XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

FELIX ARAUJO NETO

RENATA ALMEIDA DA COSTA

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929
Criminologias e política criminal II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felix Araujo Neto, Renata Almeida Da Costa – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-292-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Criminologias. 3. Política Criminal. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL II

Apresentação

Em dezembro de 2016 foi realizado em Curitiba, capital do estado do Paraná, o XXV Congresso do CONPEDI. Envoltos pela temática "CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito", os quase dois mil participantes submeteram seus trabalhos para mais de cinquenta grupos especializados. Dentre esses, a linha da Criminologia e da Política Criminal recebeu farta contribuição e, por isso, três foram os grupos de trabalho com essa denominação.

A nós, orgulhosamente, coube a tarefa de recepcionar textos e participantes; conduzir a apresentação dos trabalhos na tarde úmida do dia 09/12/16 e, ao final, resumir neste formato de apresentação a riqueza do que se está a produzir cientificamente em estudos de pós-graduação no Brasil.

Assim, na sala destinada ao GT intitulado "Criminologias e Política Criminal II", foram apresentados e debatidos dezenove trabalhos. Nenhuma ausência ou abstenção se fez. E, em que pese a temática do desenvolvimento sustentável, foi a "cidadania" e "o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito" os tópicos marcantes do grupo.

Afinal, como se percebe, lugar especial têm encontrado as discussões sobre gênero na área da Criminologia - três foram os artigos sobre o assunto – e, dos dezenove trabalhos submetidos ao grupo, quinze tiveram mulheres como autoras ou coautoras. Ao mesmo tempo, deu-se destaque à gestão do poder e ilícitos do "colarinho branco" ou os crimes praticados contra a administração pública também têm ocupado as atenções de nossos pesquisadores.

De qualquer sorte, o tônus questionador e a abordagem crítica sobre a produção e a aplicação do Direito Penal em território nacional estiveram presentes em todos os debates e fazem-se notar nos artigos que aqui são veiculados. Nesse sentido, são os trabalhos "(In) admissibilidade de provas ilícitas no processo penal: um estudo sob a perspectiva do princípio da proporcionalidade", de Dalvaney Aparecida de Araújo e Junio Cesar Doroteu; "A invisibilidade social dos adolescentes brasileiros e sua infuência na criminalidade", de Liziane da Silva Rodriguez e Gabriela Ferreira Dutra; "A criminologia crítica, o direito penal mínimo e a Lei 11.343/2006 em uma visão atual e garantista", de Vladia Maria de Moura Soares e de Rodrigo Antunes Ricci; "Uma guerra contra a corrupção: da Lava Jato às dez medidas contra a corrupção do Ministério Público Federal", de Taina Ferreira e Ferreira;

“Perdoados por uso e tráfico de entorpecentes – primeiras reflexões sobre a utilização da remissão no Juizado da Infância e Juventude de Recife/PE”, de Vitória Caetano Dreyer Dinu; “Reflexos da política criminal punitiva e encarceradora brasileira: um estudo da vergonhosa situação dos presidiários e do enorme custo social e econômico do encarceramento.”, de Clayton Moreira de Castro; “Política criminal de drogas: o papel da Defensoria Pública e a seletividade penal”, de, de Paulo Thiago Fernandes Dias e de Sara Alacoque Guerra; “Sociedade estamental: o crime e os donos do poder”, de Patricia Manente Melhem e de Rudy Heitor Rosas; “Feminismo e criminologia crítica: uma interseção necessária”, de Twig Santos Lopes; “Gênero e pensamento criminológico: perspectivas a partir de uma epistemologia feminista”, de Cassius Guimaraes Chai e de Kennya Regyna Mesquita Passos; “Vitimização ambiental: processo de visibilização e consolidação de uma epistemologia emergente”; de Mariangela Matarazzo Fanfa Colognese e de Karla Cristine Reginato; "Autos de resistência" como instrumento legitimador da política de extermínio do ´inimigo´”, de Larissa Leilane Fontes de Lima e de Igor Frederico Fontes de Lima; “A cultura da punição nos sistemas penais Brasil Argentino: considerações sobre o instituto penal da reincidência”, de Tiago Dias de Meira; “Neurodeterminismo: o neolombrosinismo científico e o perigo de um direito penal autoritário”, de Ercolis Filipe Alves Santos e de Daniela Carvalho Almeida da Costa; “Feminicídio pra quê? Uma análise dogmática e político-criminal da nova qualificadora do homicídio introduzida pela Lei 13.104/2015”, de Gisele Mendes De Carvalho e Gerson Faustino Rosa; “Ausência de eficácia dos direitos fundamentais no sistema penal e prisional brasileiro: do estado de coisas inconstitucional ao estado de desobediência civil”, de Gustavo Nascimento Tavares e de Ruan Carlos Pereira Costa; “Criminalidade e responsabilização do adolescente: uma análise sobre as medidas socioeducativas e sua execução em São Luís – MA”, de Themis Alexsandra Santos Bezerra Buna; “É possível operar no direito penal sem mobilizar uma teoria do valor ou do capital humano? O enfrentamento crítico criminológico”, de Yuri Ygor Serra Teixeira; “O capitalismo do espetáculo e o processo de desregulamentação: anomia constitucional e o mal estar do sistema penal”, de Francis Rafael Mousquer e de José Francisco Dias Da Costa Lyra.

A metodologia empírica – tão caracterizadora da Criminologia como ciência – também se fez marcar em alguns dos trabalhos e, publicamente, foi elogiada e destacada. Cremos ser este, também, o caminho para a produção do conhecimento, especialmente quando dados novos são trazidos à luz, revelando realidades locais e estratégias de controle punitivos globais.

Fazemos votos de que os textos aqui apresentados sejam lidos, assimilados e criticados. Mais do que isso. Que os artigos contribuam para novas pesquisas e para o verdadeiro desenvolvimento do papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito em nosso país. Boa leitura!

Prof. Dr. Felix Araújo Neto - UEPB

Profa. Dra. Renata Almeida da Costa - UNILASALLE

A CRIMINOLOGIA CRÍTICA, O DIREITO PENAL MÍNIMO E A LEI 11.343/2006 EM UMA VISÃO ATUAL E GARANTISTA

A CRITICAL CRIMINOLOGY , CRIMINAL LAW AND LEAST THE LAW 11.343 / 2006 ON A CURRENT VISION AND GARANTIST

Vladia Maria de Moura Soares [1]
Rodrigo Antunes Ricci [2]

Resumo

Trata-se de um panorama comparativo entre as novas tendências trazidas pela Lei n. 11.343 /06 e a antiga Lei 6.368/76, no tocante a caracterização e tratamento do usuário de drogas no âmbito jurídico brasileiro, com análises jurisprudenciais do processo evolutivo e diferencial dos usuários e dependentes.. Por fim, com base na tendência da criminologia crítica, analisa-se o perfil criminológico dos usuários de drogas, a possível descriminalização do uso dessas substâncias, e a reação de diversos grupos sociais propiciada pelas decisões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal a respeito do tema.

Palavras-chave: Criminologia. lei de drogas, Direito penal, Usuários de drogas, Dependentes químicos

Abstract/Resumen/Résumé

This is a comparative overview between the new trends introduced by the Law 11.343/06 and the previous Law 6.368/76, regarding the characterization and treatment of drug users in the Brazilian legal framework, with jurisprudential analysis of the evolutionary process and the difference between drug users and addicts. At last, based on the trends of critical criminology, there's an analysis of the criminological profile of drug users, the possible decriminalization of the use of substances and the reaction of multiples social groups made possible by the decisions taken by the Supreme Court on the subject.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminology, Drug law, Criminal law, Drug users, Chemical dependents

---

[1] Doutora

[2] Mestre

INTRODUÇÃO

Em nosso ordenamento jurídico pátrio, tem-se que o direito material, processual e a própria Lei de Execuções Penais constituem uma unidade na qual, associados harmonicamente em ditames coerentes e amparados ordenadamente pelos princípios constitucionais, sintetizam a tríade sistemática para a correta prática penal, bem como para a formalização de teorias e enunciados materiais de aplicabilidade jurisprudencial e formadora de parâmetros sociais, sendo que, nesse prisma dialógico, deve-se aplicá-lo como *ultima ratio* ou, ao menos, fomentar a ideia da intervenção mínima do Estado para utilização desse ramo tão glorioso como resposta às exigências sociais de nossa contemporaneidade.

A partir do mês de outubro de 2006, passa-se a vigorar em nosso ordenamento jurídico a nova Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006, de 23 de agosto de 2006). Diploma que extinguiu a pena de prisão para os denominados usuários de drogas. Ocorre que, apesar da inovação trazida, todo o processamento e procedimento continuaram idênticos ao da legislação anterior e, da mesma forma, as iniciativas e implementações das políticas criminais a esses usuários ainda se mantém vagarosa e, em alguns casos, ineficiente. Sabe-se que o indivíduo que é flagrado utilizando drogas, após ser submetido à assinatura do termo circunstanciado, também poderá ser advertido verbalmente, prestar serviços à comunidade, sofrer medidas educativas de comparecimento a cursos educativos ou programas específicos, como também ser multado.

O principal fator de destaque dessa mudança na contraprestação na qual o usuário é submetido, sem sombra de dúvidas está relacionado ao fim da pena de prisão e o direcionamento para a descriminalização do uso de drogas. Essa mudança está intimamente ligada à utilização de uma política criminal eficiente entre o sistema carcerário e a situação humanista dos usuários. Nesse sentido, outra característica que tem se notado com essa nova prática é o deslocamento da condução desse contingente da esfera judicial para esferas extraoficiais, e são nessas esferas que os significados sociais, discursos e políticas criminais sobre o uso das drogas, da destinação e do manejo da situação dos indivíduos, dos estabelecimentos e métodos terapêuticos utilizados, refletem no sistema penal brasileiro para a elaboração de políticas descriminalizadoras e leis com focos mais específicos nessa problemática dos usuários de drogas.

No presente trabalho, busca-se listar um panorama criminológico das penas utilizadas em nosso sistema jurídico, bem como desenvolver um raciocínio acerca do caráter ressocializador dessas medidas. Da mesma forma, demonstra-se um panorama evolutivo

acerca do sistema penitenciário global e do sistema brasileiro, alargando a ideia de que as penas alternativas podem ser utilizadas como um escape para a degeneração humana que o cárcere provoca nos indivíduos insertos naquele meio degradante. Nesse panorama, busca-se a demonstração de que os princípios constitucionalmente previstos, como também os inúmeros outros presentes tanto no ordenamento jurídico, quanto os aspirados de Tratados Internacionais, servem como baldrame para a elaboração das políticas criminais, das formas de tratamento e manutenção dos sujeitos insertos nos inúmeros cotidianos.

Para tanto, a metodologia a ser aplicada baseia-se, efetivamente, na pesquisa bibliográfica. Utiliza-se de estudos elaborados por doutrinadores de renome nacional e internacional e busca-se, pela análise criminológica crítica, amadurecer o discurso da descriminalização, que ainda se mantém tímido, no tocante aos usuários de drogas, baseando--se, para tanto, no processo evolutivo das decisões jurisprudenciais dos tribunais superiores pátrios para demonstrar, juntamente com as reportagens e casos de repercussão nacional que o desenvolvimento do presente trabalho porta-se com olhar crítico sobre o direito penal e o sistema de Justiça Criminal. Necessariamente não apresentando uma solução definitiva para a situação dos usuários, mas hipóteses argumentativas para que a descriminalização do crime de uso de drogas possua um constante e significativo processamento nos futuros casos em concreto.

1 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA, O DIREITO PENAL MÍNIMO E O GARANTISMO EM NOSSO CONTEXTO ATUAL

1.1 ANÁLISE SUCINTA DA CRIMINOLOGIA

As novas tendências acendidas pela Lei n. 11.343/2006 propiciam o estudo das ciências criminológicas impulsionando um panorama conceitual moderno de Criminologia. Sua fundamentação baseia-se na concepção científica condicionada pela determinação dos objetos, enquanto seus limites englobam o crime, o delinquente, a vítima e toda desenvoltura micro e macro estrutural de atuação do controle social.

Denota-se que pelas diversas opiniões de seus difusores, a criminologia pode ser dividida em diversas classes: científica, aplicada, acadêmica, analítica e clínica (José Ingenieros, Luis Jiménez, Alvino Augusto de Sá) (FERNANDES; FERNANDES, 1995, p.20

). O posicionamento de que se trata de uma constelação criminológica, da qual fazem parte todas as ciências que se ocupam do crime, poderá ser utilizada para a definição ampla do que vem a ser a Criminologia. Pode-se conceituá-la como: a disciplina científica que tem como objeto de estudo os fatores do delito, as condutas e comportamentos denominados 'desviados' entre o delinquente e sua vítima, bem como a repercussão no âmbito social.

No prisma estrutural, a Criminologia pode ser explanada como disciplina empírica que tem como base a observação dos fatos sociais, realizando uma interdisciplinaridade com outras ciências, tais como a biologia criminal (antropologia e psicologia criminal), sociologia, política e psicopatologia.

A importância dessa conexão entre as diversas disciplinas tem o escopo na perspectiva de análise naturalista, uma vez que toda ação humana em âmbito corpóreo e psíquico acarreta o desenvolvimento de condutas, instrumentalizando o comportamento social, modificando a sociedade e diferenciando valores entre os entes envolvidos.

A Criminologia, inicialmente, buscava explicar a origem da delinquência, porém adquiriu autonomia com a generalização do positivismo. A especulação foi substituída pela análise, observação e indução e seu objetivo foi modificado para o delito. Conforme leciona Rafael Garófalo, busca-se encontrar o “delito natural”, focando os estudos na descrição científica da criminalidade, do delito e da pena (GARÓFALO, 1885, p. 30).

Ressalta-se que o estudo da Criminologia busca a descrição do feito criminal, denominado fenomenologia criminal. Os fatores que os produzem, a influência da personalidade do agente e da vítima e, em alguns casos, os comportamentos desta, que poderão acarretar a configuração do crime. Observa-se, contudo, que houve uma aplicação em seu objeto de estudo: enquanto as investigações tradicionais fomentavam de forma exclusiva sobre a pessoa do criminoso e sobre o delito, o atual posicionamento acrescenta a pessoa da vítima e os controles sociais do delito.

Conclui-se que para a Criminologia, o delito é um problema comunitário, pois surge no âmbito social e a partir daí serão desenvolvidas fórmulas e soluções nos diversos âmbitos estruturais dessa sociedade.

1.2 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Para a formulação de programas de política criminal nos núcleos sociais contemporâneos, o discurso intelectual deve se fundar nas verdadeiras funções de justiça criminal, buscando, por meio de uma ciência social, de modo geral, os cuidados com a criminalidade.

Destaca-se que a Criminologia Crítica pode ser conceituada como

> [...] a ciência dialética alternativa de explicação do crime e do comportamento criminoso, cujos programas de política criminal propõem um direito penal mínimo, orientado pela ideia de abolição do sistema penal, como objetivo estratégico final (BARATTA, ANO1998 apud SANTOS, 2007, p. 695).

O marco histórico para o discurso crítico é o estudo desenvolvido na obra *Vigiar e Punir*, de Foucault (1987), na qual o autor apresenta as diversas funções de aplicação do sistema carcerário e de toda a estrutura criminal. Demonstra, historicamente, que as funções declaradas de prevenção criminológica e posterior ressocialização dos presidiários são verdadeiros fracassos, enquanto que em sua função real a prisão consumiu seu objetivo, constituindo um verdadeiro abismo social para instituir a criminalidade às massas excluídas.

Pela análise do contexto social brasileiro, denota-se que a atual política penal é totalmente repressiva. Ela garante a desigualdade das relações sociais através da denominada "violência estrutural", claramente presente na marginalização dos grupos sociais, do alto índice de desemprego, dos baixos salários, deficiência de moradias, ensino e infraestrutura (BARATTA , ANO1998, p.30 apud SANTOS, 2007, p. 701).

Com base em toda estigmatização penal, observa-se uma ineficiente uniformidade na escolha protetiva dos bens jurídicos e uma consequente repressão seletiva. Da mesma forma que o objetivo principal da reprimenda ao agente, com a utilização do cárcere, sofre uma transmutação: formam-se verdadeiras *faculdades do crime*. Dentro do sistema penitenciário o discurso crítico é enfático em ressaltar a inutilidade da prisão como instrumento de reintegração social.

O discurso crítico apresentado por Juarez Cirino dos Santos (2007) é corroborado por todos os princípios políticos e jurídicos do Direito Penal mínimo. Apresenta como principais diretrizes: um programa funcional de descriminalização para todos os titulares das ações penais, utilizando-se do princípio da insignificância no caso de injustos mínimos; a

inaplicabilidade do direito penal nos casos de crimes sem vítimas ou da inutilização do cárcere quando existentes soluções restitutivas ou indenizatórias; da própria violação ao princípio da proporcionalidade concreta da pena, já que a punição funciona como mero agravante das desigualdades sociais já existentes; a substituição pelas esferas administrativas e civis no caso do uso indiscriminado do poder penal punitivo para o cumprimento de obrigações tributárias, societárias e ecológicas.

Ressalta-se, também, que a despenalização de forma radical, deve ser estruturada na extinção do sistema de penas mínimas, já que estas não podem ser utilizadas para constituir a culpabilidade de cada indivíduo. Da mesma forma, reduzir as penas máximas de todos os tipos legais, para permitir a redefinição das hipóteses de substituição e extinção penal. Como também a ampliação e priorização de institutos e medidas, tais como a prescrição penal, a analogia *in bonam partem*, transação penal, restituição das coisas e ressarcimento dos danos. Por fim, a despenalização dos crimes hediondos, tendo em vista que a lei deve focar os conflitos sociais na definição de valores fundamentais no âmbito de todas as classes sociais e não de uma minoria social organizada.

Nessa toada, observa-se o ressurgimento de concepções políticas democráticas que surgiram na Europa em oposição ao totalitarismo vivido pelos indivíduos. O pensamento democrático parte da concepção do indivíduo como pessoa, elemento que é a essência do homem e função de qualificação moral desses sujeitos. Desse modo, entende-se que o direito baseado necessariamente no interesse acaba pendendo para o totalitarismo.

1.3. DIREITO PENAL MÍNIMO E O GARANTISMO CRIMINAL

O fator chave elencado pelos autores contemporâneos, refere-se à nova tendência dos sistemas de direito e responsabilidade penal. Parte-se da base de um dos polos extremos de estudo da disciplina: o Direito Penal Mínimo. Trata-se da aplicabilidade do modelo garantista nos limites e proibições de tratados, tais como as garantias do cidadão contra o Estado arbitrário.

Observa-se que diversas garantias já estão incorporadas no sistema jurídico penal brasileiro e afrontam um controle absoluto e totalitário do Estado, tais como: a impossibilidade da imposição de pena e punição sem a devida previsão legal, a real

necessidade da punição e proibição de delitos, imputabilidade e culpabilidade dos autores de delitos, a publicidade processual e aplicação do contraditório nos julgamentos, dentre outros.

As palavras essenciais suscitadas pela disciplina são a 'racionalidade' e a 'certeza'. Luigi Ferrajoli leciona sobre a exclusão, de fato, da responsabilidade penal, em todas as circunstâncias em que sejam incertos ou indeterminados seus pressupostos (FERRAJOLI, 2002, p. 84). O Direito Penal será racional quando suas intervenções possam ser previsíveis. Tem-se como principal expoente dessa tendência o critério do *favor rei*, quando na aplicação do Direito, são valorizadas as atenuações e exclusões da responsabilidade do acusado. Exemplifica-se com os princípios da presunção de inocência, o *in dubio pro reo* e até mesmo da analogia *in bonam partem*.

O que se vê como modelo oposto ao sistema mínimo é a severidade aplicada com incerteza e imprevisibilidade nas condenações. Caracteriza-se como *sistema de poder irracional*, a utilização da inquisição processual como meio para permitir a máxima expansão da intervenção estatal, não estipulando quaisquer limites ao arbítrio punitivo. Tornam-se claras as opiniões subjetivas e são trazidos a tona os preconceitos irracionais e incontroláveis dos julgadores que optarão pela condenação e aplicabilidade mais severa das penas, utilizando, para tanto e como único critério para essa medida, uma suposta sabedoria e equidade, formalizadas na ausência de parâmetros humanísticos.

O que se tem visto na aplicação prática, inclusive em nosso ordenamento jurídico, são parâmetros opostos à racionalidade, justiça e legitimidade da intervenção punitiva defendida por esse modelo. Ferrajoli (2002) entende que devemos separar o direito e a moral para evitar "a dupla falácia, naturalista e normativa, da assunção dos fatos como valores ou, ao contrário, dos valores como fatos" (p.30), criticando, ainda, as ideologias políticas que confundem os ideais de justiça com o próprio direito e das ideologias jurídicas que confundem a efetividade com a validade.

A organização garantista redefine o conceito democrático, denominando de democracia substancial ou social o Estado de direito dotado de efetivas garantias, sejam liberais ou sociais; e democracia formal ou política, o Estado político representativo, isto é, baseado no princípio da maioria como fonte de legalidade (FERRAJOLI, 2002, p. 694). Dessa forma, tem-se que o projeto de democracia social é formado por todos os elementos do verdadeiro Estado social e democrático de direito: a valoração dos direitos dos cidadãos e os deveres do Ente na implementação fática da liberdade e o minimalismo dos poderes de repressão.

É a formula utilizada por Ferrajoli, representando o Estado liberal mínimo ao mesmo tempo em que o máximo: o direito penal mínimo na esfera penal com as diminuições das restrições da liberdade aos cidadãos e extensão das vedações legais impostas as atividades de repressão, bem como, o direito penal máximo na esfera social com expectativas materiais dos cidadãos e expansão das obrigações públicas para satisfazê-las (FERRAJOLI, 2002, p. 695).

O direito penal mínimo deve, dessa forma, ser legitimado por razões utilitárias, prevenindo reações formais ou informais contra o delito, observando que deve ser refutada a total deslegitimação do poder punitivo. Leva-se em conta a perspectiva do abolicionismo, como meio necessário para um Direito Penal mínimo que se coaduna com uma sociedade mais democrática e igualitária. Devendo, a pena ser legitimada como o mal menor e estruturada diretamente com o contexto social em âmbito geral.

2 ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DA LEI N. 11.343/2006 NO CONTEXTO ATUAL

Todos os bens, coletivos ou individuais, recebem, na medida do interesse das classes, a proteção jurídica em diversos ramos do direito. O que ocorre é que, normalmente, os bens de maior valor possuem abrigo na tutela do Direito Penal. O interesse à sua conservação não se trata de uma valoração protegida pela norma, mas a razão pela qual são criados o preceito e a sanção penal. É o momento em que o Estado intervém na tutela desses valores porque se faz necessário assegurar a vida em comum (MANTOVANI, ANO 2003, p.34 apud PRADO, 2003, p. 35).

Franz Von Liszt distingue que a razão contrária ao tratamento científico formal da norma origina-se na dimensão material do conceito científico de injusto penal e o bem tutelado constitui uma realidade válida em si mesma. A norma não vai criar o bem jurídico, mas encontrá-lo, já que o interesse na proteção almejada pelo direito trata dos interesses do homem e a existência destes precede qualquer intervenção normativa já desenvolvida (VON LISZT, ANO1885, p. apud PRADO, 2003, p. 35).

O embate entre a política criminal e o Direito Penal engloba o bem jurídico *in natura*: a criação da experiência comum na aplicação do contexto de vida em comunidade. O injusto penal se situa na conduta culpável e ilícita quando transgride qualquer norma de proteção estatal, produzindo lesão ou perigo aos interesses já consagrados pela norma protetiva do bem comum.

Em suma, os bens jurídicos nos dizeres de Klaus Roxin são

> os pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente(ROXIN, ANO 2002, p 20. apud PRADO, 2003, p. 47).

O que demonstra que o aspecto criminológico e o contexto social brasileiro influenciou decisivamente a alteração da legislação preventiva dos usuários e dependentes de drogas.

A função social da análise criminológica inclui a própria Lei de Drogas e seu caráter preventivo. Analisa-se esse papel sociológico como baliza ao direito de punir do Estado, utilizando-se do brocardo *nullum crimen sine injuria* para com a conduta do usuário. Da mesma forma, busca-se a uma forma de fuga à tipificação tradicional e, consequentemente, pelas vertentes do garantismo, a não punição da conduta do usuário, máxime em razão da ausência de perigo autêntico aos bens jurídicos protegidos.

Nesse sentido, a nova Lei de Drogas apresenta vertente criminológica social com a nova redação de seu artigo primeiro[1]. Enquanto a Lei n. 6.368/76 continha o vocábulo 'repreensão' na capitulação de seu artigo primogênito[2], a nova lei excluiu essa expressão, demonstrando claramente que a prevenção é o fator chave em sua capitulação. Demonstrando, com essa predileção, a determinação de certo padrão social no qual apresenta tratamento diferenciado entre o usuário e o traficante.

As finalidades preventivas se aplicam com relação a distinção tratada nos artigos da nova lei. Amplia-se a caracterização do agente para o dependente e o usuário. No entendimento de Sérgio de Oliveira Médici o "(...) dependente é aquele que está subordinado às substâncias entorpecentes, sujeito às drogas sob o poder dos tóxicos" (MÉDICI, ANO1999 , p.32 apud MARCÃO, 2012, p. 36) e se apresenta nitidamente sob domínio dessas substâncias. Enquanto o usuário será todo aquele que fizer o uso de produtos ou drogas que causem a dependência mencionada, contudo não estão submetidos a esse denominado 'poder da droga', possuindo completo domínio de suas vontades e atos, ressaltando ainda, que pelo caráter preventivo tanto o usuário quanto o dependente podem ser submetidos à internação e tratamento ambulatorial.

---

[1] Art. 1º da Lei 11.343/06: *Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD; prescreve 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 e define crimes* (grifo nosso).

[2] Art. 1º da Lei 6368/76: *É dever de toda pessoa física ou jurídica colaborar na prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.*

Para justificativa do caráter da Lei n. 11.343/06 cabe destacar as duas tendências abrangidas no instituto que coexistiram na Década de 90 no âmbito nacional, referentes às providências a serem tomadas sobre as drogas: a proibicionista que trava o embate contra a produção não autorizada e o tráfico ilícito; e a prevencionista que, conforme supracitada aplica-se aos dependentes e usuários, cabendo observar as políticas de reinserção social dessas duas figuras. Frise-se que a política repressiva não foi abolida de forma completa do sistema, mas somente no que se refere ao usuário, sendo mantida nos casos de produção e tráfico ilícito de drogas.

Conclui-se pela análise de Salo Carvalho que a criminalização que era trazida pela Lei antiga

> [...] apenas potencializou os efeitos colaterais à incriminação: à promessa de contra motivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e no intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população (CARVALHO, 2006, p. 156-7).

2.1 ANÁLISE DO PERFIL CRIMINOLÓGICO DO USUÁRIO DE DROGAS

Antes da caracterização do usuário e do dependente de drogas, importante ressaltar alguns aspectos legais relacionados à inimputabilidade adquirida por esses indivíduos quando da utilização de substâncias durante a prática do delito. Isso, principalmente, se o crime for praticado sob o efeito da droga e quando for realizado para aquisição desta, outro tratamento.

Deve-se ter em mente que o usuário, em grande parte dos casos, e o dependente devem ser considerados inimputáveis, não podendo ser caracterizada suas culpabilidades e, em consequência, a aplicação da pena. A Lei n. 6.368/76 já vislumbrava em seu artigo 19 o efeito fortuito ou de força maior causado pelas drogas e sua dependência, que se caracteriza pela profunda mudança de personalidade, ocasionando um estado de angústia no indivíduo em razão de sua privação para o uso das drogas.

Pela nova composição da Lei de Drogas, essa antiga previsão passou a compor, com idêntica redação, seu artigo 45 no qual isenta o agente da pena quando constatada a dependência ou esteja sob o efeito, em caso fortuito ou força maior, das substâncias, no tempo da ação ou omissão em qualquer infração penal praticada. Por motivo do indivíduo não ser inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou se determinar de acordo com tal entendimento.

Trata-se do critério biopsicológico que exige para sua configuração, três fatores: que a causa seja a dependência ou consumo involuntário da droga; o efeito que é a supressão das capacidades de autodeterminação; e o momento que devem estar presentes todas as causas que excluem a imputabilidade penal.

Aplica-se esse panorama juntamente ao artigo 45 da Lei n. 11.343/2006, quando a intoxicação for causada por consumo involuntário ou acidental da substância, o agente não poderá ser punido por qualquer sanção penal, ocorrendo sua absolvição. Do mesmo modo quando da ocorrência do caso fortuito, tornando-se insustentável a aplicação de quaisquer medidas, especialmente porque se na embriaguez fortuita o agende não sofre nenhuma consequência penal, tampouco poderia ser diferente no caso da drogadição fortuita.

Porém, no tocante ao dependente, este será absolvido impropriamente, sendo-lhe imposta Medida de Segurança, nos termos do parágrafo único do artigo em discussão e caberá ao magistrado determinar na sentença o encaminhamento para tratamento adequado.

Com relação ao aspecto criminológico, existem dois aspectos da criminalidade: a instrumental e a induzida. A primeira relaciona a prática de diversos fatos criminosos – furtos, roubos, fraudes etc. –, bem como outros comportamentos degradantes – prostituição, rufianismo –, dos quais o viciado se utiliza para pagar a droga no mercado clandestino. Já a segunda é ocasionada pelos transtornos psicóticos induzidos diretamente pelas drogas – reações de ansiedade, delírio, estados confusionais, depressivos ou agressivos – e, usualmente, acarretam na prática de delitos contra a vida, integridade física, liberdade sexual de terceiros.

Na dependência patológica, apesar do agente ser plenamente capaz de entender o caráter ilícito do crime, não consegue controlar sua ação, pois adquire um impulso invencível para continuar consumindo a droga, razão pela qual restará configurado seu ímpeto para obter qualquer forma de recurso financeiro para obtenção da substância de dependência, tornando-se literalmente um doente mental, incapaz de se autodeterminar ou comandar sua própria vontade.

Dessa forma, criminalizar o uso das drogas é colocar o usuário e o dependente destas à margem de uma sociedade hipócrita e autoritária, marginalizando-os ainda mais e caracterizando-os como criminosos, enquanto que o ideal garantista e prevencionista trazido pela legislação vigente é totalmente ignorado. O mais sensato seria a adoção de políticas de conscientização efetivas para educa-los e reinseri-los na sociedade que os estigmatizam quando insertos nesse mundo alternativo e *underground*, principalmente porque esse estigma

social não deveria ser tão diferente quando analisados à margem de comportamentos objetivamente idênticos: o consumo de bebidas alcóolicas e de cigarro.

A Política Antidrogas da nova legislação busca apagar essa cicatriz lacerante, porquanto antes da diminuição da criminalidade decorrente da utilização das substancias, os envolvidos não devem mais ser vistos como seres inferiores, já que são vítimas de uma padronização social preocupada principalmente com as condutas negativas e não com os indivíduos ali inseridos.

Esse conceito de negatividade social é desenvolvido pela criminologia crítica e tem por objeto principal a violência estrutural das relações de produção capitalistas e o desenvolvimento cultural de aversão aos marginalizados, excluindo-os ou reduzindo a satisfação das necessidades reais desse grupo, tratando como desumanas ou criminalizando as condutas do uso das drogas ou a prostituição, pouco importando com os crimes que efetivamente utilitários (SANTOS, 2008, p. 19-72).

2.2 DESCRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS

A capitulação contida no artigo 28 da Lei de Drogas coloca o seguinte questionamento: tanto em relação ao usuário quanto ao dependente de drogas houve a descriminalização, legalização ou despenalização da posse de drogas para consumo pessoal? Com base nos argumentos noticiados pelas teorias garantistas, humanistas e por parte da doutrina podemos dizer que houve a descriminalização formal do crime, isto é, a conduta deixou de ser considerada como crime, porém ainda continua sendo manejada pela doutrina penalista.

Denota-se que a posse de droga não perdeu seu conteúdo de infração, porém não pode ser considerada como crime do ponto de vista formal. Apesar dessa ausência do elemento tipificador de crime, a droga não foi legalizada. Descriminalizar significa retirar do tipo penal, algumas situações que auferem o caráter criminal à conduta e se no Brasil, legalmente o crime é a infração penal punida com a reclusão ou detenção do infrator, não há resquícios de que a posse de droga para consumo pessoal deixou de ser crime, pois nenhuma das condutas tipificadas conduz o agente à prisão.

Enquanto que a jurisprudência do Tribunal Superior pátrio é no sentido de que o artigo 28 faz parte do direito penal e deve ser visto como crime, enquanto que a nova lei sintetizou a mera despenalização do tipo, não se podendo falar na possibilidade de *abolitio criminis* ou de infração penal *sui generis*.

Essa é a grande questão elencada pela doutrina e o embate suscitado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Porquanto a doutrina foca seu entendimento no sentido de que a Lei de Drogas descriminalizou formalmente a conduta de possuir drogas para o consumo pessoal, retirando-lhe a capitulação de ser vista como crime, já que de forma alguma o agente que pratica o tipo pode ser considerado como criminoso, mas o autor de um ato ilícito, ou seja, possuidor de uma substância que não foi legalizada e, caso seja visto de forma contrária, toda a fundamentação e o intuito da nova lei caem por terra e esta adquire, novamente, o caráter punitivo ao invés do caráter prevencionista.

O ponto relevante da descriminalização formal numa interpretação político-criminal minimalista, especialmente no tocante ao consumo pessoal de drogas pelos usuários e dependentes. A conduta do usuário continua sendo penalmente punível, mas tratar o usuário como criminoso, após essa série de contextos legislativos garantistas, não parece uma linha sensata de raciocínio, especialmente porque esse direcionamento significa um grande retrocesso, especialmente em relação às políticas legislativas internacionais, tais como a lei portuguesa, espanhola, holandesa, etc.

Outro paradoxo com base no contexto e evolução legislativa quanto à caracterização como 'crime' é no sentido de que se a legislação penal considera como fato criminoso aqueles punidos com reclusão e detenção, enquanto os punidos com prisão simples ou multa são considerados como 'contravenções penais', como poderemos admitir que os fatos apenados com reprimenda inferior às contravenções sejam considerados crime? Especialmente quando este fato sequer conduz o agente ao cárcere e ainda existente as possibilidades de flexibilização das exigências materiais da tipicidade. As consequências punitivas que alcançam os usuários destoam das reprimendas dos delinquentes, porquanto caracterizar o artigo 28 como crime, é lidar com uma banalização do conceito na disciplina.

A polêmica jurídica com relação à natureza jurídica do artigo 28 ainda está em processo de ebulição, apesar da nova Lei de Drogas apresentar uma política de prevenção e de redução dos danos causados aos usuários e dependentes, a primeira do Supremo Tribunal Federal ainda mantém o posicionamento de considerar o usuário como criminoso ou 'tóxico-delinquente' (STF, Recurso Especial n. 430.105-9-RJ, relator Ministro Sepúlveda Pertence), apesar de existente a corrente descriminalizadora da Sexta Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo.

O que se tem visto no plano internacional é a descriminalização da posse de droga por pessoa adulta e para uso pessoal. A Corte Suprema argentina, bem como a colombiana tem decidido no sentido de descriminalizar a posse privada de drogas para uso pessoal, sob o

fundamento do princípio da ofensividade, isto é, não afeta bens jurídicos de terceiros. A decisão de ambas as Cortes segue uma tendência mundial que prepondera na América Latina – Peru, Costa Rica, etc. O México também descriminalizou legislativamente a posse de drogas para uso pessoal desde que não exceda o limite de 500 miligramas de cocaína ou 5 gramas de maconha.

Basta observar o contexto internacional para notar que as drogas, analisadas como problema, é um tema que exige uma abordagem tanto estrutural quanto sócio-política, no intuito de evitar interpretações tradicionais e concepções moralistas ou limitadas ao caráter ilegal dessas substâncias. É nesse sentido que as drogas aceitáveis em nosso contexto social: o álcool, o tabaco; através da utilização de políticas intervencionistas adquiriram o *status* que possuem e não sofrem tanto a influência como outras substâncias.

Não obstante a proibição veemente e o combate por muitos setores da sociedade, a mobilização tanto acadêmica, para a descriminalização, quanto as manifestações em ruas e avenidas é um cenário corriqueiro na política nacional, demonstrando que a tendência, apesar do embate existente, é a de que futuramente alguma flexibilização ou reestruturação do pensamento deve ser implementada na política nacional.

2.3 AS MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS PELO USO DE DROGAS E O RESPALDO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Não obstante a posição defendida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, pautada na criminalização do artigo 28 da Lei de Drogas, foi difundida no ano de 2011 uma nova perspectiva a respeito da despenalização do uso das drogas. No dia 15 de junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal liberou o evento denominado ‘marcha da maconha’, ato que reúne em diversas cidades brasileiras, pessoas favoráveis à legalização da droga.

Em decisão unânime, os ministros do Supremo Tribunal Federal liberaram a realização desse evento, sob o fundamento de que os direitos constitucionais de reunião e de livre expressão do pensamento garantem a realização desses atos públicos. Ressaltaram que a liberdade de expressão e de manifestação somente poderia ser proibida quando for dirigida a incitação ou provocação de ações ilegais e iminentes.

A decisão manejada pelo Supremo Tribunal Federal foi tomada no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 187, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República em 2009 e explanou que o artigo 287 do Código Penal deveria ser interpretado

conforme a Constituição, de forma a não impedir quaisquer manifestações públicas em defesa da legalização do uso de drogas.

Cabendo desatacar que o voto do ministro Celso de Mello foi seguido em sua forma integral pelos demais membros da Corte e elucidou que o ato praticado pelos participantes desse movimento é puramente social e espontâneo, onde reivindicam a livre manifestação do pensamento, questionando o modelo proibicionista e dos efeitos que esse modelo produziu em termos de incremento da violência nos ambientes em que foi implementado.

Levantou a questão que nem mesmo a polícia tem o direito de intervir nessas manifestações, mas vigiá-las para garantir sua realização, adotado medidas de proteção ao invés dos abusos por vezes perpetrados pelas autoridades durante sua realização.

O ministro considerou a característica cultural do evento, porquanto se tratam de agrupamento onde além da passeata, também são realizadas atividades teatrais, musicais e performáticas, criando espaços para reuniões e debates por meio de palestras, seminários e pela exibição de documentários com a temática ligada a políticas públicas, criminais e médicas.

A conduta descrita no artigo 287 considera como apologia de crime ou criminoso, o ato que se fizer "publicamente, [a] apologia de fato criminoso ou de autor de crime" e capitula a pena de detenção, de três a seis meses ou multa. Partindo dessa premissa, o ministro relator explicou que a proposta de descriminalização de ilícito penal não se confunde com o ato que incita a pratica de delito e tampouco considerado como apologia de fato criminoso. Ponderou que os debates sobre a abolição penal das condutas puníveis pelo ordenamento jurídico podem ser realizados de forma racional, respeitando os interlocutores, ainda que a ideia da sua liberação, para a maioria da população, possa ser eventualmente considerada extravagante, inaceitável ou ainda perigosa.

O ministro Luiz Fux ressaltou em seu voto que para realização das manifestações certos parâmetros devem ser estabelecidos, ressaltando a pacificidade dos atos, sem o uso de armas ou de incitação à violência, devendo, ainda, como todos os atos de manifestações públicas, serem previamente noticiados às autoridades competentes, inclusive notificando sobre a data e local de realização, o horário de início e o objetivo do evento.

A ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha manifestou-se pela simpatia dessas manifestações em vias públicas, utilizando menções da época da Ditadura, bem como a necessidade de assegurar o direito de manifestação sobre a criminalização ou não do uso da maconha, máxime a possibilidade da modificação dos institutos legais por meio dessas manifestações.

O ministro Ricardo Lewandowski pontuou o voto do relator quanto à questão do regime jurídico para as liberdades de reunião, acrescentando que a decisão tomada é um notável avanço para a doutrina das liberdades públicas e que não é lícita a coibição de qualquer discussão sobre drogas, desde que amparada pelos ditames constitucionais a respeito do assunto.

Afirmando sobre a liberdade de expressão, o ministro Ayres Britto afirmou que atualmente a liberdade de expressão é a maior expressão libertária, sendo revigorada quando exercida por inúmeras pessoas, já que a dignidade da pessoa humana não está consignada rigorosamente aos direitos individuais, mas nos direitos coletivamente experimentados. Afirmou ainda, que nenhuma lei, nem que verse sobre matéria penal ou tampouco a Constituição, poderia se blindar contra a discussão de seu próprio conteúdo.

Por fim, cabe ressalva sobre o comentário do ministro Cezar Peluso, que salientou a respeito da liberdade de expressão como ser uma emanação direta do valor supremo da dignidade da pessoa humana, sendo relevante na construção, formação, resguardo e aprimoramento da democracia, enfocando que a liberdade democrática só poderá ser proibida quando for dirigida a incitar ou provocar ações ilegais.

A margem para a descriminalização, na tentativa de diminuir os efeitos negativos das drogas no meio social, adquiriu maior contorno após a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4274, que reforçou a legalidade dessas passeatas. Novamente, por unanimidade, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que as denominadas 'marchas da maconha' não podem ser consideradas como conduta típica do crime previsto no artigo 33, parágrafo 2º da Lei 11.343/2006, o que configuraria novo afronta aos direitos de reunião e livre expressão do pensamento.

A associação entre o ato de induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga aos eventos de manifestação em questão foi rechaçada pelo voto do ministro relator Ayres Britto, acompanhado por sete outros ministros que seguiram a interpretação do ato conforme a Constituição Federal, excluindo da interpretação normativa qualquer significado que enseje na proibição dos atos de manifestação ou debates públicos acerca da descriminalização, legalização ou despenalização das drogas ou qualquer substância de entorpecimento das faculdades psicofísicas.

Trata-se, segundo o ministro da valorização de uma garantia presente no rol dos direitos individuais de matriz constitucional. O direito de reunião pode ser visto como veículo para a busca de informação e de comunicação no meio social e, por conseguinte deve ser tido como uma emanação direta do princípio da dignidade da pessoa humana e da cidadania,

porquanto em outro viés, a única vedação ao direito de se reunir, refere-se ao propósito da convocação de indivíduos para prática de violência física armada ou beligerante. Ao invés disso, o que se tem presenciado nas marchas é uma forma pacífica reunião, somente transmudando esse caráter de pacificidade quando os agentes policiais utilizam de violência contra os manifestantes, que ainda assim, em sua maioria, não esboçam reação por não desvirtuarem o intuito da manifestação.

A mera expressão de pensamento não pode ser objeto de restrição, aludiu o ministro Celso de Mello, aduzindo que havendo esse tipo de proibição está se estabelecendo um domínio institucional ante o pensamento crítico. E a defesa sobre a legalização das drogas está longe de significar crime tanto pela ótica do Código Penal quanto pela da Lei de Tóxicos, representando, na verdade, legítima defesa à livre manifestação do pensamento propiciada pelo exercício de reunião.

O ministro Gilmar Mendes salientou a importância sobre o esclarecimento da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre as limitações dessa decisão, que se refere à legalidade de eventos públicos favoráveis à descriminalização da droga, alertando, porém que a decisão da Corte não pode ser entendida de forma generalizada e aplicável a qualquer espécie de reunião que envolva temas diversos – aborto, racismo, terrorismo, etc. – do tratado na ação: a legalização da maconha.

A tendência perpetrada pelas decisões do Supremo Tribunal Federal está paulatinamente situando-se da despenalização ou da descriminalização do caráter criminal de algumas condutas, não somente legalizando todo e qualquer tipo de droga. A proposta almejada é a extinção total da caracterização de crime para com os usuários e dependentes ou, ao menos, uma maior suavização da forma pejorativa atribuída aos agentes que utilizam as drogas para consumo pessoal.

Com base na legislação atualmente vigente em nosso sistema, temos uma visão marcadamente autoritária e irracional na tipificação dos delitos, em especial no tocante a lei de drogas, máxime em razão da excessiva intervenção do estado na vida privada de seus cidadãos. E é partindo desse pressuposto, que a discussão a respeito da conduta das pessoas que se expõem voluntariamente a perigo, fazendo o uso de drogas, surge de forma tímida pelo pensamento de Claus Roxin, quando aufere que a autolesão consciente não legitima a proibição penal e, consideravelmente adquire patamares notáveis com a atuação midiática para com as manifestações populares, tais como a 'marcha da maconha', que notamos a evolução sistemática de um paternalismo retrógrado estatal e a contemporaneidade do pensamento individual liberal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o embate existente entre as imposições do Estado e as garantias constitucionais sempre existiram desde o início da flexibilização dos poderes punitivos do Ente Federativo. A positivação desses limites existenciais foi sendo moldada, historicamente, com a criação e evolução do Estado Democrático de Direito, especialmente pela adequação das premissas fundamentais aos ideais iluministas, nas quais a norma penal deve sempre cumprir as funções constitucionais e garantistas dos direitos contidas na Carta Magna.

A sociedade evolui, bem como as inúmeras tecnologias e técnicas para burlar um sistema defasado e retrógrado como o sistema prisional, e, ainda assim, o Estado simplesmente faz vista grossa aos inúmeros problemas que, cada vez mais, estão atingindo proporções catastróficas. O desrespeito a dignidade da pessoa humana presente nos estabelecimentos prisionais, tanto com relação aos problemas de superlotação, inobservância dos programas de reabilitação, a falta de cuidados médicos e a violência utilizada pelos agentes carcerários, conferem aos ali insertos, a incitação da vingança e do ódio em seus âmagos, especialmente em razão do abandono do responsável pela sua tutela, como também pelo preconceito que encontrarão em uma sociedade aversa aos condenados.

Sabe-se que a utilização das diretrizes minimalistas é uma das alternativas para atalhar o cárcere e suas consequências nefastas ao indivíduo. É nesse panorama que a utilização do Direito Penal deve ser a mínima possível, isto é, quando outras esferas do Direito conseguirem resolver os problemas entre as partes, deve o juiz utilizá-las para dirimir essa controvérsia, levando ao cárcere, somente os praticantes de crimes notoriamente graves que afetem bens jurídicos de maior importância.

Nesse contingente degradado e esquecido pela sociedade, deve-se destacar a situação jurídica do usuário de drogas. Elemento que, desde a criação da primeira legislação de combate ao uso de substâncias entorpecentes, já era malvisto pelo legislador e subordinado ao bem jurídico ‘saúde pública’. A primeira evolução notória da evolução da reprimenda no tocante a esses indivíduos, especialmente por notar que não se tratavam de verdadeiros criminosos, foi a modificação no instituto das penas. Transforma-se a pena base de seis meses a dois anos, anteriormente estabelecida, por medidas de caráter psicossocial.

Denota-se atualmente que existem posições jurídicas que versam, tanto pela caracterização do crime do uso de drogas como pela sua descriminalização, tanto material quanto formal. Tal entendimento deve-se, essencialmente, as modificações legislativas trazidas pela nova Lei, que transmutou a classificação da infração do uso de drogas, da mesma

forma que, apesar de muitas vezes não ser tomada à risca, o tratamento e condução do usuário de drogas também foi modificada, sendo encaminhado diretamente aos Juizados Especiais Criminais.

Foca-se que a despenalização de diversos institutos é uma das saídas para um sistema legislativo abarrotado e ineficiente, focando no método para evitar os conflitos sociais ante a definição de valores e garantias fundamentais para todas as classes. Deve-se buscar a utilização de políticas democráticas, de modo a garantir a verdadeira humanização do Direito Penal e consequente efetivação do Estado Democrático de Direito, especialmente diante da falência da função ressocializadora da pena, o foco legislativo inverso e a impotência do Ente Estatal em gerir a coisa pública, estabelecendo políticas sociais que efetivamente funcionem.

Nesse contexto da criminologia moderna, a tendência trazida pela Nova Lei de Drogas ressalta a valoração individual do usuário, não considerando-o como um mero criminoso, mas como alguém que necessite de amparo, tanto familiar, da sociedade e do Estado. Trata-se de uma vertente social que não existia no diploma legal anterior, porquanto a atual repreensão situa-se com finalidade preventiva tanto para os usuários como para os dependentes químicos. Valorizam-se os princípios da dignidade da pessoa humana e a caracterização do indivíduo que precisa de tratamento e não da mera repreensão estatal.

A inimputabilidade dos usuários e do dependente já era mencionada na antiga lei de drogas. O que ocorreu com a implementação do novo Códex sobre o assunto, foi o foco da nova política do Direito Penal na descaracterização da criminalização do uso de drogas, haja vista que a criminalização coloca o usuário e o dependente à margem de uma sociedade preconceituosa, enquanto o mais sensato seria a utilização de políticas eficientes de conscientização e amparo aos núcleos familiares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BETTIOL, Guiseppe. **O Problema Penal**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

_____. **Direito Penal**. Tradução de Paulo José da Costa Jr., Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, v.1, 1966.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

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

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. revisada e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal Brasileiro**. Brasília, Distrito Federal: Senado.

_____. Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Lei de Drogas**. Legislação Federal. Disponível em: <http://planalto.gov.br>. Acesso em 23 fev. 2013.

_____. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execuções Penais**. Legislação Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 10 fev. 2013.

_____. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Nova Lei de Drogas**. Legislação Federal. Disponível em: <http://planalto.gov.br>. Acesso em 23 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 611**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>. Acesso em 3 fev. 2013.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

DORNELLES, Marcelo de Lemos. **Lei de drogas**: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia integrada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Os criminosos na arte e na literatura**. Tradução por Dagma Zimmermann. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1987.

FREITAS, Juarez. **A interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 1998.

GAROFALO, Rafael. **Criminología**, Nápoles, p.30 e SS, 1885.

GOMES, Luiz Flávio. **Penas e Medidas Alternativas à Prisão**. São Paulo: ABDR, 1999.

_____. **Nova lei de drogas**: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1236, 19 nov. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/9180>. Acesso em: 3 ago. 2013.

_____. **Drogas, Descriminalização e Princípio da Insignificância**. Disponível em <http://www.lfg.com.br - 25 de fevereiro de 2010>. Acesso em: 3 out. 2012.

_____. BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches e OLIVEIRA, William Terra. **Lei de Drogas Comentada – artigo por artigo**. 3. ed., São Paulo: RT, 2008.

GRECO FILHO, Luis. **Lei de Drogas Anotada**. 3ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. 1. ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da Pena**. São Paulo: Manole, 2004.

MARCÃO, Renato Flávio. **Tóxicos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIR, Jose Cerezo. **Curso de Derecho Penal Español**. vol. I, Madri: Tecnos, 1981.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. vol. 1, 28. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais penais comentadas**. 4. ed. São Paulo: RT, 2009.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (1948). Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em 3 fev. 2013.

PEDRINHA, Roberta Duboc in **Notas sobre a Política Criminal de Drogas no Brasil**: Elementos para uma reflexão crítica. p. 5499, Disponível em < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf>. Acesso em 12 jun. 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3.ed., RT: São Paulo, 2003.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **A culpabilidade como critério limitativo da pena**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Penal. vol. 11/12, 1974.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A criminologia radical**. 3. Ed., Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.

_____. **Direito Penal – Parte Geral**. 2. ed, Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2007.

SILVA, José Afonso da Curso de Direito Constitucional positivo. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Princípios e Regras Orientadoras do Novo Código de Processo Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010