

**A GEOPOLÍTICA DO CONTROLE SOCIAL DAS DROGAS E A
CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE PARA USO PESSOAL: UMA ANÁLISE
CRÍTICA A PARTIR DO *HARM PRINCIPLE*¹**

**THE GEOPOLITICS OF SOCIAL CONTROL AND THE CRIMINALIZATION OF
DRUG POSSESSION FOR PERSONAL
USE: A CRITICAL ANALYSIS FROM THE *HARM PRINCIPLE***

José Francisco Dias da Costa Lyra²

RESUMO. O Direito Penal brasileiro, seguindo a sorte de grande parte dos sistemas penais mundiais, penaliza o porte de drogas para consumo próprio, implementando, de resto, uma verdadeira “guerra” às drogas. No presente estudo, analisa-se criticamente a política punitiva sob o prisma do princípio anglo-americano do dano ou ofensa, herdado do princípio da autonomia da pessoa. Observa-se que a legislação punitiva se constitui em uma indevida interferência no âmbito da autonomia pessoal e, portanto, numa legislação paternalista e, ilegítima e inconstitucional. Por fim, detecta-se, na proposta punitiva, uma política que aumenta os danos sociais, que, no discurso simbólico-punitivo, pretende evitar com a repressão.

PALAVRAS-CHAVE: Legitimidade da intervenção penal. Princípio do dano. Autonomia. Drogas. Política criminal. Moralismo.

ABSTRACT. The Brazilian Criminal Law, following the fate of most criminal justice systems worldwide, punishes drug possession for personal consumption, implementing, moreover, a real “war” on drugs. In the present study, we analyze critically the punitive policy through the prism of Anglo-American principle of damage or injury, inherited from the principle of personal autonomy. It is observed that the punitive legislation constitutes an undue interference in the personal autonomy and therefore a paternalistic legislation, which is illegitimate and unconstitutional. Finally, there has been, in the proposed punishment, a policy that increases social damage, which in symbolic-punitive speech, aims to prevent repression.

KEYWORDS: Legitimacy of penal intervention. Harm principle. Autonomy. Drugs. Criminal policy. Moralism.

SUMÁRIO: 1 Uma breve introdução; 2 A punição do porte de drogas para uso próprio e o princípio do dano; 3 A punição do consumo de drogas e a legal paternalism; 4 Drogas e a necessária política criminal de redução dos danos; 5 Considerações Finais.

SUMMARY: 1 A Brief Introduction; 2 The punishment of drug possession for

¹ Artigo recebido em 13 de abril de 2012 e aceito em 23 de abril de 2012.

² Doutor em Direito pela Unisinos-RS. Juiz de Direito. Professor de Direito Penal IESA-Santo Ângelo, FEMA-Santa Rosa e URI, Santo Ângelo, Mestre em Direito pela UNIJUÍ-RS e Especialista em Direito pelo IESA e UNIJUÍ-RS. JFDCLyra@tj.rs.gov.br.

personal use and the harm principle; 3 The punishment of drug use and Legal paternalism; 4 Drugs and the necessary criminal policy of harm reduction; 5 Concluding Remarks.

1. Uma breve introdução

O debate sobre as políticas públicas e penais que envolvem as drogas se revela contemporâneo e diz respeito tanto às drogas lícitas³ como às drogas ilícitas⁴, visto que o tema da criminalização e os efeitos correlatos da política criminal de drogas⁵ tem pontuado o debate público⁶

Observa-se que há países que descriminalizaram o porte para uso próprio, como Portugal e Suíça, tese essa sustentada pela Comissão Latino-Americana sobre drogas e democracia, presidida por Fernando Henrique Cardoso, que reputou a “guerra contra às drogas” como uma empreitada perdida. Cuida-se, portanto, de uma questão recorrente, muito especialmente no que concerne ao proibicionismo do uso e da adoção de uma determinada política criminal⁷. Sob esse aspecto, veja-se a discussão travada na

³ Veja-se, nesse particular, o debate atual sobre o consumo de álcool e seus efeitos deletérios sobre o trânsito e os números crescentes de acidentes, bem como sobre a restrição do fumo em locais públicos travada mundo afora.

⁴ Consultar LABROUSSE, Alain. *Geopolítica de las drogas*. Tradução de Laura Graciela Klang. Buenos Aires: Marea, 2011. No prólogo da referida obra, Eugenio Raúl Zaffaroni observa que os interesses econômicos investidos no tráfico de entorpecentes superam as dívidas externas de vários países periféricos, notando, ainda, que a proibição ao uso converte o veneno em ouro (aumento dos custos de produção e encarecimento da droga para os consumidores, desatando uma nova febre (ou guerra) com o saldo de milhares de assassinatos. Ver p. 05-09.

⁵ Consultar CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 09-19, especialmente na crítica à punição do usuário de drogas.

⁶ Importa leitura de SOUZA, Luciano Anderson de. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 88, p. 167-186, jan./fev. 2011.

⁷ De logo, cumpre notar que aqui se utiliza a expressão política criminal para expressar a coordenação do Direito com o âmbito da política, com a finalidade de busca de uma utilidade social, pondo em relevo que o Direito e seu sistema normativo são um meio, e não, um fim em si mesmos. Com efeito, no Estado Democrático de Direito, a democracia e a política criminal possuem uma associação imediata e direta. Sobre o tema, importa a leitura de POZO, Rodrigo Christian Cardoso. La seguridad ciudadana como tendencia político criminal y contexto del nuevo proceso penal; algunas consideraciones sobre sus posibles repercusiones sobre en el procedimiento abreviado. In: HOYOS, Gustavo Balmaceda (Coord.). *Problemas actuales de derecho penal*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. p. 289-345. Parte-se, portanto, do pensamento de Bustos Ramírez e Hormazábal Hernán, quando ensinam que a política criminal corresponde a um “poder de definição” de um conflito social como delito, que é exercido, de forma exclusiva, pelo Estado. Ver BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madri: Trotta, 2006. p. 40-43. Nas palavras dos autores, “frente a un conflicto social el Estado social y democrático de derecho debe antes que nada desarrollar una política social que conduzca a su prevención o solución o, em último término, pero sólo em último término, a definirlo como criminal.” Ibid., p. 40.

denominada “marcha da maconha”, realizada recentemente no Brasil, que reacendeu a discussão a respeito da temática, alimentando, inclusive, posições autoritárias que buscaram suspender as manifestações do movimento em diversas cidades do país⁸, cunhando o movimento de “apologia ao uso de drogas”. De outro lado, cumpre notar que a política criminal proibicionista tem sido problematizada globalmente, levando inúmeros países a descriminalizar o porte de drogas para uso próprio.

A ideia do artigo é discutir o modelo penal de criminalização do uso de drogas à luz do princípio do dano, arrancando o estudo, em um primeiro momento, da análise do art. 28 da Lei 11.343/2006⁹, que prevê punição criminal do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal. Dessa maneira, pretende-se cotejar a proposta punitiva do legislador brasileiro, confrontando-a com o *harm principle*, herdado da obra do filósofo britânico John Stuart Mill, “*Sobre a liberdade*”¹⁰, a qual influenciou sobremaneira o Direito anglo-saxão e

⁸ Ver BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Democracia, liberdade de expressão e dissenso: “Marcha da maconha” e limites constitucionais à interpretação do art. 287 do CP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 91, p. 489-530, jul./ago. 2011. Importa destacar as conclusões da autora, que, com total acerto, assim ponderou: “É por isso que a defesa, em espaços públicos, da legalização das drogas, longe de significar um ilícito penal, supostamente caracterizador do delito de apologia de fato criminoso, representa, na realidade, a prática legítima do direito à livre manifestação do pensamento, propiciada pelo exercício do direito de reunião, sendo irrelevante, para efeito da proteção constitucional de tais prerrogativas jurídicas, a maior ou menor receptividade social da proposta submetida, por seus atores e adeptos, ao exame e consideração da própria coletividade”. p. 530.

⁹ A redação do citado artigo é a seguinte: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, será submetido as 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. Par.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. Aqui cumpre notar que grassa discussão se a Lei 11.343/2006, com a nova redação dada ao artigo 28, implicou a descriminalização/despenalização da conduta do usuário de drogas. No STF e STJ, prepondera o entendimento de que houve, tão só, uma despenalização, pois a conduta não está mais sujeita à pena de prisão. Todavia, sustenta-se, inclusive de forma majoritária, na dogmática jurídica, que a conduta continua sendo criminalizada. Na doutrina, THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas, crimes, investigação e processo*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 52, sustentam que o legislador “mascarou a descriminalização”, uma vez que não há previsão de pena de reclusão/e ou detenção, mas, sim, (inspirado no ECA) de “medidas educativas”. Na lição dos autores, em resumo, houve descriminalização, mas não liberação ou legalização da conduta dos usuários de drogas. A pedra de toque, ao que parece, é que a conduta continua sendo criminalizada, ensejando a intervenção do sistema penal e os seus efeitos seletivos/estigmatizantes, daí o porquê de a questão continuar sendo problemática. Com efeito, há cominação de penas restritivas, mas sem o caráter de substitutivas da pena de prisão. O legislador ficou no meio do caminho, já que a ideia era de descriminalizar o porte para uso, remetendo-o para o capítulo da prevenção e tratamento, conforme REALE JUNIOR, Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, p. 41-76, jul./ago. 2010. No mesmo sentido, GOMES, Luiz Flávio. *Lei de drogas comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, especialmente p. 156-162, quando refere que houve uma “descriminalização formal” da posse de drogas para consumo pessoal.

¹⁰ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra,

limitou o Direito punitivo às condutas lesivas a terceiros, para, ao final, reafirmar a ilegitimidade/ inconstitucionalidade de tal modelo repressor, que mais produz vítimas do que afasta da droga. Todavia, além de circunscrever as razões dogmáticas do princípio do dano, também, proceder-se-á a uma reflexão da política criminal e seu sistema de penas, que consolidaram o sistema punitivo atual. Na sequência, em um segundo momento, o foco do trabalho se desloca para os discursos ideológicos que cobrem o debate acerca das drogas no entorno da pós-moderna sociedade do risco.

Sob esse aspecto, não se pode passar deixar passar despercebido o fato de que as alterações do sistema de produção fordista¹¹ e a crise do Estado social^{12 13} provocaram uma tensão no debate sobre as áreas que o sistema penal deve proteger¹⁴, instrumentalizando a figura do Estado imediatamente repressivo¹⁵, legitimando o ressurgimento da “questão penal” ou do discurso “da indignação moral”¹⁶, convertendo os combalidos Estados em crise em guardiões noturnos do sistema capitalista, “naturalizando” as desigualdades sociais da classe obreira^{17 18}. E, nesse estado da arte informado pelo discurso

2010.

¹¹ MARX, Karl. *Las crisis del capitalismo*. Tradução de Alberto Nadal Fernández. Madrid: Sequitur, 2009. p. 49-93.

¹² Ver NEGRI, Antonio. *La forma-Estado*. Tradução de Raúl Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003. p. 337-371.

¹³ No trato do tema crise do Estado, ver FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹⁴ PORTILHA CONTRERAS, Guillermo. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo modernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007. p. 237 e seguintes, entende que, contra a despolitização radical da economia, se deve subordinar o processo de produção ao controle social, pois só assim será possível uma satisfação mais efetiva das demandas pacifistas, feministas, ecológicas etc. Por isso, sustenta que o sistema penal deve proteger bens coletivos, deixando de lado alguns bens jurídicos clássicos (delitos contra a propriedade, drogas). Segundo ele, o Direito Penal necessita adaptar-se aos processos de mobilização democrática e da conquista de direitos, notando, por fim, que a resistência à proteção de bens jurídicos coletivos tem um prejuízo ideológico: ideia paleoliberal de um Estado mínimo (mero garante da ordem pública). Em síntese, na opinião de Portilha Contreras, revela-se imprescindível uma transformação no Direito Penal tradicional, a fim de que abarque as funções expansionistas da reprodução social do capital, denunciando que o controle penal somente persegue e controla novos setores de risco não produtivos, o que é fruto do liberalismo econômico e político, que subordinam os direitos sociais aos proprietários. *Ibid.*, p. 326-343.

¹⁵ NEGRI, Antonio. *La forma-Estado*. Tradução de Raúl Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003. p. 368-369.

¹⁶ Conforme MELOSSI, Dario. Ripartire de una sconfitta. *Stuti sulla Questione Criminale*, Roma, n. 1, p. 07-15, 2008. Nesse sentido, Melossi externa sua preocupação com a incapacidade de a dogmática penal apresentar uma análise do fenômeno e de propor uma alternativa consistente, isto é, de apresentar uma criminologia autocrítica frente ao neoconservadorismo penal.

¹⁷ NEGRI, op. cit., p. 402-403.

¹⁸ BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal em el estado constitucional de

da indignação moral¹⁹, cobra-se uma postura rígida com relação às drogas, descurando-se do fato de que dito fenômeno é complexo e sistêmico²⁰, não podendo ser tratado, de forma exclusiva, por uma política criminal expressiva e punitiva e, o pior, de duvidosa constitucionalidade, mormente pela ausência de danos a terceiros²¹.

2. A punição do porte de drogas para uso próprio e o princípio do dano

É sabido que o teorema do bem jurídico ocupa uma papel central na teoria jurídico-penal contemporânea²², constituindo-se em um *topói* essencial à interpretação²³, dotado, inclusive, de uma função crítica limitadora da ação do legislador²⁴, que sofre constantes embates²⁵. Em outros termos, de acordo com

derecho, social y democrático; perspectivas socio-jurídicas. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-82. Para Bergalli, o fordismo está relacionado com o conceito de bem-estar (*Welfare*), dizendo respeito a questões como saúde, educação, alimentação, trabalho, ressocialização/inclusão. Todavia, segundo ele, com a crise do sistema capitalista fordista (e polarização da riqueza e difusão da miséria), o controle social é informado por uma outra orientação (pós-fordista), que passa a conviver com o desmoronamento das políticas sociais, redução das intervenções estatais e crescente privatização dos serviços públicos (desumanização da convivência social. O período demarca, portanto, segundo Bergalli, a cultura da emergência no controle penal, com restrições dos direitos e garantias individuais. No mesmo sentido, vejam-se os ensinamentos de DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz García e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de sueños, 2006. p. 53-104.

¹⁹ Ver IGLESIAS SKULJ, Agustina. Estrategias de pensamiento para la política criminal em la era de la globalización. In: HOYOS, Gustavo Balmaceda (Coord.). *Problemas actuales de derecho penal*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. p. 15-51.

²⁰ NEUMAN, Elías. El modelo neoliberal y la legalización de las drogas. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez. *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1349-1362. Conforme o pensamento de Neuman, o consumo de drogas e seu incremento estão intimamente ligados ao modelo neoliberal de mundialização da economia e a sociedade de consumo, já que, segundo o autor, “es preciso reflexionar y advertir que lo que se vende es seres humanos a la droga y no al revés. La 'materia prima' son las personas y no las drogas vegetales y sintéticas que no poseen volición, deseos ni pulsiones ni tampoco moral.” Ver. p. 1349.

²¹ Conforme NEUMAN, Elias. El modelo neoliberal y la legalización de las drogas. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Org.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1351, “se verifica la incongruencia de penar la posesión de drogas mientras que la autolesión física y la tentativa de suicidio resultan exentas de la sanción penal. Esto afecta al principio de proporcionalidad de la sanción penal com respecto al daño social frente a la comisión de ciertos delitos”.

²² Uma excelente abordagem sobre o bem jurídico e sua complexidade é dada na obra organizada por HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007.

²³ A afirmação é de HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. Tradução de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland (Coord.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007. p. 37. Conforme Hirsch, a teoria do bem jurídico, além de constituir um *topói*, recebe, conforme concepção dominante, uma função crítica, que, embora questionável, constitui a base irrenunciável de um sistema jurídico-penal racional.

²⁴ Por todos, ver HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Tradução de Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien*

o postulado do bem jurídico, estima-se que a função primordial do Direito Penal se refere ao compromisso de proteção subsidiária de bens jurídicos^{26 27}. Apresenta-se, pois, consensual a assertiva de que o teorema do bem jurídico se constitui em uma base irrenunciável de um sistema jurídico-penal racional, herança da filosofia da Ilustração (Hassemer²⁸). Na visão do penalista da Escola de Frankfurt, a missão do controle penal é a proteção de bens jurídicos, que, nas suas origens, constituía-se em um princípio negativo, limitador do controle penal, que não pode ser lido como uma exigência de criminalizar qualquer conduta que lesione um bem jurídico, senão que, ao contrário, permite deslegitimar toda lei penal que não se refira a uma lesão ou perigo a um bem jurídico, estabelecendo, nesse passo, uma estreita ligação com a teoria constitucional, principalmente com a proibição do excesso e a proibição de defesa insuficiente. E, nas suas palavras, “una prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pudiera remitirse a un bien jurídico sería terror de Estado”²⁹. Sob essa ótica, importa notar que a ciência penal anglo-americana, diversamente da família romano-germânica, trabalha com um conceito equivalente ao bem jurídico denominado *harm principle* (princípio do dano), que é empregado, de igual sorte, como instrumento para delimitar e limitar o âmbito da aplicação legítima das normas penais, impondo-se, no limite do presente trabalho, a análise dos contornos da referida teoria.

jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.

²⁵ Os contornos de tal discussão são apontados por GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁶ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Tradução de Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010.

²⁷ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general I: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña e Outros. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 51. Conforme Roxin, os bens jurídicos “son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para em individuo y su livre desarrollo em el marco de un sistema social global estruturado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema”. Obra referida, p. 56.

²⁸ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 24-73.

²⁹ HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Tradução de Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland. (Org.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 95-104. Conforme Hassemer, a questão de poder haver delitos que não afetem bens jurídicos é retórica, uma vez que o bem jurídico é fundamento necessário e constitucional tanto para conceber proteção como para estabelecer limites à intervenção penal. Ver. p. 104.

Conforme Hirsch³⁰, nos países da língua inglesa, a base de legitimação das normas penais recorre ao teorema do *harm principle*, que tem ocupado papel essencial desde o século XIX na dogmática penal, observando, ainda, que dito axioma segue as pegadas de Mill, vertidas na sua obra “Sobre a liberdade”³¹. E, sob esse aspecto, cumpre notar que, no pensamento de Mill, a única finalidade que o poder, com pleno direito, pode ser exercido sobre o membro de uma determinada comunidade civilizada, contra sua vontade, é evitar que ele prejudique os demais. Logo, seu próprio bem físico ou moral não é justificação suficiente, pois ninguém pode ser obrigado, justificadamente, a realizar ou não determinados atos, porque isso é melhor para ele, porque o faria feliz ou porque, na opinião dos outros, seria mais acertado, mais justo. A única parte da conduta de que cada um é responsável face à sociedade é a que atinge/ofende interesse dos demais membros da coletividade. E o que se busca com isso é a separação das esferas de liberdade pelo princípio do dano, é que cada cidadão tenha plena liberdade para perseguir seus desejos e fins, desde que não produza danos a outrem. Dito de outra maneira, conforme os postulados liberais de Mill, não se pode castigar legitimamente condutas que convergem para a autolesão, nem tampouco se pode justificar o castigo unicamente em virtude de sua imoralidade³².

Com efeito, Mill leva a sério o conflito entre a liberdade e a autoridade, notando que a liberdade quer significar proteção contra a tirania dos detentores do poder (“tirantias da maioria”), precavendo-se contra a “tirania das opiniões” de massa e sua tendência de impor estilos e modos de vida, apresentando a tensão existente entre a liberdade individual e o controle social, assentando que o único objetivo pelo qual a humanidade pode restringir a liberdade individual é a proteção dela própria, isto é, prevenindo danos para os outros membros. Com isso, ressalta-se que a intervenção do controle penal somente é legítima para o caso de impedir ameaça ou lesão a outra pessoa. A independência/autonomia de uma pessoa é, por direito, absoluta, já que, no que se refere ao próprio corpo e à consciência, a pessoa é soberana. Nas palavras de Mill,

³⁰ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño. Tradução de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 37-52.

³¹ Conforme Hirsch, p. 38-39.

³² Ibid., p. 38-39.

cada um é o guardião de sua própria saúde, seja física, mental ou espiritual. A humanidade é a grande vencedora ao permitir que cada um viva como lhe pareça melhor, mais do que seria se coagisse cada pessoa a viver de acordo com o que parecesse melhor para o resto das pessoas³³.

De relevo notar, por outro lado, que Mill já detectava uma crescente inclinação, em geral, de se ampliar os poderes da sociedade sobre os indivíduos, ou seja, fortalecimento da sociedade e diminuição do poder dos indivíduos³⁴.

A partir da constatação da crescente limitação da liberdade nas sociedades modernas, Mill procurou estabelecer um limite para a autoridade da sociedade, afirmando que o fato de se viver em sociedade torna indispensável que cada um seja obrigado a observar uma certa linha de conduta para com os outros, representada na máxima de não ferir interesses de outra pessoa. Dessa forma, tão logo a conduta de uma pessoa lese o interesse das outras, a sociedade “tem jurisdição” sobre ela. Todavia, segundo o filósofo inglês, “não há espaço para tratar dessa questão quando a conduta de uma pessoa não afeta o interesse de ninguém, a não ser dela mesma”³⁵. Disso resulta que somente os atos danosos às outras pessoas, cometidos com infração às regras necessárias para a sua proteção, individual ou coletivamente, é que são passíveis de punição³⁶.

Em resumo, pode-se referir que, para o liberalismo de Mill, o indivíduo não pode ser responsabilizado face à sociedade, por suas ações e escolhas morais, desde que sua conduta não afete o interesse de terceiro. Orientação,

³³ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010. p. 54.

³⁴ *Ibid.*, p. 55.

³⁵ *Ibid.*, p. 145. Na lição do autor, “nem uma só pessoa, ou grupo de pessoas, pode dizer a outro ser humano, já maduro, que ele não pode, para seu próprio benefício, fazer de sua vida o que ele escolheu. Ele é a pessoa mais interessada em seu próprio bem-estar, o interesse que qualquer outra pessoa, exceto em fortíssima ligação emocional, possa ter nesse bem-estar é diminuto perto do que ele próprio tem; o interesse que a sociedade tem para com ele, como indivíduo (excetuando a sua conduta para com os outros) é parcial, e completamente indireto [...]”. p. 146

³⁶ Mill, p. 151. Por tal motivo, assevera Mill, “por uma conduta que nem viola nenhum dever específico para com o público, nem, em nenhuma ocasião, fere alguma outra pessoa além de si mesma, a inconveniência é daquelas que a sociedade pode suportar, pelo bem maior da liberdade humana. Se pessoas crescidas devessem ser punidas por não tomar conta de si mesmas, eu preferiria antes que isso se desse pelo bem delas, e não sob a pretensão de prevenir que elas prejudiquem a capacidade que deveriam ter de oferecer à sociedade benefícios que a sociedade não pode pretender de forma justa que tenha o direito de exigir”. p. 155.

persuasão, reprovação moral ou afastamento das outras pessoas são as únicas medidas de que a sociedade pode, livremente, dispor para exprimir seu desagravo. Daí decorre a máxima de que somente as ações que forem prejudiciais aos interesses de terceiros é que estão sujeitas à punição legal, com a responsabilização pessoal do indivíduo³⁷. Dessarte, a má conduta puramente autocentrada não está sujeita a meios de prevenção e punição. Assim, o princípio da liberdade constitui-se num verdadeiro princípio de justiça³⁸, assinalando a fronteira e limites legítimos da coerção social e política sobre as pessoas. E, como já notado, para Mill, tal coerção só é permitida em caso de dano para os outros, representado na forma de violações dos direitos ou de deveres significativos assentados em interesses vitais³⁹. Sob esse aspecto, a liberdade é caracterizada como “zona inviolável” e, por isso, o direito ao livre desenvolvimento pessoal, o direito à individualidade e à autonomia recebam destaque especial, constituindo-se em condições prévias do bem-estar numa vida em sociedade⁴⁰.

No limite, com Hirsch, pode-se afirmar que o *harm principle* se constitui em algo parecido com a teoria do bem jurídico, podendo enriquecer o debate, colmatando possível complexidade e vaguidade do conceito bem jurídico, na medida em que exige o *harm to others* para ingerência na liberdade de um indivíduo, servindo, pois, como um critério limitador do bem jurídico, já que o princípio do dano reclama lesão ao interesse de outras pessoas, devendo, pois, ser contemplado de forma individualista⁴². E, diante da ênfase dada à lesão aos interesses de terceiros, pedra de toque para o *harm principle*, é que se pode analisar a penalização do consumo de drogas⁴³. Ora, por tais adendos, Hirsch entende, com acerto, que os danos resultantes do consumo de drogas são

³⁷ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010. p. 173.

³⁸ Conforme DONNER, Wendy; FUMERTON, Richard. *John Stuart Mill*. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 89.

³⁹ *Ibid.*, p. 89-90.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 90.

⁴¹ Os contornos do utilitarismo são dados por HART, Herbert L.A *Entre utilidad y derechos*. Tradução de Everaldo Lamprea Montealegre. Colombia: Universidad de Externado, 2003. Também importa leitura de HALPIN, Andrew. *Derechos, utilitarismo y moralidad: observaciones preliminares*. Tradução de Paula Torres Holguín. Colombia: Universidad de Externado, 2005.

⁴² HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el 'principio del daño. Tradução de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007. p. 45.

⁴³ Conforme HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). Madri: Marcial Pons, 2007. p. 45, na Alemanha, a lei de estupefacientes, que pune o consumo de drogas, protege, como no Brasil, o bem jurídico saúde pública.

auto-infligidos aos consumidores, não ofendendo interesses de terceiros, reputando a ideia da ameaça a um bem jurídico próprio como forçada, visto que um bem jurídico vinculado à saúde pública reclama danos à saúde de terceiras pessoas⁴⁴, que não o próprio consumidor. E conclui, asseverando que não se pode justificar a reação penal frente ao consumo voluntário de drogas, que não é suscetível de ser integrado nem na teoria do bem jurídico, nem na órbita do *harm principle*, mas, sim, com base em fundamentações paternalistas⁴⁵, de duvidosa aplicação no âmbito do Direito Penal.

3. A punição do consumo de drogas e a *legal paternalism*

No que concerne a legislação paternalista, a discussão assume relevo quando, no debate, se pretende incluir outros critérios de penalização para a hipótese de autolesões, na medida em que põe em cheque o princípio da autonomia pessoal. Logo, “o paternalismo direto no direito penal é a utilização de sanções penais para criminalização da conduta de uma pessoa que se autolesiona ou que tenta se autolesionar”⁴⁶. Com efeito, é no amago da legislação paternalista que se discute se o Direito Penal deve intervir para evitar uma conduta autolesiva. Conforme Hirsch, a justificação de normas fundadas no paternalismo depende, de forma decidida, da gravidade e da irreparabilidade dos danos autoinfligidos, bem como da intensidade e duração temporal da intervenção, assim como da racionalidade dos motivos que pode ter o agente para realizar sua conduta⁴⁷.

Sob esse aspecto, cumpre referir que a maioria dos sistemas penais modernos, de regra, evitam o paternalismo direito em seu Direito Penal, consagrando a impunidade das autolesões como critério de política criminal. Assim, a tentativa de suicídio e a autolesão dolosa, de acordo com o sistema penal pátrio, não são catalogadas como delitos. Entretanto, cumpre observar que a aquisição e posse de drogas (especialmente no caso brasileiro) constitui

⁴⁴ Ibid., p. 46.

⁴⁵ Ibid., p. 46.

⁴⁶ Conforme HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? Tradução de Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 67, p. 11-28, jul./ago. 2007.

⁴⁷ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. In: HEFENDEHL, Roland (Org.). Madri: Marcial Pons, 2007. p. 48.

uma exceção à regra, seguindo a sorte do sistema alemão (Hirsch)⁴⁸. Por outro lado, é inegável que se trabalha (e se admite) com o denominado “paternalismo indireto”, para punir comportamentos de terceiros que concorram para que outrem, intencionalmente, se lesione⁴⁹ ou contribui para isso, revelando-se, de outras, problemático o paternalismo direto no âmbito do sistema penal.

De outro lado, o debate sobre o paternalismo, caro à literatura anglo-americana sobretudo do século XIX, deve-se à formulação do “princípio da ofensa” de Stuart Mill, crítico das intervenções paternalistas, ofensivas à liberdade e à autonomia pessoal. Dele vem o ensinamento de que o Estado não deve empregar sua violência coativa para impedir que um indivíduo pratique autolesões, o que faz baseado na afirmação da ideia da autodeterminação (*personal sovereignty*), já que intervenções paternalistas ofendem a liberdade do agente⁵⁰. Dessa forma, na acertada lição de Hirsch, “a sanção penal não é uma forma adequada de coerção estatal para proteção de um agente contra a autolesão”⁵¹. E pode-se agregar um outro argumento, o do que o ato lesivo não pode ser imputado moralmente valorado (negativamente) ao agente, falecendo a função censuratória da pena⁵².

Nesse estado da arte, calha a doutrina de Greco⁵³, quando na análise da

⁴⁸ HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 67, p. 12, jul./ago. 2007.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 13. Hirsch, seguindo ensinamentos de G. Dworkin, nesse particular, aponta a existência de um paternalismo limitado, permitindo a intervenção estatal quando: 1) a autolesão é especialmente séria e irreversível (como o caso de morte ou de lesões corporais graves); 2) a pessoa parecer estar agindo em virtude de uma situação extraordinária de estresse; 4) a duração da intervenção é delimitada; e, 5) há restrições para intervenções repetidas. Entretanto, sinaliza que, mesmo na hipótese de um paternalismo limitado, não há espaço para um controle do Direito Penal, reclamando, ao contrário, intervenções coercitivas de outra natureza, como, por exemplo, de natureza civil ou administrativa. p. 17-18.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁵¹ *Ibid.*, p. 22.

⁵² *Ibid.*, p. 25. Com isso, afasta-se o argumento no sentido de que a punição ao porte/uso de drogas combate atos que vitimizariam outras pessoas, bem como pelo fato de que leva a outras consequências criminológicas e criminais, tais como roubos, furtos, vandalismo, enfim, fomenta a criminalidade. Ora, na objeção de Hirsch, esses resultados lesivos não podem ser imputados moralmente aos agentes originários e, sem tal imputação, revela-se inadequada a resposta penal, já que a posse e o uso de drogas não causa *per se* qualquer lesão ou perigo à outra. p. 25-26.

⁵³ GRECO, Luis. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de drogas com finalidade de uso próprio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 84-102, nov./dez. 2010. Segundo Greco, o Tribunal Constitucional argentino decidiu, no dia 25.08.2009, que o tipo penal da posse de droga para consumo próprio é inconstitucional, fundando-se, basicamente, em dois argumentos: a ineficácia do dispositivo como meio de combate às drogas na sociedade; e, violação do art. 19 da Constituição argentina, que declara que as ações privadas apenas interessam a Deus, e não, ao Direito Penal. No artigo, Greco, com o conhecimento e clareza que lhe é peculiar, substituiu a expressão “privacidade” ou “esfera privada”, notando que o termo que parece mais adequado é “autonomia” ou “soberania”, aproximando-se dos fundamentos do liberalismo, daí a sua consistência quando sufragou o pensamento jurisprudencial à Corte argentina, asseverando, com base na doutrina

decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de consumo próprio, destacou que a jurisprudência argentina emprestou proteção e afirmação ao princípio da autonomia/soberania pessoal, do qual todos os seres humanos são portadores e que deve se compatibilizar com a esfera de autonomia do outro. Por outro lado, Greco apresentou uma consideração relevante para o debate, a saber, comida gordurosa (e seus custos em termos de saúde pública), álcool (que onera, sobremaneira, o serviço da assistência social), masturbação, tatuagens ou esportes perigosos são todos permitidos e impunes, parecendo não serem passíveis de punição. E, no seu pensamento, o consumo de drogas se assemelha, em muitos aspectos a essas atividades. Dessarte, os argumentos que se aduzam em prol da criminalização da posse de drogas, por questão de coerência, devem superar o teste daqueles que não consideram tais atividades puníveis⁵⁴. Finalizando o artigo, Greco asseverou, com propriedade, que “a posse de droga para consumo próprio é um comportamento que não ultrapassa a esfera da autonomia e que, portanto, não pode ser proibido”^{55 56}.

Com isso, reafirma-se que os cidadãos têm, em princípio, soberania e capacidade de disposição sobre seus próprios bens, somente precisando da proteção estatal (pena de dependência com relação ao Estado-juiz, conforme Garapon⁵⁷ e Maus⁵⁸ quando não são capazes de proteger estes bens com suas

de Feinberg, que “o chamado paternalismo direto é inadmissível: o Estado não pode forçar os cidadãos à felicidade [...]. Isso significa também que a mera referência à periculosidade de uma ação não é suficiente para excluir que essa ação pertença ao âmbito de privacidade ou de autonomia do cidadão. E deve-se atentar para o fato de que o perigo concreto é a consequência da periculosidade e o elo entre a periculosidade e o dano. Isso significa que os danos indiretos, como custos para o sistema de saúde, o cometimento de outros fatos delitivos por parceiros ou apoio ao terrorismo e à criminalidade organizada tampouco são prova suficiente de que se ultrapassou a esfera da autonomia”. p. 95.

⁵⁴ GRECO, Luis. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de drogas com finalidade de uso próprio. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 101, nov./dez. 2010.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 102.

⁵⁶ Importa também a leitura, por estar relacionada com o tema em comento, GRECO, Luis. Casa de prostituição (art. 229, CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 92, p. 431-456, set./out. 2011. Do artigo, extrai-se importante passagem; “O único sentido que pode interessar a um Estado liberal, que é um Estado que permanece neutro diante das diferentes noções de vida boa, é o primeiro, o conceito político de dignidade. Porque um conceito perfeccionista de dignidade equivale a elevar o Estado, um aparato dotado de poderes coercitivos, ao rol de juiz sobre a virtude dos indivíduos”. p. 449.

⁵⁷ Conforme GARAPON, o crescente protagonismo do judiciário no mundo da vida (judicialização da política), num efeito perverso, pode criar a figura dos dependentes do Estado jurisdicional. Ver GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*.

próprias forças, na precisa lição de Schünemann⁵⁹. É por tal motivo que Schünemann, quando enfrenta o problema da “sedução das drogas”, seja do tabaco, álcool ou drogas propriamente ditas, aponta para a questão do paternalismo legal, sem se furtar de dizer que faz parte de um círculo cultural que se diviniza o álcool e se demoniza o haxixe, aduzindo que, no caso das drogas, “o Estado tem, portanto, o direito de fundar um monopólio do controle sobre a produção que pode, como bem jurídico intermediário (*kollektives zwischenrechtsgut*), ser protegido também por meio do Direito Penal”. De outro banda, no caso de posse de drogas para consumo, Schünemann estima que a saúde, no caso, é bem jurídico individual (do próprio consumidor), e não, coletivo, carecendo de legitimidade a proposta de transformá-lo, pela adição dos interesses individuais, em um bem jurídico coletivo. Mais, no seu entender o perigo que deriva da *canabis* é reativamente insignificante, daí por que se encontra frente a uma mera autocolocação em perigo, que se situa no âmbito da responsabilidade do próprio consumidor, sob pena de a legislação assumir contornos paternalistas, de duvidosa constitucionalidade⁶⁰.

Em termos de uma conclusão provisória, pode-se referir que o sistema penal se legitima na proteção dos chamados danos sociais⁶¹, não se prestando para imposição de meras formas de vida, isto é, para a consecução coercitiva de determinada ideologia, pois aí se apresenta mais factível como “tirania” das maiorias⁶². Com efeito, no âmbito do Estado Democrático de Direito, a pessoa se apresenta como um sujeito racional, que possui uma capacidade de autorreflexão, que, no dizer de Feinberg⁶³, compreende a autonomia em

Tradução de Maria Luiza Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 33-74.

⁵⁸ MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho e de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15-40. Nas palavras de Maus, “por isso, a ‘sociedade órfã’, de maneira paradoxal, promove a infantilização dos sujeitos, cuja consciência de suas relações de dependência também desvanece. Assim, os indivíduos e coletividade podem ser ainda mais facilmente dirigidos e transformados em objetos administrados pela legalidade objetiva e pelos mecanismos da sociedade industrial evoluída”. p. 15.

⁵⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *última ratio* da proteção de bens jurídicos! Tradução de Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 09-37, mar./abr. 2005.

⁶⁰ SCHÜNEMANN, Bern. El principio de protección de bienes jurídicos como punta de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. Tradução de María Martín Lorenzo e de Mirja Feldemann. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 197-226.

⁶¹ AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 117-158.

⁶² SCHÜNEMANN, op. cit., p. 13.

⁶³ FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford, 1984.

conexão com a autodeterminação para a tomada de decisões, o que faz com que o paternalismo direto não se aplique a sujeitos competentes⁶⁴. Assim, a punição da posse de drogas para consumo constitui-se num paternalismo direto no âmbito do Direito Penal, padecendo de legitimidade, respondendo a pressupostos ideológicos ou de proteção de valores (moralismo), pois o sistema penal incorpora delitos em vítimas⁶⁵.

No limite, é preciso que se leve a sério a “autonomia dos cidadãos”, pois em certas esferas, na acurada observação de Greco⁶⁶, o cidadão é soberano absoluto, notadamente no que atine à forma de viver ou ideal de “vida boa”, destacando-se, por outro lado, que a intervenção estatal nesse plano se caracteriza como ofensa ao princípio da autonomia. Por tais motivos, conforme Greco, é de se reconhecer “um direito a se drogar”, ainda que onere o sistema de saúde e não se admita um “maconheiro”, não havendo legitimidade para a utilização do Direito Penal contra posse de drogas. Deve-se, ainda na lição de Greco, respeitar a autonomia do cidadão, reconhecendo, que, em certas esferas e limites, só ele pode tomar decisões, reafirmando-se a esfera nuclear da vida privada⁶⁷.

Por outra parte, não se pode perder de vista que o proibicionismo tem-se revelado problemático, uma vez que o consumidor de drogas se encontra no espaço bélico da “guerra às drogas”, não raro sendo “demonizado”⁶⁸ e

⁶⁴ HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 67, p. 15, jul./ago. 2007.

⁶⁵ Ver SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. Tradução de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madri: Marcial Pons, 2007. p. 69-92. Na lição de Seher, o termo moralismo denota a proteção penal de representações morais, referindo, ainda, que a particularidade das normas moralistas radica que não remetem a uma relação autor-vítima, ou seja, não castigam uma lesão à pessoa, senão que protegem valores por si mesmos. p. 87.

⁶⁶ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (par. 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, p. 165-182, jan./fev. 2010. Conforme Greco, não se pode “esquecer a tese do liberalismo jurídico-penal, segundo o qual a imoralidade de um comportamento não é razão para puni-lo, e de desconhecer o potencial da própria teoria da esfera nuclear da vida privada”. p. 132.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 176-179.

⁶⁸ Nesse sentido, veja-se CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas do Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, especialmente p. 31-102. Segundo Carvalho, “o desenvolvimento atual de sistemas repressivos na intermitência sombria entre a democracia e o autoritarismo parece explicar a aproximação entre o Direito Penal do Inimigo e a ideia do Estado de exceção permanente [...]. Característica comum deste estado de inimizade, nas políticas de repressão à criminalidade de massas ou organizada, é a vulnerabilidade do sujeito ao rótulo da periculosidade, seja pela atribuição ou pela adesão ao estigma”. p. 85-87.

catalogado como “inimigo”⁶⁹, ou, segundo a perspectiva do binômio doente-criminoso⁷⁰, fomentando a tendência expansionista do poder punitivo. É preciso, portanto, questionar a proposta punitiva, pondo em destaque os danos e perdas humanas causadas pela política criminal repressiva⁷¹.

4. Drogas e a necessária política criminal de redução dos danos

É de um raro consenso a afirmação no sentido de que a sociedade pós-fordista convive com o fenômeno da expansão do Direito Penal (ou crise de crescimento⁷²), a ponto de se chegar à sociedade excludente ou sociedade do controle⁷³, que instrumentaliza o sistema penal para fazer frente à ruína do Estado social fordista⁷⁴, solapado pelo neoliberalismo financeiro⁷⁵. Cuida-se de

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007. No entendimento de Zaffaroni, na atualidade expansionista do poder punitivo, o inimigo da sociedade (ou estranho) é o ser humano considerado como ente perigoso ou daninho, e não, como uma pessoa com autonomia ética. Nas suas palavras, “[...] a globalização, ao debilitar o poder de decisão dos Estados nacionais, empobreceu a política até reduzi-la à sua expressão mínima. As decisões estruturais atuais assumem, na prática, a forma pré-moderna definida por Carl Schmitt, ou seja, limitam-se ao mero exercício do poder de designar o inimigo, para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total”. p. 17.

⁷⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raul. La legislación 'anti-droga' latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. *Fascículo de Ciências Criminais: Drogas abordagem interdisciplinar*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 16-25, abr./jun. 1990.

⁷¹ Ver LABROUSSE, Alain. *Geopolítica de las drogas*. Tradução de Laura Graciela Klang. Buenos Aires: Marea, 2011. No pensamento de Labrousse, a denominada “guerra à droga”, capitaneada pelos EUA, responde à necessidade imediata de um “novo inimigo”, mormente após o desaparecimento do perigo comunista, numa verdadeira “cruzada contra o mal” para forjar uma identidade coletiva. Mais, no seu entendimento, a guerra à droga, na realidade, corresponde a interesses políticos e econômicos, principalmente para exercer um controle permanente na Colômbia, país com costa sobre o Pacífico e Caribe, daí o porquê da segurança privada ali existente para dar proteção às empresas petrolíferas americanas radicadas em solo colombiano. Por fim, no que se refere às perspectivas de reforma das políticas antidrogas, após constatar o fracasso da política repressiva, notou-se que o cenário não acena positivamente para o implemento de uma política de redução dos danos, mas, sim, de se recorrer às medidas punitivas e seguir tratando o consumidor como delinquente, e pequenos traficantes como criminosos perigosos. Ver. p. 107-108.

⁷² Por todos, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 3. ed. amp. Buenos Aires; Montevideo: IBDEF, 2011.

⁷³ GARLAND, David. *A cultura do controle: o crime e a ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. No pensamento de Garland, a mudança no controle do crime, representada pelo fim do *welfarismo* penal e suas práticas inclusivas, rumo a um controle total, tem a ver, não apenas por considerações criminológicas, mas, sim, com a chegada da pós-modernidade, que transformou as condições sociais e políticas sobre as quais se assentava o campo do controle do crime moderno, bem como pelo neoliberalismo econômico que, no contexto da política, reduziu o programa previdenciário. Ver p. 181-289.

⁷⁴ Ver DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz Garcia e de Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 87-110.

⁷⁵ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. Conforme Wacquant, em ares de neoliberalismo o Estado é convertido à ideologia do mercado, pretendendo remediar com um “mais “Estado” policial e previdenciário o “menos

uma nova penalogia, que Cepeda⁷⁶ define “como criminalização da pobreza”, ou seja, um modelo de controle que impõe a exclusão seletiva de uma parte da população que não tem função para o sistema produtivo, revitalizando o axioma da “lei e ordem”, separando, segregando o “outro” (os inimigos da sociedade, os não pessoa⁷⁷, os novos *homo sacer* do século XXI)⁷⁸. Nesse cenário de agudização do sistema de bem-estar e da existência de uma verdadeira demanda social por segurança, abre-se um perigoso espaço para o denominado “populismo punitivo”⁷⁹, que, conforme Larrauri⁸⁰, aparece informado por três vetores: que penas maiores podem reduzir a taxa de criminalidade; que as penas ajudam a reforçar o consenso moral; que o discurso punitivo produz ganhos políticos eleitorais. Dito de outra maneira, presencia-se uma tendência de se governar pelo crime, procurando-se combater as inseguranças globais, especialmente as inseguranças econômicas produzidas pela deslocalização das empresas (globalização econômica) e as mudanças sociais, priorizando-se a responsabilização pessoal, com a eleição de um inimigo comum⁸¹. Em uma palavra, instrumentaliza-se o Direito Penal

Estado” econômico e social, que é a própria causa da escalada generalizada de insegurança objetiva e subjetiva. Ver p. 07-08. Consultar, de igual sorte, do mesmo autor, *Los condenados de la ciudad: gueto, periferias y Estado*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2007. p. 29-56.

⁷⁶ CEPEDA, Ana Isabel Pérez. La criminalización de la pobreza y la expansión de la población carcelaria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, jan./fev. 2010.

⁷⁷ O conceito de não pessoa é cunhado por DAL LAGO, Alessandro. *Personas y no-personas*. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. *Identidades comunitárias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144. Conforme Dal Lago, nas instituições totais e suas diversas estratégias de desumanização (guerra, campos de concentração, tortura ou extermínio organizado, prisão etc.), os imigrantes irregulares, nômades e apenados são as categorias mais suscetíveis de serem tratadas como não pessoas, isto é, seres humanos que apenas intuitivamente são pessoas, mas que foram revogados, de fato ou de direito, implícita ou explicitamente, no discurso jurídico-político, à qualificação de pessoa e suas atribuições peculiares. Segundo Dal Lago, “en la cárcel se mantiene a los seres humanos como tales em términos puramente vitales, mientras que sus personas son limitadas y em ocasiones destruidas mediante al recurso a prácticas que buscan disolver los espacios y los tiempos de la sociabilidad”. *Ibid.*, p. 128-129.

⁷⁸ CEPEDA, op. cit., p. 259. Consultar, da mesma autora, *La seguridad como fundamento de la deriva de derecho penal postmoderno*. Madrid: lustel, 2007. p. 29-68 e 308-437.

⁷⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminología: una fundamentación para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 103-112. O problema do uso político do Direito Penal, na acurada observação de Albrecht, é que a intervenção jurídico-penal produz um mecanismo de ofuscação e encobrimento dos problemas sociais, que passam a ser personalizados, escapando de uma atribuição política. O conflito social é deslocado, sistematicamente, para cenários colaterais. “Desvia-se do núcleo do problema. A escolha de ‘ovelhas negras’ purifica o rebanho [...]”. *Ibid.*, p. 108-109.

⁸⁰ LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias em las penas alternativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 66-87, mar./abr. 2005.

⁸¹ *Ibid.*, p. 67.

para fazer política (*governing through crime*)⁸². O que se revela olvidado nesse discurso totalizante é que o sistema da economia neoliberal⁸³ finca sua estrutura na entronização do capitalismo financeiro e de serviços, encolhendo a política social dos Estados e desprezando as populações descartáveis e a exclusão social⁸⁴, carreando os descartáveis e consumidores falhos⁸⁵ ao consumo de drogas e ao controle formal e informal^{86 87}.

Sob esse aspecto, não se pode perder de vista que os funcionais discursos repressivo-proibicionistas, que atuam de forma global, mormente após os atentados de 11.09.2001⁸⁸, estabeleceram uma política bélica de “guerra à criminalidade”⁸⁹, equiparando figuras díspares, como terrorista, traficante de drogas, imigrante ilegal etc., ao inimigo perigoso, que deve ser

⁸² Nesse sentido, CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998, especialmente p. 149 e seguintes.

⁸³ Consultar GÓMEZ, José María (Org.). *América Latina y el (Des)orden global neoliberal: hegemonia, contrahegemonia, perspectivas*. Buenos Aires, Clacso, 2004.

⁸⁴ Ver DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y practicas da sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera Beiras e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005. p. 127 e seguintes.

⁸⁵ Ver BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 47 e seguintes. Na lição de Bauman, “os consumidores são os principais ativos da sociedade de consumo, enquanto os consumidores falhos são os passivos mais irritantes e custosos. A população excedente é mais uma variedade do refugio humano. Ao contrário dos *hominis sacri*, das vidas indignas de serem vividas, das vítimas dos projetos de construção da ordem, seus membros não são alvos legítimos excluídos da proteção da lei por ordem do soberano. São, em vez disso, baixas colaterais, não intencionais do progresso econômico”. Ver, do mesmo autor: *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. 2. ed. Tradução de Victoria de los Ángeles Boschioroli. Barcelona: Gedisa, 2008. p. 73-145.

⁸⁶ NEUMANN, Elias. El modelo neoliberal y la legalización de las drogas. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez. *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1349-1362.

⁸⁷ Não se pode perder de vista que a criminalidade na América Latina é considerada um alarmante problema de saúde pública, pois se constituiu em uma das principais causas de morte da população jovem, estando intimamente vinculado com a questão das drogas. Nesse sentido é a lição de KLIKSBURG, Bernardo. *Falacias e mitos do desenvolvimento social*. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001. No que se refere às causas do aumento da criminalidade na região, além de variáveis históricas, culturais, demográficas, Kliksberg aponta à deterioração dos dados sociais (especialmente do aumento da pobreza e concentração de renda), como possíveis causas da criminalidade de grave magnitude. p. 160-162 Ver, do mesmo autor, *Másética, más desarrollo*. 2. ed. Buenos Aires: Temas, 2004.

⁸⁸ Conforme BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporáneas. In: CABANA, Patricia Farando (Diretora). BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel; PUENTE ABA, Luz María (Coord.). *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 16-63. No pensamento de Brandariz García, o atentado de 11 de setembro de 2001 instituiu mundo afora a “cultura da emergência” e o paradigma da “guerra permanente”, estabelecendo uma nova economia do controle social, difundindo novas formas de controle social, ampliando o conceito schmittiano de amigo/inimigo, já que o novo inimigo é o terrorista, que é individualizado mas, ao mesmo tempo, difuso. Trata-se de um novo marco que normaliza a gestão do controle social com base na “cultura da emergência”. E, de acordo com esse novo paradigma de construção social, o risco apresentado pelo inimigo é apresentado e vivido como excepcionalidade, devendo o Estado responder de forma urgente e excepcional, o que é exemplificado pelos “prisioneiros de Guantánamo. Ver. p. 54-60.

⁸⁹ Veja-se, nesse particular, BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki Rivera (Org.). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005.

combatido a qualquer custo⁹⁰. E, no ambiente desse “estado de exceção⁹¹” e de “emergência penal”, a guerra se direciona contra as pessoas dos produtores, distribuidores e consumidores das substâncias e matérias-primas proibidas, sem qualquer discussão e recorte, abarcando, por exemplo, o pequeno e o grande traficante na mesma proposta punitiva. Instaure-se um ambiente de guerra preventiva ao combate aos dissidentes, borrando-se as figuras do outro⁹² (estranho/diferente), em que o “anormal”, o consumidor de drogas se confunde com o papel do “criminoso”, “terrorista”, enfim do “inimigo”⁹³. Com isso, legitimam-se legislações de emergência ou de exceção, que primam pelo abandono do sistema de garantias e pelo punitivismo expressivo-simbólico⁹⁴.

Sob esse aspecto, cumpre notar que os maiores riscos e danos relacionados com as drogas qualificadas como ilícitas não provêm delas mesmas, como leciona Karam, mas sim, do proibicionismo. Nas suas palavras, “são os danos aos direitos fundamentais, que estão a ameaçar a própria preservação do modelo de Estado de Direito Democrático. Em matéria de drogas, o perigo não está na circulação, mas sim na proibição, que aproxima a

⁹⁰ Consultar BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempo de declive del Estado social y crisis del Estado-nación*. Granada: Comares, 2007, especialmente p. 39-65. Segundo Brandariz García, com a crise do Estado social, ruiu o ideal de inclusão, inclusive no que respeita à orientação criminológica, pois o pensamento atual é excluir e neutralizar as classes perigosas. A exclusão social é interpretada como fenômeno insuperável, que tende a normalizar-se, notadamente pelo sistema penal. São tempos de trânsito da sociedade da disciplina à sociedade do controle, donde surge a obsessão pela segurança, bem como a emergência penal, desenhada em um novo Direito Penal do inimigo, superador do Estado de Direito. Ver. p. 27-28.

⁹¹ Os contornos do “Estado de exceção”, que, em apertada síntese, caracteriza-se pela suspensão do Estado de Direito e seu sistema de garantias, são dados por AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁹² Ver BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel et al. *Guerra global permanente: la nueva cultura de la inseguridad*. Madrid: Catarata, 2005.

⁹³ KARAM, Maria Lucia. *Drogas e redução dos danos*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, p. 128-144, jan./fev. 2007.

⁹⁴ Que, conforme CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 57, constituem a linha de evolução do Direito Penal do inimigo de Jakobs. Sob esse aspecto, concernente ao punitivismo, Cancio Meliá informa sobre a tendência de o legislador agir “com firmeza” dentro de uma gama de delitos a serem regulados, com o incremento das penas previstas. E, nesse particular faz referência ao apenamento do Código Penal espanhol para o delito das infrações relativas ao tráfico de drogas e substâncias psicotrópicas, que, face à regulação contida no texto de 1995, passou de um a quatro anos para três a nove anos de privação de liberdade. Nas suas palavras, “portanto, o Direito penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal. A seguir, poderá ser examinado o que surge de sua união: O Direito penal do inimigo”. p. 65.

democracia de Estados totalitários⁹⁵. A questão que se manifesta e preocupa é que o proibicionismo, que intensifica os danos, pois desloca para o sistema penal um verdadeiro exército de pobres e miseráveis, impõe um discurso único, que mais desinforma e deseduca, ocultando os fatos, pois, afinal, por que se consomem, na atualidade, tantas drogas? Por que motivo se demonizam pessoas e substâncias⁹⁶? Como diz Neuman⁹⁷, não se pode esquecer de que as drogas são neutras e não possuem vontade; ao contrário, são as pessoas que possuem vontade e desejo de consumi-las. De outro lado, parece que a política proibicionista não tem alcançado seus objetivos, já que a repressão penal não logrou proibir nada (Neuman), não obstante tenham proliferado convênios internacionais e regionais para perseguir o crime da droga. Nesse particular, Neuman é categórico em afirmar que a repressão e a proibição só servem para alimentar o tabu, favorecendo o consumo e aumentando o preço do produto, favorecendo o traficante, que talvez seja quem melhor aproveita, com inteligência e dinheiro, a política de controle penal das drogas⁹⁸. Por tal motivo que Neuman conclui dizendo que “legalizar las drogas o lícitas y admitir la no punibilidad de las conductas que le vinculan constituye una respuesta contra el tráfico internacional. Reafirma la soberanía de la persona humana sobre su cuerpo, mente y volición [...]”⁹⁹.

Compartilha a mesma visão pessimista Albrecht¹⁰⁰, na sua análise da política criminal alemã no combate às drogas, notando que a luta contra as drogas não só levou à criação de tipos penais punitivos, expandindo o controle penal, mas também alterou as estruturas do processo penal (garantistas, que foram flexibilizadas, criou a figura do agente infiltrado, vigilância videoeletrônica etc.), constituindo um aspecto do Direito Penal moderno, que privilegia, às vezes, as estratégias preventivas e controle dos riscos e uma reprodução, ainda que tímida, dos abusos policiais. E aí surge um paradoxo, pois, no dizer

⁹⁵ KARAM, op. cit., p. 140.

⁹⁶ Ver KARAM, Maria Lucia. *Drogas e redução dos danos*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, p. 130-131, jan./fev. 2007.

⁹⁷ NEUMAN, Elias. El modelo neoliberal y la legalización de las drogas. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez. In; *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1352.

⁹⁸ Neuman, p. 1352. No mesmo sentido é o pensamento de LABROUSSE, Alain. *Geopolítica de las drogas*. Buenos Aires: Marea, 2011. p. 64-65, quando alude que um dos efeitos nefastos da política proibicionista é de ordem econômica, isto é, do valor agregado, daí o porquê de não ser estranho que as forças estatais que combatem o tráfico estejam intimamente envolvidas nele.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 1350.

¹⁰⁰ ALBRECHT, Hans J. Políticas (criminales) e o problema das drogas: evoluções e tendências na República Federal da Alemanha. Tradução de Fauzi Hassan Chukr. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, p. 24-32, abr./jun. 1999.

de Albrecht¹⁰¹, o Estado permite a prática de crimes que ele busca evitar, em nome da prevenção/repressão. O problema é que o preço pago por essas políticas ultrapassa de longe os problemas secundários, a saber, o mercado negro, a criminalidade organizada e a estrutura (auto)destrutiva da “cena aberta” da pauperização¹⁰². Dessa forma, ainda segundo Albrecht, é preciso um certo abandono das políticas repressivas, havendo necessidade de se implementar uma política de favorecimento às condições de consumo com risco reduzido, acrescentando que a distribuição legal de drogas, uma vez controlada pelo Estado, constitui-se em um tema “politicamente correto”¹⁰³.

Nesse estado da arte, parece que a melhor solução para a questão aponta para uma política de redução dos danos, seguindo-se um princípio corrente na Europa “da terapia em vez da pena”, que ensina que ao usuário não se deveria, em primeira linha, ser imposta uma pena, devendo o Estado submetê-lo a um tratamento de saúde, sendo, portanto, o consumo de drogas equiparado às doenças da psique ou saúde¹⁰⁴. De se notar que a legislação penal sobre as drogas não é adequada para realizar os “objetivos abundantes” do controle penal, que, pela sua complexidade, deve ser integrado ao sistema de saúde. O Direito Penal pode, no máximo, conforme Karsai, representar um efeito simbólico ou uma legislação “moralizante”¹⁰⁵. Sob essa ótica, a complexidade do fenômeno, que recusa um recorte meramente punitivo, conduziu ao fracasso de proibicionismo, que somente se mantém por conta de uma enganosa publicidade, que escamoteia a realidade (Karam¹⁰⁶). De outras, oculta-se que a clandestinidade e o proibicionismo criminalizador aumentam, sobremaneira, o custo da droga e impedem o controle de qualidade das substâncias comercializadas, contribuindo para sua adulteração e

¹⁰¹ Ibid., p. 27.

¹⁰² ALBRECHT, Hans J. Políticas (criminales) e o problema das drogas: evoluções e tendências na República Federal da Alemanha. Tradução de Fauzi Hassan Chukr. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, p. 28-29, abr./jun. 1999.

¹⁰³ Ibid., p. 29. Conforme Albrecht, deve-se implementar estratégias de diminuição dos riscos, tais como distribuição de seringas, colocação à disposição de locais especialmente destinados ao consumo de drogas, onde se oferecem serviços médicos e socorros, chegando-se ao tratamento no sentido de reduzir as lesões que são supervenientes ao processo de abstinência ou do abandono definitivo do consumo. Ver. p. 29.

¹⁰⁴ KARSAI, Krisztina. As questões fundamentais de uma legislação penal sobre as drogas (Esboço de uma legislação comparada sobre drogas). Tradução de Rósula Kelly Medrado A. Passos. *Revista Brasileira de Ciências Penais*, São Paulo, n. 92, p. 97-120, set./out. 2011.

¹⁰⁵ Ibid., p. 118-119.

¹⁰⁶ KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, p. 141, jan./fev. 2007.

desconhecimento de sua potência (como é o típico caso do *crak* e outros subprodutos da cocaína), trazendo maiores riscos à saúde dos consumidores, culminando por levar os miseráveis a uma vida indigna e à morte. Por isso que a efetiva redução dos riscos e dos danos associados às drogas qualificadas como ilícitas passa, no magistério de Karam, pela legalização da produção, da distribuição e do consumo, libertando, dessa forma, milhares de pessoas que se encontram atrás das grades, contendo o poder punitivo¹⁰⁷.

É preciso que se substitua o “emergencialismo” por uma criminologia integrada pelo social e econômico¹⁰⁸, que cerca o controle penal, assentando-se que não se pode apostar apenas no Direito Penal para combater a criminalidade e, de resto, para equacionar a complexa questão das drogas, que não pode ser reduzida a um problema de ordem pública. Na precisa lição de Moccia¹⁰⁹,

[...] o emergencialismo gerou o uso simbólico do direito penal por presumidas exigências de eficiência político-criminal, que acabaram por suplantam a busca de soluções muito mais eficientes de política social geral. Nada de novo: trata-se da freqüente representação que caracteriza a histeria e esterilidade das políticas criminais com ênfase na segurança¹¹⁰.

Ora, é nessa cultura da busca da segurança representada no controle penal que se “desencoraja” uma solução extrapenal (Moccia), mais idônea para resolver o questão das drogas. Enquanto a “razão permanece entorpecida” pela crença do proibicionismo, proliferam legislações de luta/emergência penal (como é o caso da lei de drogas), que convertem o criminoso em *homo sacer* ou inimigo (não pessoa), que podem ser excluídos, neutralizados e humilhados, em um retorno ao modelo social fundado em critérios de utilidade, danosidade social, em uma reconstrução do inimigo¹¹¹. Em uma palavra, é necessário que

¹⁰⁷ KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, p. 144, jan./fev. 2007.

¹⁰⁸ Conforme TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología: una contribución a una teoría social de la conducta desviada*. Madrid: Amorrortu, 2007. p. 287-303.

¹⁰⁹ MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada no Estado Social de Direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 92, p. 31-57, set./out. 2011.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 35.

¹¹¹ PORTILHA CONTRERAS, Guillermo. La configuración del 'homo sacer' como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Org.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1401-1423. Conforme Portilha Contreras, o símbolo atual da pós-modernidade é a exclusão generalizada e permanente da multidão, bem como da excepcionalidade, que, desde Giorgio Agamben, sempre foi a regra da modernidade. Assim, o *homo sacer*, quer dizer, a vida nua, insacrificável

se rompa com o “grotesco” da penologia contemporânea, que, segundo Pavarini¹¹², refere-se ao excesso de punição.

A modo de uma conclusão em termos provisórios, pode-se referir que não é possível fazer política com o Direito Penal, que só está aparelhado para resolver conflitos interindividuais, não estando em condições para abordar o complexo fenômeno do uso de drogas. No ensinamento de Albrecht¹¹³, o desacerto da política estrutural administrativa ou da segurança social nunca pode ser compensado através do Direito Penal. É preciso conter a dor penal e a “matança legalizada” que o tema das drogas produz (Christie¹¹⁴), pois, do contrário, uma grande proporção de homens das classes mais baixas viverá a maioria de suas vidas ativas nos presídios.

5 Considerações Finais

A política criminal proibicionista do porte de drogas para consumo não evita a difusão e o consumo de drogas. Ao contrário, facilita o “tabu”, que pode estimular o consumo. Logo, a política repressiva, que tem se intensificado na América Latina e no cenário global, não logrou proibir nada; ao contrário, ampliou consideravelmente o número de usuários e, por outro lado, a organização do crime por parte dos traficantes, conforme denuncia Neuman. Ora, esses argumentos, ao que parece, são relevantes para que se amplie o debate e se leve a sério a proposta de legalizar as drogas e de se estabelecer um controle sobre a produção/distribuição. A epidemia do *crak* e similares, de baixíssima qualidade, mas de um efeito vulnerante em termos de dependência e ofensa à saúde dos usuários miseráveis, que circulam pelas cidades, na condição de moribundos “invisíveis”, também constitui um bom argumento. De outras, é inegável que a penalização intensifica os danos, pois desloca o

se encontra à disposição do soberano. Ver. p. 1402-1403.

¹¹² PAVARINI, Massimo. El grotesco de la penologia contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 81, p. 230-279, nov./dez. 2009. Na lição de Pavarini, o grotesco da penalidade moderna, em apertada síntese, tem a ver com o excesso de punição, que leva ao aumento desmedido da população carcerária, que está relacionado com a criminalidade “predatória” de massas, num verdadeiro regresso a uma “penologia fundamentalista”. p. 270-273.

¹¹³ ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: CASABONA, Carlos María Romeu. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 471-487.

¹¹⁴ CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 177.

usuário à clandestinidade e à marginalidade, inibindo uma política social ativa (similar, por exemplo ao fumo) em termos de saúde pública, uma vez que o foco prioritário é a política criminal. Pelo que parece, a repressão só beneficia o grande traficante e o crime organizado (não se confundindo com o pequeno traficante, que busca sustentar seu consumo e, que, por isso deveria ter um tratamento punitivo diverso), que auferem fortunas, na medida em que a criminalização encarece o custo da droga, não havendo, inclusive controle acerca de sua potência ou qualidade.

Por outro lado, deve-se reafirmar a soberania da pessoa humana sobre seu corpo, mente, desejos, revelando-se uma verdadeira incongruência penalizar aquele que se autolesiona com o consumo (suicídio e autolesão são impuníveis!), pois é inegável que a punição do porte de substâncias entorpecentes para o uso viola o princípio da autonomia, constituindo-se numa indevida ingerência do Estado na esfera privada e íntima (e, pois, absoluta) do cidadão. Cuida-se de uma legislação paternalista/moralista, já que tenciona punir aquele que se autocoloca em uma situação de risco, em ofensa ao princípio liberal da liberdade, que afirma que, em certas áreas (ideal de vida boa), a pessoa é soberana de forma absoluta.

O Estado deve conter sua biopolítica¹¹⁵ que exerce sobre o consumidor de drogas, detendo a tendência da humanidade que parece que não pode passar sem a eleição do inimigo da vez para forjar sociabilidade, como bem adverte Eco¹¹⁶, quando aduz que a figura do inimigo, sempre em construção, não pode ser e não foi abolida dos processos civilizatórios. Sob esse aspecto, pode-se dizer que o possuidor de drogas e o pequeno traficante, especialmente de *crak*, por vezes são personalizados como verdadeiros inimigos e causadores da desordem e da insegurança. Ora, a melhor segurança que se pode obter no frágil quadro de uma sociedade democrática é aquela que se abre para a contingência e indeterminação, em que, de resto, se encontra o problema das drogas. Logo, o desejo de segurança, como leciona Innerarity, deve evoluir do enfrentamento e da proteção para a colaboração, pois, como

¹¹⁵ Ver BOLTON, Rodrigo Karmy (Ed.). *Políticas de la interrupción: ensayos sobre Giorgio Agamben*. Chile: Esparate, 2011. p. 113-155.

¹¹⁶ ECO, Umberto. *Construir o inimigo e outros escritos ocasionais*. Tradução de Jorge Vaz de Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2011. p. 11-35. Conforme Eco, “não é necessário atingir os delírios de 1984 para nos reconhecermos como seres que têm necessidade de um inimigo. Estamos a ver quanto pode o medo dos novos fluxos migratórios. Alargando a toda etnia as características de alguns membros que vivem numa situação de marginalidade, está-se hoje a construir, em Itália, a imagem do inimigo romeno, bode expiatório ideal de uma sociedade que, arrastada num processo de transformação também étnica, não consegue já reconhecer-se”. p. 35.

ele mesmo diz, não é fácil converter o inimigo em colaborador, devendo-se recorrer a procedimentos mais primários, encarando as causas dos problemas (que podem estar no espetáculo do consumo, no qual a droga é só mais um compartimento) e degradação social e, principalmente “procurando que haja menos problemas, pois as soluções são sempre más”¹¹⁷.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- ALBRECHT, Hans J. Políticas (criminales) e o problema das drogas: evoluções e tendências na República Federal da Alemanha. Tradução de Fauzi Hassan Chukr. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, n. 26, p. 24-32, abr./jun. 1999.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal em la intervención de la política populista. In: CASABONA, Carlos María Romeu. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 471-487.
- AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 117-158.
- BAUMAN, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*. 2. ed. Tradução de Victoria de los Ángeles Boschioroli. Barcelona: Gedisa, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Democracia, liberdade de expressão e dissenso: “Marcha da maconha” e limites constitucionais à interpretação do art. 287 do CP. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, São Paulo, n. 91, p. 489-530, jul./ago. 2011.
- BERGALLI, Roberto. Las funciones del sistema penal em el estado constitucional de derecho, social y democrático; perspectivas socio-juridicas. In: BERGALLI, Roberto (Org.). *Sistema penal y problemas sociales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2003. p. 25-82.
- BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki Rivera (Org.). *Política criminal de la guerra*. Barcelona: Anthropos, 2005.
- BOLTON, Rodrigo Karmy (Ed.). *Políticas de la interrupción: ensayos sobre Giorgio Agamben*. Chile: Esparate, 2011.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel et al. *Guerra global permanente: la nueva cultura de la inseguridad*. Madrid: Catarata, 2005.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social em las sociedades contemporáneas. In:

¹¹⁷ INNERARITY, Daniel. *A sociedade invisível: como observar e interpretar as transformações do mundo actual*. Tradução de Manuel Ruas. Lisboa: Teorema, 2009. p. 168.

CABANA, Patricia Farando (Diretora). BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel; PUENTE ABA, Luz María (Coord.). *Nuevos retos del derecho penal em la era de la globalización*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004. p. 16-63.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión: el sistema penal em tiempo de declive del Estado social y crisis del Estado-nación*. Granada: Comares, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal: parte general*. Madri: Trotta, 2006.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 3. ed. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas do Brasil (estudo criminológico e dogmático)*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. La criminalización de la pobreza y la expansión de la población carcelaria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, p. 258-294, jan./fev. 2010.

CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *La seguridad como fundamento de la deriva de derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Tradução de Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: SILVEIRA GORSKI, Hector C. *Identidades comunitárias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000. p. 127-144.

DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia: postfordismo y control de la multitud*. Tradução de José Ángel Brandariz Garcia e de Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

DE GIORGI, Alessandro. *Tolerancia cero: estrategias y practicas da sociedad de control*. Tradução de Iñaki Rivera Beiras e Marta Monclús. Barcelona: Virus, 2005.

DONNER, Wendy; FUMERTON, Richard. *John Stuart Mill*. Lisboa: Edições 70, 2011.

ECO, Umberto. *Construir o inimigo e outros escritos ocasionais*. Tradução de Jorge Vaz de Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2011.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o direito depois da crise*. São Paulo: Saraiva, 2011.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*. New York: Oxford, 1984.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARLAND, David. *A cultura do controle: o crime e a ordem social na sociedade contemporânea*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de drogas comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GÓMEZ, José María (Org.). *América Latina y el (Des)orden global neoliberal: hegemonia, contrahegemonia, perspectivas*. Buenos Aires, Clacso, 2004.

GRECO, Luís. Casa de prostituição (art. 229, CP) e direito penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 92, p. 431-456, set./out. 2011.

GRECO, Luis. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de drogas com finalidade de uso próprio. *Revista Brasileira*

- de *Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 84-102, nov./dez. 2010.
- GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (par. 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, p. 165-182, jan./fev. de 2010.
- GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- HALPIN, Andrew. *Derechos, utilitarismo y moralidad: observaciones preliminares*. Tradução de Paula Torres Holguín. Colombia: Universidad de Externado, 2005.
- HART, Herbert L.A. *Entre utilidad y derechos*. Tradução de Everaldo Lamprea Montealegre. Colombia: Universidad de Externado, 2003.
- HASSEMER, Winfried. Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? Tradução de Beatriz Spínola Tártalo. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007. p. 95-104.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.
- HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007.
- HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. Tradução de Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 103-120, nov./dez. 2010.
- HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. Tradução de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland (Coord.). *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madri: Marcial Pons, 2007. p. 37-68.
- HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? Tradução de Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 67, p. 11-28, jul./ago. 2007.
- IGLESIAS SKULJ, Agustina. Estrategias de pensamiento para la política criminal em la era de la globalización. In: HOYOS, Gustavo Balmaceda (Coord.). *Problemas actuales de derecho penal*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. p. 15-51.
- INNERARITY, Daniel. *A sociedade invisível: como observar e interpretar as transformações do mundo actual*. Tradução de Manuel Ruas. Lisboa: Teorema, 2009.
- KARAM, Maria Lucia. *Drogas e redução dos danos*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, p. 128-144, jan./fev. 2007.
- KARSAI, Krisztina. As questões fundamentais de uma legislação penal sobre as drogas (Esboço de uma legislação comparada sobre drogas). Tradução de Rósula Kelly Medrado A. Passos. *Revista Brasileira de Ciências Penais*, São Paulo, n. 92, p. 97-120, set./out. 2011.
- KLIKSBERG, Bernardo. *Falacias e mitos do desenvolvimento social*. Tradução de Sandra Trabucco Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2001.
- KLIKSBERG, Bernardo. *Másética, más desarrollo*. 2. ed. Buenos Aires: Temas, 2004.
- LABROUSSE, Alain. *Geopolítica de las drogas*. Tradução de Laura Graciela Klang. Buenos Aires: Marea, 2011.
- LARRAURI, Elena. Nuevas tendencias em las penas alternativas. *Revista*

Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 53, p. 66-87, mar./abr. 2005.

MARX, Karl. *Las crisis del capitalismo*. Tradução de Alberto Nadal Fernández. Madrid: Sequitur, 2009.

MAUS, Ingeborg. *O judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho e de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELOSSI, Dario. Ripartire de una sconfitta. *Stuti sulla Questione Criminale*, Roma, n. 1, p. 07-15, 2008.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2010.

MOCCIA, Sergio. O controle da criminalidade organizada no Estado Social de Direito: aspectos dogmáticos e de política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 92, p. 31-57, set./out. 2011.

NEGRI, Antonio. *La forma-Estado*. Tradução de Raúl Sánchez Cedillo. Madrid: Akal, 2003.

NEUMANN, Elias. El modelo neoliberal y la legalización de las drogas. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez. *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1349-1362.

PAVARINI, Massimo. El grotesco de la penología contemporânea. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 81, p. 230-279, nov./dez. 2009.

PORTILHA CONTRERAS, Guilherme. *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo modernista*. Valência: Tirant lo Blanch, 2007.

PORTILHA CONTRERAS, Guilherme. La configuración del 'homo sacer' como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial. In: ÁLVAREZ, Fernando Pérez (Org.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 1401-1423.

POZO, Rodrigo Christian Cardoso. La seguridad ciudadana como tendencia político criminal y contexto del nuevo proceso penal; algunas consideraciones sobre sus posibles repercusiones sobre en el procedimiento abreviado. In: HOYOS, Gustavo Balmaceda (Coord.). *Problemas actuales de derecho penal*. Santiago do Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007. p. 289-345.

REALE JUNIOR, Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 85, p. 41-76, jul./ago. 2010.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general I: fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña e Outros. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

SCHÜNEMAN, Bern. El principio de protección de bienes jurídicos como punta de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. Tradução de María Martín Lorenzo e de Mirja Feldemann. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 197-226.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *última ratio* da proteção de bens jurídicos! Tradução de Luis Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 09-37, mar./abr. 2005.

SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada em principios y el concepto de bien jurídico. Tradução de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEL, Roland. *La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático*. Madri: Marcial Pons, 2007. p. 69-92.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. 3. ed. amp. Buenos Aires; Montevideo: IBDEF, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. Punição criminal ao porte de entorpecentes

para uso próprio e irracionalismo repressivo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 88, p. 167-186, jan./fev. 2011.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *La nueva criminología: una contribución a uma teoría social de la conducta desviada*. Madrid: Amorrortu, 2007.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. *Nova lei de drogas, crimes, investigação e processo*. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. La legislación 'anti-droga' latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario. *Fascículo de Ciências Criminais: Drogas abordagem interdisciplinar*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 16-25, abr./jun. 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.