

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP  
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB  
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

**MARCUS VINÍCIUS AGUIAR FARIA**

**DISCURSOS DOS *AMICI CURIAE* SOBRE BEM JURÍDICO, AUTONOMIA  
PRIVADA E PATERNALISMO PENAL, NO CONTEXTO DA  
(DES)CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO DE DROGAS (STF, RE 635.659/SP-RG)**

**Brasília**

**2018**

**MARCUS VINÍCIUS AGUIAR FARIA**

**DISCURSOS DOS *AMICI CURIAE* SOBRE BEM JURÍDICO, AUTONOMIA  
PRIVADA E PATERNALISMO PENAL, NO CONTEXTO DA  
(DES)CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO DE DROGAS (STF, RE 635.659/SP-RG)**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Carolina Costa Ferreira

**Brasília**

**2018**

**MARCUS VINÍCIUS AGUIAR FARIA**

**DISCURSOS DOS *AMICI CURIAE* SOBRE BEM JURÍDICO, AUTONOMIA  
PRIVADA E PATERNALISMO PENAL, NO CONTEXTO DA  
(DES)CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO DE DROGAS (STF, RE 635.659/SP-RG)**

Esta dissertação foi julgada *aprovada* para a obtenção do título de *Mestre em Direito Constitucional*, pelo Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), na linha de pesquisa *Tutela Penal e Direito Administrativo Sancionador no Estado Democrático de Direito*.

---

Professora Doutora Carolina Costa Ferreira (Orientadora)

---

Professor Doutor João Paulo Bachur  
Examinador interno

---

Professora Doutora Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende  
Examinadora externa

---

Coordenador do Programa de Mestrado

Brasília, 20 de novembro de 2018.

Dedico esse trabalho:

Aos meus pais (Herben e Zuleica)  
e ao meu irmão (Rafael),  
por tudo.

E aos meus alunos e alunas, do Curso de Direito,  
na Faculdade São Francisco de Barreiras (FASB).

## AGRADECIMENTO

Entre 10.03.2017 a 20.11.2018, embarquei em 64 viagens de ônibus, contando a ida e a volta, entre Barreiras/BA e Brasília/DF (615 km), sempre das 22h às 6h, para cursar esse Programa de Mestrado em Direito Constitucional no IDP. Só foi possível equilibrar esses estudos com o exercício da docência e da advocacia porque várias pessoas me ajudaram.

Agradeço a Deus, pela saúde e por permitir mais essa conquista na minha vida.

Agradeço aos meus Professores do Programa de Mestrado por contribuírem para a minha formação. Eu vejo o Direito, a Sociedade e a Academia de outra forma depois do mestrado. Em especial, agradeço às Professoras Marilda Silveira, Júlia Ximenes e Carolina Costa Ferreira, bem como aos Professores Georges Abboud, Jorge Lavocat, Roberto Freitas Filho, Rafael Silveira, Paulo Gonet, Rodrigo Mudrovitsch e Min. Gilmar Mendes.

Sou muito grato à minha orientadora, Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Carolina Costa Ferreira. Sem me conhecer, respondeu ao meu e-mail, aceitando o convite para me orientar nessa pesquisa. Na disciplina *Pensamentos Criminológicos e Movimentos Político-Criminais* me convenceu sobre a importância da Criminologia e da Política Criminal, para além da Dogmática Jurídico-Penal, no estudo sobre a questão criminal. Recebi preciosas lições. Sempre muito generosa, atenciosa, bem-humorada e inspiradora. É a minha referência de acadêmica-pesquisadora.

Agradeço aos meus colegas e Professores do *Curso de Direito na Faculdade São Francisco de Barreiras (FASB)*. Um colegiado unido, engajado e com uma Proposta Pedagógica inovadora, em prol de uma educação de qualidade no Oeste Baiano. A Prof<sup>ª</sup>. Msc. Cristiane Pacheco, durante esse período, organizou os meus horários de aula nas turmas, para viabilizar as minhas viagens ao mestrado.

Agradeço aos meus colegas e Advogados no *Escritório Zanetti, Pettengill, Veiga & Baldissarella Advogados Associados*, na pessoa da Dr<sup>ª</sup>. Rosimeri Zanetti, pela amizade, parceria e pelo projeto-referência que estamos construindo no interior da Bahia.

Agradeço aos amigos que fiz durante esse Programa de Mestrado no IDP, em especial, Samuel Sales Fonteles, Kayo César, José Guimarães Neto, Eduardo Mundim, Fernando Mosna, Fernando Torreão, Ezikelly Barros, Elvio Coutinho e tantos outros. Amigos para sempre.

Agradeço a todos e a todas que torceram por mim. Muito obrigado.

“[...] suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm a função de conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade.” (FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 24ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014, p. 8/9)

“O objetivo da *parrhesia* é fazer com que, em um dado momento, aquele a quem se endereça a fala se encontre em uma situação tal que não necessita mais do discurso do outro. De que modo e por que não necessitará mais do discurso do outro? Precisamente, porque o discurso do outro foi verdadeiro. É na medida em que o outro confiou, transmitiu um discurso verdadeiro àquele a quem se endereçava que este então, interiorizando esse discurso verdadeiro, subjetivando-o, pode se dispensar da relação com o outro. A verdade que na *parrhesia* passa de um ao outro sela, assegura, garante a autonomia do outro, daquele que recebeu a palavra relativamente a quem a pronunciou.” (FOUCAULT, Michel. *A hermenêutica do sujeito*. Aula de 10 de março de 1982. 3 ed. São Paulo: WMF, 2018, p. 340)

FARIA, M. V. A. **Discursos dos *amici curiae* sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, no contexto da (des)criminalização do consumo de drogas (STF, RE 635.659/SP-RG)**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2018.

## RESUMO

A dissertação teve por objetivo geral investigar como os *amici curiae*, no julgamento, pelo Plenário do STF, do RE 635.659/SP-RG, lutam pela hegemonia de sentido sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, isto é, sobre a legitimidade do direito penal no Estado Democrático de Direito, no contexto da (des)criminalização do porte de drogas para consumo próprio. Foi utilizado o método da Análise de Discurso Crítica (ADC), de Norman Fairclough, em complemento ao método arqueogenealógico de Michel Foucault, sobre um *corpus* constituído pelas sustentações orais dos *amici curiae*. No primeiro capítulo, há uma revisão bibliográfica do realismo marginal, da criminologia cautelar e do direito penal humano, que constituem o pensamento de Eugenio Raúl Zaffaroni sobre a questão criminal, marco teórico usado para subsidiar a ADC. O segundo capítulo é dedicado à relação dinâmica entre a criminologia, a política criminal e a dogmática jurídico-penal, na reconstrução permanente dos sentidos de bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal. E ainda há um aprofundamento sobre um “conceito originário de autonomia privada”, capaz, segundo pensamos, de ter mais rendimento como limite ao poder punitivo do que um conceito consequencialista, já normalizado, de “dano a terceiro”, e até mesmo do que a “teoria do bem jurídico-penal constitucionalmente fundada e reforçada pela proporcionalidade”. E no terceiro capítulo estão os resultados da ADC, com a identificação de duas ordens de discurso particulares, nas quais os discursos de dois grupos de *amici curiae* se inserem e constituem sujeitos, identidades sociais e do “eu”, relações sociais, significações do mundo e sistema de conhecimento e crenças. De um lado, um grupo da resistência, pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 e pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, com enunciados construídos por uma formação discursiva composta pela criminologia crítica, pelo garantismo penal e por políticas criminais alternativas de redução de danos. E, de outro lado, um grupo da dominação, pela constitucionalidade desse dispositivo legal e pelo proibicionismo, com enunciados construídos a partir de uma “fusão e interação de horizontes de punitividade” entre a ideologia da defesa social, os movimentos de lei e ordem e a ideologia da segurança nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminologia Cautelar. *Amicus Curiae*. Discurso. Autonomia Privada. Descriminalização. Porte de drogas para consumo próprio.

FARIA, M. V. A. **Discourses of the *amici curiae* about legal interest, private autonomy and criminal paternalism, in the context of (de)criminalization of drug use (STF, RE 635.659/SP-RG)**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), 2018.

### ABSTRACT

This thesis had as its general objective to investigate how the *amici curiae*, in the judgment, in the Plenary of the Brazilian Constitutional Court, of RE 635.659/SP-RG, disputes the hegemonic meaning of legal interest, private autonomy and criminal paternalism, that is, the legitimacy of criminal law in the Democratic State of Law, in the context of the (de)criminalization of the possession of drugs for own consumption. The Norman Fairclough's Method of Critical Discourse Analysis (ADC) was used, in addition to Michel Foucault's archaeogenealogical method, on the *corpus* constituted by the oral arguments of *amici curiae*, which were transcribed. In the first chapter, there is a bibliographical review of the Latin American marginal realism, of the precautionary criminology and of the human criminal law, that constitute the Eugenio Raúl Zaffaroni theoretical framework, used to base the ADC. The second chapter is dedicated to the complex and dynamic relationship between criminology, criminal policy and criminal law, in the permanent reconstruction of the meanings of legal interest, private autonomy and criminal paternalism. And there is still a deepening of an original concept of private autonomy, more able to improve the limitation of the punitive power than a consequentialist concept, already normalized, of damage to third party and even better than criminal legal interest theory, constitutionally founded and reinforced by proportionality. And in the third chapter are the results of ADC, with the identification of two particular orders of discourse, in which the discourses of two groups of *amici curiae* are inserted and constitute subjects, social and self identities, social relations, world meanings and system of knowledge and beliefs. On one side, it is observed a resistance group, for the unconstitutionality of the article 28 of Drug Law (Law 11343/06) and the decriminalization of the possession of drugs for own consumption, with statements constructed by a discursive formation composed by critical criminology, criminal garantism and alternative criminal policies to damage reduction. On the other hand, a dominant group, favorable to the constitutionality of this legal device and to the prohibitionism, with statements constructed from a "fusion and interaction of the horizons of punitiveness" between the ideology of social defense, law and order movements and national security ideology.

**KEYWORDS:** Precautionary criminology. *Amicus Curiae*. Discourse. Private Autonomy. Decriminalization. Possession of drugs for personal consumption.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1 REALISMO MARGINAL, CRIMINOLOGIA CAUTELAR E DIREITO PENAL HUMANO</b> .....	17
<b>1.1 Realismo marginal latino-americano</b> .....	17
1.1.1 A deslegitimidade do sistema penal e a crise dos discursos jurídico-penais.....	18
1.1.2 A contenção da violência seletiva do poder punitivo pela função contraditória da agência judicial em relação às demais agências do sistema penal .....	25
1.1.3 A perspectiva <i>unfinished</i> da dogmática jurídico-penal e sua permanente reconstrução	27
1.1.3.1 A “culpabilidade pela vulnerabilidade” como categoria compensatória à característica estrutural da seletividade do sistema penal.....	32
1.1.4 A autodeterminação da pessoa humana como elemento ontológico na fundamentação antropológica jurídica jus-humanista do discurso jurídico-penal inacabado .....	35
<b>1.2 Criminologia como curso</b> .....	37
<b>1.3 Criminologia Midiática</b> .....	42
<b>1.4 Criminologia Cautelar</b> .....	45
<b>1.5 Direito Penal Humano</b> .....	49
<b>2 A RELAÇÃO ENTRE CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL NA (RE)CONSTRUÇÃO PERMANENTE DE SENTIDO DE BEM JURÍDICO, AUTONOMIA PRIVADA E PATERNALISMO PENAL</b> .....	55
<b>2.1 A relação entre Criminologia, Política Criminal e Dogmática Jurídico-Penal</b> .....	55
<b>2.2 Bem jurídico e <i>harm principle</i></b> .....	58
2.2.1 A teoria do bem jurídico reforçada pela proporcionalidade na tradição <i>Civil law</i> .....	58
2.2.2 O <i>harm principle</i> na tradição <i>Common law</i> .....	65
<b>2.3 Autonomia privada</b> .....	69
2.3.1 O conceito “originário” de autonomia privada .....	76
<b>2.4 Paternalismo penal</b> .....	79
<b>3 ANÁLISE DOS DISCURSOS DOS <i>AMICI CURIAE</i> NO STF, RE 635.659/SP-RG</b> ...	90
<b>3.1 O método de Análise de Discurso Crítica (ADC)</b> .....	90
<b>3.2 O procedimento da Análise de Discurso Crítica (ADC)</b> .....	99
<b>3.3 Recortes metodológicos</b> .....	102
<b>3.4 Análise de discurso crítica das sustentações orais</b> .....	106
3.4.1 Discursos dos <i>amici curiae</i> pela inconstitucionalidade (grupo da resistência) .....	106
3.4.2 Discursos dos <i>amici curiae</i> pela constitucionalidade (grupo da dominação).....	120
<b>CONCLUSÃO</b> .....	130
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	141
<b>ANEXO A – Transcrição das sustentações orais no STF, RE 635.659/SP-RG</b> .....	151

## INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, a agência legislativa pode criar o crime que quiser? O direito a intoxicar-se e entorpecer-se está dentro das esferas da intimidade e da vida privada da pessoa humana ou o Estado pode criminalizar o porte de drogas para consumo próprio? Como diferenciar, na prática, o traficante e o usuário de drogas? Quais interesses estão por trás da criminalização e da descriminalização dessa conduta? O Estado pode impor uma concepção hegemônica de *vida boa* aos usuários e dependentes de drogas? Enfim, quais são os limites da legitimidade do direito penal no Estado Democrático de Direito e, em especial, em relação ao consumo de drogas?

Luís Carlos Valois (2017, p. 33/519), em sua tese de doutorado, mostra, em síntese, como a política internacional de guerra às drogas se formou, desde o início do século XX, primeiro, em relação ao ópio; a entrada dos EUA na economia e geopolítica das drogas; o fracasso da lei seca norte-americana contra o álcool<sup>1</sup>; a posterior campanha midiática contra maconha e a polêmica pesquisa encomendada pelo Prefeito de Nova York, Fiorello La Guardia, em 1945, cujos resultados apontaram que a maconha não leva a dependência nem é porta de entrada para outras drogas nem está associada a outros crimes nem gera agressividade (um ponto fora da curva); a influência de diplomatas norte-americanos<sup>2</sup> em organismos internacionais e, depois, na ONU, e suas idiosincrasias; a outorga de certificados pelos EUA no combate às drogas e a chantagem de suspensão da ajuda financeira aos países subdesenvolvidos; as atas das assembleias da ONU durante a elaboração das Convenções sobre drogas de 1961, 1971 e 1988; a ratificação desses tratados internacionais pelos países, inclusive o Brasil<sup>3</sup>, com o recrudescimento das leis de drogas nacionais<sup>4</sup>; os históricos discursos de Richard Nixon (17.06.1971), Ronald Reagan (1982) e George W. H. Bush

<sup>1</sup> A 18ª Emenda à Constituição dos EUA, de 1919, instituiu a lei seca do álcool; e a 21ª Emenda, de 1933, revogou a proibição de comércio e consumo de álcool.

<sup>2</sup> Destacaram-se, p. ex., Charles Henry Brent; Hamilton Wright; Coronel Nutt; Harry Anslinger; Elizabeth Washburg Wright; Stephen G. Porter; e outros.

<sup>3</sup> O Brasil ratificou a *Convenção Internacional do Ópio* de 1911 (Decreto 11.481, 10.02.1915); o art. 295 do *Tratado de Versalles* de 1919 (Decreto 13.990, 12.01.1920); a *Convenção Internacional do Ópio* de 1924 (Decreto 22.950, 18.07.1933); a *Convenção para limitar a manufatura e regular a distribuição de narcóticos* de 1931; a *Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas* de 1936 (Decreto 2.994, 17.08.1938 e Decreto 821, 25.11.1938); o *Protocolo de controle de narcóticos sintéticos* de 1948; o *Protocolo para restringir a produção de ópio* de 1953; a *Convenção Única sobre Entorpecentes* de 1961 (Decreto 54.216, 27.08.1964); a *Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas* de 1971 (Decreto 159, 10.02.1967 e Decreto 79.388, 14.03.1977); o *Protocolo de Emendas à Convenção Única de Entorpecentes* de 1971 (Decreto 76.248, 12.09.1975); a *Declaração de Quito* de 1984; a *Declaração de Nova York* de 1984; e a *Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas* de 1988 (Decreto 154, 26.06.1991).

<sup>4</sup> Destaca-se na legislação brasileira sobre drogas, no século XX: Decreto 24.559, de 03.07.1934; a Lei 5.726, de 29.10.1971, que acrescentou o art. 281 no Código Penal; a Lei 6.368, de 21.10.1976; a Lei 11.343, de 23.08.2006; o Decreto 5.912, de 27.09.2006; e a Portaria SVS/MS n. 344, de 12.05.1998.

(1989), sobre a “guerra às drogas” (*war on drugs*); a construção de estereótipos e inimigos; e sobre os mortos e a explosão do encarceramento em massa.

Atualmente, no Brasil, a Lei 11.343/06 tipifica, entre outros, os crimes de porte de drogas para consumo próprio (art. 28), tráfico de drogas (arts. 33 e 40, I) e associação para o tráfico de drogas (art. 35). E, por força do seu art. 66, a lista de drogas ilícitas (“substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial”) está prevista na Portaria SVS/MS n. 344/1998.

De acordo com o último *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias* (INFOPEN, 2017, p. 07, 10, 30, 32, 33, e 42), com dados atualizados até junho/2016, dos 726.721 presos no Brasil (terceira maior população carcerária do mundo), para 368.049 vagas em estabelecimentos penais, 55% são jovens de 18 a 29 anos, 64% são negros, 61% não têm sequer o ensino fundamental completo e 60% são solteiros. E, entre todos os presos, 176.691 pessoas estão presas por algum envolvimento com o tráfico de drogas (arts. 33, 35 e 40, I, da Lei 11.343/06), sendo que 155.669 são homens (26%) e 21.022 são mulheres (62%). O tráfico de drogas é o crime que mais encarcera pessoas no Brasil (1 a cada 3 homens presos; e 3 a cada 5 mulheres presas).

Consoante o *Atlas da Violência 2018* (2018, p. 20, 21, 28 e 51), produzido pelo IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), entre 1996 a 2016, houve mais de 1.010.292 homicídios no Brasil. Em 2016, ocorreram 62.517 homicídios, sendo que 50,3% dos assassinatos foram de jovens de 15 a 29 anos, do sexo masculino. Do total de homicídios, 57.773 foram de homens e 4.645 foram de mulheres, em 2016. A taxa de homens negros assassinados, por 100 mil habitantes, é de 40,2, e de mulheres negras é de 71. E, entre todos, em 2016, 4.222 pessoas foram mortas em função de intervenções policiais.

Essas estatísticas são apenas aproximações da realidade, pois há outro universo de dados que não chegam aos registros oficiais, por inúmeros fatores.

Em relação ao usuário de drogas, desde o advento do art. 28 da Lei 11.343/06, não mais se comina pena privativa de liberdade, conquanto não tenha ocorrido a descriminalização<sup>5</sup> segundo a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), nem mais deve ser preso em flagrante (art. 48, §§1º a 5º, Lei 11.343/06), mas responde ao procedimento sumaríssimo do Juizado Especial Criminal (arts. 60 a 86, Lei 9.099/95), com a aplicação das medidas de *advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo*. No caso dessas duas

---

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13.02.2007.

últimas, pelo prazo de cinco meses ou, se for reincidente, por 10 meses. Se o agente não cumprir injustificadamente essas sanções penais, o juiz, sucessivamente, aplicará admoestação verbal e multa de 40 a 100 dias-multa. E, se necessário, “o juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado” (art. 28, §7º, Lei 11.343/06).

Sobre os critérios legais para distinção entre traficante e usuário de drogas, conforme o art. 28, §2º, da Lei 11.343/06, “o juiz atenderá à natureza e à quantidade das substâncias apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. Esses critérios se repetem em outros dispositivos da Lei de Drogas (arts. 42, 50, §1 e 52, I).

Há esse espaço de discricionariedade na Lei de Drogas e, na prática, a agência policial é quem seleciona a pessoa, interpreta e decide, conforme as pré-compreensões e ideologia dos policiais na missão, os quais, depois, funcionam como testemunhas no auto de prisão em flagrante, bem como, de novo, na audiência de instrução e julgamento. Em geral, esses depoimentos padronizados dos agentes policiais constituem todo o acervo probatório (VALOIS, 2017, p. 500), além do laudo pericial de constatação da natureza e quantidade da droga, com o qual a pessoa selecionada é condenada por tráfico de drogas. Luís Carlos Valois, por isso, fala do “policial na rua, o verdadeiro delegado, promotor e juiz” (2017, p. 500).

Entrementes, em um caso concreto, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em 09.08.2010, interpôs o Recurso Extraordinário 635.659/SP, distribuído, na 2º Turma do Supremo Tribunal Federal, para a relatoria do Min. Gilmar Mendes, no qual pede a declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06<sup>6</sup>, que descreve o crime de porte de drogas para consumo próprio, por incompatibilidade com o art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988<sup>7</sup>, que prevê o direito fundamental à intimidade e à vida privada.

---

<sup>6</sup> Lei 11.343/06. Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§1. Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§2º. Para determinar se a droga destina-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

<sup>7</sup> Constituição. Art. 5º. X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O caso concreto, que subjaz o RE 635.659/SP, trata-se da apreensão de três gramas de maconha, acondicionadas dentro de um marmitex, à época, com o preso Francisco Benedito de Souza, em uma cela junto com outros 32 presos, no Centro de Detenção Provisória de Diadema/SP, em 21.07.2009, após o rotineiro procedimento de fiscalização.

No Juizado Especial Criminal, nos autos n. 161.01.2009.018946-6, foi denunciado e condenado a dois meses de prestação de serviços à comunidade, pelo *crime de porte de drogas para consumo próprio*, apesar de a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, desde o primeiro grau de jurisdição, entre outros argumentos, ter suscitado a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, aduzindo que o fato imputado não tem lesividade a bem jurídico alheio, tratando-se de autolesão.

A Apelação n. 47/2010 foi interposta, e, em 18.06.2010, o Colégio Recursal do Juizado Especial de Diadema/SP, considerou que a discussão não é nova e que o art. 28 da Lei 11.343/06 não pune o vício em si próprio, porque “usar” não é núcleo do tipo penal, e manteve a condenação pelos seus próprios fundamentos.

Em 16.06.2011, o Plenário do STF decidiu, na ADPF 187/DF, no caso “Marcha da Maconha”, Rel. Min. Celso de Mello, por liberar as manifestações populares em favor da descriminalização da maconha. A maioria dos Ministros do STF, na ocasião, votou a favor de duas liberdades individuais: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim), oportunizando a participação popular no processo político e no de tomada de decisões, no âmbito do aparelho de Estado. E, portanto, a maioria afastou a conduta de se manifestar a favor da descriminalização do porte de maconha para consumo próprio do alcance normativo do tipo penal da apologia a crime (art. 297 do Código Penal).

Em 09.12.2011, o Plenário Virtual do STF reconheceu a repercussão geral no RE 635.659/SP. No dia 19.08.2015, o Plenário do STF iniciou o julgamento, com a leitura do relatório do Min. Gilmar Mendes e as sustentações orais do Recorrente (Defensoria Pública do Estado de São Paulo), do Recorrido (Ministério Público do Estado de São Paulo), do *custos legis* (Ministério Público Federal) e dos *amici curiae* (6 sustentações orais, pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio; e 5 sustentações orais, pela manutenção do proibicionismo). No dia 20.08.2015, o julgamento foi retomado, com o voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, a favor da descriminalização do porte para consumo próprio em relação a todas as drogas, mas manutenção das medidas do art. 28 da Lei 11.343/06 sem caráter penal e encaminhamento compulsório do usuário ou dependente para o Juizado Especial Civil, até a superveniência de nova lei. E no dia 10.09.2015, os Ministros Edson Fachin e Roberto Barroso votaram, em menor extensão do que o Relator, a favor da

descriminalização apenas da maconha para consumo próprio, limitando-se, conforme disseram, ao caso concreto. O julgamento foi interrompido com o pedido de vista do Min. Teori Zavascki, falecido em 19.01.2017. O Min. Alexandre de Moraes herdou o seu acervo e, no dia 23.11.2018, liberou seu voto, devolvendo os autos para julgamento do Plenário, que continuará no dia 05.06.2019, conforme calendário de julgamentos publicado pela Presidência do STF<sup>8</sup>. Portanto, o julgamento do RE 635.659/SP-RG ainda está em trâmite.

Nesse contexto da judicialização da política de guerra às drogas e, em especial, do julgamento, pelo Plenário do STF, no RE 635.659/SP-RG, sobre a (des)criminalização do porte de drogas para consumo próprio, surgiram-me inquietações, enquanto cursei disciplinas, no Programa do Mestrado em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), entre 10.03.2017 a 20.11.2018, e, sob a orientação da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Carolina Costa Ferreira, construímos um projeto de dissertação.

Nessa dissertação, o *problema de pesquisa*, que se pretende investigar, é: *como os discursos dos amici curiae, com suas ideologias e relações de poder, disputam a hegemonia do sentido sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal e, com isso, tentam influenciar os votos dos Ministros do STF, no contexto do julgamento do RE 635.659/SP-RG, sobre a (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, Lei 11.343/06)?*

São *variáveis teóricas* dessa problematização: 1) realismo marginal, criminologia cautelar e direito penal humano; 2) bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal; 3) processo de criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

O *objetivo geral* dessa pesquisa é analisar os discursos desses *amici curiae*, especificamente as suas *sustentações orais*, para verificar como representam e constituem o significado de bem jurídico, autonomia privada e paternalismo estatal, no contexto do julgamento da (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, e, com isso, tentam influenciar os votos dos Ministros do STF.

Essa pesquisa, *nesse contexto* da judicialização da política criminal de guerra às drogas e, mais especificamente, do debate público sobre a (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, tem, como *objetivos específicos*: a) a partir da concepção tridimensional de discurso (como texto, como prática discursiva e como prática social), identificar as ideologias de dominação e de resistência, as relações de poder, os modelos

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 635.659/SP-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em 10.01.2019.

mentais, as estruturas sociais e, portanto, o *arquivo*, as *ordens de discurso* e as *formações discursivas* que controlam esses discursos dos *amici curiae*; b) a partir da concepção multifuncional da linguagem, identificar como os discursos representam e constituem as identidades sociais e do “eu” (função identitária), as relações sociais entre os sujeitos envolvidos (função relacional), a significação do mundo e os sistemas de conhecimento e crenças (função ideacional); c) verificar como as mudanças discursivas em andamento podem contribuir para a mudança social e cultural; d) descrever a relação entre discursos, criminologia, política criminal e dogmática jurídico-penal, no contexto da judicialização da política criminal de drogas; e) e descrever o papel dos *amici curiae*, com um discurso de resistência na relação de poder, nesse contexto, como uma militância da criminologia cautelar.

O marco teórico para o qual se fará inferência e reflexões é o *Realismo Marginal, Criminologia Cautelar e Direito Penal Humano*, de Eugenio Raúl Zaffaroni. O tipo de pesquisa é uma *pesquisa empírica no Direito*, com abordagem *qualitativa*. O método e a técnica de pesquisa consistem na *Análise de Discurso Crítica*, de Norman Fairclough, em complemento ao método arqueogenealógico de Michel Foucault (arqueologia do saber, genealogia do poder e estética da existência) sobre os processos de subjetivação, isto é, de constituição do sujeito por discursos (saberes-poderes) descontínuos.

O *corpus* é constituído por onze sustentações orais de *amici curiae*, no julgamento, pelo Plenário do STF, do RE 635.659/SP-RG, sobre a (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, no qual se discute a (in)constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 (ato normativo questionado), em face do art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 (parâmetro de controle).

A *justificativa* da escolha dos discursos dos *amici curiae* para constituir o *corpus* de análise é a de que, apesar do RE 635.659/SP-RG ainda estar em trâmite, com previsão de retomada do julgamento no dia 05.06.2019, já está encerrada a fase processual de sustentação oral e, portanto, as partes, o *custos legis* e esses onze *amici curiae* já se manifestaram, no dia 19.08.2015, e, já fizeram o que podiam fazer, ordinariamente, para tentar influenciar os votos dos Ministros do STF. Esclarece-se que, nesse caso, não houve audiências públicas no STF. Portanto, é possível ter controle das variáveis teóricas dessa pesquisa e, de forma suficiente, constituir um *corpus* para análise.

Como *recorte metodológico*, o que interessa a essa pesquisa são as 6 sustentações orais de *amici curiae* pela inconstitucionalidade (no total de 30 minutos) e as 5 sustentações orais de *amici curiae* pela constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 (também no tempo regimental de 30 minutos). Justifica-se esse recorte metodológico no fato de que esses *amici*

*curiae*, que tiveram o direito de sustentar oralmente os seus discursos, foram os que mais tiveram a oportunidade para influenciar os votos dos Ministros do STF, muito mais do que aqueles que, em razão da intempestividade do pedido de habilitação, tiveram o direito apenas de juntar memoriais.

Esclareço ainda, como recorte metodológico, que não farei a análise dos votos dos Ministros do STF, que já votaram, apontando o que foi incorporado ou não a partir das sustentações orais dos *amici curiae*, porque podem, de forma parcial ou integral, modificarem os seus argumentos e votos. Essa tarefa ficará pendente para uma segunda edição desse trabalho, após a conclusão do julgamento, pelo Plenário do STF, do RE 635.659/SP-RG.

No Capítulo 1, há uma revisão bibliográfica da teoria criminológica de Eugenio Raúl Zaffaroni, adotada como marco teórico dessa pesquisa e que se desenvolveu em, pelo menos, três momentos, com ênfase, em cada período, nas seguintes ideias e direcionamentos: 1) o *realismo marginal* latino-americano, a função de contenção da violência seletiva racista do poder punitivo e a reconstrução da dogmática jurídico-penal inacabada (1988); 2) a criminologia midiática e sua causalidade mágica neutralizada por uma *criminologia cautelar*, militante e paulatinamente instalada como criminologia preventiva de Estado (2011); 3) e a função contraseletiva do *direito penal humano* em face das mortes anunciadas e pulsões genocidas do direito penal inumano, no contexto do neoliberalismo (2014). Essas expressões fortes e em sentido específico são usadas pelo próprio criminólogo argentino em suas obras.

No Capítulo 2, consta um estudo sobre a relação da criminologia, da política criminal e da dogmática jurídico-penal (direito penal e processo penal), de forma complexa e dinâmica, na reconstrução permanente de sentido sobre o bem jurídico, a autonomia privada e o paternalismo penal, isto é, sobre alguns dos elementos fundamentais da legitimidade da intervenção penal e dos processos de criminalização primária e secundária, sob a égide do Estado Democrático de Direito.

E, no Capítulo 3, há a explicação do método e do procedimento da Análise de Discurso Crítica, de Norman Fairclough, bem como a explicação detalhada dos recortes metodológicos feitos nessa pesquisa, além da apresentação dos resultados da pesquisa. Apresento detalhadamente como os *amici curiae*, inseridos em *ordens de discurso* particulares, disputam a hegemonia pelo sentido de bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, no contexto da (des)criminalização do porte de drogas para consumo próprio e, com isso, tentam influenciar os votos dos Ministros do STF no julgamento do RE 635.659/SP-RG.

Anuncio, desde já, que há um grupo de *amici curiae*, da dominação, pela manutenção do *proibicionismo* e da constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, inserido em uma *ordem de discurso* particular, composta pela ideologia da defesa social, pelos movimentos de lei e ordem e pela ideologia da segurança nacional. E há outro grupo de *amici curiae*, da resistência, pela *descriminalização* e inconstitucionalidade desse dispositivo legal, inserido em outra *ordem de discurso* particular, composta pelas criminologias críticas, pelo garantismo penal e pelas políticas criminais alternativas de redução de danos.

Na conclusão, articulo as ideias dos três capítulos, com os arremates necessários, e, ao final, apresento o meu posicionamento (provisório, sempre aberto ao diálogo e com o propósito de aprender com o próximo) sobre a (des)criminalização do porte de drogas para consumo próprio e o tráfico de drogas.

# 1 REALISMO MARGINAL, CRIMINOLOGIA CAUTELAR E DIREITO PENAL HUMANO

## 1.1 Realismo marginal latino-americano

Logo no início da obra *Criminología: Aproximación desde una margen* (1988, p. IX), Zaffaroni diz que durante anos refugiou-se na dogmática jurídico-penal, “*pero la práctica judicial, los hechos políticos y el trato con los presos*” o impulsionaram para a criminologia. Percebeu que a chave estava “*en la política criminológica<sup>9</sup> y en su estrecha dependencia de la política general*” e que “*la dogmática jurídico-penal es un inmenso esfuerzo de racionalización de una programación irrealizable y que la criminología tradicional o ‘etiológica’ es un discurso de poder de origen racista y siempre colonialista*”.

Desenvolveu uma teoria criminológica, que chamou tanto de “*realismo criminológico marginal latino-americano*” (1988, p. 21/24) quanto, com mais frequência, de “*realismo jurídico-penal latino-americano*” (2012a, p. 05), a partir da qual propôs a reconstrução da dogmática jurídico-penal.

Essa teoria criminológica sofreu alguns aperfeiçoamentos ao longo de suas obras, mas a ideia fundante continua a mesma, como ele mesmo disse no início da obra *A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar* (2012b, p. 18).

(...) A preparação de dois cursos – na Guatemala e no México – me obrigou a exumar esse material e pôr um pouco de ordem no caos criado por minhas limitadas disponibilidades ao longo de um extenso arco temporal. O resultado dessa tentativa são estas conferências, que reelaboram e completam o programa de 1987. *Se bem que o produto seja novo, em outro sentido continua sendo a mesma obra, uma vez que se caminha de acordo com a mesma ideia diretora, em razão de que a criminologia a partir da margem deve sempre ser cautelar (...). (g.n.)*

Na obra *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal* (2012a), publicada originalmente em 1989, descreve, na primeira parte, “*a situação crítica do penalismo latino-americano*” e a “*deslegitimidade do sistema penal e a crise do discurso jurídico-penal*”. Na segunda parte da obra, defende a “*necessidade e possibilidade de uma resposta marginal*” latino-americana, ao invés de teorias criminológicas e discursos jurídico-penais de países centrais. E na terceira parte da obra, apresenta o direito internacional

---

<sup>9</sup> Zaffaroni, em todas as suas obras (1988, p. 20; 2012a, p. 171), entende que não faz sentido separar a criminologia e a política criminal, porque toda criminologia tem uma intencionalidade política e, conforme as lições do criminólogo mexicano Alfonso Quiroz Cuarón, prefere a expressão “política criminológica”.

humanitário como o fio condutor para a reconstrução da dogmática jurídico-penal e “*limitação da violência seletiva*” do sistema penal.

### 1.1.1 A deslegitimidade do sistema penal e a crise dos discursos jurídico-penais

Na década de 1980, Zaffaroni coordenou uma pesquisa empírica no Direito, sobre os sistemas penais latino-americanos, no Instituto Interamericano de Direitos Humanos (2012a, p. 06), cujas conclusões, em síntese, foram as de que esses sistemas penais têm características estruturais, e não conjunturais<sup>10</sup>, que os deslegitimam; da contradição entre a operacionalidade real desses sistemas e os discursos jurídico-penais que hipocritamente são divulgados pelos aparelhos de reprodução ideológica do poder; de que o exercício de poder desses sistemas penais é desumano e mata, agride e viola direitos humanos de muito mais pessoas do que a violência praticada entre particulares; de que as sanções penais aplicadas não cumprem as tradicionais funções retributivas e preventivas, gerais e especiais, difundidas, no plano teórico, pelos discursos jurídico-penais.

Essas características do sistema penal não são conjunturais, no sentido de que podem ser afastadas com o progresso econômico dos países subdesenvolvidos latino-americanos (ZAFFARRONI, 2012a, p. 34/35).

Os discursos jurídico-penais são falsos, porque a realidade operacional dos sistemas penais jamais poderá adequar-se a *toda* a sua planificação. Essas características estruturais do sistema penal *cancelam* o discurso jurídico-penal, não podendo ser eliminadas, senão com a supressão do próprio sistema penal.

Mas, o realismo marginal não propõe o abolicionismo penal<sup>11</sup>, salvo como “*utopia em sentido positivo*”, como direcionamento, até porque, sem o sistema de justiça criminal e a dogmática jurídico-penal, a violência desumana do exercício do poder punitivo e do poder social mais amplo poderia ser muito pior (ZAFFARRONI, 2012a, p. 220 e 246).

O *realismo marginal*, conquanto tenha pontos de confluência, difere-se de outras propostas político-criminais (ZAFFARRONI, 2012a, p. 89/112), como o abolicionismo penal (Louk Hulsman; Nils Christie; Thomas Mathiesen) e o minimalismo penal (Luigi Ferrajoli;

<sup>10</sup> “A seletividade, reprodução da violência, criação de condições para maiores condutas lesivas, corrupção institucionalizada, concentração de poder, verticalização social e destruição das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.*” (ZAFFARRONI, 2012a, p. 15).

<sup>11</sup> “Por isso, quando defendemos um programa estratégico para que a partir dele sejam estabelecidos objetivos com vistas à realização da utopia do abolicionismo, não nos referimos a uma utopia no sentido negativo, de ‘irrealizável’, e sim, como temos insistido reiteradamente, no sentido positivo de simplesmente ainda não realizado” (ZAFFARRONI, 2012a, p. 220).

Alessandro Baratta) – e, por óbvio, afasta-se categoricamente do efficientismo penal, como o de movimentos Lei e Ordem, p. ex., Tolerância Zero (Rudolph Giuliani e William Bratton) e *Broken Windows Theory* (James Wilson e George Kelling) –, porque esses discursos político-criminais pressupõem mudanças estruturais mais amplas na sociedade (ZAFFARONI, 2012a, p. 94), que ainda não existem nos países periféricos latino-americanos, tendo que se aguardar ou serem desenvolvidas apenas no campo político.

Entrementes, o realismo marginal aproxima-se do minimalismo penal (ZAFFARONI, 2012a, p. 112), especificamente quanto à programação de operacionalidade para a agência judicial consistente em oferecer tutela às garantias penais e direitos humanos, “e, inclusive, ampliar seu âmbito, de maneira que a intervenção desse órgão se torne menos violenta do que outras formas ou modelos de decisão de conflitos efetivamente disponíveis” (ZAFFARONI, 2012a, p. 106).

Falta racionalidade aos sistemas penais, pois, os discursos jurídico-penais deveriam ter coerência interna, o que só seria possível, para além de não ter contradições entre seus enunciados discursivos, se tivesse uma fundamentação “*antropologia jurídica jus-humanista*” (ZAFFARONI, 2012a, p. 17), subsidiada nos documentos e tratados internacionais de direitos humanos, com consideração de *todo ser humano como pessoa*.

E, para o realismo marginal, ainda que estivesse antropologicamente fundamentado, são necessários dois níveis de verdade social para que o discurso jurídico-penal seja racional: a) um *nível abstrato de “adequação do meio ao fim”*, isto é, não se pode criminalizar qualquer conduta para se atingir uma finalidade, devendo se valorizar a experiência social e os elementos da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) na planificação criminalizante; b) e um *nível concreto de “adequação operativa mínima conforme a planificação”*, que exige dos grupos humanos a não contemplação pacífica da contradição entre o discurso jurídico-penal e a operacionalidade real e violenta do sistema penal (ZAFFARONI, 2012a, p. 18).

Os discursos jurídico-penais, elaborados para os países centrais, além de insustentáveis e disfuncionais para países periféricos, como os da nossa margem, têm “*fragilidade antropofilosófica*” (ZAFFARONI, 2012, p. 45/47).

Os discursos do contratualismo (metáfora do contrato social), do organicismo (metáfora do organismo social) e do funcionalismo sistêmico (metáfora do sistema social), segundo ZAFFARONI (2012a, p. 48/50), são “ficções”, sem realidade antropológica e sem verdade histórica, que justificam a manutenção do *status quo*.

Esse cenário é potencializado porque, segundo o realismo marginal, a própria lei penal renuncia aos limites estritos da legalidade (ZAFFARONI, 2012a, p. 22 e 28), oportunizando amplos espaços para discricionariedades, que se amplificam para arbitrariedades e violência por parte das agências do sistema penal.

Zaffaroni, ainda na obra *Em busca das penas perdidas* (2012a, p. 22/25), diagnostica, tendo Michel Foucault como referencial teórico (2012a, p. 61/63), que o poder punitivo é exercido, minimamente, pelo “poder repressivo”, que é visível, formal, cuja mediadora é a agência judicial e em relação aos tipos penais; e a maior parte do exercício do poder punitivo é a do “poder conformador”, que atua de forma camuflada, em nível inconsciente para os controlados, informal, em relação a qualquer conduta pública ou particular, no dia-a-dia, de caráter vertical, hierarquizado, militarizado e disciplinar na sociedade, praticado, sobretudo, pelas agências executivas e difundido pelos meios de comunicação social de massa, e recaindo sobre grande parcela da população, cuja introjeção psicológica e violência real, dessa ordem e vigilância, atingem, de forma arbitrária, os setores carentes e dissidentes incômodos, pessoas com alta vulnerabilidade à seletividade do sistema penal.

As agências judicial e legislativa do sistema penal exercem uma seletividade mínima. São as agências executivas do sistema penal, sobretudo, as agências policiais, no exercício do poder formal e informal, que são as mais poderosas e operam a seletividade de forma mais intensa (ZAFFARONI, 2012a, p. 27 e 125/127).

Soma-se a esse contexto de irracionalidade, a disparidade entre a programação normativa do poder punitivo, no plano do dever ser, e a limitada capacidade operativa das agências do sistema penal. Se considerarmos rigorosamente toda a previsão na legislação penal, só uma pequena parte das condutas tipificadas e, ainda assim, apenas de um número reduzido de pessoas, são selecionadas pelas agências não judiciais e encaminhadas para a agência judicial. Zaffaroni até ironiza (2012a, p. 26), nesse ponto, dizendo que, se houvesse, de fato, essa capacidade operativa do sistema penal, haveria uma catástrofe social (2012a, p. 27).

O sistema penal e suas agências não operam só nos espaços de discricionariedade da legalidade penal e processual, também atuam à margem da legalidade, com violentíssimo exercício de poder (ZAFFARONI, 2012a, p. 28/29). Alguns registros tardiamente são feitos em órgãos nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos (ex: desaparecimentos forçados, homicídios, torturas etc.), enquanto que outros fatos, apesar de públicos e notórios, geralmente, não são registrados ou as investigações não se desenvolvem (ex: corrupção,

extorsão, participação em benefícios decorrentes de jogos de azar, prostituição, contrabando, tráfico de armas e drogas etc.).

O discurso jurídico-penal é “perverso” (ZAFFARONI, 2012a, p. 29), também no sentido de envolver, seduzir e imobilizar, apesar de sua evidente falsidade, os juízes e demais operadores do direito penal, que deveriam proteger diariamente os direitos humanos. Não é possível limitar-se à pura técnica jurídico-penal desse discurso falso, porque a sua aceitação judicial produz efeitos reais e racionaliza a violação dos direitos humanos (ZAFFARONI, 2012a, p. 33 e 83).

Os aparelhos de reprodução ideológica, que tentam dar ares de legitimidade ao sistema penal, difundem os discursos criminológicos e jurídico-penais de países centrais, em países periféricos da região marginal latino-americana, e, quando esses discursos recebem críticas, como as das criminologias críticas latino-americanas, fundadas no paradigma da reação social, essas agências do sistema penal promovem “desinformação teórica” (ZAFFARONI, 2012a, p. 35), mediante, por exemplo, a “satanização” das críticas, que desvelam a falta de legitimidade do exercício do poder punitivo, rotulando-as como “marxistas” (2012a, p. 36), o que acabou tornando-se um jargão e cujo sentido foi deturpado para atacar qualquer crítica que ameace o exercício do poder.

O realismo marginal não se fundamenta no marxismo, mas vale-se da fenomenologia, mormente do interacionismo simbólico, da teoria da reação social e da etnologia (ZAFFARONI, 2012a, p. 37, 60/61 e 67).

Igualmente, o realismo marginal baseia-se na teoria da dependência, de Darcy Ribeiro<sup>12</sup> (*apud* ZAFFARONI, 2012a, p. 63/67), que, partindo da diferença entre “atualização histórica” (procedimentos com os quais povos atrasados historicamente sofrem a invasão tecnológica dos povos mais evoluídos e perdem sua autonomia, quando não há sua destruição como entidade étnica) e “aceleração evolutiva” (procedimentos de desenvolvimento de sociedades que renovam autonomamente seus sistemas produtivos e reformam suas instituições sociais, em uma transição para outro modelo de formação sociocultural), constata que os países latino-americanos sofreram uma “atualização histórica”, sem uma dinâmica autônoma, e, por isso, segundo Zaffaroni (2012a, p. 66 e 68/69), concepções, *v.g.*, de feudalismo e pré-capitalismo não são totalmente adequadas à nossa região marginal, cuja *“dinâmica está condicionada por sua dependência e nosso controle social está a ela ligado”*.

---

<sup>12</sup> As obras do antropólogo brasileiro Darcy Ribeiro (1922-1977), sobretudo, *O processo civilizatório: etapas da evolução sociocultural* (1968), influenciaram a teoria criminológica de Zaffaroni.

Zaffaroni aponta que o fato mais notório que revela a falta de legitimidade do sistema penal, na nossa margem, é o “*fato da morte*” (2012a, p. 40), o qual, apesar de se tentar disfarçar com a invenção de realidades, emergências e inimigos no direito penal, não se consegue ocultar completamente o “exercício do poder genocida” do sistema penal (2012a, p. 123).

Na América Latina, durante um longo período, predominou o discurso jurídico-penal “*positivista-periculosista*” (Escola clássica, de Francesco Carrara; Escola Causal-Naturalista, de Franz von Liszt e Ernest Beling). Após essa fase, assumiu a hegemonia, na nossa margem, o *neokantismo*, com um idealismo desconectado da realidade social, o de cunho autoritário de Edmund Mezger, e não o de Gustav Radbruch (ZAFFARONI, 2012a, p. 41), muito funcional à política da segurança nacional, que subsidiou as ditaduras latino-americanas. E, mais tarde, no final do século XX, não sem muita resistência, admitiu-se o finalismo de Hans Welzel, fundado na teoria das estruturas lógico-reais.

E o discurso criminológico predominante, na América Latina, por muito tempo, foi o vinculado ao Positivismo Criminológico italiano, de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, cujos representantes, na nossa margem, por exemplo, foram: na Argentina, José Ingenieros, 1957; no Brasil, Raimundo Nina Rodrigues, 1957; na Bolívia, Medrano Ossio, 1964; na Cuba, G. Avasenov, 1985. Segundo Zaffaroni (2012a, p. 40/43), houve ampla tradução da obra do nazista Exner, na qual contém comentários racistas sobre a relação entre os negros e a criminalidade nos EUA.

Enquanto esse discurso criminológico etiológico preocupava-se com a ação das pessoas selecionadas pelo poder punitivo, e esse discurso jurídico-penal neokantiano ocupava-se com o dever ser; e, mesmo depois, com o debate entre causalistas e finalistas sobre a posição do dolo e da culpa, como categorias abstratas, na estrutura dogmática do delito, nenhum desses saberes deu atenção aos dados da realidade na nossa região marginal sobre a operacionalidade do sistema penal (ZAFFARONI, 2012a, p. 44).

Para o realismo marginal, os meios de comunicação de massa criam a ilusão dos sistemas penais, pelo menos, em dois níveis: a) em nível transnacional, com a “*introjeção do modelo penal como um pretense modelo de solução dos conflitos através da ‘comunicação da diversão’*” (ZAFFARONI, 2012a, p. 128), v.g., séries e filmes policiais, nos quais há um herói para proteger a sociedade e um inimigo estereotipado a ser combatido; b) e em nível nacional, com “*campanhas de lei e ordem quando o poder das agências encontra-se ameaçado (...)*” (ZAFFARONI, 2012a, p. 129).

(...) o material transnacionalizado (as séries policiais) criam demandas de papel dirigidas aos membros das agências penais nacionais que nada têm a ver com os requerimentos nacionais (os funcionários devem comportar-se como os personagens das séries). (...) *A ‘solução’ do conflito através da supressão do ‘mau’ é o modelo que se introjeta nos planos psíquicos mais profundos, pois são recebidos em etapas muito precoces da vida psíquica das pessoas.*

(...) Mais concretamente são os meios de comunicação de massa que desencadeiam as campanhas de ‘lei e ordem’ (...). Estas campanhas realizam-se através da *‘invenção da realidade’* (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram), *‘profecias que se auto-realizam’* (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de ‘slogans’ tais como ‘a impunidade é absoluta’, ‘os menores podem fazer qualquer coisa’, ‘os presos entram por uma porta e saem pela outra’ etc.; publicidade de novos métodos para a prática de delitos, de facilidades, etc.), *‘produção de indignação moral’* (instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de ‘justiceiros’, apresentação de grupos de extermínio como ‘justiceiros’, etc.). (ZAFFARONI, 2012a, p. 128/129)

Os meios de comunicação de massa influenciam o modo de viver das pessoas e seus relacionamentos sociais, estimulando comportamentos, de forma direta ou subliminarmente (ZAFFARONI, 2012a, p. 131), bem como são capazes de inventar situações emergenciais, gerar “paranoia social”, estereotipar pessoas como inimigos a serem combatidos, enfim, são capazes de criarem a ilusão de legitimidade do sistema penal.

Isso potencializa a vulnerabilidade à seletividade, dessas pessoas estereotipadas, pelas agências não judiciais do sistema, as quais já sofrem estigmatização social (ZAFFARONI, 2012a, p. 134) logo no primeiro contato, independente de eventual condenação formal (ZAFFARONI, 2012a, p. 133), ainda mais quando a mídia antecipa o juízo condenatório e implanta essa ideia na opinião pública.

O realismo marginal detectou processos de deterioração das pessoas em vários momentos do exercício do poder do sistema penal: processos de criminalização, de policização e de burocratização. Sobre isso, Zaffaroni afirma que *“o sistema penal é um complexo aparelho de deterioração regressiva humana, que condiciona falsas identidades e papéis negativos”* (2012a, p. 143).

Há antagonismos entre as agências do poder punitivo, que, com frequência, trocam críticas sobre o que entendem por falhas, para a defesa de suas parcelas de poder. A propósito, Zaffaroni (2012a, p. 144), nesse ponto, novamente sob a influência de Michel Foucault, afirma que ontologicamente não há um “sistema” penal – e esclarece que continuará usando a expressão apenas pela sua consagração nas práticas sociais –, mas um “conjunto heterogêneo de agências compartimentadas”, cada uma delas exercendo o seu próprio poder, em regra,

sem diálogo e cooperação, em detrimento das demais, salvo quando há um interesse que as unem.

A deterioração do selecionado ocorre durante o processo de criminalização primária e secundária, intensificando-se com a prisão, uma “instituição total” ou, na perspectiva foucaultiana, “instituição de sequestro”.

O “*processo de policização*” recruta pessoas geralmente de classes sociais mais baixas, as quais recebem um treinamento que praticamente lhes faz uma reprogramação mental, de modo que, geralmente, perdem as referências de seus grupos sociais originários, que passam até a estranhá-los e trata-los com desconfiança ou até desprezo. Os agentes policiais estão sob a coerção de sanções administrativas se não agirem de acordo com essa identidade funcional ao exercício do poder da agência executiva militarizada. Há uma grave perda de identidade e, geralmente, a agência policial não oferece nenhuma assistência psicológica (ZAFFARONI, 2012a, p. 138/140).

O “*processo de burocratização*”, por sua vez, é uma deterioração da identidade dos juízes e ocorre com a internalização de sinais, rituais e símbolos de poder. Recruta pessoas geralmente de classes sociais média e alta. Recebem treinamento para uma identidade funcional com “neutralidade ideológica”, sobriedade em tudo e segurança na resposta. Em geral, também há perda da identidade natural. Na perspectiva do realismo marginal, são levados ilusoriamente a acreditar que exercem poder e controle sobre as demais agências do sistema penal. Normalmente, as agências judiciais evitam o conflito com o poder das agências não judiciais do sistema penal e o fazem pela ineficácia treinada da burocratização (ZAFFARONI, 2012a, p. 141/143).

O sistema penal, conforme o realismo marginal, também aprofunda as contradições sociais, enfraquece e até destrói os vínculos comunitários horizontais (ZAFFARONI, 2012a, p. 145), porque, para controlar esses conflitos entre os grupos sociais ou no interior de um grupo social, provoca e usa de maior violência repressiva, o que, paradoxalmente, torna-o um dos maiores obstáculos à paz social.

Por todo esse recorte histórico, o realismo marginal, para uma resposta urgente, a essa deslegitimidade do sistema penal e falsidade dos discursos jurídico-penais, que reduza a sua violência, encoraja a quem atue em alguma agência do sistema penal em nossa região marginal ou nas agências de reprodução de ideologia, como as universidades e faculdades, “*ao reproduzir o discurso de justificação do sistema penal elaborado por essas agências não pode deixar de enfrentar a deslegitimação*” (ZAFFARONI, 2012a, p. 153). A atribuição dessa responsabilidade, decorrente da “*situação extremamente privilegiada*”, que estão os

juízes, membros do Ministério Público, advogados, professores e outros, constitui um *“imperativo de consciência iniludível, um compromisso com todos aqueles que não puderam ser beneficiados pelo milagre”* de terem ultrapassado muitos riscos para chegarem até à posição social em que estão (ZAFFARONI, 2012a, p. 154).

Como resposta à deslegitimidade, o marco inicial para a (re)construção do discurso jurídico-penal do realismo marginal é a aplicação da teoria das estruturas lógico-reais na teoria da pena, usada pelo finalismo de Hans Welzel na teoria do crime, o que permite descobrir um *“conceito ôntico de pena”* (ZAFFARONI, 2012a, p. 172).

O mais urgente, segundo Zaffaroni (2012a, p. 174), é reduzir o número de mortes decorrentes da violência do sistema penal e gerar espaços de liberdade social para reconstrução de vínculos de comunidade. Para isso, o realismo marginal, entre outras medidas, propõe (ZAFFARONI, 2012a, p. 175/177): introduzir um discurso diferente, não violento, nas universidades, *“fábricas reprodutoras de ideologia do sistema penal”*; neutralizar o aparelho de propaganda violenta do sistema penal e campanhas do movimento lei e ordem, com contracampanhas nos meios de comunicação de massa e divulgando mensagens diferentes; e a intervenção mínima do direito penal, p. ex., com a descriminalização de algumas condutas por ora tipificadas e com a afirmação do princípio da oportunidade da ação penal para mais hipóteses, *“desde que a renúncia à intervenção do sistema penal não constitua um recurso formal para retirar matéria da agência judicial e aumentar o poder das outras agências”* (ZAFFARONI, 2012a, p. 178).

### 1.1.2 A contenção da violência seletiva do poder punitivo pela função contradição da agência judicial em relação às demais agências do sistema penal

A função contradição ao exercício do poder do sistema penal, pelas agências judiciais, segundo Zaffaroni (2012a, p. 215), não é uma novidade exótica. Lembra que Montesquieu já havia pensado em algo semelhante, ao desenvolver a teoria da separação das funções do poder público, com freios e contrapesos, e quando afirmou que *“em um Estado popular não bastam a vigência de leis nem o braço do príncipe sempre levantados; é necessário um remédio a mais, que é a virtude”*. Também lembra que Franz von Liszt já concebia que *“o Código Penal é a Magna Carta do delinquente”*.

Em resposta a uma hipotética crítica ao realismo marginal, de que a função contradição das agências judiciais poderia gerar um caos (2012a, p. 219/200), Zaffaroni

lembra que até hoje o sistema penal não resolve, e sim decide, os conflitos, de modo que o sistema penal oferece apenas soluções ilusórias.

*Basta lembrar que até hoje o sistema penal não conseguiu resolver o conflito gerado pelo aborto: o aumento da repressão sobre os médicos que o praticam não faz mais que aumentar o preço dos seus serviços, excluindo cada vez mais as mulheres das faixas economicamente mais carentes, que se veem entregues a mãos despreparadas e desumanas, o que tem feito aumentar o número de mortes devido ao emprego de práticas primitivas, fazendo com que o aborto ocupe o primeiro lugar entre as causas de morte violenta. A repressão ao tráfico de tóxicos, por outro lado, só serviu para interferir no mercado e aumentar insolitamente o seu preço, fazendo tal atividade atrativa economicamente, ao mesmo tempo em que criou uma rede mafiosa de formidável poder transnacional, encarregada da distribuição e da comercialização desses tóxicos em todos os países que lhe convêm, sem que o sistema penal tenha logrado êxito na solução desse conflito. Estes dois exemplos são suficientes para insistirmos em que, quando um conflito é por demais sério, não pode ficar nas mãos do sistema penal, que defende soluções ilusórias que na realidade só produzem mortes, corrupção e destruição da sociedade (ZAFFARONI, 2012a, p. 220).*

O realismo marginal faz o prognóstico de que haverá padrões de decisão pela agência judicial e, com isso, no futuro, as agências não judiciais, como as agências policiais, talvez comecem a exercer também a função de reduzir a violência do sistema penal, conquanto ainda hoje pareça pouco provável (ZAFFARONI, 2012a, p. 220/221).

Se não fosse a possibilidade de exercício dessa função de contenção da violência do sistema penal, nada mais justificaria legitimamente a existência da agência judicial. Por outro lado, o reconhecimento da legitimidade dessa função contradiz a agência judicial não relegitima todo o sistema penal, mas limita a sua irracionalidade operativa (ZAFFARONI, 2012a, p. 246).

A agência judicial deve fazer um filtro muito rigoroso, com base em uma dogmática jurídico-penal renovada pelo realismo marginal, se permite a continuidade ou se interrompe o processo de criminalização iniciado pelas demais agências do sistema penal (ZAFFARONI, 2012a, p. 250). Na obra *A palavra dos mortos: Conferências da Criminologia Cautelar*, Zaffaroni explica que

*(...) (Os juízes têm o semáforo do processo de criminalização) Insistimos que deve ficar claro que o poder punitivo real e politicamente significativo pertence às agências executoras, ao contrário do que o discurso jurídico afirma. Para este, os legisladores manipulam o poder punitivo (em razão do princípio da legalidade penal), os juízes aplicam a lei penal e os policiais fazem o que os juízes ordenam.*

*A dinâmica real do poder punitivo é exatamente inversa: os legisladores autorizam o poder punitivo sem saber sobre quem nem quando ele irá recair, enquanto os juízes não podem fazer mais do que se limitar a decidir no processo de criminalização secundária que os policiais colocam em funcionamento. Em palavras mais simples: em cada processo de*

criminalização secundária, os juízes dispõem do semáforo que mostra a luz verde, autorizando a continuação do poder punitivo, a luz vermelha, que o interrompe, ou a luz amarela, que o detém para pensar um pouco. (...) (ZAFFARONI, 2012b, p. 433).

O exercício dessa função de contenção pela agência judicial, na perspectiva do realismo marginal, significa que “*cumprе mandato – ou deve cumprі-lo, como imperativo jus-humanista e constitucional – de limitar racionalmente a arbitrariedade seletiva do sistema penal*” (ZAFFARONI, 2012a, p. 257).

### 1.1.3 A perspectiva *unfinished* da dogmática jurídico-penal e sua permanente reconstrução

Os discursos jurídico-penais têm *componentes legitimantes* (atribuem uma *função à pena* e dela, *dedutivamente*, fazem toda a sua construção teórica); *componentes pautadores* (definem os princípios e regras como pautas decisórias para uso da agência judicial, derivados dos componentes legitimantes); e *elementos negativos* (os limites do horizonte de projeção do saber penal são definidos pela agência legislativa e o que ficar excluído está sujeito ao poder das agências não judiciais do sistema penal) (ZAFFARONI, 2012a, p. 182/184).

Como as *pautas decisórias* derivam da construção teórica de um discurso jurídico-penal falso, para o realismo marginal as agências judiciais não devem mais *decidir* os processos penais com esses componentes (ZAFFARONI, 2012a, p. 184).

Novamente com apoio em Michel Foucault, Zaffaroni demonstra que, desde os séculos XII e XIII, quando surgiu, de forma mais estável, o poder punitivo, em substituição à vingança privada, houve a supressão da vítima da posição de ofendida e de protagonista do processo penal, o que, somado ao fato da agência judicial pautar as suas decisões em categorias abstratas, impede-a de ter contato com a realidade do conflito social. A agência judicial, portanto, apenas decide sobre os casos selecionados pelas outras agências do sistema penal, mas não soluciona esses conflitos, apesar das pautas decisórias, que decorrem de um discurso jurídico-penal falso, tentar dar aparência de solução desses conflitos (ZAFFARONI, 2012a, p. 184).

Sendo assim, para o realismo marginal, é preciso uma retificação radical do discurso jurídico-penal (ZAFFARONI, 2012a, p. 186): definindo os elementos negativos do discurso jurídico-penal com base em dados corretos, e não ao arbítrio da agência legislativa; o discurso jurídico-penal deve se sustentar sobre dados da realidade, ao invés de uma construção puramente abstrata; elaboração de nova pauta decisória para a agência judicial, a partir de

dados da realidade na nossa margem latino-americana; e, inspirado em ideias de Thomas Mathiesen (ZAFFARONI, 2012a, p. 100), considerar que, ao invés de um discurso idealista pronto e acabado, essa reconstrução da dogmática jurídico-penal, a partir da criminologia e da política-criminal (ou, como prefere Zaffaroni, da política criminológica), tem caráter “*unfinished*” (ZAFFARONI, 2012a, p. 106 e 258), isto é, inacabado, dúctil, elástico e em permanente evolução, visando sempre à redução das pulsões violentas do direito penal inumano.

Uma construção realista sempre apresenta uma quota de incerteza inerente à sua conexão com o mundo, onde tudo é inacabado e em permanente evolução.

(...) *esta construção parece possível sem que se recorra a elementos normativos ‘metajurídicos’ (no sentido de uma supralegalidade ou de um jusnaturalismo) através da construção de um discurso jurídico-penal que realize os objetivos assinalados ao interpretar a lei com elementos positivados, tais como a Constituição, os Tratados Internacionais e a lei (em sentido estrito ou formal).*

(...) Por isso o discurso que pauta o jurídico-penal não pode ser ‘pronto’ e, sim, ‘inacabado’, aberto às contingências e espaços que a dinâmica do poder das agências do poder penal venha a lhe abrir, oferecendo-lhe mais oportunidades para reduzir a violência do exercício deslegitimado do poder. (...) (ZAFFARONI, 2012a, p. 187 e 198).

Portanto, trata-se de um novo discurso jurídico-penal fundamentado em uma “*antropologia jurídica jus-humanista*” (2012a, p. 17), de caráter *ontológico* e centrada nos *direitos humanos*.

Consoante Zaffaroni, para que “*um pensamento realista marginal não se perca na vertigem, a sua firme fundamentação (deve estar) na priorização da pessoa e, como dado ôntico elementar, na vida humana*” (2012a, p. 171).

O realismo marginal resgata, ao seu modo, a teoria das estruturas lógico-reais (*sachlogischen Strukturen*), desenvolvida por Hans Welzel para o Finalismo penal (ZAFFARONI, 2012a, p. 189). As principais características da teoria das estruturas lógico-reais são (ZAFFARONI, 2012a, p. 190/191): ao se referir a qualquer ente, na ordem do mundo, deve-se respeitar a sua estrutura ôntica; ao se pretender regular a conduta humana, cominando sanções penais, não se pode desconhecer a sua estrutura lógico-real; o mero exercício da força, com a inobservação dessas estruturas lógico-reais, significa “*quebra do direito*”.

(...) *Pretender que a teoria das estruturas lógico-reais é uma antropologia ‘metafísica’, porque vincula o direito à autodeterminação, em virtude desta não ser verificável empiricamente, é um reducionismo próprio do neopositivismo. A autodeterminação é vivenciada em todas as relações sociais, sendo tão metafísica quanto a atitude do sujeito que nos reprova, aos*

gritos, por termos amassado o para-lama de seu carro em função de nossa imperícia no trânsito; a linguagem humana, popular e coloquial encontra-se tão altamente enriquecida por esta ‘metafísica’, que é utilizada pelo próprio jurista que a nega ao referir-se aos que não aceitam sua ‘evidência científica’. *A objeção de que esta teoria pressupõe uma antropologia filosófica não representa um obstáculo ou um defeito, mas sim, um mérito, principalmente quando se trata de uma antropologia básica, elementar, ‘preparatória’ se se prefere, em relação a outros antropólogos pertinentes ao âmbito do privado numa sociedade pluralista.* Apesar de sua elementariedade, trata-se de uma antropologia necessária para estabelecer bases mínimas de coexistência. Esta objeção seria menos consistente ainda se *essa antropologia coincidissem com a antropologia jurídica reconhecida pela comunidade internacional nos Documentos dos Direitos Humanos, como expressão de uma consciência jurídica universal (...)* (ZAFFARONI, 2012a, p. 192/193).

Sobre a estrutura lógico-real da pena, *“tampouco pode negar o dado real do conteúdo da pena. O legislador pode fazer muitas coisas; mas, entre outras, não tem poder para dizer que o doloroso não dói”* (ZAFFARONI, 2012a, p. 202). Etimologicamente, “pena” indica sofrimento. E, portanto, *“a pena é qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum modelo de solução de conflitos dos demais ramos do direito”* (ZAFFARONI, 2012a, p. 203/204).

Tobias Barreto, no artigo *“O fundamento do direito de punir”*, que integra a obra *Menores e Loucos* (1926), já falava que as tradicionais finalidades da pena são ilusórias e a pena não é um conceito jurídico, mas político. Já apontava, naquela época, o direito internacional humanitário como limite à deslegitimidade da guerra e como contenção de suas pulsões violentas e, em analogia, falava do reconhecimento dos direitos humanos em tempo de política, como limite ao poder punitivo e contenção das pulsões violentas do sistema penal (BARRETO, 1926, p. 149, 151/152).

A partir de Tobias Barreto, Zaffaroni (2012a, p. 196, 203 e 222/223) propõe como “fio condutor” que, assim como o direito internacional humanitário está para o tempo de guerra, os direitos humanos e, em especial, o direito à vida, esteja para o tempo da política (ZAFFARONI, 2012a, p. 201), entendendo, portanto, *“o direito penal e o direito humanitário como prolongações recíprocas”* (ZAFFARONI, 2012a, p. 198).

Primeiro, deve-se reconhecer a deslegitimidade do *fato de poder* do sistema penal, encarando-a como uma característica estrutural. Segundo, perguntar-se como se pode administrar esse poder punitivo disponível? Terceiro, considerar que na medida em que as agências judiciais exerçam seu poder, de forma racional, para conter o fato de poder que não podem suprimir, o exercício dessa função de controle judicial será legítima (ZAFFARONI,

2012a, p. 196). As agências judiciais devem esforçar-se para ampliar esse seu poder de contenção da violência do sistema penal. Quarto, entender que o realismo jurídico “não implica relegitimação<sup>13</sup> do sistema penal” (ZAFFARONI, 2012a, p. 198), mas de legitimidade da agência judicial no exercício da “*função de contradição dentro do conjunto de agências do sistema penal, reduzindo sua violência*” (ZAFFARONI, 2012a, p. 198).

O realismo marginal propõe um ajuste nos elementos negativos do discurso jurídico-penal tradicional, estabelecendo novo horizonte de projeção do saber penal, qual seja, a reincorporação ao poder da agência judicial de tudo o que se refira a pena, no sentido de inflição de dor e inadequação aos modelos de solução de conflitos dos demais ramos jurídicos, independente da maneira pela qual a agência legislativa disponha sobre a pena (ZAFFARONI, 2012a, p. 204/205).

Zaffaroni defende uma “*re-etização do direito penal*” (2012a, p. 211/214), considerando que são falsos os discursos jurídico-penais de que o direito penal tutela diretamente *valores ético-sociais fundamentais* (Hans Welzel) ou *bens jurídicos* (de Franz Birbaum a Claus Roxin) ou *o sistema social* (Günther Jakobs), “*no sentido de prescrições éticas dirigidas à própria agência judicial, a seus operadores e programadores doutrinários*”.

(...) *O conteúdo ético do discurso jurídico-penal (que lhe devolveria a racionalidade perdida) seria fornecido por seu geral objetivo de limitar, controlar e reduzir o nível de violência do sistema penal, o que implica que o direito penal, concebido como direito humanitário em conjuntura política, teria uma função político-criminal (reduzora de violência) como um passo no caminho rumo à utopia.*

O sentido político e o cunho marcadamente ético do discurso jurídico-penal desembocariam em uma programação orientadora e decisória a ser *nutrida constantemente por dados fornecidos pela criminologia* (...) (ZAFFARONI, 2012a, p. 213).

No Capítulo 6 da obra *Em busca das Penas Perdidas* (2012a, p. 246/281), Zaffaroni desenvolve os primeiros pontos para a reconstrução da dogmática jurídico-penal, na perspectiva no realismo marginal.

A teoria do delito é apenas uma parte do discurso jurídico-penal. A verificação da presença de uma ação típica, antijurídica e culpável é a análise acerca do “nível máximo de

---

<sup>13</sup> “(...) a guerra, é um fato de poder claramente deslegitimado; no entanto ninguém duvida da necessidade e racionalidade dos esforços dos juristas, dedicados ao direito humanitário, e de suas agências. Enquanto a guerra encontra-se deslegitimada, o direito humanitário está legitimado, ao procurar reduzir o nível de violência de um fato de poder que está fora de controle, isto é, que não consegue, por seu limitado poder, suprimir” (ZAFFARONI, 2012a, p. 198).

seletividade tolerada”. Esse programa do realismo marginal tem o objetivo geral de reduzir a violência praticada pelo sistema penal. Essa é a pauta decisória da agência judicial.

Se estiver presente provas da prática de um injusto penal (2012a, p. 249), “nível elementar” (ação, vinculada ao conceito de pessoa humana) e “nível mínimo” (tipicidade e antijuridicidade, vinculadas às ideias de representatividade popular e conflituosidade pela lesividade efetiva ou potencial da conduta), a agência judicial pode consentir com o processo de criminalização. Mas, para haver resposta judicial, ainda é necessário outro nível (culpabilidade), que, segundo Zaffaroni (2012a, p. 248), relaciona-se a duas perguntas: “*a) a criminalização em curso é capaz de reconhecer ‘algo’ conflituoso como pressuposto de seu próprio poder violento? b) Neste caso, é admissível aceitar, nesta hipótese em particular e relativamente a este autor concreto, a resposta seletiva?*”. Todo esse programa deve ter fundamento antropológico e respeitar as estruturas lógico-reais dos entes no mundo.

No “nível elementar” do crime, deve-se adotar um conceito ôntico de conduta humana (2012a, p. 252). Tanto o desvalor do ato, quanto o desvalor do resultado são importantes, pois, como adverte Zaffaroni (2012a, p. 253), “*não há ação que não esteja acompanhada de um resultado como parte de um pragma*”. Na “*subjetivação*” do injusto penal, os “*elementos do ânimo*” ou “*disposição interna*” (*innere Gesinnung*) não podem ser manipulados de forma arbitrária (2012a, p. 253).

No nível intermediário do crime, deve-se haver um “*bem jurídico afetado (por lesão ou perigo, mas sem estender confusamente o perigo ao infinito das ‘abstrações’)*” (2012a, p. 254), “*como limite máximo de irracionalidade tolerada*” (2012a, p. 255).

(...) O sistema penal não exerce o seu poder para tutelar bens jurídicos nem regras sociais mínimas, nem é eficiente para nenhum dos dois objetos. (...) *A necessidade de bem jurídico afetado apresenta-se, em verdade, como outro limite máximo de irracionalidade tolerada*, que não pode ser ultrapassado sem que se caia no absurdo total: admitir a intervenção do sistema penal quando não há conflito ou quando o conflito é gerado sem que o direito de alguém seja afetado, mas somente seus valores, gostos ou opiniões (ZAFFARONI, 2012a, p. 255).

Ainda no nível intermediário do crime, Zaffaroni propõe um ajuste na tipicidade e na antijuridicidade, a partir de uma “*interpretação globalizada dos tipos penais como instrumento limitador*” (2012a, p. 256/257), o que ficou conhecido na comunidade acadêmica como “*teoria da tipicidade conglobante no direito penal*”. Considerando que a agência legislativa produz legislação penal de forma desorganizada, é possível que, no ordenamento jurídico, exista um tipo penal proibitivo ou mandamental e haja outro texto legal, para norma jurídica, que ordene ou fomenta um comportamento em sentido contrário.

O discurso jurídico-penal tradicional consideraria que há tipicidade, mas não há antijuridicidade, porque o exercício regular de direito ou o estrito cumprimento de dever legal funcionam como excludentes de ilicitude. Para reduzir a violência seletiva do sistema penal, Zaffaroni propõe que a categoria “*tipicidade penal*”, além da dimensão da “*tipicidade formal*” (verificação de previsão legal e subsunção do fato ao tipo penal), tenha a dimensão da “*tipicidade conglobante*”.

Dentro da tipicidade conglobante exige-se, além da existência de “*tipicidade material*” (verificação de ofensa significativa e intolerável a um bem jurídico-penal), a presença de “*antinormatividade*” (verificação sobre a inexistência de outra norma, no ordenamento jurídico, que ordene ou fomenta a conduta, que está descrita em um tipo penal).

Essa “*interpretação globalizada dos tipos penais como instrumento limitador*” é importante para a redução da violência seletiva do sistema penal, sobretudo, porque suas agências não judiciais, com destaque para a agência policial, geralmente, contentam-se por avaliar, de forma superficial, apenas a conduta e a tipicidade (ZAFFARONI, 2012a, p. 256/257).

#### *1.1.3.1 A “culpabilidade pela vulnerabilidade” como categoria compensatória à característica estrutural da seletividade do sistema penal*

Ainda na obra *Em busca das Penas Perdidas*, a maior novidade do realismo marginal, para a reconstrução da dogmática jurídico-penal, está no nível da culpabilidade. A agência judicial só pode permitir a continuação do processo de criminalização, iniciado pelas demais agências, se, além do injusto penal, estiver demonstrada a culpabilidade da pessoa selecionada.

A culpabilidade, para Zaffaroni (2012a, p. 258) é “*sem dúvida alguma, uma referência direta e personalizada ao autor, em sua condição pessoal e na situação particular em que teria levado efeito tal conduta*”.

Desde que a teoria psicológica pura da culpabilidade de Adolf Merkel (no sistema causal-naturalista, de Franz von Liszt e Ernest Beling) foi superada, todas as sucessivas teorias da culpabilidade (psicológica-normativa, de Reinhart Frank, no neokantismo; normativa pura, de Hans Welzel, no finalismo; e o funcionalismo sistêmico, de Günther Jakobs) entenderam-na como “*juízo de reprovação*”; e o funcionalismo teleológico, de Claus Roxin, ampliou a categoria para o que chamou de “*responsabilidade*”, adicionando, para esse juízo, além da *culpabilidade pelo injusto*, as finalidades político-criminais preventivas da

pena. Ocorre que, segundo Zaffaroni (2012a, p. 259), com a acentuação da deslegitimidade do sistema penal e da falsidade dos discursos jurídico-penais derivados das ilusórias e idealistas finalidades da pena, identifica-se a escassez de um *conteúdo ético* e “*pobreza dogmática*” (2012a, p. 260), para se fazer esse juízo de reprovação e atribuição de responsabilidade.

É que, como indaga Zaffaroni (2012a, p. 259), a pessoa selecionada pelo sistema penal e que até tenha mesmo praticado um injusto penal (ação típica e antijurídica) pergunta-se: “*Por que a mim? Por que não a outros que fizeram o mesmo?*”. E essas são perguntas que as tradicionais teorias da culpabilidade não conseguem responder racionalmente. A *culpabilidade pelo injusto* sempre esteve em crise e ninguém se dava conta disso. “*A seletividade do sistema penal neutraliza a reprovação. (...) Não se pode reprovar ninguém e (...) tampouco aquele que foi selecionado e que se encontra diante da agência judicial*”.

Não obstante, Zaffaroni (2012a, p. 260) entende que não se deve abandonar a “*culpabilidade pelo injusto*”, porque é “*necessário para que a agência judicial responda autorizando a continuação do processo criminalização*”. Apesar da ausência de conteúdo ético e fragilidades dogmáticas, não deixa de ser uma limitação ao poder punitivo.

Então, para conferir alguma legitimidade à culpabilidade, Zaffaroni inverte o juízo de reprovação. A responsabilidade, ao invés de ser um exclusivo juízo de reprovação sobre a pessoa do selecionado e do injusto praticado, passa a ser da agência judicial, no sentido de que “*a responsabilidade é da agência judicial, que deve responder perante o processado e a comunidade, dando conta da forma com que exerce ou administrativa a sua reduzida quota de poder limitador*” (2012a, p. 264).

O conteúdo ético da culpabilidade passa a ser, na perspectiva do realismo marginal, o comportamento da agência judicial em relação ao exercício do poder deslegitimado das demais agências do sistema penal (ZAFFARONI, 2012a, p. 265).

Não se trata, por óbvio, de que a agência judicial nada reprovará (2012a, p. 268), mas “*sua responsabilidade criminalizante será maior quanto menor seja seu poder limitador no caso concreto e vice-versa*”. A agência judicial tem um “*espaço de exercício de poder*” maior ou menor, referente à função de contenção judicial da violência seletiva do sistema penal, a depender do quanto “*uma pessoa se coloca em situação de vulnerabilidade quando o sistema penal a seleciona e a utiliza como instrumento para justificar seu próprio exercício de poder*” (2012a, p. 269). É o grau de vulnerabilidade da pessoa à seletividade do sistema penal.

(...) Na prática, o grau de esforço que uma pessoa realiza para colocar-se em situação de vulnerabilidade é diretamente proporcional à fortalecedora quota

de ilusão que os aparatos de propaganda e os discursos de justificação do sistema penal ‘inventam’. Deste modo, *quanto maior for o esforço, e a consequente contribuição para o fortalecimento do sistema, que a pessoa fez para colocar-se em situação de vulnerabilidade ao seu poder, menor será o espaço de que dispõe a agência judicial para obstaculizar uma resposta criminalizante ou para diminuir a intensidade da resposta.* (ZAFFARONI, 2012a, p. 268/289)

A “*situação de vulnerabilidade*” depende dois grupos de “*fatores de vulnerabilidade*” (ZAFFARONI, 2012a, p. 270/271): a) “*posição ou estado de vulnerabilidade*” (grau de risco à seletividade que a pessoa corre só por pertencer a uma classe, grupo, estrato social, minoria etc.), que é “*incobrável*” do selecionado; b) e “*esforço pessoal para a vulnerabilidade*” (grau de risco à seletividade que a pessoa se coloca com a sua conduta individual).

A prática de um injusto penal é apenas parte do esforço individual da pessoa para aumentar a sua vulnerabilidade de ser selecionada pelo sistema penal. E destacando que esse esforço individual tem que estar na sua esfera de autonomia pessoal e, portanto, de liberdade. Evidentemente que, quanto mais limitada estiver uma pessoa por sua “*posição ou estado de vulnerabilidade*”, em razão de terem-lhe atribuído um determinado estereótipo, menos autonomia terá para a prática do injusto penal, e, portanto, facilmente será selecionada pelas agências não judiciais do sistema penal, mas, para receber uma resposta da agência judicial, isto é, para que haja responsabilidade (culpabilidade), o seu “*esforço pessoal pela vulnerabilidade*” terá que ser considerável, porque se for mínimo ou inexistente, a agência judicial deverá impedir o processo de criminalização, decidir pela ausência de culpabilidade e, portanto, absolver essa pessoa, devolvendo a sua plena liberdade e retirando a angústia e aflição de responder a uma perseguição penal no seio da sociedade, conquanto apenas diminua os efeitos colaterais dos danos já sofridos e suportados pelas pulsões violentas do sistema penal e do poder social mais amplo, como, frequentemente, pelos meios de comunicação de massa.

Em razão disso e até pelo que a sociologia já detectou como “*desvio secundário*” (BECKER *apud* ZAFFARONI, 2012a, p. 274), situação na qual o selecionado, apesar de nada ter feito, como passam a acreditar que ele fez, acaba se comportando e até assumindo esse papel desviante, cabe à agência judicial também providenciar todas as *medidas de redução de danos* que no caso concreto forem possíveis.

A *culpabilidade pela vulnerabilidade* não é um requisito a mais da *culpabilidade pelo injusto*, mas, como esclarece Zaffaroni, “*assume, dentro dela, seu valor negativo de limite máximo de irracionalidade aceitável*” (2012a, p. 270).

#### 1.1.4 A autodeterminação da pessoa humana como elemento ontológico na fundamentação antropológica jurídica jus-humanista do discurso jurídico-penal inacabado

A proposta do realismo marginal tem um fundamento antropológico, de caráter ontológico e centrado nos direitos humanos, o que justifica, a nosso ver, chama-lo de fundamento e limite “*onto-antropológico jus-humanista*” do discurso jurídico-penal *inacabado*.

Ao invés de ideias da metafísica clássica ou jusnaturalistas ou de qualquer forma puramente abstratas e descoladas da realidade, Zaffaroni (2012a, p. 17, 171, 187, 214, 249) aponta para a existência, desde o pós-2ª Guerra Mundial, de direitos humanos, forjados pela historicidade e reconhecidos, pela comunidade internacional, em documentos e tratados internacionais, como, à guisa de ilustração, o art. 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (Resolução ONU n. 217-A-III, de 10.12.1948), dispositivo que sintetiza, em uma frase, todo o fundamento “*onto-antropológico jus-humanista*”: “*todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei*”, isto é, todo ser humano deve ser tratado como *pessoa concreta*.

A ontologia subjacente a essa antropologia jurídica, como se percebe nas obras de Zaffaroni, a exemplo de “*Em busca das penas perdidas*” (2012a, p. 17) e de “*A palavra dos mortos*” (2012b, p. 35), não é a inaugurada por Aristóteles (metafísica clássica ou *ontoteológica*, essencialista, realismo filosófico, que exige, para se considerar científico, o distanciamento e a neutralidade entre o sujeito cognoscente e o objeto de estudo, sendo a linguagem um mero instrumento de comunicação – “esquema sujeito-objeto”, marcado pela objetividade –, bem como investigava os caracteres fundamentais do *ente* enquanto *ente* em si mesmo, esquecendo-se ou escondendo o *ser do ente*). Tampouco se apoia na filosofia da consciência de Descartes, Kant, Hegel e outros (metafísica moderna, iluminismo, racionalista, individualismo, o mundo explicado pela razão – ainda o “esquema sujeito-objeto”, mas marcado pela subjetividade e pela ideia de “pessoa abstrata”).

Por mais de vinte e cinco séculos, buscou-se um “*fundamentum absolutum inconcussum veritatis*”, por exemplo, “*na ideia platônica, na substância aristotélica, no esse subsistens do medievo (...), no cogito inaugurador da filosofia da consciência, no eu penso kantiano, no absoluto hegeliano, pela vontade de poder nietzschiano (...)*” (STEIN *apud* STRECK, 2017, p. 50/51).

Zaffaroni se vale de outro tipo de ontologia, qual seja, a ontologia fundamental desenvolvida por Martin Heidegger (filosofia da linguagem, fenomenologia, existencialista,

que considera a impossibilidade de distanciamento e neutralidade entre o sujeito cognoscente e objeto de estudo, sendo a linguagem constitutiva do fenômeno – “esquema sujeito-sujeitos”, marcado pela intersubjetividade –, bem como investiga o “*ser-aí*” (“*dasein*”) do “ente”, em três condições do “*ser humano*”: o “*ser-no-mundo*”, na “faticidade” de uma “mundanidade” particular, cujas circunstâncias tornam algumas projeções possíveis e outras impossíveis; o “*ser-com-os-outros*”, no “*mundo-da-vida*”; e o “*ser-para-a-morte*”, na “finitude temporal” da pessoa humana [HEIDEGGER, 2005, p. 56]).

(...) (O eixo condutor são os mortos) Essa realidade inegável, a dos mortos que nos gritam que estão mortos, também diz à criminologia que ali está seu eixo condutor, lhe impõe uma metodologia, e lhe proíbe desviar-se. (...)

(Os seres-sendo que não puderam continuar sendo) *O ser humano (o Dasein do Heidegger, da antropologia filosófica) é um ser-sendo, e os que nos interessam em nossa matéria são unicamente os seres-sendo que não puderam continuar sendo, porque alguém (ou muitos) o impediu de forma violenta.*

Este é o nosso eixo condutor primário, aquele que não podemos ignorar. Depois veremos para onde nosso curso nos vai levando, mas o eixo central de ilação e a referência permanente não podem ser outra coisa senão os seres-sendo aos quais foi impedido, violenta e arbitrariamente, que continuem sendo. (...) (ZAFFARONI, 2012b, p. 35). (g.n.)

Distanciando de qualquer consideração do indivíduo *como pessoa abstrata* e sem apelar a elementos *metajurídicos*, a ontologia adotada por Zaffaroni, na perspectiva heideggeriana, considera o *ser humano* como *pessoa concreta* e com “*autenticidade*”, isto é, *autodeterminação* para as suas escolhas existenciais.

Para Zaffaroni, “*por pessoa deve-se entender a qualidade que provém da capacidade de autodeterminar-se em conformidade com um sentido (capacidade que pode ser real ou potencial e, inclusive, pode limitar-se à reunião dos caracteres físicos básicos...)*” (ZAFFARONI, 2012a, p. 17).

Na obra *Manual de Direito Penal brasileiro: Parte Geral* (escrita junto com José Henrique Pierangeli), mormente no “Capítulo XII – Os caminhos abertos para uma fundamentação antropológica do direito penal” (2015, p. 330/341), Zaffaroni explica que a “*a lei não pode criar o homem e sim reconhece-lo como é, em maior ou menor medida*” (2015, p. 330). Para que o direito penal tenha efetividade deve respeitar a *condição humana*. O direito penal efetivo deve ser um “direito penal libertador”, isto é, o direito não pode dar liberdade, e sim tratar de possibilitá-la exteriormente, pois a liberdade “*é encontrada por cada homem a partir de sua individuação frente à morte, para a qual é chamado por sua consciência e impulsionado por sua angústia*” (2015, p. 337), de modo que o direito penal

(...) *será mais libertador e estará mais antropológicamente fundado (será mais eficaz) quanto menos opções frustrate e mais escolhas facilite*, quanto menos vezes condene Antígona e quanto mais vezes a entregue à sua consciência, quanto menos vezes perturbe a realização da *autenticidade dos cidadãos*.

(...) há uma série de dados objetivos que podemos exibir como características (...), isto é, como dados reveladores da efetividade existencial de um direito penal.

- a) Não pode basear-se em um ser derivado do valor. (...)
- b) Não terá por base um racionalismo nem voluntarismo puros. (...)
- c) *Deve ter base realista*. Todo pensamento penal, que ostente ou oculte uma base filosófica idealista, acaba sendo alienante, pois encobre o *verdadeiro ser do homem*. Somente a alienação nos pode conduzir a um pensamento que creê que conhecer implica criar, que conhecer o mundo implica ‘pôr’ o mundo. O conhecimento não pode criar o ente, mas apenas torna-lo compreensível (HEIDEGGER). O caminho do conhecimento não pode seguir uma direção arbitrária, não pode ser disposto pelo homem de qualquer maneira; o mundo não pode esgotar-se numa mera transcendência subjetiva, mas todo questionamento é uma busca, e toda busca tem sua direção, que é indicada por aquilo que se busca (HEIDEGGER).
- d) Não pode ser fundado num conhecimento adquirido pela fé. (...)
- e) Não pode fundar-se num puro saber científico. (...)
- f) Deve possibilitar a liberdade mediante a segurança jurídica (condição externa).
- g) Deve distinguir-se nitidamente da moral. (...)
- h) Deve evidenciar uma atitude positiva e liberadora da convivência. (...)
- i) Deve distinguir-se claramente da ética social. (...)
- j) Deve ter uma especial aspiração ética, não bastando a mera ameaça de pena como meio. (...)
- k) Deve ser dinâmico. (...)
- l) Deve rejeitar como falsa a antinomia indivíduo-sociedade. (...)
- m) Não há limite para a condenação de Antígona? (...) *o fundamento antropológico sempre será dinâmico e jamais estabelecerá critérios inquestionáveis*. (...). (ZAFFARONI, 2015, p. 330/341).

E essa qualidade que provém da capacidade de autodeterminar-se, também chamada de autonomia da pessoa humana ou autenticidade ou “*o verdadeiro ser do homem*”, por estar mais conectada à vida privada e à intimidade da pessoa<sup>14</sup>, é também chamada de *autonomia privada*<sup>15</sup>. A autonomia da pessoa humana compõe a ideia de liberdade, e, por sua vez, integram a ideia de dignidade da pessoa humana. Sob o ângulo da Filosofia Política, é um atributo essencial para a *vida boa*.

## 1.2 Criminologia como curso

<sup>14</sup> À guisa de ilustração, o art. 5º, X, da Constituição brasileira de 1988 prevê como direito fundamental que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

<sup>15</sup> Juarez Tavares também entende que a *autonomia da pessoa humana* (“conceito de pessoa deliberativa que fundamenta esse modelo de sujeito responsável”) é um limite ao processo de criminalização. No recém-lançado livro *Fundamentos de Teoria do Delito*, 1ª ed., com prefácio de Eugenio Raúl Zaffaroni, ver os tópicos “*A norma criminalizadora: a questão da legitimidade*” (2018, p. 39/60) e “*O sujeito da ação*” (2018, p. 135/146).

Na obra *En torno de la cuestión penal*, mormente no artigo *La criminología como curso* (2005, p. 01/37), Zaffaroni explica que a pergunta “*o que é Criminologia?*” só pode ser respondida na perspectiva da “*criminologia como curso*”, isto é, na medida em que se percorre e revisa criticamente, por ordem cronológica, saberes não estritamente jurídicos sobre a questão criminal, com o objetivo de se extrair elementos e, a partir deles, reduzir os níveis de violência a ela vinculados.

Destaca que o *medo* é a chave de permanência de todos os discursos criminológicos criados ao longo da história da humanidade (2005, p. 03). Os discursos criminológicos não deixam de existir, mas remodelam-se, acumulam-se ao longo do tempo e são significantes pelo que dizem e pelo que silenciam (2005, p. 07).

Segundo Zaffaroni (2005, p. 06), há dois tipos de criminólogo, o *sábio* e o *ingênuo*. O criminólogo *sábio* é aquele que tem um só discurso criminológico e desenvolve-o até suas últimas consequências (“*ou afirma que o criminoso é um enfermo mental; ou que devia mata-lo; ou neutraliza-lo para sempre; ou aplicar talião; ou tudo é culpa da destruição da família e dos valores tradicionais; ou tudo se deve à injustiça social; ou qualquer outro discurso*”).

Por sua vez, o criminólogo *ingênuo* faz mais perguntas do que apresenta respostas e analisa criticamente todos os discursos criminológicos para extrair elementos que possam reduzir os níveis de violência e afirma que

(...) o doente enfermo é o alienista da segunda metade do século XIX; que a morte do infrator é expiacionismo pré-revolucionário do século XVIII; que a neutralização garofálina é do começo do século XX; que a segregação perpétua é da rejeição europeia colonial dos séculos XVIII e XIX; que o talião é do contratualismo do século XVIII; que a desorganização social é da sociologia norte-americana do começo do século XX; que o discurso de que as garantias e direitos fundamentais são excessivos trata-se do perigosismo positivista dos fins do século XIX; que a tortura é recurso dos séculos XII e seguintes etc. (...) (ZAFFARONI, 2005, p. 06/07)

Os discursos criminológicos surgem com as corporações profissionais (médicos, juristas, policiais, políticos, sociólogos, acadêmicos e outras). Cada um desses discursos é produzido por criminólogos sábios. Há disputa, dentro das próprias corporações e entre elas, por poder, hegemonia, aderência ao poder social mais amplo e credibilidade no marco cultural do momento. Quando uma corporação perde hegemonia não deixa de existir e segue elaborando novos discursos até uma nova situação de poder (2005, p. 08/10).

O poder punitivo nem sempre existiu. Zaffaroni aponta, a partir de Michel Foucault (2005, p. 10/15), que surgiu, de forma irreversível, na Europa, a partir dos séculos XII e XIII. Antes, predominavam outros métodos de solução de conflitos. Com a avocação do exercício

do poder de punir, o Estado praticou o “*confisco da vítima*” de sua original posição de ofendida pelo crime, que desapareceu no cenário penal; e o “*sequestro de Deus*”, ao deixar de ser um procedimento para resolver um conflito entre as partes e tornar-se um ato de poder delegado ao soberano, mediante o método, para “busca da verdade dos fatos”, de “interrogatório violento”, o qual, inclusive, de método do poder punitivo passou paulatinamente para método científico, consoante Francis Bacon (*apud* ZAFFARONI, 2005, p. 13) já dizia em *Novum Organum* (1620), “*é necessário saber sobre as coisas para poder dominá-las*”, o que fez surgir um “*saber para poder*” (ou “*saber senhorial*” ou ainda “*dominus*”).

Em um primeiro momento, a forma de *saber* foi a verdade pela *luta ou duelo*, entre contendentes; depois, a verdade foi “obtida” *pela interrogação violenta (dominus)*, entre inquisidores e investigado; e Zaffaroni diz que bem poderá ser, no futuro, que a verdade seja produzida pelo *diálogo (frater)* entre as pessoas (2005, p. 16), mas isso implicaria total mudança de paradigma e uma sociedade com muito pouco ou nenhum poder punitivo, sem discriminações e sem guerras, isto é, uma utopia de remoção de estruturas de poder assentadas por muitos séculos e que levamos introjetadas psicologicamente, condicionando nossos comportamentos.

O *saber senhorial*, o poder patriarcal (dos homens sobre as mulheres, crianças, idosos e escravos) e o poder punitivo (em geral, sobre os homens), conforme Zaffaroni (2005, p. 17), são três vigas mestras que se articularam durante oito séculos e são elementos indispensáveis da mesma estrutura de poder. Uma estruturação da sociedade em um modelo hierárquico vertical corporativo, com o objetivo de eliminar da cultura os elementos anárquicos ou disfuncionais, com claro objetivo de manutenção do *status quo*.

A “primeira privatização da segurança” (2005, p. 18), desde o surgimento do poder punitivo moderno, segundo Zaffaroni, ocorreu com a delegação aos homens, adultos e livres, do controle sobre as mulheres, obrigando-as a limitarem-se, por muito tempo, aos papéis de esposas e mães submissas. Enquanto que o poder punitivo cuidou de controlar os controladores. E isso teve êxito por quase cinco séculos, pois o discurso criminológico não mencionou o tema das mulheres, ocupando-se, a criminologia, só dos homens.

Ainda em *La Criminología como curso* (2015, p. 19/21), Zaffaroni afirma que, em 1487, com a obra *Málleus Máleficarum* ou *Martelo das Bruxas*, escrita pelos inquisidores alemães Heinrich Kraemer e James Sprenger, a partir da bula *Summis Desiderantis Affectibus* do Papa Inocêncio VIII, para extermínio dos praticantes de heresia, bruxaria, pactos demoníacos e o que mais interessasse ao poder punitivo, em síntese, com a demonologia,

surgiu o primeiro discurso criminológico moderno. A inquisição foi a grande agência punitiva ou o tronco comum, conforme Zaffaroni, da qual se desmembraram todas as demais agências especializadas do poder punitivo e de controle social.

Em contrapartida, na obra *A palavra dos mortos* (2012b, p. 56), Zaffaroni aponta que o primeiro discurso de criminologia crítica surgiu com o jesuíta alemão Friedrich Spee von Langenfeld, quem publicou, em 1631, inicialmente de forma anônima e depois assumindo a autoria, a obra *Cautio Criminalis*, na qual, a partir de *dados da realidade*, estrategicamente sem entrar no mérito da questão se existiam bruxas ou não, desvelou que todas as mulheres, que esteve encarregado de cuidar da confissão religiosa, eram inocentes, da acusação de bruxaria, e foram condenadas sem provas, no procedimento inquisitorial, com muito sofrimento imposto por inquisidores cruéis. *Cautio Criminalis* significa, segundo Zaffaroni, cautela e prudência no exercício do poder punitivo. Inspirado nessa obra, Zaffaroni desenvolveu, na sua teoria criminológica, a proposta de uma *Criminologia Cautelar*.

Ainda a partir de Foucault, Zaffaroni, em *La Criminología como curso* (2005, p. 21/30), destacou que, no século XVIII, a ideia do Estado como “administrador da morte” mudou para “administrador da vida”, pois surgiu um novo sujeito coletivo, constituído pelos súditos, o *sujeito público*. Para isso foi necessário distribuir funções, antes centralizadas na inquisição, em agências especializadas. O Estado criou burocracias. Para ampliarem seus poderes, as corporações disputam âmbitos de realidade e até a criam. A partir do século XVIII, as corporações começaram a se interessar pela questão criminal, que passou a ser um âmbito da realidade muito disputado.

Para Zaffaroni, as etapas de hegemonia discursiva acompanham os grandes capítulos do poder político e econômico planetário. Nos últimos cinco séculos, o poder mundial teve três etapas (2005, p. 30/33): a) revolução mercantil, no século XV, cujo poder planetário foi exercido na forma de *colonialismo* (séculos XV a XVIII); b) revolução industrial, no século XVIII, com o *neocolonialismo* (séculos XVIII a XX); c) revolução tecnológica (final do século XX), com a *globalização* (final do século XX até hoje).

Com o *colonialismo*, o poder punitivo hierarquizou e militarizou a sociedade. A colônia funcionou como uma “instituição total”, isto é, controle social com violação de direitos humanos. Houve o sequestro institucionalizado de milhares de seres humanos. A América e a África foram submetidas à hegemonia das potências europeias marítimas e ao discurso legitimante do poder transnacional e nacional. A etapa fundante da criminologia ocorreu com o Martelo das Bruxas como discurso dos demonólogos e inquisidores.

No *neocolonialismo*, em um primeiro momento, houve a ascensão da burguesia, com o apoio do discurso de juristas e filósofos do Iluminismo. A burguesia precisava desse discurso na sua luta pela hegemonia social contra a nobreza no poder. Em um segundo momento, já com a burguesia assentada no poder, nos países centrais, o discurso de limite ao exercício do poder punitivo não mais lhe interessava e desentendeu-se dos juristas e filósofos, instante em que surgiu a polícia como nova agência do sistema penal, com o discurso biológico racista elaborado pelos médicos. E em um terceiro momento, o discurso biologista perdeu crédito, com a derrocada dos regimes totalitários europeus e com a mudança do marco cultural, o que favoreceu a ascensão dos discursos dos psicólogos, economistas e sociólogos.

Na América Latina, segundo Zaffaroni, o *neocolonialismo* relevou-se com as *oligarquias*, que por um período formaram-se, e, quando movimentos populares conseguiram desarticula-las, ganhou hegemonia a *ideologia da segurança nacional*, que subsidiou a formação de regimes ditatoriais.

Para Zaffaroni (2015, p. 01/39), na *globalização*, final do século XX e começo do século XXI, não há um discurso hegemônico no poder social mais amplo, embora o discurso sociológico conserve sua hegemonia no âmbito acadêmico (2005, p. 36). Os poderes político e econômico, que sempre tiveram estreitas relações de cooperação, a partir de 1980, com a afirmação do *neoliberalismo*, o poder político renunciaram ao controle do poder econômico, que se transnacionalizou e cujos *conglomerados empresariais* ganharam poder como nunca visto, inclusive prescindindo do poder político.

Os Estados nacionais e seus poderes políticos sofreram um enfraquecimento da soberania, no *poder fiscal*, pois o capital globalizado exige menores impostos, sob a ameaça de fazer investimentos em outro país; e no *poder punitivo*, porque, segundo Zaffaroni, “*no puede reprimir las maniobras extorsivas y especulativas de ese mismo capital*” (2015, p. 34). Então, o poder político não consegue mais controlar, quiçá resolver, os crescentes conflitos, que surgem com as condições impostas pelo poder econômico globalizado, marginalizando grande parte da população e reduzindo os investimentos sociais.

Com o enfraquecimento do poder político, as agências policiais e até as forças armadas no exercício da função policial aproveitam a crescente conflituosidade para exercer mais poder, sem controles, sob a ameaça de ingovernabilidade, o que faz com que o poder político ceda cada vez mais poderes às agências policiais (2015, p. 34/35).

Nesse cenário, outra agência ganhou importância: os meios de comunicação de massa (2015, p. 36/37). O poder político também se vale dos meios de comunicação de massa para

comunicar falsas soluções, ocultando o enfraquecimento do seu poder, e gerar o efeito tranquilizante e normalizante na sociedade.

Com essa perspectiva da *criminologia como curso*, Zaffaroni demonstra a vantagem de se *percorrer* a “*curiosa acumulación de discursos y perspectivas, de hegemonias y caídas, de luchas entre las corporaciones (...), hasta llegar a su crisis actual, que no es crisis de la criminología, sino del poder (político) que repartía hegemonías*” (2005, p. 37).

Entretanto, na obra *A palavra dos mortos: conferências de Criminologia Cautelar*, Zaffaroni passou a entender que essa definição de *criminologia como curso dos discursos sobre a questão criminal* é “*estreita*”, porque se limita à *criminologia teórica*, não abrangendo à *criminologia midiática* nem ao que passou a chamar de *criminologia cautelar*. Desde então, Zaffaroni abandonou a pretensão de definir a criminologia, dizendo que “*não é nenhuma aberração metodológica*”, “*não vale a pena buscar uma nova definição*”, “*mas sim percorreremos nosso caminho, nosso curso, e vocês mesmos poderão elaborar a definição ao final do percurso, caso creiam seja isso necessário*” (2012b, p. 36).

### 1.3 Criminologia Midiática

Nas obras *A palavra dos mortos: conferências de Criminologia Cautelar* (2012b, p. 303/347) e *A questão criminal*<sup>16</sup> (2018, p. 193/225), Zaffaroni aprofunda a explicação sobre a influência dos meios de comunicação de massa na questão criminal, o que passou a chamar de *criminologia midiática* (“*a palavra da mídia*”), que não se confunde com a *criminologia teórica ou acadêmica* (“*a palavra da academia*”) nem com, o que ele propõe como contrapartida, a *criminologia cautelar* (“*a palavra dos mortos*”).

A mídia cria realidades, heróis, inimigos e “bodes expiatórios”, emergências, “paranoias”, “pânico social”, medo, estimula o punitivismo e “naturaliza” mortes, com “informação, subinformação e desinformação”, preconceitos e crenças, tendo como base em uma “etiologia simplista”; e, em outras vezes, com um “silêncio cúmplice” de “massacres” e graves violações de direitos humanos (ZAFFARONI, 2012b, p. 303).

Cada mídia conta com a tecnologia do seu tempo e espaço, mas, conforme Zaffaroni (2012b, p. 304), sempre se baseou em uma “causalidade mágica”, criando uma “*urgência de resposta concreta e conjuntural*” (2012b, p. 313) e valendo-se de recursos de áudio, vídeo e/ou imagem, para “*impactar na esfera emocional*” do público, com o destaque nas últimas

<sup>16</sup> A obra *A questão criminal* é composta por uma série de artigos, que foram publicados semanalmente em jornal argentino para o grande público, em 2011, com ilustrações do cartunista argentino Miguel Repiso.

décadas para a imprensa televisiva, a fim de canalizar a vingança contra determinados grupos humanos estereotipados.

Cita Gabriel Tarde (1898) e a influência antissemita dos jornais franceses da época no caso francês *Dreyfus* (1894), Giovanni Sartori e seu ensaio *Homo videns. Televisione e post-pensiero* (1997), Pierre Bourdieu e sua obra *Sur la télévision* (1996), Dominique Wolton (que discordava de Bourdieu) e seu *Eloge du grand public: Une thèse critique de la télévision* (1990), Ernst Cassirer e sua ideia do ser humano como “animal simbólico”, e outros intelectuais, para fundamentar o poder dos meios de comunicação de massa e destacar como o *homo sapiens* tem se degradado e perdido a capacidade crítica e de abstração (“pensamento abstrato”), em razão de uma “cultura exclusivamente de imagens”, propagada pela mídia, que o *insta* constantemente ao “pensamento concreto”.

Aponta que as notícias que mais despertam interesse são de catástrofes, pois impressionam sem provocar a reflexão. Zaffaroni destaca que “*a imagem não fala, quem fala é o intérprete*” (2012b, p. 306), isto é, o comentarista da televisão ou de outra mídia, que se vale de linguagem pobre e de mensagens subliminares.

A criminologia midiática construiu um conceito peculiar de segurança (ZAFFARONI, 2012b, p. 308), centrado na prevenção da violência de roubos praticados por jovens, negros e pobres, de bairros urbanos periféricos; além de homicídios bárbaros, de esturpadores em série e de pedófilos (2012b, p. 314). A reiteração das mensagens emocionais pela imagem, na mídia, gera, à força, a introjeção da *criminologia midiática* e a indignação nos espectadores.

Para Zaffaroni (2012b, p. 308), isso provoca um “impulso vingativo por identificação com a vítima desses fatos” ou, se a vítima não pertencer ao grupo não estereotipado (o “*nós*”) e integrar o “*eles*”, então, “*considera-se uma violência intragrupal própria de sua condição inferior*”, não gerando, nesse caso, a indignação e sentimento de vingança.

Rememorando Michel Foucault, Zaffaroni (2018, p. 207) afirma que a criminologia midiática oculta do público “a potenciação do controle redutor de nossa liberdade”, pois, para prover segurança pública, “*vigia-se mais o eles, mas também o nós*”.

É um discurso de higiene social. Zaffaroni (2012b, p. 310) diz que a expressão máxima, desse tipo de discurso, é vista, p. ex., no *three strikes out* (três vezes e fora) ou na tolerância zero. Segundo a criminologia midiática, que não consegue esconder a sua “necrofilia”, “é preciso matá-los” e usa expressamente vocabulário bélico (2012b, p. 311). Nas execuções policiais sem processo, que são frequentes, a criminologia midiática justifica que o morto tem “*volumoso prontuário, inúmeros antecedentes, drogado*”. Assim, com *técnicas de neutralização, naturaliza* essas mortes, dando a entender para o público que essas

consequências do sistema penal são produto natural da violência própria *deles*, os estereotipados.

A *guerra contra o crime* e os *mortos* pelo sistema penal são fatos normalizados pela criminologia midiática e, conforme assinala Zaffaroni (2012b, p. 311), comemora-se, como sinal de eficácia preventiva, os cadáveres fuzilados, assim “*como o soldado inimigo morto na guerra*”. E quando não são mortos sem processo, na persecução penal os direitos e garantias fundamentais são violados, mediante o uso de “eufemismos”, v.g., longo tempo de prisão preventiva, em vez de antecipação da pena. Zaffaroni aponta que os “juízes brandos” são vistos como “traidores e encobridores”, pela criminologia midiática.

Essa criminologia midiática é importada dos Estados Unidos e, segundo Zaffaroni (2012b, p. 316), como não há recursos públicos na América Latina, que há nos EUA, para manter mais de dois milhões de presos e baixar o índice de desemprego com serviços para vigiá-los, os efeitos são nefastos.

A *guerra contra o crime*, não só em noticiários, é reafirmada também, na imaginação do público, em comunicações de entretenimento, alimentando o pânico social e introjetando muito medo no aparelho psicológico (ZAFFARONI, 2012b, p. 319/320). E há sempre um *herói* que faz justiça no enredo contra o *inimigo*.

Quanto à vítima, a criminologia midiática a instala como vítima-herói, interrompe o seu luto, explorando algumas de suas características particulares e perguntando-lhe, diante do público, se ela sofreu com o crime. Zaffaroni (2012b, p. 222), nesse ponto, com apoio na sociologia do desvio, afirma que “*a pessoa redefine sua autopercepção como vítima e se fixa nesse papel*”. A vítima, na mídia, clama por repressão, no entanto, depois é abandonada e a criminologia midiática dela se desvencilha.

A seleção criminalizante atualmente é feita pelos “empresários morais”, isto é, pelos formadores de opinião dos meios de comunicação de massa, pois, de acordo com o clamor popular, ou melhor, segundo Zaffaroni (2012b, p. 222), de acordo com a criminologia midiática, é que o poder punitivo seleciona.

Por trás da criminologia midiática estão os interesses das empresas midiáticas, que, como diz Zaffaroni, não estão a serviço do poder financeiro mundial, mas fazem parte desse próprio poder. Citou Zygmunt Bauman (*Modernidade e Holocausto*, 1989), para afirmar que a criminologia midiática manipula a *moral social* com a *indiferença social* (2012b, p. 324). Demonstrou profunda preocupação com o monopólio e oligopólios dos meios de comunicação nos países latino-americanos.

A criminologia midiática retroalimenta-se, segundo Zaffaroni (2012b, p. 338/339), porque até mesmo os *especialistas e peritos em direito penal*, quando perguntados pela imprensa sobre as causas do aumento da criminalidade e se a droga tem muito a ver ou se a desintegração da família conta, respondem o que “*só um criminólogo ou um cientista social poderiam responder e, mesmo assim, depois de pesquisas de campo que, obviamente, não são realizadas em nosso país porque não se destina nem um mísero tostão para isso*”.

*(...) Um policial, um promotor ou um médico podem ser muito bons em suas profissões e, no entanto, não saber quem foi Robert Merton, porque nenhuma falta lhes faz para desempenhar sua função. Podem não ter aberto, em suas vidas, um único livro de sociologia e desconhecer completamente a teoria sociológica e os métodos de pesquisa empírica, não saber o que é uma pesquisa de vitimização ou de autoincriminação, nem um fluxo de casos, muito menos saber como eles são relacionados, não ter ideia do que é um observador participante, nem da importância das entrevistas; ignorar tudo o que concerne à estatística social, nunca ter tido contato com uma pesquisa de campo e, no entanto, serem excelentes funcionários e profissionais em sua matéria.*

*(...) É aí que se reproduz a onda de retroalimentação: o especialista reproduz o discurso da criminologia midiática; fala do que sabe e, em seguida, fica falando do óbvio, que é a realidade construída midiaticamente. (...). (ZAFFARONI, 2012b, p. 339).*

Para Zaffaroni é inconcebível, hoje, um período de altíssimo prestígio da ciência, que a realidade seja criada com base em uma “*causalidade mágica*” pelos meios de comunicação de massa e, ainda mais, as decisões políticas, relacionadas à questão criminal, como políticas de segurança pública e edição de novas leis penais, sejam tomadas a partir da criminalidade midiática. E, de forma didática e crítica, ironiza: “*a criminologia midiática está para a (criminologia) acadêmica mais ou menos como o curandeirismo está para a medicina*” (2012b, p. 336).

#### **1.4 Criminologia Cautelar**

Também nas obras *A palavra dos mortos: conferências de Criminologia Cautelar* (2012b, p. 395/531) e *A questão criminal* (2018, p. 255/317), Zaffaroni faz atualizações e aprofunda uma proposta de atuação e militância contra a criminologia midiática e a violência estrutural do sistema penal, que chamou de *Criminologia Cautelar*.

A partir da antropologia de René Girard e suas categorias “o mecanismo da vítima expiatória”, “ilusão persecutória”, “desejo pelo desejo do outro” e “violência mimética” (2012b, p. 401/402), Zaffaroni destaca que “*a função mais importante do sistema penal é a canalização da vingança*”; “*na atualidade, os inimigos vão mudando*”; há “*a produção de*

*sucesivos bodes expiatórios e consequentes massacres*”, sobretudo, quando o poder punitivo se descontrola; e “*não é um fenômeno gerado pelo capitalismo, ainda que ele, devido à sociedade de consumo e à concentração e à polarização da riqueza, o estimule e o acelere*”.

Arremata que “*levamos 800 anos de poder punitivo criando inimigos, construindo bodes expiatórios e cometendo massacres*” (2012b, p. 408) e a criminologia tradicionalmente não se manifestou seriamente sobre os “massacres” (2012b, p. 407), tanto a do “reducionismo biológico” (criminologia etiológica), que, na verdade, legitimou os massacres, quanto a “negacionista por omissão” (criminologia crítica tradicional), porque não se ocuparam do tema e “os cadáveres foram silenciados” (2012b, p. 413). Para Zaffaroni, essa etapa chega ao seu fim, pois “chega-se, então, à terceira etapa, que é a que chamo(u) de *criminologia cautelar*”.

Definindo o que é a *criminologia cautelar*, Zaffaroni (2012b, p. 413) afirma que é “*a criminologia que proporciona a informação necessária e alerta a respeito do transbordamento do poder punitivo suscetível de produzir um massacre*”. Reitera que não é uma proposta abolicionista, como já tinha dito em outras obras mais antigas, mas uma “*criminologia de prudência, de cautelar, como indicava o jesuíta Spee*” em *Cautio Criminalis*.

Elenca tarefas, de cunho teórico e militante, para a *criminologia cautelar* (2012b, p. 413), visando à contenção e redução da violência do sistema penal potencializada pela *criminologia midiática*, isto é, para a prevenção da “instalação do mundo paranoide” e do “massacres a conta-gotas” (2012b, p. 467), a saber:

- (i) em primeiro lugar, na *análise crítica dos textos suspeitos de ocultar técnicas de neutralização*.
- (ii) Em segundo lugar, deve *estudar os efeitos da habilitação irresponsável do poder punitivo e advertir os juristas e os políticos sobre seus riscos*.
- (iii) Em terceiro lugar, deve *investigar a realidade violenta, aplicando as técnicas próprias da investigação social de campo, para*
- (iv) *neutralizar, com dados reais, a criminologia midiática e*
- (v) *adquirir prática comunicacional midiática para revelar publicamente sua causalidade mágica*.
- (vi) Por último, deve *analisar as conflituosidade violentas em todas as suas particularidades locais, para apontar o caminho mais adequado para desmotivar os comportamentos violentos e motivar os menos violentos*. (ZAFFARONI, 2012b, p. 413).

Sobre a *criminologia crítica* do século XX, Zaffaroni diz que ela não se tornou obsoleta, mas encerrou a sua fase negacionista de massacres pelo sistema penal; e que, com a *criminologia cautelar*, se está “*marchando para além da crítica, mas por intermédio dela*” e

fornecendo “ao direito penal a informação necessária para sua função de contenção do poder punitivo” (2012b, p. 414).

Anuncia que não é fácil fazer uma *criminologia militante* e faz um prognóstico das dificuldades, como, p. ex., acostumar-se a ser mal visto, ir para a rua, conversar com as pessoas e agentes públicos, compreender as suas angústias, investigar os discursos midiáticos e denunciar as suas fórmulas mágicas, desconcertar os políticos, não desanimar com os fracassos, saber que não é uma tarefa individual e reproduzir a militância, no compromisso com a tarefa de impor *cautela* ao exercício do poder punitivo (2012b, p. 467).

O objetivo é fazer da *criminologia cautelar* uma *criminologia preventiva de Estado* e, como explica Zaffaroni (2012b, p. 472 e 486), isso requer decisão política e tempo de preparação.

Não aconselha o “suicídio político” com a adoção repentina da criminologia cautelar pelos políticos, pois sabe que a vida política depende de apoio do eleitorado e seus interesses (ZAFFARONI, 2012b, p. 473). Esclarece que a *tática de mudança* é ir fazendo algumas “prudentes concessões discursivas à criminologia midiática enquanto a criminologia cautelar vai sendo montada”.

Sugere a criação de um “centro de observação autônomo, que não fique sob o controle das agências do sistema penal”, assim como há bancos centrais que são autônomos, pois a criminologia cautelar precisa se institucionalizar com um órgão não hegemônico (2012b, p. 473).

Esclarece que a “*criminologia cautelar não é só uma criminologia da denúncia*” (ZAFFARONI, 2012b, p. 492), como foi a tradicional criminologia crítica.

Aponta que a “*a polícia é a chave de toda a mudança*” (2012b, p. 497), pois a atenção dada à sua formação e aperfeiçoamento, à hierarquização profissional de seu pessoal é fundamental. Recomenda à criminologia cautelar que, p. ex., com a técnica de pesquisa *survey*<sup>17</sup> ou outras técnicas de pesquisa empírica, reúna os dados sobre cada polícia, valendo-se de documentos, entrevistas, análises dos salários, das punições disciplinares e outras variáveis, para se analisar o grau de deterioração que a agência policial alcançou.

Citando Erving Goffman (2012b, p. 502), Zaffaroni afirma que não é possível eliminar os efeitos estruturais da prisão como instituição total. A propósito, destaca que “*nunca soube,*

---

<sup>17</sup> A pesquisa *survey*, em geral, ocorre com um questionário e objetiva obter dados e informações sobre características, comportamentos, opiniões, motivos ou valores de uma determinada população-alvo. Recomendada para responder, por exemplo, questões como: “quem?”, “fazer o quê?”, “por qual razão?”, “com que sentido?” etc.

*por exemplo, porque as visitas são submetidas a revistas vexatórias, quando é mais sensato revistar o preso antes e depois de devolvê-lo ao pavilhão”* (2012b, p. 502).

Para Zaffaroni, *“o preso está preso por sua vulnerabilidade”* (2012b, p. 502). A introjeção do estereótipo afeta a sua autopercepção, tornando-o altamente vulnerável ao poder punitivo. Afirma que quando um preso ingressa analfabeto e sai da prisão, p. ex., como engenheiro eletrônico, foi porque conseguiu expulsar o estereótipo introjetado e mudar a sua autopercepção, o que aumentou o seu nível de invulnerabilidade ao poder punitivo.

Não acredita que os considerados “casos de êxito ressocializador”, das *“ideologias ‘re’”*, tenham a explicação correta, pois *“quando observamos mais de perto estes casos vemos que o que ocorreu é que a pessoa mudou sua autopercepção; em vez de fortalecer a introjeção do estereótipo”* (ZAFFARONI, 2012b, p. 501).

Discordando da maioria das vertentes da criminologia da reação social e citando o psiquiatra Viktor Frankl (2012b, p. 504; 2018, p. 317), Zaffaroni propõe a manutenção da *clínica psicológica*, desde que seja reformulada para o que chamou de *“clínica da vulnerabilidade”* (1988, p. 24/28; 2012b, p. 503), *“na qual, é claro, os psicólogos têm um amplo campo de ação especializada”* (2018, p. 316), para retirar os criminalizados, os presos, as vítimas, os policiais (e quem mais sofra alguma deterioração pelo sistema penal) do “desvio secundário”, ajudando-os a autoperceberem-se como pessoa humana capaz de definir e executarem o projeto existencial que quiserem.

(...) Algo assim como: *você é um ser humano, tem que se dar conta que essa imagem que construiu de si mesmo é falsa, você se degrada a si mesmo e é funcional ao poder, eles tentam fazer com que você acredite que é esperto e te usam como idiota, estão te usando, explorando tua ingenuidade. Nós oferecemos a oportunidade para você acordar. Eles tentam fazer com que você acredite que a próxima será melhor? Não, não há melhor, é uma armadilha a mais. Aqueles que fazem o bem não vêm aqui.*

Isso é o que às vezes se faz sem saber, são os casos de *ressocialização* que o pessoal mostra, é uma *clínica da vulnerabilidade*.

(...) Não é nada simples levar a cabo essa tarefa. *Requer um gerenciamento técnico que não pode ser entregue ao acaso. As personalidades e as biografias são diferentes*, o impacto da revelação do engano manipulador do poder punitivo é grande, o estereótipo resiste a esse tipo de *exorcismo*.

(...) *Se o tratamento não for realizado com o cuidado necessário, por mãos especializadas, a pessoa pode defender-se da depressão negando a evidência e mesmo reagir paradoxalmente, lançando-se a um verdadeiro suicídio violento, triangular, em uma ação desesperada.* (...) (ZAFFARONI, 2012b, p. 503)

Assim, como *A palavra da academia* (criminologia da reação social) não conseguiu neutralizar *A palavra da mídia* (criminologia midiática) e conter as pulsões violentas do sistema penal e, ainda, *“a única realidade em criminologia são os cadáveres”*

(ZAFFARONI, 2012b, p. 535) e os presos, é urgente e necessário, *na nossa margem latino-americana*, uma *criminologia cautelar*, que seja *teórica e militante*, aos poucos se instale como uma *criminologia preventiva do Estado*, para antecipar-se e evitar “*mortes anunciadas*” (2012b, p. 532), “*massacres por gotejamento*” (2012b, p. 535) e o encarceramento em massa de determinados estereótipos, em uma *interseccionalidade* de violações aos direitos humanos (jovens, negros, pobres, de baixa escolaridade, p. ex., envolvidos com as drogas ilícitas).

### 1.5 Direito Penal Humano

A partir de uma *Conferência, pronunciada, em 17 de junho de 2014, no Max Planck Institut für ausländisches und Internationales Strafrecht*, em Freiburg, Alemanha, conforme consta no registro feito na primeira nota de rodapé do artigo *¿Derecho penal humano o inhumano?*, publicado na *Revista de Derecho Penal y Criminologia, Año IV, N. 8, Buenos Aires, setembro de 2014, p. 03/15*, Zaffaroni passou a falar em “*direito penal humano*” para conter o “*direito penal inumano ou não humano*”, além de outras atualizações na sua teoria criminológica.

Para Zaffaroni (2015b, p. 28), são categorias comuns em todo “*massacre estatal*”: os “*próprios*”, os “*estranhos*”, os “*inimigos*”, os “*traidores*” e os “*perdedores*”. E, ainda, há o “*elemento mítico-idolátrico*”, o “*mal cósmico que se levanta contra o ídolo*” e o “*poder punitivo como o raio de contenção da ameaça cósmica*”.

(...) Na *inquisição romana*, os *próprios* eram os fiéis ao papa, os *estranhos* eram o exército heterogêneo: curandeiros, padres que praticavam exorcismo sem permissão, simples magos etc. Os *inimigos* eram os hereges, as bruxas e todos que desconheciam a autoridade papal. *Perdedores* eram os nobres e os senhores remissos ou rompidos com o papa; um bom exemplo foram os Cavaleiros Templários. O *elemento mítico* era Satã – que em hebraico significa inimigo – convertido em um ídolo negativo (um anti-Deus na visão maniqueísta) que obrigava a matar em nome do Deus bom que, entretanto, havia sido sacrificado pelo próprio poder punitivo.

(...) O *reduccionismo biologista neocolonizador* reconheceu como *próprios* os brancos europeus de classe média e alta e os de classe trabalhadora europeia submissa; *estranhos* inferiores eram os neocolonizadores; *inimigos* naturais foram as classes perigosas urbanas, a Comuna de Paris, os anarquistas, os socialistas e os rebeldes coloniais; *traidores* (inimigos declarados) eram os brancos europeus socialistas e anarquistas; *perdedores* eram as classes urbanas invejadas (antisemitismo, caso Dreyfus). O *elemento mítico-idolátrico* foi panteísta, com alguns curiosos desenvolvimentos espiritualistas.

(...) Para o *nacional-socialismo*, os *próprios* eram os alemães arianos; os *estranhos*, os não arianos e os arianos não alemães; os *inimigos*, os judeus,

ciganos e homossexuais; *os traidores*, os alemães arianos antinazistas (socialdemocratas e republicados); *perdedores* foram Röhm, os autores do atentado de 1944, Rommel etc. *Elemento mítico-idolátrico* foi o endeusamento da raça superior criada diferente pelo próprio Deus.

(...) Nas *ditaduras de segurança nacional sul-americanas*, *os próprios* eram os ocidentais e cristãos; *estranhos*, os indiferentes; *traidores*, os críticos e os denunciadores de seus crimes; *inimigos*, os subversivos; *perdedores*, algumas vítimas da luta hegemônica. O *elemento mítico-idolátrico* era sua missão de cruzada cósmica contra o comunismo internacional em meio a uma guerra universal. (ZAFFARONI, 2015b, p. 28/29)

O *direito penal de garantias* (ZAFFARONI, 2015b, p. 29) não se desenvolve pela reflexão e, sim, pelo pânico que decorre dos *horrores* próprios de todos os processos históricos que culminaram em massacres executados por um poder punitivo.

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, resumido no art. 1º, inciso 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, estabelece que “*todo ser humano deve ser considerado e tratado como pessoa*” (ZAFFARONI, 2015b, p. 30) e, portanto, não há hierarquia de seres humanos.

As recentes Constituições dos Estados nacionais fundamentam-se nessas normas internacionais, como o art. 1º, III, da Constituição brasileira de 1988, preveem que a dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado Democrático de Direito. Portanto, o direito penal dos Estados nacionais, fundado nessa antropologia jurídica jus-humanista, deve ser um *direito penal humano* (ZAFFARONI, 2015b, p. 30).

Há diferenças entre o *direito penal humano* e o tradicional *direito penal liberal*, quanto à fonte e a natureza. Os expoentes do direito penal liberal, em uma época à míngua de força normativa da Constituição, usaram a filosofia e a razão como fontes, para deduzir a função idealizada da pena e os limites penais, construindo, a partir disso, uma dogmática jurídico-penal e suas propostas de sistema de imputação; portanto, foram jusnaturalistas e a natureza dele é de *idealismo cognitivo*. Por sua vez, o *direito penal humano* não precisa recorrer a ideias metajurídicas, pois essa transcendência, atualmente, está reduzida à antropologia jurídica positivada nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e nas recentes Constituições nacionais, e a sua natureza é de *empirismo histórico*, pois tem que ser “*o verso da moeda – do direito penal inumano que conduz a um ilimitado exercício do poder punitivo que, se não se detém, desemboca em massacre*” (ZAFFARONI, 2015b, p. 31) e em encarceramento em massa.

A tensão entre *direito penal humano* e *direito penal inumano* é expressão de todo “Estado histórico”<sup>18</sup> (ZAFFARONI, 2015b, p. 32). A base ôntica é sempre a desigual distribuição de renda e não há sociedade que não esteja, em algum grau, estratificada. Um elemento do direito penal inumano é o fato de todo o direito ignorar a estratificação e a exclusão social, mantendo o controle sobre os menos favorecidos, mediante um poder punitivo seletivo, que não reconhece a condição de pessoa humana desses criminalizados. Como destaca Zaffaroni (2016, p. 111), nos países latino-americanos há altos coeficientes de Gini (índice de desigualdade econômica).

(...) no se trata de penar más a un rico que a un pobre o a quien lesione a un pobre que a un rico, sólo porque lo sean.

Esto sería un inaceptable simplismo que, nuevamente, caería en un enmascaramiento de *no personas* de las capas superiores. Creemos realmente que estos son errores propios de toda pretensión de imaginar un *derecho penal del proletariado* que, en definitiva incurre en error de la *idolatria de omnipotencial del poder punitivo*, pues pretende cambiar con el derecho penal la sociedade estratificada real.

*No será jamás el poder punitivo el que reduzca los coeficientes de Gini ni el que provoque equidade en la distriución de la riqueza, al tiempo que tampoco se debe enmascarar a nadie como no persona, sino desenmascarar a los enemizados (...).* (ZAFFARONI, 2016, p. 112).

Zaffaroni considera que a ciência do direito penal, na perspectiva *do direito penal humano*, não é politicamente neutra, pois a sua missão é a de confrontar as “pulsões inumanas” do sistema penal (ZAFFARONI, 2015b, p. 33). Esclarece que “*não se trata de uma opção livremente assumida, mas de um mandato constitucional que impõe o dever de impulsionar continuamente o padrão de realização constitucional*”.

Além disso, considera que o *direito penal humano* deve ser *crítico*, quanto ao grau de realização constitucional, e *ativo, dinâmico* e, portanto, *militante*, no sentido, não de escolher um inimigo para combater, mas para conter uma pulsão contrária àquele que escolhe um inimigo, o *direito penal inumano*. Zaffaroni pondera que “*os próprios criminosos massacradores são pessoas, não são inferiores nem sub-humanos, não são inimigos, mas promovedores de uma pulsão sempre presente na história. Ninguém pretende aniquilá-los*” (2015b, p. 34).

A ciência do direito penal deve se constitucionalizar, o que, para Zaffaroni, significa a “*personalização do direito penal*” (2015b, p. 35). Não é possível, como já se fez no passado

---

<sup>18</sup> Esclarece-se que, quando Zaffaroni, usa a expressão “Estado real ou histórico” ou “Estado Democrático de Direito real ou histórico” pretende fazer um contraponto ao “Estado ideal ou perfeito” ou “Estado Democrático de Direito ideal ou perfeito”, que não existe na realidade e funciona apenas como um direcionamento para onde se deva caminhar, apesar de empiricamente inalcançável em toda a sua plenitude.

com os escravos, declarar que determinados indivíduos não são *pessoas*, pois, como o direito penal humano não se trata de uma *dedução* de fundamentos metajurídicos ou decisão arbitrária, deve-se considerar “*ser humano como sinônimo de vida humana*” (2015b, p. 35). Vida humana é o “*dado ôntico-biológico*”, que não se confunde com o *biologismo hierarquizante ou discriminatório* do positivismo criminológico. Em razão dos próprios Tratados Internacionais de Direitos Humanos, aplica-se a regra interpretativa da *cláusula pro homine*.

A ordem jurídica deve ser considerada programada em função da “*realização da pessoa. A antropologia constitucional impõe a todo o direito (...) a intranscendência da pessoa.*” (2015b, p. 35). O *direito penal inumado* é transcendente, porque “*considera que há seres humanos que não são pessoas, e assim, os coloca a serviço dos que considera pessoas, racionalizando essa subordinação hierárquica (...)*” (2015b, p. 35). Nesse sentido, o *direito penal humano* é também *ético* e deve respeitar a “*autonomia moral (consciência do bom e do mau) da pessoa como um dado inerente de sua condição desenvolvida e na medida desse desenvolvimento*” (2015b, p. 36).

(...) *O reconhecimento da consciência moral de todo ser humano é condição de seu respeito como pessoa. O poder que invade o campo moral individual é profundamente imoral, pois nega a possibilidade da eleição moral pela pessoa.*

Mas isso não impede que se sustente firmemente que *a vida humana (pessoa) existe ainda que seu completo desenvolvimento vital ainda não tenha sido alcançado, nem possa ser alcançado ou tenha sido perdido.* Trata-se de outro conceito não arbitrariamente normativizável, mas com *fundamentação ôntica de caráter bio-psíquico não suscetível de limitação política nem cultural.* (ZAFFARONI, 2015b, p. 36).

Por causa do *empirismo histórico* subjacente ao *direito penal humano*, que considera que não há de fato um Estado Democrático de Direito perfeito, e sim um “*Estado Democrático de Direito real ou histórico*” (ZAFFARONI, 2015b, p. 39), a pergunta prioritária não é mais a de “*qual é a função da pena?*” e, *por dedução*, idealizar-se um sistema de imputação, mas a pergunta prioritária passa a ser “*como conter o poder punitivo?*” (2015b, p. 39).

(...) Há alguns casos (...) do *direito penal inumano* e do *poder punitivo descontrolado*. Quando, nesses casos, o nível de elaboração do discurso é elevado, o *direito penal humano* deve tomar partido dessas *teorizações inumanas* para: a) *individualizar os argumentos discursivos por onde penetram as defesas de seu sistema*; b) *aprender a detectar esses argumentos como elementos negativos das pulsões inumadas para valer-se dos próprios juízes, infiltrando a contenção jurídica na dinâmica constante dos Estados de Direito*; c) *aperfeiçoar seu próprio discurso de contenção à*

medida que se descobrem os pontos vulneráveis de seus sistemas defensivos. (ZAFFARONI, 2015b, p. 39).

Na fase atual da *globalização*, Zaffaroni aponta que “*os próprios*” são “*os membros do intra-grupo das classes médias urbanas (incluídos)*”. Os *inimigos* e “*os estranhos inferiores são todos os excluídos, como os integrantes do mundo faminto (...), os desocupados, e empregados temporários (...) ou os adolescentes de bairros precários (...)*” (2015b, p. 45). Os “*traidores tendem a ser todos do intra-grupo de classe média que denunciam e criticam a arbitrariedade da situação ou que reclamam espaços de protesto e, claro, os juizes e juristas que pretendem impor limites ao poder punitivo*”. E os *perdedores* são “*os eliminados por desqualificação política, ou seja, alguns que são vítimas de novas técnicas midiáticas de eliminação (...), como também os que perdem no mundo financeiro ou excedem-se em seu poder lesionando a outros poderosos e ficam sem a cobertura da impunidade*” (2015b, p. 45).

Com a hegemonia dos conglomerados transnacionais, “cujo poder está superando o dos Estados nacionais ou comprando sua política” (ZAFFARONI, 2015b, p. 45), a crescente concentração de riqueza gera uma concomitante exclusão social, de modo que “*cerca de setenta pessoas possuem o equivalente ao que é possuído pelos três bilhões de habitantes mais pobres do planeta*” (ZAFFARONI, 2015b, p. 45). E é funcional a esse poder econômico um poder punitivo em expansão. Os meios de comunicação de massa, que são oligopólios ou até monopólios em alguns países latino-americanos (ZAFFARONI, 2015b, p. 45), favorecem o *direito penal inumano*, com a construção midiática da realidade e estímulo ao punitivismo.

Diante dessa conjuntura, a *posição geopolítica regional* do Zaffaroni é a de que se deve neutralizar o debilitamento dos Estados nacionais latino-americanos frente ao poder financeiros das corporações transnacionais, “*pero un Estado fuerte no es sinónimo de Estado autoritario*” (ZAFFARONI, 2016, p. 118).

Para a efetividade do *direito humano ao desenvolvimento social*, o Estado deve ser forte e conseguirá sê-lo, quando controlar seu território (soberano), resistir ao colonialismo (independente) e reduzir a estratificação social (menos injusto), “*es decir, cuando crea condiciones básicas de mayor equidad en la distribución de la riqueza y, por ende, possibilita mejores realizaciones existenciales a sus habitantes*” (2016, p. 118).

Para Zaffaroni, com o saldo anual de mortes em consequência da violação ao direito humano ao desenvolvimento, nos países *na nossa margem*, verifica-se que está em curso um

“*genocídio por goteio*<sup>19</sup>” (2016, p. 120), não só em razão de mortes violentas, senão também por

(...) *companãs sanitárias omitidas o insuficientes, deficientes condiciones de salubridad, carências de obras públicas de prevención de catástrofes, falta de sistemas cloacales, precariedade habitacional, inseguridad laboral, desnutrición, suicídios, inseguridad del transporte y del tránsito, inadecuación de vías de comunicación, etc.* (ZAFFARONI, 2016, p. 120).

O poder jurídico de contenção do *direito penal humano* não tem a atribuição nem conseguiria superar o subdesenvolvimento econômico dos países latino-americanos, como destaca Zaffaroni (2016, p. 121), porque isso é incumbência da política geral e dinâmica dos povos, entre avanços e retrocessos.

Cabe ao penalista do *direito penal humano*, pelo menos, impedir que o subdesenvolvimento se intensifique e que a dinâmica social seja prejudicada (ex: repressão de manifestações populares e outras obstruções de espaços de propulsão popular ao desenvolvimento) com o *direito penal inumano*. Isso faz parte do que Zaffaroni passou a chamar de “*função contraseletiva do direito penal humano*” (2016, p. 121).

---

<sup>19</sup> Esclarece-se que Zaffaroni não usa a expressão “*genocídio*” e “*massacre*” no sentido técnico-jurídico, de acordo com a legislação penal nacional do Brasil ou da Argentina ou de outros países latino-americanos, nem de acordo com tratados internacionais, mas em sentido mais amplo, isto é, *um conceito criminológico*, em vez de um *conceito jurídico-penal*. “(...) não nos serve a definição legal, que nesse caso seria a de genocídio, do direito internacional, cunhada a partir da proposta de Raphael Lemkin e estabelecida na *fórmula da Convenção para a prevenção e sanção do delito de genocídio das Nações Unidas, de 1948*. Não nos serve porque foi elaborada na medida das grandes potências no começo da guerra fria e, por conseguinte, não abrange o aniquilamento dos grupos políticos porque não convinha, exige aniquilamento para deixar de fora as matanças neocolonialistas e, também, para evitar que as bombas de Hiroshima e Hagasaki entrassem na definição. Embora a consagração internacional do crime de genocídio tenha conseguido revelar tantos milhões de cadáveres, o que foi muito positivo, o certo é que se tentou calar os gritos de muitos milhões a mais no curso das negociações. (...) a definição legal de genocídio é produto de um exercício de poder (de uma decisão política de criminalização primária) que não perde seu caráter seletivo por provir do campo internacional, faz-se necessário substituí-la por um conceito criminológico. A esse efeito – e acompanhando, com correções, Semelin, que é um estudioso do tema - usaremos a definição mais ampla de *massacre*, entendendo por tal toda prática de homicídio de um número considerável de pessoas por parte de agentes de um Estado ou de um grupo organizado com controle territorial, de forma direta ou com clara complacência destes, levada a cabo de forma conjunta ou continuada, fora de situações reais de guerra que importem forças mais ou menos simétricas.” (ZAFFARONI, 2018, p. 228 e 232).

## 2 A RELAÇÃO ENTRE CRIMINOLOGIA, POLÍTICA CRIMINAL E DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL NA (RE)CONSTRUÇÃO PERMANENTE DE SENTIDO DE BEM JURÍDICO, AUTONOMIA PRIVADA E PATERNALISMO PENAL

O recorte desse capítulo cinge-se em uma revisão bibliográfica sobre como a relação entre a criminologia, a política criminal e dogmática jurídico-penal *constitui e reconstrói constantemente* os *significados* de *bem jurídico*, de *autonomia privada* e de *paternalismo penal*, isto é, alguns dos elementos fundamentais e sensíveis à *legitimidade do Direito Penal* sob a égide do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

### 2.1 A relação entre Criminologia, Política Criminal e Dogmática Jurídico-Penal

Ao longo do tempo, a depender de qual *discurso* se torne *hegemônico*, dos interesses em jogo e da concepção de ciência predominante, prevalece, como principal *saber penal*, a *criminologia* ou a *política criminal* ou a *dogmática jurídico-penal*.

Antes de Franz von Liszt, era a *política criminal* que estava em evidência, com valores jusnaturalistas, ditados pela razão, e que deveriam ser protegidos pelo poder punitivo. Com Franz von Liszt, a *dogmática jurídico-penal* assume o protagonismo, sobretudo, com a deferência ao princípio da legalidade e para conter o *jus puniendi*. Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Raffaele Garofalo enaltecem a *criminologia* etiológica, em detrimento dos demais saberes penais. Karl Binding e Arturo Rocco capitanearam um retorno da supremacia da *dogmática jurídico-penal*. Com Claus Roxin, o destaque volta-se, uma vez mais, para a *política criminal*. E, atualmente, a *criminologia* crítica reassume uma posição de prestígio entre os saberes penais.

Evidentemente que, como toda narrativa histórica, não há, diante dessa constatação, a pretensão de linearidade, senão perceber como esses saberes penais vêm se inter-relacionando, pelo menos, desde o final do século XIX.

Franz von Liszt, em 1881, propôs uma *ciência conjunta do direito penal* (*gesamte Strafrechtswissenschaft*), integrada pela *dogmática jurídico-penal*, como ciência principal, e pela *política criminal* e pela *criminologia*, ciências auxiliares (SCHMIDT, 2007, p. 148).

Karl Binding, à época, criticou Franz von Liszt de ter abandonado a lei penal, quem, por sua vez, retrucou dizendo que ele defendia uma punição sem propósito. Apesar de se opor às justificativas metajurídicas da retribuição da pena (Kant e Hegel) e defender funções preventivas especiais para a punição (uma das propostas do seu “Programa de Marburgo”), o

modelo integrado de Liszt foi o de um sistema fechado, porque não poderia haver influência interna ao sistema de imputação racional jurídico-penal (perspectiva de *lege lata*), mas a criminologia e a política criminal só poderiam indicar a finalidade da pena e recomendar reformas à legislação penal (perspectiva de *lege ferenda*).

Na proposta de Franz von Liszt, a *dogmática jurídico-penal* ocupava-se da legislação penal e da estruturação sistemática do conceito de crime (ação típica, antijurídica e culpável), com uma “*função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação e a liberdade individual em face da voracidade do Estado ‘Leviatã’*”<sup>20</sup> (ROXIN, 2002, p. 3); a *política criminal* cingia-se à *ideia de fim no direito penal* e aos princípios orientadores da estratégia de prevenção de crimes, derivados de observações empíricas, como uma “*tarefa social do direito penal*” (ROXIN, 2002, p. 2); e a *criminologia*, fundada no paradigma etiológico, mas não na antropometria biologicista de Cesare Lombroso, à qual von Liszt se opunha, estudava as causas explicativas dos delitos como meio de defesa social (SCHMIDT, 2007, p. 150).

Algumas frases das obras de Franz von Liszt<sup>21</sup> atravessaram o século XX e as fronteiras alemãs, funcionando aqui como um boa síntese: “*o Código Penal é a Magna Carta do Delinquente*”, “*bem jurídico é um interesse juridicamente protegido*”, “*o direito penal é a barreira intransponível da política criminal*” e “*a política criminal é a ponte entre a dogmática jurídico-penal e a criminologia*”.

Claus Roxin<sup>22</sup>, em 1970, criticou o modelo integral de Franz von Liszt e propôs que valores político-criminais, referentes à prevenção geral e especial da pena, orientem a reconstrução da dogmática jurídico-penal, tanto na perspectiva de *lege lata*, quanto na perspectiva de *lege ferenda* (SCHMIDT, 2007, p. 161). A proposta do Claus Roxin é a de um sistema aberto de *ciência conjunta do direito penal*, cujo sistema de imputação funcional-teleológico jurídico-penal e suas categorias (tipicidade, antijuricidade e responsabilidade) são ressignificados, com dimensões materiais, e estão a serviço de princípios político-criminais. É conhecida a crítica de Claus Roxin ao modelo lisztiniano:

---

<sup>20</sup> Claus Roxin (2002, p. 4) destaca importante trecho na obra de Franz von Liszt: “*Enquanto estivermos empenhados em proteger a liberdade do indivíduo em face do arbítrio ilimitado do poder estatal, enquanto nos ativermos ao princípio nullum crimen, nulla poena sine lege, a rígida arte de uma interpretação de leis que opere com princípios científicos manterá a sua importância política*” (*Strafrechtl. Aufsätze und Vorträge*, Vol. II, 1905, p. 434).

<sup>21</sup> Entre as obras de Franz von Liszt (1851-1919), nesse ponto, destacam-se: Tratado de Direito Penal alemão (1881) e A ideia de fim no Direito Penal (1882).

<sup>22</sup> Nesse ponto, destaca-se, entre inúmeras obras de Claus Roxin (1931-): Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal (1970).

(...) se os questionamentos político-criminais não podem e não devem adentrar no sistema, deduções que dele corretamente se façam certamente garantirão soluções claras e uniformes, mas não necessariamente ajustadas ao caso. *De que serve, porém, a solução de um problema jurídico, que apesar de sua linda clareza e uniformidade é político-criminalmente errada? Não será preferível uma decisão adequada ao caso concreto, ainda que não integrável no sistema?* (...). (2002, p. 7)

(...) fica claro *o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político-criminais introduzirem-se no sistema do direito penal*, de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana. Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (...) (2002, p. 20).

Alessandro Baratta (2000), por sua vez, no final do século XX, apresentou outra perspectiva para a *política criminal*, para o futuro da *criminologia* e do modelo integral das ciências penais. A política criminal teria objeto indefinido, devendo se relacionar à proteção dos direitos humanos individuais e sociais dos cidadãos, com políticas de natureza penal e não penal, de caráter preventivo e repressivo, tendo como limite o “direito penal da Constituição” e a partir das informações fornecidas pela criminologia crítica.

E nesse marco das “Criminologias Críticas” (FERREIRA, 2016, p. 173), Eugenio Raúl Zaffaroni, desde sua obra *Criminologia: Aproximação desde uma margem* (1988, p. IX), afirma, em síntese, que estudou criminologia com o mexicano Alfonso Quiroz Cuarón, em 1965, e, por um período, refugiou-se na dogmática jurídico-penal; depois, percebeu que a chave estava na “política criminológica” – conforme alhures, para esse autor não faz sentido distinguir a criminologia e a política criminal (1988, p. 20; 2012a, p. 171) - e na sua estreita relação com a política em geral; “*a dogmática é um imenso esforço de racionalidade de uma programação irrealizável e que criminologia tradicional ou ‘etiológica’ não era suficiente*”; e propôs, entre outros pontos, a reconstrução da dogmática jurídico-penal, na perspectiva do que chamou de “*realismo criminológico marginal latino-americano*” (1988, p. 21/24), que sofreu ajustes e atualizações por suas obras mais recentes, conforme vimos no Capítulo 1.

Andrei Zenkner Schmidt (2007, p. 7), em interessante revisão crítica sob essa perspectiva transdisciplinar, arremata que nenhum desses saberes penais é mais considerado ciência auxiliar de alguma ciência principal, na medida em que

(...) *o Direito Penal desenvolve-se a partir de um método preponderantemente dogmático, mas que condiciona sua expansão/retração não só a partir de finalidades políticas inerentes ao sistema (os fundamentos do Direito Penal, que dão conteúdo à política criminal, senão também a partir do contexto cultural onde tem incidência (abordado principalmente pela criminologia). Este último aspecto é fundamental para que a ciência penal ponha os pés no chão e evite voar normativamente alto demais. Assim,*

*é relativamente correta a conclusão de ROXIN no sentido de que a dogmática há de orientar-se pela política criminal; tal assertiva, entretanto, parece incompleta; também a criminologia deve exercer o seu grau de influência. (...)*

Portanto, a *ciência penal conjunta* constitui-se como uma *unidade funcional* (SCHMIDT, 2007, p. 173), em permanente *(re)construção*, numa relação complexa e dinâmica entre a *criminologia*, a *política criminal* e a *dogmática jurídico-penal* (direito penal e processo penal), isto é, na inter-relação entre o *ser* e o *dever-ser* projeta-se o *dever* (SCHMIDT, 2007, p. 11), com o objetivo de reduzir a violência relacionada à questão criminal (ZAFFARONI, 2005. p. 38).

## 2.2 Bem jurídico e *harm principle*

### 2.2.1 A teoria do bem jurídico-penal reforçada pela proporcionalidade na tradição *civil law*

A *teoria do bem jurídico*, uma herança do Iluminismo, está em permanente *(re)construção*, na tradição romano-germânica, há mais de 250 anos, desde, pelo menos, a publicação *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Beccaria, em 1764, com conteúdo liberal, inicialmente baseada na perspectiva do *contrato social* e na lógica *utilitarista*, com a expressão “*danos causados à sociedade pela violação do pacto social*”<sup>23</sup> (BECCARIA, 2014, p. 70), isto é, o *princípio iluminista da danosidade social (doutrina dos danos sociais)*, época desde a qual já se pretendia limitar o poder punitivo estatal e, conforme destaca Bernd Schünemann (2013, p. 45), “*não se conhecia nem uma constituição escrita, nem uma corte constitucional competente para realizar o controle de constitucionalidade em face do legislador*”.

(...) Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma *liberdade* cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, *sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania na nação*; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo.

*Não era suficiente, contudo, a formação desse depósito; era necessário protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois a tendência do homem é tão forte para o despotismo, que ele procura, incessantemente, não*

<sup>23</sup> “(...) §XXIV. *Da medida dos delitos. Já notamos que a exata medida dos crimes é o prejuízo causado à sociedade. (...) (2014, p. 70); “(...) §XXVII. Dos atentados contra a segurança dos particulares e, principalmente, das violências. (...) o castigo se mede pelo dano causado à sociedade, e não pela sensibilidade do culpado. (...)” (2014, p. 76); “(...) XXX. Do Roubo. (...) o dano que causou e a violação do pacto social (...)” (2014, p. 80).*

*só retirar da massa comum a sua parte de liberdade, como também usurpar a dos outros.*

Eram necessários meios sensíveis e muito poderosos para sufocar esse espírito despótico, que logo voltou a mergulhar a sociedade em antigo caos. Tais meios foram as penas estabelecidas contra os que infringiam as leis.

Referi que esses meios precisaram ser sensíveis (...) cuja ação somente pode ser impedida em seus efeitos sobre a sociedade por meios que causem imediata impressão aos sentidos e que se fixem nos espíritos, para contrabalançar por impressões fortes a força das paixões particulares, em geral opostas ao bem comum.

Desse modo, *somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade*; disso advém que cada qual apenas concorda em *pôr no depósito comum* a menor porção possível dela, quer dizer, *exatamente o que era necessário* para empenhar os outros em mantê-lo na posse do restante.

A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. *Todo o exercício do poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo.*

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos. (...) (BECCARIA, 2014, p. 19/20). (g.n.)

Com a filosofia penal de Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, cujo *tratado* foi publicado em 1801, ainda em base contratualista e ideologia liberal-individualista, segundo Bernd Schünemann (2013, p. 47), *“encontramos, é verdade, uma restrição do direito penal à afetação de direitos subjetivos do indivíduo, mas ele compreendia os delitos contra a moral como contravenções de polícia altamente criminalizadas”*.

Entrementes, foi Johann Michael Franz Birnbaum, em 1834, quem introduziu a expressão *“bem jurídico”* no direito penal, embora, naquela época, esse penalista alemão pretendesse *“precisamente justificar a punibilidade dos delitos contra a religião e contra a moralidade”* (ROXIN, 2014, p. 45).

Muitos penalistas, na história dogmática do conceito de bem jurídico, debruçaram-se sobre a questão e forneceram, de acordo com suas concepções e contexto social, um conceito de bem jurídico. Como destaca Claus Roxin (2014, p. 45), *“deixando de lado alguns predecessores (...), a verdadeira história dogmática do conceito de bem jurídico crítico à legislação começa, portanto, na época posterior à Segunda Guerra”*. Antes desse marco histórico nenhuma teoria ou concepção conseguiu apresentar fundamentos que limitassem efetivamente o *jus puniendi* (ROXIN, 2014, p. 43).

Conquanto tenha sido no seio da cultura jurídico-penal alemã que a *teoria do bem jurídico* surgiu e mais se desenvolveu, o Tribunal Constitucional Federal alemão, como reconhece Claus Roxin (2014, p. 46 e 50), *“não reconheceu até hoje a lesão a bem jurídico*

como pressuposto de uma penalização válida, apesar de ter tido várias oportunidades de fazê-lo: nas decisões sobre constitucionalidade (...) da posse de cannabis (...)”, por exemplo. E mais, como também registra Claus Roxin (2014, p. 70 e 78), “o Tribunal Constitucional alemão decidiu em 2008 [BVerfGE 120, p. 242: caso de incesto entre irmãos, adultos capazes] que não é possível deduzir do princípio do bem jurídico limites para a faculdade de punição que possui o legislador”. Não obstante, Claus Roxin afirma, como importante esclarecimento, que

(...) afinal, não podemos opor limites ao legislador com a mera alegação de que esses limites decorrem de nossa própria concepção político-criminal. A única instância que está acima do legislador é a Constitucional. O limite à intervenção do legislador tem de poder se reconduzir-se a ela, se ele quiser ser mais do que mera expressão de uma opinião pessoal (...) (ROXIN, 2014, p. 46) (g.n.)

(...) Nosso Tribunal Constitucional tem razão quando afirma que o poder de conformação do legislador não poderia ser restringido por instâncias exteriores à legislação. ‘Ele encontra seus limites - no âmbito do direito penal como em todos os outros – apenas na Constituição (...)’. O tribunal se equivoca, no entanto, ao imaginar que os defensores da teoria do bem jurídico crítica ao legislador defenderiam outra posição. (...) (ROXIN, 2014, p. 93/94). (g.n.)

Com o objetivo de “atribuir à ideia de bem jurídico, para além de sua função político-criminal, também um significado constitucional” (2014, p. 92 e 94), Claus Roxin esclarece que “o ponto de ancoragem constitucional para a invalidade de tais dispositivos penais é a proibição de excesso decorrente do princípio da proporcionalidade [Übermassverbot]” (e a proibição da proteção deficiente também decorrente do princípio da proporcionalidade [Untermassverbot]).

É que, como explica Luís Greco (apud ROXIN, 2014, p. 93), a análise da proporcionalidade pressupõe uma teoria do bem jurídico, que fornece, entre vários pontos de apoio, um ponto de referência a ser protegido, o que permite a valoração sobre a legitimidade da intervenção estatal. Até porque, como conclui Claus Roxin (2014, p. 93), “não é possível concepção diversa. Afinal, não existe uma proporcionalidade em si. Nesse contexto é que o tipo e a extensão da proteção de bens jurídicos possuem um papel importante”.

Demonstrada a autoridade constitucional da teoria do bem jurídico, Claus Roxin, mesmo em escritos mais recentes, como *Novos estudos de direito penal* (2014, p. 47/48), mantém, conforme já constava em seu principal *manual* (1997, p. 55/56) e em outros trabalhos (2009, p. 18/19), um conceito pessoal de bem jurídico constitucionalmente fundado, relacionado ao objetivo de garantir a *convivência livre e pacífica na sociedade*, de acordo com

a concepção (roxiniana ou funcionalista-teleológica) de *teoria do bem jurídico crítica ao legislador*. Para Claus Roxin, *bens jurídicos* são:

(...) dados ou finalidades necessários para o *livre desenvolvimento do indivíduo*, para a realização de seus direitos fundamentais ou para o funcionamento de um sistema estatal baseado nessas finalidades. (...) (ROXIN, 2014, p. 47) (g.n.)

Essa concepção se distingue de um *conceito metodológico de bem jurídico*, da qual Claus Roxin se afasta, “*desenvolvido na época de Weimar por Honig, Grünhut e Schwinge, que reduzia o bem jurídico à finalidade da lei e que ainda hoje tem a opinião dominante a seu lado, não reconhece ao conceito de bem jurídico qualquer função de limitar a punibilidade*” (ROXIN, 2014, p. 45).

Claus Roxin (2014, p. 48/49) afirma que, com o *conceito pessoal de bem jurídico constitucionalmente fundado*, por exemplo, são excluídos do âmbito de proteção do direito penal, o *moralismo puro*, o *paternalismo puro* (ex: “*a punibilidade da autolesão, de posse de drogas para consumo próprio*” [2014, p. 49]), *sentimentos, tabus, objetos de abstração impalpáveis, leis penais simbólicas, bens jurídicos aparentes* (ex: “*saúde pública [...] a que se chega por uma adição de várias lesões a bens jurídicos concretos e que são usados pra fundamentar uma punibilidade que não poderia ser fundamentada se só se tivessem em conta as ações lesivas concretas*” [2014, p. 49]).

E quanto aos “*bens jurídicos da coletividade só devem ser reconhecidos se, em última análise, eles servirem às condições de vida dos indivíduos*” (ROXIN, 2014, p. 49), pois não se pode negar que “*têm importância essencial para as possibilidades de desenvolvimento do indivíduo na sociedade*” (ROXIN, 2014, p. 57).

Não se trata de um conceito de bem jurídico que torna o Direito Penal *atemporal, imutável e padronizado mundialmente*. Segundo Claus Roxin (2014, p. 53),

(...) o *conceito de bem jurídico* aqui propagado não flutua por sobre os tempos e culturas, mas que ele *reúne as condições de existência e de desenvolvimento dos seres humanos que vivem sob o domínio da Lei Fundamental, nas condições reais e sociais da atualidade de nosso país* (...) A existência de um bem jurídico depende, portanto, de pressupostos mutáveis. Isso nada modifica no fato de que a existência de uma lesão de bem jurídico numa dada situação concreta e no âmbito de uma dada ordem constitucional pode dar diretrizes bem concretas à legislação penal. (...) (ROXIN, 2014, p. 53). (g.n.)

Na dogmática jurídico-penal, aberta e orientada por essa política criminal, esse conceito pessoal de bem jurídico tem maior capacidade de rendimento (ROXIN, 2014, p. 57) na sua vinculação com a *teoria da imputação objetiva* (verificação, no sistema de imputação

racional jurídico-penal, se a conduta do agente, dolosa ou culposa, além de estar em uma relação de causalidade física, *cria ou incrementa risco proibido ao bem jurídico, que se realiza concretamente no resultado, o qual, por sua vez, está dentro do alcance normativo do tipo penal*), cujas duas das causas de sua exclusão, mormente da *imputação normativa*, que valorizam a autonomia pessoal, são a autocolocação em risco pela própria vítima e a heterocolocação em risco consentida. Também se mostra importante na ordenação dos crimes, dentro da sistematização, por exemplo, da Parte Especial do Código Penal, cujo critério é o bem jurídico. E sem olvidar também que a interpretação dos tipos penais é orientada pelo critério *proteção suficiente do bem jurídico tutelado*, sem excesso e sem deficiência, conquanto deva se inclinar mais para uma *restrição interpretativa*<sup>24</sup>.

Esse *conceito pessoal de bem jurídico constitucionalmente fundado*, como acrescenta Claus Roxin (2014, p. 48/49 e 64), “*converge também com uma teoria liberal da danosidade social, cujos protótipos históricos encontramos em Beccaria, Hommel, W. v. Humboldt e Mill*”<sup>25</sup>. Também valoriza a *autonomia privada* dos indivíduos, que “*apenas ali onde for comprovável um dano real podem estar lesionadas as condições de existência e desenvolvimentos dos seres humanos*”. Em sociedades plurais, multiculturais e liberais, como as atuais, há inúmeros desacordos morais, e esse *conceito de bem jurídico* favorece diretamente o *livre desenvolvimento do indivíduo*.

A propósito, Claus Roxin (2014, p. 96/97) concorda com Luis Greco (2010, p. 06/09), quanto a existência de outros limites constitucionais ao legislador, anteriores e mais fortes do que o princípio da proporcionalidade (ao qual está vinculado a teoria do bem jurídico), como o “*núcleo duro da vida privada*”; e, nesse particular, comenta que

(...) Essas ideias conduzem também à tese de que *é inconstitucional criminalizar a posse de drogas destinadas apenas para consumo próprio*, como faz o §29 tem. 1 BtMG (lei de substâncias entorpecentes alemã). Afinal, *de que forma cada pessoa lida com substâncias viciantes (como*

<sup>24</sup> No Brasil, v.g., ainda tramita no STF, o Mandado de Injunção 4.733/DF, impetrado pela ABGLT, em 10.05.2012, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, cuja pretensão da Impetrante é a de que, diante da *omissão do Legislativo*, seja *reconstruída a norma penal incriminadora*, mediante *interpretação extensiva* ao tipo penal do *racismo* (art. 20, Lei 7.716/89), em cujo *texto legal* não consta “*preconceito à orientação sexual*”, a fim de que, sob o argumento de *afastar-se da proteção deficiente* e alcançar-se uma *proteção suficiente* dos bens jurídicos das vítimas, sejam entendidas, também como crime de racismo, a *homofobia* e a *transfobia*. O Parecer da PGR, de 14.09.2016, foi nesse sentido, pela procedência. Ainda não foi pautado para julgamento.

<sup>25</sup> Claus Roxin (2014, p. 42) reconhece que a *teoria do bem jurídico*, na discussão alemã, foi facilitada e ganhou apoio do *harm principle*, do direito penal anglo-americano: “*(...) O renascimento da concepção de bem jurídico também foi facilitado pela introdução do ‘Harm Principle’, na discussão alemã. Andrew v. Hirsch prestou contribuições decisivas nesse sentido. O princípio baseia-se na ideia de que apenas o dano a outros (“harm to others”) pode ser penalmente sancionado, e não, por exemplo, o dano a si próprio ou as meras imoralidades. O filósofo do direito americano Feinberg desenvolveu a ideia, cujas consequências em grande parte coincidem com as da teoria do bem jurídico, em todas as suas implicações, de modo que a teoria personalista do bem jurídico acabou recebendo “inesperado apoio (...) do âmbito jurídico de língua inglesa”.* (g.n.)

*álcool ou tabaco) é assunto para a conformação personalíssima da própria vida privada e compõe seu núcleo duro na medida em que é parte da autorrealização pessoal.* O Tribunal Constitucional argentino também considerou, como já foi mencionado, a proibição penal da posse de drogas para consumo próprio como inconstitucional. Foi admitida uma violação ao art. 19 da Constituição argentina, que dispõe que comportamentos privados seriam assuntos apenas para Deus e não para o Direito Penal.

*Greco desenvolveu recentemente uma “fundamentação referida à autonomia” para a limitação constitucional do poder punitivo e afirma que ela seria “superior à teoria do bem jurídico”.* “Respeito à autonomia dos indivíduos significa que se lhes deve atribuir um âmbito dentro do qual apenas eles sejam competentes para decidir. Que essa consideração (...) corresponde à figura do inviolável núcleo duro da vida privada, é evidente.

*Está correto que a tese do núcleo duro fundamenta em alguns casos de ausência de lesão a bem jurídico a inconstitucionalidade de dispositivos penais.* No entanto, isso não torna a teoria do bem jurídico supérflua (‘o que também Greco afirma’). Afinal, *o pertencimento ao núcleo duro da esfera privada pressupõe, em primeiro lugar, a falta de uma lesão a bens jurídicos alheios.* Em segundo lugar, *a inconstitucionalidade de uma penalização de um comportamento que não lesione bem jurídico pode ser deduzida de outros princípios constitucionais que não o núcleo duro da dignidade humana* (por exemplo, do princípio da proporcionalidade ou de direitos fundamentais especiais). Em terceiro lugar, *o princípio da proteção de bens jurídicos possui um considerável significado político-criminal mesmo ali onde sua não observância não conduz a uma inconstitucionalidade.* (...) (ROXIN, 2014, p. 96/97). (g.n.)

Claus Roxin não concorda que se deva punir algum fato sem dano a terceiros ou à coletividade, só porque se trata de *“convicções valorativas e de comportamentos homoganeamente enraizados na sociedade”* (ROXIN, 2014, p. 64). Outrossim, não concorda que o sistema penal proteja apenas a *“vigência da própria norma penal violada e desacreditada pelo criminoso”* (função preventiva geral positiva) e, segundo Claus Roxin (2014, p. 65), até mesmo Günther Jakobs, expoente do funcionalismo sistêmico, já tem *parcialmente* reconhecido a insuficiência desse ponto de vista:

(...) Pelo contrário, essa garantia da vigência da norma tem de garantir os bens jurídicos protegidos pela norma. *Isso acabou reconhecido pelo próprio (Günther) Jakobs (Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, 2004, p. 28 e s.), ao apontar que não é suficiente que a um agente lhe seja atribuído o seu fato como erro seu, mas que essa certeza normativa só terá capacidade de guiar comportamentos se ela estiver ‘cognitivamente alicerçada’, isto é, ‘não pode existir uma certa probabilidade de que o cidadão se torne vítima ao fazer uso de seus direitos’.* Se o direito penal não tem apenas de confirmar a vigência da norma, mas também garantir a segurança, ele está protegendo bens jurídicos, o que deveria ser reconhecido também por Jakobs. (...) (g.n.)

O próprio Claus Roxin (2014, p. 66/69) propõe a extensão da *ideia de contrato social fundado na teoria constitucional* e a ampliação desse *conceito pessoal de bem jurídico*, para a *proteção do desenvolvimento das gerações futuras* e para a *proteção da natureza, incluídos os*

*animais*, em razão dela mesma, ainda que sem justificativa e referência direta às necessidades humana<sup>26</sup>, primeiro, porque a pessoa humana tem especial *responsabilidade* pela conservação da diversidade da natureza, dado o seu poder de criação e destruição; segundo, porque, em geral e em caráter de *ultima ratio*, há mandados constitucionais de criminalização, na ordem interna dos países, e mandados internacionais de proteção penal; e terceiro, porque se trata de dano efetivo e grave supraindividual.

Para se avaliar a legitimidade de um tipo penal e a concretização do *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos*, Claus Roxin menciona, como critério, o “*esquema de três níveis da proteção de bens jurídicos*”, desenvolvido por Manfred Heinrich (2014, p. 80):

(...) em toda norma penal de legitimidade duvidosa é preciso analisar precisamente *o que deve ser protegido, quem deve ser protegido e contra que deve ser protegido*. Apenas ao final dessa análise é que se estabelece se o comportamento incriminado lesiona o *livre desenvolvimento dos cidadãos ou os seus pressupostos sociais*. (...) (g.n.)

Ao lado do *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos*, Claus Roxin destaca a importância do *princípio da subsidiariedade* do Direito Penal (e, em outros trabalhos, do *princípio da fragmentariedade*, como duas expressões do *princípio da intervenção mínima*), de modo que a missão fundamental do direito penal é a de “*proteção subsidiária (e fragmentária) de bens jurídicos*” (ROXIN, 2014, p. 84).

De acordo com essa *teoria do bem jurídico*, é ilegítima a proibição, ainda mais mediante a cominação de sanção penal, de algum comportamento relacionado ao livre desenvolvimento da personalidade, segundo as preferências da própria pessoa, sem que isso provoque danos à *liberdade de autodesenvolvimento dos outros (bens jurídicos individuais)* ou aos *pressupostos sociais necessários* à garantia da autonomia pessoal (*bens jurídicos coletivos com referência às necessidades humanas*).

Por tudo isso, em seus mais recentes trabalhos sobre a teoria do bem jurídico, Claus Roxin conclui que “(Roland) Hefendehl tem razão quando afirma que ‘a verdadeira construção da teoria do bem jurídico ainda está por vir’” (ROXIN, 2014, p. 42, 60 e 97).

---

<sup>26</sup> Como esclarece Luís Greco (ROXIN, 2014, p. 90, N.T. n. 99), Claus Roxin pretende tratar os animais como “*co-criaturas*”, que desfrutam de uma *autonomia* mínima, e, com isso, já há algum tempo, defende um *alargamento* da *teoria ‘pessoal’ de bem jurídico* para uma “*teoria do bem jurídico referente à criatura*”, que justifique, por exemplo, a legitimidade da incriminação da crueldade contra animais. Isso está em consonância com a *linha de pesquisa*, da Faculdade de Direito da UFBA, *direitos dos animais*, responsável pela edição da Revista Brasileira de Direito Animal (<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/index>. Acesso em 16.02.2018). Eugenio Raúl Zaffaroni também compreende os *animais* e demais *entes da natureza* (ex: rios) como *sujeitos de direito*, e não só como *objetos de proteção*, conforme explica na obra *La Pachamama y el humano* (Colihue, 2011).

A propósito, já faz algum tempo, que, como *complemento* à ideia de *bem jurídico* (individuais e coletivos), os filósofos do direito penal têm pesquisado e publicado trabalhos acadêmicos sobre a *estrutura do delito* (v.g. crimes de dano, crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato; delitos de perigo abstrato-concreto [Zieschang e Hirsch *apud* ROXIN, 2014, p. 60]; delitos de acumulação; delitos de preparação e outros). De modo que “a combinação entre bem jurídico e estrutura do delito”, sobretudo “os diversos tipos estruturais de bens jurídicos coletivos (que) exigem também diversos tipos de delitos, (...) têm de satisfazer diferentes condições de legitimidade” (HEFENDEHL, 2011, p. 75).

Portanto, a autoridade e a vinculação constitucionais da *teoria do bem jurídico* ao poder de conformação do legislador (penal) estão, não só no seu significado político-criminal (equivalente a *opiniões doutrinárias críticas*, a partir de estudos das *criminologias críticas*), nem só na sua aproximação da proporcionalidade, como pretende Claus Roxin, mas, muito antes, como já percebeu Luís Greco, na sua *fundamentação na autonomia privada da pessoa humana*, valor constitucional e direito fundamental previsto nas *Constituições* de Estados Democráticos de Direito (v.g., no Brasil, arts. 1º, III, e 5º, X, da CF/88) e Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

### 2.2.2 O *harm principle* na tradição *common law*

Filósofos e intelectuais, de todas as épocas, debruçaram-se sobre essa questão, dos limites ao poder punitivo, com destaque, modernamente, na tradição *common law*, para o liberal John Stuart Mill, quem, na obra *Sobre a Liberdade*, publicada em 1859, desenvolveu o *princípio do dano* (*harm to others principle*), em famosa passagem, inspirado na obra de Wilhelm von Humboldt publicada em 1851 (1991, p. 53):

(...) O objeto deste Ensaio é defender como indicado para orientar de forma absoluta as intervenções da sociedade no individual, um princípio muito simples, quer para o caso do uso da força física sob a forma de penalidades legais, quer para o da coerção moral da opinião pública. Consiste esse princípio em que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. *O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificção suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar, mas não para o coagir, ou para lhe infligir um mal caso aja de outra forma. Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha*

*um mira causar dano a outrem.* A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano. (...). (g.n.)

Esse *princípio do dano* (*harm to others principle*), *mutatis mutandis*, já estava, de alguma forma, na *ratio* do art. 4º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

Art. 4º. *A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo:* assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos.

Em célebre debate, sobre o *princípio do dano*, James Fitzjames Stephen, na obra *Liberty, Equality, Fraternity* (1873), discordou de John Stuart Mill e defendeu que alguns atos são tão ultrajantes que, apesar de serem autolesão, devem ser evitados e punidos como medida exemplar.

Como lembra Kai Ambos (2014, p. 19/21), o princípio do dano foi confirmado, em 1957, no famoso e polêmico à época *Informe Wolfenden*, de um Comitê Ministerial do Reino Unido, sobre a criminalização da homossexualidade e da prostituição, oportunidade na qual se afirmou que “*deve subsistir alguma esfera de moralidade e imoralidade privada, que não é, em termos breves e crus, um assunto legal*”, concluindo o Comitê britânico que essas condutas “*só poderiam ser criminalizadas se causassem efeitos prejudiciais para a sociedade, ou seja, danos aos demais*”. À época, a criminalização sobre a homossexualidade foi afastada, mas mantida sobre a prostituição nas ruas. A publicação desse *Informe Wolfenden* provocou intenso debate público, à época, com destaque para a controvérsia entre *Lord Patrick Arthur Devlin*, da Câmara dos Lordes, e *Herbert L. A. Hart*, Professor de Filosofia do Direito em Oxford, ambos no Reino Unido.

De um lado, Lord Devlin, em apoio a James Fitzjames Stephen, defendeu que os atos privados deveriam estar sujeitos a sanção legal se eles fossem considerados moralmente inaceitáveis pelo homem comum, para preservar o tecido moral da sociedade. Em 1965, Lord Devlin expandiu os seus argumentos na obra *The Enforcement of Morals*, afirmando que a existência de uma sociedade depende da manutenção de valores políticos e morais compartilhados, se não há afrouxamento de um dos laços que mantém a sociedade integrada. Com essa tese da desintegração social, afirmou que a violação desses valores morais equivaleria a uma traição, o que legitimaria o uso do Direito Penal (AMBOS, 2014, p. 20/22).

De outro lado, Herbert Hart, em apoio a John Stuart Mill, defendeu, na obra *Law, Liberty and Morality*, em 1963, que as ações contrárias aos valores dominantes não põem em risco a sociedade, mas podem a transformar. Uma sociedade jamais seria tão idêntica em sua moralidade. Afirmou que não pode haver interferência estatal na moralidade privada, correspondente aos sentimentos que as pessoas têm a respeito do que é ou não admissível. Desenvolveu a ideia de *moralidade crítica*, com a qual os *valores sociais hegemônicos* não são um fim em si mesmo nem capazes de justificar a coerção estatal sobre quem se comportar de forma diferente (HART, 1987, p. 44/49).

Ainda na literatura anglo-saxã, na monumental obra *Os limites morais do direito penal*, em 04 volumes (*Vol. 1, Harm to Others, 1984; Vol. 2, Offense to Others, 1985; Vol. 3, Harm to Self, 1986; Vol. 4, Harmless Wrongdoing, 1988*), o norte-americano Joel Feinberg, indo além do que literalmente disse John Stuart Mill, cujo pensamento classificou como liberal extremo, entendeu como legítima a criminalização não só de “*harm principle*” (danos aos outros), mas também de “*offense principle*” (ofensas aos outros).

Como bem observa Kai Ambos (2014, p. 26), o entendimento de Feinberg sobre “dano” e “ofensa” é “*mais deontológico que utilitário, centrando-se mais na natureza da conduta que em suas consequências*”, abrangendo também a *prevenção* no caso de *risco de dano* (“*risk of harm*”). Entretanto, é importante esclarecer que, para Feinberg (1985, p. 31/65), como também observou Daniel Sarmiento (2016, p. 165), o *dano (harm principle)* e a *ofensa (offence principle)* exigem um *componente descritivo* (a afetação ou ameaça ao *interesse* dos outros) e um *componente normativo* (a ilicitude, isto é, uma violação de um direito).

Para Feinberg, há comportamentos que, apesar de não causarem danos aos outros, são profundamente ofensivos. Feinberg usa o termo “ofensa” de forma diversa da utilizada na tradição romano-germânica, para a qual se trata de “lesão” conforme o princípio da ofensividade ou lesividade no Direito Penal. A expressão *offences*, para Feinberg, é usada, em outro sentido, “*para cobrir toda a miscelânea de estados mentais universalmente indesejados e desagradáveis, ligados aos sentidos ou aos sentimentos*” (1985, *ebook*), como nojo, indignação, vergonha, ansiedade, medo, humilhação, raiva etc., o que pode estar relacionado a condutas tipificadas como vilipêndio a cadáver, ato obsceno, pornografia infantil e outras.

Joseph Raz, reinterpretando o *harm principle* de John Stuart Mill, afirma que seria possível sem *lesar*, causar um *dano ao outro* (RAZ, 2011, p. 389), quando explica que

(...) *alguém pode lesar um outro ao negar-lhe aquilo que lhe é devido. Isto é obscurecido pela comum concepção, equivocada, que limita lesar um outro*

*à ação de um modo cujo resultado é que a pessoa está em pior situação depois da ação do que ela estava anteriormente. (...) Então, se o governo tem um dever de promover a autonomia das pessoas, o princípio do dano permite que ele use coerção tanto para impedir que as pessoas adotem ações que diminuiriam a autonomia dos indivíduos, quanto para força-las a adotar ações necessárias para melhorar as opções e oportunidades das pessoas (...)* (g.n.)

Para Joseph Raz (2011, p. 390), “*o princípio da autonomia é um princípio perfeccionista*”, e, com isso, afirma que os governos têm legitimidade para criarem oportunidades moralmente valiosas e que eliminem as condutas “*más e repugnantes*”. E “*visto sob essa ótica, o princípio do dano admite políticas perfeccionistas até onde elas não requerem o recurso à coerção*” (e da manipulação, como acrescenta em outro momento) (RAZ, 2011, p. 392).

(...) Uma vida autônoma é valiosa apenas se ela é dedicada à busca de projetos e relacionamentos valiosos e aceitáveis. *O princípio da autonomia permite e requer dos governos que criem oportunidades moralmente valiosas e que eliminem as repugnantes. Isso não mostra que ele é incompatível com o princípio do dano? A impressão de incompatibilidade é encorajada pela leitura predominante, e antiperfeccionista, do princípio do dano. Essa leitura não está condizente com o fato de que o princípio restringe meramente o uso da coerção. Objetivos perfeccionistas precisam ser atingidos sem o uso da coerção. Um governo que subsidia certas atividades, recompensa a sua busca e anuncia a sua disponibilidade encoraja essas atividades sem usar coerção. Não há objeção a sinalizar que os fundos necessários para essas políticas sejam levantados por tributação compulsória.* Eu presumo que o imposto seja cobrado para fornecer oportunidades adequadas e seja justificado pelo princípio da autonomia de um modo consistente com o princípio do dano (...). (RAZ, 2011, p. 390). (g.n.)

Realmente, ao se ler com mais atenção a famosa passagem, na clássica obra de John Stuart Mill, transcrita anteriormente, percebe-se sim que, desde aquela época, o *princípio do dano*, conforme descrito pelo filósofo liberal, não deslegitima o Estado, a sociedade e outros particulares a, *sem coerção e sem manipulação*, tentarem *persuadir, incentivar e até a “empurrar”* (“*nudges*”) o indivíduo em direção a uma concepção *mainstream* de *vida boa* [“(...) *Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar (...)*” (MILL, 1991, p. 53)].

Para Daniel Sarmiento (2016, p. 165/167), “*o princípio do dano, porém, embora aponte em uma direção certa, peca tanto pela falta como pelo excesso*”. O excesso seria porque nem sempre o dano aos outros justificam restrições à liberdade. E a falta seria porque há situações nas quais, conquanto não seja necessário prevenir um dano a terceiro, a limitação à liberdade é admissível. Exemplifica, como excesso, que “*o exercício da liberdade de*

*expressão do agente causa danos a direitos da personalidade de terceiros, e, nada obstante, aquela liberdade prevalece*". E, como falta, exemplifica com os "*danos a animais não humanos*" e o "*uso do cinto de segurança no trânsito*". Arremata que a restrição da autonomia, com o uso de coação legal dependerá de uma *ponderação de interesses*.

A restrição da *autonomia privada* não pode ocorrer, como bem anotou Ronald Dworkin (2014, p. 564), por "*superioridade ou popularidade de valores éticos controvertidos na comunidade*" nem mesmo, como advertiu Daniel Sarmiento – nesse ponto, divergindo de Luís Roberto Barroso, quem admite a legitimação excepcional da heteronomia pelos "valores comunitários", isto é, metas coletivas restringindo liberdades individuais em favor de uma *vida boa* (BARROSO, 2016, p. 87) –, (nem mesmo) "*que o consenso social (mesmo, forte) seja suficiente para lastrear o moralismo jurídico.*" (SARMENTO, 2016, p. 180).

Conquanto se discuta se há (SARMENTO, 2016, p. 161), ou não (DWORKIN, 2014, p. 8), um *direito geral de liberdade* ou uma *presunção em favor da liberdade*, o fato é que as medidas restritivas à *autonomia privada* devem estar previstas em lei (v.g. no Brasil, art. 5º, II, CF/88), compatíveis com a Constituição e Tratados Internacionais de Direitos Humanos; devem ser aprovadas pelos elementos do *postulado normativo aplicativo da proporcionalidade* (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito); e, ainda, só serão legítimas quando houver um *dano* ou *ameaça de dano* a terceiros ou à coletividade.

### **2.3 Autonomia privada**

Essa qualidade que provém da capacidade de autodeterminação é também chamada de autonomia da pessoa humana ou, por estar mais conectada à intimidade e à vida privada da pessoa, é também chamada de autonomia privada.

O principal fundamento e limite onto-antropológico jus-humanista do discurso jurídico-penal é a autonomia privada da pessoa humana, muito antes da *teoria da bem jurídico-penal* reforçada pela proporcionalidade na tradição *civil law* e do *harm principle* na tradição *common law*. Luis Greco também entende assim:

(...) Além disso, a conclusão do trabalho se refere ao *self-restraint* do Tribunal Constitucional alemão, atitude que se tornou ainda mais patente no início de 2009, quando o Tribunal confirmou a constitucionalidade do delito de incesto, recusando a teoria do bem jurídico. (...) Por fim, *acabei mudando consideravelmente minha maneira de enxergar os temas aqui discutidos*, porque desde o meu estudo sobre o incesto (publicado originalmente em ZIS 2008, p. 234 e ss; em português em Revista Brasileira de Ciências Criminais 82 [2010], p. 165 e ss.) e da minha tese de doutorado (Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafttheorie, Duncker & Humblot, Berlin, 2009,

especialmente p. 343 e ss.) – que, nessa parte, já estava escrita em 2006-2007 - *deixei de acreditar em boa parte do potencial liberalizante da ideia de bem jurídico e passei a preferir fazer uso de noções como privacidade e autonomia. Desde esses estudos, defendo que uma teoria dos limites ao poder de criminalizar não pode apresentar uma estrutura consequencialista, como o faz qualquer teoria que se refira a bens a serem protegidos por meio do direito penal, mas tem de fundar-se em considerações de respeito, referidas a barreiras que não podem ser ultrapassadas.* (...) Por ex., *as noções de privacidade e autonomia, que, como disse, hoje me parecem centrais* (...). (GRECO, 2011, p. viii e x). (g.n.)

De igual modo, João Paulo Orsini Martinelli, na sua tese de doutorado, destacou a *autonomia privada da pessoa humana* como um dos princípios fundamentais e limites ao processo de criminalização.

(...) 1.10. O princípio da autonomia

*Princípio importante ao Direito Penal e que não recebe a devida atenção no sistema romano-germânico, é o princípio da autonomia.* O Estado liberal tem como um dos fundamentos a liberdade humana e a não interferência no comportamento desejado pelo sujeito competente. Assim, deve-se admitir que o conceito de autonomia alcança a condição de princípio do Direito Penal, tão importante quanto os demais. Isso não quer dizer que o conceito de bens jurídicos permite o exercício da autonomia, enquanto *a autonomia é fundamental para usufruir dos bens jurídicos.*

Para o princípio da autonomia *‘são valiosas a livre eleição individual dos planos de vida e a adoção de ideias de excelência humana’ e o Estado e os demais indivíduos não devem interferir nessa eleição ou adoção*, limitando-se a delinear institutos que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada um sustenta, impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução. *O princípio da autonomia dá uma concepção quase neutra de Estado, que deve se abster nas decisões das pessoas.* A postura parcial estatal revela-se quando não há autonomia para decidir sobre determinados fatos da vida. Em certas fases da existência, o ser humano pode estar vulnerável por diversos motivos: imaturidade, nervosismo, conflitos internos, falta de instrução suficiente. Nota-se que são hipóteses em que não há autonomia para decidir sobre atos lesivos e a provável lesão poderá impedir que o sujeito continue autônomo em momento posterior.

No Estado liberal deve prevalecer a autonomia individual porque é o sujeito, em princípio, quem sabe o que é melhor a si próprio. *O Estado não pode impor regras de conduta que sejam exclusivas à esfera individual e não atinjam a autonomia de terceiro.* Decidir o melhor meio de vida para uma pessoa autônoma significa invadir sua esfera íntima de liberdade e impor normas de comportamento para se atingir padrões de moral ou níveis de perfeição (perfeccionismo).

(...) *O Direito Penal, como instrumento repressivo do Estado, deve conjugar os princípios mais usuais (subsidiariedade, ofensividade, fragmentariedade, proporcionalidade) com o princípio da autonomia.* Este, doravante, é definido como a característica fundamental do Direito Penal que o legitima apenas nas situações de ausência de autonomia para as decisões mais drásticas sobre o próprio comportamento ou comportamento de terceiros que atinjam a pessoa que consente. Um sistema penal liberal deve permitir que os cidadãos experimentem a garantia de seus direitos individuais, que os

proporcione um autocontrole e a oportunidade de tomarem parte como cidadãos iguais num governo representativo.

Portanto, destacam-se *três características do princípio da autonomia em relação ao Direito Penal* como instrumento de restrição de liberdade: (1) *preservar o máximo a liberdade da pessoa*, pois ela, a princípio, sabe o que é melhor a si mesma; (2) *interferir na liberdade quando não houver autonomia para decisão*; (3) *as consequências da decisão que autorizam a intervenção devem ser drásticas*. Em breve conclusão, além dos tradicionais princípios do Direito Penal, *o Estado liberal e democrático de Direito exige o princípio da autonomia como reitor de um ordenamento jurídico-penal* que reconheça a pessoa como objeto de proteção. *A proteção isolada de bem jurídico, sem reconhecer o seu titular como destinatário da norma, é ignorar as liberdades individuais, reconhecidas pela Constituição Federal como direito fundamental da pessoa.* (MARTINELLI, 2015, p. 57/58)

Nessa importante contribuição acadêmica de João Paulo Orsini Martinelli, parece-me que há apenas uma fragilidade teórica, consistente na consideração de que seria possível o Estado “interferir na liberdade quando não houver a autonomia para decisão” (ex: “imaturidade, nervosismo, conflitos internos, falta de instrução suficiente” ou até alguma deficiência). A nosso sentir, esse ponto, em especial, deve ser melhorado, conforme os documentos e tratados internacionais de direitos humanos que surgiram no século XXI e que reconhecem importantes direitos para aqueles que momentaneamente não têm condições de manifestar *livremente* a sua vontade, para evitar um paternalismo estatal coercitivo *ilegítimo*. Quando essa situação específica ocorrer, serão importantes a *tomada de decisão apoiada* (art. 4º, item 3, Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, de 30.03.2007) e o *consentimento prévio, livre e esclarecido* da pessoa em causa, com base na *informação adequada* (*informed consent*, art. 6º, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 19.10.2005).

A autonomia pessoal compõe a ideia de liberdade, e, por sua vez, integram a ideia de dignidade da pessoa humana. Sob o ângulo da Filosofia Política, é um atributo essencial para a *vida boa*.

Em concepção tradicional, a *autonomia privada* é a faculdade da pessoa de fazer as suas próprias escolhas de vida e a *autonomia pública* é o poder do cidadão de participar das deliberações na sua comunidade política. Em sentido aproximado, Benjamin Constant (1819) referiu-se, respectivamente, à *liberdade dos modernos* (autonomia privada) e à *liberdade dos antigos* (autonomia pública).

A *autonomia privada* não se confunde com a *autonomia da vontade* (PERLINGIERI, 1999, p. 275), já que esta foi superada historicamente, é da época do liberalismo-burguês e limitava-se aos negócios jurídicos patrimoniais, pois, agora, para além desse campo, aquela

abrange as escolhas existenciais em todos os aspectos da vida do indivíduo, de acordo com a cosmovisão, que a própria pessoa, tenha sobre a *vida boa*.

Ronald Dworkin, em uma das suas últimas obras, *Justice for Hedgehogs* (2014, p. 8 e 564), tratou do *direito à independência ética*, como a possibilidade da pessoa fazer o que quiser sem ser constrangida pelo Estado, e relacionou-o com o *princípio da responsabilidade pessoal*, com o qual a pessoa pode decidir por si mesma como fazer de sua vida algo valioso. Também tratou de outros *direitos* da pessoa, v.g. *ao devido processo legal* e *à propriedade*, que derivam do seu *direito ao igual respeito e consideração*.

Ainda na referida obra (2014, p. 03/21), Ronald Dworkin tratou de uma concepção *coparticipativa de democracia*, com a qual cada cidadão é um parceiro em igualdade de condições, de modo que, além do mesmo valor para o voto, cada um tem a mesma voz e igual interesse nos resultados. Outrossim que “*o direito é um ramo da moral política, que é um ramo de uma moral pessoal mais geral, que é por sua vez um ramo de uma teoria ainda mais geral do bem viver*”. As virtudes políticas e valores morais não conflitam entre si, senão devem ser consideradas como coerentes, interligando-se em uma “*unidade de valor*”.

Ademais, Ronald Dworkin (2014, p. 22/25), quanto à natureza da *vida bem vivida*, distinguiu entre a ética, estudo de como *viver bem*, e a moral, estudo de como se deve *tratar as pessoas*. Afirmou que “*a dignidade e o respeito por si mesmo – o que quer que esses termos signifiquem – são condições indispensáveis do bem viver. (...) As pessoas devem levar a vida a sério: devem aceitar que o modo como vivem é objetivamente importante*”. E, conforme a *introdução dessa obra que chamou de “guia de viagem”* (2014, p. 03/32), desenvolveu, portanto, uma teoria da justiça, a partir de *verdades morais objetivas* e com *conceitos políticos interpretativos sob a melhor luz* dessa perspectiva da *unidade de valores*.

Daniel Sarmiento (2016, p. 141 e 147), ao explorar a autonomia privada e a sua relação com a dignidade da pessoa humana, advertiu que, diferentemente da concepção de Kant de que “*autônomas seriam apenas as condutas ditadas pela lei moral que a própria pessoa tem em si, não ‘conspurcadas’ por outras influências externas ou internas, inclusive aquelas ditadas por sentimentos e inclinações pessoais*”, atualmente, deve-se reconhecer que as “*pessoas de carne e osso*” não funcionam assim, e, portanto, “*trata-se da autonomia da pessoa concreta, dotada de razão, mas também de sentimentos, corpo e raízes sociais*” e “*os indivíduos têm, em geral, vários planos diferentes e, muitas vezes, mudam seus projetos no curso da vida (...) no mais das vezes, não se ligam a qualquer plano existencial*”.

Aliás, Franklin D. Roosevelt, em discurso no dia 14.01.1941, já havia concluído que a autonomia privada e a autonomia pública dependem de que suas necessidades essenciais

sejam satisfeitas (BARROSO, 2016, p. 85; SARMENTO, 2016, p. 154), identificando, na ocasião, quatro liberdades fundamentais que as pessoas “*de todos os lugares do mundo*” deveriam desfrutar: *liberdade de expressão (freedom of speech)*, *liberdade de culto (freedom of worship)*, *liberdade perante a necessidade (freedom from want)* e *liberdade perante o medo (freedom from fear)*.

Isaiah Berlin (*apud* SARMENTO, 2016, p. 152), em *Dois Conceitos de Liberdade* (1959), já falava em *liberdade negativa*, que, conforme a definição de Thomas Hobbes, no *Leviatã*, é a inexistência de constrangimentos externos à conduta do agente, isto é, um direito a uma abstenção; e em *liberdade positiva*, com três conteúdos: a) autonomia pública; b) poder de agir guiado pela razão; c) capacidade real de se autodeterminar, quando presentes as condições que viabilizam o exercício da liberdade.

Com o destaque, entre os conteúdos dessa *concepção de liberdade positiva, para a capacidade real de autodeterminação da conduta*, Amartya Sen (*apud* SARMENTO, 2016, p. 155) apontou a imprescindibilidade de condições socioeconômicas e culturais para o efetivo exercício da liberdade pelas pessoas. Elaborou o paradigma do *desenvolvimento como liberdade* e uma teoria da justiça centralizada nas capacidades humanas (*capability approach*).

Joseph Raz, em *A Moralidade da Liberdade* (2011, p. 346/348), obra que desenvolve a sua *teoria da justiça centrada na autonomia pessoal e no pluralismo moral*, considera a *autonomia pessoal* como “*ideal particular de bem-estar individual*”. Também esclarece que as pessoas não fazem apenas uma única escolha de vida, mas “*a vida autônoma pode consistir de diversas heterogêneas buscas*”. Adverte que “*a autonomia se opõe a uma vida de escolhas forçadas*” e isso se contrapõe a escolhas conscientes ou a uma vida de ausência de escolhas ou até de se deixar levar durante a vida sem jamais exercer sua capacidade de escolha. Ressalta que “*o ideal da autonomia pessoal seja mais amplo e compatível com outros estilos de vida, inclusive aqueles que carecem de intelectualidade*”.

Como um “*sentido secundário de ‘autonomia’*” (RAZ, 2011, p. 349/350), “*capacidade*” ou “*condições de autonomia*” são “*habilidades mentais apropriadas, um leque adequado de opções e independência*”, que “*aditem graduação*”. Joseph Raz pondera que “*ninguém consegue controlar todos os aspectos de sua vida*”, pois pode “*ser forçado pelas circunstâncias, ou iludido por sua própria ignorância, ou governado por sua fraqueza*”.

A pessoa é considerada *autônoma*, quando, entre as opções de *autorrealização*, ou não, consistente “*no desenvolvimento, em toda a sua extensão, de todas as capacidades*

*valiosas que uma pessoa possui” (RAZ, 2011, p. 352), puder escolher livremente. A autonomia é apenas um dos muitos elementos que contribuem para a autorrealização, pois esta pode ocorrer por outros elementos, como “uma pessoa pode meter-se sem querer em uma vida de autorrealização, ou ser manipulada para dentro dela, ou alcança-la de alguma outra forma que seja incompatível com autonomia”.*

Ainda em *A Moralidade da Liberdade* (RAZ, 2011, p. 353), adverte que *“o bem-estar das pessoas depende, em larga escala, dos projetos e relacionamentos em torno dos quais giram suas vidas, a frustração de buscas bem-sucedidas enfraquece o bem-estar das pessoas”*. O bem-estar admite muitos estágios, *“contudo, a dependência geral do bem-estar das pessoas de seus projetos em si mesmas não justifica as reivindicações normativas declaradas sobre a coação”, “(...) desde que uma pessoa sobreviva à perda da vida na qual se envolveu e encontre uma vida alternativa na qual possa prosperar (e o bem-sucedido rompimento de muitos casamentos é uma situação deste tipo)”*.

Para Joseph Raz (2011, p. 354), a *“coação diminui as opções de uma pessoa”* e, por isso, invade a sua autonomia; e *“a manipulação (...) interfere nas opções da pessoa (...), desvirtua a maneira pela qual a pessoa atinge as decisões, forma as preferências ou adota objetivos. É igualmente uma invasão de autonomia”*. A coação e a manipulação violam a *independência (ética, como disse Ronald Dworkin)* da pessoa e, por isso, são incompatíveis com a autonomia, ideal social, tratando-a como objeto, e não como sujeito e agente moral autônomo. Em importante esclarecimento, afirma que a *autonomia pessoal* não se confunde com a *autonomia moral* (como propunha *Immanuel Kant*), porque *“se a pessoa tiver que ser moral, então ela não terá escolha”* (RAZ, 2011, p. 356).

Entretantes, é compatível com a autonomia pessoal tornar disponíveis, sem coação e sem manipulação, as opções *“más e repugnantes”* para que as pessoas possam evita-las livremente, como conclui Joseph Raz, considerando que *“as oportunidades para o imoral e o repugnante não podem ser eliminadas”*, com as seguintes razões (RAZ, 2011, p. 356/357):

*(...) Valeria a pena tornar disponíveis as opções más e repugnantes, de maneira que as pessoas pudessem evita-las livremente? (...) Frequentemente, são produzidas três razões para dar apoio a essa perspectiva. Primeira, as pessoas precisam ser testadas e provar a si mesmas para escolher o bem no lugar do mal. Segunda, a necessidade de escolher aperfeiçoa julgamento e discriminação morais de uma pessoa. Terceira, a presença do mal propicia a ocasião para desenvolver certas virtudes morais. Qualquer sentido correto que possa existir nessas três considerações tem sua origem no pensamento de que o moralmente bom não somente gerencia sua vida moralmente, mas teria feito isto, ainda que as circunstâncias tivessem sido menos favoráveis, ou apresentado mais tentações ou pressões para o mal. (...) (g.n.)*

A *autonomia pessoal* não se confunde, ainda, com a *integridade*, que é, segundo Joseph Raz (2011, p. 359), a identificação da pessoa com a sua própria vida, sem alheamentos e alienações, nem se confunde com a *lealdade* para consigo mesma, em relação aos seus projetos e relacionamentos.

Assim, Joseph Raz arremata que “o ideal da autonomia persegue essas características e requer que elas sejam ampliadas. Exige que a autocriação prossiga, em parte, através de escolha entre várias opções dentro de um leque apropriado delas”; “que o agente deva estar cômico de suas opções e do significado de suas escolhas; e que ele tem que ser livre de coerção e manipulação por parte dos outros” (2011, p. 365).

O valor da *autonomia pessoal* está nela ser “um ingrediente essencial da boa vida” (RAZ, 2011, p. 366). “O valor da autonomia pessoal é um fato da vida” (RAZ, 2011, p. 369). “As condições da autonomia se referem a um aspecto central de todo o sistema de valores de uma sociedade, que afeta sua natureza geral” (RAZ, 2011, 370). “A autonomia pressupõe uma variedade de considerações conflitantes. (...) Se a autonomia é um ideal, então estamos comprometidos com tal visão de moralidade, ou seja, valorizar a autonomia leva ao endosso do pluralismo moral.” (RAZ, 2011, p. 373/374).

Joseph Raz, com a sua *teoria da liberdade política derivada dos valores do pluralismo e autonomia*, demonstra que a *autonomia pessoal* não é um argumento compartilhado apenas por liberais como ele, mas também por não liberais. E também demonstra que é falso presumir que o respeito à *autonomia pessoal* exija absoluta neutralidade política do governo, em atitude antiperfeccionista ou antipaternalista, com a qual o Estado teria que evitar promover qualquer concepção de uma vida boa (RAZ, 2011, p. 375).

Todos esses intelectuais e suas obras, mencionados nesse tópico, revelam como a *autonomia privada* da pessoa humana *concreta* é elemento central no sistema de valores da sociedade.

Entrementes, parece-nos que um *conceito consequencialista (ou residual ou secundário)* de autonomia da pessoa humana, cuja esfera privada da vida humana teria como limites o *dano ou perigo concreto a terceiro* ou à *coletividade*, tem as mesmas fragilidades do *conceito de bem jurídico constitucionalmente fundado e reforçado pela proporcionalidade* na tradição *civil law* e do *conceito de harm to others principle* na tradição *common law*. Portanto, a nosso sentir, um *conceito originário (ou primário) de autonomia privada*, elaborado a partir de seus elementos internos, e não apenas delimitado por elementos externos, é capaz de ter maior rentabilidade na função de limitar o exercício do poder e os processos de criminalização.

### 2.3.1 O conceito “originário” de autonomia privada

Ao comentar a decisão da *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, no caso *fallo Sebastián Eduardo Arriola y otros*, causa n. 9080, A. 891, XLIV, de 25.09.2009, oportunidade na qual - inclusive com o voto do, à época juiz, Eugenio Raúl Zaffaroni -, declarou inconstitucional a criminalização do porte de drogas para consumo próprio, Luís Greco entendeu como fraco<sup>27</sup> o argumento da ineficiência da proibição penal, porque, na verdade, esse déficit ocorre em relação a todos os outros crimes e, ainda ponderou, que essa ineficácia da legislação, por si só, não seria suficiente para a declaração de inconstitucionalidade. Por outro lado, ratificou, com aplausos, o argumento relacionado à autonomia pessoal. Destacou a importância de que seja construído, ao longo do tempo, um “*conceito originário de autonomia*”, ao invés do “*conceito residual ou secundário*” relacionado a comportamentos que não causam danos a terceiros (*de caráter conseqüencialista*), pois, somente assim, será possível, com melhor rendimento, “*fundamentar limites não-contingentes e não heterodeterminados ao poder de punir*” (2010, p. 05).

(...) O alcance da esfera privada não é fixado a partir dessa esfera mesma, mas privado é aquilo que não afeta a terceiros. *A questão quanto a se terceiros são afetados ou não é a logicamente primária. Apenas num segundo momento se pode avaliar se uma conduta está ou não compreendida na esfera privada*: daí porque se pode falar de um *conceito secundário de privacidade*. (...)

O problema de tal conceito residual ou secundário de privacidade é que ele não consegue superar as duas deficiências que acima apontei nos argumentos empíricos. Em primeiro lugar, *ele torna a determinação do conteúdo da esfera privada dependente de dados empíricos*: é, em princípio, uma questão empírica se terceiros são afetados ou não.

(...) é tarefa da ciência do direito penal construir e oferecer aos tribunais um *conceito não mais residual, e sim, originário de privacidade. Um conceito originário de privacidade seria um que não se obtém meramente*

<sup>27</sup> “*O argumento da efetividade acima exposto apresenta fraquezas que, a rigor, se situam em dois planos: (...) ele se mostra tão deficiente que até surpreende que ele se encontre numa decisão de tamanha importância. Nem se mencione a chamada prerrogativa de avaliação do legislador, que por si só já bastaria para questionar grande parte dos juízos empíricos do Tribunal. O fato de que o consumo de drogas tenha crescido não significa que a proibição seja ineficaz, pois – ainda que se pressuponha que os dados levantados reflitam fielmente a realidade – não se pode saber se esses números não teriam subido ainda mais sem a proibição. Em segundo lugar, o argumento não é generalizável, o que é um sério problema numa decisão de um tribunal constitucional: ou será que um eventual aumento do número de homicídios nas estatísticas levaria a que se considere inconstitucional o tipo de homicídio, por sua ineficácia? Em terceiro lugar, o argumento sequer chega aonde se propõe: o recurso às estatísticas não permite que se reconduza a suposta falha da concepção legislativa ao tipo ou a outros fatores, que poderiam ser desde uma deficiência de recursos dos órgãos de persecução penal ou a falta de uma estratégia global, e não apenas penal, para o enfrentamento do problema das drogas, até mesmo uma excessiva leveza da pena cominada. Se futuramente o legislador supuser que a ineficiência derivava desse último fator, o argumento da Corte Constitucional já não poderá impedir que a proibição seja algum dia reintroduzida – desde que com uma sanção mais severa. (...)*” (GRECO, 2010, p. 05).

*persubtrationem, mas que se constrói a partir de si próprio. (...) (GRECO, 2010, p. 06).*

Para apresentar a sua proposta<sup>28</sup> (GRECO, 2010, p. 05/06), apoiou-se na “teoria das esferas” na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfGE 109*, em 2004: caso de escuta ambiental no domicílio de investigado). Inicia o raciocínio provocando: “por que são impuníveis os pensamentos?”. Para o penalista brasileiro, são insuficientes as respostas “porque só se pune fatos” ou “porque não se tem como provar” ou “porque levaria a uma sobrecarga do sistema de persecução penal”. Não é um “não conseguir” punir, mas um “não ter o direito” de punir. Afirma que há um limite.

Segundo Luís Greco (2010, p. 06), as pessoas podem ter maus ou infelizes ou até perigosos pensamentos e, mesmo assim, a corrupção moral dos sujeitos não é razão suficiente para justificar a proibição penal. “O chamado perfeccionismo é, portanto, inadmissível: o Estado não pode forçar os cidadãos à virtude. (...) O chamado paternalismo direto também é inadmissível: o Estado não pode forçar os cidadãos à felicidade.” E a periculosidade de uma conduta, por si só, não justifica a sua proibição penal e a sua exclusão da autonomia da pessoa, pois

(...) deve-se atentar que o perigo concreto é a consequência da periculosidade e o elo entre a periculosidade e o dano. Isso significa que danos indiretos, como custos para o sistema de saúde, o cometimento de outros fatos delitivos por terceiros ou o apoio ao terrorismo ou à criminalidade organizada *tampouco são prova suficiente de que se ultrapassou a esfera da autonomia.* (...). (GRECO, 2010, p. 06) (g.n.)

Robert Alexy também se debruçou sobre a *teoria das esferas* na teoria geral dos direitos fundamentais, mormente do *direito geral de liberdade* (2017, p. 360/364), conquanto entenda que se trata de “uma descrição extremamente rudimentar dos diferentes graus de intensidade” (2017, p. 363).

Na “esfera mais interior” (protegida de forma absoluta), o indivíduo “não influencia terceiros por meio de sua essência ou comportamento e, portanto não afeta a esfera pessoal de outras pessoas ou interesses da vida social” (ALEXY, 2017, p. 361); e a “esfera privada ampliada” e a “esfera social”, apesar da dificuldade de se decidir se um caso pertence a uma

---

<sup>28</sup> “Ao invés de privacidade ou esfera privada parece-me mais adequado usar o termo autonomia ou mesmo soberania. Muitas das decisões do indivíduo que têm de ser respeitadas podem ser tomadas diante de terceiros e são, num certo sentido, não mais privadas, e sim públicas. (...) E como o presente artigo não é uma contribuição à dogmática dos direitos fundamentais, e sim aos fundamentos filosóficos dos direitos fundamentais e do direito penal, não me preocuparei em delimitar âmbitos de proteção, interessando-me apenas pelas considerações materiais subjacentes” (GRECO, 2010, p. 07). Nessa dissertação, também não há a preocupação, pelo mesmo motivo, em delimitar o âmbito de proteção e o núcleo essencial dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada.

ou a outra, o dever de respeito estrito à proporcionalidade e a proteção a direitos fundamentais orientarão a solução, de modo que “*o que se deve é, na verdade, fazer diferenciações tanto com base na intensidade da afetação quanto com base no grau de privacidade*” (ALEXY, 2017, p. 363).

A teoria das esferas por de ser encontrada já na decisão do caso Elfes, na qual o tribunal faz menção a um ‘último e inviolável âmbito de liberdade humana’ (BverfGE 6, 32 [41]). (...) Com ‘livre desenvolvimento da personalidade’, a Constituição não pode querer se referir tão-somente ao desenvolvimento no interior daquele âmbito nuclear da personalidade. (...) É possível distinguir três esferas, com intensidades de proteção decrescente: a esfera mais interior (‘último e inviolável âmbito de liberdade humana’, ‘âmbito mais interno (íntimo)’, ‘esfera íntima inviolável’, ‘esfera nuclear da configuração da vida privada, protegida de forma absoluta’), a esfera privada ampliada, que inclui o âmbito privado que não pertence à esfera mais interior, e a esfera social, que inclui tudo aquilo que não for atribuído nem ao menos à esfera privada ampliada. (ALEXY, 2017, p. 361/362)

Para a construção do “*conceito originário de autonomia*”, Luís Greco desenvolveu três diretrizes adicionais (2010, p. 06/09): a) “*universalizabilidade*”; b) “*universalização e desiguais*”; c) “*heurística da coerência e da tradição liberal*”.

Sobre a “*universalizabilidade*”, Luís Greco (2010, p. 07) afirma que, como todos são portadores de *autonomia*, deve se tratar de um comportamento possível de ser praticado, simultaneamente, por todos os seres humanos. Em síntese, são 03 ideias interligadas: “*autonomia não é um privilégio*”, “*autonomia não colide com autonomia*” e “*autonomia pressupõe respeito pela autonomia de terceiros*”.

Quanto a “*universalização e desiguais*” (GRECO, 2010, p. 07), pressupõe a igualdade também no sentido de tratar os desiguais na medida em que se desigalam. Há *níveis de autonomia*. O mais baixo nível de autonomia já merece respeito e, na verdade, é até o nível “*da autonomia preferencial (preference autonomy)*”, como, consoante exemplifica Luís Greco, “*pense-se nos maus-tratos de crianças ou enfermos doentes, na pornografia infantil ou na crueldade com animais*”. Com isso, aponta para a “*proibição de exploração*” das pessoas com nível mais baixo por aquelas com nível de autonomia mais elevado.

E em relação à “*heurística da coerência e da tradição liberal*” (GRECO, 2010, p. 08), como utilidade científica, deve-se observar os comportamentos de precedentes paradigmáticos sobre os quais recaí presunção de que pertençam à esfera da autonomia, como ilustra o penalista brasileiro, comer comida gordurosa, beber álcool, fazer tatuagens, praticar esportes perigosos, fumar tabaco etc. (*considerações sobre a coerência*); e liberdades de expressão, de pensamento, de crença, de não ser torturado etc. (*considerações sobre a tradição liberal*).

Ademais, Luís Greco aponta *três critérios negativos* para se analisar a legitimidade de uma *criminalização primária*, quais sejam, “*o de que nem o perfeccionismo, nem o paternalismo direto, nem a perigosidade são razões suficientes para uma proibição penal*” (2010, p. 11).

Ao analisar se a conduta de porte de drogas para consumo próprio está dentro ou fora da esfera de autonomia pessoal, Luís Greco (2010, p. 08/09), concluiu que, pelo menos, em relação à *finalidade do consumo pessoal* – não seguindo essa sorte a *finalidade de entrega a terceiros*, sobretudo, de drogas pesadas que causem dependência –, trata-se de comportamento que integra a autonomia privada das pessoas, sendo indevida a sua criminalização primária.

Luís Greco (2010, p. 09) ainda concluiu que, antes mesmo de se analisar a legitimidade dessa proibição penal à luz da *teoria do bem jurídico* e da *proporcionalidade* – esses são dois critérios para justificar a criminalização *diante da sociedade* –, desde logo, o porte de drogas para consumo próprio não pode ser tipificado como infração penal, pois sequer pode ser justificado *diante do próprio indivíduo*.

(...) Isso não significa, entretanto, que considerações referidas *ao bem jurídico* e, depois, à *proporcionalidade* sejam irrelevantes. As duas se referem ao ganho social de uma proibição, e têm de ser atendidas, porque uma proibição sem ganho social não pode ser *justificado diante da sociedade*. A sociedade arca com os custos da proibição, tanto no sentido econômico, como no sentido de que cada proibição significa a subtração de uma parcela de liberdade. Mas, antes da pergunta quanto a se uma proibição pode ser justificada diante da sociedade, um *sistema liberal* – isto é, um sistema que reconhece ao indivíduo um valor intrínseco e com isso se recusa a apelar a ganhos da sociedade para demandar do indivíduo um sacrifício – tem de perguntar se a proibição, independentemente dos ganhos que ela gere para os outros, pode ser *justificada diante do próprio indivíduo*. (...) (g.n.).

Nesse diapasão, verifica-se que, sob a ótica de um *conceito ‘originário’ de autonomia privada*, a seleção de condutas como o *porte de drogas para consumo próprio* é uma intrusão e não tem legitimidade, por não se justificar “*diante do próprio indivíduo*”, além de, sob a perspectiva da *teoria do bem jurídico reforçada pela proporcionalidade* (na *Civil law*) e do *harm principle* (na *Common law*), também não se justificar “*diante da sociedade*”.

## 2.4 Paternalismo penal

No Estado Democrático de Direito, é legítima a criminalização do porte de drogas para consumo próprio? Caso se estabeleça como premissa que essa conduta se trata apenas de uma

autolesão, seria uma situação de indevida invasão estatal na esfera da autonomia privada da pessoa humana? Se o Estado, por sua vez, deve proteger os direitos fundamentais das pessoas, qual o limite da sua intervenção quanto ao consumo de drogas? O Estado deve atuar com absoluta neutralidade política sobre o que é a *vida boa*? Além do controle estatal sobre a produção, distribuição e comercialização das drogas, e além da política alternativa de redução de danos, em relação a usuários e adictos de estupefacientes, será possível e legítimo ao Estado, sem medidas coercitivas e sem manipulação, recomendar e, até mesmo, empurrar os indivíduos para o que entende ser a *vida boa*?

Ingeborg Maus, no texto *O Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'* (2000, p. 183/202), demonstra a preocupação com a *autonomia do indivíduo e da sociedade*, perante tendências autoritárias e inibidoras, propondo que sejam repensados conceitos e modelos na teoria política da Constituição e na teoria do direito.

Para Herbert Marcuse, citado por Ingeborg Maus (2000, p. 184/185) a construção de uma consciência individual é determinada mais por diretrizes sociais do que pela *figura do pai*, em uma perspectiva psicanalítica, e a sociedade está cada vez menos integrada. Em relação a essas tendências o poder perdeu em visibilidade e a sociedade individual perdeu capacidade de criticar autonomamente as normas sociais, razão pela qual

(...) a '*sociedade órfã*' ratifica paradoxalmente o infantilismo dos sujeitos, já que a consciência de suas relações sociais de dependência diminui. Indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrativos, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade moderna. (...) (MAUS, 2000, p. 185) (g.n.)

Entretanto, Ingeborg Maus aponta que, após a 2ª Guerra Mundial, a jurisdição constitucional, como se percebe com a *Suprema Corte dos EUA* e com o *Tribunal Constitucional Federal alemão*, assumiu a *imago paterna*, isto é, a função de *superego da sociedade*. Houve uma transferência do superego, reforçado por modernas teorias de decisão judicial, como o interpretativismo de Ronald Dworkin; e afirma que

(...) segundo ele, as perspectivas morais e os princípios são imanentes ao conceito de direito, mesmo quando não encontram apoio no texto legal, e devem orientar desde o início o trabalho decisório judicial. (...) Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juizes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social ('community morality') o fator decisivo da interpretação jurídica. (...) (MAUS, 2000, p. 186) (g.n.).

Nesse sentido, Ingeborg Maus sobrealça que “*quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social*” (2000, p. 187), o que é, segundo a Maus, antidemocrático.

O Iluminismo predominantemente afirmou a *ideia de liberdade*, não apenas contra a intervenção estatal, mas também com a determinação de conteúdos para os cidadãos (MAUS, 2000, p. 187). Mas, o primado do Legislativo, como superego da sociedade, foi alterado, no processo de socialização, para a *judicial review*.

(...) Também aqui alteram radicalmente aquela concepção das funções do superego os resultados do ‘crescimento natural’ do processo de socialização. Freud descreveu-os da seguinte forma: ‘O superego da criança (...) passa então a ser construído (...) a partir do modelo do superego dos pais. A criança se transforma num ‘portador da tradição’ de valores temporais que vêm se reproduzindo através das gerações’ (...). (MAUS, 2000, p. 189). (g.n.)

Ingeborg Maus (2000, p. 189) afirma que “*a utilização de uma instância moral pretende nesse sentido romper com a linha tradicional dos arranjos morais empíricos*” e que há uma “*ascensão da Justiça à qualidade de administradora da moral pública*”, com a introdução de pontos de vista morais e de valores na jurisprudência, favorecida pela inclusão na “*estrutura legal*” de *cláusulas abertas*, mas, de toda forma, defende que o *sujeito autônomo* da filosofia iluminista seja liberado tanto do *infantilismo* (questões de tomada de consciência) quanto do *paternalismo* (processo político de decisão).

Nessa crítica, Ingeborg Maus reclama de um Judiciário que disfarça o seu decisionismo, invocando uma “*ordem de valores constitucionais objetiva*” (2000, p. 192), pois isso seria uma “*teologia constitucional*”, e não atuar como “*Guardião da Constituição*”. Para argumentar, Ingeborg Maus (2000, p. 195) apontou o movimento do Direito Livre e o direito nazista como exemplos antipositivismo e antiformalismo.

Compara que, na época da República de Weimar, o presidente atuava como imperador-substituto, e, na atual república, esse papel foi assumido pelo Tribunal Constitucional Federal alemão. Em perspectiva psicanalítica, a “*libido da sociedade*” deslocou-se da chefia do Executivo para a cúpula do Judiciário (MAUS, 2000, p. 199). Ingeborg Maus arremata que “*mesmo quando a Justiça – em todas as suas instâncias – decide questões morais polêmicas a partir de pontos de vista morais, pratica deste modo a ‘desqualificação’ da base social*” (2000, p. 200).

Essas preocupações da Ingeborg Maus, sobretudo, com a imposição, pelo Estado, de uma concepção de *vida boa* à sociedade, também são preocupações dos adeptos do liberalismo. Sobre *liberdade política*, tanto para os *liberais igualitários* (John Rawls e Ronald

Dworkin), quanto para os *liberais libertários* (Robert Nozick), são importantes (RAZ, 2011, p. 101): o *princípio antiperfeccionista* (*exclusão de ideais e proibição de agir com base em tais razões*) e o *princípio da neutralidade* (*imparcialidade quanto a ideias e moralidades diferentes e até antagônicas*). Os ideais de uma vida boa (*good life*), mesmo que sejam valiosos em si, não deveriam ser promovidos por ações governamentais.

Carlos Santiago Niño define o *perfeccionismo* como “*a concepção segundo a qual é uma missão legítima do Estado fazer com que os indivíduos aceitem e materializem ideais válidos de virtude pessoal*” (apud SARMENTO, 2016, p. 167/168). Para Joel Feinberg, o *paternalismo* “*justifica o uso da coerção estatal para proteger os indivíduos de danos autoinfligidos ou, na sua versão extrema, para guia-los, gostem eles ou não, em direção ao seu próprio bem*” (apud SARMENTO, 2016, p. 168). O que também pensa Gerald Dworkin, para quem o *paternalismo* é “*a interferência na liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões referentes exclusivamente ao bem-estar, ao bem, à felicidade, às necessidades, interesses ou valores da pessoa cuja liberdade é restringida*” (apud SARMENTO, 2016, p. 168).

*Paternalismo* é uma expressão mais ampla do que *perfeccionismo*. Há várias classificações sobre o *paternalismo*: a) *paternalismo perfeccionista* (proteger o próprio agente, com a imposição de ideais de determinada concepção de vida boa) e *paternalismo não perfeccionista* (proteção e promoção de interesses e concepções do bem que o próprio agente tem); b) *paternalismo forte* (ou *paternalism hard*, que incide sobre a ação de pessoas capazes) e *paternalismo fraco* (ou *paternalism soft*, que se aplica só aos incapazes ou vulneráveis); c) *paternalismo puro* (ou *paternalismo direto*, cuja restrição de liberdade recai diretamente sobre a pessoa ou grupo que se quer beneficiar) e *paternalismo impuro* (ou *paternalismo indireto*, cuja restrição de liberdade recai também sobre terceiros, para proteger outra pessoa ou grupo); d) *paternalismo coercitivo* (usa-se coação legal) e *paternalismo libertário* (usa-se *nudges*, isto é, medidas sem caráter coercitivo e sem manipulação).

Ainda quanto às terminologias e definições, *paternalismo* e *perfeccionismo* não se confundem com *moralismo jurídico*, sendo que este consiste na “*restrição à autonomia pessoal não apenas para proteger direitos de terceiros ou interesses do próprio indivíduo, mas também para assegurar a observância da moral*”, “*(...) de valores socialmente compartilhados, de prescrições religiosas ou de princípios morais ‘objetivos’*” (SARMENTO, 2016, 175/176), ainda que, para a defesa de regras morais, tenha que atentar e até eliminar fisicamente o indivíduo.

Para os liberais, o Estado deveria atuar de forma *antiperfeccionista* e com *absoluta neutralidade política*, ainda que pudesse fazer algo para melhorar um determinado *estado de coisas*, do ponto de vista de certos valores predominantes na sociedade. Afirmam os liberais que ninguém tem o direito de utilizar a máquina do Estado, com o propósito de forçar sua concepção de *vida boa* sobre os outros. Esse ainda é um ponto de vista predominante no mundo ocidental (RAZ, 2011, p. 102).

O liberalismo, em suas várias correntes, considera que o Estado é um instrumento para satisfazer as necessidades das pessoas, e não um meio de fazer pessoas boas (RAZ, 2011, p. 127). E mais, impor uma determinada concepção de *vida boa* e *do que é justo* às pessoas ofende a sua dignidade e não a trata com respeito e consideração (RAZ, 2011, p. 145). Ronald Dworkin (*apud* RAZ, 2011, p. 146), como adepto do liberalismo igualitário, chega a considerar que

(...) *As pessoas têm o direito de não sofrer desvantagem na distribuição de bens sociais e oportunidades, inclusive a desvantagem nas liberdades a elas conferidas pelo direito penal, apenas pela razão de que as autoridades ou seus concidadãos pensam que suas opiniões sobre a maneira correta para levar suas próprias vidas são ignóbeis ou erradas.* (...) (g.n)

Entretanto, após apontar incoerências nas propostas dessas correntes liberais, Joseph Raz, na obra *A Moralidade da Liberdade*, afirma que o total antiperfeccionismo e a absoluta neutralidade política constituem uma noção utópica; e defende que “*a neutralidade se refere tão somente à extensão em que as partes são ajudadas ou impedidas de agir*” (RAZ, 2011, p. 111).

(...) a distinção entre ajudar e impedir é crucial ao entendimento da neutralidade, como o é a distinção entre impedir e não ajudar. Mas não acontece desta distinção ser sempre de significado moral (*neutralidade não é sempre defensável*). Tampouco ocorre que a distinção possa ser sempre evocada. *A neutralidade é viável em alguns casos, contudo, pode ser impossível em outros.* (...) (RAZ, 2011, p. 111/112)

(...) O conflito no qual se espera que o Estado permaneça neutro é sobre a habilidade do povo escolher e adotar com êxito as concepções do que é justo (e estas incluem as ideias do que é justo para a sociedade ou para o mundo). Portanto, trata-se de um conflito inclusivo. (...)

Além disso, *dentro do raio de ação das obrigações devidas ao povo por parte do Estado, torna-se um obstáculo a eventual omissão de ajuda.* (...) Um cirurgião que deixa de tomar a atitude certa para auxiliar na recuperação de um paciente prostrado a sua frente, na sala de cirurgia, está impedindo sua recuperação. Assim, *no âmbito da responsabilidade do Estado para com os seus cidadãos, a falta de ajuda se constitui em um obstáculo.* (...) (RAZ, 2011, p. 114). (g.n.)

Joseph Raz destaca que a proposta do liberalismo igualitário e a doutrina do interesse político neutro de John Rawls – a qual afirma, de passagem, ser “*a mais rica e mais sutil de*

*todas as doutrinas oferecidas nos últimos tempos*” (RAZ, 2011, p. 124) –, no sentido de que deve haver neutralidade entre as concepções do que é justo e que valorizam um desenvolvimento autônomo da vida de alguém, de acordo com a natureza racional deste alguém, (Joseph Raz afirma que) não se trata, na verdade, de uma *doutrina da neutralidade*, mas de *pluralismo moral* (RAZ, 2011, p. 122). E, portanto, para Joseph Raz, “*o objetivo de toda ação política é permitir que os indivíduos sigam as concepções válidas do que é bom e desencorajar os mesmos quanto àquelas que se mostrem más ou vazias*” (RAZ, 2011, p. 123).

A propósito, segundo Joseph Raz (2011, p. 149), trata-se de uma confusão, tanto prática quanto moral, profundamente enraizada, de que é necessário o antiperfeccionismo para impedir que as pessoas imponham aos outros seus estilos de vida. E também afirma que nem toda ação coercitiva é uma imposição de *vida boa* aos outros, podendo ser usada para desencorajar modos de comportamento indesejados.

*(...) Apoiar formas preciosas de vida é mais uma questão social do que individual. A monogamia, admitindo-se que ela seja a única forma de casamento moralmente valiosa, não pode ser praticada por um indivíduo. Ela requer uma cultura para reconhecê-la e apoiá-la através da atitude do público e através de suas instituições formais. (...) ideais perfeccionistas exigem ação pública para sua viabilidade. O antiperfeccionismo praticado conduziria não meramente a uma reserva política quanto ao apoio a valiosas concepções do que é justo. Ele enfraqueceria as oportunidades de sobrevivência de muitos aspectos de nossa cultura.*

*São fortes as fontes do apelo antiperfeccionista. Ele se origina na preocupação pela dignidade e integridade dos indivíduos e no retrocesso ao deixar uma seção da comunidade impor seu modo preferido de vida ao restante. Estas preocupações são reais e importantes. Todavia, eles não justificam o antiperfeccionismo. (...)* (RAZ, 2011, p. 150). (g.n.)

Em relação ao tipo de paternalismo compatível com a autonomia pessoal, Joseph Raz (2011, p. 394/395) defende que

*(...) Um modo pelo qual a doutrina da liberdade baseada na autonomia foi defendida aqui diverge de alguns escritos liberais no tema: na adoção de várias medidas paternalistas. Paternalismo tem sido um termo negativo entre muitos pensadores liberais. Ele invoca imagens de indivíduos sendo manipulados para o seu próprio bem por um big brother. As últimas grandes batalhas contra o paternalismo foram travadas por alguns amantes da liberdade, ao resistirem ao uso obrigatório de cintos de segurança em veículos etc. A consciência liberal é dividida em relação ao tema. Uma quantidade grande de paternalismo indireto não é apenas tolerada, mas encorajada positivamente por muitos adoradores da liberdade.*

A reflexão no impacto do paternalismo na autonomia mostra que ele varia num grau que torna sem sentido formular uma conclusão geral pró ou antipaternalismo. Particularmente, questões afetadas pelo paternalismo, que são observadas por todos como meros valores instrumentais, não interferem na autonomia se o seu efeito for de melhorar segurança, tornando, assim, estas atividades, mais prováveis de concretizar o seu objetivo (...).

Onde o perfeccionismo defendido aqui vai além dos meios relativos ao paternalismo é nas medidas sancionadoras que encorajam a adoção de fins valiosos e desencorajam a busca dos básicos. Aqui existem duas restrições principais nas políticas perfeccionistas, ou paternalistas, se você preferir. Primeiramente, as políticas perfeccionistas devem ser compatíveis com o respeito pela autonomia. Elas devem, portanto, ser limitadas à criação de condições de autonomia. Em segundo lugar, elas devem respeitar a limitação no uso da coerção que é imposta pelo princípio do dano, assim como por restrições análogas na manipulação. (...). (g.n.)

Daniel Sarmiento (2016, p. 174/175), nessa perspectiva de Joseph Raz (2011, p. 94/150 e 394/395) e também de Stephen Macedo (1990, p. 256/263), igualmente defende a concepção de liberdade desassociada do antiperfeccionismo e da neutralidade estatais. Compreende como legítimo que o Estado apoie e fomente, sem medidas coercitivas e manipuladoras, cosmovisões sobre a *vida boa* baseadas na *liberdade* e na *igualdade*.

*(...) a neutralidade em sentido mais amplo sequer é possível. Afinal, em múltiplas situações os poderes públicos fazem escolhas que não têm como ser neutras em relação às concepções de vida boa, como, por exemplo, quando definem currículos escolares ou estabelecem as datas de feriados, associando-se à comemoração de certos eventos e personalidades, e não a outros. Por outro lado, não é desarrazoada a crítica de que, sob o argumento da manutenção da neutralidade, muitas vezes se esconde a defesa de um status quo, que é tudo, menos neutro.*

*Assim, não me parece que o Estado tenha o dever de se manter neutro em diversas questões atinentes às vidas dos seus cidadãos, apenas porque elas não afetam diretamente a terceiros. Os poderes públicos não só podem como devem, por exemplo, fomentar a adoção de hábitos de vida saudáveis pelas pessoas. Não é ilícito ou ilegítimo que o Estado formule políticas públicas visando a encorajar que as pessoas abandonem o tabagismo, pratiquem mais exercícios físicos e adotem uma alimentação melhor. A tutela da saúde constitui uma razão pública que justifica essas medidas. Contudo, ao lidar com atos autorreferentes, o Poder Público não deve se valer de proibições e de sanções, a não ser em hipóteses absolutamente excepcionais, mas sim de medidas de outra natureza – campanhas educacionais, fomento, tributação com finalidades extrafiscais etc. Deve utilizar prioritariamente as técnicas do “paternalismo libertário” – os nudges – preconizados por Cass Sunstein e Richard Thaler.*

*Ademais, a própria garantia da liberdade justifica que o Estado abandone a sua neutralidade cosmovisiva para favorecer, em regra sem coerções, compreensões de ‘vida boa’ cuja adoção pelas pessoas propicie um ambiente cultural mais hospitaleiro para o livre desenvolvimento da personalidade de cada integrante da sociedade. (...). (g.n.)*

Portanto, ganha cada vez mais adeptos, em uma perspectiva de como a vida das pessoas concretas realmente é e funciona, a consideração de que o Estado pode afastar-se do *ideal* de total neutralidade política, fomentar e até “empurrar” (*nudges*) as pessoas, em “*paternalismo libertário*”, sem o uso de coação ou de manipulação – isto é, com transparência, boa-fé objetiva, informações adequadas, oportunizando verdadeiramente

escolhas e, portanto, valorizando a *autonomia privada* –, na direção de uma concepção *mainstream* de *vida boa*, que promova hábitos saudáveis e tenha como princípios básicos a *liberdade* e a *igualdade*.

Desde o artigo *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, publicado na *Public Law and Legal Theory Working Paper n. 43*, da *University of Chicago Law School*, em maio de 2003, Cass Sunstein (jurista) e Richard Thaler (economista) afirmam que é possível e legítimo que instituições privadas e públicas afetem o comportamento das pessoas, empurrando-as (“*nudges*”), sem medidas coercitivas e sem manipulação, em direção ao bem-estar, de acordo com uma concepção *mainstream* de *vida boa* e, ao mesmo tempo, respeitando a liberdade de escolha e *autonomia privada* das pessoas afetadas.

Em 2008, Cass Sunstein e Richard Thaler publicaram o *bestseller* mundial *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, pela *Yale University Press*, obra que foi traduzida, no mesmo ano, para o português e outras línguas, e publicada, no Brasil, pela Editora Elsevier, com o título “*Nudge: o empurrão para a escolha certa. Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade*”<sup>29</sup>. Os autores publicaram outras obras, sobre o tema, ao longo dos anos. E, em 2017, o economista Richard Thaler ganhou o *Prêmio Nobel de Economia*, por esses e outros estudos sobre *Economia do Comportamento*.

Cass Sunstein e Richard Thaler chamaram o uso de *nudges* de *paternalismo libertário* (2003), para orientar e “empurrar” as pessoas em direção ao bem-estar, sem eliminar a liberdade de escolha. A premissa é a de que as preferências das pessoas são mal formadas e suas escolhas são influenciadas por *regras padrão*, *efeitos de enquadramento* e *pontos de partida*.

(...) Nós elaboramos uma forma de paternalismo, libertário em espírito, que deve ser aceitável por aqueles que estão firmemente comprometidos com a liberdade de escolha, em razão da autonomia ou do bem-estar.

(...) Nossa ênfase é sobre o fato de que, *em muitos domínios, as pessoas não possuem preferências claras, estáveis ou bem ordenadas. O que elas escolhem é produto de efeitos de enquadramento, pontos de partida e regras padrão*, deixando claro o significado do termo ‘preferência’.

(...) a forma como são formuladas as regras tem influência surpreendentemente poderosa sobre as escolhas feitas pelos afetados. Instamos a que tais regras sejam escolhidas com o objetivo de melhorar o bem-estar das pessoas afetadas por elas. O aspecto libertário de nossas estratégias reside na insistência direta de que, em geral, as pessoas deveriam ser livres para sair das regras padrão se elas optarem por isso. Por isso, *não pretendemos defender qualquer abordagem que impeça as escolhas individuais*. O aspecto paternalista consiste na afirmação de que *é legítimo*

<sup>29</sup> A edição brasileira está esgotada. Há uma recente edição espanhola, pela editora Taurus, lançada em 2018. Anteriormente, outra versão espanhola, já esgotada, foi publicada, em 2009, pela editora Columma CAT.

*para instituições públicas e privadas tentarem influenciar o comportamento das pessoas, mesmo quando não causem danos a terceiros.*

*(...) O paternalismo libertário é um tipo de paternalismo relativamente fraco e não intrusivo, porque as escolhas não são bloqueadas ou vedadas. Nas suas formas mais cautelosas, o paternalismo libertário impõe custos triviais àqueles que procuram se afastar da opção apontada como preferida. Mas, a abordagem que recomendamos, no entanto, conta como paternalista, porque os planejadores privados e públicos não estão tentando acompanhar as escolhas antecipadas das pessoas, porque conscientemente tentam mover as pessoas em direções que irão promover seu bem-estar. (...) Alguns libertários provavelmente terão pouco ou nenhum problema em endossar nosso paternalismo para instituições privadas; sua principal objeção é o paternalismo no direito e no governo. Mas, como mostraremos, os mesmos pontos que apoiam a promoção do bem-estar no paternalismo privado também se aplicam ao governo. (...)<sup>30</sup>. (SUNSTEIN; THALER, 2003). (g.n.)*

Afirmam que o termo *paternalismo*, nessa perspectiva *libertária*, ao invés de pejorativo, seja considerado apenas *descritivo* (SUNSTEIN; THALER, 2003), e definem que

*(...) o empurrão (nudge) (...) é qualquer aspecto na arquitetura da escolha que altera o comportamento das pessoas de uma forma previsível sem proibir qualquer alternativa ou mudar significativamente os incentivos econômicos (...). (SUNSTEIN; THALER, 2008, p. 06). (g.n.)*

Sarah Conly, na obra *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism*, publicada pela *Cambridge University Press*, em 2013, criticou o *antipaternalismo* de John Stuart Mill, o *paternalismo soft* e, sobretudo, o *paternalismo libertário* de Cass Sunstein e Robert Thaler, defendendo um *paternalismo coercitivo*, com o argumento de que, a partir de uma *análise de custo-benefício*, ao invés de (des)encorajar as pessoas, deve-se tornar ou manter a conduta como ilegal, com ameaça de punição. Argumenta que é preciso limitar a liberdade de ação e a autonomia em prol de uma vida melhor, considerando que as pessoas não têm capacidade de

---

<sup>30</sup> Tradução livre: “(...) *We elaborate a form of paternalism, libertarian in spirit, that should be acceptable to those who are firmly committed to freedom of choice on grounds of either autonomy or welfare. (...)*

*(...) Our emphasis is on the fact that in many domains, people lack clear, stable, or well-ordered preferences. What they choose is a product of framing effects, starting points, and default rules, leaving the very meaning of the term ‘preferences’ unclear. (...)*

*(...) the design features of both legal and organizational rules have surprisingly powerful influences on the choices made by those affected. We urge that such rules should be chosen with explicit goal of improving the welfare of people affected by them. The libertarian aspect of our strategies lies in the straightforward insistence that in general, people should be free to opt out of specified arrangement if they choose to do so. Hence we do aim to defend any approach that blocks individual choices. The paternalistic aspect consists in the claim that it is legitimate for private and public institutions to attempt to influence people’s behavior even when third party effects are absent. (...)*

*(...) Libertarian paternalism is a relatively weak and nonintrusive type of paternalism, because choices are not blocked or fenced off. In its most cautious forms, libertarian paternalism imposes trivial costs on those who seek to depart from the planner’s preferred option. But the approach we recommend nonetheless counts as paternalistic, because private and public planners are not trying to track people’s anticipated choices, but self-consciously attempting to move people in directions that will promote their welfare. Some libertarians are likely to have little or no trouble with our endorsement of paternalism for private institutions; their chief objection is to paternalistic law and government. But as we shall show, the same points that support welfare-promoting private paternalism apply to government as well. (...). (SUNSTEIN; THALER, 2003).*

determinar a escolha correta. Mas, a proposta de *paternalismo coercitivo* da Sarah Conly, além de antidemocrática e não liberal, não valoriza a *autonomia privada* das pessoas.

Cass Sunstein e Richard Thaler, a partir da metáfora do *Econs ou homo economicus*, que sempre fazem escolhas sem cometer erros, afirmam que os *humanos* não são assim, mas falíveis (2008, p. 82). Os indivíduos acreditam que decidem bem, mas as previsões das pessoas são imperfeitas. As *alternativas-padrão (default options)* são as preferências das pessoas e dos *arquitetos da escolha (choice architects)* (2008, p. 08).

As pessoas agem por intermédio de dois sistemas de pensamento: o sistema automático (ou intuitivo), no qual são incontroladas, rápidas e inconscientes; e o sistema reflexivo (ou racional), no qual são controladas, lentas, cuidadosas e conscientes (SUNSTEIN; THALER, 2003).

O paternalismo libertário, com os *nudges* (empurrões suaves, e que não são ordens), pretende, portanto, evitar que o Estado nada faça, como propõe o liberalismo antipaternalista de John Stuart Mill, e evitar que proíba e sancione comportamentos, sem danos a terceiros ou à coletividade, como propõe, p. ex., o paternalismo coercitivo de Sarah Conly. Cabem aos *arquitetos da escolha*, responsáveis pela organização do contexto no qual as pessoas tomam decisões, seja o Estado sejam outros particulares, promoverem cenários que oportunizem escolhas melhores pelos indivíduos, orientando-os e empurrando-os, sem coação e sem manipulação, valorizando a autonomia pessoal e liberdade de escolha, em direção à melhoria do seu bem-estar, de acordo com uma concepção de *vida boa* compatível com os princípios da liberdade e da igualdade.

Nos EUA, muitas iniciativas têm se inspirado nessa economia do comportamento, incorporando ferramentas como, p. ex., divulgações, advertências, campanhas educacionais etc., em muitas áreas, como, v. g., economia de combustível, eficiência energética, proteção do meio ambiente, cuidado com a saúde e a obesidade. Em 2013, o governo Obama constituiu uma equipe, para, a partir das ciências do comportamento, identificar evidências empíricas que subsidiem decisões do governo. No Reino Unido, o Primeiro Ministro David Cameron, na mesma época, criou um departamento governamental para *insights* sobre *nudges*, com o objetivo de incorporar uma compreensão do comportamento nas iniciativas políticas (SUNSTEIN, 2014, *ebook*).

Quanto ao porte de drogas para consumo próprio, que, atualmente, em *paternalismo direto e forte*, ainda é objeto de coação penal na maioria dos países, como no Brasil (art. 28, Lei 11.343/06) – conquanto, em 19.08.2015, já tenha sido iniciado o julgamento, pelo Plenário do STF, do RE 635.659/SP-RG, sobre a sua (des)criminalização –, é possível

imaginar, dentro do amplo espectro das *políticas alternativas de redução de danos*, como legítimo e muito útil o uso de *nudges* (ex: campanhas educativas; inclusão do tema em currículos escolares; divulgação de estudos em linguagem acessível à população; eventos culturais; uso de mídias sociais; abordagem do tema em filmes, novelas e séries; e vários outros *insights* que forem surgindo, de acordo com a criatividade e as necessidades sociais), em *paternalismo libertário*, para *empurrar* as pessoas, com respeito à autonomia privada de usuários ocasionais de drogas e *adictos*, em direção ao bem-estar e a uma concepção de vida boa, que valorize a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social.

Por todas essas considerações sobre *bem jurídico*, *harm principle*, *autonomia privada* e *paternalismo penal*, isto é, *limites fundamentais à intervenção do direito penal no Estado Democrático de Direito*, o porte de drogas para consumo pessoal não pode continuar a ser tipificado como crime, mas, considerando que é dever do Estado a proteção de direitos fundamentais, o Estado pode afastar-se do idealismo liberal de antiperfeccionismo e de absoluta neutralidade política e atuar com legitimidade democrática, em *paternalismo libertário*, com *nudges*, isto é, empurrões suaves, sem caráter coercitivo ou manipulação, respeitando a autonomia pessoal de usuários de drogas e dependentes, bem como fornecendo adequadas e transparentes informações, na direção do bem-estar e de uma concepção predominante sobre a *vida boa*, desde que essa concepção valorize a liberdade e a igualdade.

### 3 ANÁLISE DOS DISCURSOS DOS *AMICI CURIAE* NO STF, RE 635.659/SP-RG

Nesse último capítulo dessa Dissertação, interessa-nos investigar como os *amici curiae*, representando seguimentos heterogêneos da sociedade brasileira, no julgamento do RE 635.659/SP-RG (ainda em trâmite), mais especificamente em suas sustentações orais realizadas no dia 19.08.2015, disputam, em luta hegemônica, o *sentido* de *bem jurídico*, *autonomia privada* e *paternalismo penal*, no contexto da (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, Lei 11.343/08), sob a égide do Estado Constitucional e Democrático de Direito, e tentam, com isso, influenciar os votos dos Ministros do STF.

Em especial, interessa-nos verificar, nessas sustentações orais, a relação de recíproca influência entre as *mudanças discursivas* (discurso), sobre esses elementos de legitimidade democrática do Direito Penal, e a *mudança social e cultural* (estrutura social).

Para viabilizar essa *pesquisa empírica no Direito*, foi utilizada a *Análise de Discurso Crítica* (ADC), de Norman Fairclough, em complemento ao método arqueogenealógico de Michel Foucault sobre os *processos de subjetivação* (constituição dos sujeitos pelos *saberes-poderes* descontínuos), com inferências para o marco teórico dessa Dissertação (realismo marginal, criminologia cautelar e direito penal humano, de Eugenio Raúl Zaffaroni).

#### 3.1 O método de Análise de Discurso Crítica (ADC)

As mudanças no uso da linguagem relacionam-se com processos sociais e culturais mais amplos e, portanto, com a mudança social. A linguagem não é transparente nem o seu uso é inocente. Desde quando se percebeu isso, no século XX, com Ludwig Wittgenstein, fala-se que houve uma “virada linguística” (*linguistic turn*) (FAIRCLOUGH, 2016, p. 20); e, especificamente, entre as décadas de 1960 a 1980, com Michel Foucault (processos de subjetivação na arqueologia do saber, na genealogia do poder e na estética da existência) fala-se em uma “virada discursiva” (MAINGUENEAU, 2015, p. 10).

A análise de discurso (AD), que se desenvolve em diversas tradições, pioneiramente na tradição francesa, é um método de pesquisa transdisciplinar e eficaz para estudar, explicitar e sugerir mudanças, na e pela linguagem, das relações de dominação e de resistência, isto é, das relações de poder, da constituição do sujeito e da significação do mundo da vida.

Entre tantas vertentes nos estudos críticos do discurso, optou-se, nesse trabalho, pela *Análise de Discurso Crítica* (ADC), cujo maior expoente é Norman Fairclough, professor emérito de Linguística da Universidade de Lancaster, porque considera que há uma relação

dialética entre o discurso e a estrutura social, e não apenas unilateral, além de que desenvolveu uma concepção tridimensional de discurso (como texto, como prática discursiva e como prática social) e conta com categorias de análise de discurso social e linguisticamente orientadas. Entre as suas obras, a referência base para essa pesquisa foi *Discurso e Mudança Social* (FAIRCLOUGH, 2016). Trata-se de uma *análise de discurso* multidimensional, multifuncional, histórica e crítica.

Os discursos não apenas refletem ou representam entidades e relações sociais, eles as constroem ou as ‘constituem’; diferentes discursos constituem entidades-chaves (sejam elas a ‘doença mental’, a ‘cidadania’ ou o ‘letramento’) de diferentes modos e posicionam as pessoas de diversas maneiras como sujeitos sociais (por exemplo, como médicos ou pacientes), e são esses efeitos sociais do discurso que são focalizados na análise de discurso. Outro foco importante localiza-se na mudança histórica: como diferentes discursos se combinam em condições sociais particulares para produzir um novo e complexo discurso. (FAIRCLOUGH, 2016, p. 22)

Há mudanças, nas relações sociais em inúmeros domínios, constituídas por novas práticas discursivas. Por isso, há uma preocupação para controlar o discurso, pois é cada vez mais evidente: “*causar mudanças nas práticas discursivas como parte de engenharia da mudança social e cultural*”. Inclusive, há uma “*tecnologização do discurso*”. As “*práticas discursivas em mudança contribuem para modificar o conhecimento (até mesmo as crenças e o senso comum), as relações sociais e as identidades sociais*” (FAIRCLOUGH, 2016, p. 27/28). As mudanças discursiva, social e cultural, bem como a tecnologização do discurso não são transparentes para as pessoas envolvidas (FAIRCLOUGH, 2016, p. 28). E “*os meios de comunicação de massa estão modificando o limite entre as esferas públicas e privadas da vida social*” (FAIRCLOUGH, 2016, p. 30).

Há uma luta na estruturação de textos e ordens do discurso, e as pessoas podem resistir às mudanças que vêm de cima ou delas se apropriar, como também simplesmente as seguir (FAIRCLOUGH, 2016, p. 28).

Fairclough entende o *discurso* como “*um modo de ação, uma forma em que as pessoas podem agir sobre o mundo e especialmente sobre os outros, como também um modo de representação*” (2016, p. 94/95). Para ele, há uma relação dialética entre o *discurso* e a *estrutura social*, com recíproca influência e transformação. Citando Foucault (FAIRCLOUGH, 2016, p. 95), entende que “*o discurso contribui para a constituição de todas as dimensões da estrutura social, que direta ou indiretamente, o moldam e o restringem: suas próprias normas e convenções, como também relações, identidades e instituições que lhe são subjacentes*” (FAIRCLOUGH, 2016, p. 95). O discurso é uma prática de representação e também de constituição do “*mundo em significado*”.

São três os efeitos construtivos do discurso, segundo Fairclough (2016, p. 96). Primeiro, contribui para a construção de *“identidades sociais e posições de sujeitos como sujeitos sociais e tipos de ‘eu’”*. Segundo, contribui para construção de *“relações sociais entre as pessoas”*. E, terceiro, contribui para a construção de *“sistemas de conhecimento e crença”*. Fairclough relaciona esses três efeitos respectivamente a três funções da linguagem: *“identitária”, “relacional” e “ideacional”* (FAIRCLOUGH, 2016, p. 95/96). E, ainda, aponta uma quarta, citando Halliday (FAIRCLOUGH, 2016, p. 96), a função textual, que diz que pode ser utilmente acrescentada às demais, consistente em *“como as informações são trazidas ao primeiro plano ou relegadas a um plano secundário, tomadas como dadas ou apresentadas como novas, selecionadas como ‘tópico’ ou ‘tema’ (...)”*.

O discurso como prática social, entre outras orientações e sem se reduzir a alguma delas, é também um modo de prática política e ideológica. Como prática política, segundo Fairclough (2016, p. 98), o discurso *“estabelece, mantém e transforma as relações de poder e as entidades coletivas (classes, blocos, comunidades, grupos) entre as quais existem relações de poder”*. E como prática ideológica, o discurso *“constitui, naturaliza, mantém e transforma os significados do mundo de posições diversas nas relações de poder”*. Para Fairclough, os tipos de discurso particulares não têm valores políticos e ideológicos inerentes, mas, em diferentes domínios ou ambientes institucionais, podem ter vieses políticos e ideológicos variados (2016, p. 99).

As ordens de discurso (locais e societárias) e seus elementos são estruturados de modo contraditório e, portanto, consoante Fairclough (2016, p. 102), *“abertas para os investimentos políticos e ideológicos como foco de disputa em lutas para desinvesti-los ou reinvesti-los”*. Para ele, as ordens de discurso são facetas discursivas das ordens sociais, que se (re)articulam.

Em outra dimensão, o discurso manifesta-se como uso da linguagem na forma de texto em sentido amplo, isto é, linguagem falada e escrita (FAIRCLOUGH, 2016, p. 103). E essas duas dimensões, a prática social e o texto, são mediadas por uma terceira dimensão do discurso: a prática discursiva, que focaliza, segundo Fairclough, *“os processos de produção, distribuição e consumo textual”*. Esses processos sociocognitivos estão ligados aos ambientes econômicos, políticos e institucionais nos quais o discurso é produzido e as convenções sociais estão interiorizadas. É com base nesses elementos de ordens de discursos que se baseiam e ocorrem a produção e a interpretação de sentidos (FAIRCLOUGH, 2016, p. 104).

Com o objetivo de desnaturalizar significados e práticas ideológicas, Fairclough desenvolve uma *concepção tridimensional do discurso* (2016, p. 104), reunindo, com modificações, três tradições analíticas que entende indispensáveis para uma adequada análise

de discurso. A tradição da análise textual e linguística; a tradição macrossociológica de análise da prática social em relação às estruturas sociais; e a tradição interpretativa ou microssociológica, que considera a prática social como algo que as pessoas entendem e produzem com base em procedimentos de senso comum compartilhados.

Na análise desses processos sociocognitivos, para Fairclough (2016, p. 104/105), os sujeitos de uma determinada ordem de discurso, “*ao produzirem seu mundo, as práticas dos membros são moldadas de forma inconsciente, por estruturas sociais, relações de poder e pela natureza da prática social em que estão envolvidos*” e “*investidos política e ideologicamente*”. Em relação dialética, essas práticas dos membros “*têm resultados e efeitos sobre as estruturas sociais, as relações sociais e as lutas sociais, dos quais outra vez eles geralmente não têm consciência*”. E, ainda, esses procedimentos dos membros “*são heterogêneos e contraditórios e contestados em lutas de natureza parcialmente discursiva*”.

A *concepção do discurso como texto* está inserida na *concepção do discurso como prática discursiva*, que, por sua vez, está inserida na *concepção do discurso como prática social*. Fairclough esclarece que a análise do texto pode ser denominada de “*descrição*”, enquanto que as análises das práticas discursiva e social podem ser denominadas de “*interpretação*” (2016, p. 105).

Discurso como texto. A análise de discurso é uma atividade multidisciplinar e, portanto, não se resume à Linguística (FAIRCLOUGH, 2016, p. 106). Nessa dimensão, analisam-se os *signos* (palavras ou sequências mais longas de texto), isto é, um significado combinado a um significante. Fairclough considera que “*os signos são socialmente motivados, isto é, que há razões sociais para combinar significantes particulares a significados particulares*” (2016, p. 107). Fairclough organiza essa análise textual, de forma ascendente, em *vocabulário* (palavras), *gramática* (palavras combinadas em frases e orações), *coesão* (ligação entre frases e orações) e *estrutura textual* (propriedades organizacionais de larga escala dos textos). Os principais elementos de uma oração são chamados de *sintagma* (FAIRCLOUGH, 2016, p. 108).

Na gramática, toda oração é multifuncional, pois é uma combinação de significados ideacionais, interpessoais (identitários e relacionais) e textuais. No vocabulário, um dos focos é a significância política e ideológica de (re)lexicalizações. Outro foco, para Fairclough, é o sentido da palavra, “*particularmente como os sentidos das palavras entram em disputa dentro de lutas mais amplas*” e sugere que “*as estruturas particulares das relações entre as palavras e das relações entre os sentidos de uma palavra são formas de hegemonia*” (2016, p. 110). E outro foco é a implicação política e ideológica de metáforas particulares. Na

coesão, analisam-se os diferentes modos de racionalidade na ligação de enunciados (descrições, deduções, definições) para a formação de unidades maiores nos textos. A estrutura argumentativa do texto refere-se à arquitetura dos textos e a aspectos de planejamentos de diferentes tipos de textos.

Discurso como prática discursiva. Nessa dimensão, analisa-se a “força dos enunciados”, a “coerência”; e a “intertextualidade” (FAIRCLOUGH, 2016, p. 108). Também, analisam-se os processos de produção, distribuição e consumo textual (FAIRCLOUGH, 2016, p. 111). Esses processos sofrem duas restrições sociais: primeiro, pelas estruturas sociais interiorizadas, ordens do discurso, normas e convenções para a produção, distribuição e consumo de textos, que foram constituídos por prática e luta social passadas; e, segundo, pela natureza específica da prática social na qual os membros fazem parte, que determina os elementos a quem recorrer e como a eles se recorre (FAIRCLOUGH, 2016, p. 114).

*A força dos enunciados* (ex: promessa, pergunta, pedido, ordem, sugestão, ameaça, reclamação etc.) é o componente acional e interpessoal do ato de fala. O contexto da situação e a posição sequencial do texto contribuem para reduzir a ambivalência da força dos textos (FAIRCLOUGH, 2016, p. 116). Fora do contexto possa ser que o texto não tenha a força que nele tem. Antes, deve-se, portanto, interpretar qual é o contexto da situação. Fairclough entende que *“o contexto afeta a interpretação do texto em qualquer caso particular”*. O efeito do contexto da situação sobre a produção e interpretação textual depende da leitura da situação. E o efeito do contexto sequencial depende do tipo de discurso. (FAIRCLOUGH, 2016, p. 117).

*A coerência*, segundo Fairclough (2016, p. 118), é uma propriedade das interpretações que faz com que as partes constitutivas do texto façam sentido. O texto será coerente, gerando algum sentido para um sujeito intérprete, que fará certas conexões e inferências, com apoio em pressupostos do tipo ideológico. *“À medida que os intérpretes tomam essas posições e automaticamente fazem essas conexões, são assujeitados pelo texto, e essa é uma parte importante do trabalho ideológico dos textos e do discurso na interpelação dos sujeitos”*. E, ainda, *“existe a possibilidade não apenas de luta quanto a diferentes leituras dos textos, mas também de resistência às posições estabelecidas neles”*.

*Intertextualidade* é *“a propriedade que têm os textos de serem cheios de fragmentos de outros textos”* (FAIRCLOUGH, 2016, p. 119). Quanto à *produção*, os textos constituem acréscimos às *“cadeias de comunicação verbal existentes”*. Quanto à *distribuição*, há redes relativamente estáveis nas quais os textos se movimentam e sofrem transformações ao

mudarem de um tipo de discurso para o outro. E quanto ao *consumo*, também os outros textos que são trazidos intertextualmente constituem o texto.

Fairclough diferencia a “intertextualidade manifesta”, que é a constituição heterogênea de um texto por outros textos específicos, aos quais faz expressa referência, da “intertextualidade constitutiva” ou “interdiscursividade”, que é a constituição heterogênea de textos por elementos das ordens do discurso (2016, p. 119). Novas formas de recorrer a convenções e textos e naturalizá-las, bem como novas configurações de elementos das ordens do discurso, de modo criativo, ocasionam *mudanças discursivas*, que, para Fairclough (2016, p. 120), relacionam-se reciprocamente às *mudanças sociais*.

A análise da prática discursiva envolve uma *microanálise* e uma *macroanálise* (FAIRCLOUGH, 2016, p. 120), que são requisitos mútuos e que, na concepção tridimensional de discurso de Fairclough, possibilita essa dimensão da prática discursiva fazer a mediação entre as dimensões da prática social e do texto. A *microanálise* consiste na “*explicação de modo preciso como os participantes produzem e interpretam textos com base nos recursos dos membros*”. E a *macroanálise* concerne a “*que se conheça a natureza dos recursos dos membros (como também das ordens do discurso) a que se recorre para produzir e interpretar os textos, e se isso procede de maneira normativa ou criativa*”. A *microanálise* fornece informações para a *macroanálise*. E Fairclough arremata: “*é a natureza da prática social que determina os macroprocessos da prática discursiva e são os microprocessos que moldam o texto*” (2016, p. 120).

Discurso como prática social. Fairclough, nessa dimensão da sua teoria tridimensional, relaciona o discurso às relações de poder, à ideologia na concepção de Louis Althusser e à hegemonia na perspectiva de Antonio Gramsci, mas faz a seguinte ressalta:

ao fazer isso, recorro às contribuições clássicas do marxismo do século XX, de Althusser e Gramsci, que (não obstante a crescente impopularidade contemporânea do marxismo oferecem uma teoria rica para a investigação do discurso como forma de prática social, embora com importantes reservas, especialmente no caso de Althusser (FAIRCLOUGH, 2016, p. 121).

Ideologia. Assim como Michel Pêcheux, da tradição da análise de discurso francesa, Norman Fairclough se vale de três asserções das bases teóricas de Althusser sobre discurso e ideologia. Primeiro, a ideologia “*tem existência material nas práticas das instituições, que abre o caminho para investigar as práticas discursivas como formas materiais de ideologia*” (FAIRCLOUGH, 2016, p. 121). Segundo, “*a ideologia ‘interpela os sujeitos’, que conduz à concepção de que um dos mais significativos ‘efeitos ideológicos’ que os linguistas ignoram no discurso (...) é a constituição dos sujeitos*”. Terceiro, “*os ‘aparelhos ideológicos de*

*estado' (instituições tais como a educação ou a mídia) são locais e marcos delimitadores na luta de classe” e “apontam para a luta no discurso e subjacente a ele como foco para uma análise de discurso orientada ideologicamente” (FAIRCLOUGH, 2016, p. 121/122).*

Fairclough entende que *“as ideologias são significações/construções da realidade (o mundo físico, as relações sociais, as identidades sociais)”*, nas *“práticas discursivas”* e que contribuem para a *“a produção, a reprodução ou a transformação das relações de dominação”* e de resistência (2016, p. 122). Destaca que as ideologias são eficazes quando são naturalizadas e, quando isso ocorre, são consideradas senso comum. Mas, Fairclough esclarece que a sua teoria tridimensional sobre o discurso considera *“a luta ideológica como dimensão da prática discursiva, uma luta para remoldar as práticas discursivas e as ideologias nelas construídas no contexto de reestruturação ou da transformação das relações de dominação”* (2016, p. 122).

A ideologia, para Fairclough (2016, p. 123/124), está localizada tanto na estrutura social (isto é, nas ordens de discurso) quanto no discurso. A ideologia não está exclusivamente na estrutura social e, nesse ponto afasta-se de Michel Pêcheux (pelo menos, dos seus primeiros trabalhos), quem não considera a relação dialética e de recíproca influência entre a estrutura social e o evento discursivo. Também não está exclusivamente nos eventos discursivos, pois geraria a ilusão, segundo Fairclough, de que os discursos são práticas de livre formação. E também não está exclusivamente nos textos, como acredita a linguística crítica (FAIRCLOUGH, 2016, p. 123), porquanto, embora os textos sejam personalizados pelos processos e estruturas ideológicas, *“não é possível ‘ler’ as ideologias nos textos”*, que com eles não se confunde. É a interpretação que produz sentidos nos textos, que são abertos a diferentes ideologias.

Desta forma, Fairclough conclui (2016, p. 124), a respeito da localização da ideologia tanto nas ordens do discurso e quanto nas condições para os eventos discursivos, que se trata de *“uma orientação acumulada e naturalizada que é construída nas normas e nas convenções, como também um trabalho atual de naturalização e desnaturalização de tais orientações nos eventos discursivos”*.

Ainda sobre a ideologia, Fairclough considera que não só os *sentidos* ou o *conteúdo* das palavras são ideológicos, mas outros aspectos semânticos como as *“pressuposições”*, as *“metáforas”* e, conforme alhures, a *“coerência”* do texto (2016, p. 124). Para ele, não há uma oposição rígida entre o sentido/conteúdo e a forma dos textos, pois os aspectos formais do texto também são investidos ideologicamente. Em geral, as pessoas não têm consciência de que suas práticas sociais são ideológicas, sejam discursos de dominação sejam discursos de

resistência. As ideologias podem ser naturalizadas e até automatizadas, o que pode gerar dificuldade para as pessoas compreenderem que seus discursos são ideológicos.

Para Fairclough, a teoria althusseriana sobre a ideologia, que considera o *“sujeito posicionado na ideologia de tal maneira que disfarça a ação e os efeitos desta e dá ao sujeito uma autonomia imaginária”*, é um exagero e falsa, primeiro, porque as pessoas são subjugadas de formas diferentes e contraditórias, sendo puxadas em direções distintas; e, segundo, porque os sujeitos são capazes de agir criativamente, de forma individual ou coletivamente, como agentes críticos e em oposição às práticas ideológicas. As práticas discursivas de resistência nas relações de poder também são ideológicas. E, por isso, ele defende que as pessoas recebam uma educação que enfatize a consciência crítica dos processos ideológicos no discurso (2016, p. 125/126).

(...) os sujeitos são posicionados ideologicamente, mas são também capazes de agir criativamente no sentido de realizar suas próprias conexões entre as diversas práticas e ideologias a que são expostos e de reestruturar as práticas e as estruturas posicionadoras. O equilíbrio entre o *sujeito ‘efeito’ ideológico* e o *sujeito agente ativo* é uma variável que depende das condições sociais, tal como a estabilidade relativa das relações de dominação. (FAIRCLOUGH, 2016, p. 125/126)

Esclarece que nem todo discurso é ideológico, mas apenas aqueles que *“incorporam significações que contribuem para manter ou reestruturar as relações de poder”* (FAIRCLOUGH, 2016, p. 126). Afirma que as ideologias surgem nas sociedades por relações de dominação e de resistência. Entretanto, destaca que *“à medida que os seres humanos são capazes de transcender tais sociedades, são capazes de transcender a ideologia”*. E, por essas razões não aceita a concepção de Althusser de *“ideologia em geral como forma de cimento social que é inseparável da própria sociedade”*. Nem todos os tipos de discursos são investidos ideologicamente no mesmo grau (FAIRCLOUGH, 2016, p. 127).

Hegemonia. Fairclough também se apoia na concepção de Antonio Gramsci sobre hegemonia, para desenvolver a sua teoria tridimensional do discurso e considera que *“hegemonia é liderança tanto quanto dominação nos domínios econômico, político, cultural e ideológico de uma sociedade”*. Enfatiza que hegemonia *“é a construção de alianças e a integração muito mais do que simplesmente a dominação de classes subalternas, mediante concessões ou meios ideológicos para ganhar seu consentimento”*. E ainda que *“hegemonia é um foco de constante luta sobre pontos de maior instabilidade entre classes e blocos para construir, manter ou romper alianças e relações de dominação/subordinação, que assume formas econômicas, políticas e ideológicas”* (2017, p. 127).

Dessa concepção de Gramsci sobre lutas pela hegemonia, Fairclough aproveita, sobretudo, a ideia de *“poder parcial e temporário”, “equilíbrio instável” e “articulação, desarticulação e rearticulação de elementos”*, para adaptá-la à sua concepção dialética entre estrutura e eventos discursivos, *“considerando-se as estruturas discursivas como ordens de discurso concebidas como configurações de elementos mais ou menos instáveis”*; e ainda *“adotando uma concepção de textos que se centra sobre sua intertextualidade e sobre a maneira como articulam textos e convenções prévias”* (2016, p. 128).

Para Fairclough (2016, p. 130), essa concepção de hegemonia fornece um *modelo* e uma *matriz* para o discurso. Um modelo: *“uma forma de analisar a própria prática discursiva como um modo de luta hegemônica que reproduz, reestrutura ou desafia as ordens do discurso existente”*. E uma matriz: *“uma forma de analisar a prática social à qual pertence o discurso em termos de relações de poder, isto é, se essas relações reproduzem, reestruturam ou desafiam as hegemonias existentes”* (2016, p. 131).

Mudança discursiva. O principal objetivo de Norman Fairclough (2016, p. 132) é explicar a mudança discursiva e como ela se relaciona com a mudança social e cultural. Para isso, precisa explicar como ocorre a mudança discursiva e como ocorrem esses processos de rearticulação que afetam as ordens do discurso.

É com a problematização das convenções e normas que surgem as motivações imediatas da mudança discursiva. A base da problematização é a contradição entre as posições de sujeito tradicionais, que fomos socializados, e as novas relações. Diante desses dilemas, as pessoas tendem a ser criativas e inovadoras, adaptando as convenções existentes de novas maneiras e contribuem assim para a mudança discursiva. Fairclough afirma que a *“mudança envolve formas de transgressão, o cruzamento de fronteiras, tais como a reunião de convenções existentes em novas combinações, ou a sua exploração em situações que geralmente as proíbem”* (2016, p. 133).

Em situações concretas, essas contradições, dilemas e entendimentos subjetivos, que sustentam as problematizações, refletem as contradições e lutas estruturais nos níveis institucional e societário (FAIRCLOUGH, 2016, p. 133). Um discurso pode reproduzir as relações de poder e a hegemonia tradicionais ou pode inovar e contribuir para a transformação dessas relações, mediante a luta hegemônica.

As novas hegemonias na esfera do discurso dependem da naturalização das novas convenções, que, inicialmente, são vistas, segundo Fairclough (2016, p. 133/134), como *“colcha de retalhos”*, em razão dos elementos contraditórios ou inconsistentes que a mudança provoca, mas, depois, quando naturalizados, são consideradas como um *“inteiro”*.

As mudanças estruturais nas ordens de discurso, que desarticulam antigas ordens de discursos e instauram novas hegemonias, para Fairclough (2016, p. 134), ocorre “*à medida que os produtores e os intérpretes combinam convenções discursivas, códigos e elementos de maneira nova em eventos discursivos inovadores*”. Essas mudanças podem afetar uma ordem de discurso local ou a ordem de discurso societária.

Fairclough destaca dois tipos relacionados de mudança que afetam a ordem do discurso societária (2016, p. 134): a aparente democratização do discurso, com a redução de assimetrias de poder, em vários domínios institucionais; e o que chama de “personalização sintética”, isto é, “*a situação de discurso privado face a face em discurso público para audiência em massa (imprensa, rádio, televisão)*”.

Ambas tendências podem ser ligadas à influência do discurso conversacional do domínio privado do ‘mundo da vida’ nos domínios institucionais. Essas tendências sociais e discursivas são estabelecidas mediante luta e, além disso, são estabelecidas com estabilidade apenas limitada, com a perspectiva de que seus próprios elementos heterogêneos sejam considerados contraditórios, levando à posterior luta e mudança. (FAIRCLOUGH, 2016, p. 134/135)

Desse modo, Fairclough acredita que “*a exploração de tendências de mudança nas ordens do discurso pode trazer uma contribuição significativa aos debates atuais sobre mudança social*” (2016, p. 135).

Essa *análise de discurso crítica* (ADC) é, como o próprio Fairclough diz, “*um poderoso recurso para estudar as dimensões discursivas da mudança social e cultural*”. Além de todas as referências teóricas até aqui mencionadas (Louis Althusser, Antonio Gramsci, Jürgen Habermas e Anthony Giddens), Fairclough tentou “*combinar aspectos de uma concepção foucaultiana de discurso com a ênfase bakhtiniana na intertextualidade*”, porquanto Michel Foucault enfatizou que o discurso constitui a realidade social e o sujeito, enquanto que Mikhail Bakhtin enfatizou a “*‘textura’ dos textos e sua composição por meio de fragmentos de outros textos*”. E Foucault e Bakhtin “*apontam para o modo como as ordens do discurso estruturam a prática discursiva e são por ela estruturadas*” (FAIRCLOUGH, 2016, p. 136). Enfim, Fairclough pretende “*combinar relevância social e especificidade textual ao fazer análise de discurso e explicar a mudança*” (FAIRCLOUGH, 2016, p. 137).

### **3.2 O procedimento da Análise de Discurso Crítica (ADC)**

No Capítulo 8 de *Discurso e Mudança Social* (2016, p. 288/307), Norman Fairclough apresenta algumas instruções práticas para a *análise de discurso crítica*, mas chama a atenção:

“não deve ser considerado como um esquema, pois não há procedimento fixo para fazer análise de discurso; as pessoas abordam-na de diferentes maneiras, de acordo com a natureza específica do projeto e conforme suas respectivas visões do discurso” (2016, p. 288).

Os três principais itens são: os (1) dados, a (2) análise e os (3) resultados.

1) Dados. *Definição de um projeto*: a pesquisa deve ter como questões e objetivos afins e se envolver pela concepção tridimensional de discurso apresentada por Fairclough.

Um interesse nas propriedades dos textos, nos processos sociocognitivos de produção e interpretação dos textos, na prática social em várias instituições, no relacionamento da prática social com as relações de poder e nos projetos hegemônicos no nível social. (FAIRCLOUGH, 2016, p. 288)

*O corpus*. Os dados que constituem o *corpus*, a ser analisado, variam de acordo com o projeto de pesquisa, mas Fairclough aponta certos “princípios gerais” (2016, p. 289). Primeiro, a decisão sobre o conteúdo e a estrutura de um *corpus* dependem de informações adequadas sobre o “arquivo”, termo que, assim como Michel Foucault o desenvolveu para o seu *método arqueogenealógico*, Fairclough entende por “*totalidade da prática discursiva, seja registro de prática passada ou de prática em andamento, que se inclui dentro do projeto de pesquisa*” (2016, p. 289). Segundo, saber o que é útil e como chegar até lá. Terceiro, “*ter um modelo mental da ordem do discurso na instituição ou o domínio do objeto de pesquisa, além dos processos de mudança que estão em andamento*”. Quarto, verificar quais amostras são representativas de certa prática. Quinto, se o *corpus* representa mesmo a diversidade da prática e as mudanças na prática. Sexto, se o *corpus* inclui ponto crítico e momentos de crise. Sétimo, verificar se é necessária a *ampliação do corpus* com dados suplementares (2016, p. 290).

*Transcrição*. Se já não for um texto, o discurso falado deve ser degravado e fielmente transcrito. Fairclough comenta o quão trabalhosa é essa fase e também que quem transcreve não deixa de interpretar os dados em alguma medida. A transcrição deve ser capaz de mostrar e representar as diferentes características da fala, como, p. ex., entonação, ênfase, pausa, alterações na altura e no ritmo, turnos de fala.

*Codificação e seleção de amostras no corpus*. É possível codificar todo um *corpus* ou grande parte dele, resumindo-o ou em tópicos ou em certos tipos de questões. Mas, Fairclough afirma que, de acordo com a sua concepção de análise de discurso, pode-se trabalhar com uma pequena amostra no *corpus* (2016, p. 293). E essa cuidadosa seleção é

feita com base em um levantamento preliminar do *corpus*. Recomenda como estratégia de seleção focalizar no “ponto crítico e momento de crise” (2016, p. 293).

Há momentos do discurso onde há evidência de que as coisas estão caminhando de maneira errada: algum distúrbio a exigir que os participantes reparem um problema de comunicação, por exemplo, mediante solicitações ou oferta de repetições, ou mediante a correção de um(a) participante por outro(a); disfluência excepcionais (hesitações, repetições) na produção de um texto; silêncios; mudanças súbitas de estilo. (...) Tais momentos de crise tornam visíveis aspectos de práticas que devem ser normalmente naturalizados e, portanto, dificultar a percepção; mas também mostram mudança no processo, formas reais pelas quais as pessoas lidam com a problematização das práticas. (FAIRCLOUGH, 2016, p. 293/294)

2) Análise. Fairclough recomenda a progressão global da *interpretação à descrição* e volta à *interpretação*, isto é, nas três dimensões da análise de discurso crítica, proceda-se a: “*análise das práticas discursivas (no nível da macroanálise), focalizando a intertextualidade e a interdiscursividade das amostras do discurso; ii) análise dos textos (microanálise da prática discursiva); e iii) análise da prática social da qual o discurso é uma parte*” (2016, p. 294). Enfatiza que é só uma recomendação, pois “não é necessário proceder nessa ordem”.

Explica que, durante a análise, há uma constante alternância de foco na amostra e que a análise pode ser dirigida para “*mostrar características, padrões e estruturas que são típicos de certos tipos de discurso, reestruturando tendências nas ordens do discurso, e mostrar formas de usar esses recursos convencionais que são específicos dessa amostra*” (2016, p. 295).

Apresenta ainda um “*conjunto de questões que atuam como indicadores durante a análise de uma amostra discursiva particular*”. Esclarece que, a depender da análise particular, algumas dessas categorias são mais relevantes e úteis que outras. E, ainda, “*os analistas provavelmente desejam focalizar um número pequeno de categorias*” (2016, p. 295). Esses indicadores e categorias, para a *Análise de Discurso Crítica* são os seguintes.

Na prática discursiva: a) *interdiscursividade* (especificar os *tipos de discursos* delineados na amostra) e *intertextualidade* (especificar o que outros textos constituem em um texto e como isso ocorre, p.ex., por representação discursiva e pressuposição), na produção do texto; b) *cadeias intertextuais*, na distribuição do texto; c) *coerência*, no consumo e interpretação do texto; d) *condições da prática discursiva* (restrições sociais pelas normas e convenções das ordens de discursos interiorizadas em seus membros; e pela prática social da qual fazem parte, que determina os elementos dos recursos dos membros a que se recorre e como a eles se recorre).

No texto: a) controle interacional; b) coesão; c) polidez; d) *ethos* (reunião de diversas características sobre “a construção do ‘eu’ ou identidades sociais); e) gramática; f) transitividade (voz ativa ou passiva); g) tema; h) modalidade; i) significado das palavras; j) criação de palavra; l) metáfora.

Na prática social (difícil de ser reduzida a uma lista e os itens seguintes são apenas uma orientação aproximada, segundo Fairclough): a) matriz social do discurso (especificar as relações e as estruturas sociais, hegemonias e efeitos); b) ordens do discurso (especificar o relacionamento da instância da prática social e discursiva com as ordens do discurso e os efeitos de reprodução e transformação das ordens do discurso); c) efeitos ideológicos e políticos do discurso (ênfase nas identidades sociais e do ‘eu’, nas relações sociais e nos sistemas de conhecimento e crença).

Fairclough comenta que “há sempre análises alternativas possíveis para as amostras discursivas”, mas os analistas têm que justificar as análises e como validá-las (2016, p. 304).

3) Resultado. Sobre essa fase, Fairclough diz que os analistas podem contribuir para as mudanças sociais e culturais, ao apresentarem os resultados da pesquisa. No entanto, demonstra preocupação com a “tecnologização do discurso”, isto é, o uso “por aqueles que detêm o poder, os recursos e o dinheiro” (2016, p. 307), da “pesquisa sobre o discurso para redesenhar as práticas discursivas e treinar as pessoas para usarem novas práticas discursivas” (2016, p. 305).

Por isso, ele propõe a “Consciência Linguística Crítica” (*Critical language awareness*), na educação de todos os alunos, para que, “conscientes das coerções sobre sua própria prática, e das possibilidades, dos riscos e dos custos do desafio individual ou coletiva dessas coerções, para se engajarem em uma prática linguística emancipatória” (2016, p. 306), de modo a

ajuda-los a tornarem-se mais conscientes da prática em que estão envolvidos como produtores e consumidores de textos: das forças sociais e interesses que a moldam, as relações de poder e ideologias que a investem; seus efeitos sobre as identidades sociais, relações sociais, conhecimentos e crenças; e o papel do discurso nos processos de mudança cultural e social (incluindo a tecnologização do discurso). (FAIRCLOUGH, 2016, p. 306)

Portanto, com esse aporte teórico e instruções práticas sobre a *Análise de Discurso Crítica* (ADC), passo à *pesquisa empírica no Direito*, objeto dessa Dissertação.

### 3.3 Recortes metodológicos

Como informei na Introdução, o *problema de pesquisa* dessa dissertação é: *como os discursos dos amici curiae, com suas ideologias e relações de poder, disputam a hegemonia do sentido sobre bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal e, com isso, tentam influenciar os votos dos Ministros do STF, no contexto do julgamento do RE 635.659/SP-RG, sobre a (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, Lei 11.343/06)?*

Essa pesquisa, *nesse contexto* da judicialização da política criminal de “guerra às drogas” e, mais especificamente, do debate público sobre a (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, tem, como *objetivos específicos*: a) a partir da concepção tridimensional de discurso (como texto, como prática discursiva e como prática social), identificar as ideologias de dominação e de resistência, as relações de poder, os modelos mentais, as estruturas sociais e, portanto, o *arquivo*, as *ordens de discurso* e as *formações discursivas* que controlam esses discursos dos *amici curiae*; b) a partir da concepção multifuncional da linguagem, identificar como os discursos representam e constituem as identidades sociais e do “eu” (função identitária), as relações sociais entre os sujeitos envolvidos (função relacional), a significação do mundo e os sistemas de conhecimento e crenças (função ideacional); c) verificar como as mudanças discursivas em andamento podem contribuir para a mudança social e cultural; d) descrever a relação entre discursos, criminologia, política criminal e dogmática jurídico-penal, no contexto da judicialização da política criminal de drogas; e) e descrever o papel dos *amici curiae*, com um discurso de resistência na relação de poder, nesse contexto, como uma militância da criminologia cautelar.

O marco teórico para o qual se fará inferência e reflexões é o *Realismo Marginal, Criminologia Cautelar e Direito Penal Humano*, de Eugenio Raúl Zaffaroni. O tipo de pesquisa é uma *pesquisa empírica no Direito*, com abordagem *qualitativa*. O método e a técnica de pesquisa consistem na *Análise de Discurso Crítica*, de Norman Fairclough.

O *corpus* é constituído por onze sustentações orais de *amici curiae*, no julgamento, no Plenário do STF, do RE 635.659/SP-RG, sobre a (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, no qual se discute a (in)constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 (ato normativo questionado), em face do art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988 (parâmetro de controle).

Esse *corpus* atende adequadamente às orientações de Norman Fairclough para a Análise de Discurso Crítica (ADC), tendo elementos heterogêneos e contraditórios de discursos como *texto*, como *prática discursiva* e como *prática social*, em *ordens de discursos* particulares, em luta hegemônica, nas *funções identitária, relacional e ideacional da*

*linguagem*, com *pontos e momentos críticos*, suficientes para a seleção de amostras e, portanto, para os objetivos dessa pesquisa.

Como também destaquei na Introdução, a *justificativa* da escolha dos discursos dos *amici curiae* para constituir o *corpus* de análise é a de que, apesar do RE 635.659/SP-RG ainda estar em trâmite, sem previsão de quanto será retomado o julgamento, já está encerrada a fase processual de sustentação oral e, portanto, as partes, o *custos legis* e esses onze *amici curiae* já se manifestaram, no dia 19.08.2015, e, já fizeram o que podiam fazer, ordinariamente, para tentar influenciar os votos dos Ministros do STF, além de que, pelo menos, o Ministro Relator Gilmar Mendes já votou no dia 20.08.2015 e os Ministros Roberto Barroso e Edson Fachin também já votaram no dia 10.09.2015. O Ministro Teori Zavascki havia pedido vista e, com o seu falecimento, o Ministro Alexandre de Moraes, quem herdou o seu acervo processual, ainda não devolveu os autos com o seu voto-vista. Vale dizer, as sustentações orais dos *amici curiae* já aconteceram, apesar do julgamento ainda estar em trâmite.

A *transcrição* dessas sustentações orais dos *amici curiae* foi realizada, conforme as orientações de Norman Fairclough para a ADC, ou seja, a mais fidedigna possível e com sinalizações para atos de fala relevantes. Foram usados, para a transcrição, vídeos postados no site *YouTube*, pelo canal institucional do STF, referente à *integra* da Sessão de Julgamento do dia 19.08.2015<sup>31</sup>.

Após assistir atentamente e transcrever as sustentações orais nesse julgamento, ficou explícito - até como já anunciado pelo Presidente do STF à época, Min. Ricardo Lewandowski, e pelo Relator do RE 635.659/SP-RG, Min. Gilmar Mendes -, que os *amici curiae* dividiram-se em dois grupos: os que defendem a constitucionalidade (grupo da dominação) e os que defendem a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 (grupo da resistência).

De um lado, dez entidades privadas habilitaram-se tempestivamente como *amici curiae*, que se organizaram em seis sustentações orais, cada uma de cinco minutos:

- 1) *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM*, representado pelo advogado Cristiano Ávila Maronna);
- 2) *Viva Rio e Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia (CBDD*, representado pelo advogado Pierpaolo Cruz Bottini);

---

<sup>31</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 635.659/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF. Sessão de Julgamento do Plenário do dia 19 de agosto de 2015. Acesso: <https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGlzDFQ> (1ª parte) e <https://www.youtube.com/watch?v=g0KxhBD16k> (2ª parte). Acesso em 14.10.2018.

- 3) *Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD*, representado pelo advogado Augusto de Arruda Botelho);
- 4) *Conectas Direitos Humanos; Instituto Sou da Paz; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania; Pastoral Carcerária* (representados pelo advogado Rafael Carlsson Custódio);
- 5) *Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT*, representado pelo advogado Rodrigo Melo Mesquita);
- 6) *Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP*, representado pela advogada Luciana Boiteux).

A entidades *Growroom.net* (representada pelo advogado Emilio Nabas Figueiredo) e *Conselho Federal de Psicologia* (representado pelo advogado Victor Mendonça Neiva), com posições pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 12.343/06, habilitaram-se intempestivamente, mas foram admitidas como *amici curiae*, respectivamente, nos dias 30.09.2015 e 26.02.2016, apenas para apresentação de memoriais.

De outro lado, seis entidades privadas são *amici curiae* pela constitucionalidade<sup>32</sup>, que se organizaram em cinco sustentações orais cada uma de seis minutos:

- 1) *Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL*, representada pelo advogado Wladimir Sergio Reale);
- 2) *Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (APDM) e Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD*, representadas pelo advogado David Teixeira de Azevedo);
- 3) *Central de Articulação das Entidades de Saúde (CADES*, representada pela advogada Rosane Rosolen de Azevedo Ribeiro);
- 4) *Federação de Amor Exigente (FEAE*, representada pelo advogado Cid Vieira de Souza Filho);
- 5) *Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (representada pelo advogado Fernando Melo da Costa).*

A *Associação Nacional dos Prefeitos e Vice-Prefeitos da República Federativa do Brasil* (ANPV, representada pela advogada Alessandra Martins Gonçalves Jirardi), com posição pela manutenção da constitucionalidade, habilitou-se intempestivamente, mas foi admitida, em 30.09.2015, como *amicus curiae* apenas para apresentar memoriais.

O Ministro-Presidente do Superior Tribunal Militar à época, Tenente-brigadeiro do Ar William de Oliveira Barros, expediu e protocolou ofício, datado 18.09.2015 – no dia anterior

---

<sup>32</sup> Pela manutenção da constitucionalidade, apenas a ADEPOL tinha se habilitado tempestivamente como *amicus curiae*. Mas, o Min. Relator Gilmar Mendes, na própria Sessão de Julgamento do dia 19.08.2015, deferiu a petição conjunta das outras cinco entidades, para, apesar da intempestiva habilitação, admiti-las como *amici curiae*, com direito a sustentação oral, com o argumento de que era preciso equilibrar os lados e o grupo pela constitucionalidade precisava ser reforçado, já que dez entidades estavam habilitadas no grupo pela inconstitucionalidade.

ao início do julgamento –, apresentando razões pela manutenção da constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06.

Em síntese e com o recorte metodológico que interessa a essa pesquisa, são 6 sustentações orais de *amici curiae* pela inconstitucionalidade (no total de 30 minutos) e 5 sustentações orais de *amici curiae* pela constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 (também no total de 30 minutos). Justifica-se esse recorte metodológico no fato de que são esses os *amici curiae*, que tiveram o direito de sustentar oralmente os seus discursos, que mais tiveram oportunidade para influenciar os votos dos Ministros do STF.

Após a *codificação* e a *seleção de amostras no corpus*, conforme as orientações de Norman Fairclough e de acordo com os objetivos dessa pesquisa, foi realizada a *análise de discurso crítica* e foram encontrados os *resultados* adiante apresentados.

### **3.4 Análise de discurso crítica das sustentações orais**

#### 3.4.1 Discursos dos *amici curiae* pela inconstitucionalidade (grupo da resistência)

A *formação discursiva* dos discursos dos *amici curiae* (IBCCRIM, Viva Rio, CBDD, IDDD, Conectas, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, Pastoral Carcerária, ABGLT e ABESUP), que fizeram sustentação oral pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, é composta pelo *Garantismo Penal*, pelas *Criminologias Críticas* e pelas *Políticas Criminais Alternativas*.

Esse entrelaçamento de ideias, como bem percebeu Salo de Carvalho (2016, p. 250), possibilita um “*modelo integrado crítico de ciências criminais para o terceiro milênio, cuja finalidade, única e exclusiva, é desenvolver ações comprometidas com a redução dos danos*” gerados pela operacionalidade real do sistema penal. É um consenso entre minimalistas, garantistas, abolicionistas e realistas marginais (CARVALHO, 2016, p. 382).

Nessa *ordem de discurso* particular, esses *amici curiae* fundamentam a legitimidade do STF, para proferir uma decisão substancialista sobre a questão da (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, na garantia, sob a égide do Estado Democrático de Direito, da inviolabilidade dos direitos fundamentais das minorias, mesmo contra interesses de uma maioria política. A ABGLT disse que “*não se pede à Corte que se faça de gestora de política pública, mas o exercício de sua competência e função típica, com o controle de constitucionalidade*”.

Esses *amici curiae* demonstraram ter uma grande expectativa desse julgamento. Por exemplo, o *Conectas Direitos Humanos*, o *Instituto Sou da Paz*, o *Instituto Terra, Trabalho e Cidadania* e a *Pastoral Carcerária*, na sustentação oral, destacaram “o caráter histórico do julgamento de hoje e também o impacto positivo no campo dos direitos humanos”. A ABESUP sinalizou que “é um momento muito importante. Esta Corte está diante de um tema que atinge tantos casos, o que se viu pelo número de processos nos Estados que aguardam essa decisão”.

Chamaram a atenção, então, não só para a questão constitucional específica, sobre a (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, mas também, até diante da expectativa criada sobre esse julgamento, para a possibilidade de se definir e afirmar historicamente limites gerais aos *processos de criminalização*, com o enfrentamento da discussão sobre a legitimidade do direito penal no Estado Democrático de Direito. O IBCCRIM começou dizendo que, nesse caso, “discute-se o papel do direito penal. No Estado Democrático de Direito, deve ser o de *ultima et extrema ratio*”. A Viva Rio e a CBDD disseram que “discute-se a legitimidade de se utilizar o direito penal, que é o instrumento mais agressivo e mais violento a disposição do Estado, para punir”.

A ideologia desses *amici curiae*, que defendem a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, é a de *descriminalização* da conduta de porte para consumo pessoal de todas as drogas, e não só da maconha. De uma forma mais ampla, insere-se nessa perspectiva a pretensão de reforma da política criminal de *guerra às drogas (war on drugs)*, fomentada pelo proibicionismo norte-americano e adotada de forma transnacional a partir das Convenções da ONU de 1961, 1971 e 1988.

Salo de Carvalho esclarece que *descriminalizar* “não significa liberalizar. Ao contrário”, mais especificamente “*implica em abrir espaços para a criação de mecanismos não penais de controle sobre a produção, a distribuição e o consumo de drogas*”, portanto, eliminar “*um sistema contraproducente e de graves efeitos negativos, em prol da intervenção de outros instrumentos, menos perniciosos e mais adequados*” e “*na busca de caminhos mais racionais e mais eficazes para tratar essa questão*” (CARVALHO, 2016, p. 231).

O IBCCRIM destacou que “*em países que houve a descriminalização não houve o aumento do consumo, ao contrário*”. E ainda que “*o próprio caso concreto, no qual um preso foi flagrado com droga dentro do presídio, mostra que a repressão penal é absolutamente ineficaz*”. Afirmou que “*isso não é apenas no Brasil, na supermax nos EUA isso acontece também. Em todos os lugares as drogas chegam, ou seja, esse modelo repressivo é absolutamente ineficiente*”.

Para o IDDD, *“a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio deve ser iniciada nessa casa (...) é o começo dessa decisão e o reflexo dessa decisão para uma reflexão mais ampla da política fracassada de drogas em nosso país”*. Olhando para o horizonte, disse que *“devemos começar sim com a descriminalização do art. 28 nessa casa, para aí sim pensarmos mais amplamente em uma revisão maior da nossa política de drogas”*. E afirmou que *“o caso da Argentina, que é bastante recente sobre a descriminalização do porte para consumo, trouxe uma redução no consumo de drogas”*.

O *Conectas Direitos Humanos*, o *Instituto Sou da Paz*, o *Instituto Terra*, *Trabalho e Cidadania* e a *Pastoral Carcerária* denunciaram que *“a Lei 11.343/06 é mais um exemplo normativo que reflete a ideologia de guerra às drogas, ao menos no direito penal e na política criminal”*. Alertaram que *“a declarada guerra às drogas é, na verdade, uma guerra contra as pessoas, e traz consigo como elemento central a necessidade de expansão ininterrupta do poder punitivo do Estado”*. E apontaram a *dupla abstração e ilusão* da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal. *“A primeira abstração é a busca por uma sociedade livre do consumo de drogas. A segunda abstração é a que o direito penal seria o instrumento para se atingir esse fim”*.

A ABESUP mencionou que as Convenções da ONU de 1961, 1971 e 1988 sobre drogas não obrigam aos Estados-partes a criminalizarem o porte de drogas para consumo pessoal, *“eis que reconhecem uma salvaguarda constitucional, justamente reconhecendo o ordenamento jurídico interno e constitucional. Isso está no art. 3º, §2º, da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes de 1988, assinado pelo Brasil”*.

E mais, a ABESUP, a partir de pesquisas históricas, asseverou que *“devemos reconhecer que o hábito do consumo de psicoativo é um hábito cultural, reconhecido a milhares de anos, não sendo tão pouco um fenômeno atual”*. E que *“tem menos de cem anos os primeiros tratados internacionais que indicaram aos países essa ideia de criminalização que não existia até o início do século XX”*.

A ABGLT, a propósito, citou recomendação das *“próprias entidades que cuidam da política de drogas em âmbito internacional”* que *“já recomendam a descriminalização justamente em razão do aprofundamento da violação de direitos que resultado do estigma”*, entre essas entidades, mencionou *“o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes, além da Organização dos Estados Americanos”*.

Nessa *significação de mundo e sistema de conhecimento e crenças*, esses *amici curiae* militam por *políticas criminais alternativas*, mormente por *políticas de redução de danos*,

apontando, em comparação, para exemplos de políticas criminais *não penais* bem sucedidas, como as adotadas no Brasil para o álcool e, sobretudo, o tabaco, bem como argumentam que, para o usuário e para adicto, a estigmatização causada pelo sistema de justiça criminal não é a melhor opção política tampouco seria a imposição compulsória de tratamento terapêutico.

*“O tabaco é o melhor exemplo de uma política de drogas não criminal bem sucedida”*, disse o IBCCRIM, em fala ratificada pelo IDDD, e apresentou estatísticas: *“em 1984, 35% aproximadamente da população brasileira fazia uso do tabaco, e, em 2013, menos de 15% usava tabaco. Ou seja, foi possível reduzir o padrão de consumo sem apelar para a lei penal”*.

A Viva Rio e a CBDD argumentaram que *“sustentar a criminalização da vítima, para afetar ou inibir o seu algoz, o que me parece não fazer nenhum sentido do ponto de vista da política criminal”*

*“O fluxo da história, que hoje envergonhada, caminha em busca de políticas menos violadoras, menos encarceradoras e menos seletivas”*, destacou o *Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e a Pastoral Carcerária*, na sustentação oral. E disseram aos Ministros do STF que *“esperam que Vossas Excelências hoje caminhem no sentido de rompimento com essa lógica belicista e seletiva da lei de drogas atual”*.

A ABGLT apontou que *“pessoas que eventualmente precisam de serviços de atenção à saúde e acabam por não os buscar por conta da criminalização”* e defendeu que *“avancemos para uma política que garanta direitos, um modelo mais humano e mais racional”*. Assim também a ABESUP, que sustentou que *“temos que investir sim em prevenção, em rede de atenção psicossocial, em atendimento público e gratuito do SUS. As diretrizes jurídicas ou uma norma jurídica não tem o condão de realizar esse acesso à justiça”*.

Esses *amici curiae* valeram-se explicitamente de todo o instrumental da criminologia crítica e exploraram recentes pesquisas empíricas transdisciplinares, para demonstrar a ineficácia da política criminal de guerra às drogas e, entre os seus efeitos negativos, o encarceramento em massa. O *Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e a Pastoral Carcerária*, por exemplo, mencionou, à época, na sustentação oral (19.08.2015), que

nos 10 anos de vigência dessa lei, o número de presos relacionados por essa norma, passou de cerca de 35 mil em 2005 para cerca de 145 mil em 2013, um aumento de quase 340%. Hoje cerca de 35 mil presos no Brasil estão presos por crimes relacionados a crimes da Lei de Drogas. Antes dessa lei, eram 11%. Eram 11%, hoje são 27%. Quando se faz o recorte de gênero, percebe-se a mesma gravidade. De

2005 a 2013, o número de mulheres presas por esses delitos aumentou quase 300%. Hoje 63% das mulheres encarceradas no Brasil respondem por delitos previstos na Lei de Drogas. Essa lei, como se vê, consubstanciou-se como um dos principais motores da política de encarceramento em massa, que nos leva ao vergonhoso ranking de 4ª maior população carcerária do mundo<sup>33</sup>.

E denunciou que o “*o alvo desse punitivismo contra as drogas no Brasil tem perfil muito claro. Estão em nossas cadeias por esses delitos os jovens entre 18 a 29 anos, negros, com escolaridades até o 1º grau e sem antecedentes criminais*”. Narra que “*esse mesmo jovem é pego geralmente sozinho, sem arma, com pouca quantidade de droga e sem que tenha havido qualquer atividade de inteligência policial para a sua prisão*”. Eles “*são presos via de regra nas rondas das polícias militares*” e “*na busca por essa sociedade que consideramos fantasiosa, prendemos aos milhares nossos jovens, negros e pobres*”.

A ABGLT, também se referindo sobre a *interseccionalidade na violação de direitos humanos* pelas agências do poder punitivo, mencionou “*relatório do Conselho Federal de Psicologia, publicado em 2011, e resultado de um levantamento feito em 68 editais de internação, por todo o Brasil, distribuído por 24 Estados*”, sendo identificados casos de “*tortura psicológica e violência física*”, e, sobretudo, “*em 19 dessas instituições foram relatados casos de discriminação por conta da orientação sexual ou identidade de gênero dos usuários*”, o que desvela, enfatizou a *amicus curiae*, “*como a criminalização aprisiona e mortifica modos singulares de existência*”.

A ABESUP relatou casos de mulheres usuárias de drogas, no Estado de Minas Gerais, que têm os seus filhos retirados e, de forma incisiva, asseverou que “*isso é muito grave!*”.

Na *Apresentação* do livro *A face oculta da droga*, da criminóloga venezuelana Rosa del Olmo, Nilo Batista também fala sobre a gestação “*no discurso manipulado das drogas (d)a ideia do inimigo interno (que seria um sucesso nos anos setenta, especial se conjugado à doutrina da segurança nacional)*”, o que fica evidente, por exemplo, na distinção “*entre o jovem negro favelado que vende a droga (criminoso) e o jovem branco e bem situado que a*

---

<sup>33</sup> Atualmente, a população carcerária brasileira já é a 3ª maior do mundo, atrás apenas dos EUA e da China. Conforme o último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, Junho/2016), divulgado em 2017, pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a população carcerária do Brasil é de 726.712 presos, para 368.049 vagas em estabelecimentos penais, com um déficit de vagas de 358.663. 55% dos presos são jovens de 18 a 29 anos (2017, p. 30), 64% são negros (2017, p. 32), 61% têm baixa escolaridade, isto é, sequer o ensino fundamental completo (2017, p. 33), 60% são solteiros. Uma taxa de aprisionamento de 352,6 pessoas para cada 100 mil habitantes. E 176.691 pessoas estão presas por tráfico de drogas (art. 33, 35 e 40, Lei 11.343/06), sendo 155.669 homens (26%) e 21.022 mulheres (62%) (2017, p. 42). No INFOPEN Mulheres (também atualizado até junho/2016), 2ª ed., divulgado em 2018 pelo DEPEN, a população prisional feminina é de 42.355 presas, para 27.029 vagas, com um déficit de 15.326 vagas (2018, p. 10), 50% são jovens de 18 a 29 anos (2018, p. 37), 62% negras (2018, p. 40), 50% com baixa escolaridade, sequer o ensino fundamental completo (2018, p. 43), 62% solteiras (2018, p. 44), 62% por tráfico de drogas (3 a cada 5 mulheres do total de presas) (2018, p. 54).

*adquire (doente): para o primeiro, cadeia, para o segundo, tratamento*”, bem como “*nos anos oitenta, a cocaína determinou uma reestruturação do discurso e a ‘guerra contra as drogas’ de Reagan passa a ter como eixo especialmente um inimigo externo*” (OLMO, 1990, p. 30).

Esses *processos de subjetivação*, isto é, de constituição do sujeito, formação de identidades sociais e do “eu”, bem como essas *relações de poder e hegemonia* foram, durante as sustentações orais, denunciados por esses *amici curiae*.

A *amicus curiae* CBDD, com o discurso próximo ao que Rosa del Olmo chamou de “ideologia da diferenciação” (OLMO, 1990, p. 34), distinguindo o usuário (doente) e o traficante (criminoso), afirmou, com adaptações ao que disse a criminóloga venezuelana, sem referir-se ao usuário como “doente”, que: “*o usuário, na maior parte das vezes, é uma vítima do traficante*”. Mas, os demais *amici curiae* desse grupo mantiveram um discurso contra a repressão penal ao usuário e ao traficante, sobretudo, pela ineficácia da política criminal de guerra às drogas e, um dos seus principais efeitos colaterais, o encarceramento em massa.

A ABESUP, com base em pesquisas históricas<sup>34</sup>, descreveu algumas formas de identidades sociais, relações de poder e hegemonia relacionadas à criminalização do comércio e do consumo de drogas, quando, na sustentação oral, por exemplo, mencionou a criminalização da maconha usada pelos mexicanos, do ópio usado pelos chineses e, no Brasil Colônia, da maconha usada pelos africanos escravizados.

me cabe aqui, além de ressaltar algumas questões jurídicas, dizer que a criminalização do usuário é um mecanismo de exclusão. Mas, é um mecanismo de exclusão que atinge minorias. Desde a sua origem, se formos começar lá nos tratados internacionais, *na própria origem do proibicionismo norte-americano, a criminalização de usuários foi um instrumento de perseguição de minorias, notadamente dos mexicanos que faziam uso da maconha e os chineses que eram usuários de ópio*. Isso nos dizem os historiadores. *Ao mesmo tempo aqui no Brasil temos um exemplo da primeira criminalização do uso de maconha que se dirigiu aos escravos por meio de uma Portaria da Câmara Municipal do Rio de Janeiro datada de 1830. A ideia era que o uso de maconha era associado aos africanos escravizados e que, portanto, eles deveriam ser controlados*. O que proponho aqui é uma reversão dessa ideia. (g.n.)

Nos discursos desses *amici curiae* há *intertextualidade manifesta*, além do *interdiscurso* já demonstrado até aqui. Quase todos citaram explicitamente *precedentes*

<sup>34</sup> Para aprofundamento sobre as investigações históricas sobre as drogas, já existem muitos livros bons publicados, a exemplo: VALOIS, Luís Carlos. *O Direito Penal da Guerra às Drogas*. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017 (Livro finalista do 59º Prêmio Jabuti); CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudos criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016; OLMO, Rosa del. *A face oculta da droga*. Trad.: Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990; FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica: Curso dado no Collège de France (1978-1979). Aula de 21 de março de 1979*, p. 329-365. Trad.: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

*judiciais estrangeiros*, como as decisões da *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (fallo *Sebastián Eduardo Arriola y otros*, causa n. 9080, A. 891, XLIV, em 25.08.2009) e da *Corte Constitucional da República de Colômbia* (Sentencias C-221, de 05.05.1994; C-574, de 22.07.2011; C-882, de 23.11.2011; C-387, de 25.06.2014). Tentaram persuadir, com isso, os Ministros do STF, ao *diálogo judicial internacional* e a notarem que já há um “*solo comum*” (*common ground*), sobre essa questão, em *hard cases* semelhantes<sup>35</sup>, decididos pelas Cortes Constitucionais e Supremos Tribunais, na nossa margem latino-americana e outras partes do mundo, como um *indício formal hermenêutico* para a interpretação adequada (RAMIRES, 2016, p. 263).

Ainda sobre *intertextualidade manifesta*, na prática discursiva, o IBCCRIM citou *dossiê da Plataforma Brasileira de Políticas de Drogas* e um *manifesto de especialista da área da saúde*. O *Conectas Direitos Humanos*, o *Instituto Sou da Paz*, o *Instituto Terra, Trabalho e Cidadania* e a *Pastoral Carcerária* citaram *decisões do STF sobre cotas étnico-raciais das unidades públicas*<sup>36</sup> e *reconhecimento da união estável homoafetiva*<sup>37</sup> e, com isso, disseram que a decisão sobre a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal segue a mesma lógica de *afirmação histórica de direitos humanos* (COMPARATO, 2010). A ABGLT citou a decisão do STF sobre a declaração de não recepção da criminalização da vadiagem e da mendicância no art. 25 da Lei de Contravenções Penais<sup>38</sup>. E a ABESUP citou *nota da Fiocruz* dizendo que o problema é de saúde, e não criminal.

A *luta hegemônica* é evidente nas sustentações orais dos *amici curiae*. Fica claro o uso da linguagem não só para representação do mundo, mas também como ação e prática social. É perceptível o esforço discursivo desses *amici curiae* para que, com a afirmação e normalização desse discurso pela *descriminalização do porte de drogas para consumo próprio*, a partir de eventual decisão dos Ministros do STF nesse sentido, ocorra, via de efeito, uma *mudança social*.

<sup>35</sup> *Hard cases*, semelhantes ao julgamento do RE 635.659/SP no STF brasileiro, foram julgados, por exemplo, pela *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* (fallo *Ariel Omar Colavini*, 300:254, em 28.03.1978; fallo *Gustavo Mario Basterrica y Alejandro Carlos Capalbo*, 308:1392, em 29.08.1986; fallo *Ernesto Alfredo Montalvo*, M. 114, XXIII., 313:1333, em 11.12.1990; fallo *Sebastián Eduardo Arriola y otros*, causa n. 9080, A. 891, XLIV, em 25.08.2009); pela *Corte Constitucional da República de Colômbia* (Sentencias C-221, de 05.05.1994; C-574, de 22.07.2011; C-882, de 23.11.2011; C-387, de 25.06.2014); pelo *Tribunal Constitucional Federal da Alemanha* (BVerfGE 90, 145, em 09.03.1994); pela *Tribunal Constitucional de España* (SSTS de 16.07.1994, de 05.02.1996 e de 23.02.2011; e *Recurso de Inconstitucionalidade n. 1534/2015*, em 07.10.2015); e pela *Suprema Corte do Canadá* (*R. v. Malmo-Levine*; *R.v. Caine [2003] 3 SCR 571, 2003 SCC 74*, por 6 x 3 votos), em 06.05.2003. Pela inconstitucionalidade: Argentina, Colômbia e Espanha. Pela Constitucionalidade: Alemanha, com reservas às pequenas quantidades de drogas passíveis de perdão judicial, e o Canadá.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADPF 186. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 24.04.2012.

<sup>37</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. ADI 4277 e ADPF 132. Rel. Ayres Britto. DJ 05.05.2011.

<sup>38</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 583.523/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 03.10.2013.

O IBCCRIM, por exemplo, ao mencionar o manifesto de especialistas da área da saúde a favor da descriminalização, destacou, na sua fala, que é assinado por *“mais de 200 profissionais e professores”*, entre eles, Drauzio Varella, Mauro Aranha, Jairo Bauer e Gadelha, da Fioruz. O IDDD iniciou a sustentação oral dizendo que fala *“em nome de cerca de 360 advogados criminalistas, espalhados em todo o nosso país, que em última análise perderão trabalhos”*, caso o STF declare a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. O Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e a Pastoral Carcerária, por várias vezes, disse que o discurso pela descriminalização tem embasamento científico, enquanto que o do proibicionismo não tem, ao usar expressões como *“pesquisas mencionadas em nossa Inicial e Memoriais entregues a Vossas Excelências, comprovam”*, *“é empiricamente comprovado que a Lei de Drogas brasileira funciona como instrumento da criminalização da pobreza”*. E a ADESUP, no início da sustentação oral, também destacou que é *“uma associação acadêmica que trabalha na perspectiva de incluir pesquisadores, professores e acadêmicos nos estudos sociais do uso de psicoativos”* e, durante a argumentação, valeu-se do sintagma *“isso nos dizem os historiadores”*.

Também se valeram do poder discursivo das *metáforas*. O IBCCRIM usou *“a despeito de todo o malabarismo, aquilo que eu chamo de salto triplo carpado hermenêutico”*. A Viva Rio e CBDD requereram *“que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 28 e não será uma decisão nem inusitada nem perigosa”*. O IDDD, citando o criminólogo americano Norval Morris, disse que *“pelo menos do ponto de vista do direito criminal, existe o direito de ir para o inferno à sua própria maneira, conquanto que não lese a pessoa ou a propriedade alheias”* e *“então, o exercício de futurologia, feito aqui, de que o consumo de drogas irá aumentar, ele não condiz com uma realidade bem próxima a nossa, de um país vizinho”*. O Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e a Pastoral Carcerária usaram *“pessoas de carne e osso”* e *“fluxo da história, que hoje envergonhada”*. E a ABGLT usou *“em um tempo que acirramentos políticos têm inflamado discursos até mesmo no parlamento de profilaxia social”*.

Na dimensão textual do discurso, esses *amici curiae* usaram também *representação de fala* do discurso proibicionista. O CBDD disse *“mas, apesar disso, alguns irão dizer que é importante incriminar o uso, porque ele, de certa forma, induz ao tráfico”* e *“outro vão dizer que o art. 28 não trata do uso de drogas, mas do porte para uso de drogas”*. O IDDD disse *“e aqui ouviremos certamente dos colegas, que aqui pensam de forma contrária (...)”*.

Na *dogmática* jurídico-penal (penal e processo penal), esses *amici curiae* levantaram preocupações e fizeram propostas.

O IBCCRIM disse que se preocupa com o art. 33 da Lei 11.343/06 e propõe que seja interpretado conforme a Constituição, porque “*como diz o Professor Nucci, quem é flagrado com drogas tem o ônus de provar que é traficante. Há inversão do processo penal acusatório, onde o ônus pertence ao órgão acusatório*”. E, dessa forma, usuários são condenados como traficantes, “*o que viola a ideia do direito penal da culpa, ‘nullum crimen sine poena sine culpa’*”. Também propôs a fixação de um critério objetivo, quanto à quantidade de droga encontrada com a pessoa, para distinguir usuário e traficante, ressaltando que parece conveniente que “*não apenas a SENAD e o CNJ sejam chamados a participar, mas também a utilização da audiência de custódia, com a atuação integrada das instituições é possível fazer com que a política criminal de drogas evolua*”.

A Vivo Rio e a CBDD, rebatendo o argumento do MPSP (recorrido) e MPF (*custos legis*), argumentaram, sobre a ausência de um sistema de proteção efetivo *não criminal* no Brasil para usuários e dependentes, “*não parece que o fato de não haver tal sistema, deva se colocar todo o ônus sobre o usuário criminalizado*”.

O Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e a Pastoral Carcerária citaram outras decisões do STF reconhecendo a inconstitucionalidade de outros dispositivos dessa Lei 11.343/06, a exemplo da proibição da concessão de liberdade provisória para o tráfico de drogas<sup>39</sup> (art. 40) e a proibição da substituição da pena de restritiva de direitos<sup>40</sup> (art. 44).

Nessa *ordem de discurso*, portanto, importa percebermos, em atenção ao objetivo geral dessa pesquisa empírica, como esses *amici curiae* disputaram, na sustentação oral, o sentido de *bem jurídico* (e *harm principle*), de *autonomia privada* e de *paternalismo penal* no direito penal brasileiro, e, com isso, tentaram exercer alguma influência nos votos dos Ministros do STF sobre a (des)criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Quanto ao *bem jurídico* e ao *harm principle*, todos esses *amici curiae* afirmaram que as condutas tipificadas no art. 28 da Lei 11.343/06 não ofendem a saúde pública nem nenhum outro, senão apenas a própria saúde individual do usuário ou dependente, tratando-se de autolesão. E, na verdade, ao invés de proteger, prejudica a saúde pública.

O IBCCRIM disse que “*desvios do padrão de comportamento hegemônico, que não afetam terceiros, não podem ser erigidos à categoria de bem jurídico digno da tutela penal*”.

---

<sup>39</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC 104.339/SP. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 10.05.2012.

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. HC 97.256/RS. Rel. Min. Ayres Britto. DJ 01.09.2010.

A Vivo Rio e a CBDD disseram que, ao invés de proteger a saúde pública, há violação do direito fundamental de acesso à saúde e ao possível tratamento, conforme previsto no art. 196 da Constituição, porque esse processo de criminalização *“interpõe entre o usuário e a saúde pública, a mão pesada, a mão inibitória do direito penal ou do direito administrativo sancionador”*.

O IDDD questiona *“onde o direito penal alcança essa conduta, se não há em momento algum qualquer dano causado a terceiro?”* E diz que não consegue imaginar, porque não poderia ser invocado o argumento de que *indiretamente* haveria prejuízo ao Sistema Único de Saúde e à Previdência Social, pois outros tipos de autolesão são praticados sem que se cogite a criminalização da conduta por essa razão, como, por exemplo, o consumo de álcool e tabaco, bem como a situação de hipertensos, infartados e sedentários, que têm altos índices de colesterol.

(...) há cerca de milhões de gastos por Prefeituras, Estados e a Federação no tratamento de dependentes de drogas. Gastamos também milhões com doentes em razão do consumo de álcool. Gastamos milhões com aqueles acometidos por câncer de pulmão em razão do uso de cigarro. Gastamos milhões com aqueles hipertensos, infartados e sedentários, que acabam tendo índices altíssimos de colesterol e acabam também parando no sistema de saúde pública. Gastamos milhões, então, com saúde pública com sujeitos que, com a sua própria conduta, geram danos exclusivamente a eles próprios. Nosso ordenamento jurídico, Senhores, não pune a autolesão. E o caso de consumo de drogas é um típico caso de autolesão.

A ABGLT adicionou que *“o objetivo de se evitar a eventual difusão da droga ou outras condutas lesivas por parte de usuários, não justifica a sua criminalização, tendo em vista que se trata de condutas absolutamente diversas à tratada”*, nesse julgamento, o que importaria em *“violação ao princípio da legalidade”*. E, ainda, disse que é falso o argumento daqueles que alegam que somente haveria inconstitucionalidade se o tipo penal descrevesse o verbo *usar*, pois *“a lei de drogas é bastante restrita quanto à conduta de porte de drogas para consumo pessoal, tanto que sempre que a conduta oferece risco a terceiros, ela é prevista em outro tipo e punida com maior severidade”*, a exemplo do *“do consumo compartilhado, previsto no art. 33, §3º, da Lei de Drogas”*.

A propósito, Howard Becker (2008, 189), em *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*, publicada originalmente em 1963, esclarece como o uso de droga não está associado à violência e à prática de outros crimes, pois *“ao se considerar o desvio uma forma de atividade coletiva, a ser investigada”*, *“vemos que o objeto de nosso estudo não é um ato isolado cuja origem devemos descobrir”*. E *“em vez disso, o ato que alegadamente ocorreu,*

*quando ocorreu, tem lugar numa rede complexa de atos envolvendo outros, e assume parte dessa complexidade por causa da maneira como diferentes pessoas e grupos o definem”.*

A ABESUP, por sua vez, investiu no argumento de que a criminalização não contribui, mas prejudica a saúde pública, *“porque se vende essa ideia como proteção, mas, na verdade, o efeito que é a estigmatização”*. Afirmou que não tem notícias, nesses anos, de que com a criminalização de usuários e traficantes, a saúde pública tenha melhorado. E citando Luís Greco, disse que o bem jurídico saúde pública *“é um falso bem jurídico, porque o que se protege é uma combinação de saúdes individuais, e não um verdadeiro bem jurídico coletivo”*.

Sobre a *autonomia privada* da pessoa humana, todos *amici curiae*, nas sustentações orais, argumentaram que há uma esfera da vida privada da pessoa que ninguém pode intervir nem mesmo o Estado. No entanto, esses *amicus curiae* constroem o direito fundamental à intimidade e à vida privada, com apoio da ideia do *harm principle*, isto é, *dano a terceiro*, e, portanto, com um critério de exclusão, alcança-se um *conceito consequencialista de autonomia privada*, ou seja, esse espaço privado da vida da pessoa humana, que o Estado não pode invadir, é aquele que, de forma residual, *não causa dano ou perigo concreto de dano a terceiro ou à coletividade*.

Nenhum dos *amici curiae* tentou desnaturalizar essa *perspectiva consequencialista* e promover uma *mudança discursiva* para constituir um *sentido originalista* de *autonomia privada*, isto é, uma concepção com elementos internos, independente de elementos externos (danos ou perigo concreto a terceiros), como já avançaram Luís Greco, Robert Alexy e também já decidiu o Tribunal Constitucional Federal alemão. Aprofundei essa explicação no Capítulo 2 dessa Dissertação, para onde remeto a atenção do(a) leitor(a). Aqui, limito-me, na análise de discurso crítica, a constatar que não detectei, no *corpus*, a constituição, pelos *amici curiae*, de um *conceito originalista de autonomia privada*.

O IBCCRIM, na sustentação oral, disse que *“o Estado não tem legitimidade para incriminar posse de drogas para consumo pessoal porque isso representa uma ofensa à intimidade”*. E citando Nilo Batista, asseverou que *“o Estado não pode incriminar condutas que não excedam o âmbito do próprio autor”*.

A Vivo Rio e a CBDD entendem que a dignidade da pessoa humana *“estrutura o nosso sistema. Dignidade que se caracteriza pela liberdade, pela autodeterminação, pelo respeito ao pluralismo e ao mundo da vida de cada um”*. Esse *amicus curiae* utilizou o conceito de *“mundo da vida” (Lebenswelt)*, desenvolvido pela fenomenologia de Edmund Husserl, incorporado por Martin Heidegger na sua obra *Ser e Tempo*, e que, na teoria do agir

comunicativo de Jürgen Habermas ganhou nova conotação, grosso modo, são sentidos compartilhados entre falantes e não problematizados que servem de pano de fundo e somente assim torna-se possível a comunicação intersubjetiva, ou seja, uma esfera onde os sujeitos convencionam, por processos comunicativos, sobre outras esferas do sistema social (HABERMAS, 2012, p. 219). Na sustentação oral, esse *amicus curiae* utilizou a categoria *mundo da vida* como outra forma de se referir às esferas da intimidade e da vida privada do indivíduo e seus bens jurídicos como limites à intervenção do direito penal e também do direito administrativo sancionador.

Isso significa o direito penal só pode atuar quando alguém extrapola essa dignidade, quando alguém afeta o *mundo da vida* de outro, de forma que é estranho ao direito penal qualquer ato praticado *dentro da esfera da intimidade, dentro da esfera de privacidade*. É o que garante o direito penal e ao direito administrativo sancionar não interfiram na opção sexual, não interfiram na opção religiosa e não interferiam sequer no direito de autolesão. Lembrando que o direito penal pune o incentivo e a colaboração à autolesão, mas jamais a autolesão em si, porque isso faz parte da dignidade humana. Como disse o eminente Professor alemão Claus Roxin, muito citado por essa Corte, ‘impedir que as pessoas se despojem da própria dignidade não é um problema do direito penal, mesmo que se quisesse, por exemplo, considerar o suicídio um direito à própria dignidade – o que o autor discorda – esse argumento não poderia ser trazido para fundamentar a punibilidade do suicídio tentado’ *É nesse contexto que se discute o uso de drogas, é um comportamento que se encontra dentro da esfera de privacidade, e que não afeta o mundo da vida alheio*.

Salo de Carvalho (2016, p. 216), a partir das obras *Our right to Drugs: the case for a Free Market* (1992) e *Ceremonial Chemistry* (1975) de Thomas Szasz, e também a partir de Antonio Escotado, mencionou que “o direito à imunidade absoluta para possuir o próprio corpo extrapola a questão do uso de drogas, ganhando especial relevo na obra de Szasz quando trata as questões éticas e o que denomina de política de suicídio”.

Thomas Szasz, citado por Salo de Carvalho (2016, p. 220), nega a existência de um direito ao suicídio, porque “*implicaria terceiros no ato e/ou nas suas consequências*”, mas, seguramente, admite e reivindica “*o direito a não ser molestado*”. “Com base em completo levantamento de leading cases das Cortes norte americanas” – destaca Salo de Carvalho –, “Szasz percebe que, em termos morais, legais e médicos, o direito a não ser molestado é equivalente ao direito à intoxicação, ao suicídio e ao de negar tratamento médico”.

Szasz desenvolve sua tese a partir destes dois eixos fundamentais, negativo e positivo. *A tese negativa (ilegitimidade da proibição) é amparada na ideia da autonomia do sujeito como limite à intervenção estatal nos regimes democráticos*. Assim, ao contrário de governos de feição totalitária, as democracias liberais careceriam de legitimidade política para privar adultos do direito de utilizar quaisquer substâncias que elejam, independentemente dos danos que lhes possam causar.

(...) *A face paternalista e médica do governo em relação às drogas, delineando o que Szasz denomina de Estado Terapêutico, é associada às formas totalitárias de dominação próprias das economias de controle do mercado e dos bens de consumo (economias de domínio). Se os Estados controladores são eminentemente despóticos, os de livre mercado seriam inerentemente democráticos e os indivíduos decidiriam o que produzir, vender e comprar, pois consumidores livres para abster-se ou não de determinados usos e costumes.*

(...) *A postura paternalista demonstrada no sentido terapêutico da intervenção político-criminal e sanitária evoca configuração estatal antissecular na qual a administração define quais condutas virtuosas devem ser realizadas pelo cidadão e quais os malefícios devem ser evitados. (...) A determinação das condutas ilícitas, nesta perspectiva política, assume, acima de tudo, a perspectiva moralizadora de pautar comportamentos considerados adequados em detrimento de proibições de atos que efetivamente provoquem danos externos a terceiros.*

(...) *Exemplifica citando fato ocorrido em 1993, na Califórnia, quando o médico penitenciário solicitou mandado judicial que permitisse introduzir sonda gástrica para alimentar e medicar recluso tetraplégico que havia se declarado em greve de fome. A manifestação do Tribunal foi no sentido de garantir a autonomia do recluso, permitindo que seguisse com a manifestação.*

(...) *seria razoável estabelecer criminalizações e punir pessoas adultas por eventuais escolhas consideradas errôneas? (...) ‘não responsabilizamos a obesidade dos gordos a quem lhes vende comida, mas atribuímos os hábitos dos dependentes a quem lhes vende droga’.* (...) *qual a expectativa social em relação à autonomia e à responsabilidade das pessoas em relação à qualidade e quantidade de alimentos que consomem?*

*A limitação do direito às drogas, no entendimento de Szasz, somente é legítima quando a conduta causa danos diretos a terceiros.* Assim, o Estado estaria autorizado tanto a proibir o consumo de drogas em espaços públicos e a condução de veículos ou aeronaves sob efeitos de quaisquer entorpecentes, quanto estaria justificado proibir que pessoas não habilitadas conduzissem transportes públicos ou privados e exigir que determinadas pessoas dirijam apenas sob determinadas condições, p. ex., que epiléticos estejam condicionados ao uso de anticonvulsivantes para trafegar. (CARVALHO, 2016, p. 216/224)

Szasz, segundo Salo de Carvalho, entende que se, por um lado, *“as políticas proibicionistas pecam por outorgar ao Estado a possibilidade de ingerência na vida pessoal e na intimidade, restringindo a autonomia individual”*, por outro lado, *“os modelos de descriminalização controlada pressupõem o uso de droga como enfermidade”*, razões pelas quais *“como defensor do livre mercado, entende que nenhuma conduta deve ser regulada mediante sanções terapêuticas, ou seja, o uso de drogas deve ser percebido como eleição pessoal, alheia aos rótulos ‘crime’ ou ‘doença’”* (CARVALHO, 2016, p. 223).

Com isso, Salo de Carvalho arremata que *“as decisões sobre a saúde pessoal são exclusivas do indivíduo, não sendo legítima qualquer intervenção coativa”* e, em especial, diz que *“Szasz e Escotado defendem abertamente ser o consumo de drogas, de quaisquer*

*natureza e para quaisquer fins, direito inalienável do cidadão nas sociedades democráticas”, isto é, “liberdade de intoxicação ou liberdade de automedicação, espécie de liberdade civil com idêntica natureza das liberdades de propriedade e de expressão consagradas historicamente” (CARVALHO, 2016, p. 216/224).*

Retornando aos *amici curiae* e a disputa pelo sentido de *autonomia privada*, no contexto desse julgamento pela (des)criminalização do consumo de drogas, o IDDD disse, na sustentação oral, que “*o direito penal tem coisas muito mais importantes, assuntos muito mais graves, para tratar do que o consumo de drogas num ambiente privado de um cidadão*”.

A ABGLT, sobre a autonomia privada, além do que os outros *amici curiae* já tinham dito, sustentou que “*o elemento subjetivo do tipo composto pela expressão ‘para consumo pessoal’ limita a conduta ao âmbito da intimidade e afasta qualquer alteridade que cause lesão ou perigo a outra pessoa*”.

Em resposta ao Procurador-Geral da República, que, em sua sustentação oral como *custos legis*, citou o caso *Cannabis (BVerfGE 90, 145, de 09.03.1994)*, no qual o Tribunal Constitucional Federal alemão decidiu, à época, manter a constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio e, na *ratio decidendi*, motivou que “*o indivíduo não tem o direito a se entorpecer*”, a ABESUP, por sua vez, na sua sustentação oral como *amicus curiae*, pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, disse, com o tom de voz elevado e de forma incisiva, “*afirmar que esse regime democrático não autoriza a intervenção estatal na esfera mais particular do indivíduo, é fazer a escolha do prazer sim, Dr. Procurador, porque o direito ao prazer ainda está garantido na Constituição*”.

E a respeito do *paternalismo penal*, os discursos desses *amici curiae* têm como ponto de confluência o sentido de que, no regime democrático, o Estado não tem legitimidade para, mediante coerção, impor uma concepção *hegemônica* de *vida boa*, seja punindo o usuário ou o dependente com o direito penal e o direito administrativo sancionador, seja submetendo-os, em detrimento do seu livre consentimento informado, a procedimentos terapêuticos, sobretudo, os baseados na disciplina e abstinência.

O IBCCRIM disse, na sustentação oral, que “*o direito penal não possui legitimidade para realizar educação moral de pessoas adultas. Tratar adultos como crianças representa um paternalismo penal absolutamente inadmissível*”.

A Viva Rio e a CBDD defenderam que nada impede ao Estado, para inibir o consumo de drogas, por exemplo, continuar a criminalizar o tráfico de entorpecentes, desenvolver “*uma ação de orientação, uma ação pedagógica e até uma ação no campo da saúde pública*.”

*Mas, impede única e exclusivamente o uso do castigo na forma do direito penal ou na forma do direito administrativo sancionador àquele que usa drogas”.*

O IDDD ressaltou que *“há outras vias terapêuticas, pedagógicas, absolutamente alheias ao direito penal, para evitar e para regulamentar a conduta do uso de drogas”.*

Para a ABGLT, *“avancemos para uma política (...), onde a educação sobre drogas seja um direito que conduza a autonomia e à saúde de cada um e cada uma, e não uma sanção como faz hoje o art. 28 da Lei de Drogas em seu inciso III”.*

E a ABESUP asseverou que *“é da essência da democracia” “nós temos que reconhecer ao usuário todos os direitos previstos na Constituição”, “e não trata-lo como objeto de intervenção, seja da repressão penal seja da intervenção médica que não leva em consideração a sua vontade”.*

Salo de Carvalho menciona que o Instituto Interamericano de Direitos Humanos propôs um programa mínimo, após diagnóstico na legislação dos países latino-americanos, composto pelas seguintes diretrizes: a) consentimento esclarecido, salvo iminente perigo de vida; b) respeitar a livre decisão do paciente; c) respeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo iminente perigo de vida; d) informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo nesse caso a comunicação ser feita ao representante legal (CARVALHO, 2016, p. 372/373).

Nessa *ordem de discurso*, com essa *formação discursiva*, orientados por essa *ideologia*, esses *amici curiae* proferiram seus *discursos*, com esses *enunciados*, com os quais disputam, na *luta hegemônica*, o *sentido de bem jurídico, de autonomia da pessoa humana e paternalismo penal*, e, com isso, tentam influenciar a decisão dos Ministros do STF, em favor da *descriminalização do porte de drogas* e, portanto, da *inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06*.

### 3.4.2 Discursos dos *amici curiae* pela constitucionalidade (grupo da dominação)

A *formação discursiva* dos *amici curiae* (ADEPOL, APDM, ABEAD, CADES, FEAE e Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família), que sustentaram pela manutenção da criminalização do porte de drogas para consumo próprio e, portanto, pelo *proibicionismo*, é composta, em uma *“fusão e interação dos horizontes de punitividade”* (CARVALHO, 2016, p. 71 e 89/90), pela *ideologia da defesa social, movimentos lei e ordem e doutrina da segurança nacional*.

A *ideologia da defesa social* é contemporânea ao surgimento da sociedade burguesa e ao direito penal liberal (BARATTA, 2013, p. 41). Está *normalizada* no “*senso comum dos juristas e do homem da rua (every day theory)*” (BARATTA, 2013, p. 42) de tal forma que, em geral, é aceita acriticamente, o que gera a *falsa consciência* de que se está do lado mais justo e que qualquer crítica teria dificuldade de ganhar espaço (BARATTA, 2013, p. 44). Está relacionada a uma *concepção abstrata e ahistórica de sociedade* (BARATTA, 2013, p. 47), com um projeto de *transnacionalização do controle social*, mediante a imposição de *normas universais*.

O conteúdo da *ideologia da defesa social* é expressão, segundo Alessandro Baratta (2013, p. 42/43), dos princípios liberais da *legitimidade* (o Estado e suas instâncias de controle social têm legitimidade, dada pela sociedade, para reprimir a criminalidade de determinados indivíduos desviantes e reafirmar os valores e normas sociais); *do bem e do mal* (o crime e o criminoso representam o *mal* e a sociedade o *bem*); da *culpabilidade* (o crime é expressão de uma atividade interior reprovável, porque é contrária aos valores e normas sociais, mesmo antes de serem legislados); da *finalidade ou prevenção* (a pena, além de reprimir, tem a função de prevenir o crime. Em abstrato, como uma contramotivação do crime, e, em concreto, para a ressocialização do agente); *igualdade* (a lei penal é igual para todos, uma minoria desviante comete crimes e a reação social aplica-se de modo igual); e *do interesse social e do delito natural* (o núcleo central dos crimes tipificados nos códigos penais das sociedades civilizadas representa uma ofensa aos interesses fundamentais e condições essenciais à existência de toda e qualquer sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são comuns a todos os cidadãos. Por isso, são delitos naturais. E apenas os delitos que representam uma violação de determinados arranjos políticos e econômicos são punidos como delitos artificiais).

A *ideologia da segurança nacional*, que complementa a da *defesa social*, a partir da década de 1960, disseminou-se na América Latina e, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni (*apud* CARVALHO, 2016, p. 84/85), caracteriza-se pela transferência de conceitos próprios do direito penal militar ao direito penal comum; concebe a sociedade como um “corpo”; define os “inimigos”; tem como fim “ganhar a guerra”; e orienta-se pelas ideias de hierarquia, disciplina e eficácia.

Os *Movimentos de Lei e Ordem*, com início na década de 1960, nos EUA, a exemplo<sup>41</sup> da *Broken Windows theory* (James Wilson e George Kelling, 1981) e da *Tolerância Zero* (Rudolph Giuliani e William Bratton, 1994), têm como metas, segundo Salo de Carvalho (2016, p. 86): justificar a pena como retribuição; instaurar um regime de penalidades capitais e perpétuas ou recrudescer cada vez mais a execução penal; ampliar as hipóteses de prisão provisória; e diminuir o poder judicial de individualização da pena.

A repressão penal contra o usuário e o adicto de drogas funda-se no discurso médico-psiquiátrico, que os trata como doentes e impõe tratamento em *comunidades terapêuticas*, compulsório e coercitivo, sem respeito à autonomia do paciente, presumindo a sua periculosidade, prioritariamente a base de abstinência até se que atinja, com essa imposição, a condição de “limpo” (CARVALHO, 2016, p. 434). E a contra o traficante recai o discurso jurídico-penal, que o considera um inimigo a ser combatido (CARVALHO, 2016, p. 62).

Nessa perspectiva foram redigidas as Convenções da ONU sobre drogas de 1961, 1971 e 1988. Segundo Salo de Carvalho, com “*vazios e dobras de legalidade*”, repetidos nas legislações nacionais da maioria dos Estados-membros do sistema onusiano. Vale dizer, com expressões vagas e indeterminadas, em normas penais em branco e cujas mesmas condutas “*adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo*”, p. ex., são descritas em dois tipos penais, um para o consumidor e outro para o comerciante de drogas.

Nessa outra ordem de discurso particular, o *proibicionismo* tem caráter moralista, paternalista e até mesmo religioso, sob a gerência de “empresários morais atípicos” (Sebastian Sheerer) ou “gestores atípicos da moral” (Jesús-María Silva Sanchez) (CARVALHO, 2016, p. 144); associa o uso e a dependência de drogas à prática de crimes; foi constituído como um “modelo belicista de combate à criminalidade” (CARVALHO, 2016, p. 90); a partir de alarmes e pânico sociais, potencializado por meios de comunicação de massa e sensacionalismo, cria estereótipos de inimigos a serem abatidos e justifica um *Estado Penal* (Loic Wacquant) ou *Estado de Exceção permanente* (Giorgio Agamben) de “*guerra às drogas*”.

Esses *amici curiae*, que sustentaram pela manutenção da criminalização do art. 28 da Lei de Drogas, inicialmente, arguiram, como preliminar, a falta de legitimidade democrática do STF para decidir pela descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal e requereram que a Corte fosse deferente ao Legislativo, inclusive, apontaram a presença do

---

<sup>41</sup> Uma pesquisa detalhada sobre os *Movimentos de Lei e Ordem* pode ser consultada em: ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad.: Sérgio Laramão. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 779/791.

Deputado Federal Osmar Terra, no Plenário da Corte, e a tramitação do Projeto de Lei 7.663/2010 e apensados, de autoria desse parlamentar, com a proposta de atualização do dispositivo legal questionado.

A ADEPOL arguiu “*trazemos um fato novo, para que não sejamos repetitivos. O Congresso Nacional se preocupa com a matéria*” que “*tramita no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados, o PL 7.663/2010 e apensados, de autoria do Deputado Osmar Terra, aqui presente*”. Esse projeto de lei “*inclui, a título exemplificativo, a restrição de frequência a determinados lugares e imposição de cumprimento de horários*” e o juiz designará “*um responsável para acompanhar o desenvolvimento das atividades pelo usuário ou dependente. O juiz competente será informado pelo responsável do plano individual acerca da avaliação do progresso*”, para “*estabelecer um maior controle sobre os eventuais usuários*”.

O CADES aduziu que o caso concreto, porte de drogas para consumo pessoal dentro de estabelecimento prisional, não poderia servir de paradigma para formação da tese da repercussão geral. E também que “*Portugal e EUA, que liberou uma espécie de maconha. Nós estamos aqui liberando todas as espécies de maconha para uso próprio. Não podem Excelências. Vossas Excelências virem aqui e estudarem uma tese*” (sic).

A Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família também arguiu que “*em Portugal, Uruguai, Holanda foram sempre, por consulta popular ou pela via legislativa, nunca pelo Poder Judiciário*”. Destacou que “*tramita no Senado o PL 137, de autoria do deputado Osmar Terra, aqui presente, portanto, a matéria é de competência do Legislativo*”. Disse ainda que o “*Supremo pode muito, mas não pode tudo*” e “*Vossas Excelências não podem transformar nosso país numa grande cracolândia*”.

Essa *ordem de discurso particular*, com suas *descontinuidades* e “*fusão e interação dos horizontes de punitividade*” (ideologia da defesa social, movimentos de lei e ordem e ideologia da segurança nacional), pode ser notada em vários enunciados discursivos desses *amici curiae*, de uma forma tão normalizada que sequer percebem que essa forma de ver o mundo também tem orientação ideológica.

O CADES, em relação aos discursos pela descriminalização, disse que esse “*paradigma, está sendo sustentado por uma questão de ideologia e não realista, aqui na presente Corte*”. Esse *amicus curiae* também citou países, para dar força aos seus enunciados e justificar o proibicionismo: “*nós poderíamos colocar uma estatística do país que mais tem uma política repressora do mundo. Qual que é? Coreia do Sul. Não existe lá usuário de droga não existe traficante*”; e “*vamos utilizar um país que libera, que utiliza a produção de*

*heroína e a produção de ópio como meio de sobrevivência? O Afeganistão. Lá tudo é liberado*". Arrematou que *"Então, é o bem e o mal. É o princípio da lesividade"*.

Para a ADEPOL, *"a punição é a hipótese de rigor para a salvaguarda a sociedade do mal potencial causado pelo porte de droga"* (ideologia da defesa social) e ratificou, em intertextualidade manifesta, votos de Ministros do STF pela inaplicabilidade do princípio da insignificância, *"mesmo que se trata de quantidade ínfima de droga"* (movimento pela lei e ordem). Destacou que há *"uma guerra de guerrilha entorno do tráfico. Vemos quase todos os dias balas traçantes, provocando guerra entre as próprias quadrilhas, e também em relação à atividade policial"* e enfatizou *"nesse difícil combate no enfrentamento ao tráfico e comércio de drogas"*. Disse ainda que há *"ingresso de droga todo o tempo"*, *"diante da nossa realidade num país continental como o Brasil, com as fronteiras que temos em milhares de quilômetros, tanto marítima como também do lado terrestre"*, de modo que *"essa posição digamos de liberação de forma ampla, geral e irrestrita de todas as drogas, nós temos o problema do crack"* poderá, segundo esse *amicus curiae*, *"efetivamente provocar grandes problemas para o país"* (ideologia da segurança nacional).

A Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, com enunciados carregados de figuras de linguagens e adjetivos fortes, chegou a dizer, sobre os usuários e dependentes de drogas, que não quer, com a descriminalização, *"transformar uma geração de incautos, de zumbis, de briófitas, de celenterados, de equinodermos, de lula, de moluscos, de estudantes entorpecidos com baixo rendimento escolar"* em *"servidores públicos viciados que não produzem, em trabalhadores na indústria ou comércio que dão prejuízo, ou seja, não queremos um país de narcóticos não anônimos"*. Requereu a manutenção da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, dizendo ao final: *"em nome da saúde, da segurança, da vida e da família do Brasil. Pelo bem do Brasil"*.

E a FEAE destacou a importância histórica desse julgamento, no qual *"o Supremo Tribunal Federal estará decidindo sobre o futuro das próximas gerações do país, de crianças e adolescentes"*. E mais do que isso, *"esse egrégio Supremo estará decidindo e essa decisão poderá afetar frontalmente a esperança de milhares e milhares de famílias e dependentes químicos"*.

Há criação de pânico social, alarme e emergências, para tentar justificar o proibicionismo das drogas. A ADEPOL alegou que *"certamente, sem qualquer controle, como pretendem aqueles que aqui pensam pela inconstitucionalidade, haverá possivelmente várias consequências negativas"*. Com uma metáfora, afirmou que ocorrerá uma *grande desgraça*, disse *"eu diria, sob o ponto de vista da segurança, vemos que haverá uma"*

*hecatombe*”. Apontou que a descriminalização acarretará o aumento no consumo de drogas, em *intertextualidade* com um “*memorial da frente parlamentar do Congresso*”, estimou que “*as drogas ilícitas somadas tenham 7 milhões de dependentes em nosso país. Descriminalizadas poderão ultrapassar facilmente os 30 milhões de dependentes*”, o que, a seu ver, “*aumentaria em muito as suas consequências não só com a saúde como também a toda a sociedade*”. E indagou, “*então, é uma questão muito séria, não é?*”.

Os *amici curiae* APDM e ABEAD, sobre a família do usuário ou dependente, apontaram “*o dano extenso, grave, que produz a droguição e a adicção. Não só para o adicto, mas para aqueles que são codependentes*”. O CADES alegou que “*a liberação, a descriminalização do porte vai fortalecer o tráfico de cocaína, de heroína, de haxixe*”, “*o efeito da descriminalização trará à sociedade uma repercussão negativa*” e, com metáforas, apontou “*a corrosão física*” e “*as formiguinhas que são crianças utilizadas na Cracolândia, como portadoras de pequenas quantidades*”.

A FEAE também disse que “*a descriminalização vai aumentar o consumo*”, “*descriminalizar não seria a solução. Seria o surgimento de mais e mais Cracolândias*” e “*a situação é calamitosa. Se nós descriminalizarmos as drogas, o preço que o Brasil irá pagar, as próximas gerações, será incalculável*”. E a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família advertiu que “*a prevalecer essa tese será liberado no Brasil o porte de toda e qualquer droga*” haverá “*consequências drásticas à família, à juventude e ao conjunto da sociedade*”.

Todos os *amici curiae* afirmaram que o uso de drogas está associado à prática de outros crimes e da violência. Para a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família agrava “*substancialmente o quadro de violência e de criminalidade em nosso país*”. E para a ADEPOL, “*o porte de droga é apto a ensejar o incremento do tráfico de entorpecentes, a par de outros delitos associados ao uso indevido de drogas*”.

Nas sustentações orais, os argumentos são complementados com *apelo emocional*. A Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família perguntou aos Ministros do STF, se “*pegariam um avião para o Rio de Janeiro, em que o piloto estivesse com maconha no bolso? Vossas Excelências se consultariam com dentista que portasse LSD no janelo?*”, se “*Vossas Excelências deixariam seus netos com a babá que portasse duas pedras de crack?*” e, ainda, se “*Vossas Excelências nomeariam um assessor de gabinete, que durante o expediente portasse cocaína no local de trabalho? Não nos parece razoável*”. E, com muito mais *apelo emocional*, a FEAE invocou “*o sofrimento das famílias*”, “*as mães do crack*” e citou caso de um “*garotinho de 12 anos dependente do crack*”.

(...) famílias que são a linha de frente do problema. E acho que é esse o objetivo, *trazer a Vossas Excelências um pouquinho da experiência dessas famílias, do sofrimento dessas famílias, famílias que nunca abdicaram, nunca perderam a esperança* e jamais abriram mão dos seus filhos para o tráfico e para as drogas. (...) Essa experiência nós procuramos levar para as famílias dos dependentes químicos, um pouco mais de esperança um pouco mais de dignidade. *E quando eu penso em dignidade, eu lembro dos sofrimentos das mães, as mães do Cratod, que é onde nós trabalhamos, as mães do crack, a mulher, que é a primeira vítima das drogas, a mãe que está na linha de frente é a primeira a sentir o problema das drogas. Eu fico emocionado* de quando nós temos a oportunidade, o nosso primeiro caso em São Paulo foi de *um garotinho de 12 anos dependente do crack e adotado pelo tráfico. A mãe desse rapazinho queria dar um presente de natal. Nós conseguimos dar esse presente de natal para a mãe, que era a internação do filho, o tratamento.* Mas, na verdade, esse presente não era para a mãe, era para todos nós, transformamos um mutirão pela vida, de dar esperança. (...) *E quando eu falo em direitos humanos, eu penso no sofrimento dessas mães. A mãe que vende o filho para pagar a droga. A mãe que tem o recém-nascido vítima da síndrome da abstinência, com má formação, com risco de se tornar viciado ainda dentro da barrida da mãe. Eu penso nas mães do crack. (...) Eu me emociono muito de falar das mães, porque é o contato que nós temos no dia-a-dia. É aquela mãe que tenta se suicidar na nossa frente, porque está abdicando do seu filho para o tráfico.*

Além das *identidades sociais e do “eu”*, da *significação do mundo e sistema de conhecimento e crenças* desses *amici curiae*, é possível identificar *dispositivos e relações de poder, de controle e disciplina*, bem como de *“governamentalidade”* (FOUCAULT, 2017, p. 429), que pretendem manter, para atender a uma série de interesses, sobre os usuários e dependentes de drogas. Por exemplo, a FEAE, nessa narrativa sobre *“o garotinho de 12 anos dependente do crack”*, disse que *“nós conseguimos dar esse presente de natal para a mãe, que era a internação do filho, o tratamento”*.

Há um tipo de *moralismo religioso*, de forma manifesta, quando um dos *amici curiae* apresentou-se, no início de sua sustentação oral: *“a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, entidade religiosa, vem a tornar pública a preocupação com a tese de inconstitucionalidade do art. 28 da lei”*. E o advogado desse *amicus curiae* também revelou outras relações de poder, ao dizer que *“sendo diariamente diretor adjunto de amparo ao trabalhador preso do Distrito Federal, entidade do governo do DF, que tem como escopo a educação, a ressocialização dos sentenciados do DF”*, e, até disse, *“inclusive, temos conveniados que trabalham no Supremo”*. E ainda sustentou que *“na prática presenciamos, no sistema prisional, a atuação do tráfico, que muitas vezes achancam aquelas mães de sentenciados, porque são usuários dentro do sistema”*. Esse *moralismo* também é percebido, quando a APDM e a ABEAD enfatizaram que *“o art. 1º diz que devemos buscar o quê? A*

*dignidade da pessoa humana. Um homem são é um homem digno” e “devemos buscar o bem-estar, uma espécie de eudemonia que busca o bem-estar do indivíduo”.*

Desta forma, esses *amici curiae* lutam pela *hegemonia* do sentido, que pretendem que continue a prevalecer, dos signos *bem jurídico, autonomia privada, paternalismo penal*, nesse contexto da (des)criminalização do porte de drogas para consumo próprio. Essa luta hegemônica é visível.

Para dar força aos seus enunciados, a ADEPOL disse *“eu trago aqui o memorial que foi apresentado pela frente parlamentar do Congresso Nacional”* e mencionou, registrando a sua presença no Plenário, o *“Projeto de Lei 7.663, de autoria do Deputado Federal Osmar Terra, aqui presente”*.

A CADES comparou *“falsas estatísticas”*, apresentadas pelo outro grupo de *amici curiae*, e as *“verdadeiras estatísticas”*, *“apresentadas pelos órgãos internacionais, sérias, referem que a liberação das drogas demanda um maior consumo, haja vista os exemplos usados por Portugal e EUA, que liberou uma espécie de maconha”*.

A FEAE, nessa luta hegemônica, destacou que ocupa a tribuna para, *“em nome da Federação Amor Exigente, entidade que atende 100 mil familiares de dependentes químicos mês, então, estou falando de 1 milhão e 200 mil famílias atendidas gratuitamente por mês”* (sic) e *“também em nome da Comissão de Estudos sobre Educação e Prevenção de Drogas da OAB/SP, comissão que firmou um acordo, um convênio com o governo do Estado de São Paulo, juntamente com o Tribunal de Justiça, Ministério Público e OAB”*, para atender *“gratuitamente os familiares dos dependentes químicos. Iniciativa essa Senhor Presidente que rendeu a menção honrosa do Prêmio Innovare de 2013”*. E ainda usou, durante a prática discursiva, vários sintagmas, para essa finalidade, como *“vários exemplos eu posso citar aqui”*, *“nós estamos ali do lado, nós somos a linha de frente. Não é a teoria, é a prática, Senhores Ministros”* e *“falei em nome desse um milhão de famílias. Nos meus 35 anos de advocacia criminal, eu nunca imaginei que teria a oportunidade de apresentar essas famílias das mais variadas classes sociais”*.

E a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, nessa luta hegemônica, provocou:

Vale perguntar: *a descriminalização das drogas beneficia a quem? Aos jovens? À família? Aos 22 partidos políticos? Talvez a alguns sim. Às igrejas? Aos clubes? Às clínicas médicas? Às farmácias terapêuticas? Não. Apenas ao narcotráfico, ao crime organizado, às falsas ONGs da paz e os interesses econômicos internacionais, capitaneados pelo megainvestidor George Soros, o grande patrocinador e incentivador da causa da liberação das drogas no Brasil e no mundo. Por que? Quanto maior o porte, mais usuários, maior o consumo e aumenta o lucro. (...) na experiência histórica, (...) não existe exemplo no mundo de que liberando o porte de drogas*

melhora a vida das pessoas. *Nos causou espécie inclusive que o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso defendia a tese da legalização já que teve oito anos de governo e a oportunidade de combater o uso de drogas, e não fez.* E o atual governo que contraditoriamente estimula e apoia o desarmamento do cidadão de bem e, em nome da paz, via SENAD, via Ministério da Saúde, via Ministério da Justiça, a descriminalização.

Nessa *formação discursiva do proibicionismo*, verifica-se que esses *amici curiae* lutam pela hegemonia dos seguintes sentidos para *bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal*.

Quanto ao *bem jurídico* a ser protegido da conduta tipificado no art. 28 da Lei de Drogas, sustentam que, além da *saúde pública*, o STF deve manter a constitucionalidade, para proteger a família, a sociedade, a segurança e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana.

A APDM e a ABEAD disseram que, se o STF suprimir o art. 28 da Lei 11.343/06, a saúde pública ficará deficientemente protegida. A FEAE apontou que “*vários exemplos demonstram que as drogas ofendem o princípio da dignidade humana, as famílias dos dependentes químicos não vivem de forma digna*”, “*afeta frontalmente os direitos humanos dos familiares, dos dependentes químicos*” e “*a droga não é privilégio da classe A, B ou C. A droga atinge todas as famílias*”. E a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família indicou que “*o porte de drogas não gera consequências apenas na vida do usuário*” e “*a questão de drogas é antes de tudo um caso de saúde pública*”.

A *autonomia privada*, para esses *amici curiae*, que defendem a criminalização do porte de drogas para consumo próprio, não alcança o direito a entorpecer-se e, portanto, a criminalização do poder de drogas para consumo próprio não atinge a intimidade e a vida privada do usuário e do adicto.

A APDM e a ABEAD, indagou, na sustentação oral, se *o Estado pode intervir na autonomia privada? Claro que pode intervir. Intervém a todo instante. Manda-nos por cinto de segurança, por exemplo. Determina o uso de capacete*”, “*evita o suicídio, contra a vontade do suicida – o suicida não comete infração penal nenhuma -, proíbe-nos de nos dispor de um órgão, a não ser conscientemente, quando ele é duplo, ou proíbe a disposição de um órgão único. O Estado tem esse poder de intervenção na autonomia individual*”, sobretudo, “*quando se perde a autonomia, a autonomia privada*”.

O CADES afirmou que, na ponderação de direitos fundamentais, de um lado, a intimidade e a privacidade, e, de outro, “*família, direito à educação, direito ao trabalho e direito da sanidade da pessoa*”, o art. 28 da Lei 11.343/06 é constitucional. A FEAE disse que “*essa decisão sobre usar ou não drogas não é um direito individual. Ele não se reveste de*

*caráter absoluto, sofrendo limitações, não se pode sobrepor o direito à coletividade” e justificou que “afeta frontalmente os direitos humanos dos familiares, dos dependentes químicos, de indescritível sofrimento”.*

E referente ao *paternalismo penal*, esses *amici curiae* defendem a intervenção do direito penal, porque, segundo lutam pela hegemonia, na ausência de adequadas políticas de saúde pública, a criminalização do poder de drogas para consumo próprio “*é o único que temos, que dá ferramental ao Estado para intervir em situações excepcionalíssimas na autonomia individual*”, disse a APDM e a ABEAD, entidades que ainda afirmaram que o usuário ou dependente, a partir de “*uma justiça desformalizada, consensual, soft, dos juizados especiais criminais, será encaminhado para instituições públicas de serviço à saúde*”. A CADES entende que “*o Estado deve sim intervir, como a Lei 11.343 interviu. Ela estabelece o direito do doente a tratamento*”.

A FEAE aduziu que “*o dependente químico não vive de uma forma digna, o Estado tem a obrigação de intervir, para dar um atendimento digno, para essas sofredoras famílias, para as mães*”. O advogado da FEAE disse, ainda, que “*como pai procuro agradecer a Deus, tudo aquilo que ele me proporcionou de ter filhos saudáveis, não ter nenhum problema de droga na família*” e, com essa intervenção, procura “*trazer a experiência para que outras famílias possam vivenciar tudo aquilo que vivencio*”. E a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família afirmou que “*quem cuida dos adictos são as comunidades terapêuticas<sup>42</sup>, católicas, protestantes, as clínicas médicas e psicológicas. Como, por exemplo, a Fazenda Católica, Fazenda Bom Jesus. Pouco se fala a respeito do assunto*”.

Dessa forma, esses dois grupos de *amici curiae*, inseridos nessas ordens de discursos particulares, com suas respectivas ideologias, disputam a hegemonia pelos significados de bem jurídico, autonomia privada e paternalismo penal, isto é, sobre a (i)legitimidade da intervenção do direito penal, sob a égide do Estado Democrático de Direito, na situação do consumo de drogas, e, com isso, tentam influenciar os votos dos Ministros do STF no julgamento do RE 635.659/SP-RG.

---

<sup>42</sup> A Resolução CONAD n. 01, de 09.03.2018, aprovada na reunião do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas (CONAD), no dia 19.12.2017, a partir de proposta do Conselheiro Osmar Terra – o mesmo que propôs os Projetos de Lei mencionados pelos *amici curiae* que sustentam a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 –, em detrimento dos CAPS (Centro de Assistência Psicossocial) e das medidas de redução de danos, prioriza um tratamento a base de *abstinência* de usuários e dependentes de drogas, até que atinjam a condição de “limpos”.

## CONCLUSÃO

A teoria criminológica de Eugenio Raúl Zaffaroni, adotada como marco teórico dessa Dissertação, experimentou, como vimos no Capítulo 1, pelo menos, três momentos, com ênfase, em cada período, nas seguintes ideias e direcionamentos: 1) o *realismo marginal* latino-americano, a função de contenção da violência seletiva racista do poder punitivo e a reconstrução da dogmática jurídico-penal inacabada (1988); 2) a criminologia midiática e sua causalidade mágica neutralizada por uma *criminologia cautelar*, militante e paulatinamente instalada como criminologia preventiva de Estado (2011); 3) e a função contraseletiva do *direito penal humano* em face das mortes anunciadas e pulsões genocidas do direito penal inumano, no contexto do neoliberalismo (2014).

Alguns elementos foram abandonados, pelo Eugenio Raúl Zaffaroni, como, por exemplo, a definição da *criminologia como curso* de discursos sobre a questão criminal, por entendê-la estreita, e a pretensão de buscar uma nova definição para a criminologia (2012b, p. 36). E também foi abandonada a proposta, feita na obra *Em busca das penas perdidas* (2012a, p. 175), de criação de um “controle técnico” da difusão de notícias “através da televisão” que provoquem ou impliquem “metamensagens reprodutoras ou instigadoras públicas de violência, de delito, de uso de armas, de condutas suicidas ou de consumo de tóxicos”, pois, como anotou nessa mesma obra (2012a, p. 175), sabia do risco disso ser interpretado como *censura à liberdade de imprensa*; doravante, propôs outras tarefas para a *criminologia cautelar* e passou a criticar os monopólios e oligopólios dos meios de comunicação na América Latina.

Vários elementos novos foram acrescentados, na teoria criminológica de Eugenio Raúl Zaffaroni, e outros pontos foram aperfeiçoados, como se viu ao longo do Capítulo 1. Entrementes, toda a *ideia fundante* já estava delineada em suas primeiras obras criminológicas, como, por exemplo, *características estruturais do sistema penal*; *invenção da realidade pelos meios de comunicação*; *inimigos no direito penal*; *vulnerabilidade dos estereotipados*; *processos de deterioração das pessoas pelo sistema penal (criminalizados, vítimas, policiais, juízes e outros)*; *clínica de vulnerabilidade*; *função de contenção da agência judicial*; *o colonialismo, o neocolonialismo e a globalização*; e *os direitos humanos*.

Com a atualização do marco teórico, o fundamento *onto-antropológico jus humanista* sofreu um melhoramento em sua explicação. Antes o foco estava em *tratar todo ser humano como pessoa concreta* e na *autodeterminação da pessoa humana*, conforme previsto em Tratados Internacionais de Direitos Humanos e nas recentes Constituições nacionais; e, agora,

*em complemento*, a ênfase está na *vida humana*, tenha ou não alcançado o desenvolvimento ou até sido perdida, como dado ôntico-biológico, elementos, todos esses, insuscetíveis de limitação política e cultural.

Ainda em relação a esse discurso do Eugenio Raúl Zaffaroni sobre a questão criminal, adotado como marco teórico nessa Dissertação, ficou evidente que a sua *teoria jurídica* da norma penal, do crime e da pena (dogmática jurídico-penal) está fundamentada nessa *teoria criminológica* (realismo marginal, criminologia cautelar e direito penal humano), a qual, por sua vez, tem uma *teoria política* subjacente, próxima ao liberalismo igualitário e com fortes críticas ao neoliberalismo, e, ainda mais no fundo, há uma *teoria moral*, de respeito à vida humana *concreta* e à autodeterminação da pessoa humana.

Essa teoria criminológica recomenda fortemente a elaboração de *estudos empíricos sobre a questão criminal*, com as técnicas de pesquisa das ciências sociais em geral, o que coincide com um movimento acadêmico que paulatinamente tem se fortalecido no âmbito das ciências criminais e em uma perspectiva transdisciplinar. O objetivo é não ficar só na *crítica*, mas, *a partir dela e para além dela*, encontrar oportunidades estratégicas para, com *dados da realidade na nossa margem latino-americana*, exercer a militância de uma *criminologia cautelar* e afirmação de um *direito penal humano*.

A partir desse marco teórico e, em especial, tendo como parâmetro a Constituição e o Tratados Internacionais de Direitos Humanos, concluímos que o discurso jurídico-penal sustentado pelos *amici curiae*, que defenderam a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, lastreado na ideologia da defesa social, nos movimentos de lei e ordem e na ideologia da segurança nacional, não se justifica mais perante a sociedade (perspectiva coletiva) nem se justifica perante a pessoa humana (perspectiva individual). Na verdade, nunca se justificou.

Não se justifica perante a sociedade, porque, na discussão sobre o *bem jurídico*, não consegue demonstrar como o porte de drogas para consumo pessoal ofende *diretamente a saúde pública*. Nesse ponto, os *amici curiae* fazem apelos emocionais, tentam criar pânico social, apontam que a proibição é importante para proteger a família, que sofre muito com essa situação, mas não conseguem explicar, de forma convincente, o porquê da venda e do uso de álcool e do tabaco, além de outras formas de autolesão, como o sedentarismo, a má alimentação com alto índice de colesterol, o uso descontrolado de medicação lícita etc., não serem também criminalizados. Os enunciados discursivos desses *amici curiae* constituem um forte *moralismo religioso* como tentativa de convencimento desse processo de criminalização.

Também não se justifica perante a sociedade, porque o proibicionismo e a política criminal de guerra às drogas são um fracasso no controle de produção, distribuição e consumo de drogas, no mundo e no Brasil, e, além de não conseguir isso, a repressão tem contribuído fortemente para aquilo que o realismo marginal chama de “massacre em conta gota”<sup>43</sup>, com a morte de pessoas sem processo penal pela letalidade policial, e para o encarceramento em massa, cujas taxas anuais tanto de mortes quanto de prisão só aumentam, sem que as estatísticas de venda e o consumo de drogas no país diminuam.

Abrindo um parêntese. A propósito, sobre as estatísticas de consumo de drogas no Brasil, o Ministério da Justiça ainda não disponibilizou os resultados de uma pesquisa realizada pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), que venceu a seleção aberta pelo Edital de Chamamento Público nº 01/2014/SENAD/MJ, de 12.02.2014. Essa pesquisa envolveu mais de 400 profissionais, entrevistou mais de 17 mil pessoas, recebeu, em 2014 e 2015, o valor total de R\$ 7.984.800,00, e tem dados sobre hábitos de uso de 17 tipos de drogas, além de dados sobre uso pesado de álcool e cigarro, relação com a violência, saúde física e mental dos usuários, vida profissional, estudantil e acadêmica, situação financeira e relações familiares e sociais. A imprensa denunciou essa demora na divulgação dos resultados dessa pesquisa<sup>44</sup>, o Ministério da Justiça emitiu nota<sup>45</sup> alegando que há problemas com a metodologia usada pela Fiocruz, que adotou outra não permitida pelo edital, o que impossibilita de saber se o uso de drogas no Brasil é superior ou inferior ao de outros países, bem como se o uso de cada droga específica no Brasil aumentou ou diminuiu nos últimos anos. Esse caso está sendo investigado também pelo Ministério Público Federal.

À mingua da divulgação dos resultados dessa pesquisa feita pela Fiocruz, a Câmara dos Deputados, pelo Ato do Presidente de 21.06.2018<sup>46</sup>, subscrito pelo Deputado Rodrigo Maia, instituiu *Comissão de Juristas* para a atualização da Lei 11.343/06 e do Sistema

---

<sup>43</sup> O *Atlas da Violência 2018*, produzido pelo IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), indicou que, em 2016, houve 62.517 homicídios no Brasil, isto é, mais de 30 mortes por 100 mil habitantes (2018, p. 20). 50,3% dos mortos são jovens, do sexo masculino, de 15 a 29 anos (2018, p. 21). Em 100 mil habitantes, entre os homens, 40,2 dos mortos são negros e, entre as mulheres, 71 das mortas são negras. Em 2016, 4.645 mulheres foram mortas no país. Em 100 mil habitantes, em 2016, a taxa de mulheres negras mortas foi de 5,3 e de mulheres não negras foi de 3,1 (2018, p. 51). Em 2016, 4.222 casos de pessoas mortas em função de intervenções policiais (2018, p. 28).

<sup>44</sup> Folha de São Paulo. *Governo Temer engaveta pesquisa sobre uso de drogas que custou R\$ 7 milhões*. Publicada no dia 15.09.2018. Disponível em: <https://folha.com/7wsn9ktd>. Acesso em 27.10.2018.

<sup>45</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Nota oficial em relação à matéria publicada na edição deste sábado na Folha de São Paulo sob o título “Governo Temer engaveta pesquisa sobre uso de drogas que custou R\$ 7 milhões”. Brasília, 15.09.2018. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1537031213.27>. Acesso em 27.10.2018.

<sup>46</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Ato do Presidente de 21/06/2018*. Rodrigo Maia. Brasília, 2018. Disponível em [http://www2.camara.leg.br/legin/int/atoprpt\\_sn/2018/atodopresidente-57870-21-junho-2018-786886-publicacaooriginal-155895-cd-presi.html](http://www2.camara.leg.br/legin/int/atoprpt_sn/2018/atodopresidente-57870-21-junho-2018-786886-publicacaooriginal-155895-cd-presi.html). Acesso em 27.10.2018.

Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, devendo, no prazo de 120 dias, apresentar o anteprojeto, a contar da instalação da comissão. Foram nomeados para compor essa comissão de juristas: Ministro Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, do STJ (Presidente da Comissão), Ministro Rogério Schietti Machado Cruz, do STJ (Vice-Presidente e Sub-relator para os arts. 27 ao 32); Desembargador Ney de Barros Bello Filho, do TRF da 1ª Região (Relator); Cibele Benevides Guedes da Fonseca (Sub-relatora para os arts. 18 a 26); Amanda Torres de Lucena Diniz Araújo (Sub-relatora para os arts. 48 a 59); José Theodoro Corrêa de Carvalho (Sub-relator para os arts. 33 ao 39); Joaquim Domingos de Almeida Neto (Sub-relator para os arts. 40 ao 47); Pierpaolo Cruz Bottini (Sub-relator para os arts. 48 ao 59); Joelci Araújo Diniz (Sub-relatora para os arts. 33 ao 39); Walter Nunes da Silva Júnior (Sub-relator para os arts. 60 ao 64); Tatianna Ramalho de Rezende; Beto Ferreira Martins Vasconcelos; Maurício Stegman Dieter (Sub-relator para os arts. 1º ao 17); Antônio Drauzio Varella (Sub-relator para os arts. 18 ao 26). Já foram realizadas reuniões nos dias 02.08.2018, 03.09.2018 e 01.10.2018<sup>47</sup>, conforme plano de trabalho divulgado<sup>48</sup>, com a participação de alguns especialistas convidados.

Vale dizer, a tradicional política criminal de drogas é desenvolvida e investem-se muitos recursos públicos, na área da segurança pública e da saúde, mas, como sequer se tem uma pesquisa atualizada sobre a produção, a distribuição e, sobretudo, sobre o consumo de drogas, para fornecer dados o mais próximo possível da realidade, a conclusão é a de que *ninguém sabe o que está fazendo*. Como desenvolver políticas públicas sem conhecer a realidade atual? Fechando o parêntese.

O discurso dos *amici curiae*, pela constitucionalidade do atual art. 28 da Lei 11.343/06, além de não se justificar perante a sociedade (perspectiva coletiva), também não se justifica perante o próprio indivíduo criminalizado (perspectiva individual). Não há respeito à autonomia privada, seja por entenderem, nessa ordem de discurso particular em que estão inseridos, que o porte de drogas para o consumo próprio está fora das esferas da intimidade e da vida privada do indivíduo, e seja por defenderem a intervenção jurídico-penal e médico-terapêutica contra a livre vontade do usuário e do adicto, e, mesmo na situação em que não

---

<sup>47</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Atas das reuniões da Comissão de Juristas instituída para atualizar a Lei 11.343/06*. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-lei-de-entorpecentes/conheca-a-comissao/historico-de-reunioes>. Acesso em 27.10.2018.

<sup>48</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. *Plano de Trabalho da Comissão de Juristas instituída para atualizar a Lei 11.343/06*. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-lei-de-entorpecentes/documentos/outros-documentos/AGENDADETRABALHOS\\_atualizada2.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-lei-de-entorpecentes/documentos/outros-documentos/AGENDADETRABALHOS_atualizada2.pdf). Acesso em 27.10.2018.

conseguem manifestá-la livremente, sequer sugerem a *tomada de decisão apoiada* e do *consentimento livre e esclarecido*.

E também, o discurso dos *amici curiae* pelo proibicionismo e manutenção da guerra às drogas não se justifica, porque o tipo de *paternalismo direto coercitivo*, *perfeccionismo* e até *moralismo religioso*, que pregam, é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Claramente defendem a intrusão nas escolhas existenciais dos indivíduos, usuários ou adictos, com a intervenção penal e, a partir do encaminhamento compulsório feito pelo Juizado Especial Criminal, são submetidos a tratamento e até a internação em *comunidades terapêuticas*<sup>49</sup>, prioritariamente a base de abstinência, até que se atinja a condição de “limpo”.

A ideologia constitui as pessoas, identidades, relações, significações do mundo e sistema de conhecimento e crenças. A ideologia, portanto, impede as pessoas, inseridas em determinada *ordem de discurso*, de enxergar o mundo de outra forma. Esses *amici curiae* do *grupo da dominação* não percebem, sequer mencionam em suas sustentações orais, que a criminalização do porte de droga para consumo pessoal gera estigmatização social, desvio secundário, violência seletiva racial, prejudica a própria saúde pública, encarcera usuários e dependentes como traficantes, contribui fortemente para o encarceramento em massa e para a letalidade de *jovens, negros, pobres e de baixa escolaridade* por intervenções policiais, além do conflito armado entre grupos particulares na disputa pelo mercado das drogas proibidas.

O “direito penal da guerra às drogas” (VALOIS, 2017) é um “direito penal inumano” (ZAFFARONI, 2014), com a separação entre “*nós*” e “*eles*”, criação de *emergências, pânico social, medo, inimigos, estranhos, traidores, o bem e o mal* etc. Recorre a uma “*causalidade mágica*” que resolveria o problema das drogas e da criminalidade. Esse discurso é reproduzido na e pela mídia (criminologia midiática), pelos “empresários morais atípicos”, bem como em outros aparelhos de reprodução ideológica.

---

<sup>49</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde mental: o que é, doenças, tratamentos e direitos*. Brasília, 2018. Disponível: <https://soundcloud.com/ministeriodasaude/acolhimento-comunidades-terapeuticas-ampliam-atendimento-a-dependentes-quimicos>. Acesso em 27.10.2018. Em 2018, o governo federal liberou R\$ 90 milhões para investimentos para essas Comunidades Terapêuticas. Foram credenciadas 412 Comunidades Terapêuticas, de um total de 614 que se candidataram para receber os investimentos. Lembrando que o Deputado Federal Osmar Terra, que estava presente no Plenário do STF, no dia das sustentações orais no julgamento do RE 635.659/SP-RG, integrou o governo federal como Ministro do Desenvolvimento Social e Agrário, entre 12.05.2016 a 06.04.2018, e, como Conselheiro no CONAD, conseguiu a aprovação da Resolução CONAD n. 01, de 09.03.2018, aprovada na reunião do dia 19.12.2017, cuja orientação do CONAD passou a ser a priorização das Comunidades Terapêuticas e a abstinência do usuário e adicto, até obtenha a condição de “limpo”, em substituição à orientação anterior de medidas de redução de danos, nos Centros de Atendimento Psicossocial (CAPS).

Esse discurso do proibicionismo se *naturalizou* no *senso comum dos juristas e do homem da rua*, de modo que, ainda, quase que como um *tabu*, é reproduzido, em geral, acriticamente e gera a sensação de que se está do lado mais justo.

Embora esse discurso do proibicionismo não seja compatível com a Constituição e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, em especial por menosprezar a autonomia privada da pessoa humana, impor um ilegítimo paternalismo penal coercitivo, direto e forte, bem como produzir efeitos colaterais como a letalidade, o encarceramento em massa e incentivos às facções criminosas na economia da droga, e, portanto, ser ineficaz para a prevenção, a repressão e o controle da produção, distribuição, comércio e consumo de drogas, é importante destacar que, no “campo de batalha” e luta hegemônica das práticas sociais, o que se verifica é a sua *ressignificação, fortalecimento político e alinhamento de mais forças sociais* para sustentar o discurso, em detrimento do discurso da descriminalização.

Por exemplo, o Deputado Federal Osmar Terra foi anunciado, em 28.11.2018, pelo Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, eleito para o mandato 2019/2022, para o cargo de Ministro da Cidadania, pasta que reunirá Desenvolvimento Social, Esporte e Cultura, com a pretensão, já declarada<sup>50</sup>, de também vincular a Secretaria Nacional de Política sobre Drogas (Senad), que cuida de tratamento de dependentes químicos. Não há como deixar de notar uma *ressignificação*, reacionária e em curso, do discurso pelo proibicionismo, no Brasil. E, com isso, o prognóstico sobre a vindoura decisão do Plenário do STF, no RE 635.659/SP-RG, torna-se incerto e, em alguma medida, até inclina-se para a manutenção da constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas<sup>51</sup>.

Por outro lado, o discurso do grupo de *amici curiae*, que sustentaram a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 e defenderam a *abolitio criminis judicial* do porte de drogas para consumo próprio, traduz-se como militância da criminologia cautelar e defesa do direito penal humano.

Esse grupo da resistência sustentou que o bem jurídico, afetado pelo porte de drogas para consumo pessoal, é a própria *saúde individual* do usuário e do adicto, e não a *saúde pública*. É uma autolesão. Além de que, na verdade, a saúde pública que é prejudicada pelo proibicionismo, porque, com a estigmatização social e outros efeitos negativos, faz com que o

---

<sup>50</sup> Globo. Ex-ministro de Temer, Osmar Terra é anunciado para Ministério da Cidadania. Publicada em 28.11.2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/28/ex-ministro-de-temer-osmar-terra-e-escolhido-para-ministerio-da-cidadania-e-acao-social.ghtml>. Acesso em 28.11.2018.

<sup>51</sup> Sobre esse ponto de observação, agradeço à contribuição da banca examinadora na Defesa dessa Dissertação, em especial ao Prof. Dr. João Paulo Bachur, com a qual passei a concordar e incorporo à análise de discurso e às conclusões desse trabalho.

usuário e o dependente afastem-se do serviço público de saúde, com receio de serem selecionados em um processo de criminalização secundária.

Para esses *amici curiae*, que defendem a descriminalização, a autonomia privada é a esfera da intimidade e da vida privada na qual o indivíduo é soberano para as suas decisões existenciais e, enquanto não houver dano ao *mundo da vida* de terceiro, como ocorre com o porte de drogas para consumo próprio, ninguém nem mesmo o Estado pode intervir, sem a livre manifestação de vontade da pessoa. O sentido dado à autonomia privada foi o de um *conceito consequencialista*, isto é, por exclusão, é aquilo que *não causa dano a terceiro*. Nenhum *amicus curiae* inovou o sentido com um *conceito originário* de autonomia privada, que poderia ter sido usado como um *complemento ao conceito residual*.

Para justificar a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio e até a revisão de toda a tradicional política criminal de drogas, parece-nos insuficiente o *argumento consequencialista* de fracasso da *guerra às drogas*, no sentido de que o proibicionismo é *ineficaz* para prevenir e reprimir o tráfico, a associação e o consumo de drogas. É que toda a legislação penal é caracteristicamente *simbólica*, isto é, ineficaz para a prevenção e repressão das condutas tipificadas. Se fosse só por esse motivo, teríamos que descriminalizar o homicídio e os outros crimes. Luís Greco já tinha dito isso (2010).

Outros *argumentos consequencialistas* como o “*conceito de bem jurídico constitucionalmente fundado e reforçado pelo princípio da proporcionalidade*” (ROXIN, 2014) e o *harm to others principle*, cujo ponto de confluência é o *dano ou perigo concreto a terceiro ou à coletividade*, são razoáveis, mas têm fragilidades, e não são suficientemente convincentes, quando o tipo penal é interpretado como *crime de perigo abstrato*, com a *presunção legal* de ofensa ao bem jurídico ou de dano a terceiro, mediante a simples prática da conduta descrita, como ocorre, p. ex., com o porte de droga para consumo próprio em relação à saúde pública.

A propósito, atento a isso, o MPF, em sua sustentação oral como *custos legis*, defendeu a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 e requereu que os Ministros do STF não votassem pela descriminalização, usando como fundamento o *direito fundamental à intimidade e a vida privada*, porque, no futuro, se hipoteticamente a política criminal de guerra às drogas conseguisse justificar, por estatísticas, o controle sobre o comércio e o consumo de drogas, poderia o Legislativo voltar a criminalizar a conduta de porte de drogas para consumo próprio. Disse o PGR que “*o bem jurídico tutelado é sem dúvida a saúde pública*” e

(...) se o Supremo agora entender pela inconstitucionalidade do dispositivo e promover a descriminalização por ofensa a direito fundamental, o que acontecerá no dia seguinte? A partir do momento que se reconheça a inconstitucionalidade por violação a direito fundamental, o Supremo estará interditando o legislativo de formular política pública apta, levando em consideração todas as circunstâncias do uso de substância entorpecente, a regular a matéria. (...).

A estrutura de delito conhecida como *crime de perigo abstrato* é razoável e nem sempre é inconstitucional. Ao contrário, em relação a algumas condutas e, sobretudo, quando vise a proteger alguns bens jurídicos coletivos é uma técnica legislativa adequada para a *proteção suficiente* (nem em *excesso* nem *deficiente*), como, p. ex., no caso de *porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, carregado com munições* (art. 16, Lei 10.826/03), em relação ao bem jurídico coletivo *segurança pública*, como já decidiu a 2ª Turma do STF<sup>52</sup>, desde que haja *periculosidade real*, isto é, seja uma presunção legal criada *a partir de dados da realidade que demonstrem que frequentemente tal conduta ofende tal bem jurídico de terceiro ou da coletividade*.

Então, parece-nos que os melhores argumentos para se investir a favor da descriminalização do porte de drogas para consumo próprio são os da *autonomia privada* e do *paternalismo penal*, que estão diretamente relacionados. E especificamente quanto à autonomia privada, um *conceito originário* em complemento ao *conceito residual*. Percebo que, na verdade, esse *conceito originário* de autonomia privada ainda precisa ser melhor desenvolvido pela doutrina, pois até agora só quem publicou algo a respeito foi o penalista Luís Greco (2010), como explicamos no Capítulo 2 dessa Dissertação.

Não se pune os *pensamentos* no direito penal, não porque há dificuldade tecnológica de prova-los, mas porque o Estado não tem esse direito de punir. Luis Greco (2010, p. 06/09), apontou 03 diretrizes para a construção de um *conceito originário de autonomia privada*: a) *universalizabilidade* (um comportamento possível de ser praticado por todos os seres humanos e que não restrinja a autonomia do outro); b) *universalização e desiguais* (há níveis de autonomia que devem ser tratados na medida em que se diferenciam); c) *heurística da coerência e da tradição liberal* (observar a coerência a partir de comportamentos sobre os quais já recai a presunção de que pertençam à esfera da autonomia privada, p. ex., comer comida gordurosa, fumar tabaco, ingerir bebida alcóolica etc., e a partir de tradição liberal, p.ex., liberdades de expressão, de pensamento, de crença, de não ser torturado etc.). E, ainda,

---

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. HC 104.410/RS. Rel. Gilmar Mendes. DJ 06.03.2012.

há critérios negativos: nem o moralismo, nem o perfeccionismo, nem o paternalismo coercitivo direto nem a periculosidade são razões suficientes para a criminalização primária.

Em relação ao *paternalismo penal*, os *amici curiae* do grupo da resistência defenderam a ilegitimidade do uso do direito penal e do direito administrativo sancionador, no Estado Democrático de Direito, para regular o porte de drogas para consumo próprio. Ao invés de um *paternalismo coercitivo direto e forte*, parece muito interessante a proposta de Cass Sunstein e Richard Thaler de um *paternalismo libertário*, com o uso de *nudges*, de modo a empurrar, sem coação e sem manipulação das informações, os usuários e adictos para uma concepção de *vida boa*, que respeite a liberdade e a igualdade, como complemento de outras políticas de redução de danos, como já se faz, *aproximadamente*, no Brasil, nos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), que acolhe as pessoas e seus familiares, “*para a identificação das necessidades assistenciais, alívio do sofrimento e planejamento de intervenções medicamentosas e terapêuticas, se e quando necessárias, conforme cada caso*”<sup>53</sup>.

Isso se aproxima parcialmente da proposta do *realismo marginal*, da *criminologia cautelara* e do *direito penal humano*, de reformular a *clínica psicológica* em uma “*clínica da vulnerabilidade*” (ZAFFARONI, 1988, p. 24/28; 2012b, p. 503), “*na qual, é claro, os psicólogos têm um amplo campo de ação especializada*” (2018, p. 316), para retirar os criminalizados, os presos, as vítimas, os policiais, os familiares de todos eles (e quem mais na comunidade sofra alguma deterioração pelo sistema penal) do “desvio secundário”, ajudando-os a autoperceberem-se, como pessoa humana capaz de definir e executarem o projeto existencial que quiserem, e a se afastarem do estereótipo e da estigmatização social.

Por fim, as propostas dos *amici curiae*, do grupo da resistência, de reformulação da dogmática jurídico-penal (direito penal e processo penal), convergem com a proposta de Eugenio Raúl Zaffaroni de uma dogmática jurídico-penal *unfinished*, na perspectiva redutora de danos, adaptando-se à operacionalidade real do sistema penal, a exemplo da proposta de *inversão do ônus de prova* para a acusação, a fim de que demonstre a *finalidade de traficância* quando o indivíduo for flagrado pelo porte de droga; da proposta de realização de

---

<sup>53</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Saúde mental: o que é, doenças, tratamentos e direitos*. Brasília, 2018. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental>. Acesso em 27.10.2018. Os CAPS são unidades que prestam serviços de saúde de caráter aberto e comunitário, por equipe multiprofissional, a pessoas com perturbação à saúde mental e dependentes químicos decorrentes do uso de álcool e outras drogas. São modalidades de CAPS: CAPS I (para menos de 15 mil habitantes), CAPS II (para menos de 70 mil habitantes), CAPS i (para crianças e adolescentes e menos de 70 mil habitantes); CAPS AD (para dependentes de álcool e drogas e menos de 70 mil habitantes), CAPS III (5 vagas para acolhimento noturno e menos de 150 mil habitantes), CAPS AD III (8 a 12 vagas para acolhimento noturno, funcionamento 24h e menos de 150 mil habitantes). Todas essas unidades atendem usuários e dependentes de álcool e outras drogas.

*audiência de custódia* imediatamente à prisão em flagrante, para que a agência judicial possa exercer a *função de contenção da violência seletiva* em detrimento do exercício de poder punitivo das agências do sistema penal, autorizando a continuação do processo de criminalização ou interrompendo-o e colocando em liberdade o indivíduo; e a proposta de fixação de um critério objetivo para orientar a distinção entre traficante e usuário<sup>54</sup>, a fim de diminuir a discricionariedade seletiva da agência policial do sistema penal.

Entretanto, apesar dos *amici curiae*, que defendem a descriminalização do porte de drogas para consumo próprio, não terem tocado no assunto, a maior contribuição da teoria criminológica de Eugenio Raúl Zaffaroni, por ora, para a dogmática jurídico-penal inacabada, foi o desenvolvimento da categoria “*culpabilidade pela vulnerabilidade*”, um elemento negativo à “*culpabilidade pelo injusto penal*”, no âmbito do juízo de reprovação social, necessário para a decisão judicial sobre a prática, ou não, do crime. Essa categoria pode muito bem ser aplicada, *de lege lata*, pelos juízes e tribunais, como uma *atitude crítica* e em um movimento de “*repersonalização*” e “*re-etização*” da *ciência conjunta do direito penal*.

Em arremate, depois dessa *pesquisa empírica no Direito* e diante dos resultados que encontrei, *posiciono-me pela descriminalização do porte de drogas para consumo próprio em relação a todas as drogas*, e não só a maconha, por coerência argumentativa, no sentido específico de que não é legítima a intervenção do direito penal e do direito administrativo sancionador, em relação a essa conduta, sob a égide do Estado Democrático de Direito. E a intervenção do direito civil, em relação aos usuários e adictos, deve respeitar a autonomia privada, para que não ocorra um paternalismo estatal coercitivo, mas sim aconteça algo no estilo da *tomada de decisão apoiada* (art. 4º, item 3, Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, de 30.03.2007) e do *consentimento prévio, livre e esclarecido* da pessoa em causa, com base na informação adequada (*informed consent*, art. 6º, da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, de 19.10.2005). Além de ser válido e interessante o uso de *nudges*, com um paternalismo libertário, empurrando-os, sem coação e sem manipulação, para uma concepção de *vida boa*, deferente aos direitos humanos.

---

<sup>54</sup> Predomina atualmente entre os membros da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, instituição que interpôs o RE 635.659/SP-RG, que, se não for fixado um critério objetivo de presunção absoluta em relação à quantidade de drogas, poderá ocorrer um efeito inverso ao esperado e, portanto, já não defendem mais a fixação de um critério objetivo, bem como se for fixado esse critério objetivo apenas para a maconha, em detrimento das demais drogas, conforme nos contou a ilustre Profª. Drª. Beatriz Vargas Ramos Gonçalves de Rezende, especialista no tema, Professora de Direito na UnB, Membro do Grupo Candango de Criminologia (GCCrim – Faculdade de Direito da UnB), uma das fundadoras da Plataforma Brasileira de Política de Drogas (PBPD), no dia 10.08.2018, às 15h00min, na Sala 201, do IDP, em Brasília/DF, por ocasião da qualificação dessa Dissertação, como examinadora externa.

*E sou contra, nesse atual momento histórico, a descriminalização do tráfico de drogas e dos crimes correlatos, como a associação para o tráfico de drogas, primeiro, diante da existência de outra agência de poder, que também deve ser considerada na economia da droga: as facções criminosas. E, segundo, porque, nesse caso, há sim ofensa ao bem jurídico saúde pública, dano a terceiros e à coletividade, extrapola a esfera da autonomia privada e o paternalismo penal é indireto. No entanto, ao invés de uma guerra às drogas, que sempre se mostrou ineficiente e com efeitos negativos, as operações de segurança pública e a repressão penal devem se sofisticar com um melhor sistema de inteligência, ao invés de combate armado, mais violência, mortos e agravamento do encarceramento em massa. Se nada mudar, a situação do sistema penitenciário e as estatísticas de mortos, de ambos os lados, nesse confronto armado poderá se tornar insustentável. Eu sei que a manutenção da criminalização do tráfico é uma variável importante na economia da droga, isto é, a proibição aumenta o lucro dos traficantes. Entretanto, o Estado precisará regular a produção e a distribuição dessas drogas aos consumidores, a fim de desestimular que procurem o tráfico ilícito e, como medida de redução de danos, procurem o Estado e entidades autorizadas, onde encontrarão nudges, orientações, controle de qualidade, vigilância sanitária e uma clínica de vulnerabilidade.*

## REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. **Presidencialismo de Coalizão: o dilema institucional brasileiro**. Revista de Ciências Sociais. Vol. 31, N. 1. Rio de Janeiro: 1988, p. 05/34.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- AMBOS, Kai. **Pena sem soberano? Ius puniendi e função do direito penal internacional: dois estudos para uma teoria coerente do direito penal internacional**. Trad.: Eneas Romero de Vasconcelos, Gustavo Badaró e Juliana Magalhães Jeuken. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2014.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da libertação**. Vol. 10 da Coleção Pensamentos Criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. **Manual de Criminologia Sociopolítica**. Tradução de Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- ARAÚJO, Tarso. **Almanaque das drogas: um guia informal para o debate racional**. 2ª ed. São Paulo: LeYa, 2014.
- BARATTA, Alessandro. *La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 29, São Paulo: RT, 2000, p. 27/52.
- BARDIN, Laurence. **Análise de Conteúdo**. Tradução: Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. Lisboa, Portugal: Persona, Edições 70, 1979 (*L'analyse de contenu. Presses Universitaires de France*, 1977).
- BARRETTO, Tobias. **Menores e Loucos e Fundamento do Direito de Punir**. Obras completas. Direito. Vol. V. Edição do Estado de Sergipe: Aracajú, 1926.
- BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015a.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fácies. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 2003.

- BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015b.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Atas das reuniões da Comissão de Juristas instituída para atualizar a Lei 11.343/06**. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-lei-de-entorpecentes/conheca-a-comissao/historico-de-reunioes>. Acesso em 27.10.2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Ato do Presidente de 21/06/2018**. Rodrigo Maia. Brasília, 2018. Disponível em [http://www2.camara.leg.br/legin/int/atoprt\\_sn/2018/atodopresidente-57870-21-junho-2018-786886-publicacaooriginal-155895-cd-presi.html](http://www2.camara.leg.br/legin/int/atoprt_sn/2018/atodopresidente-57870-21-junho-2018-786886-publicacaooriginal-155895-cd-presi.html). Acesso em 27.10.2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Plano de Trabalho da Comissão de Juristas instituída para atualizar a Lei 11.343/06**. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-lei-de-entorpecentes/documentos/outros-documentos/AGENDADETRABALHOS\\_atualizada2.pdf](http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/55a-legislatura/comissao-de-juristas-lei-de-entorpecentes/documentos/outros-documentos/AGENDADETRABALHOS_atualizada2.pdf). Acesso em 27.10.2018.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Nota oficial em relação à matéria publicada na edição deste sábado na Folha de São Paulo sob o título “Governo Temer engaveta pesquisa sobre uso de drogas que custou R\$ 7 milhões”**. Brasília, 15.09.2018. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1537031213.27>. Acesso em 27.10.2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde mental: o que é, doenças, tratamentos e direitos**. Brasília, 2018. Disponível: <https://soundcloud.com/ministeriodasaude/acolhimento-comunidades-terapeuticas-ampliam-atendimento-a-dependentes-quimicos>. Acesso em 27.10.2018.
- BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde mental: o que é, doenças, tratamentos e direitos**. Brasília, 2018. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental>. Acesso em 27.10.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE 635.659/SP-RG, Rel. Min. Gilmar

Mendes. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em 10.01.2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.** Almedina: Coimbra, 2006.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CONLY, Sarah. *Against Autonomy: Justifying Coercive Paternalism.* Cambridge University Press, 2013.

CONSTANT, Benjamin. **A liberdade dos antigos comparada à dos modernos.** Org. e Trad.: Emerson Garcia. In: Coleção Clássicos do Direito. Vol. 3. São Paulo: Atlas, 2015 (1819).

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história.** Rio de Janeiro: Revan, 2018.

DIJK, Teun Adrianus van. **Discurso e poder.** Organização: Judith Hoffnagel e Karina Falcone. 2ªed. São Paulo: Contexto, 2017.

DWORKIN, Gerald. *The Theory and practice of autonomy.* Cambridge University Press, 1988.

DWORKIN, Ronald. *A new Philosophy for International Law.* Philosophy & Public Affairs, 41, 2013, p. 2-30.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2014 (1986).

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2005 (1985).

ELIAS, Norbert. **Os estabelecidos e os outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade.** Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

ESTELLITA, Heloísa. **Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso ordenamento positivo.** In: *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. LVI., fasc. 227. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, jul-set./2007.

FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 1, Harm to Others.* New York: Oxford University Press, 1984. *Ebook.*

- FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 2, Offense to Others*. New York: Oxford University Press, 1985. *Ebook*.
- FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 3, Harm to Self*. New York: Oxford University Press, 1986. *Ebook*.
- FEINBERG, Joel. *The Moral Limits of the Criminal Law. Vol. 4, Harmless Wrongdoing*. New York: Oxford University Press, 1988. *Ebook*.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer Sica e outros. 4ª ed. São Paulo: RT, 2014.
- FERREIRA, Carolina Costa. **A criminologia crítica e suas crises: entre sujeitos, objetos, caminhos e outras definições**. Revista Transgressões: Ciências Criminais em Debate.
- FERREIRA, Carolina Costa. **Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica**. Revista de Criminologias e Políticas Criminais, v.2, n.2, Curitiba: jul/dez, 2016, p. 171/192.
- Folha de São Paulo. **Governo Temer engaveta pesquisa sobre uso de drogas que custou R\$ 7 milhões**. Publicada no dia 15.09.2018. Disponível em: <https://folha.com/7wsn9ktd>. Acesso em 27.10.2018.
- FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso** (aula inaugural no *Collège de France*, pronunciada em 2 de dezembro de 1970). Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 24 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução e organização de Roberto Machado. 6ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 42ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2014.
- GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- Globo. **Ex-ministro de Temer, Osmar Terra é anunciado para Ministério da Cidadania**. Publicada em 28.11.2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2018/11/28/ex-ministro-de-temer-osmar-terra-e-escolhido-para-ministerio-da-cidadania-e-acao-social.ghtml>. Acesso em 28.11.2018.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: *LumenJuris*, 2011.

GRECO, Luís. **Posse de drogas, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo**. In: *Revista brasileira de ciências criminais*, ano 18, n. 87. São Paulo: RT, nov-dez/2010.

GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Orgs. e Trad.). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

GROWROOM. **Voto do Ministro Luís Roberto Barroso – STF – Descriminalização**.

Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=z8LhuORvmko>. Acesso em 23.06.2018.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo**. Vol. 2. Sobre a crítica da razão funcionalista. Trad.: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HART, Herbert. L. A. **Law, liberty and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I. 15ª ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petropolis/RJ: Vozes, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte II. 13ª ed. Tradução: Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petropolis/RJ: Vozes, 2005.

MACEDO, Stephen. **Liberal virtues: citizenship, virtue and community in liberal constitutionalism**. Oxford: Clarendon Press, 1990.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: *LiberArs*, 2015.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. In: *Novos estudos CEBRAP*, n. 58, novembro de 2000, pp. 183-202.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MILL, John Stuart. **Sobre liberdade**. Trad.: Alberto da Rocha Barros. 2ª ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1991 (1859).

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NUNES, Laura M.; TRINDADE, Jorge. **Crimes e drogas: relações psicológicas comportamentais**. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2016.

- OLMO, Rosa del. **A América latina e sua criminologia**. Vol. 9, da Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- OLMO, Rosa del. **A face oculta da droga**. Tradução: Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2013.
- RAMIRES, Maurício. **Diálogo Judicial Internacional. O uso da jurisprudência estrangeira pela justiça constitucional**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2016.
- RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. Trad.: Henrique Blecher e Leonardo Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011 (1986).
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e Trad.: André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estrutura de la teoría del delito**. Tradução da 2ª edição alemã e notas: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid, España: Editorial Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. **Novos estudos de direito penal**. Org.: Alaor Leite. Trad.: Luís Greco (et al. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Os tribunais e as nova tecnologias de comunicação e informação**, 2005.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SARMENTO, Daniel. **O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões**. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes (Coords.). *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 93/137.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O método do direito penal sob uma perspectiva interdisciplinar**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.
- SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito Penal, racionalidade e dogmática: sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional**. Coordenação e tradução: Adriano Teixeira. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

- SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Coord.: Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SEN, AMARTYA. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2ª ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2011.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. *A typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review. Vol. 29, n. 99, Richmond, 1994.
- STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity*. New York: H. Holton and Company, 1873.
- STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.
- SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H.. *Libertarian Paternalism is not an Oxymoron*. University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper n. 43, May 2003.
- SUNSTEIN, Cass. *A Constitutional many minds: Why the Founding Document Doesn't Mean What It Meant Before*. New Jersey, United States: Princeton University Press, 2009.
- SUNSTEIN, Cass. *Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism*. Yale Law School, 2014 (ebook).
- SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*. New Haven: Yale University Press, 2008 (ebook).
- TAVARES, Juarez. **Fundamentos de Teoria do Delito**. Com Prefácio de Eugenio Raúl Zaffaroni. 1ª ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- TUSHNET, Mark. *The Inevitable Globalisation of Constitutional Law*. In: MULLER, Sam & RICHARDS, Sidney (ed.). *Highest Courts and Globalization*. The Hague: Hague Academic Press, 2010.
- VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 2ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *¿Derecho penal humano o inhumano?* In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Año IV. N. 08. Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters La Ley, Setiembre, 2014, p. 03/15.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Tradução: Sérgio Lamarão; Coordenação: Alice Bianchini e Luis Flávio Gomes. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012b.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología: aproximación desde una margem**. Vol. I. Bogotá, Colômbia: Temis S.A., 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Derecho penal humano y poder en el siglo XXI**. Instituto de Esdio e Investigación (INEJ): Managua, Nicaragua, 2016, 124p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Direito Penal humano ou Inumado? Ensaio Introdutório**. In: Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Ano 3, N. 6. Assunção, Paraguai: Agosto, 2015b, p. 27-47.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Tradução de Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012a.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **La Criminología como curso**. In: *En torno de la cuestión penal*. Col. *Maestros del Derecho Penal* n. 18. Montevideo - Buenos Aires: *B de F*, Julio César Faira Editor, 2005, p. 1/39.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11ª ed. São Paulo: RT, 2015.

Decisões judiciais nacionais e estrangeiras consultadas e citadas:

**Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina:**

<https://www.csjn.gov.ar/>

*Fallo Ariel Omar Colavini*, 300:254, em 28.03.1978;

*Fallo Gustavo Mario Basterria y Alejandro Carlos Capalbo*, 308:1392, em 29.08.1986;

*Fallo Ernesto Alfredo Montalvo*, M. 114, XXIII, 313:1333, em 11.12.1990;

*Fallo Sebastián Eduardo Arriola y otros*, n. 9080, A. 891, XLIV, em 25.08.2009.

**Corte Constitucional da República de Colômbia:**

<http://www.corteconstitucional.gov.co/>

Sentencia C-221, de 05.05.1994;

Sentencia C-574, de 22.07.2011;

Sentencia C-882, de 23.11.2011;

Sentencia C-387, de 25.06.2014.

***Tribunal Constitucional Federal da Alemanha:***

[https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage\\_node.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Homepage/homepage_node.html)

*BVerfGE* 7, 377, 1958;

*BVerfGE* 50, 290, 1978;

*BVerfGE* 90, 145, 1994.

***Tribunal Constitucional de España:***

<https://www.tribunalconstitucional.es/en/Paginas/default.aspx>

SSTS de 16.07.1994, de 05.02.1996 e de 23.02.2011;

*Recurso de Inconstitucionalidade n. 1534/2015*, em 07.10.2015.

***Supremo Tribunal Federal, no Brasil:***

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. **HC 104.410/RS**. Rel. Gilmar Mendes. DJ 06.03.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADI 4277 e ADPF 132**. Rel. Ayres Britto. DJ 05.05.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **ADPF 186**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. DJ 24.04.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HC 104.339/SP**. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 10.05.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **HC 97.256/RS**. Rel. Min. Ayres Britto. DJ 01.09.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 583.523/RS**, Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 03.10.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659/SP**, Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF. **Voto do Relator Min. Gilmar Mendes**, de 20.08.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em 23.06.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659/SP**, Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF. **Voto-vista do Min. Edson Fachin**, de 10.09.2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659EF.pdf>. Acesso em 23.06.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659/SP**, Rel. Min. Gilmar Mendes. Brasília/DF. **Anotações para o Voto oral do Min. Roberto Barroso, de**

**19.09.2015.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-anotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>; e também em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=299756>. Acesso 23.06.2018.

Vídeos no *Youtube* das sustentações orais dos *amici curiae* no Plenário do STF, RE 635.659/SP-RG, no dia 19.08.2015:

<https://www.youtube.com/watch?v=99jKFGIzDFQ> (parte 1). Acesso em 17.09.2018.

<https://www.youtube.com/watch?v=g0KxhBDl6k> (parte 2). Acesso em 17.09.2018.

Dados estatísticos:

**INFOPEN Atualização – Junho de 2016. Levantamento nacional de informações penitenciárias.** Organização, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa e outros. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

**INFOPEN Mulheres – 2ª edição. Levantamento nacional de informações penitenciárias. Organização,** Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa e outros. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2018.

**Atlas da Violência 2018.** IPEA e Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Coordenador: Daniel Cerqueira (IPEA). Pesquisadores: Renato Sérgio de Lima (FBSP e FGV) e outros. Rio de Janeiro, 2018.

**ANEXO A – Transcrição das sustentações orais no STF, RE 635.659/SP-RG****Recorrente**

1. **Defensoria Pública de São Paulo** (Rafael Ramia Muneratti): (...) é sempre uma grande honra ocupar a tribuna desse Supremo Tribunal, em favor dos mais carentes e dos mais desfavorecidos, principalmente, para cumprir essa tarefa absolutamente desafiante, que é sustentar a inconstitucionalidade do crime de uso de entorpecentes para consumo pessoal. E ontem a noite, enquanto aguardava ansiosamente o julgamento de hoje, tentando diminuir um pouco essa ansiedade, eu resolvi ouvir um pouco de música. E uma das músicas que escutei, de modo aleatório, foi uma música que costumava escutar muito quando era garoto, ainda em discos de vinil, colocados pelo meu pai na vitrola, que se chama *Lucy In The Sky With Diamonds*, escrita por John Lennon e gravada pelos Beatles. Uma música que cresci escutando e aprendi a gostar e só mais tarde, é verdade, fui entender o seu significado, toda a sua mística, todo o seu psicodelismo e também a junção das suas iniciais, que formam a sigla LSD. E assim como essa canção, até os dias de hoje, tantas outras obras artísticas e geniais foram produzidas na década de 60, década que lamentavelmente eu não tive a oportunidade de vivenciar, mas em um tempo em que não existia, em seu total vigor, a política chamada de guerra às drogas, quando, levada ao extremo, se torna irracional. E o assunto drogas, desde então, principalmente a partir das décadas 70 e 80, tornou-se um tema tabu, porque não podia ser discutido, sem gerar preconceitos e desconfianças, principalmente quando era manifestada uma opinião contrária aos ditames da dita guerra às drogas. Na maioria das vezes um tema, que era discutido mais com a paixão do que com a razão, mais com a emoção do que com a técnica, aspectos normalmente ressaltados em ambientes extrajurídicos, onde os argumentos emotivos e ideológicos e até mesmo apocalípticos se sobressai aos argumentos técnicos. Por isso, nós entendemos que não há local mais adequado, do que essa Suprema Corte, para discutir o tema aqui em questão. Um tribunal guardião da Constituição, dos direitos e garantias fundamentais, inclusive das minorias. O tribunal acostumado a enfrentar com coragem e a decidir com sabedoria tantos outros temas delicados como o de hoje. E já adianto que todos os dados que vou utilizar são dados estatísticos, dados científicos, são dados documentados, que estão no processo ou estão nos memoriais, entregue por nós, a Vossas Excelências, e pelos *amici curiae*. E já adianto isso porque talvez eu não consiga indicar todas as fontes, já que o tempo dessa tribuna costuma parecer passar mais rápido. O ato de consumir entorpecentes acompanha a humanidade desde a sua origem e que demanda, podemos assim dizer, gerenciamento. É certo também que pode ser um ato inerente à espécie humana, não

parece sensato buscar a solução ou o gerenciado de danos através da incidência do direito penal, da proibição, da repressão. Experiências proibitivas trágicas já ocorreram no passado, como, por exemplo, na Lei seca norte-americana e, mesmo nos dias atuais, com essa política de guerra às drogas, que criou mais mazelas e desigualdades, principalmente nos países mais pobres, os países produtores, do que protegeu o mundo das substâncias entorpecentes. Não é a toa que alguns estados norte-americanos, que deram início a essa guerra inglória, hoje começam um movimento contrário de buscar formas alternativas e mais efetivas de controle de danos e gerenciamento no uso de entorpecentes. Movimento esse que também é seguido por países europeus, como p. ex. Espanha, Portugal, Holanda, Itália, e, mesmo países vizinhos ao nosso e com realidades mais próximas, quase todos os países sulamericanos, como Colômbia, Chile, Bolívia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai e Argentina. Destaco o caso argentino (e, por acaso, temos hoje estudantes argentinos aqui), porque a decisão pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de entorpecentes foi tomada pela Suprema Corte daquele país. Uma decisão histórica. Também sob o argumento da violação da intimidade. Uma decisão histórica como a que hoje nós buscamos aqui em nosso Tribunal Constitucional. E não se tem notícias, já que essa decisão da Corte argentina foi tomada em agosto de 2009 e, nesse mês, já faz seis anos, não se tem notícias que a Argentina tenha se tornado um país de drogados ou que tenha havia convulsão social pela descriminalização do uso de entorpecentes ou mesmo que tenha havido movimentos migratórios de outros países para o consumo de drogas naquele país. Dados do Observatório de Drogas argentino, em relatório de 2014, mostram que apenas 3,4% da população daquele país fez uso de algum tipo de droga ilícita no ano de 2014; e, mais significativo ainda, após a decisão daquele país, afastando o crime de uso por ser inconstitucional, os índices de consumo baixaram. Em 2008, o índice de pessoas que provaram pelo menos uma vez na vida a maconha era de 9,7% e passou para 9,1% em 2010. Assim como ocorreu com a cocaína, depois da citada decisão. A busca de alternativas, fora do sistema repressivo, é uma tendência mundial. O próprio sistema da ONU, através do seu escritório sobre drogas, em seu relatório do ano passado, de 2014, afirmou que via como positivas todas as experiências de países que descriminalizaram ou despenalizaram o uso de entorpecentes. De qualquer modo, esses países, que adotaram medidas alternativas, adotaram medidas adaptadas aos seus contextos e realidades sociais, como nós deveremos fazer em nosso caso. Mas, sem exceção, todos esses países têm um pouco em comum, que é o tratamento do usuário e do uso de entorpecentes fora no âmbito do sistema policial, fora do âmbito do sistema repressivo, mas sim voltado para o sistema de tratamento da saúde, para o sistema de educação e para o sistema de assistência social. O

usuário não é mais visto como um criminoso. Acaba-se com o hipócrita argumento de que a proibição protege o usuário ou o futuro usuário. Nem um nem outro. Proteger usuário de substâncias entorpecentes não é condená-lo nem puni-lo nem abandona-lo a própria sorte. Não há no tratamento punitivo nenhum efeito bom seja para a sociedade seja para o indivíduo. Pelo contrário, o tratamento penal nos parece uma efetiva fuga de responsabilidade do Estado, que, em vez de educar, tratar a saúde de futuros e potenciais usuários, tarefa mais árdua é verdade, escolhe o caminho mais fácil, da punição, do discurso punitivo. É pior, dando a falsa garantia para a sociedade de que apenas a proibição, a repressão, afastará os nossos filhos das drogas. Discurso de fácil aceitação, mas falso e até mesmo irresponsável. O tratamento punitivo manda o usuário diretamente para a polícia e para o judiciário, tomando tempo, trabalho e gerando gastos. A porta de entrada do usuário e, principalmente, do dependente, que entendemos ser a situação mais complicada, é o sistema policial, é o sistema penal. Ao contrário, o encaminhamento desses usuários dependentes para unidades de atendimento social, unidades de saúde e educativos específicos para o tratamento da dependência, trouxe nos países que o adotaram como Portugal resultados muito mais expressivos. E aqui nós alteramos o paradigma, alteramos a lógica. A porta de entrada para o delinquente não deve mais ser a repressão, não ser mais a polícia, mas deve ser sim alguém que vai lhe auxiliar, alguém que vai lhe conduzir, na tentativa de resolver o seu problema. Não há justificativa para o uso do direito penal no tema uso de entorpecentes. Segundo o relatório da ONU sobre drogas, de 2014, pesquisas científicas demonstram que o tratamento efetivo da dependência controla o consumo, reduz o envolvimento em crimes e muda comportamentos, melhorando o convívio familiar e social. A atuação do direito penal deve ser reservada para situações de efetivo potencial lesivo a bens jurídicos tutelados, conforme determina a doutrina do direito penal mínimo, amplamente adotada por essa Suprema Corte. O direito penal não deve jamais entrar na esfera da intimidade e da privacidade do ser humano, na esfera inviolável de suas liberdades individuais. E é disso que se trata, da proteção das liberdades individuais. Assim para que não haja a intervenção do Estado da esfera da intimidade, em clara violação ao art. 5º, X, da Constituição Federal, a atuação do Estado deve se restringir tão somente a aspectos regulatórios, como, por exemplo, já ocorre com o álcool, a nicotina, o cigarro. E nós já convivemos com essa realidade, tentando minimizar os danos, e convivemos com sucesso. O Brasil é o maior exemplo de país que conseguiu a diminuição do uso de cigarro em todo o mundo e com total ausência de intervenção do direito penal nós conseguimos isso. Já a dependência, por si só, é um sofrimento indesejado, exige auxílio e o dependente não merece ainda o estigma do criminoso e a sujeição de sanções penais. Ao contrário, sem esse estigma

do criminoso, ele passa a buscar mais o atendimento, ele passa sim a buscar a solução do seu problema, sem o medo de ser repreendido penalmente ou mesmo sofrer sanções administrativas. É certo que o direito penal, nesse aspecto, também se mostra em total descompasso com o princípio da proporcionalidade. A despenalização do uso de entorpecentes que ocorreu em 2006 sim foi uma evolução no tratamento do tema, mas graves efeitos penais ainda cercam o usuário. Dou um exemplo: recentemente, recebi a intimação do Superior Tribunal de Justiça, mantendo a condenação de um indivíduo por 5 anos e 10 meses por tráfico de entorpecentes, porque ele era reincidente exatamente por uso de entorpecentes. Ou seja, a condenação anterior por uso de entorpecentes custou a esse indivíduo quatro anos a mais de pena na sua condenação. E o pior, o levou direto ao sistema, porque o regime foi o fechado. Se não fosse essa condenação por uso de entorpecentes, teria pego uma pena de 1 ano e 8 meses, porque era um tráfico muito pequeno de 50g de maconha e, provavelmente, estaria em regime aberto. É preciso avançar, buscar alternativas fora da repressão penal, mais efetivas, mais humanas. Em todos os países, que buscaram alternativas mais inteligentes e adequadas para o tema, os índices de consumo baixaram ou mantiveram-se estáveis, um pouco a mais ou um pouco a menos, a depender do momento, mas, em nenhum lugar, houve explosão de consumo. O argumento da exploração de consumo e explosão do tráfico não se sustenta em dados fáticos. Já citamos a Argentina. E Portugal tem os índices mais baixos do que o geral da União Europeia. Com 9,4% na maconha, contra 23,3% da União Europeia, e 1,2% da cocaína, contra 4,6% no geral da União Europeia. No que se refere ao tráfico – e aqui cito o relatório da ONU sobre drogas de 2015, desse ano –, mencionou que as medidas adotadas nos estados do Colorado e de *Washington State*, que envolvem a descriminalização do uso e também a regulamentação do mercado, podem causar aos cartéis de drogas prejuízo na casa de US\$ 3 bilhões de dólares e diminuir de 20 a 30% o lucro desses cartéis. Fato que evidentemente enfraquece e diminui o tráfico. Mas, é preciso ir além, com a definição de critérios objetivos, que norteiem as instâncias inferiores no que vem a ser o uso de entorpecentes. Cabe sim a essa Corte indicar parâmetros e indicar direcionamentos, seja através de teses, jurisprudência ou modulação de efeitos, uma vez reconhecida a inconstitucionalidade apontada. Critérios qualitativos e quantitativos, que diferenciem o usuário do traficante, nessas quatro condutas, adquirir, transportar, ter em depósito e trazer consigo, que são idênticas nos arts. 28 e 33. Ou seja, é exatamente aí que precisa entrar a jurisprudência, que precisa entrar a indicação da Corte para haver essa diferenciação. Esses critérios são uma questão de segurança jurídica. Não pode ficar no campo amplo da discricionariedade, que sempre gera injustiças e abusos. O cidadão deve ter segurança jurídica

que não será prendido pelo tempo que for, se for apenas usuário de entorpecentes. Também não é ilusório o argumento de que o tráfico aumentará, de que o traficante sairá, sabendo dos critérios objetivos, venderá um pouquinho por dia. O tráfico tem a dimensão que tem, porque, comercialmente, ele é valioso, ele é lucrativo. Não é crível de pensar que alguém sairá para vender um pouquinho de droga possível. Isso vai contra essa lógica de mercado, vai contra o lucro. Também não é verdade imaginar que o traficante ficará indo e voltando, *ping pong*, é não acreditar na nossa polícia que tem condições de investigar e de prender esse dito traficante *ping pong*. Caso não seja, nesse momento, estabelecido um critério qualitativo e quantitativo, é possível delegarmos isso a instâncias mais técnicas, como o Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Drogas e eventualmente o Ministério da Saúde. Temos a convicção de que o gerenciamento das drogas passa completamente a margem do direito penal. Cito, para encerrar, Winfried Hassemer, juiz da Corte Constitucional alemã, falecido no ano passado, cujo entendimento resume bem o que foi aqui defendido, diz Hassemer: ‘o direito penal das drogas é a tentativa até aqui fracassada de resolver o problema das drogas mediante o emprego intensivo de recursos econômicos ou jurídicos, é preciso o desenvolvimento da redução do moralismo e a revogação fática do direito penal das drogas, assim o afetado é ajudado, sem que danos sejam adicionados a todos nós, a descriminalização é um desses passos, pelos dados empíricos vistos, um passo essencial’.

### **Recorrido**

2. **Ministério Público de São Paulo** (Márcio Fernando Elias Rosa): (...) o Ministério Público do Estado de São Paulo ocupa essa tribuna para postular em contrariedade às teses, em especial, a suposta inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06. Debate-se, como visto, a descriminalização ou não das condutas previstas no art. 28 daquela lei. Essa é a causa determinante da repercussão, por suposta violação ao art. 5º, X, da Constituição da República. Temos, no entanto, que o preceito secundário contido na norma nacional não desafia a Constituição da República, antes disso amolda-se ao que está estatuído ou decorre do sistema constitucional. Por isso, respeitosamente, o recurso deve ser desprovido. A lei nacional 11.343/06, ao idealizar um sistema de políticas públicas sobre drogas, elegeu, como anuncia logo em seus dispositivos inaugurais, como diretrizes à prevenção do uso de drogas e à proteção dos usuários, vertidas essas diretrizes, a partir do reconhecimento de que o uso indevido de substâncias ilícitas, é fator de interferência na qualidade de vida pessoal e também na qualidade da vida social. A norma significou um avanço quando comparada com a legislação até então existente, a Lei 6.368/73. A lei nacional não se ocupa em recriminar sob

o aspecto penal o uso, que sequer constitui fato punível, mas manteve a reprovação da conduta antes descrita no art. 16 da lei revogada, prescrevendo, no entanto, a aplicabilidade de medidas restritivas de direito, em substituição a qualquer medida privativa de liberdade. No regime atual, sequer é admissível a prisão em flagrante em razão de trazer consigo para uso próprio substância entorpecente ou psicoativa. O que era apenado antes com medidas de detenção passou a ser reprovado com medidas de outra natureza, claramente de cunho protetivo. A lei estabeleceu também um tratamento jurídico díspar para o usuário, o usuário dependente e para o autor do crime mais grave, o tráfico de drogas, a indicar que o legislador tomou em consideração a distinção óbvia que existe entre os três. Assim ocorreu à posse de substância psicoativa para consumo próprio a despenalização, como aludiu o Min. Sepúlveda Pertence, ainda em 2007, nesta Corte. Esse sistema elege claramente a saúde do usuário, do dependente e a saúde pública como bens jurídicos a merecerem proteção jurídica, ainda que forma mediata proteja outros bens jurídico-penais. São bens jurídicos de natureza difusa, de sujeitos múltiplos, a saúde pública, o direito à vida, à integridade física, à segurança. À luz do que vem sendo deliberado por essa Excelsa Corte Constitucional, e sem dissenso, trata-se de uma infração de mera conduta, de perigo abstrato, e a eventual condenação em processo penal não traz consigo os efeitos usuais da sentença penal condenatória e, diga-se, em relação do usuário dependente, à luz do que dispõe a lei, a sentença, em verdade, penal condenatória é imprópria, não se sujeitando ele a outras medidas senão a medidas preventivas. O legislador adotou assim por uma solução preventiva acautelatória e também motivadora e todas são próprias do direito penal. O art. 28 tem a pretensão de impedir o uso de drogas ilícitas porque incide presunção de lesividade e quer incentivar o homem a agir de modo diverso, dados os reflexos negativos facilmente antevistos. É a função de prevenção geral positiva, que também deve exercer o direito penal. A infração de perigo abstrato, permitam-me reforçar, tem essas características, antecipa a reprovação de conduta, porque o perigo ou o dano são indissociáveis. É o que se passa, por exemplo, com o porte ilegal de arma de fogo ou de munição para uso próprio, ainda que na residência do portador. Consumir drogas sempre causa danos e, se ilícita, então, o dano pode ser irreversível. Nem mesmo o princípio da insignificância seria aplicado à luz dos precedentes e de muitos, independentemente da quantidade da droga, porque jamais estarão presentes desvalia da conduta, a mínima ofensividade ou a ausência de perigo social. Há sempre perigo social na subsunção da conduta na norma do art. 28. Temos assim que a infração penal da Lei 11.343/06 não afronta a razoabilidade e a proporcionalidade, acha-se amoldada ao que admite a Constituição, o que denota a adequação aos resultados que pretende alcançar, ao prejuízo que quer evitar e sem se

constituir desmedida forma de intervenção estatal na esfera da intimidade ou da vida privada. Não há prisão ordenada para a conduta de porte para consumo próprio. O consumo não é fato punível. A infração de menor potencial ofensivo admite transação penal. E as medidas têm cunho protetivo, são restritivas de direito. A partir disso, nos parece fundamental, a norma surge como uma decorrência lógica, de um imperativo ético imposto a todos, mas, sobretudo ao Estado, o de refrear o tráfico de drogas e de atuar como instância promotora de estabilidade social. A droga alimenta a violência, modifica comportamentos, financia organizações criminosas, induz a prática de crimes contra o patrimônio e contra a vida, a dependência desnatura o homem e compromete a sua dignidade. Pode atuar como energia para a criminalidade. Pode ser fator desencadeador de violência. E excetuadas as hipóteses indicadas pela medicina, a droga amadoristicamente consumida não possui função terapêutica. No caso dos autos, por exemplo, a apreensão ocorreu no interior de um estabelecimento prisional. A droga nesse ambiente é fator óbvio de instabilidade, como seria também em unidade de atendimento a crianças e a adolescentes. Sendo um fator de instabilidade e de vulnerabilidade pessoal, cabe ao Estado intervir, respeitado evidentemente os limites da Constituição, vertidos sempre da dignidade da pessoa humana. A regra legal cuja constitucionalidade é questionada guarda relação direta com a necessidade de repressão, de um lado, do tráfico de lado, e do asseguramento da dignidade da pessoa humana. Trazer consigo para uso próprio droga ilegal é conseqüente lógico da aquisição ou da submissão ao tráfico. A aquisição no Brasil só se dá para fornecimento a terceiros, isso é tráfico, ou para consumo próprio, o que também alimenta o tráfico. Ninguém traz consigo drogas senão para fornecer a terceiros ou para consumir. Tem pertinência então o mandado de criminalização expresso no art. 5º, XLIII, da Constituição da República, que impõe o dever do Estado brasileiro de reprimir ou coibir o tráfico e o faz com uma eloquência invejável. O crime é inafiançável, insuscetível de graça e anistia, e o legislador o classificou ainda como hediondo. Por isso é do sistema constitucional o dever do Estado censurar condutas que possam, se verificadas, induzir ou fomentar o tráfico, como se dá com a aquisição, com o transporte, ainda que para uso próprio, de substâncias psicoativas. Lembrando que a lei assegura ao usuário dependente tratamento jurídico diferenciado. No direito penal, como é usual, a baliza está entre a proibição do excesso ou a proibição da proteção insuficiente ou deficiente, nem pode exceder na resposta nem pode ser leniente com condutas que apresentem resultados ofensivos a bens jurídico-penais. O tráfico no Brasil apresenta índices crescentes. O Estado não se mostra nem mesmo capaz do controle da circulação das chamadas drogas lícitas. Não há de forma estruturada rede de atenção à saúde do usuário dependente. Não há programa efetivo de reinserção social. Seja no plano

normativo ou na perspectiva prática, outro mecanismo de controle estatal ou social apto a refrear o consumo das drogas ilícitas não existe no Brasil. O direito penal aqui, então, atua como a única instância, não apenas a última instância. Não dispõe o sistema brasileiro, o sistema normativo, de outro modo de proteção. Não nos parece possível a translocação ou a desclassificação da infração hoje prevista no art. 28 para ilícito meramente administrativo. Essa pode ser ou vir a ser uma opção do legislador. A expansão do poder de política, com todos os seus atributos e características, no entanto, viria a afastar a atuação jurisdicional, gerando a restrição de direitos ou a imposição de deveres por ação administrativa, sem o controle concomitante do judiciário, a expor ainda mais o cidadão e sem que haja permissivo legal anterior. O legislador, como assegura a Constituição, detém margem de liberdade para as suas valorações, ponderações de valores, e certamente tomou em conta a necessidade de criminalização dessas condutas, que são decorrentes ou associadas ao mais grave, o tráfico de entorpecentes. Fala-se muito no excesso de prisões, em razão de pequenas quantidades apreendidas, e um número absurdo ou injustificado de pessoas presas no sistema prisional, em razão da apreensão de pequenas quantidades, permitam-me trazer a colação dados divulgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, após o início do projeto piloto de audiência de custódia: de cada quatro apreensões em flagrante, por tráfico de entorpecente, após a intervenção do magistrado, da defensoria e do ministério público, em regra, três são mantidas, porque o tráfico varejista, o pequeno comércio, sobretudo, de crack, nos grandes centros urbanos, crack que é vendido em pedras de um pequeno valor comercial, mas de um dano ou periculosidade em si inestimável, constitui uma realidade. O tráfico de entorpecentes realizado em pequenas proporções existe no Brasil, sempre existiu. As condições urbanísticas até favorecem esse tipo de comércio varejista. Não me parece razoável supor que todas as condenações por tráfico em razão de pequenas apreensões tenha incidido em erros judiciais sequenciais, como se não estivéssemos todos os operadores do direito habilitados ao exame das circunstâncias do fato, da conduta do agente, da análise da prova. Tráfico, uso e usuário dependente são três sujeitos beneficiados pelo regime da lei e que recebem um tratamento dispar e, por isso, há a observância da proporcionalidade e da razoabilidade. Fala-se, o discurso liberalizante é muita vez embalado pelo direito comparado, experiências de outros países. Ninguém desconhece a necessidade do Estado brasileiro de avançar na política de atenção às drogas. Espanha, recentemente o Uruguai, os EUA e outros países europeus, como Portugal, podem ter adotado a descriminalização, porém o fizeram em meio a uma política estatal, estabelecendo rede de atenção com enfoque à saúde e para assistência social. Nenhum partiu da descriminalização. A descriminalização pode ser o ponto de chegada, não pode ser o

ponto de partida. Em sendo o ponto de partida, soa como liberalizante do consumo de toda e qualquer droga. Muito se fala no país da liberação de um derivado de uma substância entorpecente, como sabemos, sendo esta norma penal em branco, vinculada a disposições legais ou a regulamentação das autoridades administrativas. Em desaparecendo o tipo penal, não será só esta tão falada substância ou derivado de substância, mas toda droga e, notadamente, o crack, que acabou por se constituir numa triste realidade dos pequenos e grandes centros urbanos. (...)

### ***Custos legis***

3. **Ministério Público Federal** (Rodrigo Janot): (...) gostaria de pontuar que não se trata de discutir o uso de droga, mas estamos falando aqui do porte de droga, esse é o corte que deve ser feito. No que se refere a esta imputação, o bem jurídico tutelado é sem dúvida a saúde pública, com impacto no sistema de saúde pública, que expõe o porte de droga. A conduta de porte de droga traz consigo a possibilidade de propagação, isso é negável, de vício no meio social. O porte de entorpecentes não afeta apenas ao usuário, mas impacta a sociedade como um todo. Gostaria de lembrar – e estou meio perdido aqui, porque fiz várias anotações, para não me perder no discurso –, uma observação de Nora Vorak, que é neurocientista a cargo do Instituto Nacional sobre o Abuso de Drogas nos EUA, o consumo de droga que mais aumenta é estatisticamente comprovado são aquelas que são liberalizadas. O reflexo disso será a formação do exército das formigas. O porte do pouco pode ser legalmente tido como tráfico. Teremos com certeza a institucionalização do exército das formigas. E vamos lembrar que o mercado ilícito de drogas no Brasil é algo que gira em torno de 3,7 bilhões de reais. E essas pessoas, altamente organizadas, certamente não terão muito trabalho para organizar o exercito das formigas. Mas, continuemos. Um dos argumentos do recurso diz respeito à intimidade, da pessoa poder usar essa substância. Vou falar pouco, mas para não tomar uma reprimenda do Min. Gilmar, quem milita com o alemão e confesso que estou aqui com uma tradução em português do famoso caso *Cannabis*, do Tribunal Constitucional Federal alemão, que, na contraposição ao direito à intimidade, o que aquela Corte disse foi simplesmente o seguinte: ‘não existe direito constitucional do cidadão permanecer ou ficar em êxtase’. Importante observar que a Lei 11.343/06 despenalizou o uso. Lembro que estamos tratando aqui do porte. O uso já tem um tratamento terapêutico sanitário dispensado pela lei. O crime que, a meu ver, é fruto de uma política criminal formulada pelo poder próprio, que é o legislativo, é o porte. E muitas vezes a gente se vê envolvido num discurso, que traz sempre essa impressão de que estamos só falando da maconha, como se a maconha não fosse um entorpecente. Volto a Nora

Vorak, dizendo, em estudo técnico, que não há dúvidas quanto à adicção provocada pela maconha. 90% das pessoas expostas se tornam viciadas. Mas, mesmo assim, o argumento da maconha vem sempre como pano de fundo, como substrato, mas o que se está falando aqui é de droga, de pequeno porte de droga. Então, como sendo pequeno porte de droga, nós vamos lembrar do crack, cocaína, heroína, ópio, LSD (como lembrado da tribuna uma música que foi da minha época; eu cantei muito essa música, mas nem por isso eu consumi ou faço apologia do consumo dessa droga sintética) e podemos utilizar em pequenas quantidades. E lembraria aqui também do famoso *rohypnol*, o princípio ativo que é a droga do estupro, que é usado, reusado e reutilizado, para que pessoas se utilizem de mulheres incautas, colocando aquele princípio ativo na bebida e depois gerando os crimes sexuais, que todos nós já conhecemos tanto. E também é muito comum vermos aqui – espero não estar me perdendo – a comparação entre entorpecente, nicotina e álcool, nisso também vivemos um aspecto um pouquinho etéreo, temos que entender um pouquinho o que é isso. Esse mesmo acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão, no que se refere a nicotina, diz lá: ‘o tribunal não viu uma violação do mandamento de igualdade, que é o princípio intimidade e igualdade, aqui invocado, porque o comércio e o consumo de outras substâncias como a nicotina e o álcool não são criminalizados, primeiro, porque na seleção de fatos à qual o legislador liga uma consequência jurídica negativa, ele tem uma ampla margem discricionária. É o judiciário deferente ao legislativo. Valendo aqui somente uma proibição de arbítrio, ou seja, a vedação de uma diferenciação totalmente irracional, e, em segundo lugar, como consequência do primeiro fundamento, o princípio da igualdade não ordena a proibição ou a permissão de quaisquer substâncias nocivas com a mesma intensidade’. E, resumindo aqui, que o acórdão é longo, a comparação com a nicotina é inapropriada, pelo simples fato da nicotina não entorpecer, não levar àquela sensação de prazer ou êxtase capaz de mudar a percepção sensorial, como faz o princípio ativo THC na planta *cannabis sativa*. E, no que se refere ao álcool, esse confronto entre o álcool e o entorpecente, um fato muito simples por nos fazer ter a percepção, a extensão do contexto disso. O álcool pode vir sim a criar dependência química, claro, mas o que causa a dependência química do uso do álcool é o abuso ou o excesso continuado na ingestão de bebida alcóolica. E o que faz a dependência da substância entorpecente? O simples uso e não o abuso ou o uso excessivo da substância entorpecente leva à dependência química. Finalmente, já encerrando, gostaria aqui trazer a consideração jurídico-constitucional, se o Supremo agora entender pela inconstitucionalidade do dispositivo e promover a descriminalização por ofensa a direito fundamental, o que acontecerá no dia seguinte? A partir do momento que se reconheça a inconstitucionalidade por violação a direito

fundamental, o Supremo estará interditando o legislativo de formular política pública apta, levando em consideração todas as circunstâncias do uso de substância entorpecente, a regular a matéria. Eu acho, na visão do Ministério Público Federal, que essa é uma questão típica de política pública, que deve ser definida pelo poder da República apto a isto, que é o parlamento e o judiciário deferente a ele. Para encerrar, gostaria de citar o Professor João Costa Neto, em que analisando situação jurídica, em tese, enquadrável a esse caso, diz ele: ‘devemos fugir de uma sedutora hiperconstitucionalização do direito, quando não houver muita clareza quanto ao quê a Constituição proíbe ou deixa de proibir, discricionariedade epistêmica, do tipo normativo, a dúvida deve favorecer ao legislador. A incerteza cognitiva quanto aos limites da discricionariedade estrutural privilegia a atividade legislativa. Não nos cabe aferir se a decisão do legislador é a mais correta, mais racional ou mais justa, é a fixação típica de uma política pública’. Com essas considerações, o *Parquet* aguarda e espera o desprovimento do recurso.

#### ***Amici curiae* pela inconstitucionalidade (grupo da resistência)**

4. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM** (Cristiano Ávila Maronna): (...) o IBCCRIM, fundado em 1992, tem na defesa do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais um dos seus objetivos estatutários. Essa é a razão pela qual ingressou como *amicus curiae* nesse feito, no qual se discute, em resumo, o papel do direito penal. Segundo a visão do IBCCRIM, no Estado Democrático de Direito, o papel do direito penal deve ser o de *ultima et extrema ratio*. Alberto Silva Franco, o Presidente de Honra do IBCCRIM, tem uma lição importante na qual ele fala do fundamento de legitimidade do poder judiciário. Numa democracia o fundamento de legitimidade do poder judiciário não é a maioria política, mas a intangibilidade dos direitos fundamentais, razão pela qual, mesmo quando a maioria política quer violar direitos fundamentais, é sim papel do Judiciário garantir e assegurar a sua higidez. Portanto, ao julgar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, não estará fazendo nada senão exercendo as suas funções típicas de controle de constitucionalidade. É bom referir que na Argentina e na Colômbia, as Supremas Cortes desses países igualmente se debruçaram sobre esse tema e chegaram a idêntica conclusão, qual seja, a de que o Estado não tem legitimidade para incriminar posse de drogas para consumo pessoal porque isso representa uma ofensa à intimidade. Aliás, na Colômbia, após a primeira decisão reconhecendo a inconstitucionalidade da posse para uso pessoal, o legislativo tornou a incriminar essa conduta e, uma vez mais, a Corte declarou a inconstitucionalidade da posse de droga para consumo pessoal. Serei bem breve e, como Vossas Excelências bem sabem, o direito penal não possui legitimidade para realizar educação moral de pessoas adultas, tratar

adultos como crianças representa um paternalismo penal absolutamente inadmissível. E desvios do padrão de comportamento hegemônico, que não afetam terceiros, não podem ser erigidos à categoria de bem jurídico digno da tutela penal. O professor Nilo Batista tem uma conhecida lição na qual ele diz que ‘o Estado não pode incriminar condutas que não excedam o âmbito do próprio autor’. É exatamente o caso da posse de drogas para consumo pessoal. A despeito de todo o malabarismo, aquilo que eu chamo de salto triplo carpado hermenêutico, para tentar considerar uma conduta que atinge a saúde individual, como o consumo individual, e transformar isso à saúde pública, me parece que a própria lei de drogas tem a resposta. No art. 33, §3º, incrimina-se o consumo por compartilhar, portanto, aquele que porta não pode ser incriminado, mas aquele que compartilha a própria lei penal já apresenta a resposta adequada. É importante dizer também que deixar de incriminar não afetará o consumo. Inclusive, a Plataforma Brasileira de Políticas de Drogas entregou a Vossas Excelências esse dossiê (mostrou na sustentação oral), com base em evidências científicas e se demonstra que em países que houve a descriminalização não houve o aumento do consumo, ao contrário. E, aliás, o próprio caso concreto, no qual um preso foi flagrado com drogas dentro do presídio, mostra que a repressão penal é absolutamente ineficaz. Isso não é apenas no Brasil, na supermax nos EUA isso acontece também. Em todos os lugares as drogas chegam, ou seja, esse modelo repressivo é absolutamente ineficiente. Como foi mencionado pelo ilustre defensor público de São Paulo, o tabaco é o melhor exemplo de uma política de drogas não criminal bem sucedida. Em 1984, 35% aproximadamente da população brasileira fazia uso do tabaco, e, em 2013, menos de 15% usava tabaco. Ou seja, foi possível reduzir o padrão de consumo sem apelar para a lei penal. Aliás, isso também foi manifestado no manifesto de especialistas da área da saúde, que foi publicado essa semana. Professor Dráuzio Varella, Professor Mauro Aranha, do CRM de SP, Jairo Bauer, Professor Gadelha, da Fiocruz, mais de 200 profissionais e professores, defendendo a descriminalização. Essa oportunidade deveria servir também para que pensássemos para além do art. 28. O grande problema da lei de drogas é o art. 33. É preciso uma interpretação conforme a Constituição do art. 33. Como diz o Professor Nucci, quem é flagrado com drogas tem o ônus de provar que não é traficante. Há uma inversão do processo penal acusatório, onde o ônus pertence ao órgão acusatório. No caso da lei de drogas, usuários estão sendo condenados como traficantes, o que viola a ideia do direito penal da culpa, *nullum crimen sine poena sine culpa*. Por fim, o art. 28, §2º, diz que determinar se a droga se destina a consumo pessoal o juiz deve atender, entre outras circunstâncias, a quantidade. A determinação de critérios objetivos é fundamental para reduzir essa discricionariedade excessiva que encarcera usuários como traficantes. E para

essa tarefa me parece muito conveniente que, não apenas a SENAD e o CNJ sejam chamados a participar, mas também a utilização da audiência de custódia, com a atuação integrada das instituições é possível fazer com que a política criminal de drogas evolua. Agradeço a atenção de Vossas Excelências. O IBCCRIM pugna pelo provimento do recurso e pelo reconhecimento da inconstitucionalidade.

**5. Viva Rio e Comissão Brasileira sobre Drogas e Democracia – CBDD** (Pierpaolo Cruz Bottini): (...) como dizia o ilustre Professor Goffredo Telles, ‘deixamos de lado o que não é essencial’. Não se discute aqui a legalidade do uso de drogas. Não se discute aqui a utilização do crack, do LSD. E nem se discute o prejuízo que as drogas fazem à saúde. O que se discute aqui é a legitimidade de se utilizar do direito penal, que é o instrumento mais agressivo e mais violento colocado a disposição do Estado, para punir, para castigar aquele que porta drogas para uso próprio. Ainda que não se trate de prisão, se trata e é prevista uma pena, é prevista a pena da reincidência, é prevista a estigmatização. Por isso, a Viva Rio, entidade que represento, entende que o art. 28 é inconstitucional, em primeiro lugar, por violar o art. 1º, III, da Constituição, que trata da dignidade da pessoa humana. Dignidade que estrutura o nosso sistema. Dignidade que se caracteriza pela liberdade, pela autodeterminação, pelo respeito ao pluralismo e ao mundo da vida de cada um. Isso significa que o direito penal só pode atuar quando alguém extrapola essa dignidade, quando alguém afeta o mundo da vida de outro, de forma que é estranho ao direito penal qualquer ato praticado dentro da esfera da intimidade, dentro da esfera de privacidade. É o que garante que o direito penal e ao direito administrativo sancionador não interfiram na opção sexual, não interfiram na opção religiosa e não interfiram sequer no direito de autolesão. Lembrando que o direito penal pune o incentivo e a colaboração à autolesão, mas jamais a autolesão em si, porque isso faz parte da dignidade humana. Como disse o eminente Professor alemão Claus Roxin, muito citado por essa Corte, ‘impedir que as pessoas se despojem da própria dignidade não é um problema do direito penal, mesmo que se quisesse, por exemplo, considerar o suicídio um direito à própria dignidade – o que o autor discorda – esse argumento não poderia ser trazido para fundamentar a punibilidade do suicídio tentado’. É nesse contexto que se discute o uso de drogas, é um comportamento que se encontra dentro da esfera de privacidade, e que não afeta o mundo de vida alheio, o que não impede, senhor Procurador, que o Estado defina uma série de comportamentos ou condutas para impedir ou para inibir o consumo de drogas, como, por exemplo, a criminalização do tráfico, como por exemplo, uma ação de orientação, uma ação pedagógica e até uma ação no campo da saúde pública. Mas, impede única e exclusivamente o

uso do castigo na forma do direito penal ou na forma do direito administrativo sancionador àquele que usa drogas. Até porque o castigo aqui afetaria outro direito constitucional, que é o direito previsto no art. 196 da Constituição, que é o direito ao acesso à saúde. A criminalização ou o castigo ao usuário de drogas afeta o acesso à saúde, afeta um possível tratamento, interpõem entre o usuário e a saúde pública, a mão pesada, a mão inibitória do direito penal ou do direito administrativo sancionador. E o direito à saúde merecia ser protegido por essa Corte, que justamente deve declarar a inconstitucionalidade de artigos como o art. 28 da Lei de Drogas, que afasta, que impede o exercício pleno de direito à saúde. Mas, apesar disso, alguns irão dizer que é importante incriminar o uso porque ele, de certa forma, induz ao tráfico, ele alimenta o tráfico de drogas. Lembremos que o usuário, na maior parte das vezes, é uma vítima do traficante, daquele que traz a droga. Logo sustentar essa tese significaria sustentar a criminalização da vítima, para afetar ou inibir o seu algoz, o que me parece não fazer nenhum sentido do ponto de vista da política criminal. Outros vão dizer que o art. 28 não trata do uso de drogas, mas do porte para o uso de drogas. Se o porte aqui se exaure no consumo, se o porte se exaure no uso, é evidente que o único destinatário da norma é o usuário, o único que carregará o peso da sanção penal é o usuário, até porque o porte para compartilhamento, revenda ou para distribuição é tráfico de drogas, e não é isso do que se trata aqui. Diante disso e já à guisa de conclusão, requer que seja declarada a inconstitucionalidade do art. 28 e não será uma decisão nem inusitada e nem perigosa. Não se trata de decisão inusitada porque ela vem na esteira de inúmeras decisões similares de Cortes e Parlamentos de outros países, como da Argentina, que, embora tenha efetivamente desenhado um sistema de proteção, não parece, que o fato de não haver tal sistema, deva se colocar todo o ônus sobre o usuário criminalizado. E nem perigosa, dado o êxito da descriminalização em todos esses países. Então o que se requer aqui é a declaração de inconstitucionalidade do art. 28, como medida de justiça, medida de saúde pública, medida de respeito à dignidade humana.

**6. Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD** (Augusto de Arruda Botelho): (...) eu falo hoje em nome do IDDD. Falo em nome de cerca de 360 advogados criminalistas, espalhados em todo o nosso país, que em última análise perderão trabalhos, caso a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas saia vitoriosa daqui. O que nós entendemos, Senhores Ministros, é que a decisão de hoje ela pode ser iniciada aqui nessa casa. A descriminalização do porte de drogas para consumo próprio deve ser iniciada nessa casa, cuja responsabilidade é sim de controle de constitucionalidade da lei. E o mais importante ainda,

Senhores Ministros, é o começo dessa decisão e o reflexo dessa decisão para uma reflexão mais ampla da política fracassada de drogas em nosso país. Devemos começar sim com a descriminalização do art. 28 nessa casa, para aí sim pensarmos mais amplamente em uma revisão maior da nossa política de drogas. E porque o art. 28, a partir do ponto de vista do IDDD, é absolutamente inconstitucional? O primeiro ponto é o seguinte: o direito penal tem coisas muito mais importantes, assuntos muito mais graves, para tratar do que o consumo de drogas num ambiente privado de um cidadão. Há uma frase do criminólogo americano Norval Morris que diz o seguinte: ‘pelo menos do ponto de vista do direito criminal, existe o direito de ir para o inferno à sua própria maneira, conquanto que não lese a pessoa ou a propriedade alheias’. E é isso o que acontece com o sujeito que porta drogas para consumo próprio e faz em ambiente privado o uso dessa substância. Onde o direito penal alcança essa conduta, se não há em momento algum qualquer dano causado a terceiro? Não consigo imaginar uma hipótese de incidência do direito penal, de incidência do sistema de justiça criminal, nessa conduta de porte de drogas para consumo próprio. O segundo ponto que trazemos aqui é o divórcio entre o bem jurídico tutelado e o sujeito que de fato é atingido pela conduta. Aquele que usa droga não mais faz do que lesionar a sua própria saúde. Falar que bem jurídico tutelado é a saúde pública me parece um contrassenso. E aqui ouviremos certamente dos colegas, que aqui pensam de forma contrária, há cerca de milhões gastos por Prefeituras, Estados e a Federação no tratamento dos dependentes de drogas. Gastamos também milhões com doentes em razão do consumo de álcool. Gastamos milhões com aqueles acometidos por câncer de pulmão em razão do uso de cigarro. Gastamos milhões com aqueles hipertensos, infartados e sedentários, que acabam tendo índices altíssimos de colesterol e acabam também parando no sistema de saúde pública. Gastamos milhões, então, com saúde pública com sujeitos que, com a sua própria conduta, geram danos exclusivamente a eles próprios. Nosso ordenamento jurídico, Senhores, não pune a autolesão. E o caso de consumo de drogas é um típico caso de autolesão. Assim como nós não punimos a tentativa de suicídio, não podemos punir alguém que lesa apenas e tão-somente a sua própria saúde. Finalizando, algumas questões mais práticas e pontuais, um pouco em desacordo com o que foi falado anteriormente, o caso da Argentina, que é bastante recente sobre a descriminalização do porte para consumo, trouxe uma redução no consumo de drogas. Então o exercício de futurologia, feito aqui, de que o consumo de drogas irá aumentar, ele não condiz com uma realidade bem próxima da nossa, de um país vizinho. Outro ponto prático, há sim, essa é a mensagem que o IDDD quer trazer, há outras vias que podem evitar o aumento da quantidade no consumo de drogas. Há outras vias terapêuticas, pedagógicas, absolutamente alheias ao direito penal, para

evitar e para regulamentar a conduta do uso de drogas, assim como fazemos com o álcool e assim como fazemos com o tabaco. Então, a postura do IDDD hoje é pela inconstitucionalidade do art. 28, por ser evidentemente uma conduta estranha ao direito penal. Muito obrigado.

**7. Conectas Direitos Humanos; Instituto Sou da Paz; Instituto Terra, Trabalho e Cidadania; Pastoral Carcerária** (Rafael Carlsson Custódio): (...) primeiramente, quero destacar o caráter histórico do julgamento de hoje e também o impacto positivo no campo dos direitos humanos, que a declaração da inconstitucionalidade do art. 28 pode ensejar. Cabe lembrar que julgamentos recentes dessa Corte reafirmaram a importância do Supremo, não só como importante intérprete da Constituição Federal, mas como importante ator político na reafirmação de direitos humanos na sociedade brasileira. Basta citar, por exemplo, a decisão sobre as cotas étnico-raciais das universidades públicas e o reconhecimento da união estável homoafetiva. E mais uma vez é disso que se trata o julgamento de hoje, uma vez que a política de drogas é uma política institucional de violação aos direitos humanos. Importa denunciar que a Lei 11.343/06 é mais um exemplo normativo que reflete a ideologia de guerra às drogas, ao menos no direito penal e na política criminal. Para ficarmos com alguns exemplos relacionados ao próprio texto da lei, basta lembrar que além das penas altíssimas previstas no texto, esse mesmo Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucionais alguns dos dispositivos da norma, de natureza absolutamente draconiana, que, por exemplo, previu a proibição da concessão de liberdade provisória para alguns dos delitos e também a substituição da pena de reclusão por restritiva de direitos. O fato é que a declarada guerra às drogas é, na verdade, uma guerra contra as pessoas, e traz consigo como elemento central a necessidade da expansão ininterrupta do poder punitivo do Estado. Pesquisas, mencionadas em nossa Inicial e Memoriais entregues a Vossas Excelências, comprovam que o alvo desse punitivismo contra as drogas no Brasil tem perfil muito claro. Estão em nossas cadeias por esses delitos os jovens, entre 18 a 29 anos, negros, com escolaridades até o 1º grau e sem antecedentes criminais. Essas mesmas pesquisas apontam que esse mesmo jovem é preso geralmente sozinho, sem arma, com pouca quantidade de droga e sem que tenha havido qualquer atividade de inteligência policial para a sua prisão. São presos via de regra nas rondas das polícias militares. Em outras palavras, é empiricamente comprovado que a Lei de Drogas brasileira funciona como instrumento da criminalização da pobreza. Cabe lembrar também, que nos 10 anos de vigência dessa lei, o número de presos relacionados por essa norma, passou de cerca de 35 mil em 2005 para cerca de 145 mil em 2013, um aumento de

quase 340%. Hoje cerca de 27% dos presos no Brasil estão presos por crimes relacionados a crimes da Lei de Drogas. Antes dessa lei, eram 11%. Eram 11%, hoje são 27%. Quando se faz o recorte de gênero, percebe-se a mesma gravidade. De 2005 a 2013, o número de mulheres presas por esses delitos aumentou quase 300%. Hoje 63% das mulheres encarceradas no Brasil respondem por delitos previstos na Lei de Drogas. Essa lei, como se vê, consubstanciou-se como um dos principais motores da política de encarceramento em massa, que nos leva ao vergonhoso *ranking* de 4ª maior população carcerária do mundo. *Data venia* aos entendimentos contrários aqui esposados, mas a defesa da necessidade da tipificação do porte para uso de substâncias parte de uma dupla abstração. Aliás, o raciocínio da ilustre Professora Maria Lúcia Karam. A primeira abstração é a busca por uma sociedade livre do consumo de drogas. A segunda abstração é a que o direito penal seria o instrumento para se atingir esse fim. Na busca por essa sociedade que consideramos fantasiosa, prendemos aos milhares nossos jovens, negros e pobres. Nas palavras do Professor Salo de Carvalho, ‘esses efeitos diretos do proibicionismo ganham efetiva importância quando a assepsia dos números é transformada em biografia de pessoas de carne e osso, que sofrem as consequências das políticas de drogas’. Essas pessoas de carne e osso esperam que esse Supremo Tribunal Federal siga o fluxo da história, que hoje envergonha, caminha em busca de políticas menos violadoras, menos encarceradoras e menos seletivas. Portanto, o Conectas Direitos Humanos, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC), Pastoral Carcerária e o Instituto Sou da Paz esperam que Vossas Excelências hoje caminhem no sentido de rompimento com essa lógica belicista e seletiva da lei de drogas atual. E o primeiro passo para isso é a declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da lei. Muito obrigado.

**8. Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT (Rodrigo Melo Mesquita):** (...) como suficientemente exposto nos autos e brilhantemente exposto da tribuna pelas falas que antecederam a minha, a criminalização de usuários não se sustenta frente a Constituição da República. O elemento subjetivo do tipo composto pela expressão “para consumo pessoal” limita a conduta ao âmbito da intimidade e afasta qualquer alteridade que afaste lesão ou perigo a outra pessoa. Aliás, aponta o mesmo bem jurídico tutelado que é a saúde individual do usuário e não a saúde pública abstratamente considerada. Por outro lado, Senhores Ministros, o objetivo de se evitar a eventual difusão da droga ou outras condutas lesivas por parte de usuários, não justifica a sua criminalização, tendo em vista que se trata de condutas absolutamente diversas à tratada aqui, nesse recurso extraordinário. Considerar de outra forma, importaria, sem dúvida alguma, em violação ao princípio da legalidade. Por fim,

o argumento de que somente o caso do tipo penal trazer o verbo usar haveria inconstitucionalidade, também não se sustenta. A lei de drogas é bastante restrita quanto à conduta de porte de drogas para consumo pessoal, tanto que sempre que a conduta oferece risco a terceiros, ela é prevista em outro tipo e punida com maior severidade, como é o caso do consumo compartilhado, previsto no art. 33, §3º, da Lei de Drogas. Ainda que se admitisse a criminalização de conduta não lesiva com o objetivo de se resguardar a saúde pública, não haveria suporte constitucional para a incriminação, pois esta não cumpre, diferentemente do que aqui é dito, com os fins de redução de distribuição e consumo, em violação ao princípio da racionalidade da norma penal. Ainda de não cumprir, é mesmo contraproducente, por conta dos processos de marginalização e estigmatização. Quando se olha especificamente para a população LGBT, esse efeito é ainda mais evidente. É o que indica o relatório do Conselho Federal de Psicologia, publicado em 2011 e resultado de um levantamento feito em 68 editais de internação, por todo o Brasil, distribuído por 24 Estados, que elencou uma enormidade de violações a direitos de pessoas submetidas a tratamento, como tortura psicológica e violência física. Em 19 dessas instituições foram relatados casos de discriminação por conta da orientação sexual ou identidade de gênero dos usuários, o que indica bem, como ressaltado pelo relatório, como a criminalização aprisiona e mortifica modos singulares de existência. As próprias entidades que cuidam da política de drogas em âmbito internacional já recomendam a descriminalização justamente em razão do aprofundamento da violação de direitos que resultam do estigma. Nesse sentido, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e o Escritório das Nações Unidas para Drogas e Crimes, além da Organização dos Estados Americanos. Não se pede à Corte que se faça de gestora de política pública, mas o exercício de sua competência e função típica, com controle de constitucionalidade de norma específica, frente aos princípios do ordenamento brasileiro. Uma discussão, que apesar de relevante, não é simplesmente abstrata. Impacta efetivamente na vida de milhares de pessoas. Pessoas que eventualmente precisam de serviços de atenção à saúde e acabam por não os buscar por conta da criminalização. Além disso, com o presente julgamento a Corte terá e dirá em definitivo o que não cabe no ordenamento jurídico nacional. Quais as características das condutas que podem ser criminalizadas. Fazendo uma importante demarcação em um tempo que acirramentos políticos têm inflamado discursos até mesmo no parlamento de profilaxia social, aliás como fez com a declaração de não recepção do art. 25 da Lei de Contravenções Penais. O que se espera do julgamento, Senhores Ministros e Senhoras Ministras, é que, a partir dele, usuários de drogas tenha a sua dignidade reconhecida e respeitada, que avancemos para uma política que garanta direitos, um modelo mais humano e mais racional, onde a educação sobre

drogas seja um direito que conduza a autonomia e à saúde de cada um e cada uma. E não uma sanção como faz hoje o art. 28 da Lei de Drogas em seu inciso III. Obrigado.

**9. Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP** (Luciana Boiteux): (...) é um momento muito importante. Esta Corte está diante de um tema que atinge tantos casos, o que viu pelo número de processos nos Estados que aguardam essa decisão. Como representante de uma associação acadêmica, que trabalha na perspectiva de incluir pesquisadores, professores e acadêmicos nos estudos sociais do uso de psicoativos, me cabe aqui, além de ressaltar algumas questões jurídicas, dizer que a criminalização do usuário é um mecanismo de exclusão. Mas, é um mecanismo de exclusão que atinge minorias. Desde a sua origem, se formos começar lá nos tratados internacionais, na própria origem do proibicionismo norte-americano, a criminalização de usuários foi um instrumento de perseguição de minorias, notadamente dos mexicanos que faziam uso de maconha e os chineses que eram usuários de ópio. Isso nos dizem os historiadores. Ao mesmo tempo aqui no Brasil temos um exemplo da primeira criminalização do uso de maconha que se dirigiu aos escravos por meio de uma Portaria da Câmara Municipal do Rio de Janeiro datada de 1830. A ideia era que o uso de maconha era associado aos africanos escravizados e que, portanto, eles deveriam ser controlados. O que proponho aqui é uma reversão dessa ideia. A criminalização do uso não tem qualquer condição de contribuir para a saúde pública, muito pelo contrário, a criminalização do usuário e do porte de drogas para uso pessoal é claramente atentatória à saúde pública. Por que? Porque se vende essa ideia como proteção, mas, na verdade, o efeito que gera é a estigmatização. Se pensarmos num usuário como uma pessoa dotada de dignidade, nós temos que reconhecer ao usuário todos os direitos previstos na Constituição, e não tratá-lo como objeto de intervenção, seja da repressão penal seja da intervenção médica que não leva em consideração a sua vontade. Nesse sentido, devemos reconhecer que o hábito do consumo de psicoativo é um hábito cultural, reconhecido a milhares de anos, não sendo tão pouco um fenômeno atual. Mas, de fato, a criminalização do usuário que é um fenômeno atual. Tem menos de cem anos os primeiros tratados internacionais que indicaram aos países essa ideia de criminalização que não existia até o início do século XX. Portanto, o que se tem hoje é um modelo que se criminaliza traficantes e usuários, e, ao mesmo tempo, pretende proteger a saúde pública. Eu não tenho notícia, nesses anos todos de proibição e de criminalização de usuários e traficantes, a saúde pública tenha se colocado em melhor estado. Acho que acima de tudo, como se trata de uma discussão constitucional, mas temos que pensar no efeito dessa proibição na realidade social, e não trabalhar com abstrações. Assim

como o bem jurídico saúde pública aqui sequer é um bem jurídico coletivo, vai afirmar Luís Greco que é um falso bem jurídico, porque o que se protege é uma combinação de saúdes individuais, não sendo um verdadeiro bem jurídico coletivo, na perspectiva de Luís Greco, que bem coloca nesse sentido, portanto, o reforço da ideia de que a criminalização atinge uma conduta particular, individual, portanto, protegida pelo direito à intimidade e à privacidade, mas também uma conduta que não ofende bens jurídicos de outros senão daquele próprio que faz o consumo e uso da sua liberdade garantida pela Constituição. Bom Senhores, o fato é que a criminalização impede o acesso desses usuários aos serviços de saúde. A Nota da Fiocruz bem coloca isso, que o problema é de saúde, cultural, que a sociedade tem que resolver, e não a justiça. Nesse sentido, temos que investir sim em prevenção, em rede de atenção psicossocial, em atendimento público e gratuito do SUS. As diretrizes jurídicas ou uma norma jurídica não tem o condão de realizar esse acesso à justiça, mas a descriminalização certamente poderá ter condições de ampliar esse acesso. É o que diz inclusive os órgãos da ONU, aqui já citados, mas é importante que se diga, que sequer os tratados internacionais indicam a criminalização do usuário, eis que reconhecem uma salvaguarda constitucional, justamente reconhecendo o ordenamento jurídico interno e constitucional. Isso está no art. 3º, §2º, da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes de 1988, assinada pelo Brasil. Nesse sentido, concludo dizendo: reconhecer que as pessoas que usam drogas como sujeitos de direito, e não como objeto de intervenção penal, é da essência da democracia e da ordem constitucional brasileira. Garantir a democracia é garantir direitos de minorias, de grupos vulneráveis e marginalizados e também garantir acesso a saúde de mulheres. Temos relatos de mulheres usuários que têm os seus filhos retirados, o que vem ocorrendo no Estado de Minas Gerais. Isso é muito grave. Nesse sentido, afirmar que esse regime democrático não autoriza a intervenção estatal na esfera mais particular do indivíduo, que é fazer a escolha do prazer sim, Dr. Procurador, porque o direito ao prazer ainda está garantido na Constitucional. E nesse sentido, Associação Brasileira de Estudos Sociais sobre Uso de Psicoativos, vem aqui, requerer a Vossas Excelências que deem esse olhar constitucional tão importante e que sejam acima de tudo o que se espera desse tribunal, garantidores da democracia e dos direitos humanos.

***Amici curiae* pela constitucionalidade (grupo da dominação)**

10. **Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL** (Wladimir Sergio Reale): (...) é um brevíssimo esboço histórico que gostaríamos de pontuar. O primitivo artigo 281 do Código Penal, quando por ocasião do regime militar, estabeleceu o parâmetro de prisão tanto

para o usuário quanto para o traficante. Posteriormente, a Lei 6368/76, como já foi falado aqui, suavizou o texto, transformando em pena de detenção, objetivando também o tratamento de eventuais dependentes. A Lei 11.343/06, em seu art. 28, já foi sobejadamente discutida aqui o seu posicionamento. Mas, trazemos um fato novo para que não sejamos repetitivos. O Congresso Nacional se preocupa com a matéria e tanto se preocupa que tramita no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados, o PL 7663/2010 e apensados, de autoria do Deputado Osmar Terra, aqui presente. E o que pretende o Congresso Nacional no enfrentamento dessa questão? Pretende atualizar o texto no tocante ao art. 28. E aproveitando o seu período, desde a sua edição até agora, já inclui, a título exemplificativo, a restrição de frequência a determinados lugares e imposição de cumprimento de horários. Em qualquer das hipóteses previstas nas hipóteses do *caput* desse artigo, o poder público está obrigado a acompanhar o desenvolvimento, a registrar o cumprimento e a avaliar o progresso do usuário e dependente de drogas nas atividades atribuídas, de acordo com o seguinte: a sentença judicial designará um responsável para acompanhar o desenvolvimento das atividades pelo usuário ou dependente de drogas. O juiz competente será informado pelo responsável do plano individual acerca da avaliação do progresso. Progresso realizado com o cumprimento das atividades do programa, com sugestões sobre ações futuras. Então, o que acontecerá? Houve uma preocupação do legislador de aperfeiçoar o texto, estabelecer um maior controle sobre os eventuais usuários. E certamente sem qualquer controle, como pretendem aqueles que aqui pensam pela inconstitucionalidade, haverá possivelmente várias consequências negativas. Eu diria, sob o ponto de vista da segurança, vemos que haverá uma hecatombe, o que se verifica no cotidiano, sobretudo, no Rio de Janeiro e outras grandes cidades, uma guerra de guerrilha entorno do tráfico. Vemos quase todos os dias balas traçantes, provocando guerra entre as próprias quadrilhas, e também em relação à atividade policial, nesse difícil combate no enfrentamento ao tráfico e comércio de drogas. Se imaginar a liberação do uso ou porte de drogas certamente crescerá em muito o consumo. Eu trago aqui o memorial que foi apresentado pela frente parlamentar do Congresso Nacional, apenas no ponto que interessa, estabelecendo que 'estima-se que as drogas ilícitas somadas tenham 7 milhões de dependentes em nosso país. Descriminalizadas poderão ultrapassar facilmente os 30 milhões de dependentes. Aumentaria em muito as suas consequências não só com a saúde como também a toda a sociedade. Então, é uma questão muito séria, não é? O Congresso Nacional está preocupado efetivamente em aperfeiçoar o texto, mas sem transformá-lo totalmente, sem suprimi-lo. Diante da nossa realidade, num país continental como o Brasil, com as fronteiras que temos em milhares de quilômetros, tanto marítima como também do lado terrestre, cujo

ingresso da droga ocorre todo o tempo. E certamente havendo essa posição digamos de liberação de forma ampla, geral e irrestrita de todas as drogas, nós temos o problema do crack, como já foi dito aqui, e temos tantas outras drogas ingressando no país, já que em nossa avaliação essa questão poderá efetivamente provocar grandes problemas para o país. Nessas brevíssimas considerações, termino colocando a baila o nosso Ministro Marco Aurélio sob a jurisprudência do STF ‘em que a punição é a hipótese de rigor para a salvaguardar a sociedade do mal potencial causado pelo porte de droga apto a ensejar o incremento do tráfico de entorpecentes, a par de outros delitos associados ao uso indevido de drogas. Ademais, deve ser ponderado que o Supremo Tribunal Federal, a quem compete o controle da constitucionalidade das normas, em momento algum reconheceu a indigitada inconstitucionalidade, razão pela qual tal dispositivo de lei deve ser observado e cumprido.’ (RE 635.660/SP, Rel. Min. Ayres Brito). E para finalizar, em relação ao HC 192.940, da relatoria do eminente presidente, que conclui ‘nesse contexto, mesmo que se trata de quantidade ínfima de droga, conheço a tipicidade material do delito, para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido do entorpecente. Habeas Corpus prejudicado.’ Muito obrigado.

**11. Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – APDM e Associação Brasileira de Estudos do Alcool e outras Drogas – ABEAD (David Teixeira de Azevedo):** peço deferência dessa Corte para, já que represento duas entidades, falar por 12 minutos (o Min. Presidente indeferiu). (...) tenho que ser bastante direto e preciso, o ponto central da matéria. Não consigo enxergar a inconstitucionalidade. E não consigo enxergar a inconstitucionalidade desse dispositivo 28, seja admitindo que ele tem caráter penal, e não tem; não se trata de norma jurídico-penal; seja na perspectiva de admitir que se trata de norma simplesmente inserida na Lei 11.343, que trata do sistema de política nacional de drogas. Eu acho que é um falso problema. Acho não estamos conseguindo representar com a linguagem o objeto. Explico. A Lei 11.343 se divide sistematicamente, essa foi a intencionalidade político criminal, em dois momentos e dois seguimentos. Primeiro deles, prevenção, tratamento e reinserção social. Segunda parte, intencionalidade política, político-criminal, repressão penal, crime, pena, cadeia. Analisando a legislação, quando ela diz ‘essa lei institui sistema de política sobre drogas – SISNAD –, prestando medidas para a prevenção para o uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas’, primeiro momento; ‘estabelece normas para repressão a produção não autorizada, tráfico ilícito de drogas’, segundo momento. Onde está inserido o art. 28? Está inserido no título III dessa legislação,

que trata não de crimes e de penas, da repressão penal, mas cuida das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. É aí que está o art. 28. Quando falo de etiquetas é que o art. 28, como vem encimado crime e pena, como se diz na literalidade do art. 28 serão aplicadas essas penas, mas, ainda que o §1º diga o seguinte as medidas previstas no artigo anterior não são penas, tem a vocação político criminal e a intencionalidade de não criar e não inserir esse tema dentro do direito penal. As medidas ali escritas não são de natureza penal, o que o legislador inseriu nessa primeira parte são medidas de reinserção social e tratamento. Por isso que diz que haverá admoestação, aconselhamento, o que se aplica de pena restritiva de direito de prestação de serviço à comunidade não é nada mais nada menos do que reinserção social, em entidades para cumprimento da prestação de serviços à comunidade afins. É isso. E se não há cumprimento, o que sucede? Nada, só uma admoestação verbal e multa. E se não há cumprimento, o que acontece? Absolutamente nada. Não há conversibilidade em restrição de liberdade. Aí está o centro do direito punitivo. A sanção penal é o que dá o tónus da norma. E o que diz se se trata de crime ou de não crime. Quando a resposta jurídica estatal qualificada atinge o direito de liberdade de maneira mediata ou imediata temos aí um crime. Mas, não há resposta dessa natureza. Em nenhum momento falou-se em reincidência. Não há reincidência. Se o STJ decidiu assim errou. A reincidência dessa lei é tratada especificamente para dobrar o prazo da prestação de serviço à comunidade, só. O que fez o legislador com toda a sabedoria? Poderia ter remetido para os juizados especiais cíveis ou qualquer outro órgão, mas remeteu para os juizados especiais criminais para soluções desformalizadoras, para um ambiente de consenso, onde através da conversa e do diálogo, são formadas propostas alternativas de solução do conflito. É só. É isso que o legislador assim dispôs. Portanto, não é verdadeiro o discurso quando a criminalidade atinge direitos fundamentais da intimidade. Tiremos a nomenclatura pena, retiremos essa ideia de sanção e deixemos como medidas. Isso é jurídico? Claro que é jurídico. O Estado pode intervir na autonomia privada? Claro que pode intervir. Intervém a todo instante. Manda-nos por cinto de segurança, por exemplo. Determina o uso de capacete. Diz que quem evita o suicídio, contra a vontade do suicida – o suicida não comete infração penal nenhuma –, proíbe-nos de nos dispor de um órgão, a não ser conscientemente, quando ele é duplo, ou proíbe a disposição de um órgão único. O Estado tem esse poder de intervenção na autonomia individual. E não poderia aqui? O §7º diz que será encaminhado esse que experimentou a uma justiça desformalizada, consensual, soft, dos juizados especiais criminais, e será encaminhado para instituições públicas de serviço à saúde. O Estado pode intervir? Óbvio que pode. Não só pode, deve, quando se perde a autonomia, a autonomia

privada. E a droga sabemos todos, a experiência de cada um, podemos usar da retórica, podemos usar de argumentos, podemos usar até mesmo de sofismas, mas sabemos muito bem o dano extenso, grave, que produz a droguição e a adicção. Não só para o adicto, mas para aqueles que são codependentes, ou seja, a família age, a instituição age, definida pela droga, definida pelos efeitos que a droga causa ao dependente. Assim Excelência, reconhecendo a extrema generosidade de Vossa Excelência eu concluo dizendo que não consigo enxergar sob nenhum aspecto, nenhum prisma, a inconstitucionalidade desse dispositivo, que se acabar extirpado do Código Penal, a meu juízo a inconstitucionalidade reversa, o art. 1º diz que devemos buscar o quê? A dignidade da pessoa humana. Um homem são é um homem digno. Em segundo lugar devemos buscar o bem-estar, uma espécie de eudemonia que busca o bem-estar do indivíduo. E o art. 196, a promoção da saúde é dever do Estado. A omissão do dever do Estado, via a exclusão do art. 28, que é o único que temos, que dá ferramental ao Estado para intervir em situações excepcionalíssimas na autonomia individual, isso para o meu juízo seria uma inconstitucionalidade reversa. Muito obrigado.

**12. Central de Articulação das Entidades de Saúde – CADES** (Rosane Rosolen de Azevedo Ribeiro): (...) o caso concreto não se amolda a embasar o paradigma de repercussão geral que se apresenta hoje. O caso concreto não permite a transcendência do caso, da repercussão, do paradigma, que se trata de um presidiário, que usando drogas, em uma marmita, em uma cadeia coletiva, essa repercussão geral estará acolhendo a tese para transcender perante a coletividade a questão de uma premissa maior, que antecede e precede a discussão da constitucionalidade e da inconstitucionalidade da lei. Qual é? Nós estamos tratando não do uso, como o digníssimo Procurador bem referenciou, mas do porte. E a lei distinguiu, o usuário diferenciou, o portador para consumo também diferenciou, o que guarda para consumo e o que trafica a lei também diferenciou no seu art. 28 e no 33. Então Excelências, a condição que diferencia o recorrente, que se encontrava em restrição de liberdade, daquela do paradigma, que está sendo sustentada por uma questão ideológica e não realista, aqui na presente Corte, ela não se coaduna com a defesa dos princípios constitucionais da dignidade e da privacidade. Então, esse paradigma, Excelências, em caráter prejudicial, não há que ser considerado para a formação da tese, que ora se acolhe como repercussão geral. Se Vossas Excelências considerarem esse caso, que tem restrições internas do presídio, como repercussão geral, Vossas Excelências, como prejudicial, devem rever essa condição, porque não se coaduna com a tese que pretende analisar. Requer-se por questão de ordem seja revista o acolhimento da repercussão geral. Excelências, não tem competência,

com *data maxima venia*, a nobre Corte e ínclitos julgadores, o poder legislativo fazer as vezes do Presidente da República, na sanção de uma lei, da organização mundial da saúde, que tenta eliminar especificidade, as condições, a qualidade, a espécie, a nocividade das drogas, e também os órgãos do Ministério da Saúde no nosso país, os órgãos reguladores da ANVISA. Essa tese a ser acolhida hoje tem ter que muito mais reflexão, tem que levar a comunidade, uma urgência pública, tem que haver uma responsabilidade nossa de sancionar uma lei que já evoluiu. Aqui tem uma premissa incontestável que todos nós aqui, todos os *amici curiae* e o nobre Procurador assim se referiu, todas as drogas são ilícitas. E quando a gente fala de todas as drogas ilícitas, a gente fala sim da heroína, da cocaína, do crack, da anfetamina, da manfetaminas, do LSD, do haxixe, do boa noite cinderela. Temos como premissa maior essas relevâncias Excelências, firmando a tese da inconstitucionalidade, essas drogas continuarão ilícitas. A lei vai ficar manca. A decisão vai estar manca. Em considerando analisar a tese dos relevantes argumentos, afirmar a inconstitucionalidade da norma, nós temos que fazer uma balança, uma balança do direito à intimidade e à privacidade, e uma balança da família, do direito à educação, do direito ao trabalho, do direito da sanidade da pessoa. Quais os efeitos nocivos de uma droga? É a dependência. É a corrosão física. Quais os outros reflexos? É o maior índice, respeitando todos os índices, todas as estatísticas que são apresentadas aqui, as verdadeiras estatísticas apresentadas pelos órgãos internacionais sérias, referem que a liberação das drogas demanda um maior consumo, haja vista os exemplos usados por Portugal e EUA, que liberou uma espécie de maconha. Nós estamos aqui liberando todas as espécies de maconha para uso próprio. Não podem Excelências. Vossas Excelências virem aqui e estudarem uma tese. É importante uma intervenção do Estado nos presídios. Concordo com o Min. Marco Aurélio, que, muito brilhantemente, falou na semana passada, nossos presídios mais parecem umas masmorras medievais. Mas, não é isso que a lei estabeleceu. A lei evoluiu, em seu art. 28, ela tratou o usuário de dependente, e o art. 33 tratou o portador de drogas como traficante. As formiguinhas que são crianças utilizadas na Cracolândia, como portadoras de pequenas quantidades, a difundir a maconha, a coca, o haxixe, a cocaína, o tráfico no presídio, a liberação a descriminalização do porte vai fortalecer o tráfico de cocaína, de heroína, de haxixe. Portugal e Holanda, foi o Parlamento que estabeleceu, foi o poder legislativo a liberação das drogas. O Estado deve sim intervir, como a Lei 11.343 interviu. Ela estabelece o direito do doente a tratamento. Não se estabelece uma pena. Nós poderíamos colocar uma estatística do país que mais tem uma política repressora do mundo. Qual que é? Coreia do Sul. Não existe lá usuário de droga não existe traficante. As únicas estatísticas de tráfico ou de uso são de estrangeiros, que vão para a prisão. Vamos utilizar um

país que libera, que utiliza a produção de heroína e a produção de ópio como meio de sobrevivência? O Afeganistão. Lá tudo é liberado. E o que nos documentários eles apresentam? O ópio e a heroína, como meio de sobrevivência, é sim utilizado para sobreviver. No documentário eles sabem: eu vendo e eu mato o próximo. Então é o bem e o mal. É o princípio da lesividade. É... A norma do art. 28 da Lei 11.343/06 é constitucional. O efeito da descriminalização trará à sociedade uma repercussão negativa. A questão necessita de maiores reflexões Excelências. Roga-se perante essa Ínclita Corte, a mais nobre Corte desse país, que se mantenha a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343. Obrigada.

**13. Federação de Amor Exigente – FEAE (Cid Vieira de Souza Filho):** (...) esse importante momento em que o Supremo Tribunal Federal estará decidindo sobre o futuro das próximas gerações do país, de crianças e adolescentes. E mais do que isso, esse egrégio Supremo estará decidindo e essa decisão poderá afetar frontalmente a esperança de milhares e milhares de famílias e dependentes químicos. Ocupo honrosamente essa tribuna para falar em nome da Federação de Amor Exigente, entidade que atende 100 mil familiares de dependentes químicos mês, então, estou falando em 1 milhão e 200 mil famílias atendidas gratuitamente por mês do Amor Exigente. Famílias que são a linha de frente do problema. E acho que é esse o objetivo, trazer a Vossas Excelências um pouquinho da experiência dessas famílias, do sofrimento dessas famílias, famílias que nunca abdicaram, nunca perderam a esperança e jamais abriram mão dos seus filhos para o tráfico e para as drogas. Falo também em nome da Comissão de Estudos sobre Educação e Prevenção de Drogas da OAB/SP, comissão que firmou um acordo, um convênio com o governo do Estado de São Paulo, juntamente com o Tribunal de Justiça, Ministério Público e OAB, e atendemos gratuitamente os familiares dos dependentes químicos. Iniciativa essa Senhor Presidente que rendeu a menção honrosa do Prêmio Innovare de 2013. Essa experiência nós procuramos levar para as famílias dos dependentes químicos, um pouco mais de esperança um pouco mais de dignidade. E quando eu penso em dignidade, eu lembro do sofrimento das mães, as mães do Cratod, que é onde nós trabalhamos, as mães do crack, a mulher, que é a primeira vítima das drogas, a mãe que está na linha de frente é a primeira a sentir o problema das drogas. Eu fico emocionado de quando nós temos a oportunidade, o nosso primeiro caso em São Paulo foi de um garotinho de 12 anos dependente do crack e adotado pelo tráfico. A mãe desse rapazinho queria dar um presente de natal. Nós conseguimos dar esse presente de natal para a mãe, que era a internação do filho, o tratamento. Mas, na verdade, esse presente não era para a mãe, era para todos nós, transformamos um mutirão pela vida, de dar esperança. E nós estamos falando da

população mais humilde, nós atendemos gente muito humilde, lá no Cratod. Vários exemplos demonstram que as drogas ofendem o princípio da dignidade humana, as famílias dos dependentes químicos não vivem de uma forma digna. Vários exemplos eu posso aqui citar aqui. E quando falo em direitos humanos, eu penso no sofrimento dessas mães. A mãe que vende o filho para pagar a droga. A mãe que tem o recém-nascido vítima da síndrome da abstinência, com má formação, com risco de se tornar viciado ainda dentro da barriga da mãe. Eu penso nas mães do crack. A descriminalização vai aumentar o consumo. Nós não temos condições de tratar dos nossos dependentes. Uma capenga saúde pública brasileira. Quem é que vai atender esses dependentes, passando uma falsa impressão que as drogas não fazem mal? Nós não temos quem vai buscar o dependente químico. O SAMU não pega. A polícia não pega. O resgate não pega. Nós precisamos de gente especializada. Essa experiência em São Paulo, com o Poder Judiciário, Ministério Público e a Advocacia, mostra que é possível vencer. Descriminalizar não seria a solução. Seria o surgimento de mais e mais Cracolândias. Nós estamos ali do lado, nós somos a linha de frente. Não é a teoria, é a prática, Senhores Ministros. Então, essa decisão sobre usar ou não drogas, não é um direito individual. Ele se reveste de caráter absoluto, sofrendo limitações, não se pode sobrepor o direito à coletividade, porque afeta frontalmente os direitos humanos dos familiares, dos dependentes químicos, de indescritível sofrimento. O dependente químico não vive de uma forma digna, o Estado tem a obrigação de intervir, para dar um atendimento digno, para essas sofredoras famílias, para as mães. Eu me emociono muito de falar das mães, porque é o contato que nós temos no dia-a-dia. É aquela mãe que desmaia na nossa frente quando nos vamos dizer que vamos atender e dar um apoio, é aquela mãe que tenta se suicidar na nossa frente, porque está abdicando do seu filho para o tráfico. Então, na verdade, a teoria na prática é outra coisa, a situação é calamitosa. Se nós descriminalizarmos as drogas, o preço que o Brasil irá pagar, as próximas gerações, será incalculável. Eu, finalizando Senhor Presidente, eu quero agradecer a oportunidade de estar nessa tribuna. Falei em nome desse um milhão de famílias. Nos meus 35 anos de advocacia criminal, eu nunca imaginei que teria a oportunidade de apresentar essas famílias, das mais variadas classes sociais. A droga não é privilégio da classe A, B ou C. A droga atinge todas as famílias. E eu como pai procuro agradecer a Deus, tudo aquilo que ele me proporcionou de ter filhos saudáveis, não ter nenhum problema de droga na família, mas trazer a experiência para que outras famílias possam vivenciar tudo aquilo que vivencio. Muito obrigado pela atenção.

**14. Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família** (Fernando Melo da Costa): (...) estudantes de direito e estudantes de medicina, já que o assunto também está relacionado à saúde. A Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, entidade católica, vem a tornar pública a preocupação com a tese de inconstitucionalidade do art. 28 da lei, sob o argumento de que portar toda e qualquer droga diz respeito à intimidade e à vida privada e, portanto, sem repercussão na vida da coletividade. A prevalecer essa tese será liberado no Brasil o porte de toda e qualquer droga, maconha, crack, heroína, ópio, sem distinções, trazendo consequências drásticas à família, a juventude e ao conjunto da sociedade, agravando substancialmente o quadro de violência e de criminalidade em nosso país. Vale perguntar: a descriminalização das drogas beneficia a quem? Aos jovens? À família? Aos 33 partidos políticos? Talvez a alguns sim. Às Igrejas? Aos clubes? Às clínicas médicas? Às farmácias terapêuticas? Não. Apenas ao narcotráfico, ao crime organizado, as falsas ONGs da paz e os interesses econômicos internacionais, capitaneados pelo megainvestidor George Soros, o grande patrocinador e incentivador da causa da liberação das drogas no Brasil e no mundo. Por que? Quanto maior o porte, mais usuários, maior o consumo e aumenta o lucro. Defendemos a constitucionalidade do art. 28 por entendermos que o porte de drogas não gera consequências apenas na vida do usuário. Eu digo isso porque sendo diariamente diretor adjunto de amparo ao trabalhador preso do Distrito Federal, entidade do governo do DF, que tem como escopo a educação, a ressocialização dos sentenciados do DF, inclusive, temos conveniados que trabalham aqui no Supremo. E os nossos educandos aqui no Supremo, não tem nenhum condenado que era usuário, muitos inclusive foram condenados por tráfico e trabalham aqui no Supremo. Por que? Porque, desde a edição da lei, nenhum adicto foi condenado, pois não se impõe, desde então, a pena de usuário, mas apenas a pena de advertência, de prestação de serviços à comunidade ou comparecimento a programas ou curso educativo. Na prática, presenciamos no sistema prisional a atuação do tráfico que muitas vezes achancam aquelas mães de sentenciados porque são usuários dentro do sistema. A propósito, o caso em tela concreto, o Sr. Francisco, defendido aqui pela Defensoria, estava no sistema prisional, sob a tutela do Estado, então, teoricamente, a droga não deveria ter chegado a ele. E sustentamos ainda na experiência histórica, que não existe exemplo no mundo de que liberando o porte de drogas melhora a vida das pessoas. E ainda mais, em Portugal, Uruguai, Holanda, foram sempre por consulta popular ou pela via legislativa, nunca pelo Poder Judiciário. Tramita no Senado o PL 137, de autoria do deputado Osmar Terra, aqui presente, portanto, a matéria é de competência do Poder Legislativo, para apreciar o assunto, e ao juiz da primeira instância aferir cada caso concreto para dirimir se o réu é traficante ou usuário, observando inclusive a

quantidade de drogas apreendida. A questão de drogas é antes de tudo um caso de saúde pública, porque na prática quem cuida dos adictos são as comunidades terapêuticas, católicas, protestantes, as clínicas médicas e psicológicas. Como, por exemplo, a Fazenda Católica, Fazenda Bom Jesus. Pouco se fala a respeito do assunto. Nos causou espécie inclusive que o ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, defenda a tese da legalização já que teve oito anos de governo e a oportunidade para combater o uso de drogas, e não fez. E o atual governo que contraditoriamente estimula e apoia o desarmamento do cidadão de bem e, em nome da paz, via SENAD, via Ministério da Saúde, via Ministério da Justiça, a descriminalização das drogas. Indagaria aos Senhores Ministros: Vossas Excelências pegariam um avião para o Rio de Janeiro, em que o piloto estivesse com maconha no bolso? Vossas Excelências se consultariam com dentista que portasse LSD no jaleco? Vossas Excelências deixariam seus netos com a babá que portasse duas pedras de crack? Vossas Excelências nomeariam um assessor de gabinete, que durante o expediente portasse cocaína no local de trabalho? Não nos parece razoável. Por derradeiro, apelamos ao princípio da cautela de Vossas Excelências. É o conhecimento e a responsabilidade social dos Senhores Ministros, porque o Supremo pode muito, mas não pode tudo. Vossas Excelências não podem transformar nosso país numa grande cracolândia, ou seja, transformar uma geração de incautos, de zumbis, de briófitas, de celenterados, de equinodermos, de lulas, de moluscos, de estudantes entorpecidos com baixo rendimento escolar, em servidores públicos viciados que não produzem, em trabalhadores na indústria ou comércio que dão prejuízo, ou seja, não queremos um país de narcóticos não anônimos. Portanto, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família defende, pugna pela constitucionalidade do art. 28, em nome da saúde, da segurança, da vida e pela família do Brasil. Pelo bem do Brasil. Muito obrigado.