos que ofendam ou ameacem, concreta ou abstratamente bens coletivos, há que se verificar um importante efeito da tutela penal, qual seja seu poder simbólico. É inegável que os efeitos simbólicos proporcionados pela norma penal são importantes no controle social, principalmente pela inibição de potenciais infratores e pela sensação de segurança gerada pela criminalização de uma conduta lesiva. Contudo, convém perguntar: seria útil usar esse simbolismo mesmo quando os instrumentos penais sejam completamente ineficazes para evitar ou reprimir o comportamento que visam reprimir?

Para responder a essa indagação, cita-se o entendimento de Arana, segundo o qual a finalidade preventiva do Direito Penal não pode ser reduzida à veicular uma ordem de proibição, eis que pressupõe a possibilidade de intervenção estatal antes da lesão do bem jurídico.

Outrossim, a intervenção penal apenas seria considerada legítima e útil se os instrumentos repressivos ou preventivos existentes fossem minimamente eficazes contra os comportamentos perigosos. Se a proteção contra riscos fosse faticamente impossível ou inviável em certas situações, devido à falta de recursos ou de técnica para evitar efeitos danosos, o Direito Penal obviamente não deveria intervir²³³.

Entende-se que os delitos de perigo abstrato devem proteger bens jurídicos relevantes cuja ofensa trouxesse efeitos irreversíveis. Ou seja, essa forma de criminalização é apropriada nos casos em que se a norma penal somente estivesse autorizada a ser aplicada depois da ocorrência do dano, a intervenção seria de pouca utilidade, já que o mal se consolidaria de forma insanável.

Portanto, a irreversibilidade do dano é apontada aqui como o primeiro critério de legitimação para os delitos de perigo abstrato.

²³²GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – uma Introdução ao Debate sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n.º 49, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 89-147, julho-agosto de 2004, p. 104 - 105.

²³³ ARANA, Op. cit., p. 119.

Além disso, o dano potencial deve guardar correspondência com a exigência de sua reprimenda, o que significa dizer que a proporcionalidade entre a conduta proibida e o perigo tutelado é o segundo critério de legitimação. O ditame da proporcionalidade obriga o legislador a criminalizar apenas aquelas condutas capazes de colocar em perigo o bem protegido, preocupando-se em não dar demasiada amplitude ao âmbito de incidência da norma penal. Outrossim, ressalta-se que, diante do caso concreto, o julgador deve verificar se a conduta praticada é perigosa, ou seja, se existe de fato uma potencial lesividade. Se o juiz verificar que a ação ou omissão imputada ao autor do fato não oferece perigo, então deve aplicar o princípio da insignificância como fundamento da absolvição já que se constatou a atipicidade material da conduta.

Ainda, é necessário que existam instrumentos jurídicos previstos para evitar a ocorrência do dano. Esse é o terceiro critério. Deve-se ter a consciência de que simples proibição penal não é capaz de inibir os comportamentos lesivos a bens jurídicos, sendo indispensável que outros ramos jurídicos abarquem ações preventivas. Nesse viés, para evitar a proliferação do uso de drogas, não basta à existência do tipo penal, devendo o Estado promover programas educativos no sentido de informar sobre os efeitos lesivos do consumo de drogas, como também, ofertar serviços médico-terapêuticos para tratar dos dependentes que queiram se livrar do vício.

Esse último parâmetro está além do princípio da subsidiariedade do direito penal, visando atentar para o papel do Estado na concretização de alguns direitos fundamentais. Para além da distante implementação da máxima proteção da dignidade humana, entende-se que o acesso dos indivíduos marginalizados a direitos fundamentais, como educação e saúde, é um artifício eficaz para a diminuição de condutas criminosas²³⁴. Portanto, o respeito às garantias e direitos fundamentais de todos os indivíduos, não somente dos delinquentes e dos excluídos, é imprescindível para a maior efetividade das normas penais.²³⁵

²³⁴ Demonstra-se a assertiva da seguinte maneira: não faz sentido ensinar alguém sobre a importância de cuidar do meio ambiente, se esta pessoa vive em um local sem rede de saneamento básico.

²³⁵ A esse respeito, torna-se interessante a leitura do ensinamento de Ivan Luis Marques Silva: “para aqueles que defendem a relativização das garantias fundamentais em nome de um eventual aumento da eficácia jurídica (sic. refere-se à eficácia social do direito penal), sugerimos uma análise realista e estatística do acervo legislativo brasileiro e suas consequências jurídicas e práticas, como forma de avaliar se foram alcançados a tão esperada eficiência do Direito Penal com o constante implemento do direito penal máximo [...] esse aumento dos dispositivos penais e, em consequência, dos delitos, irá reduzir a capacidade estatal de reagir à maioria dos crimes com penas privativas de liberdade, tendo em vista a limitação física e orçamentária dos recursos para uma execução penal de caráter humanístico. Além do caráter dessocializador da privação da liberdade e do afastamento do preso do convívio com o trabalho e com a família”. (SILVA, Ivan Luís Marques da. *Direito Penal neo-constitucional. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n.º 73, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 83-106, julho-agosto de 2008, pp.100-101.)

Finalmente, deve-se atentar para a última questão polêmica envolvendo os limites impostos à criminalização de condutas por meio de tipos de perigo abstrato: como identificar falsos bens jurídicos coletivos?

Os falsos bens jurídicos coletivos são utilizados como pretexto para a tipificação de condutas que não se adéquam às exigências impostas pelo princípio da ofensividade. Esses bens não possuem referibilidade aos interesses legítimos da sociedade e tampouco dos indivíduos e, o que é mais grave, não ofendem a esfera jurídica alheia. Sinteticamente, os delitos de perigo abstrato que contemplam falsos bens jurídicos coletivos provocam, pelo menos, dois problemas: o primeiro é a antecipação do momento punitivo e o segundo é a tipificação de condutas que não afetam o *alter*.

Para analisar essa problemática, tomar-se-ão como exemplos dois crimes descritos na Lei 11.343/2006. O primeiro seria o porte de drogas para uso pessoal, comportamento típico descrito no art. 28 da mencionada lei. Já o segundo, estaria abrangido pelo art. 33, parágrafo 3º que tipifica o tráfico entre amigos que consiste em “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu convívio”.

No que diz respeito ao consumo de substâncias ilícitas, é comum encontrar críticas à potencialidade lesiva do bem jurídico coletivo supostamente afetado pela norma do art. 28 da lei 11.343/2006, que segundo a maioria da doutrina²³⁶ seria a saúde pública.

Opondo-se ao entendimento tradicional, tem-se Roxin que sustenta a impossibilidade de tutela de bens jurídicos denominados por ele como fictícios. Por conseguinte, acreditava que a saúde pública não seria o bem jurídico ofendido pelo consumo de drogas, pois esta conduta ofenderia apenas a saúde individual dos usuários. Exclui-se, então, a potencialidade ofensiva da conduta aludida em relação à sociedade como um todo. Diante dessa argumentação, conclui Roxin que os usuários não poderiam ser penalizados já que a auto-colocação em perigo seria impunível e, portanto, a criminalização do consumo seria uma forma de intervenção ilegítima²³⁷.

Analisando o ensinamento de Roxin, é possível entender que o bem jurídico coletivo legítimo não é aquele que representa a soma de bens jurídicos individuais, mas sim representa direitos pertencentes a uma coletividade.

Um outro ponto de vista, sustentado por Luís Greco, percebe a saúde pública, em relação ao crime de tóxico, é apontada como bem jurídico coletivo com o fito de legitimar a

²³⁶ Referência a autores que possuem manuais de direito penal, como Guilherme Nucci, Fernando Capez, Roberto Bittencourt, entre outros.

²³⁷ ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 51.

antecipação do direito penal, o que pressupõe a adoção do delito de perigo abstrato. Para descobrir o real bem jurídico afetado pela conduta tipificada torna-se necessária a desconstrução dos bens jurídicos que, aparentemente, protegem interesses coletivos²³⁸.

A proposta de desconstrução de bens jurídicos coletivos demanda a adoção de referenciais normativos, quais sejam os princípios fundamentais do Direito Penal. No que concerne ao porte para uso pessoal, é importante perceber a co-relação entre a conduta individual e sua ofensividade para a saúde pública.

Tomando como base o princípio da ofensividade, Karam sustenta que o ato de consumir a droga, em circunstâncias que não coloquem em perigo concreto outras pessoas, não pode ser objeto de intervenção por parte do Estado. Ao lado da ausência de perigo à alteridade, defende que a criminalização consiste em violação à liberdade e à vida privada do usuário. Num contexto de valorização da dignidade da pessoa humana, a autora se opõe a posição paternalista do Estado que acaba desconsiderando a autonomia dos indivíduos no tocante às escolhas pessoais e ao estilo de vida²³⁹.

A doutrina nacional sustenta ser a saúde pública o bem jurídico protegido pela norma incriminadora da conduta denominada como tráfico entre amigos. Nesse caso, a saúde pública se trata de artifício utilizado para ocultar a desproporcionalidade entre a conduta e as penas.

Nesse diapasão, ensina Greco que o fornecimento de drogas a terceiros apenas pode ser ofensivo quando a oferta se dirige a pessoas que não estão aptas a exercer escolhas de forma autônoma, como é o caso de doentes mentais, menores de idade e quando o indivíduo não consegue manifestar sua vontade livremente²⁴⁰.

Além dos vícios referentes à manifestação da vontade, a análise da ofensividade do comportamento daquele que oferece droga, de forma esporádica e gratuita, a um amigo deve considerar a finalidade da proteção penal. Entende-se que o legislador tenta tutelar, em última análise, a ameaça à saúde individual daquele que aceita a droga oferecida pelo agente do crime e passa a consumi-la. Como não é possível avaliar os efeitos corporais e mentais causados pelo consumo daquela substância oferecida ocasionalmente, é certo que a norma penal protege o indivíduo de um mal menos grave do que a lesão leve, que é facilmente identificada por perícia médica.

²³⁸ GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – uma Introdução ao Debate sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n.º 49, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 89-147, julho-agosto de 2004, p. 114 – 115.

²³⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Escritos sobre a liberdade: Proibições, riscos, danos e enganoso: as drogas tornadas ilícitas**. Vol. 3. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 30-31.

²⁴⁰ GRECO. Op. cit., p. 114 – 115.

Então, impende-se comparar as penas cominadas as duas espécies delituosas: a lesão leve é punida com pena de detenção de três meses a um ano, enquanto o tráfico entre amigos tem pena de detenção, de seis meses a um ano, cumulado ao pagamento de setecentos a 1.500 mil e quinhentos dias-multa, independentemente da aplicação das sanções constantes no art. 28 da Lei 11.343/2006. Facilmente se constata a desproporção entre as penas em relação à conduta, já que a que pressupõe o resultado danoso à integridade física da vítima é inferior àquela que tutela o perigo abstrato à saúde individual da mesma.

O mesmo raciocínio não se aplica ao tráfico ilícito de drogas e demais condutas típicas dispostas no capítulo II do Título IV da lei vigente, porque nessas hipóteses existem outros interesses penalmente relevantes envolvidos.

Quanto à saúde pública, sabe-se que os sujeitos envolvidos com organizações criminosas realizam atividades econômicas dirigidas à comercialização de drogas proibidas, que são produtos capazes de causar danos à saúde dos indivíduos. Como a oferta é feita em larga escala e por vias subterrâneas não há controle Estatal no que se refere aos componentes da mercadoria. Isso gera um risco enorme ao indivíduo que, muito embora deseje se entorpecer, não sabe até que ponto os efeitos negativos poderão afetar outras funções vitais, como frequência cardíaca, capacidade respiratória, oscilação na pressão arterial e etc.

Esse raciocínio leva a algumas posições políticas extremas, como aquelas que sustentam a legalização total das drogas, incluindo de seu comércio, propondo que o processo de produção e a venda fossem controladas pelo Estado, tal como ocorre com medicamentos. Vale ressaltar que esse tipo de posicionamento não é muito divulgado porque envolveria questões ocultas consideradas incômodas pela sociedade, já que o uso de drogas é um comportamento considerado imoral.

De toda sorte, evidencia-se nessa tese uma preocupação legítima: o dever de informação ao consumidor, que deve ser pormenorizado nas hipóteses em que o uso do produto pode acarretar problemas de saúde, como ocorre com o álcool e o cigarro.

Além da incerteza quanto aos efeitos e a possibilidade de responsabilização do fornecedor, com todas as vantagens conferidas pela legislação consumeirista, o dependente também enfrenta outro problema: o difícil acesso ao tratamento adequado, conforme será discutido a frente.

O tráfico realizado pelas organizações criminosas afetam ainda outros interesses que não coincidem com a saúde pública, pois se referem à segurança e ao equilíbrio da economia.

A segurança pública queda-se comprometida com os atos de violência oficial, na guerra contra as drogas, e extraoficial, que resulta do confronto entre gangues e imposição

coativa de condutas por parte dos integrantes de comunidades controladas pelas organizações criminosas.

Os altíssimos lucros obtidos pelas facções criminosas não podem ser inseridos completamente no sistema econômico oficial e, com isso, torna-se necessária a prática de atos caracterizados como lavagem de dinheiro. Como resultado, o Estado deixa de arrecadar os tributos, bem como há evidentes prejuízos a economia lícita, principalmente quando os empreendedores não possuem nenhuma ligação com o crime e, portanto, deixam de ter proveito com o narcotráfico.

Nessa esteira, Zaccone destaca que o interesse econômico intrínseco ao combate contra o tráfico é produto do atual sistema de ilegalidade de mercado que informa do sistema penal. Por conseguinte, interpreta que a repressão ao tráfico de drogas não deixa de ser uma estratégia de poder “voltada para o encarceramento (controle) das classes perigosas, bem como para o fomento da ilegalidade das classes dominantes”²⁴¹.

As constatações feitas servem para a reflexão sobre a adequação dos bens jurídicos aos tipos penais, o que pressupõe o esforço teórico no sentido de resgatar os princípios constitucionais orientadores do Direito Penal para, somente então, analisar a legitimidade da criminalização de condutas abstratamente perigosas.

²⁴¹ ZACCONE, Orlando. **Acionista do nada: quem são os traficantes de drogas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANÁLISE SOBRE OS PROCESSOS DE CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS A PARTIR DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS ACERCA DA POLÍTICA PÚBLICA NACIONAL DE PREVENÇÃO AO ABUSO DO CONSUMO DE DROGAS ILÍCITAS.

Conforme se sustentou no primeiro capítulo, a política criminal brasileira sobre drogas ilícitas foi, sem dúvida, inspirada nos modelos legislativos internacionais já consolidados em países como os Estados Unidos, que possuem uma notória tradição punitivista. A consolidação do modelo transnacional punitivo presente no país atualmente é constatada pela análise pontual das principais fases do processo de criminalização das drogas. Neste capítulo, pretende-se enfatizar apenas na formação das políticas públicas, sejam elas criminais ou vinculadas à saúde pública, dirigidas ao combate ao consumo de substâncias ilícitas. Lembrando-se que a análise sobre a figura do traficante foi realizada já no primeiro capítulo, em virtude da duplicidade do tratamento jurídico penal entre os usuários/dependentes e traficantes, fato que justificou a necessária segregação.

Nesse contexto, percebe-se a necessidade de estudar os antecedentes históricos relacionados à visão jurídica do dependente em drogas ilícitas, bem como o atual tratamento legal conferido pela Lei n.º 11.343/2006 e as respectivas políticas públicas desenvolvidas pelo Estado. O estudo crítico desses dados conduzirá a necessária construção de um alicerce argumentativo baseado na teoria dos direitos fundamentais, especificamente em relação à efetividade dos direitos sociais e ao mínimo existencial, e também nas idéias pertinentes à justiça distributiva.

No primeiro momento, serão analisados os fatos decisivos para a criminalização do consumo de drogas tipicamente produzidas nos países periféricos (como maconha e derivados da folha da coca) bem como as respectivas formas de repressão. Depois, será enfatizada a polêmica liberação do chá do daime para fins religiosos, que configura um processo de estigmatização paralelo.

4.1.1 Síntese sobre o processo de criminalização das condutas relacionadas ao consumo de drogas ilícitas no Brasil antes da Lei 11.343/2006.

Conforme mencionado no primeiro capítulo, no início do século XX, foram realizadas as primeiras tentativas de formulação de políticas de controle e de repressão do uso, da

produção e da comercialização de drogas ilícitas, que até então não tinham sido objeto de normas incriminadoras.

O Código Penal de 1890 também não regulou devidamente o uso de entorpecentes enquadrando no Título “Dos Crimes contra a Tranqüilidade Pública” o tipo objetivo descrito como “expor a venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários.”

Claramente, conclui-se que, até então, a legislação brasileira não buscava correspondência com a produção legislativa internacional que foi inaugurada pela Conferência de Xangai datada de 1909, sucedida pela primeira Conferência Internacional do Ópio de Haia de 1912. Esta última conferência resultou, inclusive, na produção de uma convenção internacional, que apenas entrou em vigor nove anos após sua criação, em 1921, sendo esse atraso devido à Primeira Guerra Mundial. Nesta mesma época, formou-se a Sociedade das Nações que fundou a Comissão Consultiva do Ópio e outras drogas nocivas.

A legislação nacional vigente até o início do século passado não era adequada ao enfrentamento do aumento do consumo de ópio e haxixe no Brasil, que se intensificou a partir de 1914. Diante do alarde social causado, foram criados diversos decretos tentando coibir o uso e tráfico de entorpecentes e substâncias afins.²⁴²

Apesar da existência de legislação esparsa, entende-se que a consolidação de um sistema legal repressivo às drogas apenas ocorreu na década de 40, momento em que se percebeu a importância de se formular um modelo punitivo autônomo com peculiaridades tendentes a dar uma resposta específica ao novo tipo de criminalização. A sistematização do tratamento jurídico de combate às drogas foi fomentada pela edição do Decreto-Lei 891/38 que ficou conhecido como Lei de Fiscalização de Entorpecentes. Esse decreto-lei visava dar cumprimento aos compromissos assumidos com a ratificação da Convenção de Genebra de 1936²⁴³ e contou com a participação de países como os Estados Unidos e a Alemanha²⁴⁴.

Nos moldes do Acordo de Genebra, o Decreto-Lei 291/38 identificava as substâncias consideradas entorpecentes e previa as condições exigidas para a obtenção de certificados de importação e de uso e manipulação com finalidades terapêutica das mesmas. Essas disposições pretendiam viabilizar a implantação do sistema de controle de tráfico

²⁴² Dentre a legislação sobre substâncias entorpecentes, citam-se o Decreto 4.294/1921, Decreto 15.683/1921, Decreto 20.930/1932, Decreto 24.505/1934, Decreto 780/1936 e Decreto 2.953/38. Os dois últimos decretos citados possuíam grande relevância em termos de política criminal, pois, pela primeira vez, substituíram a expressão “substâncias venenosas” por “substâncias entorpecentes.

²⁴³ CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 13

²⁴⁴ CARVALHO. Op. Cit., p.13.

internacional por meio de certificados de importação e autorização de exportação. Ainda foi incluída a obrigação na qual os países participantes se comprometeram a agir no combate do vício em entorpecentes, a nível nacional. Nesses termos, a legislação brasileira impunha a submissão dos dependentes e usuários eventuais a medidas interventivas consistentes na internação em estabelecimento hospitalar e a interdição civil.

No Brasil, a vigência do Código Penal de 1940 representou uma tentativa de submeter às normas penais incriminadoras sobre drogas ilícitas às normas de interpretação e aplicação dos textos normativos dispostas na parte geral daquele Estatuto Repressivo²⁴⁵. Essa iniciativa fazia parte da tendência de codificação da legislação penal, que pretendia conferir unidade física e, supostamente, lógico-jurídica ao Direito Penal.

Apesar desses esforços, a estratégia de codificação não obteve êxito já que, logo em seguida, passaram a vigorar novas leis especiais tratando do tema, quais sejam, o Decreto-Lei n.º 4.720/42 e a Lei n.º 4.451/64²⁴⁶, que resultou da ratificação pelo Brasil da Convenção Única sobre Entorpecentes de Nova Iorque em 1964, três anos após sua criação²⁴⁷.

Para entender a influência da Convenção Única sobre entorpecentes é preciso perceber as circunstâncias do cenário mundial àquela época. Sabe-se que, ao final da Segunda Guerra Mundial, contabilizou-se o aumento do índice de consumo de drogas, fato que chamou a atenção da recém-criada Organização das Nações Unidas.²⁴⁸ No âmbito da sociedade civil, destaca-se que, na década de sessenta, o cenário social ficou caracterizado pela existência de movimentos de contestação do regime e, juntamente com as posturas libertárias, foi difundido o uso de drogas ilícitas²⁴⁹.

A proliferação do consumo de substâncias entorpecentes deu azo à demanda de criação de leis penais que tinham a finalidade de apresentar soluções jurídicas para resolver o problema social causado pela dependência química. Como se pode constatar, o aumento do consumo de entorpecentes causa diversas conseqüências para o Estado²⁵⁰, que se viu obrigado

²⁴⁵ CARVALHO. Op. Cit. p.13.

²⁴⁶ Além desses dois diplomas, é possível citar a Lei 5.726/1971 que alterou o rito processual previsto para o processamento e julgamento das ações que tratavam de delitos previstos no art. 281 do Código Penal de 1940 com o objetivo de respaldar a repressão dos tóxicos fortalecida no âmbito internacional e, para tanto, redefiniu as hipóteses de criminalização.

²⁴⁷ CARVALHO. Op. Cit, pp. 13-14.

²⁴⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção – Repressão**. 12 ed. São Paulo, Saraiva, 2006, pp. 31-32.

²⁴⁹ CARVALHO. Op. Cit., p. 14.

²⁵⁰ Nas palavras de Vicente Greco Filho: “A toxicomania, além da deterioração pessoal que provoca, projeta-se como problema eminentemente social, quer como fator criminógeno, quer como enfraquecedora das forças laborativas, quer como deturpadora da consciência nacional, quer como elemento essencial no crime organizado.” (GRECO FILHO. Op. cit., p. XIII.)

a aumentar os incentivos financeiros aos projetos educacionais e custear todo um sistema de saúde pública especializado no tratamento de dependentes químicos.

Nesse viés, a comunidade internacional apresentou um projeto transnacionalização que visava uniformizar as medidas adotadas para a repressão de uso de drogas não somente no plano internacional como também, internamente, no território dos Estados soberanos²⁵¹.

A comunidade internacional organizou-se para criar instrumentos de repressão sob o modelo médico-sanitarista-jurídico de controle dos toxicômanos, fundado no discurso maniqueísta pertencente a uma ideologia de diferenciação. De tal sorte, era necessário delimitar as diferenças entre os usuários, vistos como doentes, e os traficantes, que assumiria a figura do delinquente. Para esse último, seria utilizado o discurso jurídico-penal, enquanto sobre o consumidor recairia o discurso médico-psiquiátrico²⁵².

No que se refere às demais disposições da Convenção Única de Nova Iorque, constata-se que inovou ao classificar os entorpecentes segundo suas propriedades. Ademais, estabeleceu medidas de controle e fiscalização, prevendo restrições à liberdade dos particulares²⁵³. Finalmente, adotou-se um regime de uniformização das medidas adotadas pelos seus signatários nos respectivos territórios nacionais a fim de coibir o tráfico ilícito, impondo que os Estados deveriam prestar assistência recíproca com o fito de inibir as formas de tráfico, produção e posse²⁵⁴.

Apesar de estabelecer a necessidade de criminalizar a posse de substâncias entorpecentes sem a devida autorização, a Convenção Única em seu artigo 49 possibilitou os países partes a fazerem reservas transitórias a fim de permitir, dentro do prazo estabelecido na Convenção, o uso do ópio com finalidades “quase médicas”²⁵⁵; o uso do ópio para fumar; a mastigação da folha de coca; a utilização de *cannabis*, de sua resina, extrato e tinturas mesmo quando a finalidade não for médica; e a produção, fabricação e o comércio dos entorpecentes citados para os fins diversos.

Para exercer a reserva do direito, seria imprescindível que o Estado demonstrasse que as condutas aludidas seriam tradicionais no seu território, impedindo a exportação das substâncias para outros países que cominassem pena ao consumo das mesmas. Interessante que o limite temporal para exercício da reserva foi definido, com exceção da hipótese do uso

²⁵¹ OLMO, Rosa Del. **A América Latina e sua criminologia**. 1ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, pp. 134 - 137.

²⁵² CARVALHO. Op. cit., P. 16

²⁵³ GRECO FILHO. Op. cit., p. 32.

²⁵⁴ GRECO FILHO. Op. Cit, p. 33.

²⁵⁵ Expressão utilizada no texto oficial da convenção (Decreto 54.216/1964)

do ópio com finalidade quase médica que deveria ser abolido no prazo de quinze anos, a partir da entrada em vigor da presente Convenção.

Segundo os comentários oficiais sobre os dispositivos da referida convenção, a posse para consumo pessoal deveria ser considerada crime, muito embora o país pudesse optar pela cominação de penas como multa ou admoestação verbal ao invés de penas privativas de liberdade. Mesmo que o consumo não fosse considerado crime, em face do exercício do direito de reserva, a Convenção determinava a necessidade de fiscalização administrativa para impedir o tráfico e o uso de drogas ilícitas²⁵⁶.

Ao tempo em que entrou em vigor, a Lei n.º 6.368/1976 manteve as condutas típicas anteriormente criminalizadas com um notável recrudescência das penas, nos exatos moldes da política transnacional de combate às drogas ilícitas. A rigidez do tratamento penal se atribui a eleição dos mesmos como inimigos internos, discurso que foi fortemente difundido nos países desenvolvidos que assistiram ao aumento do consumo doméstico de entorpecentes.

Salo de Carvalho sustenta que a Lei n.º 6.368/76 seguiu um “discurso de formação do tipo ideal militarizado de repressão às drogas no Brasil”, diferenciando as figuras do traficante e do dependente que, não obstante, é equiparado ao usuário. Assim, a revogada lei consolidou dois estatutos proibitivos concomitantes orquestrados a luz dos binômios dependência-tratamento e tráfico-repressão, mantendo o consumo como conduta típica, mas com pena inferior em relação ao tráfico²⁵⁷.

Além disso, a aludida lei, em seu artigo 10, consolidou o tratamento coercitivo do consumidor tal como se esta fosse uma contenção de natureza sanitaria²⁵⁸, pressupondo que esses sujeitos apresentassem alta periculosidade. Como não havia distinção entre dependente e usuários, todos estariam obrigados a se tratar mesmo que sua condição pessoal não impusesse tal solução. Conclui-se que o tratamento compulsório revela a necessidade eliminação de um risco, no sentido de que o Estado desejava evitar que os usuários praticassem ações lesivas à sociedade.

Em 1991, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias psicotrópicas foi promulgada no Brasil por meio do Decreto 154/91. Dentre as novidades na esfera punitiva, apenas a título ilustrativo, citam-se as seguintes: a tendência de antecipação

²⁵⁶ ONU. *Comentários a la convención única de 1961 sobre estupefacientes*. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/treaties/organized_crime/Drug%20Convention/Comentarios_a_la_convencion_unica_de_1961.pdf. Acesso em: 26.08.2010

²⁵⁷ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.

²⁵⁸ CARVALHO. Op. cit., p. 26.

do momento punitivo²⁵⁹; associação ou substituição das penas privativa de liberdade por tratamento de reabilitação, seguido de medidas capazes de ressocializar o delinqüente; previsão de circunstâncias especiais de aumento ou agravamento de pena com destaque para o tratamento mais grave em caso reincidência específica; adoção de medidas processuais excepcionais; e, finalmente, o compromisso de cooperação jurídica, com ênfase no viés investigatório, recíproca entre os países signatários.

Os mecanismos repressivos previstos naqueles tratados desconsideraram a realidade sócio-cultural da América Latina, o que propiciou a extinção de culturas milenares que utilizavam substâncias ora proibidas em rituais religiosos ou de cura ou, até mesmo, para propiciar prazer, algo que era aceito culturalmente. Destarte, as mencionadas normas foram introduzidas ao sistema jurídico interno, sendo legitimadas à custa de explicações criminológicas baseadas em outras realidades que não a nacional.

4.1.2 Aspectos político-criminais da permissão do uso de Ayahuasca com finalidades religiosas.

Paralelamente ao processo de criminalização de drogas mais populares- como derivados do ópio, do chá da coca a heroína, e maconha – surge no Brasil uma outra forma de repressão ao uso do chá conhecido como daime, mas também chamado de vegetal, hoasca e ayahuasca. A bebida resulta do processo de infusão e fermentação de substâncias como pelo cipó *Banisteriopsis caapi* (popularmente chamado de jagube, mariri etc) e pela folha *Psychotria viridis* (conhecida como chacrona, rainha etc.).

Historicamente, o uso do chá de daime era feito por grupos religiosos, chamados de religiões ayahuasqueiras, que surgiram na região Norte do Brasil a partir da década de 1930: primeiro grupo a professar essa religião foi liderado por Raimundo Irineu Serra no Acre; nesse mesmo estado, em 1945, criou-se uma outra “vertente” denominada Barquinha sob o comando de Daniel Pereira Mattos; por fim, em 1961, José Gabriel da Costa funda a União do Vegetal (UDV) que tem sede em Rondônia na cidade Porto Velho. Esses três grupos são considerados as origens principais da religião ayahuasca.

²⁵⁹ Quanto a este aspecto, é válido destacar que, nos termos do artigo 3, item 1, da Convenção de Viena, o legislador nacional assumiu a obrigação de tipificar condutas que correspondem a atos preparatórios para o crime de tráfico. Observe-se a redação o inciso II da letra “c” do aludido dispositivo: “a posse de equipamentos ou materiais ou substâncias, enumeradas no Quadro I e no Quadro II, tendo conhecimento prévio de que são utilizados, ou serão utilizados, no cultivo, produção ou fabricação ilícitos de entorpecentes ou substâncias psicotrópicas.”

Interessante destacar que o surgimento da religião do daime coincide com o período do ciclo da borracha. Ao investigar os fatos históricos, antropólogos costumam associar a ausência do Estado no tocante à assistência daquela população isolada ao surgimento da religião ayahuasca que “parecia permitir que esses religiosos enfrentassem mais eficazmente as deficiências da capital acreana, que nesses anos trinta e quarenta não apresentavam condições de sanar as necessidades da população que para lá migrava, com serviços de habitação, saneamento e saúde escassos”²⁶⁰.

No campo penal, apesar de não haver proibição legal ao uso do daime, como substância ilícita, constata-se que desde o início da referida prática, havia a identificação da religião ao crime de curandeirismo e charlatanismo. De tal sorte, os praticantes das religiões nascentes eram estigmatizados e frequentemente apontados como “macumbeiros”, o que era reforçado pelo preconceito com os participantes que eram pobres e, em sua maioria, negros.²⁶¹

Atualmente, a discussão sobre o uso do daime é centrada na sua classificação como droga ilícita, visão essa que se consolida a partir da década de 70, com a notável influência pela política de combate às drogas:

Um ano depois de se instalar no Acre, em 1974, a Polícia Federal já manifesta interesse em investigar os grupos religiosos ayahuasqueiros locais, convocando os dirigentes de vários desses grupos para depoimentos informais [...] contudo, estas novas investidas da Polícia Federal, na década de setenta, se distinguem daquelas do passado porque o objetivo não era mais reprimir crenças de macumba e feitiçaria ou, então, combater práticas terapêuticas populares que se enquadrassem na categoria de atos de charlatanismo e curandeirismo. O interesse principal dos representantes da lei passava a ser a bebida consumida em todos esses cultos [...] as informações solicitadas diziam respeito aos efeitos do chá, a suas conseqüências, sua composição etc²⁶².

A análise da composição do chá indicou a presença de N-Dimetiltriptamina (DMT), substância ilícita incluída na lista da Convenção de Viena de 1971. Em virtude disso, o uso do daime foi proibido em 1985 até 1987, quando houve a liberação para fins religiosos e ritualísticos. A polêmica é acesa em 1995, quando resolução do CONFEN proíbe uso do chá por menores de 18 anos de idade e pessoas que apresentassem transtornos mentais.

Segundo a Resolução 5/2004 do CONAD o uso do chá, no uso religioso da ayahuasca, deveria ser permitido como forma de proteger o direito constitucional ao exercício do culto e à decisão individual. Nesse viés, o indivíduo deve ser informado amplamente por

²⁶⁰ GOULART, Sandra Lucia. Estigmas de grupos ayahuasqueiros. In: LABATE, Beatriz Caiuby et al (org). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Edufba, 2008, pp. 251 -288, pp. 257-258.

²⁶¹ GOULART. Op. cit., p.260-261.

²⁶² GOULART. Op. cit. p. 264.

profissionais das diversas áreas do conhecimento humano, pelos órgãos públicos e pela experiência comum sobre as conseqüências do consumo reiterado da substância. Por fim, o instrumento normativo dispõe que:

A participação no uso religioso da ayahuasca, de crianças e mulheres grávidas, deve permanecer como objeto de recomendação aos pais, no adequado exercício do poder familiar (art. 1.634 do Código Civil), e às grávidas, de que serão sempre responsáveis pela medida de tal participação, atendendo, permanentemente, à preservação do desenvolvimento e da estruturação da personalidade do menor e do nascituro.²⁶³

Isso quer dizer que as restrições subjetivas foram afastadas pelas Autoridades Administrativas competentes como forma de viabilizar o direito ao livre exercício do culto, dando maior amplitude a expressão “para fins religiosos”. Contudo, ainda não está claro a questão do “turismo do daime”, pois como é sabido, existem curiosos que participam desses rituais com finalidades recreativas e não religiosas, uma vez que a idéia de religião pressupõe a reiteração de atos, tanto que, na linguagem cotidiana, se refere a um religioso como fiel.

Nessa hipótese, o uso profano do daime pressupõe o fornecimento do mesmo a pessoa que não participe regularmente das reuniões religiosas, conduta que poderá ser encarada como tráfico de drogas. Essa preocupação foi recentemente expressa na última resolução 1/2010 do CONAD²⁶⁴ que se preocupou em estabelecer a legitimidade do uso religioso da Ayahuasca e implementar o estudo e a pesquisa sobre o uso terapêutico da Ayahuasca em caráter experimental nos termos do relatório final do Grupo Multidisciplinar de Trabalho (GMT).

O relatório, anexado a nova Resolução do CONAD, proíbe a comercialização da ayahuasca, dispondo que “o plantio, o preparo e administração com o fim de auferir lucro é incompatível com o uso religioso” e, por conseguinte, seria considerado ato passível de punição nos termos da Lei 11.343/2006. Ademais, o turismo do daime deve ser igualmente considerado como tráfico ilícito na medida em que se configura como atividade econômica que visa o lucro e não possui finalidades religiosas. Nesses termos o relatório especifica que

Turismo, como atividade comercial, deve ser evitado pelas entidades, que por se constituírem em instituições religiosas, não devem se orientar pela obtenção de lucro, principalmente decorrente da exploração dos efeitos da bebida. A Constituição Federal garante o livre exercício dos cultos religiosos, que tem como conseqüência o direito à propagação da fé através do intercâmbio legítimo de seus membros. Neste sentido todos têm direito de professar a sua fé livremente e de promover eventos dentro dos limites legais estabelecidos. O que se quer evitar é que uma prática religiosa responsável, séria, legitimamente reconhecida pelo Estado, venha a se transformar, por

²⁶³ BRASIL. Resolução n° 5 CONAD, de 04 de novembro de 2004. Disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Legislacao/327030.pdf>

²⁶⁴ BRASIL. Resolução n° 01 de 25 de janeiro de 2010 CONAD, Disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Legislacao/327995.pdf>

força do uso descomprometido com princípios éticos, em mercantilismo de substância psicoativa, enriquecendo pessoas ou grupos, que encontram no argumento da fé apenas o escudo para práticas inadequadas²⁶⁵.

Convém mencionar que todas as conclusões tomadas pelo referido Grupo não conflitam com as obrigações internacionais firmadas pelo Brasil, posto que o INCB (*International Narcotics Control Board*), da Organização das Nações Unidas, decidiu que a aludida bebida e as espécies vegetais nelas contidas não são objetos de controle internacional.

De forma conclusiva, percebe-se que, nos momentos em que a ingerência internacional não se justifica, os poderes públicos nacionais apresentaram medidas sensivelmente adequadas, trazendo a possibilidade de debate entre as instituições oficiais e a sociedade civil, especialmente os grupos religiosos afetados. Isso demonstra que a norma jurídica foi construída com a participação de seus destinatários, o que é elogiável pela observância de um processo de legitimação democrático.

4.2 Diferenças entre o usuário e dependente em substâncias psicoativas ilícitas.

Para a Organização Mundial de Saúde (OMS), o termo “dependência” se refere a uma variedade de substâncias psicoativas, incluindo o consumo de drogas ilícitas, alertando que cada classe de drogas provoca sintomas específicos. Ressalte-se que apesar da palavra “dependência” deva ser utilizada preferencialmente em relação a “vício”, tem-se que ambos retratam uma situação semelhante, qual seja:

Consumo repetido de uma ou várias substâncias psicoativas, até o ponto em que o consumidor (denominado viciado) se intoxica periodicamente ou de forma contínua, mostra desejo compulsivo de consumir a(s) substância(s) preferida(s), tem uma enorme dificuldade para interromper voluntariamente ou modificar o consumo da substância e se mostra decidido a obter as substâncias psicoativas por qualquer meio [...]. O vício não figura entre os termos dos diagnósticos do CID-10, muito embora continue sendo um termo usado amplamente tanto por profissionais como por o público em geral.²⁶⁶

²⁶⁵BRASIL. Relatório do GTM Ayahuasca/CONAD. Disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/CONAD/biblioteca/documentos/327994.pdf>

²⁶⁶O conceito utilizado é uma tradução livre baseada no texto original em espanhol: *Consumo repetido de una o varias sustancias psicoactivas, hasta el punto de que el consumidor (denominado adicto) se intoxica periódicamente o de forma continua, muestra un deseo compulsivo de consumir la sustancia (o las sustancias) preferida, tiene una enorme dificultad para interrumpir voluntariamente o modificar el consumo de la sustancia y se muestra decidido a obtener sustancias psicoactivas por cualquier medio*”. OMS (1994). **Glosário de Términos de alcohol y drogas**. Disponível em: <http://www.who.int/ghl/mobile_libraries/bluetrunkport/en/index2.html>. Acesso em: 15.01.2010.

O conceito acima não deve ser aplicado ao usuário, já que o consumo controlado se afasta da dependência na medida em que o uso da substância é regular, mas não chega a se tornar compulsivo, não afetando o cotidiano do indivíduo.

Essa diferenciação feita entre o dependente e o usuário é importante para definir quais são os tratamentos ou medidas adequadas para lidar com a especificidade de cada um. É certo que um indivíduo que utilize substâncias psicoativas de forma esporádica, não sofrerá transtornos mentais (tais como transtorno psicótico residual²⁶⁷ e transtornos psicóticos induzidos por drogas²⁶⁸) e tampouco síndrome de abstinência, condições típicas daquele que possui dependência.

Crítica-se o legislador brasileiro por ter demorado a considerar os conceitos desenvolvidos pela OMS, de forma que, no passado, chegou a equiparar o dependente e o traficante. Atualmente, persiste em erro diverso: o legislador aparenta desconhecer a diferença entre o usuário e o dependente, submetendo-os às mesmas medidas punitivas e, supostamente, educativas, tais como previstas no art. 28 da Lei 11.343/2006.

4.3 A evolução do Tratamento jurídico conferido aos usuários e dependentes em drogas ilícitas no Brasil.

No sentido de melhor entender os avanços trazidos pelo diploma legal vigente, é imprescindível discorrer sobre a evolução do tratamento dado ao usuário de drogas no Brasil. Tal estudo servirá como suporte para a compreensão e respectiva crítica do contexto atual, especialmente no que se refere à utilidade despenalização do uso e, conseqüentemente, da aplicação de medidas educativas em substituição das penas tradicionais.

O Decreto-Lei n.º 891/38 estabelecia que tanto a toxicomania como a intoxicação habitual seriam doenças de notificação compulsória à autoridade sanitária, sendo inclusive prevista a possibilidade de internação compulsória do indivíduo e sua interdição civil. A duração dos efeitos da internação, que era medida supostamente curativa, poderia ocorrer por tempo indeterminado, a depender da necessidade do enfermo. As internações compulsórias

²⁶⁷ Segundo define a OMS, o Transtorno psicótico residual pode ser induzido pelo uso de drogas contínuo, de forma a provocar alterações cognitivas, afetivas, da personalidade ou do comportamento, enfermidade que se adéqua ao CID-10 (transtornos mentais e do comportamento, residuais e de começo tardio, induzidos por álcool ou drogas. Essas modificações persistem mesmo após a eliminação da substância do corpo do indivíduo, sendo que as mais comuns são a demência e outras formas mais leves de deterioração intelectual permanente. (OMS. Op. Cit. P. 62)

²⁶⁸ Os transtornos de distintas intensidades decorrentes do uso de drogas são uma série de doenças que estão previstas no CID-10, nos grupos F10 a F19, todos eles tem em comum o consumo de uma ou mais substâncias psicoativas, sejam elas lícitas ou não (são elas, o álcool, ópio e derivados, *cannabis* e derivados, cocaína, estimulantes, alucinógenos, tabaco, solventes voláteis etc). (OMS. Op. Cit. P. 62)

eram justificadas por motivo de conveniência de ordem pública, o que a torna semelhante à custódia prisional cautelar.

Até mesmo a internação facultativa teria feições de medida de segurança, no entanto, poderia ser imposta independentemente de sentença penal, ou sequer de processo penal, bastando haver requerimento dos representantes legais, cônjuges ou parentes de até 4º grau do dependente perante o Juízo Cível de competência do Juízo dos Órfãos, hoje transformado nas Varas da Infância e da Juventude. Muito embora essa modalidade de internação fosse denominada “facultativa”, é fácil constatar que a vontade do paciente não era considerada já que era possível que membros da família, inclusive parentes mais afastados, pudessem requerer a internação.

Até então, era vedado o tratamento ambulatorial em face à vedação emanada no art. 28 do mencionado decreto, onde se lia que “não é permitido o tratamento de toxicômanos” em domicílio.

Ademais, o Decreto-Lei n.º 891/38 previa a necessidade de comunicação de qualquer internação e alta de pacientes dependentes em drogas ilícitas à autoridade policial competente e ao representante do Ministério Público. Essa regra era destinada não somente aos hospitais públicos, como também aos estabelecimentos particulares.

No Código Penal de 1940, os crimes relativos às drogas ilícitas estavam previstos no art. 281, que foi alterado por decretos-leis que revogaram a redação original, que prescrevia o crime denominado como comércio clandestino ou facilitação do uso de entorpecentes, sem a preocupação em tipificar a conduta do usuário ou dependente. Destaca-se que a Lei 4.451/64 não alterou significativamente as disposições legais já existentes no que concerne ao trato dos dependentes ou usuários eventuais de substâncias ilícitas.

Apenas com a redação dada pelo Decreto-Lei 385/68 que a situação do dependente foi abordada pelo legislador. No texto legal estava expressamente prevista a equiparação do usuário eventual ou dependente ao traficante, na medida em que se fixava as mesmas penas (um a cinco anos de reclusão e multa) para o traficante e para aquele que trazia consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, bem como matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica²⁶⁹.

²⁶⁹ Redação dada pelo Decreto-Lei nº 385, de 1968: “Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacôrdo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas à entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.) Pena -

Posteriormente, com a Lei n.º 5.726/71, houve duas mudanças: a primeira delas, foi o aumento das margens de pena de reclusão para um a seis anos; além disso, foram separadas, em dois incisos diferentes, as condutas de porte, já tipificada anteriormente, e de aquisição de substância entorpecente para uso próprio ou que determine dependência física ou psíquica, sendo que as penas de ambas eram equiparadas às do tráfico. Frise-se que foi o primeiro momento em que a aquisição de drogas ilícitas, sem necessária prova do efetivo consumo, foi criminalizada.

De acordo com a Lei n.º 6.368/76, o tratamento aos dependentes deveria ser fornecido pelas redes de serviço público de saúde dos estados, Distrito Federal e Territórios. Esses entes políticos optariam, ora, pela criação de estabelecimentos específicos para esse tipo de tratamento, ora, pela adaptação de unidades já existentes.

Nesse momento, o legislador demonstrou amadurecimento ao estabelecer a possibilidade de tratamento ambulatorial ao lado da internação obrigatória, revogando a vedação expressa no Decreto n.º 891/38.

Além disso, a Lei n.º 6.368/76 unificou as condutas relativas ao uso no art. 16, que tipificava a aquisição, a guarda e porte de substâncias entorpecentes para o uso próprio. O agente desse crime estaria sujeito à pena de detenção de seis meses a dois anos, cumulada ao pagamento de vinte a cinquenta dias-multas. Nesse diapasão, o legislador nacional deixa de equiparar o usuário ou dependente ao traficante de drogas, cuja pena cominada era de reclusão de três a quinze anos mais o pagamento de cinquenta a trezentos e sessenta dias multa.

Após a necessária síntese do conteúdo da legislação antecedente à Lei n.º 11.343/2006, será analisada de forma pormenorizada qual é o tratamento jurídico conferido, atualmente, ao usuário e ao dependente de substâncias ilícitas.

Atualmente está em vigência uma nova política pública e criminal em relação ao usuário e ao dependente de substâncias ilícitas. Primeiramente, observa-se que o art. 28, *caput* e §1º da Lei n.º 11.343/2006, especifica que aqueles que adquirirem, guardarem, tiverem em depósito, transportarem ou trouxerem consigo, semear, cultivarem ou colherem drogas ilícitas para consumo próprio sujeitar-se-ão às seguintes “penas”: advertência sobre os efeitos das drogas; prestação de serviços à comunidade; medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário-mínimo vigente no país. § 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: **III - traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determine dependência física ou psíquica.)** (grifou-se)”

A duração das penas de prestação de serviços à comunidade e da medida educativa acima mencionadas será de no máximo cinco meses, podendo chegar ao prazo máximo de dez meses em caso de reincidência. Caso o agente se negue a cumprir as penalidades de forma injustificada, o máximo que pode acontecer é a repreensão oral do agente, o que a lei denomina de admoestação verbal, ou a obrigação de pagar multa.

Ao ser processado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006, o agente terá direito a tratamento médico especializado gratuito, que deverá ser posto à sua disposição pelo Poder Público²⁷⁰. Esse mandamento cria para o Estado a obrigação de oferecer gratuitamente tratamento médico aos usuários e dependentes processados criminalmente.

No entanto, é preciso verificar a situação daqueles que foram condenados ou respondem a processos por outros crimes, pois como se sabe, o abuso no consumo de entorpecentes está associado, por exemplo, ao cometimento de crimes contra o patrimônio. Dessa feita, é possível constatar, na práxis forense, diversos casos em que o acusado, processado por crimes não relacionados à lei de drogas, necessita de tratamento adequado para tratar do seu vício. Atento a essa realidade, o juiz poderá determinar o encaminhamento do agente para tratamento no momento da sentença condenatória, bem como é possível que o usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos à medida de segurança, tenham acesso aos serviços de atenção à saúde, no âmbito sistema penitenciário.

Apesar desses avanços, olvidou-se de uma situação de extrema relevância, qual seja, se durante o processo o juiz constatar que o réu preso necessita de tratamento, como deve proceder? A lei não oferece respostas para essa pergunta, principalmente, porque aqui não se está tratando das hipóteses em que o estado mental do indivíduo não interferiu na avaliação de sua culpabilidade no momento do crime objeto do processo.

Imaginando que o réu, sob custódia cautelar, deva se submeter a tratamento médico, há duas soluções: a primeira seria que os estabelecimentos prisionais que abrigassem os presos provisórios contassem com o serviço de saúde específico em suas dependências; a segunda seria encaminhar esse custodiando a uma unidade de saúde pública, sendo obviamente necessário que fossem tomadas as medidas contingenciais para a manutenção da prisão cautelar e para garantir a segurança dos demais pacientes e equipe médica.

²⁷⁰ Nos termos do art. 28, § 7º da Lei 11.343/06: “O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

A concretização das aludidas medidas, que fazem parte da política pública de prevenção e ressocialização do dependente proposta pela lei de drogas vigente, dependerá das condições reais fornecidas pelo Estado. Dessa forma, a efetividade dos mandamentos legais poderá variar conforme o vulto de investimento feito para atender a essa demanda somado à gestão desses recursos, o que está atrelado à organização de programas e convênios.

4.4 Estratégias da Organização das Nações Unidas para prevenção e recuperação dos dependentes de substâncias ilícitas.

As diretrizes propostas pela Organização das Nações Unidas (ONU), no que tange à prevenção e recuperação dos dependentes em drogas ilícitas, são sintetizadas na Resolução 46/11. Recomenda-se, basicamente, que os países membros desenvolvam estudos sobre os efeitos do uso e da dependência em substâncias psicoativas ilícitas, assim como orquestrem programas a fim de reduzir o uso de drogas entre dependentes e usuários eventuais. Além disso, a ONU propõe que sejam dirigidos esforços para a ampliação da eficácia do tratamento médico adequado e dos programas de reabilitação, o que pode ser alcançado, principalmente, com a ampliação do acesso aos mesmos. Essas metas devem ser priorizadas pelos Estados de forma que prevejam recursos orçamentários suficientes para atender a demanda nacional.

Um dos aspectos mais importantes dessa Resolução circunda a questão da efetividade dos tratamentos, já que se exige que sejam baseados em pesquisas científicas que demonstrem a efetividade dos resultados obtidos com o método utilizado nos tratamentos médicos. Em outras palavras, não basta criar unidades de tratamento, na verdade, os Estados devem fornecer recursos suficientes para que ali sejam oferecidas condições e técnicas adequadas ao trato dos pacientes. Essa preocupação possui relevância extrema já que o uso de métodos não-convencionais, como o acorrentamento de pacientes ou uso de eletro-choque, podem ocasionar à responsabilização criminal dos responsáveis pelos crimes de maus-tratos, tortura, lesão corporal, entre outros.

Observa-se, também, que a atenção ao problema das drogas ilícitas foi retomada no Relatório Anual sobre Desenvolvimento dos Países, concluído em 2005, momento em que a ONU elencou o crime e a violência como dois dos principais fatos de retardo do desenvolvimento social do Brasil, destacando os danos causados pelo crime organizado que arquitetava os esquemas de tráfico nacional e internacional de drogas.

Além do tráfico, a ONU estimou que a incidência de crimes contra o patrimônio, cometidos com ou sem violência contra a pessoa, cresceu: de acordo com uma pesquisa feita

cerca de 35% da população alega já ter sido vítima desses delitos. Constatou-se ainda um aumento da taxa de homicídios, principalmente entre habitantes de áreas mais pobres. Esses dados conduziram a seguinte conclusão:

Não é de surpreender que uma grande parcela da população se sinta insegura, o que induz a distúrbios psicológicos, redução de contatos sociais, apoio a soluções simplistas e populistas, assim como à justificação do abuso policial e da atuação de grupos de extermínio.²⁷¹

Em razão dessas estatísticas, a ONU incentivou a instalação do Núcleo de Atenção Psicossocial localizado no município de Santo André em São Paulo, que objetiva a recuperação e atenção ao dependente de drogas ilícitas e álcool. Nesse núcleo, o interessado tem acesso a tratamento médico psicológico, e também pode se abrigar em um dos seis leitos disponíveis²⁷².

Atualmente, a UNODC no Brasil, Escritório integrante da ONU, apenas divulgou um projeto dedicado à prevenção de drogas no ambiente do trabalho e da família. Esse projeto teria o objetivo de diminuir o uso de drogas entre 24 mil trabalhadores de 30 empresas localizadas no estado do Rio Grande do Sul, o que seria alcançado pela colaboração dos familiares e da comunidade²⁷³. Em última instância, o projeto visava melhorar a qualidade de vida dos envolvidos a fim de aumentar a produtividade das empresas.²⁷⁴

Basicamente, era necessário que a empresa indicasse três pessoas para receberem o treinamento adequado no SESI (Serviço Social da Indústria) do Rio Grande do Sul. Após a capacitação, o Comitê Coordenador deveria organizar as atividades e palestras úteis à plena divulgação das informações sobre o uso de drogas obtidas no treinamento. Além disso, contava-se com um Comitê Reabilitador ou Orientador integrado por profissionais da saúde que iria tratar daqueles beneficiados com problemas mais graves gerados pelo consumo de entorpecentes. Salienta-se que os alvos desse projeto eram aqueles empregados que apresentassem indícios de que sofriam de algum distúrbio comportamental decorrente do uso de substâncias psicoativas, tais como faltas, queda do desempenho, atrasos e acidentes de trabalho.

²⁷¹ ONU (2005). UNCT (BRASIL). **Uma leitura das Nações Unidas Sobre os Desafios e potenciais do Brasil: avaliação conjunta do país.** UNCT no Brasil, agosto 2005. Disponível em: <http://www.unodc.org/brazil/pt/library_and_links.html#drogas>. Acesso em 20/01/2010

²⁷² Fonte: http://www.unodc.org/treatment/en/Brazil_resource_centre_2.html. Acesso em 20/01/2010

²⁷³ Consta no website da UNODOC que o critério para a escolha de empresas participantes foram: atuação em setores econômicos competitivos e com histórico de atividades voltadas à melhoria da qualidade de vida dentro e fora do ambiente de trabalho; escala hierárquica reduzida, com executivos motivados e dispostos a se engajar no projeto; quadro funcional comprometido com resultados e produtividade; detentoras de técnicas gerenciais que privilegiam o trabalho em equipe e a democratização da informação.

²⁷⁴ Fonte: http://www.unodc.org/brazil/pt/project_roa_39.html. Acesso em 20/01/2010.

O aludido projeto obteve resultados avaliados como positivos pela ONU, dentre eles destacou-se a obtenção de certificado ISO 9001 pelas 39 empresas gaúchas envolvidas, a melhora da qualidade de vida dos colaboradores, com a redução de 16% no número de fumantes, queda de 12,5% no consumo de álcool e, o mais relevante para o trabalho, declínio de 28,7% do consumo de drogas ilícitas. Houve, ainda, melhora na produtividade das empresas, com diminuição de faltas (10%), atrasos (30%) e acidentes provocados pelo uso de substâncias psicoativas (34%).

À primeira vista, pode-se verificar que a atuação da ONU no campo da prevenção ao aumento do consumo de drogas ainda é reduzida e não alcança pessoas marginalizadas, já que o mencionado projeto está restrito a trabalhadores regularmente vinculados a empresas, seja por vínculo empregatício ou prestação de serviços. Critica-se em partes essa intervenção, pois, muito embora seja benéfica aos envolvidos, parece estar motivada mais por razões econômicas do que para o benefício da saúde pública.

Para se ter uma pequena amostra da capacidade econômica da ONU, cita-se que, no orçamento de 2008-2009, foram recebidos a título de doações dos países membros e de pessoas jurídicas de direito privado a quantia de US\$ 191.5 milhões. Em 2008, estima-se que as doações para custeio de programas de prevenção às drogas e ao crime atingiram o total de US\$ 258.5 milhões. Ressalte-se que o Brasil é um dos maiores contribuintes da ONU chegando a fornecer o total de US\$ 24.667 milhões em 2008²⁷⁵.

Diante do vulto de investimentos do governo brasileiro, no mínimo, é questionável a aplicação desses fundos para benefício de tão restrito grupo. Acredita-se que ONU demonstra os interesses aparentemente ocultos no desenvolvimento da economia em detrimento do bem-estar daqueles envolvidos nos programas de prevenção.

A preocupação com a saúde pública não é, claramente, o foco dessa Organização que se dedica a elencar os entraves ao desenvolvimento econômico do país, esquecendo entre eles o mais importante: os graves problemas sociais sofridos pela população, tais como a pobreza, violência e exclusão social.

Encarar o uso de substâncias ilícitas, isoladamente, como um fator de atraso da economia seria ingênuo, pois esse problema já se deriva ora de uma situação social insustentável vivida, ora de uma condição psíquica de desequilíbrio do sujeito.

Sustenta-se que a dependência e o uso de substâncias ilícitas devem ser enfrentados sim pelo Estado, mas por a perspectiva de um problema de saúde pública que gera graves

²⁷⁵ Fonte: <http://www.unodc.org/unodc/en/donors/donorlist/?ref=menuse>. Acesso em 20/01/2010

efeitos no seio da sociedade. Exatamente, por isso, dedicar-se-á ao estudo das políticas públicas de saúde mental que dão suporte aos usuários e dependentes em drogas ilícitas.

4.5 Estigmatização do usuário pelo processo penal e justiça terapêutica: os contra-sensos do tratamento compulsório

Apesar de a Lei n.º 11.343/2006 excluir a possibilidade do consumidor de drogas ser submetido à pena privativa de liberdade, manteve o caráter de infração penal da conduta correspondente. Conforme já se fez notar, a sistemática legal em vigor consolida o modelo jurídico-terapêutico que coloca o consumidor na condição de doente.

Com a aparente finalidade de assegurar a saúde pública, acaba-se impondo ao usuário a submissão ao tratamento compulsório ou o consumo clandestino e desinformado que causa para ele ainda maiores danos e riscos²⁷⁶.

Vale lembrar que a aplicação de sanções terapêuticas é precedida de processo penal, já que a conduta atribuída ao usuário constitui-se como uma infração penal. Na lição de Aury Lopes Jr, o devido processo legal, na esfera penal é um caminho necessário para a aplicação de pena. Eis que como o Estado detém o monopólio do direito de punir e, portanto, deve respeitar os limites impostos ao exercício desse direito. Diante da impossibilidade de autotutela, a sanção penal não sendo essa apenas um efeito jurídico do delito, mas sim um efeito do processo²⁷⁷. No Estado Democrático de Direito, o devido processo legal é a primeira de muitas outras garantias constitucionais, tais como a duração razoável, sendo condição de legitimidade da atuação estatal frente à sociedade. Não obstante, o processo penal revelará igualmente os vícios e tendências do sistema penal, especialmente a seletividade e estigmatização. Do mesmo modo, em que pese a pena possuir uma prevenção positiva, ao menos teoricamente, por ser ela um instrumento estatal de controle, estará igualmente compelida a repetir o *habitus* social.

Então, se o indivíduo é marginalizado e excluído antes mesmo de ingressar no sistema penal, as chances de que possa ser reinserido no bojo da sociedade após o cumprimento de sua pena cai drasticamente justamente porque o sistema penal marca a vida do indivíduo, etiquetando-o. Nesse sentido, convém citar o pensamento de Lopes:

²⁷⁶REGHELIN, Elisângela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 15, n.º 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 57 – 77, jan.º/fev. 2007, p. 64.

²⁷⁷ LOPES, Aury, Jr. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 3

É a triste opção por um tratamento penal e não social da miséria. Conjugando isso à doutrina do *labeling approach*, podemos compreender perfeitamente que a sociedade é excludente e que o sistema penal, por ser uma fiel representação dela, é igualmente excludente. A sociedade coloca o indivíduo não consumidor à margem (literalmente marginal), introduzindo-o no sistema penal, que na sua atividade de seleção atuará com toda dureza sobre o rotulado, o etiquetado, o não consumidor²⁷⁸.

Antes mesmo de ser condenado, o sujeito já sofre as conseqüências do sistema penal, pois no Brasil ser processado é um fardo: primeiro, há maiores dificuldades em se conseguir emprego, depois porque há um preconceito da sociedade em torno do indivíduo que, ao contrário do que diz a Constituição, é presumivelmente culpado nos olhos da opinião pública.

Dessa maneira, o processo penal comporta uma ambivalência notável: uma de suas faces expressa a conquista da garantia do devido processo penal, e de outro lado, mostra seu caráter estigmatizante. Devido a essa segunda faceta, é exigível que o processo penal seja necessário e útil, o que significa dizer que os meios utilizados devem ser empregados para se atingir de forma mais aproximada possível a finalidade da norma, ou seja, “as ações desenvolvidas devem ser eficientes para com isso chegarmos ao melhor resultado”²⁷⁹.

Então, se o Estado pretende evitar que o indivíduo faça o uso de substâncias ilícitas, deve ponderar qual medida surtiria efeitos úteis para a mitigação dos efeitos do problema. Nessa linha, a nova lei de drogas ilícitas traz em seu bojo medidas que se remetem a práticas da Justiça Terapêutica.

Num momento em que a política criminal é pressionada para aumentar as hipóteses de incidência de norma penais, a justiça criminal cria medidas alternativas, com grau de sofisticação mais aguçado do que as tradicionais penas privativas de liberdades. Não se trata de retração do sistema penal, pelo contrário, a justiça terapêutica abrange condutas típicas consideradas como penalmente relevantes, não obstante, algumas delas possam ser tratadas por outros ramos jurídicos.

A inobservância dos princípios da intervenção mínima e da alteridade são os fundamentos da crítica a repressão do consumo de drogas ilícitas, não obstante se deva reconhecer que as sanções cominadas atualmente representam um tímido avanço em comparação à idiosincrasia expressa na lei anterior que previa pena de prisão para os usuários e dependentes.

No âmbito da Justiça Terapêutica em relação aos consumidores de drogas, predomina a idéia de que o indivíduo deve ser submetido a tratamento compulsório, tal como se esse

²⁷⁸ LOPES. Op. cit., p. 24.

²⁷⁹ LOPES. Op. cit., p.36

fosse em si uma pena. Esse espécime híbrido de sanção penal incorpora medidas de eficácia pouco convincentes e de utilidade duvidosa do ponto de vista psicoterapêutico, já que

[...] operam estratégias onde os primeiros passos (são apenas doze passos...) vão sempre na direção de culpabilizar o drogadito, de fazer com que ele se diga um doente, um incapaz de gerir sua vida, e a partir dessa destruição de seu ego obtém-se um certo tipo de cura que “mata” de certa forma o paciente. Mas o que parece mais paradoxal, na maioria dos “tratamentos” vigentes no campo da chamada “Justiça Terapêutica” é a exigência de que o paciente esteja curado antes do tratamento, através da exigência prévia de abstinência com relação ao uso de drogas²⁸⁰.

Além de ser considerada como requisito para o início do tratamento, a abstinência é considerada como foco central do processo de cura. Sendo assim, outros problemas pessoais que podem influir para o abuso de substâncias ficam em segundo plano justamente porque a concentração do tratamento está na manutenção da sobriedade do indivíduo. Justamente por isso, o tratamento realizado nos termos propostos pela justiça terapêutica é visto como um modelo da repressão voltado diretamente à continuação da abstinência que se estabelece como um estado de alerta permanente. Esse tipo de abordagem é interpretada por alguns psicólogos como método inseguro principalmente devido ao alto risco de recaída²⁸¹.

A justiça terapêutica propõe justamente a mudança de paradigmas, uma vez que visa afastar completamente a ameaça de pena privativa de liberdade, tratando o consumidor como indivíduo doente, que necessita de assistência médica compulsória para se restabelecer novamente como cidadão produtivo.

De tal sorte, o fato de ser o indivíduo compelido a se tratar demonstra que sua recuperação não é apenas de seu interesse individual, mas sim representa uma demanda da sociedade, o que provoca “a exclusão do sujeito de seu próprio processo terapêutico”²⁸². Tal contradição resulta da incompatibilidade lógica entre pena e tratamento médico, tendo em vista que a condição de sucesso e de cura depende da força de vontade do indivíduo que deverá ser encontrada por móveis internos e não somente pela pressão do grupo social.

O interesse social na recuperação do indivíduo frequentemente está enlaçado a uma finalidade econômica, ao exemplo do programa da ONU explicado anteriormente. Para explicar melhor as intermitências desse fenômeno, faz-se menção a teoria de Bauman sobre a sociedade de consumo.

²⁸⁰ RAUTER, Cristina. Para além dos limites. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina(org). **Criminologia e subjetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 47-54, p. 53

²⁸¹ TEDESCO, Sílvia; MATTOS, Hélcio. Experiência das drogas e sua criminalização. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina(org.). **Criminologia e subjetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp.135-147, p. 136-137.

²⁸² TEDESCO; MATTOS.Op. cit. p. 140.

Segundo ele, o aumento da criminalidade é uma conseqüência esperada da sociedade de consumo, uma vez que sempre haverá pessoas que não tem acesso a bens da vida em quantidade suficiente para se considerar bem sucedidos. De qualquer modo, não haveria um valor patrimonial estabelecido para fins de padrão em face da incessante busca por mais aquisições para atender expectativas que dificilmente levarão à plena satisfação. Nesse passo, sempre existirão estranhos da era do consumo, pessoas pertencentes a classes criminosas²⁸³.

Em outras palavras, o consumidor de drogas ilícitas, na condição de criminoso, é um consumidor falho que não conseguiu alcançar seus desejos e expectativas do mercado e, por isso, deve ser excluído e neutralizado. No contexto pós-moderno, ser vulnerável é um crime, um pecado, e por isso merecem ódio e condenação e não assistência e proteção. Essa idéia está contida na afirmação atribuída a um partidário de direita norte-americano para quem o Estado de bem estar social seria um cadáver a ser enterrado antes de exalar odores²⁸⁴.

Após fazer as necessárias considerações e críticas sobre o processo de criminalização do consumo de drogas, deverá ser apresentada uma proposta de descriminalização do tipo penal atualmente em vigor, cujo fundamento será buscado por meio do estudo da doutrina de Direito Penal e Criminologia.

²⁸³ Segundo Bauman: “as margens incriminadas servem de esgotos para onde eflúvios inevitáveis, mas excessivos e venenosos, da sedução consumista são canalizados, de modo que as pessoas que conseguem permanecer no jogo do consumismo não se preocupem com o estado da própria saúde. Se contudo, esse for, como sugiro ser, o estímulo primordial da atual exuberância [...] da indústria da prisão, então a esperança de que o processo possa ter a marcha abrandada, para nem se falar em suspensa ou investida, numa sociedade desregulamentada e privatizada, animada e dirigida pelo mercado consumidor é vaga. (BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p. 57)

²⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, pp. 55-61.

5 ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DA PROPOSTA DE DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA TÍPICA DESCRITA NO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006.

Há que se admitir os avanços observados com a nova lei de drogas no tocante ao tratamento do indivíduo enquadrado como usuário ou dependente. Entretanto, observa-se que a Lei n.º 11.343/2006 ainda não regulou a respectiva conduta de forma adequada uma vez que a manteve no âmbito do sistema penal, que como já se demonstrou, é estigmatizante e seletivo.

A proposta de descriminalização deve ser contraposta com a atual tendência do direito penal, que impõe sua expansão para tratar de riscos e contingências que vão além das noções clássicas de crime material, adentrando em pautas de criminalização que podem confrontar com os próprios princípios estruturais do direito penal contemporâneo, especialmente a intervenção mínima e ofensividade.

5.1 Expansão penal desarrazoada e demanda pela descriminalização de condutas.

Inicia-se a exposição explicando rapidamente em que consiste o processo, entendido por alguns como uma tendência, de expansão das pautas penais. Nas sociedades contemporâneas, a criação de novos riscos gerados pelo avanço tecnológico e complexidade das relações intersubjetivas gera uma expectativa de proteção por parte do Estado. Por mais que a natureza das situações potencialmente perigosas, por vezes, não permita ações preventivas com resultados efetivos, o Direito Penal assimila a tutela contra esses riscos através da ampliação das hipóteses de incidência normativa.

Jesus María Silva Sánchez elenca o aparecimento de novos riscos como um dos fatores que causaram o fenômeno do expansionismo. Segundo o autor, a sociedade contemporânea pós-industrial, caracterizada pela implementação de tecnologia e crescimento econômico desenfreado, pode ser denominada como a sociedade do risco.

O avanço tecnológico traz diversas conseqüências negativas para o ser humano, sendo muitas delas até hoje desconhecidas. A assunção de tais riscos inerentes ao uso dessas tecnologias inclui os resultados prejudiciais decorrentes de falhas técnicas, no âmbito do injusto culposos, como também a ciber-delinqüência, relativa às condutas dolosas praticadas por indivíduos que se utilizam das técnicas atuais na execução dos crimes, principalmente no campo da informática e da internet. Além disso, o alto desenvolvimento dos meios de

comunicação também pode ser citado como fator que propicia o aprimoramento da interação entre indivíduos membros do crime organizado²⁸⁵.

A expansão legitima-se nas hipóteses em que o direito penal é incumbido da função de institucionalizar determinados valores e interesses oriundos das transformações ocorridas no meio social. Nesses termos, cada momento histórico implicará o surgimento de novas necessidades públicas ou individuais que mereçam a tutela penal. Este fato permite afirmar que a transformação do direito penal será um processo contínuo, ou seja, a tendência é a ampliação do âmbito de incidência das normas proibitivas.

Claramente, é fácil imaginar que, para tutelar certa situação, criem-se medidas penais, cujos mecanismos não sejam suficientes para implementar os objetivos pretendidos. Da mesma forma, é certo que, muitas vezes, não haverá consenso geral acerca da necessidade de proteção de um determinado bem jurídico. Em tais hipóteses, observa-se que o direito penal cumpriu apenas um papel simbólico, falhando a nível instrumental por deixar de apresentar soluções preventivas ou punitivas proporcionais à conduta ofensiva.

Nesse contexto, inicialmente, conclui-se que a expansão do direito penal poderá ser considerada desarrazoada quando essa forma de intervenção estatal seja considerada desnecessária, inútil ou imprópria.

A expansão desarrazoada acaba sendo legitimada socialmente pelo discurso oficial que propaga a institucionalização da insegurança consternada pela difícil identificação dos prejuízos causados por situações arriscadas²⁸⁶. A necessidade de tipificar certas condutas lesivas à convivência em sociedade expõe a vulnerabilidade dos bens jurídicos transpessoais, o que se alega para fundamentar medidas processuais preventivas e adoção de crimes de perigo²⁸⁷.

As discussões em torno do âmbito de incidência do direito penal serviram para que se constatasse um desequilíbrio entre as funções reais e as funções declaradas do sistema penal. Apontam-se três campos em que esse fenômeno seria observado: I) o primeiro seria na incapacidade do sistema penal em cumprir suas funções tradicionais, principalmente no que concerne às cifras ocultas da criminalidade²⁸⁸; II) o segundo seria perceptível pelo mau funcionamento do sistema penal, principalmente porque a primeira “seleção” ocorreria no

²⁸⁵ SÁNCHEZ, Jesus María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 75 - 84.

²⁸⁶ SÁNCHEZ. Op. cit., p. 75 a 84.

²⁸⁷ CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 12, São Paulo, n.º 50, setembro – outubro de 2004, pp. 237-279, p. 245.

²⁸⁸ Dados acerca de crimes cometidos que não fazem parte da Estatística Oficial das Instituições de Controle Social.

âmbito policial, o que restringiria a atuação judiciária demasiadamente; III) finalmente, a atuação das agências penais seria incompatível com os custos sociais da implementação da política de criminalização²⁸⁹.

Nesse ponto, é essencial ressaltar que o sistema penal é formado pelos segmentos policial, judicial e o de execução das penas. A crise estrutural desses três segmentos, principalmente do último, é demonstrada através das constatações de diversos fatores:

O controle social exercido pelo Direito Penal se vale, entre nós, de um sistema de justiça criminal composto por três segmentos: o policial, de que faz parte a polícia judiciária; o judicial, formado pelo órgão de persecução penal (Ministério Público) e por órgãos judiciais (juízos, juizados, varas criminais, câmaras criminais) e o segmento de execução, composto por órgãos judiciais (varas de execução e varas de execução das penas restritivas de direitos), órgão administrativos (secretarias de justiça e coordenadorias de execução de penas restritivas de direito) e um complexo carcerário (cadeias públicas, presídios, penitenciárias, colônias agrícolas e industriais, casa de albergado e manicômios judiciários), que, na atualidade, por conta de inúmeros fatores, sofrem uma profunda crise, denunciada, de forma visível, pela insignificativa capacidade operacional, pelos altos índices de reincidência, pela repressividade do segmento policial e de execução e lentidão do segmento judicial, enfim, pela própria seletividade e estigmatização de todo o sistema penal.²⁹⁰

A crise do sistema penal não é, definitivamente, uma novidade. Por isso, ao longo dos anos surgiram diversas teorias que pretendiam oferecer soluções aos problemas inerentes à instância penal. Estas serão objeto de análise para fins de comprovar a possibilidade de retração do direito penal malgrado sua tendência expansiva.

5.1.1 Descriminalização sob as perspectivas do direito penal mínimo e do Garantismo Penal.

Tanto os movimentos criminológicos do direito penal mínimo quanto o do garantismo penal são favoráveis à redução do âmbito de incidência da norma penal e baseiam-se no cumprimento de princípios fundamentais do direito penal contemporâneo, a exemplo da intervenção mínima e da adequação social.

Nessa esteira, as correntes doutrinárias que defendem a existência de um direito penal mínimo não se confundem com as abolicionistas, que chegam ao ponto de questionar a legitimidade do direito penal para resolver conflitos sociais, propondo a abolição dessa espécie de controle de comportamentos. Apesar da notável diferença quanto aos pressupostos,

²⁸⁹ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 100.

²⁹⁰ BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Imposição Constitucional dos Princípios Penais. **Revista do Ministério Público de Alagoas**, Maceió, n.º 6, julho – dezembro de 2001, pp. 13-49, p. 16.

em ambas concepções são levados em conta os sentidos e as funções atribuídas ao Direito Penal e como suas instituições exercem suas tarefas.

As críticas elaboradas sobre as deficiências do controle social servem como inspiração para a mudança sistemática das estruturas estatais, indicando até mesmo a necessidade de descriminalização de algumas condutas tipificadas como infração penal. Como não chegam a refutar a necessidade de existência do direito penal, as teorias sobre o direito penal mínimo são consideradas “justificadoras”, termo usado por Ferrajoli.

Para aqueles que defendem o direito penal mínimo, parte-se de uma concepção fincada no utilitarismo segundo a qual “além do máximo bem-estar possível dos não desviantes também o mínimo mal-estar necessário dos desviantes”²⁹¹. Por meio da elucidação dessa assertiva, entende-se que o Direito Penal não se deriva da vingança pelo dano causado²⁹², posto que, guiado por parâmetros de racionalidade, corresponde a um instrumento de controle marcado por sua imparcialidade. O objetivo do Direito Penal, então, é minimizar a violência social e permitir que as pessoas vivam harmonicamente.

Assim, a teoria do direito penal mínimo propõe a descriminalização de certas condutas como medida de reforma da legislação para atender princípios racionais consagrados no ordenamento. Portanto, pretende operar transformações dentro do sistema posto, quedando-se isenta de críticas estruturais mais profundas.

Quando o direito penal mínimo é associado a uma técnica específica de tutela dos direitos fundamentais, pode-se dizer que se está referindo ao garantismo penal. A proteção das garantias, tanto das vítimas quanto dos ofensores, tem legitimidade assentada na Constituição, formulada pelos representantes do povo, não sendo fruto de um consenso casuístico da maioria. Nas palavras de Ferrajoli:

“Garantismo”, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objeto justificante do direito penal, vale dizer, a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüentemente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos que torna aceitável por todos, inclusive a minoria formada pelos réus e pelos imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário²⁹³.

²⁹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 308.

²⁹² Assim: “a lei penal é voltada a minimizar essa dupla violência, prevenindo, através de sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressem.” FERRAJOLI, Op. Cit., p. 311.

²⁹³ FERRAJOLI. Op. cit., p. 312.

O garantismo penal coaduna-se com o direito penal mínimo com a finalidade de defender a aplicação de penas justas e necessárias, porque muito embora não deixem de figurar como um mal, devem ser revestidas de todas as garantias possíveis a fim de se evitar arbitrariedades e reações informais²⁹⁴.

As proposições críticas formuladas por essas duas correntes são vertidas em soluções reformadoras para conferir maior legitimidade ao sistema de controle penal. Não obstante, outros posicionamentos mais extremos adentram nas estruturas do sistema penal com o fim de superar suas vicissitudes de modo revolucionário, podendo ser enquadrados no âmbito da criminologia crítica.

5.1.2 Descriminalização sob a perspectiva da criminologia crítica

Na década de 60, houve um fortalecimento de uma opinião contrária ao movimento dominante de criminalização e expansão do direito penal, conhecida como criminologia crítica. Os defensores do aludido movimento pleiteavam, de um lado, a retração do âmbito de incidência da norma penal incriminadora e, de outro, entendiam que os instrumentos penais até então constituídos deveriam ser extintos.

Ambas as correntes criminológicas pretendiam realizar uma análise crítica do sistema penal a fim de elaborarem uma política criminal alternativa, partindo de um enfoque materialista, que tivesse como finalidade contemplar os interesses das classes sociais subordinadas²⁹⁵.

Interessante destacar o raciocínio utilizado por Alessandro Baratta no sentido de demonstrar a repercussão das lutas de classe na manutenção dos critérios de seletividade comuns ao sistema penal:

Enquanto a classe dominante está interessada na contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência, na manutenção da própria hegemonia no processo seletivo de definição e perseguição da criminalidade, as classes subalternas, ao contrário, estão interessadas em uma luta radical contra os “comportamentos socialmente negativos”, isto é, na superação das condições próprias do sistema sócio-econômico capitalista [...]²⁹⁶

A corrente crítica conhecida como abolicionismo reflete justamente a insatisfação dos estudiosos com os instrumentos jurídicos e com as estruturas estatais integrantes do sistema penal. Segundo ensinavam, o direito penal se limitava a reproduzir relações de dominações

²⁹⁴ FERRAJOLI. Op. cit., p. 312-313.

²⁹⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica ao direito**. 3ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 197.

²⁹⁶ BARATTA. Op. cit., pp. 197-198

próprias da sociedade capitalista, acrescentando que a pena seria marcada por sua extrema inutilidade na solução da violência social e do aumento de delitos.

Não seria novidade dizer que as pessoas que ingressam no sistema prisional, geralmente, pertencem às classes menos abastadas. O que realmente interessa para a criminologia crítica é a conclusão que se chega a partir desse dado: o enorme índice de presença da classe dominada nas cifras de criminalidade não quer dizer que somente os pobres que cometem crimes, mas sim que são eles os que mais facilmente se enquadram nos filtros do sistema penal. Para a manutenção da titularidade do poder político e social faz-se o uso de critérios de seleção que logrem afastar a incidência da norma penal àqueles que possuem maior capacidade econômica.

Obviamente, as condutas praticadas pelos membros de diferentes classes refletirão as suas necessidades específicas. Exemplificadamente, quando o indivíduo entende que não possui bens econômicos suficientes para atender a seus desejos, poderá ele cometer crimes contra o patrimônio. A depender de sua posição social, serão utilizados meios diferentes: aquele que não tem emprego irá praticar furtos, enquanto o detentor de cargo público, desvio de verbas ou peculato.

Baratta propõe que a criminologia considere as diferenças entre a criminalidade praticada pelos membros das classes subordinados e pelos integrantes das classes dominantes, pois enquanto a primeira forma de criminalidade reflete as contradições do próprio sistema social, a segunda relaciona-se a fenômenos referentes à acumulação e circulação de capital. Interessante dizer que o aludido autor associa os crimes tipicamente praticados pelos indivíduos das classes dominantes à criminalidade econômica que não pode ser reprimida através de uma política de substitutivos penais²⁹⁷.

Pretende-se instituir então uma política criminal alternativa que abarcasse as seguintes estratégias: em primeiro lugar, deveria haver uma separação entre as duas espécies de criminalidades acima mencionadas, como forma de entender os processos sociais confrontando as regras do sistema capitalista; depois, o direito penal passaria por reformas de base para criar mecanismos de combate à criminalidade econômica acompanhada de um processo de descriminalização de condutas desviantes comuns às classes dominadas; a terceira estratégia seria a reformulação do sistema carcerário²⁹⁸ a partir da análise realista de

²⁹⁷ BARATTA. Op. Cit., pp. 200 – 201.

²⁹⁸ Nesse ponto, o autor sugere as seguintes medidas: ampliação das formas de suspensão condicional da pena e de liberdade condicional, introdução de novas formas de execução da pena em regime de semiliberdade, reavaliação do trabalho carcerários e, o mais importante, a abertura do cárcere à sociedade. Essa última medida teria por objetivo a limitação das conseqüências sociais causadas pela execução da pena que deveria ser o

suas reais funções; por fim, idealizam a ampliação da participação popular no processo de reforma do sistema penal²⁹⁹.

Nesse momento, convém destacar a proposta estreitamente vinculada ao tema, qual seja a descriminalização. Os defensores do movimento crítico professavam que as pautas para normas incriminadoras eram excessivas, sendo que alguns crimes nem sequer seriam compatíveis com a realidade. Em síntese, acreditavam que a estratégia de descriminalização contribuiria para “aliviar, em todos os sentidos, a pressão negativa do sistema punitivo sobre as classes subalternas, e os efeitos negativos dessa pressão para o destino dos indivíduos e para a unidade da classe operária”³⁰⁰.

Em um primeiro momento, a discussão ficou confinada nos meios acadêmicos, apenas se expandindo por meio da Criminologia de Práxis. Assim, foi sugerido que a solução para os principais problemas estruturais seria resolvida através de uma política de redução do direito penal³⁰¹.

A principal crítica formulada pela nova corrente criminológica era dirigida principalmente à violência institucional. Dizia-se que a reação estatal contra os delitos praticados se restringia à esfera das agências oficiais de punitividade, principalmente à Polícia, que se caracteriza por sua atuação seletiva e desigual³⁰².

De tal forma, questiona-se a efetividade do sistema repressivo estatal posto que não atingia a todos de modo isonômico. Em linhas gerais, o sistema repressivo instituía oficialmente a violência estatal sendo marcado por processos de seleção, etiquetamento e estigmatização.

Nessa esteira, a descriminalização seria justificada pela insuficiência do sistema penal e de suas estruturas institucionais diante da contenção dos conflitos penais. De tal sorte, “a crise do direito penal, a que se fez menção, aguçada pela crise administrativa da justiça penal, apresenta sintomas, ou mesmo reflexos, nas mais variadas realidades que contornam e não, necessariamente, atravessam o sistema de justiça.”³⁰³

Segundo a proposta abolicionista, o próprio conceito de desvio deveria ser substituído para livrar-se de qualquer conotação estigmatizante, recuperando o significado positivo, compatível com uma sociedade igualitária. Nesse sentido, o pluralismo ganha destaque na

instrumento adequado a reinserção social do egresso. (BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e crítica ao direito**. 3ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 201.)

²⁹⁹ BARATTA. Op.cit., pp. 200 – 204.

³⁰⁰ BARATTA. Op.cit., pp. 202.

³⁰¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 95.

³⁰² CARVALHO. Op. cit, p. 96.

³⁰³ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 68-69.

discussão, pois a sociedade igualitária pressupõe a aceitação ao que é diferente, pois ela “consente a maior contribuição criativa e crítica de cada homem à edificação e à riqueza comum de uma sociedade de ‘livres produtores’, na qual os homens não são disciplinados como portadores de papéis, mas respeitados como portadores de capacidades e de necessidades positivas”³⁰⁴.

A descriminalização, nesse contexto, seria uma consequência lógica da mudança de paradigmas na aceção do desvio de condutas, sendo posterior a uma revolução nas bases do sistema penal e da sociedade. Essa transformação afetaria essencialmente a forma de organização social e, por isso, tornaria obsoleto o direito penal liberal.

O exato ponto de estrangulamento do abolicionismo penal é a contestação do sistema capitalista. Para essa corrente, o direito penal burguês é um agente reprodutor das desigualdades sociais e, por isso, todas as contradições geradas pela atividade estatal são consequências esperadas. O ideal a ser alcançado seria a igualdade material entre os seres humanos e, caso isso ocorra eventualmente, o direito penal como conhecemos será inócuo. A superação do sistema penal burguês inclui a formulação de um novo conceito de desvio e a criação de novas formas de controle geridas diretamente pela sociedade que “se reapropria do próprio desvio e administra diretamente seu controle.”³⁰⁵ Dentro dessa perspectiva, pode-se dizer que a descriminalização aqui é vista como decorrência da mudança na aceção de delito, não aparecendo como uma reforma contingencial.

Conforme observa Ferrajoli, as correntes abolicionistas são viciadas pelo caráter utópico e, em última análise, propõe uma espécie de regressão na escala evolutiva³⁰⁶, na medida em que se objetiva a instalação de uma sociedade regida por suas próprias regras, sem a intervenção do Estado. Além disso, o autor italiano acusa as teorias abolicionistas de não trazerem soluções para os problemas levantados e tampouco de adentrarem em questões específicas sobre justificação e deslegitimação do direito penal, “confundindo em uma rejeição única modelos penais autoritários e modelos penais liberais”³⁰⁷. Apesar disso, reconhece as contribuições dadas pela aludida corrente no tocante ao desenvolvimento teórico da criminologia crítica em razão de trazerem o ônus da justificação do direito penal para seus opositores³⁰⁸.

³⁰⁴ BARATTA. Op. Cit., p. 208.

³⁰⁵ BARATTA. Op. cit., p. 207.

³⁰⁶ A visão evolucionista não é admitida de forma expressa por Ferrajoli, muito embora seja esse o sentido empregado na sua argumentação, segundo interpretação da autora.

³⁰⁷ FERRAJOLI. Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 234.

³⁰⁸ FERRAJOLI. Op. cit., 235.

Feitas as reflexões relevantes, torna-se necessário pormenorizar os conceitos e características do processo de descriminalização numa perspectiva dogmática e criminológica.

5.2 Conceito e características do processo de descriminalização

A descriminalização pode ser conceituada como a retirada formal ou de fato do plano penal de condutas que já não são consideradas como graves o bastante para serem criminalizadas³⁰⁹.

Já Salo de Carvalho define a descriminalização como:

[...] os processos formais e informais pelos quais os autores de condutas criminalizáveis não sofrem efeitos reativos, institucionais ou sociais (etiquetamento ou estigmatização), derivados da ausência de postulados formais (legalidade, iniciativa da ação e sentença condenatória) ou de interesse (da vítima, do corpo social ou das instituições) para sua concreção³¹⁰.

Destarte, a descriminalização era a saída indicada para resolver os problemas mais visíveis como o alto custo social e econômico da manutenção das Agências Repressivas e a necessidade de racionalizar as normas proibitivas, os processos de persecução criminal e as formas de execução de penas e medidas de segurança. Em relação ao tráfico e uso de drogas, suscitava que a descriminalização dessas condutas poderia reduzir a necessidade do sistema penal.³¹¹

Após a difusão da teoria do *labelling approach*³¹² observou-se a redefinição dos parâmetros de investigação criminológica. Durante o desenvolvimento dessa teoria, o interesse da investigação voltou-se para as pessoas e a instituição que definem quem é o delinquent, sendo analisados os mecanismos e o funcionamento do controle social, bem como a criação das normas incriminadoras. Assim, foi estabelecido um novo objeto para essa ciência, qual seja os processos de criminalização, também denominados processos de etiquetamento³¹³. Esse novo objeto substituiu as concepções anteriores que centravam o foco da atenção no estudo do homem delinquent.

³⁰⁹ CERVINI. Op. cit., p. 72.

³¹⁰ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 147.

³¹¹ CARVALHO. Op. Cit, p. 97.

³¹² Segundo a teoria do *labelling approach* o delito e a ação criminal seriam aspectos indissociáveis. Assim a criminalidade deveria ser definida como o resultado de um processo de interação.

³¹³ GOMES, Luiz Flávio et MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia: Introdução a seus Fundamentos Teóricos e Introdução às bases Criminológicas da Lei nº 9.099/95**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 292.

Destaca-se também a macrocriminologia que logrou redefinir as pautas de atuação nas esferas normativas, judiciárias e executivas, o que propiciou o surgimento de inúmeras correntes político-criminais. Dentre essas, cita-se os meios alternativos, não-judiciais, de resolução de conflitos relacionados a desvios puníveis³¹⁴.

Pode-se dizer que a criminologia crítica proporcionou uma série de mudanças no sistema penal. O mérito dessa Escola criminológica foi justamente apontar os problemas estruturais do Sistema Penal de uma maneira inédita. Bem assim, merece destaque o fato de ter sido mostrada a ineficácia da pena privativa de liberdade para alguns casos, indicando como solução a aplicação de penas alternativas e a limitação da esfera de incidência do Direito Penal.

Contudo, o avanço tecnológico, o aumento da complexidade das relações sociais e o surgimento de novos riscos foram fatores que geraram uma demanda pelo aumento da produção legislativa em matéria penal, seja em decorrência da necessidade de tutela de bens jurídicos seja pela respostas a novas demandas criminais.

Assim, pode-se perceber uma abstinência legislativa no que diz respeito à descriminalização, sendo preferível a adoção de outras soluções alternativas, como é o caso da chamada despenalização.

Para melhor entender as formas de retração do âmbito de incidência de normas penais e também a amenização das penas, será enfocada a temática pertinente às espécies de descriminalização.

5.3 Estudo sobre a classificação das espécies de Descriminalização

Primeiramente, é preciso enfatizar que a classificação a ser apresentada servirá apenas para sistematizar brevemente as espécies de descriminalização de modo a facilitar o entendimento do tema proposto. Não se pretende aprofundar o estudo sobre o instituto e sim falar o necessário ao estudo da mudança do tratamento penal conferida ao porte de substância entorpecente introduzida pela nova lei de tóxicos.

Inicialmente, destaco que o processo de descriminalização pode ser promovido por instâncias diversas, tanto no âmbito dos Poderes Constituídos como pela sociedade civil.

Quando se fala em descriminalização legislativa em sentido estrito refere-se à situação em que uma lei incriminadora é expurgada do sistema penal através da ab-rogação, fato que é

³¹⁴ CARVALHO. Op. cit., p. 97.

conhecido como *abolitio criminis*. Ressalte-se que, nessa hipótese, o fato em si também é descriminalizado, pois há um consenso social sobre a falta de ofensividade da conduta³¹⁵.

Geralmente a descriminalização formal demonstra o total reconhecimento social e legal do comportamento em questão. Em hipótese diversa, o aludido processo sinaliza que o Estado já não deseja mais intervir em uma determinada relação intersubjetiva, cujo objeto foi descriminalizando, justamente por saber que as medidas e soluções penais não são adequadas à composição da lide³¹⁶.

Assim, o legislador descriminaliza a conduta quando percebe que não há sentido em punir um comportamento compatível à vivência da sociedade, que constantemente passa por processos sociais de modificação dos elementos culturais e dos juízos acerca dos comportamentos aceitos.

Outra espécie é a descriminalização legislativa parcial, também conhecida como descriminalização substitutiva, que ocorre quando certo comportamento, antes considerado penalmente relevante, deixa de ser crime, passando a ser tutelado por outra esfera do Direito. Nesse caso, repise-se que é mantido o caráter ilícito da conduta, contudo não mais será aplicada pena e sim uma sanção administrativa ou cível³¹⁷.

A descriminalização substitutiva é a resolução indicada para os casos em que o legislador está convencido de que os custos sociais da criminalização são superiores aos benefícios, reconhecendo que não existem outros instrumentos penais capazes de possibilitar o enfrentamento da conduta criminosa. Entretanto, dada a relevância da repressão da conduta, criam-se meios de inibi-la de forma alternativa³¹⁸.

Também se considera descriminalização legislativa parcial os processos em que há mudança dos critérios sancionatórios, caso mais conhecido como *reformatio legis in mellius*³¹⁹.

No que se refere ao processo de descriminalização em âmbito judicial, é certo que o juiz, no seu âmbito de atuação, pode utilizar normas constantes do ordenamento jurídico com a finalidade de minimizar a criminalização. Assim, ao aplicar uma norma ao caso concreto, deverá interpretar seu sentido ou até mesmo resolver antinomias. Então mesmo que deva respeitar os ditames derivados da legalidade e da taxatividade, o julgador poderá afastar a aplicação de determinada norma penal se verificar que mesma afronta norma constitucional.

³¹⁵ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 117.

³¹⁶ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 72.

³¹⁷ CARVALHO. Op. Cit., p. 117.

³¹⁸ CERVINI. Op. cit., p. 73.

³¹⁹ CARVALHO, Salo de. Op. Cit., p. 117.

Desse modo, deverá determinar a invalidade da norma penal no caso concreto por meio do controle de constitucionalidade por via difusa.

Outrossim, é possível que o juiz, ao verificar a situação concreta, deixe de aplicar um ditame legal válido por acreditar que a conduta praticada foi alcançada por uma excludente supra-legal. Isso ocorre nos casos em que se considera uma conduta atípica devido à insignificância, ou quando há consentimento do ofendido, por exemplo³²⁰.

A diferença entre a descriminalização judicial e a descriminalização legislativa é que nesta última a crítica se dirige aos critérios de seleção das condutas e bens jurídicos a serem protegidos. Na descriminalização judicial, o interprete deverá restringir o âmbito de incidência da regra criada pelo Legislativo, baseado em imperativos constitucionais ou fáticos, visando evitar a violação de garantias e direitos fundamentais mediante a imposição de limites ao poder punitivo³²¹.

Por fim, menciona a descriminalização imprópria que é dividida em duas subespécies: a primeira, também conhecida como descriminalização de fato, seria aquela em que o cidadão comum, ao ter notícia de crime, deixa de avisar às autoridades competentes; já a segunda refere-se à inação das agências policiais, que ao serem comunicadas sobre a existência de um crime, nada fazem para apurá-lo, simplesmente engavetando extra-oficialmente (e ilicitamente) os documentos relativos à notícia-crime³²².

Convém enfatizar que as duas formas de descriminalização impróprias não são incorporadas formalmente pelo discurso penal e criminológico. Entretanto, essas hipóteses são as maiores expressões quantitativas da realidade das agências de controle estatais, fato que demonstra a importância das cifras ocultas da criminalidade. Esses dados que não fazem parte das estatísticas oficiais são essenciais para a fundamentação acerca da ineficácia do sistema de controle repressivo estatal, principalmente, em um período em que o direito penal é incumbido de resolver quase todas as mazelas sociais³²³.

A descriminalização de fato pode ser originada de fontes diversas: sobrecarga do sistema penal ou dos critérios da Polícia; desconhecimento do caráter ilícito da conduta a ser descriminalizada por parte do público alvo; falta de interesse dos ofendidos em buscar soluções penais, recorrendo à composição alternativa do conflito³²⁴.

³²⁰ CARVALHO. Op. Cit., p. 138.

³²¹ CARVALHO. Op. Cit., p. 125.

³²² CARVALHO. Op. Cit., p. 145.

³²³ CARVALHO. Op. Cit., p. 145.

³²⁴ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 74.

Nesse ponto, torna-se interessante fazer alusões aos chamados crimes sem vítima, como é o caso do consumo de drogas. Com certeza, deve se reconhecer que o ato do consumo atinge a esfera pessoal do usuário, mas também afeta indiretamente a sociedade, pois os fatos humanos são transcendentais. Entretanto, deve-se calcular se o benefício obtido com a criminalização do comportamento compensa os custos da intervenção penal³²⁵.

Atente-se que o processo de rotulação e estigmatização acompanham os autores dos delitos sem vítima, assim “no caso dos consumidores de drogas, por exemplo, podemos observar características de autodepreciação pela criação de tais rotulações que os conduzem à autosegregação, o que vai criando o aparecimento de subculturas com suas evidentes conseqüências psicossociais.”³²⁶

Os problemas estruturais das instituições de controle social demonstram ainda a fragilidade do sistema penal, já que a maior parte das condutas delituosas não são apreciadas e nem sequer conhecidas. Assim, esvazia-se o conteúdo das proposições punitivistas, já que o discurso proposto pelos defensores do direito penal máximo quanto ao incremento do simbolismo normativo não serve para atender razoavelmente as demandas sociais.

A partir dos conceitos delimitados, foram obtidos os subsídios teóricos para avaliar o conteúdo e as implicações do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 que trata o “crime” de porte de drogas para consumo próprio.

5.4 Definição da hipótese contemplada no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006: despenalização ou descriminalização: qual seria a solução mais adequada em face aos princípios fundamentais do direito penal contemporâneo?

A despenalização pode ser entendida como o ato de diminuir a pena de um delito, sem descriminalizar a conduta, ou seja, mantendo-a inserida no direito penal. Em substituição às penas de recolhimento do condenado aos estabelecimentos prisionais podem ser aplicadas, por exemplo, prestações de serviço à comunidade, prisão domiciliar, inabilitação para exercício de certas atividades e etc.³²⁷

A despenalização possui objetivo diverso da descriminalização, pois:

considera-se mais conveniente manter a ilicitude do fato, eliminando-se somente a pena, evitando um possível excesso da conduta nessas áreas, e ratificando a suposta tarefa de docência moral da legislação. Por isso, a

³²⁵ CARVALHO. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 189

³²⁶ CARVALHO. Op. Cit., p. 190.

³²⁷ CERVINI. Op. cit., p. 75.

chamada descriminalização integral, ou desinteresse total do sistema por ações que antes eram puníveis, ocorre com pouca frequência.³²⁸

Em outras palavras, o aludido fenômeno difere da descriminalização porque apenas reduz quantitativa ou qualitativamente a pena cominada para uma determinada conduta. Isso não significa que haverá uma atenuação no juízo de desvalor da conduta mas, sim, pretende-se adequar a norma ao sistema penal de forma que se contemplem as regras de proporcionalidade³²⁹.

Sendo assim, entende-se que a despenalização é preferível em relação à descriminalização nas situações em que se revele conveniente a manutenção da ilicitude do fato, muito embora se reconheça que o tratamento penal dado a este era demasiadamente grave e desproporcional.

À primeira vista, pode-se pensar que a conduta tipificada no art. 28 da Lei nº 11.343/2006³³⁰, qual seja o porte ou plantio de drogas para consumo, trata-se de um crime. Esse entendimento é contestável por ser incompatível com a definição legal de crime, exposta no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-Lei nº3.941/41)³³¹, onde se lê que crime é a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa.

Devido a essa primeira impressão, pouco tempo após a publicação da Lei n.º 11.343/2006, Luiz Flávio Gomes chegou a sustentar que o art. 28 teria contemplado uma hipótese de descriminalização formal, haja vista que a figura típica descrita não se amoldava às espécies de infração penal estabelecidas na Lei de Introdução do Código Penal, quais sejam crime e contravenção penal. Em razão do pronunciamento da Suprema Corte sobre a matéria, o autor mudou seu entendimento sustentando que a figura legal seria uma infração penal *sui generis* e, por conseguinte, pode-se concluir que aderiu a tese da despenalização³³².

³²⁸ CERVINI. Op. Cit, p. 76.

³²⁹ CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 12, São Paulo, n.º 50, setembro – outubro de 2004, pp. 237-279, p. 250.

³³⁰ Art. 28 da Lei n.º 11.343/2006: “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 [...]”

³³¹ Segundo o art. 1º do Decreto-lei n.º 3.914/1941, “considera-se crime a infração penal a que a lei comine pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

³³² GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 09.11.2010.

Se a espécie do art. 28 não está prevista na Lei de Introdução do Código Penal, é conveniente buscar, em outras normas jurídicas, elementos que possam identificar sua natureza jurídica.

Destarte, o art. 5º, inciso XLVI, a Constituição Brasileira de 1988 redefine o conceito de delito, acrescentando àquele conceito outras consequências jurídicas, além da pena privativa de liberdade e restritiva de direito, como perda de bens, multa, prestação de serviços, suspensão ou interdição de direitos.

Observe que as penas cominadas para o delito insculpido no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 são: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Acrescenta-se que no § 3º do dispositivo acima aludido estabelece que as penas de prestação de serviços e as medidas educativas serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. No parágrafo posterior, impõe-se que, em caso de reincidência, as penas poderão ser aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. Interessante perceber que se as referidas penas não forem cumpridas, injustificadamente, poderá o juiz submeter o “agente do crime” à admoestação verbal e ao pagamento de multa.

Essas medidas repressivas obviamente não apresentam um caráter tipicamente punitivo, pois está totalmente descartada a hipótese de qualquer espécie de privação da liberdade.

Constatando a dificuldade em definir a natureza jurídica dessa conduta típica, o Supremo Tribunal Federal³³³, em sede de julgamento da Questão de Ordem em Recurso Extraordinário registrada sob o n.º 430.105/2007, decidiu que o novo art. 28 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao usuário sanções penais, motivo porque se sustentou que o fenômeno observado no caso não seria a descriminalização e sim a despenalização³³⁴. No mesmo acórdão, a primeira Turma do STF decidiu por unanimidade que a figura do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 tem natureza jurídica de crime, refutando a tese de que leis ordinárias ficassem adstritas aos moldes da lei de introdução do Código Penal no tocante à fixação das penas.³³⁵ Nesse aspecto, afirmou-se que o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal somente apresenta critérios para diferenciar crimes e contravenções, sendo que tal diploma legal,

³³³ BRASIL, STJ – REsp n.º430.105-9/RJ, 1ª Turma, Rel. Min.º Sepúlveda Pertence, DJU 27.04.2007, p. 00729(ou: Disponível em: www.stj.gov.br; acesso: 03.09.2008).

³³⁴ A decisão diz, expressamente, que se trata “de despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.”

³³⁵ Segundo o Acórdão: “não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).”

anterior à Constituição de 1988, foi recepcionado com status de lei ordinária. Portanto, nada obsta que outra lei ordinária estabeleça critérios diversos para estabelecer se certa conduta é crime ou contravenção, desde que se obedeça aos parâmetros constitucionais quanto ao rol de espécies de pena previstos no art. 5º, incisos XLVI e XLVII da CF/88.

O Relator Sepúlveda Pertence buscou na doutrina respostas para a questão abordada no título desde item³³⁶, cogitando a hipótese de que a conduta do art. 28 da Lei de Drogas seria uma infração penal *sui generis*, cujo regime jurídico seria híbrido e atípico. Apesar de considerar essa tese acadêmica, aquele Ministro do Supremo Tribunal Federal vislumbrou que a sua adoção acarretaria problemas quanto à instabilidade do regime jurídico desse espécime híbrido. Assim, refutou a tese doutrinária, principalmente, porque não possibilitaria a punição por ato infracional nos termos da Lei n.º 8.069/90 e, portanto, fixou o entendimento de que a figura do art. 28 teria a natureza jurídica de crime.

Nesse sentido, ressaltou-se que o legislador não incorreu em erro ou atecnicidade quando inseriu propositalmente a conduta inserida no Capítulo II do Título III, intitulado como “Dos Crimes e das Penas”, separando-a dos demais crimes relativos ao tráfico ilegal de drogas. Na verdade, há registros no Relatório do Projeto de Lei³³⁷ que elucidam a estratégia intencional de localizar o crime do art. 28 no Título III, em razão da pertinência temática relativa à prevenção e à reinserção dos usuários e dependentes.

Depois, alegou-se que o artigo menciona a reincidência, que seria a prática de nova infração penal depois de condenação por um crime, nos termos do art. 63 do Código Penal e 7º da Lei de Introdução ao Código Penal. Em terceiro lugar, o art. 30 da Lei de drogas informa o prazo prescricional para o exercício da pretensão punitiva estatal e, por

³³⁶ O Ministro Relator cita como sua fonte: GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Porte para uso pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?** Disponível em: www.lfg.com.br. Acesso em: 16. 12.2006.

³³⁷ Conforme Relatório do Projeto de Lei n.º 7.134/2002 *in verbis*: “Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o **crime do usuário**, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. [...] Com relação ao **crime de uso de drogas**, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves. **Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário – o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal.**” (BRASIL. SENADO FEDERAL. **Relatório do Projeto de Lei n.º 7.134**. Rel. Dep. Paulo Pimenta. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/197758.pdf>. Acesso em: 09.11.2010. Grifou-se)

consequente, admite-se que somente infrações penais poderiam prescrever. Em quarto lugar, a lei de entorpecentes prevê que a observância do procedimento sumaríssimo regulado pela Lei n.º 9.099/95, que trata dos crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando inclusive a aplicação imediata de pena prevista no art. 76.

Suscitou-se ainda que o descumprimento das medidas punitivas descritas no primeiro parágrafo do art. 28 da Lei 11.343/2006 ensejaria o pagamento de multa, que também se enquadra no rol de sanções penais inscritas na Constituição.

Depois, foi dito que a despenalização foi marcada pelo rompimento da tradição de imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda a infração penal. Portanto, não haveria empecilhos para cominar para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - uma pena diversa da privação da liberdade, a qual constitui somente uma das hipóteses de pena previstas pela Constituição Federal em seu art. 5º, incisos XLVI e XLVII.

Frente a esse contexto, verifica-se há uma postura conservadora e comedida quanto à possibilidade de descriminalizar a conduta do usuário de drogas, o que acaba favorecendo a tendência contrária, qual seja a expansão do direito penal.³³⁸

5.5 Críticas pontuais à escolha pela despenalização do consumo de entorpecentes em face ao princípio da ofensividade.

Juntamente com os estigmas consolidados no meio social e nas instâncias oficiais, há que se admitir a impossibilidade de se prever os efeitos de uma provável descriminalização

As instâncias oficiais elencam diversos empecilhos à descriminalização, dentre eles citam-se: as dificuldades e demora típica do processo legislativo, que dificulta a mudança das normas vigentes; o receio de que a descriminalização possa causar o aumento das condutas antes tidas como criminosas; o medo que a descriminalização dê origem a perda de respeito no sistema penal, caso esse processo seja interpretado como um reconhecimento oficial da inefetividade da intervenção penal estatal³³⁹.

É certo que a opinião pública também influencia de sobremaneira as demandas de criminalização ou descriminalização, não se podendo olvidar a influência exercida pelos discursos políticos veiculados nos meios de comunicação em massa³⁴⁰.

³³⁸ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 82.

³³⁹ CERVINI. Op. cit., p. 85.

³⁴⁰ CERVINI. Op. cit., p. 86.

A resistência em reconhecer que o legislador descriminalizou a conduta do uso advém da adoção de idéias pertinentes ao senso comum, como as máximas “o usuário ou dependente é um responsável pela existência do tráfico e é um traficante em potencial”. Assim, alega-se que o consumidor de drogas deve necessariamente ser internado ou preso pela prática de condutas habituais que na verdade são escolhas pessoais que atingem a esfera privada do indivíduo³⁴¹.

Ao associar o usuário à imagem de delinqüente estar-se-á punindo uma personalidade e não uma ação, abrindo um espaço indevido para o direito penal do autor e não do fato. É basilar entender que ninguém pode ser punido por ser quem é, mas sim pelo que efetivamente faz ou deixa de fazer, quando a omissão for contrária ao seu dever legal.

Assim, as penas imputadas ao consumidor não respeitam o princípio fundamental para a efetividade do tratamento de desintoxicação, qual seja a voluntariedade da submissão à intervenção médica. O modelo vigente obriga não somente dependente como também o usuário de drogas a se submeterem a um tratamento, do qual não precisam ou não querem participar. Na verdade, o consumo de drogas deve ser encarado como um problema de saúde pública e, portanto, o enfoque deve ser dado à prevenção e não a repressão nos moldes penais.

Destarte, “com o tratamento compulsório, a preservação da interioridade (verdadeira esfera do inegociável e inatingível) fica profundamente abalada pela imposição legal da recuperação do condenado, não podendo ser admitida sua assimilação pelo ordenamento jurídico desde um processo necessário de filtragem constitucional”³⁴²

Essa abordagem conservadora é atacada por aqueles que entendem que o tratamento penal não é a resposta jurídica correta para inibir o uso de drogas. Ademais, salienta-se que intenção de resguardar a saúde pública através da proibição do comportamento cria maiores riscos à integridade física e mental dos usuários que devem se restringir à clandestinidade. Isso se afirma, pois a criminalização favorece a ausência de critérios de segurança e acesso à informação ao consumidor sobre os danos potenciais das substâncias comercializadas. Destarte, o usuário e o dependente se inserem numa rede tenebrosa do comércio ilegal de drogas³⁴³.

Também é comum ouvir que a descriminalização ocasionaria, necessariamente, o aumento do consumo de drogas, tal como se a retirada da conduta tipificada do âmbito de

³⁴¹ REGHELIN, Elisangela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 15, N.º 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 57 – 77, jan.º/fev. 2007, p.62.

³⁴² REGHELIN.º Op. cit., p. 74.

³⁴³ REGHELIN.º Op. Cit., p. 63

incidência na norma penal fosse o nexo causal que resultaria na elevação dos mencionados índices. Essa tese carece de respaldo estatístico e sociológico pela impossibilidade de confirmar o aumento devido à ausência de dados que sirvam de comparação. Explica-se: para se afirmar que a descriminalização provocaria o aumento do consumo, seria indispensável utilizar como fonte comparativa um prévio levantamento estatístico confiável e inserido em padrões científicos de pesquisa social que ateste a situação anterior a suposta lei descriminalizadora.

A fragilidade das estatísticas oficiais colhidas pela Secretaria Nacional Antidrogas brasileira, conveniada à ONU, para fins de comparação futura é comprovada pela análise do processo de coleta de dados.

Foram feitos dois Levantamentos Domiciliares sobre Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e Centro Brasileiro de Informação sobre drogas, um deles realizado em 2001 e o outro em 2005. Dentre os objetivos a serem alcançados estaria a estimativa da prevalência do uso das seguintes drogas, lícitas e ilícitas: Álcool, tabaco e outras drogas, medicamentos psicotrópicos, esteróides/anabolizantes e Orexígenos. Além disso, buscava-se determinar, estatisticamente, a o número de pessoas dependentes de álcool, tabaco e outras drogas, verificando se os entrevistados se submeteram a tratamentos pelo uso de álcool ou outras drogas³⁴⁴.

Para tanto foi empregada a seguinte metodologia: seriam entrevistados os residentes nas cidades com mais de 200 mil habitantes entre os 12 e 65 anos de idade, totalizando 108 cidades. Foram feitas efetivamente 7939 entrevistas, baseadas no questionário proposto pelo SAMHSA (Substance Abuse and Mental Health Services Administration) dos Estados Unidos da América do Norte, que foi traduzido e adaptado para as condições brasileiras.

A própria margem de amostragem é relativamente pequena se comparados a população brasileira que, em 2001, somou 185.712.713 pessoas³⁴⁵.

Interessante ressaltar que o último levantamento realizado no ano de 2005, constatou apenas que 1,2% dos entrevistados seriam dependentes de maconha, 0,5% de Benzodiazepínicos, 0,2% em solventes e 0,2% em estimulantes, enquanto 12,3% possuem dependência em álcool e 10,1% em tabaco. Nada foi dito especificamente sobre derivados do ópio ou da coca³⁴⁶.

³⁴⁴ BRASIL. SENAD. **II Levantamento Domiciliar sobre uso de drogas psicotrópicas no Brasil: estudo envolvendo as 108 maiores cidades do país**. Disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/> Acesso em: 09.11.2010

³⁴⁵ Dados do censo 2010. Fonte: http://www.censo2010.ibge.gov.br/dados_divulgados/index.php.

³⁴⁶ BRASIL. SENAD. Op. cit.

Outra estatística relevante diz respeito ao número de mortes decorrentes do uso de drogas: o álcool causou um total de 6.109 mortes e o tabaco 375, enquanto solventes e inalantes reúnem um total de 31 óbitos, Opiáceos (Heroína, codeína e morfina) 44, Tipos de cannabis (haxixe e maconha) 10, derivados de cocaína (crack, merla, cocaína) 24 e Alucinógenos 3³⁴⁷.

Em defesa da descriminalização, Kai Ambos duvida da veracidade da tese sobre o aumento das taxas de consumo de drogas atualmente consideradas ilícitas, argumentando que o contexto social, cultural e histórico destas últimas não são comparáveis com a nicotina ou com o álcool,³⁴⁸ que figuram como as maiores fontes de dependência e mortes segundo as estatísticas oficiais.

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que esses dados oficiais seriam pouco representativos para subsidiar um norte comparativo, uma vez que muitas das condutas praticadas em âmbito privado não chegam a ser noticiadas ou percebidas pelas instâncias oficiais. Isso se revela até mesmo pelo grande número de recusas em participar da pesquisa noticiados no próprio Levantamento que totalizam 16,7%.

A cifra oculta da criminalidade no tocante ao uso de drogas também é demonstrada pelo exíguo número de condenações no Estado de Alagoas: em 2006, estão registradas apenas 10 condenações por uso ou posse de drogas ilícitas de um total de 573 por variados crimes; em 2007, apenas 2 pelo art. 28 da Lei n.º 11.343/2006 em comparação a um total de 459; e, nas últimas estatísticas de 2008, são contabilizadas 11 condenações pelo porte para consumo abstraídas de um total de 438³⁴⁹.

Essas constatações fáticas ilustram a contundência das críticas feitas ao sistema penal e às táticas de prevenção e reinserção dos usuários e dependentes, conforme se comentará pormenorizadamente em momento oportuno.

Segundo Ferrajoli, o sistema penal pode se aproximar do direito penal mínimo ou do direito penal máximo, a depender da menor ou maior quantidade de vínculos garantistas estruturais que formam o sistema, bem como dependendo da qualidade e quantidade de penas estabelecidas. Como os dois pólos representam os extremos, tais como sistemas ideais, os ordenamentos jurídicos reais se encontram em estágios intermediários.³⁵⁰

³⁴⁷ BRASIL. SENAD. Op. cit.

³⁴⁸ AMBOS, Kai. Razones. *Del Fracaso Del Combate Internacional a las Drogas y Alternativas*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 11, n.º 42, São Paulo, pp. 27-49, janeiro – março de 2003, p. 47.

³⁴⁹ Fonte: <http://www.conselhopenitenciario.al.gov.br/estatisticas/>

³⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 101.

De tal sorte, as tendências expansionistas são mais enfáticas naqueles ordenamentos mais próximos ao modelo de Direito Penal máximo. Esse modelo é caracterizado pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas, fugindo assim ao controle racional e ao estabelecimento de parâmetros certos e racionais para a aplicação das normas. Conseqüentemente, o substancialismo penal e a inquisição processual são meios utilizados para a otimização da expansão e acabam tornando incontrolável a intervenção punitiva.³⁵¹

A expansão do direito penal também foi impulsionada no âmbito criminológico. De tal sorte é imprescindível suscitar a importância de movimentos difusores do discurso criminalizador, principalmente, o de Lei e Ordem. Este último foi decisivo para a consolidação do discurso autoritário da política criminal de drogas neste país. Eis que a idéia de tolerância zero não ficou restrita aos ideais da direita, como também passou a ser pregada pela esquerda. Isso obviamente é um contra-senso, pois tanto a direita quanto a esquerda passaram a defender que o Estado e os gestores atípicos da moral estavam legitimados a intervir de forma violenta contra aqueles que praticavam delitos como o tráfico de entorpecentes³⁵².

Atualmente, merece destaque a alta demanda legiferante devido a um excesso criminalizador. Nesse viés, o Poder Legislativo cria diversas leis penais especiais sem que haja uma preocupação em unificá-las de forma sistemática, tampouco há intenção de inserir novas normas incriminadoras no código penal já existente. Esse processo de descodificação gera sistemas penais autônomos que tomam maior importância do que as normas inseridas no código. As leis esparsas são de tamanha complexidade e relevância que chegam a formar, muitas vezes, microssistemas penais³⁵³.

A lei de drogas é um exemplo de microssistema penal, já que possui estrutura complexa que inclui em seu bojo normas penais incriminadoras e não incriminadoras e, ainda, regras atinentes a implementação do SISNAD e demais políticas públicas educativas ligadas ao combate às drogas.

Como a Lei nº 11.343/2006 prevê normas penais e também normas administrativas, diz-se que tal diploma legal foi atingido pelo fenômeno da descodificação imprópria, que se caracteriza justamente pela produção de textos legais híbridos que englobam institutos jurídicos de diversas áreas do direito.³⁵⁴

³⁵¹ FERRAJOLI, Op. Cit., p. 101.

³⁵² CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 107.

³⁵³ CARVALHO. Op. Cit., p. 108.

³⁵⁴ CARVALHO. Op. Cit., p. 108.

Essa tendência provoca efeitos transformadores já que aproxima o direito penal a um controle social administrativizado, denominado pan-penalismo. Como consequência, a estrutura garantidora do direito penal e processual penal sucumbe diante da diminuição de instrumentos de defesa dos direitos fundamentais³⁵⁵.

Nesse ponto, é importante repisar a relevância do princípio da intervenção mínima na solução de problemas provenientes do inchaço do sistema normativo penal, devendo se estabelecer critérios objetivos que indiquem precisamente as hipóteses em que é necessário criminalizar certa conduta³⁵⁶.

Percebe-se que a expansão do direito penal ocasiona uma dificuldade em definir o objeto do Direito Penal, pois já não existe uma clara diferença entre a natureza das condutas ilícitas, seja ela penal, civil ou administrativa. Então, na realidade, a única diferença entre um crime e uma infração administrativa seria a sanção cominada³⁵⁷.

Dessa forma, se o dano causado pela pena foi mais grave do que aquele decorrente do delito, não há razões para coibir a conduta em questão, justamente porque “o único objetivo ao qual tem direito à humanidade, individual ou coletivamente, para interferir com a liberdade de ação de qualquer de seus membros, é a autoproteção.”³⁵⁸

Frente a este contexto, entende-se que são ilegítimas todas as intervenções penais relativas a condutas que não ofendem gravemente um bem jurídico, como é o caso do porte de drogas pra o consumo.

Na tentativa de elucidar quais seriam as condutas que são incapazes de lesionar um bem jurídico de forma a respaldar a intervenção penal, os defensores do Direito Penal Mínimo estabeleceram parâmetros, que indicam quando não se deve criminalizar uma conduta. Assim, não pode ser considerado crime: I) os comportamentos em questão são característicos de grupos sociais débeis, ou os que são discriminados; II) os delitos que não são denunciados pela comunidade e apenas chegam à Instância policial quando há investigação por parte dessa; III) comportamentos freqüentes ou próprios de um grande número de pessoas (subculturas); IV) condutas praticadas apenas em casos de desajustes sociais ou psíquicos; V) ações ou omissões que não sejam definidas facilmente; VI) comportamento que atinja apenas a esfera

³⁵⁵ CARVALHO. Op. cit., p. 109.

³⁵⁶ Para melhor compreensão da necessidade de criminalização de uma conduta, faz-se uma digressão sobre os principais preceitos defendidos pela Doutrina ao longo dos anos. Conforme já foi dito por Beccaria, em sua obra dos “Delitos e das Penas”, seria preferível prevenir o crime a penalizar condutas, aplicando aos seus autores penas retributivas.

³⁵⁷ CARVALHO. Op. cit, p. 116.

³⁵⁸ MILL apud CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 103.

privada do agente; e, finalmente, VII) condutas aceitas pela maioria da sociedade de forma consensual³⁵⁹.

Merece atenção diferenciada a realidade da América Latina onde ainda existem comunidades indígenas, formada por indivíduos que compartilham valores de uma subcultura. Muito embora os valores culturais indígenas tenham perdido suas feições tradicionais, principalmente com a colonização imposta, ainda é possível encontrar comunidades que preservem seus costumes.

Por outro lado, há que se perceber que nos países periféricos há uma resistência cultural, por parte da sociedade, às idéias de descriminalização do uso de entorpecentes. Eis que essa conduta é vinculada às classes menos favorecidas economicamente. Essa atitude revela um preconceito social, pois há pessoas pertencentes à elite da sociedade que também fazem uso de substâncias ilícitas.

Ademais, se houvesse a descriminalização, ainda que considerável indesejável pela sociedade, a prática do consumo de drogas poderia ser controlada por outros fatores sociais, surgindo uma espécie de condenação moral por parte da sociedade,³⁶⁰ sem que isso exclua a tutela do direito à saúde mental do dependente e usuário a ser promovida, em tese, pelo Estado.

Conforme se demonstrou, o diálogo entre os argumentos favoráveis e contrários a descriminalização encadeia uma série de complexidades e contingências. Apesar de comportar algumas incertezas derivadas da ordem fática, que não obstante encerrem limitações estatísticas, apontam para a assunção do “risco da inovação” na medida em que o cálculo custo-benefício aponta para a descriminalização como solução mais adequada ao Estado Democrático de Direito.

5.6 Estudo da jurisprudência e legislação comparada: quebra de paradigmas pela Suprema Corte Argentina em sede de controle de constitucionalidade concreto.

Deve-se iniciar a explanação esclarecendo o motivo que justificou a escolha do caso argentino. Em primeiro lugar, acredita-se que, seguindo a própria lógica dos tratados internacionais sobre drogas, a Argentina é um país que possui classificação semelhante ao Brasil, ou seja, ambos são países de trânsito. Ademais, conforme já explicado nos capítulos anteriores, a política internacional de drogas impõe a adoção de uma legislação uniforme nos

³⁵⁹ CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Op. cit., p. 107.

³⁶⁰ CERVINI. Op. cit., p. 99.

Estados-Partes. Portanto, conclui-se que a Argentina enfrenta desafios similares aos do Brasil, especialmente, no tocante à guerra ao narcotráfico e ao tratamento do consumidor de drogas.

O objetivo de estudar a jurisprudência argentina é verificar como foi justificada a descriminalização judicial do tipo conhecido como porte pessoal para consumo de drogas, tese esta que foi refutada pela Suprema Corte Brasileira. Basicamente, pesquisaram-se os argumentos utilizados na decisão argentina para legitimar a descriminalização com a finalidade de verificar se os mesmos podem ser, então, utilizados como paradigmas para embasar a mudança do entendimento jurisdicional brasileiro.

Inicialmente, é preciso destacar que, nos anos de 1990 a 2009, o entendimento consolidado na Suprema Corte Argentina era de que a detenção de drogas para o consumo próprio seria infração penal e a consequente aplicação de pena seria constitucionalmente legítima, independentemente da quantidade de substância apreendida. O precedente indicado foi o caso Montalvo, decidido em 1990 no *Fallos n.º 313:1333*. Esse famoso julgamento argentino desconstituiu o entendimento anterior firmado no caso Bazterrica, analisado pela Suprema Corte, em 1986, que declarou a inconstitucionalidade do art. 6º da Lei 20.771 que incriminava o porte de entorpecentes para consumo pessoal.

Em 2009, a Corte Constitucional argentina inovou ao declarar novamente a inconstitucionalidade da posse de drogas para o consumo próprio, tipificada no art.14, parágrafo segundo, da Lei argentina 23.737/1989, no bojo de uma decisão paradigmática³⁶¹. O processo em questão, batizado como caso Arriola, tratava-se de recurso constitucional interposto por réus condenados pelo referido delito. Nesse expediente a defesa alegou que, no momento da prisão, os acusados teriam em posse pequena quantidade de drogas,³⁶²e, portanto,

³⁶¹ O dispositivo do Acórdão argentino dispõe: “*Que, por todas las consideraciones expuestas, esta Corte con sustento en "Bazterrica" declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos. Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.*” ARGENTINA, CSJN – Recurso de Hecho nº 9080, Rel. Min.º Carmen M. Argibay, 25/08/2009. Disponível em: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp; acesso em: 21/12/2009.

³⁶² Segundo o Acórdão: “*Constataran que usuarios también tuvo por probada la tenencia de tres cigarrillos de marihuana por parte de Marcelo Ezequiel Acedo y de un cigarrillo de marihuana por parte de Mario Alberto Villarreal (con un peso de 0,25 gramos, 0,30, gramos, 0,27 gramos y 0,25 gramos; y de 10 dosis en total. Por último, tuvo por demostrada la tenencia por parte de Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena de tres cigarrillos de marihuana de armado manual - cada uno de ellos - con un peso de 0,31 gramos, 0,29 gramos, 0,29 gramos, 0,25 gramos, 0,26 gramos, 0,27 gramos, cada uno; y dosis umbrales.*” (ARGENTINA, Op. Cit.)

a conduta praticada não se revestiria de relevância penal concreta. Além disso, sustentou-se que o consumo foi realizado dentro da vida privada dos acusados e não afetou a coletividade, motivo porque a punição estaria violando o art. 19 da Constituição argentina. De acordo com esse dispositivo, que consagra as garantias da intimidade e da legalidade como forma de garantir a liberdade individual: “as ações privadas dos homens que de nenhum modo ofendam a ordem ou a moral pública, nem prejudiquem a um terceiro, estão só reservadas a Deus, e excluídas da autoridade dos magistrados. Nenhuma habitante da Nação será obrigado a fazer o que a lei não manda e nem privado do que ela não proíbe.”³⁶³

As penas aplicadas na sentença condenatória foram as seguintes: 1) fixar residência e submeter-se ao cuidado de um Patronato³⁶⁴; 2) abster-se de usar drogas ilícitas, bebidas alcoólicas e relacionar-se com pessoas vinculadas ao abuso de entorpecentes. Ademais, a pena privativa de liberdade foi substituída por uma medida de segurança educativa sob jurisdição do Juízo das Execuções Penais.

Para resolver a questão a Suprema Corte fez uso de julgados oriundos da Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁶⁵, que definiam a necessidade de garantia da dignidade da pessoa humana, em especial da vítima. Nesse sentido, a Corte Argentina fez notar que os consumidores de drogas são as vítimas mais visíveis do narcotráfico e, por isso, a reprimenda punitiva seria uma forma de “revitimação” por castigar o maior prejudicado. No que se refere à potencialidade lesiva do consumo de drogas ilícitas, o referido Tribunal mencionou que a intervenção penal não se legitimaria frente à mera periculosidade das pessoas e, em razão disso, refutou-se a tendência do direito penal do autor.

No tocante as obrigações internacionais assumidas por aquele país³⁶⁶, ficou fixado que a declaração de inconstitucionalidade do artigo atacado não afetaria nenhum tratado internacional, tendo em vista o direito de reserva de seus princípios constitucionais e conceitos fundamentais do ordenamento jurídico.

³⁶³ Texto oficial do parâmetro para controle de constitucionalidade: “*Art. 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe .*” Texto completo disponível em: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo1.php>.

³⁶⁴ Instituição social sem fins lucrativos que se dedica a atividade de recuperação de dependentes químicos.

³⁶⁵ A exemplo do CIDH, Serie C N1 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentenciado em 20 de junho de 2005 e do CIDH no caso Ximenes Lopes vs. Brasil, de 4 de julho de 2006.

³⁶⁶ Refere-se à Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecente e substâncias psicotrópicas de 1988, a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1917 e da Convenção única de 1961 sobre Entorpecentes.

O Acórdão do *Recurso de Hecho* n° 9080 também colaciona a necessidade de averiguar, caso a caso, a criação de riscos pelos autores de delitos de perigo penal abstrato. Para melhor elucidação dos argumentos utilizados:

No direito penal não se admitem presunções *juris et de jure* que, por definição, sirvam para dar por certo o que é falso, ou seja, para considerar que há ofensa, quando essa não existe.[...] Por conseguinte, a análise dos tipos penais no ordenamento vigente e, por imperativo constitucional, deve partir da premissa de que somente há tipos de dano e tipos de perigo, e que nesses últimos sempre deve haver existido uma situação de risco de lesão no mundo real que se deverá estabelecer em cada situação concreta sendo inadmissível, em caso negativo, a tipicidade objetiva³⁶⁷.

A preocupação com a avaliação sobre a lesividade desses delitos de perigo torna-se mais enfática quando eles protegem bens jurídicos supraindividuais, eis que não é dado ao Estado interpretá-los arbitrariamente.

A atitude tomada pela Corte argentina nesse julgado mostra cautela, principalmente, quanto aos limites estabelecidos por normas internacionais. Como o Brasil, a Argentina é classificada como um país de trânsito, com a peculiaridade de ter em seu território alguns pontos de produção de matéria prima para cocaína e seus derivados. Dessa forma, na decisão é possível constatar, em vários trechos, que a interpretação dos dispositivos das convenções internacionais comporta o exercício do direito de reserva na descriminalização da conduta de posse para o consumo de drogas ilícitas. Sendo assim, acredita-se que o exercício da soberania interna não prejudicaria os compromissos internacionais, principalmente no que se refere à guerra ao narcotráfico, cuja repressão é mantida.

Considera-se, finalmente, que a mudança do entendimento já era esperada, principalmente depois da edição da Lei N.º 11.343/2006 no Brasil que impede a fixação de penas privativas de liberdade em caso de porte de drogas para uso pessoal³⁶⁸. Eis que não se poderia sustentar, naquele Estado Democrático de Direito, a ideologia da repressão monista - isto é, de um modelo penal similar para o traficante e o usuário - frente a um sistema de garantias individuais já sacramentado.

³⁶⁷ Livre tradução: *En el derecho penal no se admiten presunciones juris et de jure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. [...] Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisibile, en caso negativo, la tipicidad objetiva.* ARGENTINA, CSJN – Recurso de Hecho n° 9080, Rel. Min.º Carmen M. Argibay, 25/08/2009. Disponível em: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp; acesso em: 21/12/2009.

³⁶⁸ A título de curiosidade, o art. 28 da Lei 11.343/2006 é citado pelo Acórdão como um exemplo a ser seguido, principalmente no que diz respeito às medidas de Justiça Terapêutica.

A Corte Suprema da Argentina demonstrou, através de seus argumentos, ter uma visão crítica sobre o problema do consumo de drogas mesmo que inserida dentro das expectativas de manutenção da política criminal internacional. Não há como negar o avanço alcançado, que deve ser reconhecido e aplaudido em razão da nova leitura que dá ao consumidor, vendo-o como primeira vítima do narcotráfico.

Entretanto, as críticas que se tecem para o sistema brasileiro são extensíveis a Argentina que apesar de abolir a possibilidade de pena de prisão, manteve as medidas de seguranças curativas previstas no artigo 16 da Lei 23.737/1989. Essas últimas são muito mais polêmicas do que as medidas brasileiras por consistirem em “um tratamento de desintoxicação e reabilitação pelo tempo necessário a esses fins e cessará por decisão judicial informada por um parecer pericial”³⁶⁹.

Como se vê, ali a sanção penal mascarada deve ser repudiada por possuir duração indeterminada, tratando indistintamente usuário e dependente, e o que é mais grave, equiparando ambos a absolutamente inimputáveis. Conclui-se que visões como essa são incompatíveis tanto com a dignidade da pessoa humana, como com a própria finalidade do direito penal³⁷⁰.

Observa-se que as decisões judiciais, tanto da Suprema Corte Brasileira quanto da Argentina, estão cercadas pelos compromissos internacionais assumidos. Em ambos os casos, a justiça terapêutica é considerada como a solução mais adequada, como também funciona como o refúgio para evitar a mudança de paradigmas e a adoção de uma posição isolada no âmbito internacional.

A partir dessa reflexão, deverão ser estudadas, com afinco, as políticas públicas voltadas para o tratamento e reinserção do dependente e usuário de drogas. As diretrizes políticas nacionais da Lei n.º 11.343/2006, corroboradas pelos tratados internacionais, vão além da preocupação com a repressão penal e tocam num assunto muito relevante para o Direito: as ações governamentais destinadas à concretização da saúde mental dos indivíduos envolvidos com drogas ilícitas.

³⁶⁹ Livre tradução: “en un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación por el tiempo necesario a estos fines, y cesará por resolución judicial, previo dictamen de peritos que así lo aconsejen”. O texto completo da Lei 23.727/1989 está disponível em: <http://www.mseg.gba.gov.ar/Investigaciones/DrogasIllicitas/ley%2023737.htm>

³⁷⁰ As críticas embasadas nesses argumentos foram desenvolvidas oportunamente no trabalho quando da análise do caso brasileiro, o que tornaria a repetição inútil.

6 ANÁLISE CRÍTICA SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE MENTAL VINCULADAS AO SISNAD.

Antes de se estudar as estratégias e comandos dirigidos ao Poder Público pela Lei 11.343/06, foi necessário estabelecer, nos capítulos anteriores, como a complexidade da sociedade contemporânea contribuiu o surgimento de novas necessidades e interesses públicos que decorrem, justamente, das transformações sócio-políticas vivenciadas no atual período.

Dentre as mudanças sociais, destaca-se a sensação de insegurança vivenciada pelos indivíduos, que estão inseridos no contexto da sociedade de risco. Essa insegurança decorre, principalmente em razão da aceleração do ritmo de vida e da revolução nos meios de comunicação³⁷¹.

Quanto ao novo modo de viver típico da sociedade de risco, nota-se que a competitividade estabelecida no mercado de trabalho impõe aos indivíduos um estilo de vida incompatível com o desenvolvimento da família, bem como prejudica o sentimento de solidariedade, por este ser paradoxo ao individualismo. Desse modo, os cidadãos são acometidos por uma perplexidade relativista que prejudica a formação do consenso social acerca das normas éticas³⁷².

Merece destaque também a idéia de que o individualismo na sociedade do risco seria um processo que encontrou suas causas na exaustão e desintegração das fontes de significado coletivas e específicas de cada grupo. Destarte, muito embora a desigualdade social continue crescendo devido a uma péssima distribuição de renda, houve um enfraquecimento notável da consciência de classe, que antes sustentava uma posição central na sociedade³⁷³.

Conclui-se que sociedade de risco caracteriza-se pelo surgimento de novos riscos que geram a sensação de insegurança e desconstrói o sentimento de solidariedade principalmente pelo aumento na desconfiança quanto à conduta do outro, típico efeito do individualismo.

³⁷¹ No tocante à revolução dos meios de comunicação, destaca-se a insegurança quanto às informações veiculadas principalmente no que diz respeito à veracidade do conteúdo emitido. Essa insegurança ativa nos indivíduos as dúvidas, incertezas, medos que levam o indivíduo a desconfiança e ao isolamento. Esse fenômeno é denominado como individualismo de massas. Ademais, a manipulação midiática da opinião pública tem conduzido a sociedade a um processo de vitimização e de difusão dos medos e das inseguranças. (SÁNCHEZ, Jesus María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75 a 84)

³⁷² SÁNCHEZ. Op.cit., p. 80.

³⁷³ BECK, Ulrich et al. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1995. p. 12 a 19.

Todas essas transformações estimulam a criação de novas necessidades. Não somente isso. O Estado e o Direito assistem a expansão de seu âmbito de tutela, já que a desigualdade social e a desarticulação social ensejam a adoção de uma postura estatal intervencionista e, algumas das vezes, até assistencialista.

6.1 Considerações Introdutórias sobre políticas públicas de saúde mental e drogas ilícitas no Brasil.

As demandas sociais, tanto as novas quanto as já existentes, acabam por impelir o Estado a executar prestações a fim de concretizar os interesses da população, principalmente, em sociedades periféricas. Em países em desenvolvimento, como o Brasil, a desigualdade social e a extrema pobreza da maioria da população colocam o Poder Público em situação delicada: de um lado, deve ser estimulado o desenvolvimento econômico para a geração de renda; por outro, os recursos ficam concentrados nas mãos de uma minoria, e conseqüentemente o restante da população, em sua maioria, sobrevive indignamente, passando por privações de seus direitos fundamentais mais básicos.

Nesse passo, o papel do Estado é essencial para garantir a dignidade da pessoa humana, o que impõe a realização de diversas políticas públicas que visam justamente contemplar a população hipossuficiente, permitindo o acesso a serviços essenciais como saúde, educação, moradia, trabalho etc.

O estudo dessas políticas públicas desenvolvidas e executadas pelo Estado torna-se enfaticamente importante para verificar como os direitos sociais estão sendo concretizados. Exatamente por essa razão, investigar-se-ão as principais características identificadores das políticas públicas.

A princípio, deve-se esclarecer que as políticas públicas são, tradicionalmente, uma temática pertinente à Ciência Política e à Ciência da administração, contudo se apresenta como um campo de interesse do Direito e, conseqüentemente, constitui-se como um elo interdisciplinar entre todas essas ciências³⁷⁴.

O interesse do Direito nas políticas públicas tem se intensificado a partir da consolidação do modelo de Estado de Bem-Estar Social³⁷⁵, com a previsão de direitos sociais nas Constituições. Como é sabido, essas espécies de direitos impõe uma prestação por parte

³⁷⁴BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. Santos: Saraiva, 2006, pp. 1-49, p. 1.

³⁷⁵ Deixou-se de indicar o período histórico, pois a autora defende que a adoção desse modelo ocorreu em momentos diversos a depender do país e das condições sociais. Além disso, acredita-se que, muito embora houvesse menção aos direitos sociais, houve uma discrepância entre a previsão escrita e a execução de medidas legislativas e administrativas com a finalidade de dar eficácia jurídica e social às aludidas prescrições legais.

do Estado em benefício dos administrados, como forma de tentar reequilibrar as desigualdades entre os membros da sociedade oriundas do sistema econômico capitalista.

De toda sorte, o que se observa atualmente é o aumento progressivo dos direitos em virtude das novas necessidades e interesses e, concomitantemente, a demanda pelo reconhecimento do mínimo existencial. Apenas quando todos os indivíduos estiverem em condições dignas e compatíveis com o modelo democrático é que se poderá afirmar que o Brasil é, finalmente, um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Corroborando o mencionado entendimento, Bucci afirma que “o desafio da democratização brasileira é inseparável da equalização de oportunidades sociais e da eliminação da situação de subumanidade em que se encontra quase um terço de sua população”.³⁷⁶

Atualmente, o Brasil ainda caminha em direção à democracia, perfilhando um modelo de Estado intervencionista e, por vezes, assistencialista. No âmbito jurídico, grandes avanços foram observados após a Segunda Guerra Mundial, não só no que pertine à teoria dos direitos humanos e à hermenêutica, como também o reconhecimento da importância dos valores para a ordem jurídica. A superação do positivismo clássico, que pretendia afastar completamente o Direito e a Moral, abre lugar para a teoria dos princípios que será imprescindível para a nova compreensão da Constituição.

De forma sintética e básica, a política pública pode ser conceituada como

um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito.³⁷⁷

Esse conceito, aparentemente simples, deve ser melhor desenvolvido para fins de adaptação ao mundo jurídico, principalmente, porque importa ao estabelecimento da possibilidade de controle das políticas públicas.

Bucci explica que a vinculatividade das políticas públicas é o cerne para toda a discussão sobre controle judicial e consecução de direitos sociais. Aprofundando a idéia, a mencionada autora busca inspiração em texto de Fábio Konder Comparato, destacando que a política não é uma norma, mas sim uma atividade consistente em um “conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de determinado objeto”³⁷⁸.

³⁷⁶BUCCI. Op. cit., p. 10.

³⁷⁷BUCCI. Op. Cit p. 14.

³⁷⁸COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n.º 138, p. 39-48, abr./jun.º de 1998. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/364/4/r138-04.pdf>, acesso em 04/01/2010.

Outra possibilidade conceitual apontada por Bucci, com inspiração em Dworkin, é a aceitação das políticas públicas (*policies*) como categoria jurídica distinta da regra e do princípio, justamente por possuírem como cerne a realização de objetivos específicos já descritos³⁷⁹.

Esse conceito, contudo, deve ser visto com ressalvas posto que Dworkin pretendia criticar o positivismo no que se refere a insuficiência do sistema puro de regras para resolver os *hard cases*, defendendo a superação do referido modelo pela identificação de categorias distintas: princípios, regras e políticas públicas. Nesse viés, Bucci destaca que, no caso brasileiro, muitos desses princípios e direitos já estão positivados, sendo que o problema aqui seria a eleição de critérios para efetivação dos mesmos. Muito embora exista essa ressalva, é plenamente aceitável a identificação de políticas públicas como uma categoria jurídica autônoma³⁸⁰.

Portanto, pode-se dizer que as políticas públicas possuem a natureza jurídica de diretrizes formadas por um complexo de normas jurídicas, sejam elas expressas por atos normativos ou administrativos, ordenadas em torno de uma previsão de ações específicas para atender objetivos pré-determinados pela autoridade competente.

Obviamente, esse conceito foi problematizado no tocante à eficácia gerada pelas políticas públicas, já que há quem defenda que essas últimas seriam normas programáticas. Inicialmente, essa posição pretendia sustentar a impossibilidade de controle judicial sob o argumento de que as diretrizes não poderiam vincular a atuação do Poder Público. Tendo consciência da importância dessa polêmica, dedicar-se-á algum espaço para expor a questão.

Segundo Barroso, a Constituição de um Estado intervencionista apresenta, de um lado, direitos sociais e, de outro, normas que contemplam interesses, de caráter prospectivo, que estabelecem certas diretrizes e a realização de condutas, a serem executadas progressivamente e na medida do possível. Nesse último caso, observam-se que tais normas descrevem finalidades sociais que devem ser buscados pelo Poder Público, que deve tomar as medidas necessárias para cumprir os objetivos ali veiculados³⁸¹.

Pois bem, para alguns autores do quilate de Pontes de Miranda e José Afonso da Silva, as aludidas normas têm caráter programático, ou seja, fazem parte de um programa político constitucional e orientam o poder público, a legislação e o Poder Judiciário. Entretanto, essa

³⁷⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. Santos: Saraiva, 2006, p. 27.

³⁸⁰BUCCI. Op. Cit. p. 27.

³⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 117.

posição não é isenta de críticas quanto à perda da utilidade de tais mandamentos normativos diante da concepção de que essas normas teriam eficácia limitada³⁸² ou, até mesmo, nula³⁸³.

Algumas dessas críticas são consideradas procedentes e a mais importante delas é a contradição existente entre a idéia de norma jurídica imperativa e a incapacidade de vincular o comportamento do Estado. Nesses termos, as mencionadas normas seriam, sim, vinculantes, muito embora pudessem deixar uma margem de discricionariedade às decisões do administrador³⁸⁴.

Há autores que não aceitam sequer o uso da expressão “norma programática” por essa fazer menção a referências passadas que negavam a juridicidade das mesmas, conferindo a elas um caráter primordialmente político, o que impedia a efetividade dessas normas³⁸⁵.

Atualmente, a doutrina contemporânea tem conferido às normas programáticas a potencialidade de gerar efeitos jurídicos. É o caso de Barroso, segundo o qual as normas programáticas podem produzir efeitos diferidos ou imediatos. No primeiro caso, a norma estabelece atribuição para realização de atividade ao administrador, mas deixaria à margem discricionária o momento em que a competência seria exercida. Sendo assim, segundo o autor, não haveria aqui possibilidade de controle judicial. O mesmo não ocorre com as normas programáticas de efeitos imediatos, justamente porque o descumprimento das diretrizes nela previstas ensejaria a inconstitucionalidade do ato³⁸⁶.

A par de todas as ressalvas, sustenta-se aqui que muitas das normas que integram o complexo de diretrizes formadoras de uma política pública possuem, indubitavelmente, natureza programática. Não obstante, a partir do momento que essa norma possui natureza constitucional e contempla um direito fundamental, o legislador e o administrador têm a incumbência de agir conforme a finalidade da norma.

Conforme o entendimento de Andreas Krell, a Constituição confere ao legislador um livre espaço de conformação, o que permite que ele considere dados da realidade social ao elaborar a norma que determinará como o direito social será assegurado. Essa margem de autonomia dada ao legislador seria importante para que as formas de concretização dos

³⁸² A idéia de eficácia limitada das normas programáticas é a concepção defendida por José Afonso da Silva.

³⁸³ BARROSO. Op. cit. pp. 115 – 116.

³⁸⁴ BARROSO. Op. cit. pp. 115 – 116.

³⁸⁵ GUERRA FILHO, Willis S. Introdução ao Direito Processual Constitucional, 1999, p. 34s; LEDUR, José Felipe. A realização do Direito ao Trabalho, 1998, p. 58 ss, apud: KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 20.

³⁸⁶ KRELL. Op. cit. p. 117.

direitos sociais se adequassem aos anseios da sociedade, respeitando as escolhas democráticas externadas pelo eleitorado³⁸⁷.

Reconhecida é a relevância da polêmica brevemente expostas, porém, no momento, a concentração será totalmente dirigida à eleição do conceito jurídico de política pública.

Considerando todas as concepções estudadas, acatou-se que o conceito jurídico compatível ao presente trabalho foi aquele desenvolvido por Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.³⁸⁸

O amplo alcance do conceito acima aludido permite identificar a política criminal como espécie de política pública. Observa-se que a política criminal é formada por um conjunto de diretrizes normativas ou políticas - princípios e recomendações - a serem observados pela legislação penal tanto no que pertine a produção de normas incriminadoras e não incriminadoras.

Nessa acepção, Nilo Batista entende que a política criminal ainda pode ser subdividida em política de segurança pública, política judiciária e política penitenciária, classificação essa apoiada na concepção tripartite do sistema penal.

Alerta-se que o conceito de políticas públicas desenvolvido por Bucci deixa claro que a política deve ter objetivos precisos e determinados, o que demanda uma escolha política. Essa decisão de caráter político tem, em regra, como fundamento a necessidade de realizar um direito ou de cumprir um mandamento, seja ele expresso por princípio ou regra jurídica. Nesse caso a decisão precede a norma jurídica, visto que busca concretizá-la. Então, infere-se que o bem jurídico digno de proteção penal é eleito por uma instância política, sendo que sua proteção já era exigida por norma jurídica precedente. De forma que se a vida de pessoa humana é escolhida como bem jurídico penal, a conduta ofensiva a mesma será punida pela norma penal.

³⁸⁷ KRELL. Op. cit., p. 22.

³⁸⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. Santos: Saraiva, 2006, pp. 1-49, p. 39.

Contudo, há outra situação: as normas jurídicas existentes não são interpretadas em conformidade com os objetivos a serem perseguidos e, portanto, a decisão política passa a ser transformadora. Nesse ponto, faz-se a necessária ressalva de que a política criminal transformadora é limitada pelo princípio da legalidade penal, em seu viés formal e material, quando se trata de norma punitiva³⁸⁹. Isso significa dizer que a decisão política não pode ignorar imposições decorrentes da Constituição e de leis infraconstitucionais, sendo assim as mudanças desses postulados deverão ser submetidas ao processo legislativo ou judicial sob pena de insustentabilidade jurídica.

Com inspiração na lição da criminologia abolicionista, sustenta-se que a política criminal deve ser capaz de transformar a sociedade e, portanto, não pode ser encarada como conselho pelo Poder Público³⁹⁰. Nas palavras de Zaffaroni, “a política criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos), que devem ser tutelados jurídica e penalmente, e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que ineludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos jurídicos”³⁹¹.

De tal sorte, as questões problemáticas - como criminalização de condutas aplicação de penas privativas de liberdade, regime de execução e poderes investigatórios – devem ser estudadas em consonância com dados da realidade, para somente então, avaliar quais são as medidas adequadas e de que forma é possível modificar o sistema penal para conferir a ele maior legitimidade, respeitados os limites formais e materiais impostos à inovação do ordenamento jurídico.

6.2 Análise crítica da regulamentação do Sistema Nacional de Política Pública sobre Drogas.

Inicialmente, convém alertar ao leitor sobre o enfoque do usuário e dependente em drogas ilícitas. Dessa feita, a situação do traficante não será tratada no presente trabalho devido ao necessário corte metodológico.

O precursor dos sistemas nacionais sobre drogas foi denominado de Sistema Nacional Antidrogas, desde já conhecido pela sigla SISNAD, que foi criado pela Lei 6.368/76, devendo

³⁸⁹ Zaffaroni e Piarangeli afirmam que “a decisão política faz parte de uma política geral que se traduz em toda a ordem jurídica, e que se faz patente em todo o direito penal, servindo como critério orientador para o intérprete que, só é limitado pelo princípio da legalidade quanto à extensão do punível.” PIARANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. V. 1. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 120.

³⁹⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 35

³⁹¹ PIARANGELI; ZAFFARONI. Op. cit., p. 118.

ser formado por órgãos atuantes nos âmbitos federal, estaduais, municipais e distrital. O SISNAD foi instituído com o intuito de orquestrar ações tendentes a prevenir e reprimir o uso indevido de substâncias entorpecentes. Ao tempo em que se esperava que a prevenção possibilitasse a recuperação e reinserção social do dependente, estabeleceu-se que tanto o uso quanto o tráfico ilícito deveriam ser reprimidos nos parâmetros alarmantes impostos pela Convenção Única de Nova Iorque³⁹².

Com as alterações provenientes da Lei n.º 11.343/2006, estabeleceu-se que a finalidade do SISNAD seria a articulação, a integração, a organização e a coordenação das atividades relacionadas à prevenção do uso indevido de substâncias ilícitas e à repressão ao tráfico ilícito de drogas. Dentro da parte preventiva, destaca-se que o legislador se atentou para o problema da reinserção social dos usuários e dependentes, o que demonstra o amadurecimento na discussão dos problemas sociais decorrentes da exclusão sofrida por esses indivíduos.

Alguns artigos do projeto de lei foram vetados pelo Presidente da República sob o argumento de serem contrários ao interesse público e inconstitucionais. O texto vetado tratava, basicamente, da estrutura do Conselho Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (CONAD) e previa a integração ao SISNAD de órgãos pertencentes às esferas federal, estadual, distrital e municipal desde que ligados às finalidades do aludido sistema.

Essa divisão de competências entre os entes federativos seria considerada inconstitucional devido à autonomia administrativa reconhecida aos estados e municípios pela Constituição, o que impediria que uma lei federal obrigasse esses entes a criarem órgãos especializados para concretizar os objetivos do SISNAD. O melhor caminho para implementar as disposições contidas na lei de drogas seria a integração dos entes federativos por meio de convênios, cujas disposições revelem alguma forma de incentivo para os estados e municípios conveniados.

Nesse sentido, Andreas Krell, ao tratar do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), traz conclusões que podem ser aplicadas ao SISNAD:

Por falta de obrigatoriedade jurídica da participação ativa dos seus pretendidos “órgãos” seccionais e locais, os mencionados sistemas nacionais ou estaduais funcionam somente mediante o uso de meios indutivos, isto é, a oferta de ajuda material através de programas e fundos, sob a condição de que os governos interessados tomem providências administrativas

³⁹² GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: Prevenção – Repressão**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 580.

concebidas nas leis superiores (v. g.: criação de secretarias e conselhos, elaboração de planos e projetos, alcance de certas metas etc)³⁹³.

No texto legal, ainda são arrolados os princípios e objetivos do Sistema Nacional de Política Pública sobre drogas. Verifica-se que, no art. 4º da Lei 11.343, são elencados diversos “princípios” que já estão consolidados em normas Constitucionais, conforme se lê no aludido dispositivo: “I- o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes;”.

A interpretação mais adequada dos mencionados incisos seria entender que a aparente repetição foi proposital e serviria para reforçar os mandamentos constitucionais ali veiculados. Dessa forma, o legislador tentaria assumir uma aparente postura garantista, legitimando assim seus propósitos. Apesar disso, as aparências não devem ser tomadas como absolutamente verossímeis uma vez que, em diversos dispositivos, é possível encontrar normas que violam garantias constitucionais e princípios do direito penal contemporâneo, a exemplo do delito inculcado no art. 34 que representa uma antecipação do momento punitivo e conseqüente criminalização de atos preparatórios.

O SISNAD ainda possuiria como diretriz básica “a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados”. A leitura do texto legal conduz a dedução de que os valores éticos e culturais acatados pelo povo brasileiro funcionariam como fatores de proteção contra o uso indevido. Em outras palavras, segundo esses valores, o consumo de drogas seria algo avaliado como negativo (ruim) e, justamente, por isso a difusão dessas proposições axiológicas auxiliaria o combate contra as drogas.

O problema é que dentro da sociedade brasileira existem valores e conclusões conflitantes no que se refere à valoração do uso de drogas ilícitas, principalmente, da maconha. Então, os valores descritos na lei, na realidade, são aqueles adotados pelo legislador que está, presumidamente, agindo conforme a maioria dos cidadãos, uma vez que foi eleito democraticamente. Contudo, reprova-se a redação desse dispositivo por sua indeterminação semântica, uma vez que esses valores não estão expressos em lei e tampouco são facilmente apreendidos pelo jurista e pela sociedade, fato que retira completamente o propósito de tal previsão em um dispositivo legal.

³⁹³ KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade Administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 108.

Ademais, são princípios do SISNAD: “a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do SISNAD; e a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do SISNAD;”. Ambos os princípios chamam a sociedade a participar da elaboração e da execução das políticas públicas sobre drogas, o que é interessante para a sociedade civil que é imediata ou mediatamente afetada pelos efeitos sociais do tráfico de substâncias ilícitas. Lembra-se de que, não somente a sociedade, como os Poderes constituídos e o Ministério Público são chamados à elaboração das políticas públicas sobre drogas.

Os dois últimos princípios revelam o conhecimento acerca da complexidade do problema do uso ao ressaltar a importância da abordagem multidisciplinar das atividades de prevenção do consumo. Nesse passo, reconheceu-se a necessidade de orquestrar atividades destinadas não somente ao tratamento dos usuários e dependentes, como também se evidenciou a reinserção social.

No bojo das estratégias de prevenção ao uso de drogas, o SISNAD pretende promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país, acreditando que a difusão das informações sobre os efeitos nocivos da droga seria uma medida útil para evitar o primeiro contato com as substâncias proibidas.

Vale ressaltar que as normas prescritas na Lei 11.343/2006 não se restringem à intervenção preventiva, como também determina as situações em que os indivíduos poderão receber tratamento médico gratuito, caso constatada a dependência. O juiz criminal pode determinar o encaminhamento do réu a estabelecimento de saúde caso verifique a necessidade de tal intervenção, tal como se deduz da interpretação dos artigos 45, parágrafo único, 47. Segundo tais dispositivos, a sentença condenatória ou absolutória imprópria poderá determinar o aludido encaminhamento, desde que o juiz se baseie em avaliação capaz de atestar que o réu seja dependente em drogas ilícitas.

Com base nesses dispositivos e com a finalidade de dar a interpretação que confira a máxima eficácia aos direitos fundamentais, sustenta-se aqui que o juiz poderia determinar esse encaminhamento ao longo do processo, através de decisão fundamentada, e não apenas na sentença. Ao permitir o tratamento do réu, o juiz estará não apenas resguardando seu direito fundamental à saúde, como também atenderá o interesse social na reabilitação daquele indivíduo.

O encaminhamento no curso do processo seria viabilizado por meio de convênios firmados entre o Poder Judiciário e estabelecimentos públicos especializados em saúde mental

que teriam por objetivo estabelecer os compromissos entre os conveniados como forma de otimizar a oferta do serviço de saúde pública. Vale ressaltar que o tratamento de distúrbios psiquiátricos ocasionados pela dependência em drogas já fazem parte dos serviços ofertados gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde. Exatamente, por isso, o convênio seria útil para determinar como seria feita, por exemplo, a segurança e o transporte de presos, ou em quais dias a instituição receberia os custodiados para oferecerem tratamento.

6.3 O Papel do Estado de Alagoas e do município de Maceió na implementação das políticas públicas de prevenção ao consumo de drogas ilícitas e de tratamento psiquiátrico dos dependentes químicos.

Antes de tudo, convém explicitar a metodologia utilizada na coleta dos dados oficiais que inspiraram a redação do presente item³⁹⁴. Num primeiro momento, a pesquisadora dirigiu-se até a Secretaria Municipal de Saúde de Maceió e a Secretaria Estadual de Saúde para tomar conhecimento dos projetos para prevenção de drogas que estão em andamento no estado e no município. Na verdade, os servidores responsáveis pelo setor de Saúde Mental disponibilizaram os projetos submetidos à apreciação dos Poderes Públicos durante a elaboração do Orçamento. Nesses documentos, não haviam dados relevantes pois não tratavam das circunstâncias reais, mas sim traziam planos do que poderia ser concretizado com a verba pública.

Quanto aos dados sobre número de pacientes atendidos e vagas disponíveis, foi necessário recorrer ao site do DATA-SUS. Os arquivos disponíveis no sítio eletrônico são, na verdade, levantamentos feitos pelas Secretarias estaduais fornecidos ao Ministério da Saúde como relatórios de produtividade. Além de ser dificultada a navegação pelo uso de um programa específico para organização do conteúdo planilhas, os dados constantes no site são referentes aos anos de 2006 e anteriores. Não foram disponibilizadas ainda as estatísticas dos anos de 2007 a 2009, no momento da coleta de dados. O uso exclusivo de tais estatísticas ocasionaria dois problemas: em primeiro lugar, a pesquisa não retrataria a realidade com a margem de segurança necessária em face da não-atualização dos dados; em segundo lugar, as

³⁹⁴ A princípio, a pesquisa consistiria na busca desses dados oficiais junto às Secretarias de Saúde do Estado e do Município e, para tanto, seria necessária a reunião com o servidor responsável pelo setor de saúde mental. Esse profissional responderia um questionário elaborado pela pesquisadora com a finalidade de uniformizar e concentrar a atenção no tema desenvolvido no trabalho. Logo no primeiro contato, percebeu-se que nenhum servidor conseguiu informar os dados que foram questionados. Segundo os servidores, os questionamentos feitos pela pesquisadora seriam respondidos com a leitura dos arquivos constantes no website do DATA-SUS.

informações do DATA-SUS não seriam suficientes para responder o questionário previamente elaborado.

No CAPS-AD, um dos componentes da equipe multidisciplinar (assistente social), que junto aos servidores do setor administrativo, passou todas as informações coletadas para posterior envio ao DATA-SUS. Devido a atualidade destas últimas, os dados a elas referentes foram aqui explorados como forma de complementar as estatísticas do DATA-SUS.

Dito isto, agora será analisada as políticas públicas de saúde mental, especificamente no tocante à dependência em drogas ilícitas, que estão em fase de execução no estado de Alagoas e, principalmente, no município de Maceió.

O problema social gerado pelo abuso de drogas ilícitas por um crescente número de pessoas foi objeto de discussão da Organização Panamericana de Saúde, vinculada a OMS, que elaborou em 2001 um relatório. Esse documento teria o fito de alertar as autoridades da América Latina acerca do crescimento do número de usuários e dependentes, propondo medidas e ações que serviriam como norte para a elaboração da política de saúde pública dos países em desenvolvimento.

Adotando tal sistema, o Estado de Alagoas e o Município de Maceió estabeleceram uma política pública marcada pela cooperação mútua e descentralização de atividades, seguindo o modelo imposto pelo SISNAD.

A Secretaria de Saúde do Estado de Alagoas não possui contato direto com os usuários do serviço de saúde pública, limitando-se ao oferecimento de cooperação técnica ao Município. Por sua vez, o Município fica encarregado de elaborar programas e estratégias de prevenção, bem como administrar os recursos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde.

Na área de Saúde Mental, observa-se que, na última década, houve uma reformulação das políticas públicas diante da nova visão do dependente químico. O tratamento psiquiátrico público não se ocupa dos dependentes químicos, seja em álcool ou em drogas ilícitas, mas sim se restringe a cuidar dos distúrbios psiquiátricos decorrentes do abuso dessas substâncias. De tal forma, constata-se que a orientação do Estado é a de conjugar a internação com medidas extrahospitalares, como tratamento ambulatorial, terapia psicossocial e orientação psicológica familiar. Nesse contexto, houve uma redução de vagas de internação nos hospitais públicos e estabelecimentos privados conveniados ao SUS, sob o argumento de que nem todos os pacientes necessitam de internação, mas sim de apoio psicológico e médico ambulatorial.

Atualmente, o estado de Alagoas possui 880 leitos psiquiátricos, sendo que, em Maceió, o único hospital que aceita pacientes dependentes em drogas é o hospital Portugal Ramalho, totalmente custeado pelo poder público. Em que pese existirem outros hospitais

particulares conveniados ao SUS, os respectivos convênios não incluem os pacientes envolvidos com drogas ilícitas. Acredita-se que essa recusa é justificada pelos valores repassados pelo SUS aos hospitais a título de pagamento pelas internações, cuja média varia entre R\$ 31,77 (trinta e um reais e setenta e sete centavos) de R\$ 130,00 (cento e trinta reais) por dia de internação. Como se sabe, o tratamento desses pacientes é muito caro para os hospitais que necessitam de alas especiais, com segurança reforçada para evitar a entrada das substâncias psicoativas. Vislumbra-se, então, que esse é o provável motivo da recusa em internar esses dependentes químicos.

Os servidores das Secretarias estadual e municipal avaliaram que a disponibilidade de vagas era suficiente para atender a demanda visto que se calcula o número de vagas utilizando o Senso populacional e a percentagem estimada de pacientes que necessitarão de tratamento, tal como prevista no Relatório da Organização Panamericana de Saúde.

No campo da prevenção, observou-se que a Secretaria de Saúde Municipal desenvolve alguns projetos independentes financiados primordialmente pelo Ministério da Saúde, havendo contrapartida do Município consistente no fornecimento de estrutura física e pessoal. A nível municipal, são desenvolvidos os seguintes programas de prevenção ao uso de drogas ilícitas: “Programa de saúde escolar”, como resultado de uma parceria com as secretarias de educação do município e do estado; “Programa Fique de Boa, que integra a questão de prevenção ao uso de substâncias psicotrópicas e à doenças sexualmente transmissíveis, com ênfase na AIDS; e, por fim, a ação recentemente aprovada como desdobramento do programa fique de boa, que se chama consultório de rua, cuja implementação se iniciará ainda esse ano.

Quanto ao tratamento ambulatorial e demais medidas extrahospitalares, as Secretarias informaram que existem dois Centros de Atendimento Psicossocial no Estado especializado em drogas, estando um deles em Maceió. Especificamente, no que pertine à questão do internamento de presos provisórios, constatou-se que ambas as Secretarias visitadas não possuíam dados específicos sobre o número de leitos e direcionamento do tratamento médico a eles fornecidos, sob o argumento de que todos os dependentes cautelarmente custodiados eram encaminhados ao Centro Psiquiátrico Judiciário. Apenas os adolescentes que cumprissem medidas socioeducativas teriam acesso ao tratamento no Hospital Psiquiátrico Portugal Ramalho e no Centro de Apoio Psicossocial.

De forma geral, o Centro de Atendimento Psicossocial – Álcool e Drogas (CAPS-AD) é o órgão integrante da estrutura municipal que possui o encargo de fornecer o tratamento médico e psicológico aos pacientes não-internos. Dentre as atividades desempenhadas pelo CAPS-AD estão os atendimentos médicos e psicológicos, terapia ocupacional, encontro de

grupos de apoio e atividades que favoreçam a reinserção social do indivíduo dependente em substâncias psicotrópicas. Além do apoio dado ao dependente químico, o Centro também fornece aconselhamento às famílias, explicando as implicações dos distúrbios psicológicos de seus parentes, com a finalidade de auxiliarem no tratamento e recuperação.

O município de Maceió conta com uma unidade do CAPS-AD que atende, atualmente, cerca de 88 pacientes, sendo que cinquenta deles ainda não possuem registro oficial junto ao SUS devido a falta de documentação necessária. A mencionada unidade de tratamento é formada por uma equipe multidisciplinar integrada por psicóloga, enfermeira, assistente social, médico psiquiatra, médico clínico, terapeuta ocupacional, farmacêutico, pedagoga, educador físico e servidores que prestam serviços de apoio (zelador, faxineira, cozinheira e segurança). Os pacientes que tem acesso ao CAPS-AD, geralmente, são pessoas que procuram o serviço de forma espontânea, contudo existem alguns encaminhamentos por parte de instituições como hospitais, albergue municipal, unidade de saúde, escolas, conselho tutelar e pelo Poder Judiciário. Quanto a isso, vale frisar que o CAPS-AD apenas atende jovens infratores que estão respondendo por processo perante a Vara da Infância e da Juventude da Capital.

Ressalta-se que o CAPS-AD de Maceió não recebe encaminhamentos de presos provisórios e tampouco de presos definitivos e demais reeducandos em regime aberto ou semi-aberto, em livramento condicional ou suspensão condicional da pena. O que é mais curioso é que não há registros de nenhum encaminhamento por parte dos Juizados Especiais Criminais, atualmente competentes para julgar os agentes do crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/06). Esse fato desperta a atenção já que o CAPS-AD é a única instituição conveniada ao SUS que presta tratamento extrahospitalar gratuito no Município.

Nesse viés, distinguem-se, estrategicamente, quatro hipóteses: na primeira, o indivíduo dependente não responde a nenhum processo criminal; na segunda, o dependente em substâncias ilícitas está sendo processado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006; o dependente está sendo processado criminalmente por um delito qualquer e, concomitantemente, encontra-se em custódia cautelar; e, por fim, têm-se um reeducando diagnosticado com distúrbios mentais e físicos decorrentes da dependência.

No primeiro caso, o cidadão poderá, voluntariamente ou por encaminhamento médico, procurar qualquer estabelecimento conveniado ao Sistema Único de Saúde para receber tratamento médico.

Na hipótese em que o indivíduo é autuado como incurso no art. 28 da Lei de drogas, será lavrado Termo Circunstanciado de Ocorrência, que será encaminhado a um dos Juizados Especiais, ressalvadas as competências dos juízos estabelecidas em lei de organização judiciária. Basicamente, o juiz aplicará uma das sanções educativas previstas naquele artigo o indivíduo, sem que possa determinar compulsoriamente a internação somente em face do respectivo processo criminal. Não obstante o dependente poderá ser encaminhado a estabelecimento de saúde psiquiátrica para que lá receba tratamento. Esse encaminhamento não corresponde a uma penalidade, mas sim é uma providência que o juiz deveria determinar ao verificar que o réu é dependente em substância ilícita.

Essa mesma providência é aplicável ao caso em que o indivíduo é processado por outros crimes, mesmo que não haja ligação com a lei de drogas. Quando o réu responde em liberdade, é possível a realização do exame de insanidade mental, que serve para comprovar a existência de distúrbios derivados da dependência em drogas. Depois de se submeter ao exame, o réu volta para casa e poderá, conseqüentemente, utilizar os serviços públicos de saúde espontaneamente. A falta do encaminhamento, nessa hipótese, não prejudica o direito do réu de buscar tratamento custeado pelo Estado uma vez que está em liberdade.

A situação muda para os réus presos provisoriamente em razão do processo. Particularmente, no estado de Alagoas, a única possibilidade de tratamento psiquiátrico desses indivíduos é o Centro Psiquiátrico Judicial, ou seja, apenas está disponível a internação por um prazo determinado. O vulgo Manicômio Judicial não possui estrutura física para abrigar uma ala específica para tratamento de drogas e, tampouco, haveria verba suficiente para fazê-lo. De tal sorte, os presos provisórios não recebem o tratamento adequado, pois já é sabido que a recuperação do vício em drogas pressupõe outras medidas interventivas, como a terapia psicossocial, assistência social e, por vezes, terapia ocupacional.

Exatamente, por isso, destaca-se a relevância de elaborar convênios entre o Município, Estado e Poder Judiciário com a finalidade de solucionar o problema exposto. Como já existe estrutura para atender os pacientes, é inegável a disponibilidade do serviço que deve ser oferecido a todos os cidadãos, inclusive aqueles que foram processados ou condenados pela prática de crimes. Conforme foi dito anteriormente, a recuperação dos dependentes é benéfica para a sociedade e também é um instrumento indispensável no processo de reinserção do dependente.

De forma prática, a proporcionalidade deve imperar na decisão dessa questão: de um lado, tem-se que gastar combustível para o transporte dos presos e, ainda, disponibilizar agentes penitenciários ou policiais para fazerem a segurança da comunidade enquanto os

presos estiverem recebendo o atendimento; de outro, verifica-se o interesse de reinserção dessas pessoas e o resgate da dignidade das mesmas.

As pretensões de abertura das ações de saúde mental desenvolvidas pelo estado e município devem ser integradas no diálogo entre temas como reserva do possível e possibilidade de controle de políticas públicas, motivo que remete o leitor ao próximo tópico.

6.4 Fundamentalidade do Direito à Saúde Mental e sua pertinência ao Mínimo Existencial.

Quando se propõe em falar sobre mínimo existencial e direitos sociais, é conveniente elaborar um prévio esboço, tratando pontualmente de conceitos e noções que serviram como pressuposto para a argumentação e a constatação final do trabalho.

Depois, será questionado se o direito à saúde mental integra o mínimo existencial e, portanto, se sua concretização é imprescindível para a realização da dignidade da pessoa humana.

Bonavides diz que a vinculação dos direitos fundamentais aos ideais de liberdade e ao valor da dignidade humana permitiu a universalização desses direitos, fenômeno que se externou, originariamente, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão³⁹⁵. Antes desse momento, os direitos fundamentais eram concebidos por uma lógica jusnaturalista que defendia o caráter absoluto e imutável desse rol de direitos.

De tal sorte, compartilha-se com o conceito elaborado por Sarlet, segundo o qual os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos ou direitos naturais que foram reconhecidos e positivados pela Ordem Jurídica³⁹⁶, sendo eles considerados na elaboração das normas constitucionais vigentes e, conseqüentemente, servindo como parâmetro de ação estatal.

Apesar das críticas feitas à divisão dos direitos fundamentais em gerações³⁹⁷, entende-se que essa é uma forma didática de apresentar a história dos mesmos ao leitor e, portanto, a referida classificação será utilizada com as devidas ressalvas.

³⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. P. 562

³⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 29.

³⁹⁷ A principal crítica é a ausência de linearidade histórica e de pertinência espacial quanto ao reconhecimento e posituação dos direitos fundamentais, o que ocorreu (e ainda ocorre) de forma específica em cada país e em diverso momento temporal. Isso impediria a formação uniforme de categorias capazes de diferenciar uma geração da outra. Especificamente quanto ao uso do termo “gerações”, cita-se a exposição feita por Sarlet em torno do tema: “[...] não há como negar que o reconhecimento progressivo dos novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da

Num primeiro momento, a tutela jurídica é estendida aos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, consistente em direitos à vida, à integridade física e, enfaticamente, à liberdade. Pouco depois, positivou-se direitos à nacionalidade e, em maior ou menor escala a depender do regime governamental, direitos políticos.

Interesse ao trabalho, particularmente, os direitos sociais que se enquadrariam na segunda dimensão. O contexto histórico que antecedeu a positivação dos direitos sociais é bem conhecido: a revolução industrial atrai grande massa populacional, formada principalmente por camponeses, para as cidades e, lá, essas pessoas se submetem a condições degradantes de trabalho e moradia, o que conduz a notável desigualdade social, provocando graves problemas econômicos e sociais para o Estado. Surgiram, então, movimentos reivindicatórios que pressionaram os representantes do Estado, forçando-os a exercer condutas que fossem capazes de redistribuir os bens sociais, amenizando os efeitos da desigualdade social.

Contudo, os ordenamentos jurídicos apenas incorporaram as exigências de igualdade material, de forma enfática, nas constituições elaboradas após a Segunda Guerra Mundial, que consagraram significativamente os direitos fundamentais sociais. Não se olvida que a segunda dimensão dos direitos fundamentais é composta, também, por liberdades sociais e também direitos fundamentais trabalhistas, entretanto interessa ao trabalho apenas o direito à saúde, compreendido como um direito social.

A positivação dos direitos sociais, no início do século XX, não foi suficiente à aplicação efetiva desses direitos que passaram, inicialmente, por uma crise de baixa normatividade e, muitas vezes, chegaram a ser encarados como direitos de eficácia duvidosa. Conforme Bonavides, essa inicial resistência poderia ser atribuída à idéia de que o Estado nem sempre possui meios e recursos suficientes para implementar as prestações materiais necessárias à conferir eficácia aos direitos sociais³⁹⁸.

Após esse período, muitos defenderam que as normas que veiculavam os direitos sociais teriam eficácia programática, entendimento que, de acordo com parte da doutrina, impossibilitava o controle judicial das prestações estatais, tal como já foi exposto em tópico anterior. Com o escopo de relembrar a problemática anteriormente descrita, apenas para fins didáticos, cabe citar a observação feita por Porto:

Relevante frisar que os direitos de segunda geração, consecutórios da justiça distributiva, historicamente, tiveram sua juridicidade questionada enquanto

expressão gerações pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual a quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais” (SARLET. Op. Cit. p. 45)

³⁹⁸ BONAVIDES, Op. cit., p. 564.

se buscava anular sua potencialidade jurídica com a estratégia de remetê-los à esfera programática, sob a alegação de que não são dotados de coercibilidade, não há recursos orçamentários para implementá-los ou faltam instrumentos processuais adequados à sua tutela jurisdicional³⁹⁹.

Atualmente, predomina a concepção de que os direitos sociais possuem eficácia plena e aplicabilidade imediata na medida em que se enquadrem na categoria de direitos fundamentais. Particularmente, a Constituição Federal de 1988 traz a previsão de instrumentos jurídicos destinados ao controle judicial de constitucionalidade de atos e leis infraconstitucionais que contrariem ou inviabilizem o exercício dos direitos fundamentais, inclusive os sociais.

Inclusive, deve-se perceber que a Constituição atualmente vigente no Brasil possui uma característica bastante relevante que é a situação topográfica em que estão situados os direitos fundamentais. De acordo com Sarlet, a localização desses direitos traz um maior rigor lógico na medida em que atribui a eles a condição de parâmetro hermenêutico, uma vez que são entendidos como direitos que consagram valores superiores dentro de um Estado Democrático de Direito. Além disso, ao dedicar um capítulo específico aos direitos sociais inseridos dentro do título “Direitos e Garantias Fundamentais”, o constituinte afastou todas as dúvidas sobre a autêntica fundamentalidade de tais direitos⁴⁰⁰.

Constatado o caráter fundamental dos direitos sociais, deve-se dedicar atenção especial a seus aspectos essenciais e, principalmente, a sua função dentro do Estado Democrático de Direito, com ênfase às formas de proteção permitidas dentro da Ordem Jurídica brasileira.

Ensina Krell que “os direitos fundamentais sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais”⁴⁰¹. Nesse viés, entende-se que são direitos que contemplam interesses de uma coletividade a serem atendidos com a realização de serviços públicos, criados e organizados por diretrizes normativas externadas através da formulação de políticas públicas.

Ante ao que já foi explicitado sobre políticas públicas, resta descrever qual é o papel do Estado em relação aos administrados na atualidade, especificamente, no que diz respeito ao cumprimento dos direitos sociais e distribuição dos bens sociais.

³⁹⁹ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema da justiça para sua tutela**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 58.

⁴⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 66.

⁴⁰¹ KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 19.

Diferentemente do Estado Liberal, caracterizado pela noção de suficiência da constituição formal, a partir do final do século XX, observa-se uma mudança do papel constitucional para o, então, recém-nascido Estado de Bem-Estar Social: se antes apenas havia preocupação em manter os governantes e agentes públicos afastados das relações privadas, nessa época, pleiteava-se pela intervenção do Estado nas relações sociais para que assim fosse garantida a igualdade material, por muitos concebida como igualdade de oportunidades. Neste diapasão, a Ordem Constitucional deveria não apenas tratar os indivíduos de forma igualitária, como também, assegurar que todos eles tivessem igual acesso às oportunidades. Essa igualdade material seria uma condição para o exercício das liberdades e demais direitos fundamentais.

No decorrer do século passado, destaca-se, ainda, que aspirações democráticas e transformações provenientes da sociedade de riscos originaram um novo modelo de Estado, que contemplasse a exigência de legitimidade da Ordem Constitucional.

Como a compatibilização entre os valores vigentes e à ordem jurídica expressa o grau de legitimidade do Direito Positivo, interessante destacar que a segurança e perpetuação da ordem dependem do respeito espontâneo dos indivíduos aos seus ditames. Em outras palavras, a legitimidade, então, pode ser vista como uma relação de confiança estabelecida entre as normas jurídicas e os cidadãos, destinatários. Nesses termos, Azevedo entende que a legitimidade é a um sentimento que nasce com a “crença, sedimentada pela vivência, de que suas instituições dão satisfação aos anseios populares, permitindo a realização e o desenvolvimento das potencialidades do maior número possível de pessoas”.⁴⁰²

Nesse contexto, passa-se ao estudo do direito a saúde mental que pode ser classificado como direito prestacional social de caráter fundamental, nos termos da Constituição Brasileira.

6.5 Direito prestacional à saúde mental e sua inclusão no conteúdo do mínimo existencial.

Pressupõe-se que a dignidade é mais do que um valor, devendo ser encarada como uma norma jurídica. Isso implica na defesa da sua imperatividade que impõe obediência por parte de todos os Poderes Constituídos, que devem realizar a dignidade de forma máxima. Dessa forma, reproduzir-se-á o conceito de dignidade proposto por Sarlet, respeitado por sua abrangência, síntese e completude:

⁴⁰² KRELL. Op. Cit. p. 79.

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida⁴⁰³.

Conforme se abstrai do texto acima, uma série de direitos e deveres fundamentais devem ser assegurados pelo Estado e respeitados pela comunidade com a finalidade de garantir que todos os indivíduos tenham sua dignidade resguardada. Esses direitos e deveres são fundamentais na medida em que sejam necessários para garantir condições existenciais mínimas. De tal sorte, Sarlet considera que esse mínimo existencial deve permitir que o ser humano tenha uma vida saudável e que, também, tenha a possibilidade de participar ativamente de sua vida pessoal e da em sociedade, sendo responsabilizado por suas condutas, especialmente quando essas afetem a esfera jurídica de outros seres humanos.

Dito de outra forma, o mínimo existencial compreende o direito à satisfação das necessidades básicas como meio de garantir a vida saudável e a autonomia do indivíduo, sendo que essa garantia impede que os seres humanos sejam submetidos a condições indignas⁴⁰⁴.

Muito embora se conheça as objeções à aceitação do mínimo existencial, entende-se que é possível estabelecer diante de um caso específico se o direito social considerado é ou não imprescindível para manter a dignidade de seu titular.

Aqui se trata, especificamente, do direito à saúde mental. Para melhor ilustrar os objetivos dessa discussão, levantam-se os seguintes questionamentos: o direito fundamental a saúde seria restrito ao direito à vida, entendido apenas como o direito de não morrer, ou abrangeria o direito à vida digna, compreendido como uma pretensão a uma vida minimamente saudável? Depois, o que seria considerado como saudável um indivíduo que sofre de distúrbios psíquicos com sintomas físicos e mentais externados? Indo além, o direito à saúde mental deveria ser pensado em sua completude ou apenas no plano coletivo, no sentido de que somente deveria ser concedida a prestação psiquiátrica àquele que causa problemas a sua família e à sociedade?

⁴⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.67.

⁴⁰⁴ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 279 – 312, p. 300.

Não há dúvidas de que o direito à saúde de modo alguma coincide com o direito à vida. Primeiramente, os mencionados direitos remontam a marcos de positividade diversos: enquanto a tutela da vida foi positivada no contexto revolucionário do século XVII com o objetivo de limitar a relação entre Estado e cidadão, o direito à saúde remonta uma conquista mais recente que se refere a assunção pelo Estado de um papel ativo na realização da dignidade da pessoa humana.

Como se não bastasse, os direitos à vida e à saúde protegem interesses distintos: ao tempo em que o primeiro abrange os direitos à privacidade, à integridade física e moral e à existência como direito de lutar para permanecer vivo⁴⁰⁵; o direito à saúde “significa que cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica, independentemente de sua situação econômica.”⁴⁰⁶

Conclusivamente, o direito à saúde não se confunde com o direito à vida, mais especificamente com o direito de permanecer vivo, mas sim significa que o Estado deve criar políticas públicas e disponibilizar os meios indispensáveis para uma vida digna. Malgrado se reconheça a dificuldade em fixar um conceito de vida digna abstratamente, não pode o estudioso do direito deixar-se esquivar. Por isso, deve-se estabelecer critérios mínimos que facilitem a avaliação do caso concreto ora estudado, a fim de descobrir se o tratamento da dependência em substâncias entorpecentes é uma das prestações abrangidas pelo direito fundamental à saúde.

Ao ser positivado, o direito à saúde foi primeiramente mencionado no artigo sexto e, posteriormente, referido em outros momentos, dentre os quais se destacam os artigos 194 e seguintes. Nessa esteira, o Constituinte estabeleceu que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação⁴⁰⁷”.

Segundo Ana Paula de Barcellos, as normas constitucionais que contemplam o direito à saúde, em última instância, visam tutelar a vida, bem este que não é facilmente suscetível a gradações, principalmente quando o paciente corre perigo de morrer. Dentre as prestações a serem atribuídas ao Estado, devem se escolher aquelas que se encontrarem disponíveis sem

⁴⁰⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, PP. 197 – 201.

⁴⁰⁶ SILVA. Op. Cit, p. 308.

⁴⁰⁷ Redação do art. 196 da Constituição Federal de 1988.

considerar especificamente o estado de saúde da pessoa, pois não se pode prever e controlar com exatidão o efeito do tratamento médico na melhora da pessoa.⁴⁰⁸

Admite-se que essa disponibilidade de meios oferecidos fica limitada às possibilidades financeiras do Estado como também à apreciação científica de sua efetividade na cura ou melhora da condição do paciente. Apesar disso, acredita-se que não se pode negar a concessão de tratamento essencial quando a prestação está compreendida no mínimo existencial, o que segundo Ana Paula de Barcellos⁴⁰⁹ serve como um dos critérios para fundamentar o controle judicial das políticas públicas.

Retoma-se, então, à pergunta inicialmente feita: o mínimo existencial abrangeria prestações consistentes nos tratamentos psiquiátricos e psicológicos, especificamente, destinados a dependentes em drogas ilícitas? Para responder esse questionamento, é necessário lançar mão da interdisciplinariedade, razão pela qual far-se-á referências a alguns autores da área da Psiquiatria, parte integrante das ciências médicas.

Por muito tempo, as doenças mentais eram confundidas com possessões demoníacas ou problemas de saúde incuráveis, sendo elas objeto de perseguição e segregação do indivíduo. Até hoje, aqueles que sofrem as conseqüências físicas de distúrbios mentais, em sua maioria, também são incluídos no processo de exclusão social, o que dificulta a possibilidade de melhora do quadro de saúde⁴¹⁰.

Especificamente sobre o uso de substâncias psicoativas, entende-se que o abuso do consumo de drogas provoca no indivíduo “grave e incapacitante perturbação no comportamento” associada a um “impacto dramático na família e na comunidade”. A maior dificuldade dos médicos, aparentemente, consiste na resistência das pessoas em aceitar as mensagens preventivas e, posteriormente, acabam ingressando no sistema de saúde já em estado crítico de dependência. Obviamente nem todos os usuários são tóxico-dependentes, pois “existem todas as graduações de controle do desejo de consumir substâncias [...] desde os consumos ocasionais ligados a hábitos culturais e a estilos de vida até a ausência total de controle com submissão do desejo de consumir a todos os outros objetivos de vida”⁴¹¹. Em outras palavras, a dependência física provoca no indivíduo alterações bioquímicas que o fazem sentir a necessidade de absorver certa substância. Após o consumo, o dependente sente

⁴⁰⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 803-826, pp. 803-805.

⁴⁰⁹ BARCELLOS. Op. cit., p. 805.

⁴¹⁰ CORDEIRO, J. C. Dias. **Manual de Psiquiatria**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002, p. 71.

⁴¹¹ CORDEIRO. Op. cit., p. 244.

alívio da ansiedade ou da depressão e essa sensação de prazer subjetivo é o que caracteriza a dependência psicológica⁴¹².

Assim, a Psiquiatria trata a toxicod dependência como doença de gravidade extrema, principalmente porque: em primeiro lugar, o consumo de substâncias entorpecentes afeta o funcionamento do organismo do indivíduo; segundo, os sintomas dos distúrbios associados à dependência química e o comportamento dos indivíduos sob o efeito de intoxicação causam mal-estar nas famílias e na sociedade; ademais, a nível político, a profusão do consumo de drogas gera impactos orçamentários, judiciais e policiais, desestabilizando a estrutura de Controle Social Estatal.⁴¹³

Portanto, tem-se que a dependência em drogas é uma doença que possui notável gravidade para a saúde do paciente, sem falar nos problemas sociais e familiares decorrentes da conduta dos dependentes. Destarte é inegável que, ao lado da necessidade individual de melhora do quadro de saúde, ora deteriorado pelo abuso de substâncias entorpecente, existe interesse público no tratamento médico desses indivíduos.

Esse interesse público não se restringe, como popularmente se pensa, às medidas de internação⁴¹⁴ já que estas, reconhecidamente, não são suficientes e tampouco eficazes em todos os casos. Despertando para essa realidade, as políticas públicas de saúde no Brasil passaram por uma reforma psiquiátrica que tem como referencial a implementação de tratamentos extrahospitalares, não obstante, sem olvidar a demanda por internação hospitalar.

Finalmente, ressalta-se que a confirmação teórica da saúde mental como direito fundamental é corroborada pela legislação brasileira e também pelas ações do SUS. Dentro dos procedimentos médicos cobertos, estão os tratamentos de: síndrome de abstinência por uso prejudicial de álcool e drogas, de transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso de substância psicoativas, tratamento de intoxicação aguda em usuários de álcool e outras drogas, síndrome de abstinência em serviço hospitalar de referência para a atenção integral aos usuários de álcool de outras drogas. Além disso, o Ministério da Saúde em convênio com as secretarias estaduais e municipais financia a instalação de Centros de Apoio Psicossocial, conforme dito anteriormente.

⁴¹² FONSECA, A. Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. 2 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, pp. 519-521.

⁴¹³ CORDEIRO. Op. Cit., p. 245.

⁴¹⁴ É certo que muitas famílias e membros de uma comunidade apenas desejam “se ver livres” do convívio com pessoas que sofrem distúrbios psiquiátricos, ora porque não querem lidar com a difícil situação de convivência ora por sua noção de individualismo

Se o SUS custeia tais serviços gratuitamente, verifica-se que o legislador e o administrador não duvidou da fundamentalidade do direito à saúde mental, tampouco da necessidade de tratamento médico para os dependentes em substâncias psicoativas.

Por todas as razões expostas, sustenta-se que o direito fundamental à saúde mental é titularizado por todos os cidadãos, incluindo os dependentes em substâncias entorpecentes. Ainda, defende-se que esse direito contempla não apenas um interesse individual de viver dignamente, como também atende o interesse da coletividade, com a amenização dos problemas sociais causados pelo comportamento dos indivíduos que sofrem dos distúrbios comportamentais decorrentes do vício.

6.6 Possibilidade de controle judicial para determinar o tratamento de dependentes em drogas ilícitas processados criminalmente.

Com apoio em todas as constatações anteriormente feitas, discutir-se-á a possibilidade de controle judicial para determinar o tratamento de dependentes, com especial ênfase a uma série de pessoas que têm sido esquecidas pela sociedade e preteridas pelo Estado: pessoas com dependência em substâncias entorpecentes que respondem por processo criminal ou que já foram condenadas e estão na fase de execução penal.

Conforme já se falou, as políticas públicas devem ser elaboradas a partir de critérios de justiça distributiva desde que sejam compatíveis com as normas constitucionais. Então, é possível que uma política pública beneficie apenas uma minoria necessitada, muito embora os interesses da maioria da sociedade sejam contrários. Exemplifica-se: imagine-se que a maioria dos indivíduos entenda que os condenados criminalmente não teriam direito ao tratamento psiquiátrico e tampouco fizessem jus à assistência psicossocial.

Nesse mesmo contexto, sabe-se que o Estado possui pessoal qualificado e conta com o aparato estrutural necessário para essa prestação, que está elencada dentro dos serviços fornecidos pelo sistema de saúde pública a todos indistintamente. Ora, se há possibilidade da prestação e o direito a qual esta corresponde é assegurado constitucionalmente, é justo denegar essa prestação por mera discordância de uma maioria? Acredita-se que não somente a solução se apresenta como injusta, como também incompatível com a tutela dos direitos fundamentais.

Então, percebe-se que nem sempre a sociedade concordará com as políticas públicas realizadas pelo Estado, ora porque julga como desperdício de dinheiro público, ora porque entende que devem ser priorizadas outras prestações. Obviamente, ir de encontro à vontade da

sociedade civil expressa uma decisão contra-majoritária. Não obstante, acredita-se que o consenso depende de uma situação de discurso, com acesso pleno à informação e aos dados da realidade, o que nem sempre ocorre. Na verdade, sustenta-se aqui que as decisões anti-hegemônicas podem sim ser legítimas na medida em que o administrador ou o próprio juiz expõe os motivos que a embasaram, assentando essa justificativa na interpretação das normas constitucionais.

No meio acadêmico, tradicionalmente, há uma grande discussão sobre a possibilidade de controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Por muito tempo, essa forma de controle não era aceita por se alegar que o juiz não poderia discutir o mérito do ato administrativo discricionário e tampouco poderia opinar sobre as decisões de caráter políticas tomadas pelos outros Poderes, especialmente pelo Executivo, já que haveria uma usurpação das atribuições e o desrespeito ao princípio da Separação dos Poderes.

Entretanto, ao utilizar como argumento o princípio da separação dos poderes, os críticos se equivocam, pois a aplicação de tal ditame no Brasil ocorre de forma peculiar⁴¹⁵, pois cada Poder exerce preponderantemente uma atribuição, sem que isso afaste a possibilidade de se realizar outras atividades. De tal forma, o Poder Judiciário tem como atribuição principal o exercício da função jurisdicional, contudo se permite que os Tribunais elaborem seus regimentos e, também, pratiquem atos administrativos em relação aos seus servidores, por exemplo. Além disso, o sistema de separação de Poderes conta com uma série de mecanismos previstos constitucionalmente destinados à manutenção do equilíbrio entre eles, ora para evitar que sejam invadidas competências, ora para suprir certas omissões.

Além da crítica acima refutada, vale destacar outro argumento representante da oposição ao controle judicial das políticas públicas, qual seja o desrespeito ao regime democrático. Em síntese, “a concretização judiciária de direitos sociais seria antidemocrática por ser conduzida por agente que não passaram pelo crivo do voto popular”⁴¹⁶.

Essa concepção, embora demonstre preocupações válidas, não merecer ser acatada em detrimento das realizações dos direitos sociais, eis que a realização desses últimos é indispensável para a manutenção da democracia. Isso se diz porque a liberdade, inclusive de escolher seus representantes, depende da capacidade de autodeterminação do sujeito, o que apenas pode ser imaginado se a ele são garantidas condições mínimas de dignidade.

⁴¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-551, p. 520.

⁴¹⁶ SOUZA NETO. Op. Cit. p. 522.

Enfocando na perspectiva do interesse público no trato da dependência química, enfatiza-se que a saúde como um direito coletivo não se equipara a soma de interesses individuais, mas sim se remonta à solidariedade. Destarte é preciso reconhecer que o direito à saúde não é passível de apropriação individual tal como se os cidadãos fossem “clientes” do Estado⁴¹⁷. Justamente considerando a possibilidade de estabelecimento de relações clientelistas entre cidadão e poder público, surge uma nova crítica democrática que, basicamente, defende que a realização dos direitos sociais seria interpretada como um dever estatal de cunho meramente assistencialista. Isso provocaria uma desmobilização para a luta social e o fortalecimento do individualismo, com a conseqüente busca por tutela jurídica individual⁴¹⁸.

A respeito da crítica acima, o contra-argumento apresentado seria o juízo de incerteza em que se baseia a crítica, já que a apatia à participação política ativa também poderia ser resultante de outros fenômenos, como a corrupção, a falta de acesso às informações e baixo nível de interesse das pessoas com formação educacional elevada.

Outrossim, acrescenta Souza Neto que “a garantia de direitos sociais, ao invés de enfraquecer a atuação cidadã, pode fomentá-la, ao capacitar o cidadão para atuar politicamente”.⁴¹⁹

Particularmente, no que pertine à legitimidade democrática do juiz, convém mencionar o raciocínio de Appio:

Na primeira atividade, o Poder Judiciário atua como um representante estatal, dotado de prerrogativas funcionais e limitações estatutárias que visam assegurar sua isenção frente ao caso concreto, incumbindo-lhe resolver conflitos individuais que não afetam as políticas públicas governamentais. Já a segunda atividade – a qual interessa no presente estudo – consiste na atribuição aos juízes de um controle político da atividade dos demais Poderes, a partir de valores constantes na Constituição Federal⁴²⁰.

Essa atividade política do juiz seria justamente um mecanismo constitucional destinado à manutenção do regular exercício das competências, o que igualmente fundamenta a interferência em caso de omissão ou exercício inadequado da atribuição pelos demais Poderes. Nesse passo, acredita-se que o Poder Judiciário está sim legitimado para agir em defesa da ordem constitucional e, em contrapartida, devem seus membros motivar suas

⁴¹⁷ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 57.

⁴¹⁸ SOUZA NETO. Op. cit., p. 524.

⁴¹⁹ SOUZA NETO. Op. Cit. p. 525.

⁴²⁰ APPIO. Op. cit., p. 64.

decisões com base em normas constitucionais de modo a mitigar a desconfiança a respeito do interesse de sua atuação⁴²¹.

Agora, analisar-se-á a última crítica, e também a mais debatida, que se refere ao problema de gestão financeira dos recursos públicos. Sabe-se que existem uma série de prestações, bem como outras fontes de despesa, que limitam de sobremaneira a disponibilidade de recursos. Também se tem consciência de que nem todos os cidadãos terão seus direitos fundamentais, principalmente os sociais, assegurados de forma plena, em virtude da escassez de recursos públicos. Além de uma boa gestão, é preciso que os gastos do Estado sejam acompanhados tanto pela sociedade como por entes estatais competentes para fiscalizar a aplicação do orçamento.

Sobre as restrições orçamentárias, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 45, estipulou que a reserva do possível não poderia ser utilizada pelo poder público com o fito de se esquivar de suas obrigações. Por isso, caberia ao Estado a comprovação de que não haveria condições materiais para executar a decisão judicial⁴²².

Certamente, o mais relevante para esse trabalho seria definir os limites do controle judicial de políticas públicas⁴²³, principalmente, para demonstrar que a alegação de escassez de recursos orçamentários não sirva como óbice total à realização do direito social à saúde mental.

Em primeiro lugar, elege-se como o primeiro critério limitador a necessária hipossuficiência da pessoa que pleiteia a prestação. É do conhecimento de todos que os serviços de saúde pública, especialmente no tocante à Psiquiatria, não é de fácil custeio até porque não se pode prever a duração exata do tratamento. De tal sorte, é evidente que aquele que puder pagar as custas do tratamento, deverá fazê-lo sem onerar o Estado.

Há que se considerar também a possibilidade de universalização da medida, ou seja, deve-se verificar a disponibilidade de vagas em leitos públicos para avaliar o impacto do possível aumento dos pacientes. Caso não exista vagas ou pessoal suficiente, o Estado deve

⁴²¹ A esse respeito dessa desconfiança em torno da conduta dos juízes, cita-se o pensamento de Gargarella que se afina com as críticas democráticas feitas ao controle judicial: “[...] os juízes poderiam colocar-se a trabalhar em favor das minorias em desvantagens e marginalizadas, ou poderiam atuar de forma minimalista. O problema, nada obstante, é não termos suficientes motivos para crer que os juízes vão inclinar-se, coletivamente, a atuar da forma recomendada [...] Isso é assim, dentre outras razões, pela falta de incentivos institucionais existentes, capazes de inclinar os juízes a se comportarem da maneira proposta [...]” GARGARELLA, Roberto. Democracia e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 207 -227, p. 226.

⁴²² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-551, p. 526.

⁴²³ Critérios descritos no artigo de SOUZA NETO. Op.cit..

analisar a possibilidade de alocar mais recursos ou, até mesmo, justificar a impossibilidade material do cumprimento da medida.

Em razão do problema de gestão orçamentária, é recomendável que seja eleita a solução que seja, a um só tempo, a mais econômica e que esteja de acordo com a técnica.

Sobre o enfrentamento das contingências para lograr otimizar os direitos sociais, ensina Torres que “os direitos sociais devem se otimizar até o ponto em que não se prejudique o processo econômico nacional, não se comprometa a saúde das finanças, não se violam direitos fundamentais nem se neutralizam as prestações por conflitos internos”⁴²⁴.

Por fim, elenca-se o mínimo existencial como critério norteador e limitador das prestações estatais. Conforme se explicou no item anterior, o mínimo existencial equivale ao complexo de direitos fundamentais mínimos que devem ser garantidos ao indivíduo para que ele tenha uma vida digna e possa exercer sua autonomia.

Há quem defenda a judicialidade das políticas públicas utilizando-se de um parâmetro diverso do mínimo existencial, falando-se em eficácia plena dos direitos fundamentais. Esse parâmetro alternativo consiste no seguinte:

A atuação do Judiciário na concretização dos direitos sociais deve se circunscrever à garantia das condições necessárias para que cada um possua igual possibilidade de realizar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública).⁴²⁵

Ao apartar os parâmetros acima, os críticos partem do pressuposto de que o argumento do mínimo existencial significa que os direitos sociais a serem exigidos deveriam ser aqueles necessários para ora manter a liberdade do indivíduo ora para garantir a dignidade humana. Assim, entendem que o uso do “minimalismo” seria demasiado restrito por apenas se limitar a exigibilidade do mínimo e, ao mesmo tempo, exige que as prestações nele contidas sejam cumpridas de forma máxima. Sugere-se que o mais correto seria falar em condições necessárias ao invés de condições mínimas⁴²⁶.

Analisando ambos os posicionamentos, há que se concluir que a diferença entre os parâmetros, pragmaticamente, se assemelha a um jogo de palavras. Na verdade, não se vislumbra prestações desnecessárias que estejam fora do mínimo. Além disso, a conceituação de necessidade é ainda mais problemática, pois cada pessoa possui necessidades diferentes, de forma que o que pode ser considerado indispensável para alguns, para outros seria o

⁴²⁴TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 313-339, p. 336.

⁴²⁵ SOUZA NETO, Op. cit., p. 515-551, p. 535.

⁴²⁶ SOUZA NETO, Op. Cit, pp. 536 – 538.

supérfluo. Sem pretender refutar completamente o posicionamento contrário, adota-se no trabalho a idéia de mínimo existencial pelo simples fato de seu conceito ser passível de delimitação e de universalização.

Após expor as idéias mais relevantes, conclui-se pela possibilidade de controle judicial das demandas que envolvam a concretização do direito à saúde mental quando haja negativa da prestação por parte do Estado. Conforme se demonstrou, a omissão estatal apenas seria justificável diante da ausência de meios disponíveis ou de recursos, o que deve ser evidentemente comprovado em juízo a fim de legitimar a escusa.

Particularmente, no que tange à pretensão de internação ou de tratamento psicossocial dos presos, é preferível a propositura de Ação Civil Pública sem prejuízo da ação individual. A preferência se justifica em face da possibilidade do Juiz avaliar a possibilidade de universalização da medida, bem como permite ao Poder Público fazer a respectiva prova dos impactos possivelmente gerados pelo cumprimento de uma decisão judicial favorável.

CONCLUSÃO

A presente dissertação aborda o confronto entre as políticas públicas e criminais sobre drogas ilícitas adotadas no Brasil e os princípios constitucionais penais do Estado Democrático de Direito, com o fito de desmistificar a real atuação estatal tanto no combate ao tráfico como na consecução de ações ligadas à saúde mental dos dependentes daquelas substâncias.

A todo tempo se demonstrou a preocupação em estabelecer uma conexão da problemática com os princípios que regem o Direito Penal contemporâneo, em especial, aqueles que derivam diretamente da dignidade da pessoa humana.

Desde o início da pesquisa, foi possível perceber que a estigmatização dos indivíduos que praticam condutas tipificadas na Lei n.º 11.343/2006 se justifica por um processo de criminalização marcado por preconceitos de origens cultural, antropológica e social. Verificou-se que as impressões depreciativas sobre esses sujeitos estão arraigadas no sistema penal de forma que são repetidas pelo discurso oficial. Essa constatação inicial deu origem à necessidade de pesquisar como surgiram e quais são as especificidades dos estigmas do traficante e do dependente de drogas ilícitas para que somente então se pudesse avaliar a interferência daqueles na formação das políticas públicas e criminais.

O estudo de fatos históricos ligados ao processo de criminalização do tráfico ilícito de substâncias proibidas demonstrou que esses estigmas foram incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente, em razão de compromissos internacionais que impunham a adoção de uma política criminal transnacional uniforme e ahistórica. No Brasil, constatou-se que a circulação de drogas tornadas ilícitas passou a ser reprimida pelo Direito Penal devido à influência de países denominados “consumidores”, os quais propunham a criação de uma legislação penal marcada pela simbólica emergência. As drogas ilícitas, cujo rol foi definido inicialmente por tratados internacionais, foram eleitas como o novo risco que ameaçava as estruturas estatais, em especial, as instituições incumbidas da segurança pública e o sistema de tratamento de saúde mental.

Nesses termos, entende-se que o combate internacional ao tráfico de drogas traz para o Brasil uma responsabilidade que transcende a garantia de segurança e tratamento médico para seus cidadãos. Na verdade, há um comprometimento com a guerra às drogas que impõe a diversos Estados Soberanos que, seja por sua condição periférica seja por ser classificado como país produtor ou de trânsito, são apontados como os principais responsáveis pelos

prejuízos causados por meio da atuação das organizações criminosas atuantes em escala mundial. Isso se afirma porque, desde o início do século passado, os aludidos países tem se empenhado em coibir ações relacionadas às drogas de forma enérgica, aplicando inclusive penas severas e utilizando instrumentos investigatórios diferenciados.

Em que pese o aumento do consumo de drogas observado nos últimos anos, os Estados latino-americanos continuam ostentando a qualificação de países produtores e de trânsito, motivo que enseja cobranças internacionais na repressão às atividades delituosas ligadas ao comércio ilícito desenvolvidas em seus respectivos territórios. Nesse ponto, as políticas públicas destinadas ao tratamento de dependentes são colocadas em uma posição secundária em face à preponderância da guerra contra as drogas. Essa idéia causa diversas conseqüências que consistem exatamente na problemática discutida no trabalho.

Justamente por ferir dois interesses aparentemente opostos, – nomeadamente, a segurança pública e a saúde pública - a legislação brasileira criada a partir da convenção de Genebra e da Convenção Única de Entorpecentes de Nova Iorque trouxe uma dualidade no tratamento penal destinado aos traficantes e aos consumidores. Essa diferenciação é mantida até hoje corroborando para a convivência na lei vigente entre a justiça repressiva e a justiça terapêutica, cujos objetivos e propostas deveriam ser coadunados de forma que os consumidores fossem tratados como doentes e os traficantes, como delinquentes. Em ambos os casos, é possível perceber que a finalidade oculta é a neutralização de um mal, visto que o traficante será afastado do convívio social por meio das prisões cautelares e definitivas, enquanto o usuário/dependente deverá se manter em estado de abstenção sob a ameaça de sofrer processo penal e ser submetido a tratamento contra sua vontade.

Inserida na ambivalência de tratamentos jurídicos e na ideologia da diferenciação, a política criminal brasileira dirigida ao tráfico baseia-se no discurso da emergência perene inspirado por idéias de movimentos como Lei e Ordem, Defesa Social e Segurança Nacional, o que conduz a conclusão de que a política internacional de drogas e seu discurso oficial se aproximam do modelo de direito penal do inimigo. A previsão de medidas excepcionais reproduz o rigor do modelo adotado, assim como evidencia o incremento do caráter simbólico do direito penal em detrimento de suas funções repressivas em relação ao dano ocasionado pelos delitos ligados à comercialização ilegal de substâncias entorpecentes.

Necessário salientar que a tendência de expansão do direito penal é razoável quando se tutelam situações de relevante perigo, ao lado das que redundem em dano, estando legitimada em face à complexidade das relações intersubjetivas desenroladas no seio da sociedade pós-

industrial. Entretanto, é igualmente importante traçar parâmetros para limitar a intervenção penal preventiva expressa pela tutela de riscos.

Esse contexto expansivo produz uma crise na concepção do que deve ser tutelado pelo direito penal, principalmente quando se está diante de imperativos como a intervenção mínima e ofensividade, princípios estes que impõe uma clara limitação ao controle de condutas penais. Alerta-se que a ênfase desmedida ao poder simbólico de prevenção geral pode desvirtuar a finalidade da norma jurídica penal e comprometer sua respectiva aplicação no mundo dos fatos. Sinteticamente, se é imprescindível reconhecer o papel inibidor provocado nos ânimos pessoais diante da proibição legal, deve-se lembrar que o aparato penal não está preparado para tornar efetivas todas as medidas repressivas dispostas nos textos normativos.

Ainda, existe outro inconveniente gerado pela adstrição ao plano simbólico: os bens jurídicos coletivos fictícios, como a saúde pública nos crimes previstos na Lei n.º 11.343/2006. Na linha do raciocínio desenvolvida no trabalho, a faceta preventiva do Direito penal pode servir para a ocultação de falsos interesses coletivos. Nesse viés, a desconstrução do conceito de bem jurídico coletivo opera a favor da racionalidade e da segurança jurídica, afinal, o grau de legitimidade da intervenção penal está diretamente ligado às justificações das finalidades normativas.

Portanto, o legislador e o intérprete devem ser capazes de verificar se o tipo penal se refere a uma soma de interesses individuais, caso em que seria considerado ilegítimo, ou se contempla um interesse realmente coletivo, pertinente a um grupo ou à sociedade em sua totalidade. Caso constate estar diante de um falso bem jurídico coletivo, indica-se que o sujeito afira a potencialidade lesiva da conduta na tentativa de descobrir se aquela norma penal não atende aos seus pressupostos que, por sua vez, são expressos pelos princípios penais. Estes últimos demonstrarão se há razoabilidade na criminalização e se realmente houve risco relevante ao bem jurídico protegido.

Nesse sentido, defende-se que não há motivos que fundamentem a subsistência do crime de porte de drogas para o consumo próprio porque o tipo objetivo não contempla um bem jurídico coletivo e tampouco interesse digno da tutela penal. Para comprovar essa hipótese, foram sugeridos quatro parâmetros para aferir a legitimidade da criação de delitos de perigo abstrato quais sejam: funcionamento adequado dos instrumentos penais de controle social destinados à repressão dos comportamentos perigosos; a proporcionalidade entre as conseqüências advindas da repressão penal em relação ao potencial ofensivo da conduta, a ser aferido abstrata ou concretamente; criação de instrumentos jurídicos de apoio e programas

atrelados a políticas públicas sociais. Essas diretrizes indicam que o sistema repressivo não funciona adequadamente, principalmente, quando se observam as estatísticas quanto às condenações pelo crime do art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. Depois, é inegável a violação ao princípio da ofensividade tendo em vista que a conduta de consumir droga, por si só, não afeta a esfera jurídica de terceiro. A implementação de políticas públicas para recuperação de dependentes não se mostra suficiente devido à inacessibilidade de grupos específicos, conforme se comentará durante as conclusões sobre o SISNAD.

A relação entre saúde pública e tráfico é igualmente conturbada, não porque seja um bem jurídico fictício, mas sim por esconder outros interesses que são igualmente decisivos para a criminalização da aludida conduta, tais como os de natureza econômica e política. Isso não significa que o tráfico ilícito deve ser excluído da tutela penal, pois está claro que o Estado e a sociedade brasileira não estão prontos para a liberação do comércio e circulação de tais substâncias. Até mesmo porque os efeitos do uso prolongado de certas substâncias são desconhecidos, o que geraria grande insegurança e perigo à saúde das pessoas.

Quando se cogita a descriminalização do tráfico, é possível pensar na criação de estruturas oficiais para controle dos componentes químicos e da circulação desses produtos, tal como ocorre com remédios e bebidas alcoólicas. Contudo, duvida-se da viabilidade de construir um sistema de controle administrativo que respalde as expectativas da população e logre integrar as organizações criminosas no mercado formal. Assim, não se cogita defender a descriminalização do tráfico na situação atual devido à total inviabilidade fática da proposta tanto porque a maioria da população deslegitimaria o livre acesso às drogas ilícitas, quanto pelo fato de que a oficialização não atende aos interesses das organizações criminosas, já que o seu lucro decorre da ilicitude.

Apesar da manutenção do tipo objetivo que incrimina o tráfico de drogas, ressalva-se que a atuação da Polícia está longe de atender às necessidades de combate e eliminação do narcotráfico, tal como se propõe. Explica-se: é inegável que as autoridades policiais estão vinculadas ao cumprimento da agenda estabelecida pelos instrumentos normativos vigentes, ou seja, devem elas seguir o padrão político criminal consagrado na ordem jurídica para combater as organizações criminosas e os traficantes delas integrantes. De tal sorte, é inevitável que haja maior dedicação em apreender grandes quantidades de drogas e lavar autos de prisão em flagrante em nome de traficantes, independentemente de suas respectivas posições dentro das organizações criminosas. Eis que essas atividades são vistas pela lógica do sistema como resultados desejáveis e satisfatórios, que inclusive são aplaudidos em âmbito internacional.

Quedam-se em segundo plano as investigações de inteligência que visam determinar quem são os verdadeiros empreendedores que financiam e orquestram as ações das organizações criminosas. Há diversos motivos para tanto: primeiro, há uma necessidade temporal superior para conseguir resultados; segundo, encontram-se dificuldades na produção de provas pela própria forma complexa com que as condutas delituosas são executadas já que envolvem outros crimes como lavagem de dinheiro, por exemplo; em terceiro lugar, há um desestímulo quanto ao resultado final porque tanto a fragilidade probatória quanto o não uso de instrumentos de cooperação entre autoridades são fatores que podem retardar ou inviabilizar a persecução penal.

Sem pretender aprofundar na análise das ações policiais, já que essa temática não é central, entende-se que as investigações de inteligência seriam mais adequadas para desconstituir as estruturas das organizações criminosas quando comparadas as atividades militarizadas características da guerra contra o narcotráfico. Não se pode aceitar que a violência gerada com o pretexto de inibir a ação de traficantes continue afetando a integridade física dos membros da sociedade civil e nem tampouco se considera suficiente e lógica a infundável flexibilização de garantias constitucionais.

Quanto a esse último aspecto, deve-se encerrar a cadeia de pensamentos revelando o motivo para a defesa de uma postura eminentemente garantista. Se por um lado, o povo brasileiro desconfia do Estado, pelo passado ditatorial e pelos abusos praticados pelas autoridades, de outro, existe uma extrema dependência dos cidadãos em relação à proteção jurídica estatal. Então, ao tempo em que se deseja que as pautas penais abarquem uma maior quantidade de riscos, deseja-se que os direitos e liberdades individuais fundamentais sejam otimizados. O equilíbrio entre essas situações é um desafio que apenas pode ser superado, ou pelo menos enfrentado, com a adoção de uma postura racional e em consonância tanto com a Constituição quanto com os fatores reais. Por esses motivos, a busca de critérios para mensurar a legitimidade das intervenções estatais é uma das mais importantes tarefas do estudioso do direito penal.

O raciocínio formulado a respeito do traficante não se aplica a conduta do usuário pois, além da ausência de ofensa relevante à saúde pública, demonstrou-se que a descriminalização do porte para o consumo pessoal é uma pauta legítima e completamente compatível com a diversidade humana quando se pauta em padrões democráticos.

De modo geral, considera-se legítima toda a expressão coletiva ou individual que não ofenda valores essenciais à ordem jurídica, como aqueles que decorrem diretamente da dignidade da pessoa humana. Essa premissa gera duas consequências: a primeira delas

consiste na demanda pelo afastamento de preconceitos como forma de evitar uma atitude discriminatória fundada em argumentos irracionais; em segundo lugar, impõe-se que as condutas que não contrariem a ordem constitucional e os princípios do direito penal contemporâneo como condição de sua legitimidade, a despeito de suas peculiaridades.

Esses argumentos tendem a promover o reconhecimento das manifestações subculturais e, por conseguinte, evitar a interferência estatal no plano da autonomia individual sem motivo juridicamente relevante. Alerta-se que não se deve confundir as subculturas com as contraculturas por mais que a política criminal não faça a necessária distinção. Como meio de legitimar o consumo de drogas proibidas, apostou-se na mobilização dos grupos sociais subculturais no sentido de reivindicarem o reconhecimento das práticas não ofensivas à ordem democrática. A veiculação de suas pretensões por meio de linguagem adequada e de argumentação racional poderá modificar o tratamento jurídico etnocêntrico e baseado em falsos pressupostos sociológicos.

Finalmente, deve-se tecer considerações finais sobre as diretrizes estabelecidas pelo SISNAD para recuperação de dependentes e prevenção do uso de drogas.

Durante a execução do trabalho proposto, foi possível analisar a situação vivenciada pelos dependentes em drogas ilícitas no estado de Alagoas e no município de Maceió. Se por um lado há previsão orçamentária para a realização de políticas públicas dirigidas ao tratamento médico da dependência, por outro, predomina a falta de informação e as restrições no acesso aos estabelecimentos hospitalares.

A complexidade do problema social causado pelo consumo de drogas ilícitas e pela correspondente inadequação dos meios de combate e de prevenção foi objeto de estudo sob uma perspectiva jurídica.

Primeiramente, constatou-se que a legislação brasileira até 2006 considerava como crime o consumo de drogas ilícitas, o que contribuiu para a exclusão dos delinquentes-dependentes das políticas públicas de saúde. Apesar dos avanços verificados com a Lei 11.343/2006, que estabeleceu outras sanções diversas da privação de liberdade, a criminalização da conduta consistente no consumo de drogas persiste, assim como a estigmatização do usuário e do dependente.

Além disso, para o senso comum, a dependência química não é vista como uma doença, mas sim como uma ameaça à paz social. Essa visão distorcida do dependente impede a abertura dos Poderes públicos a novas abordagens, o que dificulta a solução da grave situação vivida pelos indivíduos envolvidos com substâncias psicoativas.

Constata-se a existência de disposições na nova lei de drogas que trazem as diretrizes que deveriam informar a ação estatal no tocante à prevenção do uso dessas substâncias. Para tanto, criou-se o SISNAD, destinado à facilitação de engajamento entre aos entes federativos em torno dos objetivos propostos por este sistema nacional, quais sejam a prevenção do uso e a repressão do tráfico de drogas. Dentre as diretrizes previstas na lei 11.343/2006, enfatiza-se o respeito à dignidade da pessoa humana e o compromisso com a reinserção social do dependente e do usuário.

Questionou-se se esses ditames estão sendo levados em consideração na elaboração das políticas públicas de saúde mental destinadas ao tratamento da dependência química e distúrbios psiquiátricos dela decorrentes.

A dúvida incentivou a realização da pesquisa empírica com a finalidade de descobrir quais são as prestações oferecidas pelo Estado de forma gratuita aos dependentes em drogas e, ainda, qual é o perfil da população atendida.

Muito embora a obtenção de dados tenha sido obstada por diversos percalços, os resultados obtidos foram proveitosos na medida em que se constatou a violação do direito fundamental à saúde de um “grupo social” específico, qual seja os presos provisórios.

Através da pesquisa de campo, constatou-se que Maceió conta com apenas dois estabelecimentos destinados ao atendimento de dependentes em drogas: o Hospital Portugal Ramalho, que recebe os pacientes que necessitam de internação, e o CAPS-AD, unidade de saúde que realiza tratamentos extra-hospitalares. É certo que o trabalho não objetiva discutir a suficiência de vagas disponibilizadas pelo Estado, até porque, tal avaliação pressupunha um trabalho interdisciplinar que extrapolaria a ciência do Direito. Contudo, foi possível identificar que o SUS disponibiliza gratuitamente os tratamentos médicos indicados para os pacientes dependentes e, inclusive, sabe-se que Ministério da Saúde repassa verba específica para custear programas preventivos a serem promovidos pelas secretarias estadual e municipal.

Se, em tese, não se duvida da existência do serviço público adequado ao cumprimento do direito à saúde mental dos pacientes, questionou-se quais são os reais destinatários desses serviços. Como resposta, verificou-se que a maior parte dos usuários procuram espontaneamente os estabelecimentos hospitalares, enquanto a minoria é encaminhada por médicos.

Ademais, observou-se que o encaminhamento de pacientes por autoridades judiciais é solicitado apenas pelo Juiz da Vara de Infância e Adolescência da Capital. Essa constatação causou extrema preocupação, uma vez que não é difícil verificar que muitos presos

provisórios, seja em razão do processo criminal seja em fase de execução provisória da pena, e definitivos sofrem com problemas psicológicos derivados do uso de drogas. Essa estigmatizada parcela da população tem apenas uma opção de tratamento que é a internação no Centro Psiquiátrico Judicial.

Seria essa opção suficiente para garantir o direito fundamental à saúde mental? Entende-se que não, eis que as políticas públicas de saúde mental são dirigidas a sociedade como um todo e, de acordo com as mesmas, o problema da dependência não se resolve com a simples internação do paciente, devendo ele ser submetido à terapia e outras medidas capazes de reinseri-lo no contexto social. A reintegração ao seio social torna-se especialmente importante, e até mesmo imprescindível, quando se trata dos custodiados, dado que os mesmos sofreram um processo de exclusão social marcado pela dificuldade de inversão. Em outras palavras, mesmo que o indivíduo seja absolvido ou tenha declarada extinta a punibilidade posteriormente, o processo criminal representa um estigma na vida do réu.

Não há dúvidas que a dignidade da pessoa humana deve ser garantida para o réu e para o reeducando, o que conduziu a argumentação desenvolvida no trabalho através da qual se constatou que a saúde mental é um direito fundamental e integra o mínimo existencial. Dessa feita, o direito à saúde mental, que abarca o direito de acesso ao sistema público de saúde, não pode excluir ninguém sob pena de violação da dignidade da pessoa humana. Aliás, a restrição do acesso aos serviços públicos representa não somente uma violação aos direitos fundamentais, como também é contrária aos ideais de justiça distributiva. Esses ideais, independentemente da perspectiva filosófica adotada, estão presentes nas sociedades contemporâneas que clamam pela igualdade material. Destaca-se que o Estado tem um importante papel para atingir ao objetivo principal da justiça distributiva já que é o agente prestador dos serviços disponibilizados à sociedade, garantindo que os cidadãos possam viver dignamente e realizar seus projetos de vida, desde que guiados por uma eticidade comum.

Se por um lado se reconhece que o Estado possui limitações orçamentárias para a concretização dos direitos fundamentais, em especial dos direitos que demandam uma prestação manifesta em serviços públicos, por outro, deve-se verificar a proporcionalidade da pretensão de estender os serviços já disponibilizados pelo SUS aos presos provisórios e definitivos.

Obviamente, devem ser confrontados os interesses contemplados pela prestação e os inconvenientes dela originados: se de um lado se cogita a escassez de recursos públicos; de outro, entende-se que a recuperação dos dependentes é interessante não somente sob uma perspectiva individual, como também consagra um interesse social consistente na amenização

dos problemas sociais gerados pela conduta dos indivíduos que abusam das substâncias ilícitas. Apenas o tratamento médico e psicossocial é capaz de reabilitar um dependente em drogas, motivo porque essa prestação não deve ser negada aqueles que necessitam, inclusive aos presos.

A primeira sugestão para amenizar o problema local seria o estabelecimento de convênios entre os entes políticos, organizações sociais de caráter privado e grupos de apoio, tal como a Associação dos Narcóticos Anônimos, para ampliar a disponibilidade de vagas para a demanda geral. Obviamente, a adesão ao convênio deveria prever benefícios para os componentes como, por exemplo, incentivos fiscais ou repasse de verbas.

No caso de Alagoas, seria interessante que o Poder Judiciário e as Secretarias de Saúde também firmassem um convênio para possibilitar o acesso dos presos provisórios ao CAPS-AD. Acredita-se que uma boa sugestão para reduzir os custos seria determinar um dia específico para os presos serem transportados ao Centro de Apoio e designar, previamente, agentes policiais para fazer a escolta e a segurança no mencionado Centro. Outras alternativas poderiam ainda ser pensadas depois que se fizesse um levantamento prévio do potencial número de beneficiários, o que poderia contar com a participação de defensores públicos, advogados, magistrados, promotores de justiça e serventuários que, por trabalharem diariamente com os processados, poderiam contribuir significativamente com a elaboração de uma estratégia.

Caso a omissão na prestação persistisse, subsistiria a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para efetivar o direito à saúde mental uma vez que a negativa do tratamento dessa parcela da sociedade é considerada inconstitucional por ofender um direito fundamental e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana. Nesse momento, destacou-se a importância de se estabelecer critérios a serem levados em conta no momento da decisão, tais como a possibilidade de universalização da medida e a condição de hipossuficiência da parte.

Além disso, atentou-se para a conveniência da pretensão acima descrita ser veiculada por meio de ação de tutela coletiva, já que a análise da situação fática poderia ser realizada com uma maior possibilidade de avaliação das conseqüências da efetivação da prestação.

Por fim, espera-se que a situação de violação à dignidade da pessoa humana manifestada pela restrição do acesso ao tratamento da dependência química aos presos, primeiramente, seja difundida. Nesse caso, a informação sobre a realidade vivenciada por esses indivíduos e a conscientização de que a dependência é uma doença são os primeiros passos desse longo caminho que antecede a discussão acerca da concretização dos direitos fundamentais.

Acredita-se que, no plano discursivo, os sujeitos capazes de linguagem devem priorizar as propostas capazes de amenizar o problema social discutido nesse trabalho. A racionalidade aliada ao sentimento de solidariedade guiará a formulação das políticas públicas de saúde mental a fim de ampliar a oferta de tratamento à dependência química à razão máxima permitida pelas disponibilidades financeiras.

Sem perder o liame com a realidade, atenta-se para a urgência em possibilitar a reabilitação dos indivíduos excluídos como forma de contemplar uma das mais importantes prioridades da Lei 11.343/2006, que é a reinserção social dos usuários e dependentes em drogas ilícitas.

REFERÊNCIAS

I. LIVROS E ARTIGOS

AMBOS, Kai. Razones. *Del Fracaso Del Combate Internacional a las Drogas y Alternativas*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 11, n.º 42, São Paulo, pp. 27-49, janeiro – março de 2003.

ARANA, Raúl Pariona. *El Derecho Penal “Moderno”: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n.º 68, São Paulo, n.º 68, pp. 113-139, setembro-outubro de 2007.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 803-826.

BARROS LIMA, Alberto Jorge Correia de. Criminalização e Direitos Fundamentais: Entre a intervenção penal mínima e a expansão penal. **Revista do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas**, pp. 287-308. Maceió, n.º 03, dezembro 2008.

_____. Imposição Constitucional dos Princípios Penais. **Revista do Ministério Público de Alagoas**, Maceió, n.º 6, julho – dezembro de 2001, pp. 13-49.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BATISTA, Nilo. **Novas tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 8 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

_____. **O Mal-estar da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECK, Ulrich et al. **Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1995.

BERNAL, José Fernando Botero. El derecho penal para las sociedades periféricas americanas: una propuesta para América del siglo XXI. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, n.º 72, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 53-86, maio-julho de 2008.

BIANCHINI, Alice et al. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. **Curso de Ética Jurídica e Profissional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 2 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONNEWITZ, Patrice. **Primeiras lições sobre a Sociologia de P. Bourdieu**. Petrópolis: Vozes, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico**. Santos: Saraiva, 2006, pp. 1-49.

CALLEGARI, André Luís. A imputação objetiva no Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 8, n.º 30, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 65-86, abr./jun.º, 2000.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Crime organizado: conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 17, n.º 76, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 6-39, jul./ago., 2009.

CARVALHO, Salo de. **A política Criminal de Drogas no Brasil (Estudo Criminológico e Dogmático)**. 4ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____. **Antimanual de Criminologia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da Filosofia Constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista de informação legislativa**, v. 35, n.º 138, p. 39-48, abr./jun.º de 1998. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/364/4/r138-04.pdf>, acesso em 04/01/2010.

COPETTI, André. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 12, São Paulo, n.º 50, setembro – outubro de 2004, pp. 237-279.

CORDEIRO, J. C. Dias. **Manual de Psiquiatria**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

CRUZ, Luis M. *La Constitución como orden de valores, problemas jurídicos y políticos: um estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo*. Granada: Comares, 2005.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A Origem do Direito de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERNÁNDEZ, Eusebio. *El problema del fundamento de los derechos humanos*. In: **Anuario de Derechos Humanos**. Ano 1, n.º 1, pp. 89-118. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complusense, 1982.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FONSECA, A. Fernandes da. **Psiquiatria e Psicopatologia**. 2 Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009.

_____. **Vigiar e Punir**. Trad.: Raquel Ramallete. 29 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Globalização e sistema penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 11, n.º 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 165-185, abr./jun.º, 2003.

GARGARELLA, Roberto. Democracia e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 207 -227.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal**. Disponível em: <http://www.lfg.com.br>. Acesso em: 09.11.2010.

GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Porte para uso pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?** Disponível em: www.lfg.com.br. Acesso em: 09.11.2010

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos e introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Jorge Guillermo. **As Grandes Transformações do Direito Penal Tradicional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOULART, Sandra Lucia. Estigmas de grupos ayahuasqueiros. In: LABATE, Beatriz Caiuby et al (org). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. pp. 251 -288. Salvador: Edufba, 2008.

GRECO, Luís. “Princípio da Ofensividade” e Crimes de Perigo Abstrato – uma Introdução ao Debate sobre o Bem Jurídico e as Estruturas do Delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n.º 49, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 89-147. julho-agosto de 2004.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen.º **A constelação pós-nacional: ensaios políticos**. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

_____. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Trad: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções Críticas**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas e Redução de Danos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n.º 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 128-144, janeiro-fevereiro de 2007.

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

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. **Discrecionariiedade Administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 24 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 279 - 312.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Interculturalidade e direitos fundamentais culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Ano 16, n.º 63, São Paulo: Revista dos tribunais, pp.30-42, abr./jun.º 2008.

LOPES, Aury, Jr. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, Maíra Rocha. As novas estratégias de intervenção sobre crimes transnacionais e o sistema de justiça criminal brasileiro. In: SLAKMON, Catharine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. (orgs). **Novas direções na governança da justiça e da**

segurança. Brasília: Ministério da Justiça/Secretaria da Reforma do Judiciário, 2006, pp. 277-291.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. II, 2ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MORAES, Vinícius Borges de. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, n.º 74, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 9-34, setembro-outubro de 2008.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NEVES, Marcelo. A força simbólica dos Direitos Humanos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (org.) **Direitos Sociais: fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.** 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pp. 417-450.

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

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** V.1. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIOVESAN, FLÁVIA. Direitos humanos desafios da ordem constitucional contemporânea. In: PIOVESAN, Flávia (org). **Direitos Humanos.** Vol. 1, pp. 15 a 37, Curitiba: Juruá, 2006. Disponível em: <http://books.google.com.br/books>. Acesso em 05/07/2010

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-penal e Constituição.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

POPPER, Karl. **The open society and its enemies: the spell of plato.** Vol. 1. Nova Iorque: Routledge, 2005. Disponível em: <http://books.google.com.br/books>. Acesso em 10/07/2010.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Direitos Fundamentais Sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema da justiça para sua tutela.** 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RAUTER, Cristina. Para além dos limites. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina(org). **Criminologia e subjetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 47-54.

REGHELIN, Elisangela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 15, N.º 64, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 57 – 77, jan.º/fev. 2007.

RODRIGUES, Thiago. **Narcotráfico: uma guerra na guerra**. São Paulo: desatino, 2003.

RORTY, Richard. **Verdade e Progresso**. São Paulo: Manolé, 2005.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Estudos de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SÁNCHEZ, Jesus María Silva. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANCHÉZ, Mauricio Martínez. La política antidrogas en Colombia y el control constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 12, n.º 48, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 82 – 107, mai./jun.º, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**, pp. 25- 68. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**, pp.429-462. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais:**

fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

SHECARIA, Sérgio Salomão. Tolerância Zero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, no 17, n.º 77, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 261- 280, mar./abr., 2009.

SILVA, Ivan Luís Marques da. Direito Penal neo-constitucional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n.º 73, São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 83-106, julho-agosto de 2008.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 515-551.

TEDESCO, Sílvia; MATTOS, Hécio. Experiência das drogas e sua criminalização. In: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina(org.). **Criminologia e subjetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp.135-147.

TORRES, Ricardo Lobo. A Jurisprudência de Valores. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 503-525.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Org.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 313-339.

WELZEL, Hans. **Direito Penal**. Campinas: Romana, 2003.

ZACCONE, Orlando. **Os acionistas do nada: quem são os traficantes de drogas**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2 ed. 2007. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. Buscando o Inimigo: do Satã ao Direito Penal Cool. In MENEGAT, Marildo et al (Org.) **Criminologia e Subjetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 3-31.

II. RESOLUÇÕES, RELATÓRIOS OFICIAIS E JURISPRUDÊNCIA

ARGENTINA, CSJN – Recurso de Hecho n° 9080, Rel. Min.° Carmen M. Argibay, 25/08/2009. Disponível em: http://www.csjn.gov.ar/cfal/fallos/cfal3/ver_fallos.jsp; acesso em: 21/12/2009.

BRASIL. SENAD. **II Levantamento Domiciliar sobre uso de drogas psicotrópicas no Brasil: estudo envolvendo as 108 maiores cidades do país**. Disponível em: http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Dados_Estatisticos/indicadores/327428.pdf. Acesso em: 09.11.2010

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Relatório do Projeto de Lei n.º 7.134**. Rel. Dep. Paulo Pimenta. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/197758.pdf>. Acesso em: 09.11.2010.

BRASIL, STJ – REsp n.º430.105-9/RJ, 1ª Turma, Rel. Min.º Sepúlveda Pertence, DJU 27.04.2007, p. 00729(ou: Disponível em: www.stj.gov.br; acesso: 03.09.2009.

_____. **Resolução n° 5 CONAD, de 04 de novembro de 2004**. Disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Legislacao/327030.pdf>

_____. **Resolução n° 01 de 25 de janeiro de 2010 CONAD**. Disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Legislacao/327995.pdf>

_____. **Relatório do GTM Ayahuasca/CONAD**. Disponível em: <http://www.obid.senad.gov.br/portais/CONAD/biblioteca/documentos/327994.pdf>

OMS (1994). *Glosário de Términos de alcohol y drogas*. Disponível em: http://www.who.int/ghl/mobile_libraries/bluetrunport/en/index2.html. Acesso em: 15/01/2010)

ONU (2005). UNCT (BRASIL). **Uma leitura das Nações Unidas Sobre os Desafios e potenciais do Brasil: avaliação conjunta do país**. UNCT no Brasil, agosto 2005. Disponível em: http://www.unodc.org/brazil/pt/library_and_links.html#drogas. Acesso em 20/01/2010

UNESCO. **Declaração Universal sobre a diversidade cultural**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>. Acesso em: 19/07/2010.