

## Uma análise garantista da ilegitimidade da criminalização do usuário de drogas

Lucas Lopes Oliveira <sup>1</sup>

Artigo submetido em: 17/07/2015

Aprovado para publicação em: 28/10/2015

**Resumo:** O presente trabalho aborda a questão da descriminalização do consumo de entorpecentes frente aos princípios penais, tema que será analisado em breve pelo STF no Recurso Extraordinário nº635659. Nesta ótica, tenta-se observar as possíveis incompatibilidades entre a proibição do consumo e os princípios reitores do sistema penal e da Constituição Federal. Para tanto utiliza-se uma análise garantista, que visa racionalizar o direito penal tendo como norte os direitos fundamentais. Frente aos males causados pelo proibicionismo aos usuários, parti-se da hipótese de que a descriminalização dos entorpecentes seria uma forma de efetivação dos ideais do garantismo penal, evitando os males advindos da criminalização das drogas aos usuários. O método de procedimento utilizado é o hermenêutico jurídico e filosófico e a técnica de pesquisa é a bibliográfica (conceitos doutrinários sobre garantismo e sobre a questão das drogas) e documental (pesquisas jurisprudenciais). Assim, ao se constatar tal incompatibilidade deve-se considerar de plano, como ilegítima a proibição penal do consumo de entorpecentes.

**Palavras-Chave:** Descriminalização; Usuários de drogas; Garantismo Penal

### A Safety analysis of the illegitimacy of the drug user's criminalization

**Abstract:** This paper addresses the issue of decriminalization of drug consumption across the criminal principles, a topic that will be discussed soon by the Supreme Court in Extraordinary Appeal No. 635659. In this sense, it tries to observe the possible incompatibility between the prohibition of consumption and the principles the penal system and the Federal Constitution. For this we use a penal criticism perspectives, which aims to rationalize the criminal law having as north the fundamental rights. Faced with the evils caused by prohibition in drugs users, work the hypothesis that the decriminalization of drugs would be a way of realization of the ideals of a penal criticism perspectives, avoiding the evils arising from the criminalization of drugs to the user. The method of procedure used is the legal and philosophical hermeneutics and the research technique is the bibliography (doctrinal concepts about penal criticism perspectives and on the issue of drugs) and documentary (jurisprudential research). Thus, if it is found such incompatibility must be considered, as illegitimate criminal prohibition of drugs consumption.

**Keywords:** Descriminalization; Drugs users; Penal criticism perspectives

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Humanos Cidadania e Políticas Públicas pela UFPB, Pós-Graduando em Direito previdenciário pela FIP, Graduado em Direito pela UFCG, Advogado. E-mail: lucasoliveira.sol74@gmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

Um dos principais efeitos do processo de marginalização dos usuários, gerados pela proibição das drogas, foi conceituado na obra de Carvalho (2013, p.240) que seria aquilo que foi chamado pelo mesmo de junkização, onde o sistema repressivo acaba criando uma falsa imagem dos usuários identificando-os como dependentes e marginais que, em virtude da repressão, acaba entrando em um ciclo vicioso de identificação com culturas marginalizadas, aproximando-se cada vez mais da imagem projetada. Logo seria posto um estigma no usuário que seria uma discrepância entre a identidade social virtual (formulada pelo proibicionismo) e a real. “O sujeito envolvido com as drogas por força da política proibicionista, ingressa no vicioso círculo da clandestinização, fato que, em caso de dependência, inviabiliza o serviço de assistência médica e social.” (CARVALHO, 2013, p. 241)

Assim, deve-se trabalhar a hipótese, de descriminalização do consumo e possível legalização de algumas substâncias como alternativa capaz de superar os males do proibicionismo aos usuários utilizando-se a doutrina clássica penal introduzindo nela a ressignificação através de elementos constitucionais de defesa aos direitos fundamentais que a corrente jus filosófica do garantismo penal consagrou. O garantismo penal pode ser entendido uma corrente filosófica do direito que pretende fazer um juízo de substancialidade de modo a retirar da esfera penal aquelas condutas que sua incriminação viole os princípios penais e constitucionais, assim mister que se faça uma releitura dos princípios penais a luz do garantismo, de forma a evitar incriminações ilegítimas

Este modelo teórico é uma construção crítica ao positivismo do paradigma jurídico anterior (paleo-positivismo) de forma redesenhar a estrutura punitiva de um modo que sugira a gradual descriminalização das condutas penais em geral, estendendo-se também àquelas relacionadas aos entorpecentes, que não causem danos reais a bem jurídicos valiosos, ou superem o âmbito do próprio agente, como é o caso do porte para o consumo. Logo, o garantismo tem como marco teórico a necessidade de descriminalização e humanização da repressão penal.

Com a aproximação do julgamento do Recurso Extraordinário 635659 pelo STF trona-se fundamental uma análise da incompatibilidade entre a proibição do porte para consumo de drogas e os dispositivos constitucionais e penais que buscam a racionalização do Direito Penal. Tema fundamental que pode despertar outros questionamentos críticos a respeito da política proibicionista de repressão ao tráfico de drogas, que apesar de não ser objeto do estudo deste trabalho, estão diretamente imbricados. Partimos de um marco garantista no presente estudo, mas não abdicamos de um marco abolicionista/antiproibicionista ao se analisar o resto da estrutura de controle social que é nossa política de drogas. Em virtude da especificidade do tema nos deteremos a análise garantista com relação a posse de drogas para o consumo previsto no artigo 28 da Lei 11.343, deixando as críticas mais profundas sobre a guerra as drogas para outro momento.

Tais temas, frente à questão do fracasso da política proibicionista e da constante violação de direitos humanos advindo da insistência em lidar com o problema das drogas sob a via do Direito Penal, bem como ao importante julgado que será realizado em breve pelo STF, mostram a importância da discussão do objeto desta pesquisa e de outros a ele conexos. Justifica-se como tema relevante para a comunidade jurídica em virtude dos efeitos que esta decisão pode vir a ter no mundo social, não só por descriminalizar um crime comumente realizado, como por refletir em outros aspectos, como a criminalização do consumo compartilhado (artigo 33, §3º), pois é provável que em um futuro próximo também tenha a sua constitucionalidade discutida a luz dos fundamentos da decisão que será proferida no RE 635659.

## 2. O GARANTISMO PENAL E A NECESSIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO

Em oposição as correntes ideológicas maximizadoras do Direito Penal, que buscam através da construção de um mecanismo punitivo pedagógico a eliminação dos males sociais, surge as teses abolicionistas e do Direito Penal mínimo, como forma de fortalecer o discurso de defesa de um mecanismo de solução de conflitos mais humana. As correntes garantistas, que se destaca por ser uma corrente do Direito Penal mínimo, propõem:

Estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer forma de controle social maniqueísta que coloca a defesa social acima dos direitos e garantias individuais. Percebido desta forma, o modelo garantista permite a criação de um instrumento prático-teórico idôneo a tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados (CARVALHO, 2002 p.19).

Desta forma, as correntes garantistas que buscam a diminuição do direito penal, obtêm seu fundamento nos direitos individuais de modo adensificar o seu núcleo de proteção contra as tentativas de relativização que acabam fragilizando as proteções constitucionais do cidadão frente ao Estado. Como fundamento destes mecanismos surge o princípio da dignidade da pessoa humana, valor considerado fonte dos demais direitos individuais que dele decorrem.

Neste sentido, afirmar-se que o garantismo:

É uma teoria de resistência a toda e qualquer estrutura de saber/poder que concebe o homem como descartável, que nega a primazia da pessoa e dos direitos. A perspectiva garantista, portanto, estabelece mecanismos jurídicos- políticos de luta pela razão contra todas as formas de obscurantismo, correspondendo a um saber alternativo ao neobarbarismo defensivista capitaneado na atualidade pelos movimentos Lei e Ordem e de (Nova) Defesa Social. (CARVALHO, 2002 p.20)

Como instrumento crítico ao dogmatismo positivista, o garantismo penal nega a crença de que os atos emanados do poder público serão sempre justos e se propõe através da crítica a ideia de que o poder é sempre bom, criar parâmetros para que a lei possa, além de seguir os seus aspectos formais de criação, possuir a sua correta legitimidade que advém do respeito aos direitos do cidadão advindos da dignidade humana sem o qual careceria de legitimidade, pois toda restrição que vá de encontro à dignidade humana deve ser imediatamente rechaçada.

A doutrina garantista nega os pressupostos do positivismo dogmático, entendendo que (a) o poder é ontologicamente voltado a violação dos direitos (b) legitimidade e legalidade são categorias diversas; e, conseqüentemente, (c) que os atos emanados do poder público, seja legislativo, seja executivo e judiciário, não se presumem regulares, sendo necessária, pois, a criação de mecanismo eficaz de controle (CARVALHO, 2002 p.21).

Diante do exposto, há uma superação da crença positivista plena nos atos normativos formalmente aptos a produzirem seus efeitos em virtude da obediência ao processo legislativo constitucional. Neste contexto, além da regularidade formal, uma norma deve possuir compatibilidade não apenas quanto ao procedimento de elaboração, mas também quanto a seu conteúdo que não pode destoar de princípios mais elevados, estampados como direitos fundamentais nas cartas magnas.

[...] os conceitos de vigência e validade são assimétricos e independentes. Vigência trata essencialmente da forma dos atos normativos, sendo que a validade diz respeito ao significado e a compatibilidade das normas com os valores materiais expostos nas constituições democráticas (CARVALHO, 2002 p.22).

Assim, surge à teoria garantista que visando fortalecer os direitos individuais critica a dogmática tra-

dicional, que por sua vez acredita que o único critério de análise sobre uma lei é o seu aspecto formal, ou seja, sua vigência. Vem assim o garantismo deixar clara a importância da análise da validade da lei frente aos princípios constitucionais, haja vista, restar incompatíveis tais disposições deverá o jurista considerar a invalidade da lei, pelo vício da inconstitucionalidade.

Além de romper a imagem analítica da norma jurídica, tal composição teórica proporciona redefinições relevantes no papel do jurista, principalmente do julgador, visto que a ruptura entre os significados de vigência e validade transpõe ao interprete o dever de estar submetido às leis (constitucionalmente) válidas tanto no plano formal como substancial. Destarte, demonstra Lenio Streck a necessidade de delegar ao jurista a séria tarefa de contaminar o direito infraconstitucional, pois garantismo deve ser entendido como maneira de fazer democracia dentro e a partir do direito. Como “tipo ideal” o garantismo reforça a responsabilidade ética do operador do direito (CARVALHO, 2002 p.23).

Estes postulados são muito úteis na atual realidade onde é palpável a crise do modelo repressivo clássico, bem como da gradual constatação de crise dos modelos teóricos que legitimavam a atuação penal. Aos poucos, a criminologia vem desmistificando as funções reais exercidas pelo direito penal bem como apontando o auto custo do processo de encarceramento.

Outro ponto a que se soma na análise crítica ao tradicional modelo de direito penal é o gradual processo de inflação legislativa penal que através da proliferação de tipos penais, resulta tanto no descrédito do direito penal, haja vista o estado não ter estrutura para prevenir ou punir o grande número de infrações penais, bem como um alto grau de encarceramento, de caráter eminentemente seletivo, cujos custos muitas vezes são superiores aos danos causados pelas condutas eleitas como criminosas.

O tratamento eminentemente penal de situações problemáticas (Huslman), na concepção dos representantes das mais diversas correntes críticas, obtivera inúmeros efeitos perversos, desde a proliferação das violências pela incidência desigual da repressão penal aos mais vulneráveis, inclusive a proliferação dos danos às vítimas (revitimização) à própria inoperância das agências de controle decorrente da sobrecriminalização de condutas (direito penal máximo) (CARVALHO, 2013 p.171).

Ao diagnosticar os perversos efeitos do sistema penal, tal qual estruturado na atualidade, as correntes críticas ao sistema penal propõem uma mudança de paradigma na política criminal. Frente a irreversível constatação dos males advindos do sistema penal, cada vez mais se busca um modelo de política criminal alternativo. Várias foram as correntes que buscam a deslegitimação do sistema penal, deslegitimação que teve como marco importante as contribuições da criminologia da reação social, a contribuição destas correntes de pensamento puseram em cheque a noção de harmonia entre as funções declaradas e reais do sistema penal, abrindo caminho para a luta pela remodelação das práticas em política criminal.

O consenso entre a falta de harmonia entre as funções declaradas (redução/eliminação da criminalidade) e as efetivamente exercidas (multiplicação da violência) induz as correntes da Criminologia Crítica à criação de programas político-criminais alternativos (CARVALHO, 2013 p.175).

Uma destas práticas alternativas, que será proposta pelo garantismo penal, seria a descriminalização de condutas que careçam de real ofensividade a bens jurídicos relevantes, que não afetem bem jurídicos de terceiros ou que sejam suficientemente protegidas por outros ramos do direito que não se mostre tão violento e cheio de efeitos colaterais como é o Direito Penal.

Como alternativa para dirimir os efeitos perversos desta disfunção provocada pelo sistema penal, a crítica criminológica, convertendo-se em políticas criminais alternativas, procurou desenvolver programas concretos de ação (criminologia da práxis) visando à minimização da incidência do poder punitivo. O projeto de descriminalização aparece, portanto, como alternativa viável, como

tema consensual entre as mais diversas correntes críticas (minimalistas, garantistas, abolicionistas, realistas marginais) (CARVALHO, 2013 p.452).

Neste contexto, a descriminalização surge como alternativa aos efeitos perniciosos que a repressão penal causa. Logo, o norte deste gradual processo de descriminalização deve ser feito através do filtro dos princípios penais anteriormente analisados para que a repressão estatal se mostre mais racional, conforme os ditames garantistas.

Um dos maiores fatores de encarceramento na realidade são os delitos relacionados aos entorpecentes que constituem o norte da política repressiva penal do mundo, inclusive no Brasil. Faz-se necessário repensar esta política repressiva aos entorpecentes, modificando o norte destas práticas que se mostram ineficazes quanto ao seu objetivo, pois o consumo de entorpecentes mesmo com o aumento da repressão não diminuiu, mas por outro lado, causou mais danos que o próprio consumo que objetiva evitar, em virtude do alto custo do encarceramento e da proliferação da violência, fenômenos diretamente ligados ao proibicionismo e a repressão penal.

Entre as várias opções para esta mudança no rumo da defasada política de entorpecentes seria a descriminalização do consumo, por afrontarem de forma gritante os princípios penais, mormente a alteridade, implantando repressão de cunho estritamente moral anti-secular, característica de estados pré-modernos ou modernos autoritários em que formas de comportamento pessoal que não causem danos a terceiros são reprimidos com fundamento em uma suposta moralidade padrão adotada pelo Estado.

Assim, atendendo ao ditamesgarantistas, deve-se buscar a gradual descriminalização de condutas relacionadas aos entorpecentes, bem como buscar soluções alternativas para combater os efeitos nocivos que esta repressão causam a sociedade, sendo o norte deste processo a matriz principio lógica penal/constitucional do nosso ordenamento jurídico. Segue a análise dos princípios penais do ordenamento pátrio e a sua (in)compatibilidade com a criminalização da posse para consumo de entorpecentes.

Um ponto importante sobre uma leitura garantista da lei de tóxicos pode advir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659, que está em trâmite no STF desde o ano de 2011, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na qual se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06, artigo que incrimina a posse de drogas para o consumo pessoal.

Como pode ser observado o presente recursos:

Trata-sede recurso extraordinário interposto pelo Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo contra acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema/SP que, por entender constitucional o art. 28 da Lei 11.343/2006, manteve a condenação pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal (STF, 2011).

Os fundamentos do pedido de inconstitucionalidade incidental foi realizado tendo como base:

O recorrente argumenta que o crime (ou a infração) previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal (STF, 2011).

Já havendo a decisão de repercussão geral, o plenário do STF em breve julgará o mérito da questão que envolve matéria referente a lei de tóxicos, que ainda matem a criminalização da posse para o consumo pessoal, apesar de não haver possibilidade de prisão para este crime. A questão é tão relevante, que até a presente data o relator o ministro Gilmar Mendes já se posicionou sobre o feito pela inconstitucionalidade da referida norma, destacando que mesmo que não se considere que o uso de drogas (posse) não integra

em definitivo o direito a livre desenvolvimento da personalidade,

[...] isso não legitima que se lance mão do direito penal para o controle do consumo de drogas, em prejuízo de tantas outras medidas de natureza não penal, como, por exemplo, a proibição de consumo em lugares públicos, a limitação de quantidade compatível com o uso pessoal, a proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras providências não tão drásticas e de questionáveis efeitos como as sanções de natureza penal (STF, 2015 p.38).

Tendo destacado a violação a intimidade e a privacidade, nos seguintes termos:

Nesse contexto, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afigura-se excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade. Além disso, o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, e devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação – arts. 18 e seguintes da Lei 11.343/06. Dar tratamento criminal a esse tipo de conduta, além de andar na contramão dos próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotula perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social (STF, 2015 p.39).

O referido voto traz a tona não só bons argumentos técnicos jurídicos e garantistas, como também excelentes argumentos sociológicos, médicos e antropológicos, tendo sido algo que reflete muito o discurso da militância antiproibicionista, bem como agregando muito das falas dos *amicus curiae* pró-descriminalização. Logo, conclui o então relator:

Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional (STF, 2015 p.40)

A Lei 11.343/06 em seu artigo 28, cuja constitucionalidade é contestada no presente feito, substitui as disposições constantes no art. 16 da revogada Lei 6.368/76, que previa pena de prisão de 6 meses a 2 anos (e o pagamento de 20 a 50 dias-multa). Com a atual lei de Tóxicos a pena passa a ser de advertência, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa obrigatória. Logo, mantém a criminalização da posse substituindo a pena de prisão por penas restritiva de direitos, deixando assente a preferência pela resolução penal dos problemas relacionados ao uso de drogas.

Ainda que o novo tipo penal abrande as consequências penais para os usuários de drogas ilícitas, afastando em definitivo a pena privativa de liberdade, mantém o desvalor penal do comportamento, não retira sua natureza delitiva, nem o caráter estigmatizante da incidência da norma penal (BOTTINI, 2015 p.14).

Esta perspectiva de criminalizar um comportamento ou preferência pessoal que não causem danos a bens jurídicos de terceiros além de projetar um modelo do Estado que se afasta do moderno conceito de Estado moderno democrático, e se aproximar de modelos estatais pré-modernos ou modernos autoritários, vai de encontro direito à vários princípios do Direito Penal, princípios estes que regem a racionalidade da incriminação, bem como viola frontalmente dispositivos de nossa Carta Magna.

A Lei 11.343 em seu preâmbulo prescreve sua finalidade de prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

A criminalização da posse para o consumo se dá neste sentido de ser uma ferramenta na prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção ao usuário, como se a partir da incriminação pude-se prevenir o uso indevido de drogas, bem como, ajudar aos usuários a se reinserir socialmente. Entretanto, tal perspectiva ignora profundamente o funcionamento do sistema penal, que antes de incluir, prevenir ou reinserir acaba

marginalizando e rotulando os indivíduos conforme já a muito demonstrado as correntes criminológicas do *Labelling Approach*<sup>2</sup>. O sistema penal como mecanismo excludente acaba lançando um estigma sobre o usuário que o marginaliza e o impede de receber os devidos cuidados dos serviços oficiais de saúde, tal marginalização é chamada na obra de Salo de Carvalho (2013) de Junkyzação.

A natureza penal do porte de drogas para consumo mantém a chamada “junkyzação” do usuário, uma caracterização pejorativa que, “ampliada pelos meios de comunicação”, produz uma intensa reação social informal sobre os consumidores de entorpecentes, dificultando sua recuperação e submetendo-os a tratamentos degradantes por parte de autoridades policiais e pela própria Justiça (BOTTINI, p.15 2015).

Além de ineficaz para lidar com os problemas relacionados ao uso de drogas, a criminalização do porte para consumo acaba por ferir princípios expressos da constituição federal, como as normas que protejam a intimidade e a vida privada, a dignidade humana, bem como os princípios limitativos da incidência penal.

Analisaremos a questão do porte para o consumo através de uma leitura garantista da questão de forma a analisar sob a ótica da dignidade humana, bem como do princípio penal da lesividade, corolário em termos penais dos princípios da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal, bem como do princípio da intervenção mínima.

### 3. OS LIMITES DO GARANTISMO PENAL

O garantismo tem sua raiz no desenvolvimento da dogmática penal, que tendo suas raízes mediatas no iluminismo e que

[...] Demarca o projeto penal moderno como uma promessa de racionalização do poder punitivo do Estado como garantia dos direitos individuais do acusado, como uma promessa de segurança jurídica, como um projeto garantidor (cuja matéria-prima é a dicotomia poder x indivíduo) (ANDRADE 2010, p.240).

Neste sentido a função de legitimar um poder punitivo sob uma base limitadora e racional é um projeto que vêm desde a ilustração e está presente na mentalidade dos reformadores do século XIII como Beccaria, que conforme demonstra Barrata (2002 p.31):

As escolas liberais clássicas se situam como instancia crítica em face da prática penal e penitenciária do antigo regime, e objetivavam substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes (princípio da humanidade, princípio da legalidade, princípio da utilidade).

A dogmática deixará as raízes clássicas e encontrará novas manifestações, passando pelas teorias de Binding, autor importante da escola positivista, que objetivando construir uma dogmática penal de natureza jurídica, independente das influencias do jusnaturalismo, da sociologia e etc., de Liszt, expoente da “Escola Sociológica”, que tentaria com uma postura eclética entre a escola positivista e clássica, desenvolver um modelointegrado entre Dogmática, Criminologia e Política Criminal. “É precisamente na ordenação dos conhecimentos na forma de um sistema que Liszt via a possibilidade de um domínio seguro e imediato dos casos particulares, apto a libertar a aplicação do Direito do acaso e da arbitrariedade” (ANDRADE, 243). Teríamos a influência de Rocco que se inspirando nas demais ciências jurídicas e atribuindo a

<sup>2</sup> “Neste sentido o *Labelling Approach* tem se ocupado principalmente com as ações de controle social, consideradas nas sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade de polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes” (BARATTA 2002 p.87).

deficiência do Direito Penal a uma falta de harmonização sistemática já tingida a muito por ramos como o direito privado ele tece suas considerações sobre a necessidade de uma Ciência Penal estritamente jurídica e dogmática, delimitando seu objeto, especificando seu método, tarefa e funções (ANDRADE, 244).

Como se observa a pretensão de racionalização e consequente legitimação intra-discursiva da dogmática não é recente, observamos assim o penalista WELZEL (1987, p. 11) sobre a missão da dogmática, projetando assim sua auto-imagem:

Missão da Ciência Penal é desenvolver e explicar o conteúdo das regras jurídicas em sua conexão interna, ou seja, 'sistematicamente'. Como ciência sistemática estabelece a base para uma administração de justiça igualitária e justa, já que só a compreensão das conexões internas do Direito libera a sua ação do acaso e a arbitrariedade.

Uma das melhores definições de dogmática que nos ajudará na análise da construção garantista e do marco sobre o qual a mesma se desenvolve legitimando o sistema penal a partir desta auto-imagem está na obra de GIMBERNAT ORDEIG (*apud* ANDRADE, 2010 p.246)

A Dogmática jurídico-penal [...] trata de averiguar o conteúdo das normas penais, seus supostos, suas consequências, de delimitar os fatos puníveis dos impunes, de conhecer, definitivamente, que é o que a vontade geral expressa na lei quer castigar e como quer fazê-lo. Nesse sentido a Dogmática jurídico-penal cumpre uma das mais importantes funções que tem encomendada à atividade jurídica em geral em um Estado de Direito: a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado que, embora se processe dentro de uns limites, necessita do controle e da segurança desses limites.

Como se observa a construção da dogmática sempre esteve relacionado à necessidade de se atribuir uma coerência lógica ao sistema, de forma a limitá-lo, evitando-se arbítrios em prol da segurança jurídica ou do respeito à humanização. “Podemos identificar, pois, no discurso dogmático, uma função declarada e oficialmente perseguida pelo paradigma e que denominamos função instrumental racionalizadora/garantidora (ou função racionalizadora de *lege ferenda*)” (ANDRADE p.251). Esta pretensão de limitação que como vimos anteriormente vai se desenvolver desde o iluminismo, vai passar por várias fases até que se desenvolvesse sobre a forma de garantismo. “E uma vez que ocupa posição funcional “dentro” ou no “interior” do sistema jurídico, exercendo função imanente a ele, trata-se de uma instância “do” sistema que medeia o tráfego jurídico entre programação (“dever-ser”) e operacionalização (“ser”)” (ANDRADE p.251). Assim, em todas reproduz-se formas de legitimação interna, do seu interior discursivo, projetando esta auto-imagem dogmática, que com o atual desenvolvimento garantista, proposto por Ferrajoli, encontra no marco constitucional seu cerne legitimador.

Como teoria do direito o constitucionalismo positivista ou garantista é uma teoria que tematiza a divergência entre o dever ser(constitucional) e o ser(legislativo) do direito. Em relação a teoria paleo-positivista, o constitucionalismo garantista caracteriza-se pela distinção e virtual divergência entre vigência e validade, uma vez que admite a existência de normas vigentes porque em conformidade com as normas procedimentais quanto a sua formação e, todavia, inválidas por que incompatíveis com as normas materiais para sua formação. O tema mais relevante desta teoria se torna, portanto, o direito constitucionalmente ilegítimo [...] (FERRAJOLI, p.24).

Observando a crítica presente na obra da professora Vera Regina Pereira Andrade (2010) ao contrastar em seu trabalho a dicotomia entre o garantismo prometido (limitador do poder punitivo capaz de promover a segurança jurídica) e o garantismo prisioneiro (legitimador do sistema penal que é estruturalmente excludente), pensamos em como o garantismo ainda pode ser pensado como forma de libertação, e se ainda é possível pensar em uma atitude intra-sistemáticas do direito capaz de emancipar. Também não

se pode esquecer da crítica realizada por Michel Foucault (2009) sobre os discursos e sua relação com o poder, através dos regimes de verdades, logo uma crítica intra-discursiva dentro do discurso jurídico pode esconder formas de poder de fato que se exercem em teias capilares muitas vezes de forma completamente diferente da programação oficial.

Outro ponto é que com relação à questão das drogas as maiores críticas são justamente aos preceitos dogmáticos que com a atual lei de tóxicos projetou um grande encarceramento. A questão não fica tão mais límpida ao se analisarmos a Constituição Federal como o princípio reitor e fundamentador deste edifício dogmático, pois se a mesma lança normas de cunho libertador, também projeta um programa punitivo, que fez com que o jurista Salo de Carvalho (2013) a chamasse de “Constituição Penal Dirigente”<sup>3</sup>, com explícitos mandamentos de criminalização do tráfico. Não desconsideramos o grande papel da Constituição na construção de um modelo dogmático mais humano, e que a mesma deve ser interpretada em sua totalidade (integralidade), de forma a que ao se confrontarem tais normas penais dirigentes com normas de cunho mais garantista seja possível à atenuação das mesmas numa leitura que dê máxima efetividade aos direitos fundamentais. O que queremos evidenciar é a limitada possibilidade, ante estas normas constitucionais incriminantes, de se adotar posturas capazes de rupturas mais radicais a exemplo das posturas minimalistas penais mais profundas, ou até de posturas abolicionistas em termos de drogas. Como exemplo prático dos males desta opção constitucional, temos a equiparação do tráfico a crime hediondo, que é um dispositivo jurídico de grande impacto sobre a situação carcerária nacional.

Ao legitimar o sistema penal, sob o argumento de que sem o mesmo haveria a volta a vingança privada, acaba reproduzindo-o, mesmo que sob o viés descriminalizador. Tal fato não passou despercebido por Salo de Carvalho (2013 p.234): “Apesar da virtuosa e coerente construção do discurso legitimador da intervenção punitiva, o modelo garantista não consegue ultrapassar os limites do normativismo e a ilusão do bom poder punitivo”.

Estas críticas à legitimação da ordem jurídica, principal responsável pelos comandos de incriminação penal marginalizantes, bem como de não aptidão para o controle das agências de repressão a margem de seus comandos, não devem passar em branco. Devemos pensar até que ponto uma análise garantista realmente será capaz de minar os efeitos danosos do proibicionismo. Entretanto, se por um lado a crença numa dogmática penal emancipadora pode parecer ingênua frente as críticas tecidas acima, também não devemos nos esquivar de se apegar a cada foco de resistência ao modelo proibicionista.

Ponto fundamental então a destacar é que, neste interregno, um dos elos fundamentais da referida interação têm sido, ao que nos parece, o desenvolvimento do aspecto crítico da criminologia ao encontro do aspecto garantidor do Direito penal dogmático e vice-versa; ou seja, um “garantismo crítico” entendido como vigilância sobre o (des)respeito aos Direitos Humanos no marco do funcionamento efetivo (e não idealizado) do sistema penal. Assim, se o projeto de transformação do controle penal da criminologia crítica não se limita ao garantismo, é necessário insistir com Aniyar de Castro (1987, p. 88-89) que, apesar do que pensam alguns juristas, ela não trata de negar o Direito: interessa-se, antes, por dotá-lo de novos conteúdos e resgatar sua vertente garantidora (ANDRADE, 2009 p.187).

<sup>3</sup> “O processo de elaboração constitucional não apenas fixou limites ao poder repressivo, mas de forma inédita, projetou um sistema criminalizador conformando o que se pode denominar de Constituição Penal Dirigente, dada a produção de normas de natureza penal programática. Desta forma a constituição recepcionou os anseios punitivos sem estabelecer quaisquer obstáculos, ou filtros balizadores, colocando em dúvida seus próprios princípios de contenção da violência punitiva. Tem-se desta forma, na história recente do constitucionalismo nacional, a formação de um núcleo constitucional penal dirigente, plenamente realizado pelo legislador ordinário durante a década de 90 e início dos anos 2000, cujo efeito é edificar o estado penal (repressivo) como alternativa ao inexistente Estado Social (preventivo)” (CARVALHO, 2013 p. 104).

Logo, quando o garantismo se converte em um mecanismo de enfrentamento, mesmo que pontual a um dispositivo marginalizante em termos de guerra às drogas, não nos abdicaremos de explorar tal possibilidade. Isto não quer dizer que abandonemos uma perspectiva mais ampla de crítica como o abolicionismo em termos de política criminal de drogas, mas também não desconsideramos perspectivas de luta intra-sistemáticas como a que o garantismo oferece. Afinal, quando da análise do julgamento pela constitucionalidade do Artigo 28, será com uma perspectiva dogmática que o STF analisará tal questão.

A teoria do garantismo penal, apesar de marcado pelo ideário iluminista e naturalmente pela pretensão universalista típica dos paradigmas científicos, apresenta no contexto global de violação dos direitos humanos interessante mecanismo de fomento a minimização dos poderes punitivos. Desta maneira visualizar a otimização dos direitos fundamentais desde a perspectiva crítica da dogmática jurídico penal, ou seja, percebe o sistema normativo como instrumento eminentemente prático que deve ser pensado e desenvolvido para a resistência ao inquisitorialismo nas práticas judiciais e administrativas cotidianas (CARVALHO, 2013 p.228).

A questão se põe bem mais em apesar de olhar criticamente o garantismo, de também utilizá-lo como ferramenta de desconstrução de certas práticas quando o mesmo se torna apto a isto. Sabendo-se de sua limitação, não ignora-se assim que em certos casos como o julgamento da constitucionalidade da posse de drogas para o consumo o mesmo possa vir a ser usado como descontração de eventuais dispositivos normativos proibicionismo.

#### 4. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

O direito penal, como todo o ramo do direito, possui seus princípios próprios. Entre os vários princípios que dispõe este ramo do ordenamento jurídico, um deles, que está diretamente relacionado a outros princípios bem como ao próprio fim do direito penal modernamente considerado, é o princípio da intervenção mínima.

Segundo as teorias contratualistas, o contrato social surge da necessidade dos cidadãos de cederem um pouco de seus direitos para depositá-los na figura do Estado que por sua vez tem a função de assegurar a paz social que estaria ameaçada no estado de natureza. Com estas teorias, os filósofos buscaram legitimarem as intervenções do Estado no âmbito da vida dos cidadãos, incluídos nesta intervenção as de âmbito penal, que numa concepção iluminista só se justificariam caso pudessem proporcionar mais vantagens que o anterior estado de natureza. Sobre o poder de punir do Estado e sua legitimidade, afirma Beccaria (2006, p. 27):

O conjunto de todas estas pequenas porções de liberdades é o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.

Modernamente, o Direito Penal é entendido como o ramo do direito cuja sua atuação é a mais violenta de todos os demais ramos jurídicos, pois se em vários outros temos também sanções, no direito penal estas são as mais severas, daí relegar a sua finalidade à proteção dos bens tidos como mais importantes da vida social. Partindo desta compreensão surge o princípio da intervenção mínima, sobre o qual afirma CONDE (*apud* GRECO 2010 p.45)

O poder punitivo do estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais relevantes. As perturbações mais leves são objeto de outros

ramos do direito.

Tomando este raciocínio, enfatiza-se que o princípio da intervenção mínima não só deve servir como critério para a seleção dos bens mais importantes, para desta forma tutela-los penalmente, como também funciona como um poderoso fator de descriminalização de condutas penais que não causem danos a estes bens considerados mais essenciais.

Se for com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, por que considerados de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento as mudanças da sociedade, que com sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram de maior relevância, fará retirar do ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores (GRECO, 2010 p.45).

A necessidade de descriminalização de condutas torna-se de grande importância dado o fenômeno de inflação legislativa penal, em que através do engrandecimento do poder punitivo estatal, viabilizado por correntes ideológicas de políticas criminais que pregavam o direito penal simbólico como forma de educar a sociedade, acaba gerando uma crise social que afeta principalmente o sistema carcerário, que atualmente entra em colapso. Neste sentido a criminalização não pode em hipótese alguma recair sobre conduta que não lesione bem jurídicos significativo, bem como, tal proibição deve ser razoável, estando apta a surtir algum efeito dissuasivo sobre a prática do crime.

As proibições não só devem estar “dirigidas” à tutela de bens jurídicos como, também, devem ser “idôneas”. O princípio de utilidade e o de separação entre direito e moral obrigam a considerar injustificada toda proibição da qual, previsivelmente, não derive a almejada eficácia intimidatória, em razão dos profundos motivos - individuais, econômicos ou sociais - de sua violação; e isso à margem do que se pense sobre a moralidade e, inclusive, sobre a lesividade da ação proibida. Pense-se, por exemplo, no aborto, no adultério, no concubinato, na mendicância, na fuga de presos ou na toxicod dependência: sua proibição é inútil à medida que se demonstre que está vocacionada a não surtir efeito. Uma demonstração deste caráter requer uma nem sempre facilmente realizável comparação empírica entre os resultados lesivos constatados na presença e na ausência da sua qualificação como delitos. Por exemplo, na Itália, o número de abortos realizados antes e depois da descriminalização do aborto; ou, inversamente, o número de toxicod dependências antes e depois da lei que as criminalizou. Está claro que, se a quantidade de fatos não penalizados não supera de forma relevante a dos penalizados, a introdução ou a conservação da sua proibição penal não responde a uma finalidade tutelar de bens que, aliás, resultam posteriormente atacados pela clandestinidade de suas lesões, mas, tão somente, a uma mera afirmação simbólica de “valores morais”, oposta à função protetora do direito penal (FERRAJOLI, 2002 p. 379).

É com base neste princípio que limita a atuação penal a casos extremos, que surgem movimentos que buscam minimizar os impactos do sistema penal, através de uma gradual redução de seu tamanho. Na busca de uma efetivação do princípio da intervenção mínima, é que surgem correntes como a abolicionista e a minimalista que visam reduzir ou até extinguir a atuação penal do estado em virtude das grandes consequências danosas que este ramo do direito pode trazer à sociedade.

As correntes abolicionistas e minimalistas congregam autores que, tendo como pressuposto o avanço do etiquetamento, comungam de táticas para limitar o uso do sistema penal e substituir gradualmente as instituições carcerárias. Mathiesen, por exemplo a partir da criação da Organização Norueguesa Anti-Carcerária (KROM), procurou criar condições para a revolução permanente e sem limites, fomentando pequenas reformas de curto prazo nas instituições punitivas (CARVALHO, 2013 p.189).

Mathiesen, assim como os defensores de teses minimalistas defende uma minimização penal, mas ainda aceita possibilidades de encarceramento, mas argumenta que deve haver meios de diminuir a neces-

sidade de intervenção penal, que seriam:

(a) o direcionamento das políticas sociais aos sujeitos vulneráveis (b) a descriminalização das drogas. Ao partir do pressuposto de que grande parte da população carcerária é composta por pessoas que praticam crimes contra o patrimônio, a ação positiva do Estado no incremento das condições de emprego e diminuição da pobreza reduziria drasticamente a necessidade de se optar pelo modelo repressivo. No que diz respeito ao processo de descriminalização das drogas, sustenta que esta política atingiria o epicentro do crime organizado “neutralizando o mercado ilegal e reduzindo drasticamente a quantidade de crimes” (CARVALHO, 2013 p. 190 e 191).

Por ser uma necessária reformulação das políticas criminais a descriminalização de condutas relacionadas aos entorpecentes, seriam importantes mecanismos para concretizar os ideais garantistas e minimalistas e um importante passo para uma gradual substituição do modelo repressivo, atualmente responsável pelo caos carcerário que vive o país, e como norte deste processo está a devida efetivação do princípio da intervenção mínima. Logo deixar a cargo de outros ramos do direito a regulação destas condutas, em virtude da maior aptidão a resolver tal questão, bem como, do menor dano causado aos envolvidos, é a melhor opção e a que mais se coaduna com os princípios penais, em especial o princípio da intervenção mínima.

Finalmente, uma política penal de tutela de bens tem justificação e credibilidade somente quando é subsidiária de uma política extra-penal de proteção dos mesmos bens. Os resultados lesivos provenientes pelo direito penal podem ser evitados, e, em muitos casos, mais eficazmente, por meio de medidas protetoras de natureza administrativa (FERRAJOLI, 2002 p. 379).

Desta forma, resta claro a violação a tal princípio, bem como aos demais que passaremos a análise adiante, a existência de crimes relacionados ao consumo e distribuição de drogas, haja vista que, apesar da possibilidade do consumo destas substâncias está diretamente relacionado a algumas complicações de saúde, sabe-se que tais danos são bem menores do que aqueles causados pelo sistema penal na vida das pessoas criminalizadas.

## 5. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

A Constituição Federal consagra o princípio do respeito a intimidade e a vida privada no artigo 5º, X corolário do princípio da lesividade penal, este, por sua vez, é um dos nortes reitores da dogmática garantista.

Durante boa parte da história da humanidade, as práticas punitivas careciam de uma diferenciação entre as leis e a moral que só ocorreu com o iluminismo. Durante muitos anos punia-se não apenas condutas que causavam danos à sociedade, mas também, e talvez até mais, condutas que eram apenas manifestações da própria individualidade pessoal de cada um ou mesmo condutas tidas para a moral média da época como desviadas.

Esta união entre direito e moral começou a ruir com a filosofia iluminista que critica a intervenção estatal no âmbito da vida íntima e privada do cidadão, sem que esta intervenção seja justificável por algum perigo à sociedade. “O período iluminista veio romper com a chamada secularização, ou seja, houve a separação entre direito e moral. Nem tudo aquilo que fosse considerado imoral poderia ser considerado também contrário e proibido pelo Direito” (GRECO, 2009 p. 77).

Sendo uma importante transformação, esta separação irá ditar e restringir a atuação estatal alcançando os vários ramos jurídicos. No Direito Penal este processo faz surgir um importante princípio, o da

alteridade, assim, segundo este, o Estado não pode punir condutas que não excedam o âmbito do próprio autor, não causando desta forma danos a terceiros. Se inter-relaciona bem com o princípio da intervenção mínima, posto que serão utilizados em conjunto quando analisa-se se uma determinada prática deve ser criminalizada, servindo com duplo filtro da intervenção legislativa penal. Sobre esta relação entre os dois princípios Greco:

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como duas faces da mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade no esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal (GRECCO, 2010 p. 50).

Segundo a lição de Ferrajoli, Carvalho argumenta sobre a aplicação do princípio da lesividade:

Determina que somente podem ser considerados bens jurídicos relevantes aqueles empiricamente identificáveis, notadamente os de titularidade de pessoas de carne e osso. Do contrário, as normas penais seriam injustificáveis, pois típicas de leis penais autoritárias ou de emergências identificadas, p. ex., com a tutela da personalidade do Estado. Ferrajoli sustenta que, na medida em que o estado, nos ordenamentos democráticos, não constitui bem ou valor em si mesmo, incriminação de condutas de natureza intangível são privadas de objeto e, portanto isentas de significado. No mesmo sentido ações deflagradas contra si mesmo ou não lesivas a terceiros “como a prostituição, os atos considerados ‘contra a natureza’ a tentativa de suicídio, e em geral os atos contra si mesmo, da embriaguez ao uso pessoal de entorpecentes (CARVALHO, 2013 p.263).

Tendo sido explicitado o princípio em questão, resta confrontá-lo com a proibição de condutas relacionadas ao consumo de substâncias entorpecentes.

A primeira delas que a muito vem sendo criticada pela doutrina a luz deste princípio é a de consumo de entorpecentes, restrição feita pelo artigo 28 da lei nº 11.343/2006, que em seu caput preceitua: “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”.

A finalidade do consumo pessoal por si não causa possível dano a outrem, sendo um caso de que na pior das hipóteses, mesmo considerando que o consumo realmente cause danos, estes danos estariam restritos a pessoa do usuário, restando esta proibição em total desacordo com o princípio em tela. Há muito a doutrina **vêm** se posicionando de forma crítica a criminalização da conduta de porte de entorpecentes para cultivo próprio

O consumidor de quaisquer substâncias consideradas drogas tóxicas, estupefacientes ou psicotrópicas, está atuando em faceta de sua liberdade com relação à disposição de sua própria saúde de forma autônoma, ainda quando esta sofra menoscabo pelo prazer do consumo de narcóticos. Atendendo a esta perspectiva individual, a criação de barreiras punitivas por parte do estado, que determinem uma obstacularização a este direito de consumo, se apresenta como uma intolerável ingerência que se concretiza numa vulneração de um dos fundamentos da natureza política e da paz social: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, concreção da dignidade humana (JIMÉNEZ *apud* GRECO, 2009 p. 80).

Logo, fica clara a violação à alteridade quando o Estado criminaliza condutas de consumo de entorpecentes ou posse para o consumo, atuando de forma a violar a autodeterminação pessoal do indivíduo em uma interferência ilegítima e desarrazoada na vida do cidadão, contrariando os primados do moderno conceito de Direito Penal.

O principal postulado do Direito Penal moderno, que funda os modelos de direito penal do fato, é

a radical separação entre o direito e a moral, reforçando que a pena não pode servir para reforçar ou impor determinados padrões de comportamentos. a assunção do pluralismo cultural, portanto, é a máxima fundante do Estado Democrático de Direito. Neste quadro os princípios da lesividade, intimidade e vida privada instrumentalizam a máxima secularizadora, visto que somente podem ser proibidas condutas que ofendam ou coloquem em perigo (concreto) bens jurídicos de terceiros. Exclui-se, pois qualquer legitimidade criminalizadora contra atos auto-lesivos, condutas que não violam ou arriscam bens jurídicos de terceiros, condições ou opções individuais (ideológicas, políticas, religiosas, sexuais, entre outras) (CARVALHO, 2013 p. 26).

## 6. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Embora muitos tentem traçar a origem deste princípio ao longo da história da humanidade, é com o período iluminista em que ele ganha destaque e relevo. “Os séculos XVII e XVIII foram de fundamental importância não somente ao efetivo reconhecimento, como para a consolidação da dignidade da pessoa humana como um valor a ser respeitado por todos” (GRECO, 2009 p.55).

Este princípio é um dos nortes normativos no nosso sistema jurídico, pois consubstancia-se mais do que um direito fundamental que o cidadão tem de ver sua dignidade respeitada, sendo também um fundamento da república onde todos as outras normas devem buscar sua validade.

Por ser um conceito aberto, é difícil conceituá-lo com precisão, dado sua natureza altamente abstrata, tendo-se bem mais sorte em identificar na prática, quando houve ou não um caso de violação à dignidade humana. Entretanto, apesar da dificuldade teórica muitos pensadores se inclinam a tentar formular um conceito de dignidade humana condizente com as necessidades jurídicas de proteção aos direitos humanos. Assim, Ingo Wolfgang Sarlet (*apud* GRECCO, 2009 p.57) através da condensação de alguns pensamentos utilizados para a definição de dignidade humana, afirma:

A qualidade intrínseca e distintiva de 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 venha a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de proporcionar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

O reconhecimento do valor da dignidade da pessoa humana como um postulado teórico e filosófico essencial para o desenvolvimento humano, abriu caminho para que dos tratados jus filosóficos, tal princípio acabe se incorporando aos mais diversos textos legais ressaltando assim a grande amplitude normativa que a dignidade humana iria adquirir nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Este processo de incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana ganha destaque com a fase pós-positivista do direito, na qual nos encontramos em que as cartas magnas começaram a incorporar a dignidade humana aos seus textos, pondo-a em um lugar de destaque como ápice da pirâmide normativa sendo um princípio reitor de muitos outros.

Sobre esta posição de destaque que o princípio da dignidade humana ocupa no Direito pátrio, Greco (2009, p.59) se posiciona da seguinte forma:

Como princípio constitucional, a dignidade da pessoa humana deverá ser entendida como norma de hierarquia superior, destinada a orientar todo o sistema no que diz respeito a criação legislativa, bem como aferir a validade das normas que lhe são inferiores. Assim por exemplo o legislador

infraconstitucional estaria proibido de criar tipos penais incriminadores que atentassem contra a dignidade da pessoa humana, ficando proibida a cominação de penas cruéis, ou de natureza afilitiva, a exemplo dos açoites.

Sobre a violação expressa à dignidade humana contida no artigo 28 da atual lei de tóxicos:

No entanto, os princípios da dignidade e da pluralidade desenham limites ao uso do direito penal como instrumento de controle social ou de promoção de valores funcionais. Sendo essa a faceta mais grave e violenta da manifestação estatal, sua incidência se restringe à punição de comportamentos que violem esta liberdade de autodeterminação do indivíduo, que maculem este espaço de criação do modo de vida. A definição do espaço de legitimidade do direito penal exige do intérprete da Constituição o reconhecimento de que comportamentos praticados dentro do espaço de autodeterminação do indivíduo, sem repercussão para terceiros – ou seja, que não afetem a dignidade de outros membros do corpo social –, não têm relevância penal. Com base nessa assertiva, são estranhos ao direito penal comportamentos religiosos, sexuais, ideológicos, ínsitos à liberdade individual, que possam ser praticados com reciprocidade, ou seja, cujo exercício mútuo seja possível por todos os demais membros da sociedade. Em suma, que não afetem a autodeterminação de outros componentes do corpo social (BOTTINI, 2015, p.16).

Logo, em decorrência do seu papel constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana tem o condão de afastar a atuação do poder público que contrarie tal princípio seja ela administrativa, jurisdicional ou até mesmo legislativa, haja vista não poder uma norma infraconstitucional está em dissonância com o texto magno.

A marginalização gerada pelo proibicionismo a vários segmentos sociais, a exemplo dos usuários, demonstra a necessidade de se rever a políticaproibicionista que longe de evitar os males advindos da repressão as drogas gerou maiores danos do que o consumo em si. A marginalização que o usuário sofre ao se submeter ao controle social advindo do direito penal, bem como a possibilidade de encarceramento advindo da criminalização da posse para consumo compartilhado, bem como do fato da lei incriminar aquele que fornece gratuitamente uma substância proscrita pela legislação com o mesmo tipo penal que pune o traficante que se envolve em organizações criminosasviolentas evidencia a grande violação a tal princípio. No que tange especificamente ao artigo 28 objeto de análise deste estudo, resta clara a violação do princípio da dignidade da pessoa humana ao ampliar o processo de marginalização (junkyzação) que o usuário sofre ao ser criminalizado.

## 7. CONCLUSÃO

A questão da proibição das drogas gera vários efeitos danosos a sociedade, com destaque a marginalização dos usuários, que entram num ciclo de clandestinização proporcionado pelo proibicionismo que o faz ter de recorrer a um mercado ilegal para o consumo de determinadas substâncias

Constatando-se os efeitos danosos do proibicionismo, surge a necessidade de reformulação desta política e o fundamento apresentado para esta reformulação é o garantismo penal, que através dos princípios penais, visa reconciliar o direito penal com a dignidade humana. Assim, analisando a proibição do consumo frente a tais princípios, que são reguladores do poder punitivo do estado, resta por ilegítima esta proibição por afrontar de modo incisivo vários destes nortes normativos.

Neste contexto, os princípios da dignidade humana, da intervenção mínima, da alteridade são frontalmente violados frente ao proibicionismo, que se mostra como uma restrição desproporcional e desne-

cessária, devendo desta forma ser repensada.

Diante dos ditames garantistas e de um direito penal racional justifica-se por óbvio a descriminalização do consumo dos entorpecentes para desta forma concretizar os ideais humanos básicos. Ao buscarmos a dogmática garantista como instrumento de descriminalização da posse para o consumo

Conclui-se ao término da pesquisa que a descriminalização do consumo vem como uma alternativa a evitar os efeitos danosos advindos da criminalização das drogas em relação ao usuário, qual seja a marginalização dos usuários, de modo a realizar plenamente o ideal garantista. Espera-se que seja este o entendimento do STF quando do julgamento do Recurso Extraordinário 635659, pois é a leitura mais condizente com os preceitos democráticos e com os ideais máximos da nossa Carta Magna, conforme analisado ao longo do texto sob uma leitura garantista do artigo 28 da atual Lei de Drogas. Tal tema abre também os olhos para outros temas conexos e que tal raciocínio pode ser estendido a casos semelhantes onde seja gritante a contradição entre a opção política criminalizadora e os ideais humanitários contidos na CF. Tais temas conexos merecem estudos separados, mas guardam grande similitude com o que foi desenvolvido neste artigo. Um exemplo que demanda estudos sobre a compatibilidade constitucional e a criminalização e que muitos dos raciocínios utilizados aqui podem servir de base para uma análise, é o crime de consumo compartilhado previsto no § 3 do artigo 33.

Assim, para a efetivação de uma política criminal condizente com os ideais humanitários e garantistas é necessário a descriminalização do consumo de entorpecentes de forma a evitar os males aos usuários advindos do proibicionismo e de repressão.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Construção e identidade da dogmática penal: do garantismo prometido ao garantismo prisioneiro**. Estudos Jurídicos e Políticos, v. 29, n. 57, p. 237-260, 2010.

\_\_\_\_\_. **Flagranda ambiguidade da dogmática penal com a lupa criminológica: que garantismo é possível do compasso criminologia-penalismo crítico?**. Estudos Jurídicos e Políticos, v. 30, n. 59, p. 161-192, 2009.

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

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Porte de drogas para uso próprio e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Viva Rio, 2015.

BECKER, Howard S. **Outsiders**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BETTIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao direito**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, **lei nº 11.343/2006**. 23 de agosto de 2006. Senado: Brasília.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635659**. Decisão de repercussão

geral. Relator: Gilmar Mendes, 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565>. Acesso em: 03 de julho de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 635659**. Voto do relator. Relator: Gilmar Mendes, 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 03 de julho de 2015.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no brasil: estudo criminológico e dogmático**. 6 ed. São Paulo: Saraiva 2013.

\_\_\_\_\_. **Aplicação da pena e garantismo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2002.

\_\_\_\_\_. **Anti-manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009.

\_\_\_\_\_, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

\_\_\_\_\_, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Impetus, 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão : teoria do garantismo penal**. São Paulo : Editora Revistas dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: FERRAJOLI, Luigi (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

GORFFMAN, Ervin. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

OLIVEIRA, Lucas Lopes. O proibicionismo e a questão do consumo como elemento cultural: a ineficácia da adoção da lógica simplista em termos de políticas de drogas. **REDES-Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 2, n. 2, p. p. 51-66, 2015.

OLIVEIRA, Lucas Lopes. **Do preconceito a legalidade: confrontando a política proibicionista da cannabis sativa frente aos direitos humanos**. 2014. 74 f. Monografia (Bacharelado em Direito) Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal de Campina Grande, Sousa-PB.

OLMO, Rosa del. **Las Drogas y sus Discursos**. In: **Direito Criminal (05)** PIERANGELI, José Erique (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

RODRIGUES, Thiago. **Trafico, guerra e proibição**. In: LABATE, Beatriz Caiuby e outros. **Drogas e cultura: novas perspectivas**. BA. EDUFABA, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1984.

VENÂNCIO, Renato Pinto; e CARNEIRO, Henrique (Org.). **Álcool e drogas na história do Brasil**. São

Paulo, Belo Horizonte, Alameda/Editora PUC-MG, 2005.

WELZEL, Hans. **A dogmática no direito penal**. Trad. Yolanda Catão. Revista de Direito Penal . São Paulo, n.13/14, p. 7-12, 1974.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal alemán**. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. **Chile: Jurídica de Chile, 1987.**