



**ANTONIO MENEGHETTI FACULDADE
BACHARELADO EM DIREITO**

ANDRESSA ZACARIAS BETTEGA

**UMA ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS GILMAR MENDES E LUÍS
ROBERTO BARROSO NO RE N.º 635.659 ACERCA DO PORTE PESSOAL DE
DROGAS SOB O VIÉS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Restinga Sêca, RS

2024

ANDRESSA ZACARIAS BETTEGA

**UMA ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS GILMAR MENDES E LUÍS
ROBERTO BARROSO NO RE N.º 635.659 ACERCA DO PORTE PESSOAL DE
DROGAS SOB O VIÉS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito do Curso de Graduação em Bacharelado em Direito da Faculdade Antonio Meneghetti (AMF), sob orientação do Professor Mestre Bruno Seligman de Menezes.

Restinga Sêca, RS

2024

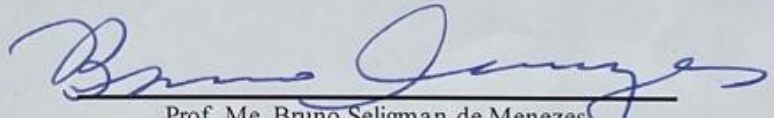
ANDRESSA ZACARIAS BETTEGA

UMA ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS GILMAR MENDES E LUÍS ROBERTO BARROSO NO RE N.º 635.659 ACERCA DO PORTE PESSOAL DE DROGAS SOB O VIÉS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

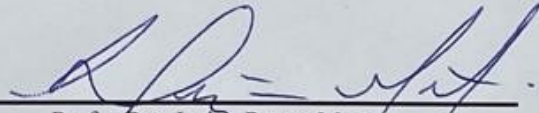
Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Faculdade Antonio Meneghetti-AMF.

Orientador: Me. Bruno Seligman de Menezes

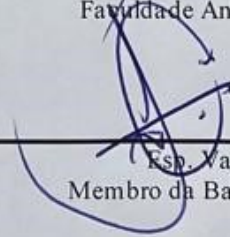
COMISSÃO EXAMINADORA



Prof. Me. Bruno Seligman de Menezes
Orientador do Trabalho de Conclusão de Curso
Faculdade Antonio Meneghetti



Profa. Dra. Luiza Rosso Mota
Membro da Banca Examinadora
Faculdade Antonio Meneghetti



Esp. Wagner Sobierai
Membro da Banca Examinadora

Recanto Maestro, 05 de dezembro de 2024.

**UMA ANÁLISE DOS VOTOS DOS MINISTROS GILMAR MENDES E LUÍS
ROBERTO BARROSO NO RE N.º 635.659 ACERCA DO PORTE PESSOAL DE
DROGAS SOB O VIÉS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA**

Andressa Zacarias Bettega¹

Bruno Seligman de Menezes²

RESUMO:

A criminologia emerge como ferramenta crucial na busca por respostas quanto à percepção e interpretação dos agentes judiciais em relação à realidade criminal no Brasil e para quem são direcionadas as implementações de medidas de prevenção e de controle do delito. Assim, entender o comportamento criminoso torna-se fundamental para desenvolver mecanismos de prevenção do crime e a ressocialização daquele já inserido no ciclo da drogadição. Este é um assunto que há muito tempo gera grande discussão acerca do aumento significativo da traficância em nossa sociedade e formas de combatê-lo. Nesse contexto, diante do momento atual da sociedade e das discussões que a cercam, é imperioso investigar as divergências e pontos de contato entre os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, especialmente em relação ao Recurso Extraordinário n.º 635.659. Esses votos representam a visão da sociedade em relação à criminalização do porte de drogas e causam impacto, além de enriquecerem o estudo da criminologia. Além disso, compreender suas fundamentações e os impactos de suas decisões não apenas enriquece o campo da criminologia, mas também contribui para um entendimento mais amplo das políticas públicas e sociais relacionadas à drogadição e à justiça criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia, Porte de drogas, RE n.º 635.659.

ABSTRACT:

Criminology emerges as a crucial tool in the search for answers regarding the perception and interpretation of judicial agents in relation to the criminal reality in Brazil and to whom the implementation of crime prevention and control measures are directed. Therefore, understanding criminal behavior becomes fundamental to developing crime prevention mechanisms and the resocialization of those already involved in the cycle of drug addiction. This is a subject that has long generated great discussion about the significant increase in drug trafficking in our society and ways to combat it. In this context, given the current situation in society and the discussions that surround it, it is imperative to investigate the divergences and points of contact between the votes of Ministers Gilmar Mendes and Luís Roberto Barroso, especially in relation to RE n.º. 635.659. These votes represent society's vision regarding the criminalization of drug possession and have an impact, in addition to enriching the study of criminology. Furthermore, understanding their rationales and the impacts of

¹ Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade – AMF. E-mail: andressabettega16@gmail.com.

² Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Professor do Curso de Direito da Antonio Meneghetti Faculdade – AMF. E-mail: bruno@professorpenal.com.br.

their decisions not only enriches the field of criminology, but also contributes to a broader understanding of public and social policies related to drug addiction and criminal justice.

KEY-WORDS: Criminology. Drug Possession. RE n.º 635.659.

INTRODUÇÃO

A criminologia crítica surge como uma abordagem que questiona as estruturas de poder e as desigualdades sociais que influenciam o sistema penal. Nesse contexto, a análise dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário n.º 635.659, referente ao porte pessoal de drogas, sob a ótica da criminologia crítica, torna-se relevante para compreender como as decisões judiciais podem perpetuar ou questionar as dinâmicas de controle social, ao qual está inserido em um debate acerca de políticas de drogas e do sistema penal brasileiro, no qual a criminologia crítica tem papel fundamental.

O contexto de criminalização do porte pessoal de drogas e os impactos desproporcionais dessa criminalização em determinados grupos sociais evidenciam a necessidade de uma abordagem crítica e reflexiva sobre as decisões judiciais relacionadas a esse tema. Portanto, a contextualização do tema se dá no âmbito das tensões entre direito penal, a criminologia crítica e as políticas públicas de drogas.

Dessa forma, é importante analisar, de forma crítica e comparativa, os votos dos ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, considerando seus posicionamentos. A relevância do estudo se evidencia pela necessidade de compreender como as abordagens críticas da criminologia podem dialogar com o sistema penal, influenciando as práticas judiciárias. Além disso, o estudo busca contribuir para o debate sobre a efetividade do sistema de justiça criminal e o impacto das decisões judiciais na vida das pessoas envolvidas com o porte de drogas.

Diante deste cenário, surge a questão central desta pesquisa: quais os pontos de contato e de divergência entre os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso no RE n.º 635.659 quanto a criminalização do porte pessoal de drogas?. Desse modo, o objetivo geral da pesquisa, dispõe-se em analisar os votos dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso proferidos no RE n.º 635.659 em relação à aplicação do art. 28 da Lei 11.343/06, sob a perspectiva da criminologia crítica.

Ainda, como objetivos específicos, tem-se como propósito traçar e explorar as principais teorias da criminologia; analisar os conflitos trazidos nos votos dos ministros no Tema 506 do Supremo Tribunal Federal em relação à compatibilidade do art. 28 da Lei 11.343/06 e o art. 5º, X da Constituição Federal, e a distinção proposta por Mendes entre a descriminalização do porte e legalização de drogas ilícitas e ao fim, identificar os pontos de contato e de divergência nos votos proferidos pelos ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, relacionando a abordagem e interpretação deles com o estudo da criminologia crítica.

Nesse sentido, o estudo foi dividido através de três capítulos: no primeiro será abordado a evolução da criminologia, partindo da teoria antiga, conhecida como criminologia positivista até chegar ao marco da criminologia crítica, apontando as principais diferenças entre elas; o segundo capítulo discorre sobre os conflitos trazidos dentro dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso no tema 506 do Supremo Tribunal, abordando também a distinção entre descriminalização e legalização das drogas, abordada por Mendes em seu voto; por fim, será relacionado os pontos de contato e divergência entre os votos proferidos pelos ministros, utilizando-se da criminologia crítica.

Nesse passo, cabe ressaltar que o presente trabalho apresenta como método de abordagem a forma dedutiva, uma vez que parte da evolução do estudo da criminologia crítica para analisar os votos dos ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, fazendo uma análise das ideias e identificando pontos de contato e de divergência. Outrossim, cabe enfatizar que o método de procedimento utilizado é o monográfico e comparativo, justificando-se pela análise e comparação entre os votos do recurso extraordinário. Ainda, como técnica de pesquisa será aplicada a técnica de estudo bibliográfico sobre a evolução da criminologia, e também a técnica documental com o estudo de caso dos votos proferidos.

1 A CRIMINOLOGIA CRÍTICA: ORIGEM, EVOLUÇÃO E PRINCIPAIS TEORIAS

No contexto histórico, desde o seu surgimento, o estudo da criminologia evoluiu, trazendo vários fatores considerados relevantes que influenciam diretamente na criminalidade e nas causas dos crimes.

Como marco inicial, no século XIX, a criminologia surgiu para buscar a origem da delinquência e a causa do delito, utilizando-se das ciências naturais, como a etiologia criminal, fundamentando o estudo com enfoque positivista, trazendo que a

criminalidade seria um meio natural de comportamento, por meio de características individuais determinados por conta do contexto social a que se está inserido, formação social, econômica ou até mesmo, patológica (Carvalho, 2022).

Sob essa perspectiva, a criminologia é apresentada como um conjunto de conhecimentos, ao qual se atribuiria, ou não, um caráter científico, tendo como principal objetivo o exame da causa e a explicação da relação entre o crime e o criminoso. Dessa forma, na visão positivista, a criminologia deveria ser tratada como um simples exame explicativo do que é o crime e quem é o criminoso, não questionando a construção política do direito penal, no sentido de estudar o como, porque e para quê se ameaçam penalmente determinadas condutas e não outras, com um resultado prático em demonstrar estatisticamente, o modo em que se alcançam sempre pessoas de determinada classe (Batista, 2004, p. 27-29).

Nesse sentido, aborda-se a grande crítica em relação à criminologia positivista, vez que não questiona a construção política do direito penal, no que diz respeito ao questionamento do porquê, para quem e como se ameaçam somente determinadas condutas e não outras, que atingem determinados interesses e não outros, com o resultado prático, estatisticamente demonstrado, de se alcançar sempre determinados grupos de pessoas, além de excluir a aparição social de comportamentos desviantes, seja pelo silêncio estratégico do legislador, seja pelo descompasso moral aos quais se instalariam instrumentos de controle social aplicáveis e sua constante transformação histórica, seja ela pela própria etiologia, como fato relevante. (Batista, 2004)

A visão criminológica positivista não questionava esses fatores, trata o episódio criminal como episódio individual a embasar a ordem legal como uma ordem natural, nas palavras da doutrina, não por acaso, seus precursores procuraram tematizar um homem delinquente, que ao lado dos “loucos morais”, viola a ordem legal, ou um “delito natural”, que atinge sentimentos encontrados nas “raças superiores”, indispensável para a “adaptação do indivíduo à sociedade”, isto é para a manutenção da ordem legal. (Batista, 2004, p. 30-31).

Nesse norte, a criminologia positivista traz a adoção da prisão em massa e da atuação policial como uma forma de controle em relação à população, criando a ideia de que os indivíduos eram livres e iguais, ao mesmo tempo em que o Estado adotava práticas de violência como forma de controle de alguns destes indivíduos,

ao qual não eram verdadeiramente tratados como “todos iguais”, baseando-se em um discurso médico em relação ao delinquente. (Da Veiga Dias, 2020)

A criminologia positivista clarifica uma abordagem do delito como uma doença, algo que seria passível de ser “curado”, fomentando a ideia e criação dos manicômios e tratando a ideia como algo passível de ser resolvido, por meio da medicina, sendo possível fazer algo em relação a determinados sujeitos portadores de anomalias e imperfeições, mesmo que este ser tenha uma base física e de temperamento imodificável. Essa teoria aborda a resolução da problemática entre o crime e o delinquente, fazendo uma diferenciação entre quem é delinquente e quem não é, com base em um argumento médico, chamado de higienismo, enquanto discurso médico social para fundamentar e justificar o processo de exclusão e eliminação de sujeitos, afluindo a segregação dos indivíduos que não deveriam se reproduzir (Da Veiga Dias, 2020).

Em síntese, a lente criminológica não incidia sobre o Estado, sociedade ou qualquer outro fator externo e sim, restava sobre o sujeito delinquente e sua inescusável normalidade, sintetizando-se no “homem delinquente”, enquanto espécie distinta dos demais seres humanos. As construções positivistas trazem um viés racista e até mesmo sexistas, como forma de inferiorização do sujeito em suas classificações, não sendo somente um pensamento da elite na época, mas sim uma visão disseminada na mídia e entre classes populares, sendo reproduzidos no teatro, livros e demais produções de entretenimento (Da Veiga Dias, 2020).

A visão criminológica positivista no Brasil, com certeza trazia consigo também a questão racial, porém, na visão da doutrina brasileira, mesmo que influenciada pela ideia europeia, preocupou-se mais com as causas sociais do que com as individuais do delito, no sentido de considerar incompatíveis algumas punições oriundas de práticas religiosas, por exemplo, tendo como pressuposto as posições de magistrados que consideravam inferiores alguns grupos sociais. Porém, o sistema penal brasileiro teve, desde sempre, uma atuação racista, vez que trazia como “marginalizada” práticas como capoeira, vista como representação da população ex-escrava que não estava apta ao modelo de trabalho capitalista. (Da Veiga Dias, 2020, p. 44-45).

Nesse sentido, a criminologia positivista não pode continuar a servir de panorama de produção de classificações, processo de exclusão e segregação racial e social que justificam ideologia e teorias opostas a diferentes grupos de seres

humanos, reforçando a lógica capitalista desigual da sociedade contemporânea. Ao passo que, a criminologia positivista funciona como um marco histórico-criminológico, tendo sua devida contribuição ao estudo, mas que não deve permanecer fomentando ideias completamente conflitantes com um sistema penal orientado pelos direitos humanos (Da Veiga Dias, 2020, p. 52-53).

Com isso, há de se prosseguir com o estudo da criminologia, para o fim de demonstrar alternativas e prejuízos causados em torno de uma postura ultrapassada e cheia de preconceitos, ao qual causa prejuízos irremediável a determinado grupo social, principalmente quando esses pensamentos já se encontram contaminados pela mídia.

Com isso, há o surgimento da criminologia crítica, ao qual pode ser definida como uma abordagem que desafia as explicações convencionais do crime, as quais ignoram frequentemente as desigualdades estruturais e as dinâmicas de poder que moldam a sociedade. Ao invés de focar exclusivamente no comportamento individual e na responsabilidade pessoal, a criminologia investiga como as leis, as instituições e as práticas de justiça penal perpetuam a desigualdade e o controle social.

O estudo da criminologia parte do objetivo de questionar a ideia de que o sistema de justiça criminal é um árbitro neutro e imparcial e, propõe que ele, na verdade, serve para manter a ordem social existente, protegendo os interesses dos grupos dominantes. Assim, a criminologia crítica enfatiza a necessidade de uma análise estrutural e sistêmica do crime e da justiça (Zaffaroni, 2011).

Sob essa lógica, investiga a criminalização seletiva a partir da diferenciação entre criminalização primária, consubstanciada na elaboração das leis penais, na forma de ato e efeito de sancionar uma lei que incrimina ou permite a punição de certas pessoas, bem como a criminalização secundária, que consiste na ação punitiva exercida sobre pessoas concretas (Zaffaroni, 2011).

Ao contrário da criminologia tradicional, a criminologia crítica procura verificar o desempenho prático do sistema penal, inserindo este na disciplina de uma sociedade de classes historicamente determinadas e trata de investigar, no discurso penal, as funções ideológicas de proclamar uma igualdade e neutralidade desmentidas pela prática, cabendo-lhe a tarefa de “fazer aparecer o invisível” (Batista, 2004, p.33).

A atualidade da criminologia crítica traz consigo o estudo focado no pensamento criminológico, no controle social e na violência institucional, para isso,

são abordadas duas teorias, as chamadas teoria tradicional e teoria crítica. A teoria tradicional consiste na capacidade de análise que o sistema possui para compreender a realidade, regida pelo princípio de não contradição, utilizando o paradigma etiológico, como já mencionado anteriormente, cujo método de investigação pressupõe a identificação do criminoso em seu ambiente natural (Carvalho, 2022).

[...] método de investigação pressupõe a identificação do criminoso, isolamento dos demais (não criminosos), classificação conforme a espécie, identificação da patologia (periculosidade), anamnese do nível de pré-disposição criminal e o prognóstico de tratamento, objetivando anular a periculosidade (causa).[...] (Carvalho, 2022, p. 68)

Já na teoria crítica, enfrenta de forma mais direta os problemas que atingem o núcleo do direito penal e da criminologia, o escritor e doutrinador Salo de Carvalho menciona Neumann, Rusche e Kirchheimer como os definidores do âmbito de incidência da teoria crítica nas ciências criminais, pois proporcionam conceber distintos níveis de abordagem na criminologia e no direito penal, sendo elas a análise teórica e empírica das violências estruturais e institucionais, a crítica ao direito penal em relação aos fundamentos e funções instrumentais desempenhadas e a dogmática crítica, que consiste na avaliação normativa das incoerências do sistema jurídico-penal e as políticas criminais alternativas (Carvalho, 2022).

Na atualidade, a fundamentação da crítica jurídica pode ser estabelecida em quatro planos, o primeiro em relação à crítica direcionada a teoria tradicional, pautado no positivismo, projetando a reflexão quanto à negação do postulado causal-determinista do delito e do caráter patológico do delinquente. Já o segundo plano, diz respeito aos fundamentos e pressupostos do direito penal dogmático, que derivam de uma postura crítica voltada à negação dos discursos de igualdade e de imparcialidade na criminalização primária e à negação de qualquer caráter positivo atribuído à sanção penal. (Carvalho, 2022).

O terceiro e quarto plano direciona a crítica ao funcionamento do sistema punitivo, tanto na parte de conduzir a demonstração do caráter seletivo de incidência do controle penal, quanto no projetamento de uma perspectiva estrutural crítica do sistema político-econômico que configura o sistema punitivo, além da relação de dependência existente entre as questões de poder e relações de produção. A conversão da crítica criminológica e da crítica do direito penal em políticas criminais alternativas é um evidente processo de qualificação da teoria. (Carvalho, 2022)

A criminologia crítica é uma abordagem que questiona as estruturas sociais, políticas e econômicas que geram a criminalidade e o controle social. Essa perspectiva busca entender as causas do crime para além da visão individual do criminoso, analisando o contexto social e as relações de poder que influenciam as práticas criminais. Ao contrário das abordagens tradicionais, a criminologia crítica coloca em discussão as desigualdades estruturais, as políticas de segurança pública e a seletividade do sistema penal, visando contribuir para a transformação social e a busca por justiça.

O movimento da criminologia crítica ganhou projeção no final dos anos de 1960 e no início dos anos de 1970, tendo como função principal, denunciar a seletividade do sistema penal, desmistificando a premissa de que pune todos de forma igual, visto ser essa a função do direito penal (Andrade, 2012). A criminologia crítica têm origens diversas, compartilhando alguns pontos em comum, mas também apresentando diferenças significativas, especialmente em relação aos seus conceitos.

No início dos anos de 1990, Zaffaroni pensou em “estratégias” capazes de realizar certa contenção do poder punitivo na América Latina, propondo a inserção de discursos não violentos em instâncias informais de controle, especialmente em universidade, sendo igualmente importante a neutralização do aparelho de propaganda violenta do sistema penal, ou seja, a contenção da mídia na propagação da cultura punitiva (Zaffaroni, 2001, p. 175 e 177).

Restringindo-se a criminologia crítica voltada para a realidade da América Latina, partindo do pressuposto doutrinário de que as teorias criminológicas importadas de demais países centrais, como Estados Unidos e Europa, não atendem às especificidades regionais, argumenta que o neocolonialismo continua influenciando os sistemas penais latino-americanos, replicando estruturas de dominação e controle impostas por potências estrangeiras.

A principal vertente da criminologia crítica na América Latina, construída sobre a crítica de Eugenio Raúl Zaffaroni, busca criticar profundamente o sistema penal tradicional, considerando-o uma ferramenta de controle social que perpetua desigualdades e marginaliza grupos vulneráveis, abordagem essa, marcada por uma forte perspectiva humanista e por uma análise crítica do papel do Estado na criminalização das populações marginalizadas (Zaffaroni, 2011).

Nessa visão, é abordado o sistema penal como um mecanismo de poder que exerce controle social, principalmente, sobre os mais pobres e vulneráveis. Nessa forma, a função do direito penal em sociedades desiguais não é apenas punir condutas criminosas, mas também reafirmar a ordem estabelecida e proteger os interesses das classes dominantes. A principal crítica acerca do sistema penal é por este ser determinantemente seletivo, discriminando grupos sociais e resultando em um processo de criminalização secundária, onde certos grupos são constantemente alvo de repressão estatal, como minorias raciais, étnicas e sociais (Zaffaroni, 2011).

Além disso, faz uma crítica consistente quanto ao encarceramento em massa, sob a visão de que este seria uma forma de extermínio social, ou seja, as prisões funcionam como espaços de exclusão e que não contribuem em nada para a ressocialização e sim, para a desumanização ainda maior dos presos, perpetuando ainda mais o ciclo de violência e marginalização (Zaffaroni, 2011).

Para isso, um dos cerne que mais defende, é a teoria do direito penal mínimo, propondo a restrição do uso do sistema penal ao mínimo necessário, reservando a criminalização apenas para condutas que causam danos graves e que não podem ser resolvidas por outros mecanismos. Juntamente, critica o uso excessivo da punição como solução para problemas sociais e defende a despenalização de determinados comportamentos (Zaffaroni, 2011).

Ainda, sob tal ótica, tal teoria traz o poder punitivo como exercido de forma seletiva (por isso do termo seletividade penal antes mencionado), tendo como forte influência de preceitos de gênero, classe e raça como sendo mecanismo de controle social, que serve para manter as desigualdades, fazendo conexão direta entre a teoria crítica e a defesa dos direitos humanos, ao qual entende que a redução do poder punitivo é uma forma de promover dignidade humana (Zaffaroni, 2011).

A nova forma de pensar e realizar criminologia consiste na ideia de formar e desenvolver o pensamento criminológico com capacidade de crítica, não ficando limitado a descrição histórica ou ao desenvolvimento de suas teorias, mas sim, investigar para apontar direções e sugerir possibilidade para a construção de uma crítica robusta e eficiente quanto as ciências criminais, procurando encontrar saídas visando novas perspectivas no agir dos atores do direito penal, processual penal e criminológico, enfatizando a necessidade de reformar ou repensar profundamente o sistema penal, tornando-o menos punitivo e mais atento às questões de justiça social e direitos humanos.

2 CONFLITOS TRAZIDOS NOS VOTOS DOS MINISTROS GILMAR MENDES E LUÍS ROBERTO BARROSO NO RE N.º 635.659 DO STF

A descriminalização das drogas é um tema que se reveste de alta carga moral e, por isso, gera intenso debate, especialmente no Brasil, onde a ideia de descriminalizar o uso de entorpecentes ainda encontra resistência significativa em parte da sociedade. Esse caráter moral também gera conflito com o direito, que busca objetividade na aplicação das normas, mas enfrenta desafios ao lidar com questões tão profundamente enraizadas em valores culturais e éticos.

A política de proibição de drogas no mundo passou a ser discutida em 1961, com a Convenção Única sobre Drogas e Narcóticos, onde vários países se comprometeram a combater o uso de drogas. (Valois, 2021). Com a aderência do Brasil à Convenção Única sobre Drogas da Organização das Nações Unidas (ONU), começou-se uma verdadeira “guerra” para combater o tráfico e o uso de entorpecentes no país.

O Recurso Extraordinário 635.659 (Tema 506 do STF)³, ao qual tramita no Supremo Tribunal Federal, foi interposto após uma condenação com fulcro no art. 28 da Lei 11.343/06, em que uma pessoa foi abordada no interior de unidade prisional do Estado de São Paulo, portando 3 gramas de maconha. Vejamos o que dispõe o artigo 28 da Lei de Drogas:

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.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs o recurso com base na proteção do art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988, ao qual tornou inviolável a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, visando a decretação da inconstitucionalidade da pena a ele aplicada.

Dessa forma, o Ministro Gilmar Mendes é o relator do presente recurso extraordinário, que juntamente com o Ministro Luís Roberto Barroso, proferiram seus

³ Todos os trechos dos votos dos Ministros citados ao longo do capítulo provêm do inteiro teor dos votos proferidos no Recurso Extraordinário n.º 635.659/SP, Rel. Min, Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, de 22/02/2011.

votos, sendo estes favoráveis em relação à inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, porém, com algumas ressalvas que chamam atenção para o estudo da criminologia.

Para realizar uma análise e apontar os conflitos trazidos nos votos mencionados, é necessário, primeiramente, entender a visão e posicionamento de ambos os ministros. Com isso, passa-se a abordar o voto do Ministro e Relator Gilmar Mendes, ao qual à luz do princípio da proporcionalidade, mediante um exame de sua adequação e necessidade, fez exposições aos crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no âmbito da Lei de Drogas, no que tange ao usuário.

Em seu voto, fez grande abordagem em relação à utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no direito constitucional, envolvendo, assim, a apreciação da necessidade e adequação de uma providência adotada. Com isso, argumenta quanto à possibilidade do controle de constitucionalidade material da atividade legislativa em matéria penal, ao qual refere que o Tribunal estaria incumbido de examinar se o legislador utilizou de sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção de bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar.

Nesse seguimento, aborda os três níveis de controle de intervenção ou restrição a direitos fundamentais, a partir da jurisprudência sedimentada pela Corte Constitucional Alemã. No primeiro nível, o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valorização e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias, ou seja, a norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente idôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental. Vejamos trecho do voto de Gilmar Mendes quanto ao assunto:

Assim, o controle de evidência em matéria penal haverá de ser exercido com cautela, de forma a não malferir a ampla margem de avaliação, valorização e conformação conferida ao legislador. Nesse sentido, uma eventual declaração de inconstitucionalidade deve fundamentar-se em inequívoca inidoneidade das medidas adotadas em face dos bens jurídicos objeto da proteção penal. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

No segundo nível, chamado de controle de justificabilidade, está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento então disponíveis. O controle de constitucionalidade estende-se à questão de se verificar se o legislador levantou e

considerou, suficientemente, todas as informações disponíveis, e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma.

No âmbito desse denominado controle de justificabilidade (ou de sustentabilidade), assumem especial relevo as técnicas procedimentais postas à disposição do Tribunal e destinadas à verificação dos fatos e prognoses legislativos, como a admissão de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas, previstas em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.868/99. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

No terceiro nível, o controle material de intensidade aplica-se às intervenções legislativas que, a exemplo das leis penais, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal. Assim, quando estiver evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para, então, fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância.

O voto, em seguida, aborda a questão dos crimes de perigo abstrato, onde a criminalização ocorre sem a necessidade de um dano concreto ao bem jurídico em si. Na visão do relator, reconhece que o legislador pode tipificar condutas que, em abstrato, representem um risco à saúde pública, mas enfatiza que essa tipificação deve ser feita com base em critérios proporcionais e justificados.

Dessa forma, refere que o legislador pode, dentro de suas margens de avaliação e de decisão, definir medidas mais adequadas e necessárias à efetiva proteção de bens jurídicos dessa natureza, mas, por outro lado, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, os quais, por sua vez, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade.

Assim sendo, refere que é necessário analisar as circunstâncias específicas do caso concreto trazido a julgamento, para aferir o grau potencial de lesão aos bens jurídicos que se buscou tutelar por meio do direito penal, sendo essas, as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, fundado no princípio da proporcionalidade.

Entretanto, o Ministro faz a ressalva em que é necessário algumas considerações acerca do diversificado leque de políticas regulatórias em relação à posse de drogas para o uso pessoal. Mendes argumenta que o processo de

descriminalização vem se multiplicando em muitos países, com o apoio da Organização das Nações Unidas (ONU), assim, adotando programas de práticas que visam mitigar as consequências sociais negativas decorrentes do consumo de drogas psicoativas, legais ou ilegais, atribuindo a isso, a denominação de *redução de danos e de prevenção de riscos*.

Quando se cogita, portanto, do deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública, está se tratando, em última análise, da conjugação de processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos, e não de legalização pura e simples de determinadas drogas, na linha dos atuais movimentos de legalização da maconha e de leis recentemente editadas no Uruguai e em alguns Estados americanos. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Com isso, passa a analisar a norma impugnada com base no princípio da proporcionalidade, mediante um exame de sua adequação e necessidade, utilizando do controle de evidência e de justificabilidade. Mendes aborda o traço distintivo entre os arts. 28 e 33 da Lei 11.343/06, no que diz respeito aos elementos de tipificação das condutas incriminadas, ao qual reside na expressão *“para uso pessoal”*, que consta no art. 28 da respectiva Lei, ao qual se entende que levou ao legislador, conferir tratamento diferenciado a usuários e traficantes.

Todavia, deriva da própria política de drogas adotada, que a criminalização do porte não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes, voltados à atenção para a saúde e a reinserção social, circunstância demonstrada claramente no sistema. Apesar dos objetivos elencados no Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas (SISNAD), sabe-se que na prática, a mera previsão de conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, ao qual acaba neutralizando os objetivos elencados no SISNAD.

Ressalta que a Lei de drogas traz tratamentos distintos entre o mundo do tráfico, mas deixa de lado a distinção entre usuários e traficantes, aos quais é sabido que passam a ser classificados como traficantes em geral, o que gera o grande aumento de prisões em flagrante por posse de drogas, muitas vezes, sem que haja qualquer menção ou indícios de envolvimento do indivíduo ao tráfico de drogas.

O padrão de abordagem é quase sempre o mesmo: atitude suspeita, busca pessoal, pequena quantidade de droga e alguma quantia em dinheiro. Daí pra frente, o sistema repressivo passa a funcionar de acordo com o que o policial relatar no auto de flagrante, já que a sua palavra será, na maioria das vezes, a única prova contra o acusado. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Notou-se, nas pesquisas, um certo padrão nos flagrantes por tráfico de drogas. Na sua maioria, os flagrantes são realizados pela Polícia Militar, em via pública e em patrulhamento de rotina. Revela a pesquisa, também, que se prende, no geral, apenas uma pessoa por ocorrência e a prova se limita, de regra, ao testemunho da autoridade policial que efetuou a prisão.

Observou-se, ainda, que a média de apreensão foi de 66,5 gramas de droga. Constatou-se, ademais, que os autuados representam uma parcela específica da população: jovens entre 18 e 29 anos, pardos e negros, com escolaridade até o primeiro grau completo e sem antecedentes criminais. Além disso, respondem ao processo com privação da liberdade.

Nesse contexto, é inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade.

Quanto ao controle de justificabilidade, Mendes refere que não existem estudos suficientes ou que gerem evidência que comprovem que a repressão quanto ao uso pessoal de drogas seria a melhor maneira de combater o tráfico. Ao contrário, Mendes refere e defende que existem modelos menos rígidos quanto a temática, utilizando-se da despenalização ou de descriminalização do porte pessoal, ao qual, ao contrário do que grande parte da sociedade acreditaria, não gerou aumento na proporção da população que já faz uso regular de drogas.

Dessa forma, ao se discutir a aplicação do direito penal como forma de reprimir a posse de drogas, tem-se que tal conduta traria dano apenas ao usuário. Em contraste com esse entendimento, levanta-se a tese de que a incriminação do porte de droga para uso pessoal se justificaria em função da expansibilidade do perigo abstrato à saúde. Nesse contexto, a proteção da saúde coletiva dependeria da ausência de mercado para a traficância. Em outras palavras, não haveria tráfico se não houvesse consumo. Além disso, haveria uma relação necessária entre tráfico, consumo e outros delitos, como crimes contra o patrimônio e violência contra a pessoa.

Somado a isso, há a discussão entre o direito coletivo à saúde e à segurança pública e, o direito à intimidade e à vida privada, como direito de autodeterminação.

Cabe ressaltar que não se cuida, em seu voto, de ignorar os riscos e malefícios associados ao uso de drogas, mas em examinar se a restrição penal mostra-se, neste contexto, inexoravelmente necessária, e, para isso, é indispensável haver uma ponderação entre os valores discutidos, contemplando-se as circunstâncias peculiares de cada caso.

Dessa forma, Mendes ressalta que há de se verificar em que medida os riscos sujeitos aos interesses coletivos podem justificar a conversão deste em um objeto que deve ser protegido pelo direito penal. Portanto, a saúde pública, por mais que seja um direito coletivo, sozinha, sem que sejam analisadas as circunstâncias, não há de exigir determinado grau de lesão individual para poder diretamente determinar uma intervenção do direito penal. Mendes ainda utiliza o exemplo do tabaco e álcool, visto que ambos ainda não afetam suficientemente a saúde pública a ponto de gerar uma criminalização, aos quais, hoje, sofrem determinadas restrições de uso em público, passíveis de aplicação de medidas administrativas.

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação. [...] O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Na visão do relator, as condutas entre usuário e traficante são deveras excessivamente afastadas para ambas sofrerem atribuições dos efeitos penalizadores, não merecendo o usuário estar dentro do âmbito da imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação de autolesão e a autolesão é criminalmente irrelevante no ponto de vista de Mendes.

Ao final, defende a aplicação de medidas alternativas à criminalização, ressaltando que devem ser consideradas as características e peculiaridades do país para haver uma regulamentação nesse sentido.

O Ministro Barroso inicia seu voto fazendo uma ressalva em relação à diferença entre descriminalização, despenalização e legalização. A descriminalização trata do ato de deixar de tratar algo como crime, despenalizar é o ato de deixar de punir com pena de prisão, mas punir com outras medidas, ao qual é o que vem vigorando atualmente na respectiva legislação, já o ato de legalizar

significa que o direito considera aquilo como algo normal e que não deve ensejar qualquer sanção, seja ela penal ou administrativa.

O presente recurso pretende a descriminalização, ou seja, o consumo de drogas ainda é ilícito, o que se discute é saber se o direito deveria agir na forma de penalizar o porte pessoal para consumo ou entende por este ser um ato que deve ser aplicada determinada medida administrativa ou outros instrumentos. Barroso traz que os direitos fundamentais funcionam como uma reserva mínima de justiça aplicável a todas as pessoas e oponíveis às maiorias políticas, funcionando como limites ao legislador e mesmo ao poder constituinte.

Diante disso, aborda dois pontos explicativos para entender sua visão, são estes o contextualismo e o consequencialismo. O contextualismo significa que a realidade concreta de determinada situação, deve ser baseada na solução adequada a ela, sendo que o consequencialismo deve obter o resultado prático de uma decisão com um elemento decisivo sua prolação, ou seja, cabe ao juízo produzir decisão que tragar as melhores consequências possíveis para a sociedade na totalidade.

Barroso pontua as três principais prioridades ao tratar sobre a temática de drogas dentro do contexto brasileiro, sendo a primeira, a necessidade de neutralizar o poder do tráfico, acabando com a ilegalidade das drogas e regular a produção e a distribuição. A segunda prioridade é impedir que as cadeias fiquem entupidas de jovens pobres e primários, aos quais entram para a escola do crime dentro dos presídios. Por fim, como terceira prioridade, traz que o consumidor não deve ser tratado como criminoso, mas sim, como alguém que está se sujeitando, por vontade própria, a um comportamento de risco.

Uma das razões pragmáticas para a descriminalização seria o argumento do fracasso da política atual, tendo em vista que a criminalização e repressão acabaram por produzir um grande e poderoso mercado, fortalecendo o crime organizado, além do alto custo que a criminalização gera para a sociedade, sendo que o custo de cada detento tende a ser de cerca de dois mil reais. Além disso, a criminalização afeta diretamente a proteção da saúde pública, uma vez que a política de repressão penal exige recursos cada vez maiores e que acabam por drenar investimento que poderiam ser direcionados em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde.

Posto isso, para o Ministro Barroso, a política atual de drogas têm causado mais malefícios do que benefícios, visto que a repressão e criminalização existente tem produzido consequências negativas sobre a sociedade, e principalmente, sobre a população mais pobre.

Nesse mesmo viés, Barroso aponta pelo menos três fundamentos que justificam a descriminalização, sendo estes, a violação ao direito de privacidade, violação à autonomia individual e a violação ao princípio da proporcionalidade. Portanto, em relação ao direito de privacidade, o que o indivíduo faz na sua intimidade, como regra, deve ficar sobre sua discricionariedade, desde que não afete a esfera jurídica de terceira pessoa. Já a violação à autonomia individual, que assegura ao indivíduo, como particular, a sua autodeterminação, de fazer as escolhas que entender serem corretas, sendo que a autonomia é parte da liberdade de cada um e não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade.

Quanto à violação ao princípio da proporcionalidade, as quais, como já mencionadas ao discorrer sobre o voto do Ministro Gilmar Mendes, funcionam como um limite às restrições dos direitos fundamentais. É a manifestação de Barroso:

O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio.[...] Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco. Em segundo lugar porque, como se procurou demonstrar, a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma. De modo que pessoas que poderiam obter tratamento e se curar, acabam não tendo acesso a ele. O efeito, portanto, é inverso. Portanto, não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima.(Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Porém, Barroso propõe a necessidade de um critério objetivo que sirva de orientação para distinguir consumo pessoal de tráfico, sob a argumentação de que com isso, diminuiria a discricionariedade judicial e unificaria a aplicação da Lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique sob a vontade do policial ou do juiz ser mais liberal, ou mais severo. Isso porque, sem essa regulamentação, é sabido que o pacto discriminatório já existente, tendo ao aumento, uma vez que os jovens de classe média, de bairros mais nobres, são facilmente encaixados como mero usuários, já os mais vulneráveis e pobres, como traficantes, independentemente de quantia, são os alvos preferenciais.

Nos demais critérios, concorda com o relator, mas propõe, além, o critério quantitativo a ser fixado em 25 (vinte e cinco) gramas, ou seja, aquele que estiver

portando até 25 gramas de maconha seria configurado como usuário, não traficante, referindo que a presunção pode ser afastada pelo juiz, fundamentadamente, a depender dos elementos do caso concreto. Barroso votou pelo provimento do Recurso Extraordinário e a consequente absolvição do recorrente no caso concreto.

Dessa forma, verifica-se que existem pontos específicos de contato na argumentação trazida por ambos os ministros ao proferirem seus votos, porém, encontram-se também algumas divergências que são bastante relevantes para o estudo da criminologia crítica, aos quais serão analisados no próximo capítulo.

3 PONTOS DE CONTATO E DIVERGÊNCIA NOS VOTOS PROFERIDOS NO RE N.º 635.659 SOB O VIÉS DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Nos votos proferidos pelos Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 635.659, abordados no capítulo anterior, foi possível identificar que ambos, em alguns pontos, entendem a temática de forma semelhante, discorrendo e fundamentando seus votos em pontos comuns e divergentes, como os princípios da privacidade e proporcionalidade e também, quanto às falhas existentes no sistema de guerra contra as drogas adotado pelo Brasil. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Levando em consideração pontos como a saúde pública e a intensidade do controle constitucional, os ministros possuem entendimentos divergentes, por mais que ambos tenham votado pela procedência do recurso. Ainda, pode-se verificar que Barroso fez uma análise sob uma argumentação social e de justiça, utilizando-se do impacto social da criminalização. Já Mendes, utilizou-se de um direito penal preventivo, discutindo a natureza dos crimes de perigo abstrato e a necessidade (ou não) de que certas condutas sejam criminalizadas por precaução. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

O Ministro Barroso ainda traz alguns aspectos aos quais não constam diretamente e de forma aprofundada no voto do Relator, como o enfoque social do tema em relação à possibilidade de redução da criminalização de jovens e da marginalização destes. Também, Barroso traz o critério de quantificar as gramas apreendidas, para servirem de unificação de julgamento e não deixar discricionário a diferença entre quem seria selecionado pelo sistema para ser visto como usuário ou como traficante. Passamos a analisar de forma mais profunda estes pontos de

contato e de divergência, utilizando a doutrina criminológica. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Primeiramente, abordamos o princípio da privacidade e autonomia trazido por ambos ministros. É discutido no tema em comento o direito à intimidade e vida privada do indivíduo em relação à criminalização do consumo de drogas para uso pessoal, sendo que este, até então, viola o respectivo direito fundamental. Barroso menciona que o consumo na esfera privada não deve ser interferido pelo Estado quando não há lesão a terceiros, portanto, a criminalização desse comportamento é desproporcional e viola o direito à intimidade e autonomia individual garantido pelo art. 5º da Constituição Federal. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Argumento esse, que Mendes contrapõe de certa forma, ao enfatizar os limites da interferência quando há um impacto potencial para a saúde pública em si. Foca no conceito de proteção de bens jurídicos coletivos, defendendo que a criminalização do porte de drogas é justificável como medida de proteção à saúde pública e à segurança social. Adota o princípio de que o direito penal deve intervir para evitar riscos potenciais à sociedade, mesmo quando os efeitos são indiretos ou abstratos. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Nessa perspectiva, do ponto de vista da principiologia constitucional-penal, a permanência da lógica sanitaria nas políticas de drogas no Brasil é fruto da opção por modelos punitivos moralizadores e que, sobrepõe a razão do Estado à razão do direito, pois desde a estrutura do direito penal constitucional, o tratamento punitivo de uso de entorpecente é injustificável. Por isso, é necessário invocar os princípios da lesividade, da autonomia individual, da intimidade e da vida privada como desqualificadores destas normas (Carvalho, 2010)

Na visão de Salo de Carvalho, em sua obra denominada "*A Política Criminal de Drogas no Brasil*", a identificação dos bens jurídicos sob a chancela do interesse público estabelece espécie de (neo)espiritualização do valor ou interesse de tutela, sendo que no caso das drogas, sob a justificativa da tutela da saúde pública, inúmeros danos à saúde e à autonomia e à liberdade de pessoas de carne e osso são cometidos. (Carvalho, 2010, p. 268)

Ambos os votos utilizam o princípio da proporcionalidade para justificar suas posições. Barroso argumenta que a criminalização do consumo é desproporcional e não protege adequadamente a saúde pública, enquanto Mendes adota uma visão técnica, analisando a proporcionalidade em diferentes níveis de intensidade e

adequação das leis para proteger bens jurídicos coletivos. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

É necessário perceber a relação entre dois clássicos princípios do direito penal: princípio da proporcionalidade e princípio da ofensividade. No momento em que a teoria do bem jurídico passou a ser o principal recurso de interpretação dogmática, não se admite que a resposta penal deixe de guardar relação de simetria com a lesão produzida pela conduta incriminada, portanto, em decorrência do postulado da proporcionalidade em sentido amplo, o critério ideal de definição legal e judicial das sanções deve ser aquele fornecido pela ponderação entre dano-pena. (Carvalho, 2010)

O princípio da proporcionalidade se desenvolve a partir da ideia do devido processo legal, ao qual estabelece controle dos atos abusivos no Poder Legislativo e do Poder Executivo. Dessa forma, é importante verificar se o mecanismo escolhido pelo legislador oferece simetria entre meio e fim, constatando se em determinada circunstância houve ou não a ruptura da proporcionalidade, qual seja, identificar no mesmo tipo penal de condutas distintas cuja ofensividade ao bem jurídico é nitidamente diferenciada, ao impor idêntica consequência sancionatória é adequado para obtenção do fim almejado, qual seja, a tutela do bem jurídico. (Carvalho, 2010)

No presente recurso, Barroso enfatiza e vê a descriminalização como uma medida proporcional, considerando o impacto social negativa da criminalização em comparação com os benefícios limitados, defendendo que a criminalização deve ser restrita a condutas que lesem bens jurídicos de terceiros e que o porte de pequenas quantidades não se enquadra nessa exigência. Ao contrário de Gilmar Mendes, que enfatiza a criminalização como uma escolha legítima do legislador, fundamentada na criminalização quanto ao tráfico ilícito de drogas, ou seja, entende que a definição de tipos penais que previnem riscos sociais abstratos é proporcional e constitucional quando visa proteger a saúde e a segurança coletiva e cada caso deve ser analisado conforme as circunstâncias. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Outro ponto abordado entre os votos dos ministros tem como tópico a falha quanto ao modelo atual de criminalização, denominado de *Guerra às Drogas*⁴. Ambos os ministros concordam em partes que a criminalização fracassou em reduzir

⁴ Denominação usada por Richard Nixon, em 1971, em um discurso para a nação estadunidense, em que anunciou que *o uso abusivo de drogas é o inimigo número um dos Estados Unidos*. RUTH, Aline. Guerra às drogas: origem, características e consequências!. Politize!. Publicado em: 15/03/2022. <https://www.politize.com.br/guerra-as-drogas/>

o consumo de drogas e apenas aumentou a violência e o encarceramento de jovens, principalmente de baixa renda. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Luís Roberto Barroso faz uma análise detalhada sobre o impacto social da criminalização, especialmente na juventude de baixa renda e negra. Argumenta que a legislação atual contribui para a denominada “escola do crime” nas prisões brasileiras e para um “genocídio social” de jovens marginalizados. Além de enfatizar o fracasso da política repressiva contra as drogas, destacando que a criminalização não impediu o aumento do consumo e o poder das redes de tráfico, sustentando que o encarceramento em massa de pequenos usuários contribui para a marginalização e perpetuação de um ciclo de violência e exclusão social, sugerindo medidas de redução de danos. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Gilmar Mendes segue uma linha de raciocínio diferente, reconhecendo os diversos problemas sociais enfrentados no país, mas concentra-se e se expressa na justificativa técnica e constitucional da legislação, abordando de forma mais neutra as implicações sociais, ao qual a criminalização do porte para uso pessoal é uma política legislativa com bases legítimas, sustentando-se no dever estatal de proteção de bens coletivos, como anteriormente mencionado. Dessa forma, admite a necessidade de políticas de saúde, mas defende que a criminalização não é incompatível com os demais princípios e que o legislador, de forma discricionária, deve adotar uma abordagem preventiva, desde que pautada em uma racionalidade que considere o interesse coletivo na proteção da saúde pública. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Eugenio Raul Zaffaroni defende o ponto de vista sobre o sistema penal fundado no chamado “realismo marginal”, ao qual discute a realidade dos países periféricos, onde as penas criminais não podem ser justificadamente fundamentadas, pois são carregadas de um viés político. (Zaffaroni, 2011)

Zaffaroni traz para a discussão a função do direito penal no contexto social e político, ao qual enfrenta as questões abordadas pelos ministros no Recurso Extraordinário n.º 635.659. A análise de Zaffaroni destaca que o direito penal não atua apenas na repressão de comportamentos, mas também como um instrumento de controle social, moldado pelos interesses das classes dominantes. O sistema penal é frequentemente utilizado para criminalizar comportamentos de grupos sociais específicos, especialmente os marginalizados, reforçando, assim, as desigualdades e exercendo uma função de opressão. (Zaffaroni, 2010)

Nas sociedades latino-americanas, o direito penal é amplamente utilizado como um meio de controle sobre as camadas mais pobres, funcionando como uma ferramenta de repressão contra aqueles que, pela exclusão social, se encontram mais expostos à criminalização. Nesse sentido, a criminologia crítica já denuncia, desde então, o papel do direito penal na manutenção do *status quo*, ao passo que ele atua menos como protetor da sociedade e mais como um meio de “gestão” da pobreza e de grupos socialmente vulneráveis. (Zaffaroni, 2010)

Segundo o jurista, o sistema de justiça criminal é manipulado para atender demandas populistas e criar uma sensação de segurança, mesmo que isso não corresponda a uma redução real da criminalidade, ao qual foi denominado como *Populismo Penal*. O direito penal cumpre muitas vezes uma função simbólica, buscando acalmar a opinião pública, em vez de promover uma justiça genuína. Este fenômeno incentiva o endurecimento de penas e o aumento da legislação punitiva, muitas vezes em detrimento dos direitos humanos e com pouca efetividade na redução da criminalidade. (Zaffaroni, 2010)

Ainda, é importante analisar o critério quantitativo abordado dentro do voto do Ministro Luís Roberto Barroso. A fixação de um critério quantitativo para distinguir entre consumo e tráfico de drogas é defendida como uma medida necessária para evitar arbitrariedades e injustiças no sistema penal, uma vez que, sem um parâmetro objetivo, tornaria a interpretação judicial amplamente discricionária, levando a um tratamento desigual dos indivíduos, sendo que classes mais abastadas diariamente são classificadas como usuários, enquanto classes mais pobres são enquadrados como traficantes, reforçando desigualdades sociais e raciais no sistema de justiça. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Na doutrina criminológica, a discussão acerca da possibilidade de se estabelecer quantidades fixas como critério de diferenciação não ganhou muito destaque na literatura nacional, apesar de as orientações normativas relativas à sua importância estarem presentes na Lei 11.343/06, por isso, o Direito Penal Espanhol é utilizado como referencial neste aspecto, uma vez que estabelece quatro níveis que variam entre a atipicidade e o tráfico qualificado. Em relação à quantidade, a jurisprudência espanhola, com base em dados de autoridades sanitárias, especificou diretrizes gerais para estabelecer tais critérios. (Carvalho, 2010)

Entre a conduta da posse para consumo e a forma qualificada de extrema gravidade para um enquadramento em tráfico, foram estabelecidos referenciais

quantitativos que não deixam margens de dúvidas. O estabelecimento de critérios específicos individualizados relativos à quantidade das principais drogas de consumo criaria presunção legal ou jurisprudencial sobre o limite das condutas, sem excluir os elementos relativos ao dolo e as demais circunstâncias do art. 28 da Lei de Drogas. (Carvalho, 2010)

Nessa ideia, apesar de sugerir parâmetros comparados ao sistema português, Barroso apoia a ideia de que, com parâmetros claros, o sistema judicial ganharia em objetividade, promovendo uma justiça mais equânime, até uma regulamentação legislativa mais adequada. (Brasil, STF, RE 635.659, 2015)

Com isso, ao analisar tais pontos abordados, a criminologia crítica oferece um ângulo revelador para compreender como a aplicação do direito penal, mesmo com nuances de progressividade, permanece marcada por estruturas de controle que historicamente recaem sobre os indivíduos marginalizados.

Este caso representa um divisor de águas ao possibilitar uma reavaliação do papel do direito penal frente à política de drogas, sendo um marco que coloca em xeque as funções punitivas e preventivas do Estado e abre caminho para soluções menos punitivistas e mais inclusivas, apesar de sabermos que a realidade brasileira em relação à marginalização daqueles socialmente vulneráveis ainda é fortemente manipulada para continuar penalizando apenas os grupos sociais mais pobres.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, foram analisados os votos proferidos pelo Ministro Relator Gilmar Mendes e pelo Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 635.659 sob o viés da criminologia crítica, buscando apontar os argumentos em que houve contato e divergência entre ambos, a fim de verificar se o estudo da criminologia influencia e impacta diretamente nas decisões proferidas por agentes judiciais.

Nesse cenário, o primeiro capítulo apresentou uma síntese do surgimento e da evolução do estudo da criminologia, a qual se utilizava da teoria positivista, que se concentrou na busca das causas individuais da delinquência, tratando o crime como uma patologia ou anomalia individual e desconsiderando o impacto dos fatores sociais e econômicos, sustentando práticas como o encarceramento em massa e a exclusão social de grupos marginalizados, vistas como medidas de controle social e repressão de comportamentos considerados desviantes.

Já a criminologia crítica surge como uma resposta a essa visão restritiva, propondo que o sistema penal opera de forma seletiva e desigual, favorecendo os interesses de classes dominantes e questionando a neutralidade do sistema de justiça, enfatizando que as leis e práticas penais perpetuam desigualdades e reforçam a estrutura de poder.

No segundo capítulo, foram expostos os argumentos trazidos pelos ministros objetos do estudo. Gilmar Mendes, relator do caso, fundamenta seu voto com base no princípio da proporcionalidade, dividindo a análise em três níveis de controle da constitucionalidade: evidência, justificabilidade e intensidade. Defende que a criminalização deve ser cautelosa, considerando a adequação das leis ao proteger bens jurídicos fundamentais, como a saúde pública, e destaca a necessidade de políticas menos repressivas e mais voltadas à saúde.

Barroso concorda com a descriminalização, mas enfatiza que o consumo privado de drogas afeta apenas o usuário e o uso de medidas penais para punir usuários viola os direitos à privacidade e à autonomia. Ele propõe um critério quantitativo de 25 gramas para diferenciar usuários de traficantes, reduzindo a discricionariedade judicial e promovendo maior justiça social. Ambos os ministros reconhecem os prejuízos da atual política de drogas e sugerem uma abordagem menos punitiva, mas divergem quanto aos parâmetros para aplicação da descriminalização.

No terceiro e último capítulo foi explorado os pontos de contato e de divergência entre os ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso. Barroso adota uma abordagem mais voltada para os impactos sociais e defende a descriminalização como uma forma de reduzir injustiças e discriminações, especialmente através de um critério quantitativo para distinguir usuários de traficantes. Mendes, por outro lado, enfatiza a proteção da saúde pública e o direito penal preventivo, aceitando a criminalização como um meio de proteger bens jurídicos coletivos.

A criminologia crítica é utilizada para contextualizar a análise, destacando que o sistema penal tende a favorecer a criminalização de grupos socialmente vulneráveis, reforçando desigualdades e perpetuando estruturas de controle social, apontando que o direito penal muitas vezes serve a interesses dominantes e age como “gestor” da pobreza, sem promover uma justiça efetiva, revisitando discussões

sobre a função do sistema penal e sugerindo a necessidade de políticas menos punitivistas e mais inclusivas para a redução das desigualdades sociais.

Com base nos votos e na doutrina criminológica utilizada para analisar os pontos de contato e de divergência entre as argumentações dos ministros do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que o estudo da criminologia crítica tem sido percebida e utilizada para interpretar a realidade daqueles que vivem a vulnerabilidade social e tem gerado reflexões sobre para quem são direcionadas as implementações de medidas de prevenção e de controle do delito, porém, ainda enfrenta desafios por permanecer marcada por estruturas de controle que historicamente continuam a recair sobre os indivíduos mais marginalizados.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 9ª edição. Editora Revan. 2004. Rio de Janeiro.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário**. Relator: Gilmar Mendes. 2015. n.º 635.659. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 02 de setembro de 2024.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 7ª edição. Editora Saraiva Jur. 2022. São Paulo.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil** (Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06). 5ª edição. Editora Lumen Juris. 2010. Rio de Janeiro.

DIAS, Felipe da Veiga. **Introdução à criminologia**. 1ª edição. São Paulo. Editora Tirant lo Blanch, 2020.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 4ª edição. Editora D'Plácido. 2021. São Paulo.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Volume 1. Editora Revan. 2011. 4ª Edição