

TEREZA CRISTINA ZABALA

Advogada. Mestranda em Direito Humanos pela PUC-SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas, Direito Tributário pela Universidade Anhanguera/Uniderp e Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade Anhanguera/Uniderp.

À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA: O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A CONCESSÃO DA BENESSE NO CRIME DE DROGAS

RESUMO: A pesquisa estuda o princípio da proporcionalidade e sua contribuição ao imputar a causa de diminuição da pena prevista no crime de tráfico ilícito de drogas, estabelecido no parágrafo 4º, artigo 33, da Lei 11.343/2006. Ao incidir o poder de punir no caso concreto faz-se necessário ponderar entre dois direitos fundamentais que se apresentam em lados opostos: o direito à segurança da comunidade política e o direito de liberdade e a dignidade da pessoa humana. Diante desta complexidade fática abre-se a problemática a ser investigada: ao ser aplicada a benesse do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006 há detrimento do direito de segurança da sociedade em face do favorecimento da proteção à pessoa? Seguindo a mesma linha de pensamento: a concessão da causa de diminuição da pena diante do conflito destes princípios fundamentais desobedece ao princípio da proporcionalidade? E ainda: a concessão do direito legal do desconto da pena com o piso de 1/6 e o teto de 2/3 constitui norma inconstitucional? E por fim, pode-se questionar a quais pessoas o legislador atribuiu o tal benefício? O objetivo do trabalho é responder a estas indagações à luz da dignidade humana com apoio no princípio da proporcionalidade, visto que este é um instrumento valioso de justiça, capaz de proteger os valores dispostos na esfera coletiva, supraindividual e individual.

Palavras-chaves: dignidade humana, direitos fundamentais, princípio da proporcionalidade, lei de drogas, direito de punir.

IN THE LIGHT OF HUMAN DIGNITY: THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND THE BENEFIT GRANT IN DRUG CRIME

ABSTRACT: The research studies the principle of proportionality and its contribution to impute the cause of decreased penalty provided in the illicit drug trafficking crime, established in Paragraph 4, Article 33 of Law 11.343 / 2006. By focusing the power to punish in this case it is necessary to strike a balance between two fundamental rights which are in opposite sides: the right to security of the political community and the right to freedom and human dignity. Given this factual complexity opens up the issue being investigated: to be applied to the boon paragraph 4 of article 33 of Law 11.343 / 2006 is the expense of the security right of society in the face of favoring the protection of the person? Following the same line of thought: the granting of the cause of reduction of the sentence before the conflict of these fundamental principles disobeys the principle of proportionality? And again, granting the legal right of the penalty discount the floor of 1/6 and 2/3 ceiling is unconstitutional

norm? Finally, one can question the people which the legislature attaches to such a benefit? The objective is to answer these questions in the light of human dignity to support the principle of proportionality, since this is a valuable instrument of justice, able to protect the values set forth in the collective sphere, supraindividual and individual.

Keywords: human dignity, fundamental rights, the principle of proportionality, drug law, right to punish.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de o mundo atual ceder aos avanços tecnológicos, o homem ainda vive suas relações sociais como se estivesse no tempo da pedra. Tal assertiva se revela principalmente na prática de condutas criminosas disseminadas no planeta, encontrado-se espalhadas e infiltradas por todo o contexto social.

Desde o mais humano dos crimes, o homicídio, até os mais arrojados, como os delitos virtuais, o crime foi se perpetuando na história da evolução humana. Conforme Gardesani Pereira *apud* Clóvis Bevilaqua,

“A cultura humana, embora vá, todos os dias, se tornando mais intensa e mais extensa, contudo não só tem sido impotente para expurgar da crosta social a macula do crime, como ainda tem muitas vezes lutado em vão para dirimir-lhe a acção maléfica. O crime também luta para viver. Resiste, modifica-se, transforma-se, adapta-se as novas condições, se adelgaça ou se contranhe, segundo as necessidades, porém persiste ainda que combatido.¹

Vários são os crimes como suas causas, todavia não faz parte deste estudo trazer à tona o que motiva o cometimento do crime, as medidas recomendadas para tentar evitá-lo, a pessoa do delinqüente e os caminhos para sua recuperação.

Neste trabalho, a reflexão parte de um crime específico.

O delito do qual será feita a abordagem é cometido no Brasil (como em todo o mundo), dia a dia, minuto a minuto, senão segundo a segundo, praticado durante o dia ou à

¹ PEREIRA, André Luiz Gardesani .In PRADO, Luis Regis (coord.). **Revista de ciências penais**. São Paulo-Revista dos Tribunais, ano 9, vol 1, julho –dezembro, 2012. p. 21-22.

noite, por crianças, adolescentes e adultos de ambos os sexos, de qualquer idade, classe social ou cor. O “mal” está dentro de casa, nas escolas, no trabalho, nas festas, enfim em todos os lugares, públicos ou privados.

O delito a que nos referimos enriquece materialmente o delinqüente ao mesmo tempo em que o leva à miséria pessoal e espiritual. Suas vítimas são acolhidas quase que em um abraço mortal, mas ainda assim se sentem embaladas pelas grandes garras da sua boa malfeitora.

Por óbvio, estamos nos referindo ao crime de tráfico de drogas, previsto na Lei 11.343/2006, publicada em 24 de agosto de 2006 e em vigor desde 8 de outubro de 2006 (art. 74 do diploma legal), que revogou a Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, e a Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002.

O delito de tráfico de drogas é nosso tema. Contudo, não é objeto desta obra a descrição da norma enquanto norma. Aqui não serão apresentadas suas características - objetividade, sujeitos, elemento subjetivo, consumação e tentativa.

A investigação de sua aplicação no universo do processo criminal, o seu caráter de resposta conforme o complexo contexto social atual e a necessária proporcionalidade entre o bem jurídico protegido e a limitação imposta ao direito de liberdade individual quando na aplicação da sentença judicial são os alvos que nos chamam atenção para uma maior reflexão, especificamente para a causa de diminuição da pena, prevista no parágrafo 4º, do crime de tráfico ilícito de drogas.

Para empreender o trabalho proposto, primeiramente se faz necessária a transcrição do crime de tráfico de drogas e de suas penas.

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2º. Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3º. Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4º. Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”²

No crime em tela o direito tem como fim à segurança, e o bem jurídico protegido é a saúde pública. Para a defesa do interesse público, o legislador “descreve 18 formas diferentes de se praticar o tráfico ilícito de drogas, tratando-se, assim, de um tipo misto. A prática de mais de uma conduta prevista nesse tipo incriminador, por parte do agente, pode configurar crime único ou concurso material entre as condutas, dependendo da existência de

²CÓDIGO PENAL. Palácio do Planalto Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso: 19 de novembro de 2014.

nexo causal entre elas”³. A pena imposta é rigorosa, de 5 a 15 anos e multa de 500 a 1.500 dias multa.

Apesar da ampla proteção social e da severidade da pena imposta, é público e notório que o Brasil vive da violência programada e orquestrada pelo tráfico ilícito de drogas. Tal situação deságua numa separação social, ainda que não declarada: de um lado, a sociedade que se sente desprotegida e desamparada e do outro, o carníface, o desalmado, estes revelados no “universo” do traficante e do referido tráfico. E entre os dois universos, existe a figura do usuário-trafficante de drogas ilícitas. De modo muito peculiar, ele está na sociedade acuada, sendo membro de um núcleo familiar, ao mesmo tempo que faz parte da legião de usuários que pratica pequenos tráficos para manter o vício.

Este personagem de face dupla, “meio” que vagando entre o universo do crime de drogas e inserido na coletividade civil, certamente não é um traficante, entretanto é um usuário de droga. Então, qual o crime por ele cometido? Será que sua conduta se encontra implícita no tipo penal previsto no artigo 33 da Lei de Drogas? Ele deve ser punido como um traficante ou como um usuário? Deve cumprir sua pena concomitante a um tratamento médico? A regra penal aparentemente não indica qual o caminho a ser tomado para todas essas questões. Contudo, sua resposta deve estar nas entrelinhas do tipo penal, despercebida pelos desatentos ou pelos que não a querem enxergar, mas disponível e perceptível àqueles com apetite de justiça mais aguçado.

Nesta árdua tarefa de desvelar a conduta criminosa que aparentemente não existe e lhe impor uma decisão de equilíbrio entre o interesse público e o direito individual da pessoa, cabe ao Poder Judiciário e em especial, ao juiz de direito a nobre missão de analisar o caso concreto e sopesar os princípios fundamentais ali dispostos.

A nosso ver, há uma relação muito íntima entre a pessoa do usuário-trafficante e a causa de redução de pena prevista no *caput* da norma incriminadora de tráfico ilícito de drogas.

³ CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. Juizados especiais criminais. Interceptação telefônica. Crime organizado. Drogas. 6. ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007. p. 136.

Para ponderar entre o direito da coletividade, açoitada e intimidada pela insegurança gerada por este crime equiparado ao hediondo, e a proteção da pessoa humana aqui personificada na causa de diminuição da pena prevista no parágrafo 4º do crime de tráfico ilícito de drogas, é necessária a utilização, pelo Juiz de Direito, de um instrumento, uma verdadeira bússola que é o princípio da proporcionalidade.

2 PREMISSAS

2.1 PROBLEMÁTICA DO TEMA

O legislador infraconstitucional, ao elaborar a Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 e assim instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de droga. Estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define seus crimes.

Ressalta Mariângela Gomes *apud* José Joaquim Gomes Canotilho que

“a Constituição não se limita a mero instrumento de governo, mas tem por finalidade racionalizar, limitar e organizar poderes. Pressupõe-se, pois, que revele uma medida material para o exercício legítimo de tais poderes, não se limitando a “dar forma” ou “constituir” órgãos, mas exigindo uma fundamentação substantiva para os atos dos poderes públicos. Diz-se, portanto, que o texto constitucional indica um parâmetro material, diretivo e inspirador de tais atos, o que pode ser apreendido a partir do seu catálogo de direitos fundamentais, compreendidos como os direitos, liberdades e garantias individuais, e direitos econômicos, sociais e culturais”.⁴

Portanto, cabe ao legislador criar a norma infraconstitucional com respaldo na Lei Maior. É imprescindível esta relação de entrosamento entre o direito penal e a Constituição, pois na Constituição Federal estão fixadas as diretrizes “das quais se fundamenta e estrutura o poder de punir estatal.”⁵

⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 24.

⁵ *Idem*. p .25.

Previsto o crime e sua pena em lei anterior que assim o defina (Art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal). Compete ao Poder Público, aqui em comento ao Poder Judiciário através do magistrado, ponderar a tutela dos bens jurídicos que têm um fundamento constitucional e que estão entre os interesses de segurança da comunidade política e os interesses de liberdade e dignidade da pessoa humana.

Ao estabelecer o crime de tráfico ilícito de drogas como inafiançável, insuscetível de graça ou anistia e equiparado aos crimes hediondos, buscou o legislador constituinte proteger a saúde pública de forma mais rigoroso. Contudo o mesmo legislador não proibiu a disposição legal de mitigação desta rigorosidade para casos especiais, quando o agente for primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa.

Assim, é visível que no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006 estão presentes princípios constitucionais conflitantes, pois de um lado está o princípio da segurança à saúde da sociedade e do outro o princípio da individualização da pena, da dignidade humana e da proibição de penas cruéis.

A situação que se mostra é bastante complexa e suscita vários questionamentos, como ao ser aplicada a benesse do parágrafo 4º da Lei citada há o detrimento do direito de segurança da sociedade em face do favorecimento da proteção à pessoa? A aplicação da causa de diminuição da pena, diante do conflito destes princípios fundamentais, desobedece ao princípio da proporcionalidade? E ainda, a concessão do direito legal do desconto da pena com o piso de um sexto e o teto de dois terços representa norma inconstitucional? E por fim, fazendo uma ligação com as nossas primeiras indagações, que agora vêm contribuir para esta problematização, a que pessoas é aplicado o benefício do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006?

2.2. OBJETIVO E METODOLOGIA

Diante deste embate entre os princípios fundamentais, já elencados e dispostos na problematização a ser investigada, é de valiosa importância o estudo do princípio da

proporcionalidade na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do crime de tráfico ilícito de drogas.

Tal estudo, no tema proposto, constitui um considerável instrumento de justiça capaz de proteger os valores na esfera individual do homem com vista a tutelar os valores essenciais da sociedade.

Portanto o estudo busca resgatar o sentimento jurídico de que, para ser garantido o direito da coletividade política, é necessário respeitar o direito da pessoa individualmente.

A atualidade do tema é outro ponto de grande relevância, já que esta disposição não constava na revogada Lei 6.368/1976. A causa de diminuição de pena trata de *novatio legis in melius*, cujo objetivo é contemplar aquele que faz jus ao benefício.

Deste modo, o trabalho objetiva analisar o dispositivo previsto no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, à luz do princípio da proporcionalidade, que atua como poderoso instrumento de diretriz constitucional dirigida ao Poder Judiciário, representado pelos magistrados, na aplicação da norma penal ao caso concreto com vista à dignidade da pessoa humana.

Para ser atingido o seu objetivo, partindo da semiótica do direito, está ele dividido em três subtítulos: o princípio da proporcionalidade, o princípio da proporcionalidade e o direito penal e, o princípio da proporcionalidade e a causa de diminuição de pena, instituída no parágrafo 4º do crime de tráfico ilícito de drogas.

No primeiro subtítulo, a presente abordagem realiza, como ponto de partida, uma breve reflexão sobre o conceito de regras e princípios como componentes da Constituição Federal do Brasil. Imprime-se atenção ao significado de proporção e sua relação com o Direito. É ainda qualifica a proporcionalidade como princípio, com mais precisão, o “princípio dos princípios”. E então se versará acerca do referido princípio.

Posteriormente, no segundo subtítulo, o trabalho discorrerá sobre o princípio da proporcionalidade e o direito penal, ao apontar quais os valores que permeiam a norma penal assinalando o “princípio dos princípios” como o instrumento relacionado a este.

Por fim, fazemos exposições relativas ao princípio da proporcionalidade e o parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/2006. Aqui as considerações são voltadas a responder aos problemas propostos, como também assumimos posição afirmativa para aplicação do benefício, como uma concessão legal de solidificação da dignidade humana.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 REGRAS E PRINCÍPIOS

A questão principal da nossa Constituição Federal ainda gira em torno de saber o que vem a ser a Lei Fundamental de uma ordem jurídica, em vista do novo Estado Brasileiro instaurado no ano de 1988.

A explicação e o significado, ou melhor, a função da Constituição deve estar de acordo com as novas realidades da sociedade, já que vivemos em um mundo de constantes transformações.

“O que se espera hoje de uma constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece.”⁶

Cabe à Constituição ser uma bússola, um indicativo para a concretização dos direitos individuais, supraindividuais e sociais.

Esta nova função da Lei Maior corresponde às modificações profundas no plano jurídico. As normas jurídicas não tendem mais a estabelecer certa conduta de comportamento, de acordo com um padrão, em geral fixada antes mesmo de sua positivação e acompanhada de um caráter sancionador. Não satisfaz a subsunção do fato a uma previsão legal em abstrato.

Nesta sociedade, recheada de incertezas, a regulação a ser feita pelo Direito tem um caráter finalístico, com normas que determinem objetivos a serem alcançados futuramente. Assim, o sistema normativo não é mais concebido como um conjunto fechado de

⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da constituição. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2007. p. 8

regras, em que basta a subsunção do fato à norma e à aplicação da sanção prevista, mas sim como um sistema aberto e mais abstrato.

Em face disto, as normas jurídicas, assim como o texto constitucional assumem a forma de princípios e regras. Os princípios indicam os valores a serem atingidos, para então se buscar a regra a ser imposta.

As regras estabelecem uma maneira de conduta, cujo descumprimento acarreta uma sanção. Elas são aplicadas num sentido taxativo, “tudo ou nada”.

“Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido elas são comandos definitivos. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida. Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas”.⁷

No seu caráter inovador a Constituição Federal Brasileira traz no seu corpo jurídico valores fundamentais, ou seja, verdadeiros direitos naturais, que são geralmente positivados sob a forma de princípios normativos fundamentais. Estes geralmente são considerados como invioláveis e indisponíveis.

Assim, os princípios não prescrevem um fato específico e sua consequência jurídica, eles orbitam num universo abstrato. São indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor em face de outro ou outros na apreciação do caso concreto.

Também os princípios estão dispostos em um nível hierárquico superior dentro da compreensão do ordenamento jurídico como uma pirâmide normativa. Eles comungam do mesmo valor, contudo apresentam diferentes níveis de abstração. Somente na situação fática é possível atribuir o peso a ser conferido ao princípio.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 146.

Para Alexy, “princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, portanto *comandos de otimização*.”⁸

Vale recordar ainda definição proposta por José Afonso da Silva: “os princípios são ordenações que irradiam e imantam os sistemas de norma, são (...) núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais.”⁹

3.2 PROPORÇÃO, PROPORCIONALIDADE E O DIREITO

Quando se pensa a respeito da proporcionalidade, é necessário verificar o que significa proporção.

No dicionário Aurélio, “proporção” é definida como a relação entre coisas, comparação; disposição regular, harmônica¹⁰. E no dicionário Priberam, significa a harmonia que deve existir entre as diversas partes de um todo, e entre cada parte e o todo¹¹.

A ideia da proporção inserida no pensamento jurídico ocidental se confunde com a ideia do “direito”, o *khanón*, materializada simbolicamente no equilíbrio da balança que porta Thémis¹².

Segundo Willis Santiago, “não é à toa, portanto, que em diversas tentativas de captar a essência do Direito se encontre, expressa ou latente, a noção de proporcionalidade¹³.”

Outras não são as palavras de Bonavides ao afirmar precisamente que

⁸ *Idem*. p. 146.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional Positivo**. 5. ed. . São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1989. p.82.

¹⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira. 8 ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 617.

¹¹ DICIONÁRIO VIRTUAL PRIBERAM. Disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/propor%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 22 de novembro de 2014.

¹² THÉMIS. Era a deusa grega guardiã dos juramentos dos homens e da lei, sendo que era costumeiro invocá-la nos julgamentos perante os magistrados. Por isso, foi por vezes tida como deusa da justiça, título atribuído na realidade a Dice cuja equivalente romana é a Deusa Justiça. Thémis empunha a balança, com que equilibra a razão com o julgamento, e/ou uma cornucópia; mas não é representada segurando uma espada. Seu nome significa "aquela que é posta, colocada". Disponível em: WIKIPEDIA. A enciclopédia livre. <http://pt.wikipedia.org/wiki/T%C3%AAmis>. Acesso em 22 de novembro de 2014.

¹³ Obra citada. p. 55.

“O Direito ou liberta ou não é Direito. Não lhe reconhecemos outra função, outra filosofia, ou escopo, outra validade. Não importa discutir-lhe a origem, mas o fim; o fim na concretude social e contemporânea, sobretudo quando se atenta que aí já baixam sombras espessas sobre o futuro da liberdade e o destino dos povos. Aquele fim é a vocação das Constituições”.¹⁴

O sentido de proporcionalidade imbrica-se ao direito e nos remete ao que já foi visto quanto à Constituição Federal e à sua construção em regras e princípios. Ao reclamo do novo Estado Democrático de Direito:

“tem-se o compromisso básico do Estado Democrático de Direito na harmonização de interesses que se situam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, a esfera privada, em que se situa o indivíduo, e um segmento intermediário, a esfera coletiva, em que se tem os interesses de indivíduos enquanto membros de determinados grupos, formados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais ou outros”.¹⁵

Sobre esse tema tão ajustado com o Direito, Alexandre T. G. Trivisonno *apud* Robert Alexy:

“O objetivo aqui é responder ‘o que é o direito’? Alexy parte de uma análise das teorias positivistas, com foco sobretudo em Hans Kelsen, Herbert L. A. Hart e Norbert Hoerster, para com elas concordar que o conceito de direito engloba os elementos da legalidade autoritativa (ou estabelecimento em conformidade com o ordenamento) e da eficácia social. Mas segundo Alexy, ao contrário do que defendem os positivistas, o conceito de direito não se limita a isso. Alexy afirma que nenhum não-positivista que deva ser levado a sério exclui essas duas dimensões, mas apenas inclui uma terceira: a da correção material. O direito possui portanto três elementos, e não apenas dois, a saber: legalidade autoritativa, eficácia social e correção material. Os dois primeiros dizem respeito à dimensão fática do direito, enquanto o terceiro diz respeito à dimensão ideal. Essa dimensão ideal não significa

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização legítima. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 219-220.

¹⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 6.ed. São Paulo: SRS Editora, 2009. p. 23.

que, no não-positivismo defendido por Alexy, a justiça (correção material) sempre prevaleça sobre o direito positivo, ou seja, não significa que toda vez que o direito positivo for injusto ele deve se considerado inválido, mas tão somente que quando o limiar da injustiça extrema for ultrapassado o direito deixa de ser válido. Alexy retira essa ideia da conhecida fórmula de Radbruch, que foi desenvolvida em 1945 quando Radbruch reviu parcialmente aquilo que tinha defendido antes da guerra.¹⁶

Nestes tempos atuais, a ideia da proporcionalidade revela-se um verdadeiro princípio jurídico fundamental e também uma máxima universal de justiça, pois comporta um pensamento aceito como justo e admissível de modo geral para compor questões concretas do Direito que se encontram em situação opostas.

3.3 PROPORCIONALIDADE COMO PRINCÍPIO

É da própria natureza dos princípios se apresentarem como contrapostos uns aos outros, uma vez que o estado potencial de conflito dos princípios do nosso ordenamento jurídico encontra-se na fórmula da Constituição Federal, que condensa dois princípios estruturantes de nosso sistema jurídico, o princípio do Estado de Direito e o princípio Democrático, dos quais a mistura resulta na nossa fórmula política: “Estado Democrático de Direito”.

Em face deste espírito conflituoso, os princípios prescindem de uma interpretação especial, ou seja, requerem o emprego dos princípios da interpretação constitucional. Segundo Canotilho são eles:

“1. O princípio da unidade da constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que a Constituição deve ser interpretada de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as normas.

2. O princípio do efeito integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política.

¹⁶ Obra citada. p. 15-16.

3. O princípio da máxima efetividade pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê.

4. O princípio da justeza ou da conformidade funcional tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções constitucionalmente estabelecida.

5. O princípio da força normativa de constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental

6. Princípio da concordância prática ou da harmonização impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros. O campo de eleição do princípio da concordância prática tem sido até agora o dos direitos fundamentais (colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens jurídicos constitucionais protegidos). Subjacente a este princípio está a ideia do igual valor dos bens constitucionais (e não uma diferença de hierarquia) que impede, como solução, o sacrifício de uns em relação aos outros, e impõe o estabelecimento de limites e condicionamentos recíprocos de forma a conseguir uma harmonização ou concordância prática entre estes bens.”¹⁷

Segundo o Professor Willis Santiago, na obra “Processo constitucional e direitos fundamentais”,

“o princípio da concordância ou da harmonização (aqui o que mais nós interessamos em razão do tema proposto), segundo o qual se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros. Nesse ponto, tocamos o problema crucial de toda hermenêutica constitucional, que nos leva a introduzir o *topos* argumentativo da proporcionalidade.”¹⁸

¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. (11ª reimpressão) Coimbra/Portugal: Edições Almedina, 2000. p. 1223-1226.

¹⁸ Obra citada. p. 75.

A proporcionalidade refletida no princípio interpretativo da harmonização acaba por assumir a posição de “princípio dos princípios”, porque soluciona o dilema do conflito entre eles, ao aplicar, em determinada situação, a promoção de certos princípios com o mínimo de desrespeito de outros, que a eles se contestem, observando, também, que não ocorra violação do mínimo em que todos devem ser respeitados.

3.4 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade também é conhecido como mandamento da proibição de excesso. Ele nasceu do posicionamento do Tribunal Constitucional na Alemanha, órgão incumbido de velar pela Constituição, que levou referido princípio do Direito Administrativo para o Direito Constitucional.

De qualquer forma, conforme Willis Santiago Guerra Filho, no livro a “Teoria processual da constituição”, foi a partir da sentença de 16 de março de 1971 que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão reuniu os três resumidos elementos no princípio da proporcionalidade *lato sensu*, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Eis o trecho da sentença:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando com seu auxílio se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.”¹⁹

A proibição de excesso é a regra condutora que abrange a atividade estatal e limita o direito individual somente quando assim o exige a proteção do interesse público. Ela o regula entre bens e valores conflituosos.

No Brasil, apesar de sua nobre função de harmonizar e patrocinar a plena funcionalidade do Estado Democrático de Direito, não há previsão expressa na Constituição do princípio da proporcionalidade. Contudo isso não impede que ele seja reconhecido e esteja

¹⁹ Obra citada. p. 66.

em vigor em nosso ordenamento jurídico, invocando o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal.

“Art. 5, §2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Novamente, na obra “Processo constitucional e direitos fundamentais”, Willis Santiago Guerra Filho, os princípios da isonomia e da proporcionalidade acham-se estreitamente associados, sendo possível, inclusive que se entenda a proporcionalidade como incrustada na isonomia²⁰. O primeiro determina abstratamente a extensão a todas as pessoas dos direitos fundamentais (igualdade formal), enquanto o segundo permite concretamente a distribuição compatível de tais direitos (igualdade material). Contudo, apesar de integrados, o seu ponto de distinção é fato de o princípio da proporcionalidade ser um mandamento de proibição de excesso.

O princípio da proporcionalidade é uma garantia fundamental, pois como já exposto, ele garante em nosso Estado Democrático de Direito o respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos.

Usando a precisa e elucidativa definição de Gomes Canotilho:

“Garantias Constitucionais tem alcance substancialmente subjetivo, pois reconduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade.”²¹

O triplo caráter dos direitos fundamentais obriga o Estado a cumprir a tarefa de harmonizar os interesses de seus membros, nas esferas privada, pública e coletiva.

Os direitos fundamentais são dotados de tripla dimensionalidade: a subjetiva, a pessoa considerada individualmente, a que tradicionalmente vem a ela associada; a outra

²⁰Obra citada. p. 92.

²¹ Obra citada. p. 888.

objetiva, que expressa os interesses desejados por toda a comunidade política; a coletiva, em que há os interesses de indivíduos como membros de determinados grupos.

Apenas a harmonização dessas três ordens de interesse pode atender aos interesses situados em cada uma delas. A afirmativa nasce de fato bastante evidente: os interesses coletivos são a somatória dos individuais, assim como os públicos são a somatória dos individuais e coletivos.

Quando os interesses privados, supraindividuais e públicos encontram-se em estado de contradição isto é, em situação de conflito uns com os outros o princípio da proporcionalidade faz o “sopesamento” entre tais interesses (direitos fundamentais) solucionando de forma que maximize o respeito a todos os envolvidos no conflito.

O tratamento dado ao problema jurídico é faticamente possível quando empregado o princípio da proporcionalidade.

Aquele não preceitua uma situação jurídica específica e sua execução ocorre com o uso procedimental de três subprincípios: “princípio da adequação”, “princípio da exigibilidade” e “princípio da proporcionalidade em sentido estrito”. Estes refletem seu conteúdo.

Na lição de Joaquim Gomes Canotilho

“a) O *princípio da conformidade ou adequação* impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fim a ele subjacentes.(...) Trata-se pois de controlar a relação de adequação meio-fim.

b) O *princípio da exigibilidade*, também conhecido como princípio da necessidade ou da menor ingerência possível, coloca a tônica na ideia de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão.

c) Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coactiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à “carga coactiva” da mesma. Está aqui em causa o *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, entendido com o princípio da justa medida. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se pois, de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”.²²

Se para a aplicação das regras deve existir um procedimento a fim de que se comprove a ocorrência dos fatos sob os quais elas haverão de incidir, maior é a necessidade de um procedimento para a aplicação dos princípios, pois o trabalho do aplicador do direito gira em torno de valores.

“Procedimentos são séries de atos ordenados com a finalidade de propiciar a solução de questões cuja dificuldade e/ou importância requer uma extensão do lapso temporal, para que se considerem aspectos e implicações possíveis.”²³

Ao empregar um procedimento, o Direito busca atingir a Justiça e a racionalização. Assim, é imprescindível o processo para o Direito.

4 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E O DIREITO PENAL

São pressupostos a justificar a aplicação da reprovação sancionatória na dimensão do direito penal os vários valores presentes no próprio tipo incriminador, eleitos e sopesados pelo juiz de direito ao impor a norma.

Como fundamento da norma penal, é possível observar a proteção dos interesses públicos, dos privados e, em alguns casos, dos coletivos, valorados como essenciais para alicerçar a vida da comunidade.

²² Obra citada. p. 269-270.

²³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. Obra citada. p. 11.

Tais valores fundamentais, indicados nos princípios trazidos na Constituição Federal, são responsáveis por moldar o direito de punir do Estado, acolhidos tanto na elaboração da lei pelo legislador como para o aplicador judicial da lei. Deste modo, estão diretamente relacionados à pena a ser imposta.

Como as normas penais são destinadas a orientar um comportamento e sancioná-lo, cabe assim, aos enunciados normativos penais corresponder às finalidades as quais são postas. E, para que, na área penal, elas sejam alcançadas deve existir uma coerência lógica entre o meio e o fim.

Caso ocorra incoerência entre o fim e o meio, esta diante de um defeito de proporcionalidade na individualização do nexa entre a entidade dos interesses tidos como elementares e a medida tomada.

O importante papel do princípio da proporcionalidade na esfera penal é regular o fim pretendido e o meio aplicado, ou seja, é harmonizar a proteção dos bens jurídicos fundamentais da coletividade em geral e a limitação imposta aos direitos das pessoas.

Segundo expõe Mariângela Gomes

“No específico âmbito do direito penal, o princípio da proporcionalidade implica que aquele não deve ser utilizado como mero instrumento de poder; há de estar sempre, ao contrário, a serviço dos valores comunitários e individuais. Significa, ainda, que deve ser guardada, em todo caso, a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato como exigência indeclinável da justiça e da dignidade da pessoa humana”.²⁴

Portanto o direito penal encontra-se moldado entre dois extremos: a expressão de coerção através da pena e a negação da coerção fundada na máxima do direito à liberdade da pessoa. Assim, a proporção age entre esses dois sentidos opostos para imprimir um equilíbrio que, no fim das contas, busca compor os interesses da comunidade política e da pessoa.

²⁴ Obra citada. p. 37.

O princípio da proporcionalidade não consta expressamente da Constituição Federal em relação ao Direito Penal, mas são inúmeras as disposições constitucionais a partir das quais é possível reconhecer a aplicação do mandamento da proporção a este direito, especialmente na atribuição do delito e das sanções.

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” (*caput* do art. 1º, da Constituição Federal). Desta norma se extrai o princípio da proporcionalidade na fórmula do Estado Democrático de Direito que, no Direito Penal pode ser apreendido como a regra de que a pena aplicada deve encontrar-se numa relação justa em relação à gravidade do delito e à culpabilidade do réu.

Também o artigo 3º da Constituição Federal ao determinar como um dos objetivos fundamentais do Brasil a construção de uma sociedade justa, aponta que a busca por esta na realização de um preceito penal, deve se dar mediante uma proibição de excesso.

Convém anotar que do *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, seguindo Mariângela Gomes *apud* Teresa Aguado Correa,

“deduz-se, também, o princípio da proporcionalidade a partir da declaração da liberdade como um valor superior do ordenamento jurídico. Considerando-se tal assertiva, concomitantemente com a constatação de que cabe ao direito penal a proteção de bens jurídicos à custa do sacrifício da liberdade das pessoas, o princípio da proporcionalidade apresenta-se como uma regra dirigida à maximização da liberdade.”²⁵

O programa de política criminal erigido num Estado Democrático de Direito deve ter como regra máxima a liberdade e como exceção sua restrição.

Estabelecido no artigo 5º, inciso III, da Lei Maior, ao proclamar que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, faz clara menção ao mandamento da proporção aplicado no Direito Penal. O flagrante excesso do *quantum*, determinado na pena imposta em descompasso com a gravidade da conduta praticada e da

²⁵ *Ibidem*. p. 66.

culpabilidade do autor, lhe confere um sofrimento igual ao da tortura, do mesmo modo que lhe causa tratamento desumano e degradante. Deste modo, existe uma proibição intrínseca de punição excessiva em desarrajo à ação efetuada e a culpabilidade do infrator.

Os princípios fundamentais, cujos valores são a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça estão presentes na norma penal, o que obriga o aplicador do direito a utilizar como instrumento o princípio da proporcionalidade com vistas a equilibrar os interesses distintos da sociedade e do indivíduo tendo como seu maior propósito a dignidade da pessoa humana.

5 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS

Ao ser tomada a decisão no caso concreto mediante a valoração dos princípios, pode-se afirmar, quanto ao Direito Penal, que

“não possui a descrição do comportamento regulamentado, ou melhor, que não a possui de forma predeterminada. (...), acaba-se por valorizar o caso; desta forma quando assim o faz, o direito não abre mão de determinada parcela de rigor, mas também perde em generalidade e abstração, transformando-se num direito do caso concreto. Com isto, é possível observar que a interpretação do direito por meio de princípios apresenta uma conseqüência paradoxal: aquilo que era extremamente abstrato a ponto de não conter uma descrição legal de comportamento necessita, para que gere efeitos no ordenamento, de seu encontro direto com o fato da vida, que desta forma substitui a descrição legal ausente. Isto sustenta *Mariângela Gomes apud Gustavo Zagrebelsky*.”²⁶

Desta forma, diante da complexidade e imprevisibilidade dos problemas e situações do mundo atual especialmente no âmbito penal, cabe ao juiz de direito analisar caso a caso, abandonando uma visão pré-concebida ou se ele a utilizar, que seja para alcançar um objetivo futuro de dignificação do homem. E ainda diante de princípios opostos, deve

²⁶ Obra citada. p. 57.

ponderar o peso que será atribuído a cada um, evitando a prevalência de um em detrimento do outro.

Na concessão do benefício instituído no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, o aplicador da lei se vê em de uma situação complicada, pois pode lhe parecer, à primeira vista, que a lei traz uma banalização à punição do tráfico. Este pensamento o levaria a acreditar que a norma em análise, à luz do princípio da proporcionalidade, estaria caminhado na contramão da Constituição Federal.

Contudo ele não deve esquecer que o Estado é o guardião das liberdades e não seu opressor. Para o Estado cumprir seu dever de proteção à coletividade, e assim efetivar a tutela dos direitos fundamentais, é imprescindível tomar por conta o primeiro artigo da Constituição Federal de 1988, como já exposto, que define a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

Ali estão os princípios sob os quais ela se fundamenta, e o restante do texto constitucional pode ser entendido como explicitação do conteúdo dessa fórmula política.

Desse modo entende Willis Guerra Filho *apud* Pablo Lucas Verdú, na obra “Processo constitucional e direitos fundamentais”, ao alegar

“que a fórmula política de uma Constituição é a expressão ideológica que organiza a convivência política em uma estrutura social. Trata-se, portanto, do elemento caracterizador da Constituição, principal vetor de orientação para a interpretação de suas normas e, através delas, de todo o ordenamento jurídico. Enquanto manifestação de uma opção básica por determinados valores, característicos de uma ideologia, a fórmula política inserida na Constituição se apresenta como um programa de ação a ser partilhado por todo integrante da comunidade política, e por isso, responsável a um só tempo pela sua mobilidade e estabilidade. A fórmula política acrescenta porém o eminente catedrático da Universidade de Madri, *é um fator essencialmente dinâmico, pois todas ideologia pretende realizar-se mediante sua institucionalização e sua implantação na realidade social*”.²⁷

²⁷ Obra citada. p. 16-17.

Tomando por base tais palavras e em um caso em concreto, a base para a aplicação ou não de uma norma penal, especialmente o parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, tem como fundamento máximo o valor da dignidade humana.

“A dignidade da pessoa é um direito indisponível e, em decorrência, seu titular não tem como perdê-la, comissiva ou omissivamente, ainda que por ato voluntário. Habita no homem todo e em todos os homens um núcleo essencial, que lhe atribui valor por si e se expressa, juridicamente, no feixe indissociável, interdependente e multidimensional dos direitos humanos que, a rigor, há de ser observado, considerado, respeitado e concretizado pelo juiz”.²⁸

Nesse sentido Narciso Leandro Xavier Baex *apud* Immanuel Kant que

“defende que a dignidade humana é qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa através da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Isso ocorre porque os seres humanos têm, na manifestação da sua vontade, o poder de determinar suas ações, de acordo com a idéia de cumprimento de certas leis que adotam, sendo essa característica exclusiva dos seres racionais. Além disso, o filósofo prussiano salienta que o homem é um fim em si mesmo, pois não se presta a servir como simples meio para a satisfação de vontades alheias”.²⁹

O mesmo autor também traz os conceitos de Ingo Sarlet e Ronald Dworkin e completa:

“Por tais características, a dignidade humana é atribuída aos indivíduos, independentemente de suas circunstâncias concretas ou dos danos que eventualmente tenham causado à realidade externa, ou seja, ela é igualmente reconhecida aos mais cruéis criminosos, terroristas, ou qualquer outra denominação que se queira atribuir aos indivíduos que violam os direitos dos seus semelhantes, pois eles são reconhecidos como pessoa e seus atos, por mais tenebrosos que sejam, não são capazes de apagar esse traço inato. Dworkin complementa esse

²⁸ SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2011. p. 127.

²⁹ BAEX, Narciso Leandro Xavier. Artigo 3º. In BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira (coord.). **Comentários ao pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. São Paulo; Clássica, 2013. p. 66.

raciocínio defendendo que, no caso dos presos, os motivos que os levaram ao encarceramento compulsório, ainda que reprováveis, não autorizam que eles venham a ser tratados como meros objetos”.³⁰

Portanto, compete ao juiz, ao aplicar as normas e conseqüente ao proferir uma decisão, satisfazer o direito objetivo natural correspondente à dignidade da pessoa humana. Caso isso não seja feito, ocorrerá a redução da pessoa a mero objeto ou coisa, na medida em que implica sua total desconsideração, transformando-o em apenas um instrumento de satisfação e subjugação das vontades alheias. Aqui cabe uma brecha pertinente, pois o desprezo do juiz de direito ao postulado no disposto do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, e seu afastamento de pronto, sem a coerente análise de sua aplicação, evidentemente converte o réu em objeto de subjugação do Estado.

Neste contexto a dignidade exige garantia e direito por parte do Estado que representa toda a comunidade. Cabe aos magistrados a nobre missão de satisfazer o direito objetivo natural da dignidade humana ao proferir suas decisões.

Dizem, desse modo, os ilustres professores Sayeg e Balera:

“Daí a precedência atribuída à dignidade da pessoa humana sobre toda ordem jurídica, tal como é pacífico na jurisprudência do STF ao demonstrar que tal proeminência não é atributo da positivação, mas do imperativo de direitos objetivos inatos do homem e de todos os homens”.³¹

Ao se considerar inconstitucional a norma do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, e por correspondência deixar de analisar sua aplicação a cada caso em concreto, esta diante de uma grave violação à dignidade humana porque coloca o autor da conduta delituosa em uma situação desumana, visto que ocorre a redução de seu status como sujeito de direitos, transformando-se em mero instrumento ou coisa.

³⁰ *Ibidem.* p. 67.

³¹ *Idem.* p. 117.

Desta maneira, não cabe ao aplicador do direito dizer que o parágrafo 4º, do delito de tráfico é inconstitucional, por ferir o postulado da proporcionalidade, compreendido este na modalidade de proteção deficiente dos direitos fundamentais. E, se assim o fizer, sua sentença contrariará o texto expresso na Lei.

Aliás, o parágrafo em questão da Lei de Entorpecente, que traz a possibilidade de diminuição de pena para pessoas que preenchem os requisitos nela elencados, reflete o valor máximo da dignidade humana. Portanto, cabe ao magistrado o dever de concretizá-lo, extraindo do intratexto da norma esse valor axial da ordem jurídica brasileira.

Na verdade o valor comum que deve ser utilizado como base de todos os direitos e garantias fundamentais é a dignidade humana que, segundo Willis Guerra Filho e Cantarini,

“imprescindível, a se associar com seu vetor principal, que é a afirmação da dignidade humana, é o princípio da proporcionalidade. (...) que se presta a determinar o meio mais adequado, exigível e respeitoso à dignidade humana, para que se atinja certa finalidade, considerada merecedora de ser atingida. (...) Em assim sendo, o princípio da proporcionalidade se consubstanciaria em uma garantia fundamental, ou seja, direito fundamental com uma dimensão processual, de tutela de outros direitos – e garantias – fundamentais, passível de derivar da ‘cláusula do devido processo’, visando à consecução da finalidade maior de um Estado Democrático de Direito que, como já preconizamos acima e desde há muito, é o respeito à dignidade humana”.³²

É neste contexto que se insere a assertiva de Mariângela Gomes *apud* Anna Maria Maugeri:

“Com a finalidade de evitar os perigos do decisionismo arbitrário ínsito a juízos onde são postos em jogo diversos valores, a jurisprudência das Cortes Constitucionais alemã e austríaca se esforçou, juntamente com a doutrina, para individualizar um procedimento transparente, racional e controlável da valoração da conformidade de um tipo ao princípio da proporcionalidade; tal procedimento, então, desenvolveu-se em quatro fases: (1) num primeiro momento, determina-se se o escopo perseguido pela disposição legal consiste num

³² GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. Artigo 4º. In BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira (coord.). **Comentários ao pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. São Paulo; Clássica, 2013. p. 84, 87 e 88.

interesse público, num escopo constitucionalmente legítimo e não arbitrário; a seguir (2), vê-se se o interventivo legislativo é idôneo para alcançar aquele escopo, isto é, o interesse público; posteriormente (3), avalia-se se o interventivo é necessário, ou seja, o meio, que incide sobre um direito fundamental, deve ser o mais brando possível para proteger de modo eficaz o bem jurídico, e por fim (4), há de ser examinado se entre o interesse público e a agressão ao direito fundamental há uma relação adequada, isto é, se o interventivo é proporcional, em sentido estrito, ao escopo; para tanto, faz-se necessário um balanceamento entre os bens em jogo.”³³

Incidindo o procedimento na norma penal em estudo neste trabalho podemos traçar um caminho acerca do atendimento ao subprincípios.

- 1) O objetivo perseguido, o escopo a ser alcançado, ou seja, o fim público a ser garantido é a segurança e o bem jurídico é a proteção da saúde pública;
- 2) A aplicação do parágrafo 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/2006 para os primários e de bons antecedentes (não se dedicar à atividades criminosas e não integrar organização criminosa) é a única forma idônea de realização da dignidade humana, e assim o único caminho possível para o Estado cumprir o direito à segurança, como a proteção à saúde da coletividade. De modo contrário, a punição do artigo 33, *caput*, da citada lei, para aquele acusado, é inidônea, pois o interesse público jamais pode ser atingido à custa da coisificação da pessoa humana, sem o respeito a sua dignidade.
- 3) A benesse do parágrafo 4º, do artigo 33, da citada lei é o meio mais brando e assim capaz de proteger o direito objetivo e o subjetivo nos envolvidos no caso concreto. Ela é a medida mais vantajosa para o indivíduo.
- 4) Após analisada a adequação e a necessidade para ser alcançado o direito à segurança, como a proteção da saúde da coletividade em geral, pode-se afirmar que a carga coativa em razão da benesse do parágrafo referido cuja consequência é a redução da pena do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, no mínimo um sexto e no máximo dois terços, é proporcional à segurança pública e ao bem jurídico protegido. Tal ocorre porque a pena aplicada se encontra numa relação justa concernente à gravidade do delito (neste caso de menor potencial ofensivo em razão da menor periculosidade do infrator) e a culpabilidade do réu.

³³ Ibid. p. 78.

Portanto, ao verificar aquela benesse, à luz da Constituição Federal e segundo a justa interpretação do princípio da proporcionalidade, está presente o equilíbrio entre os direitos públicos e privados confrontantes na persecução penal.

Não se pode afirmar que o legislador e o aplicador do direito afrouxaram a persecução penal na repressão ao crime de tráfico ilícito de drogas. Tal crime, apesar de ser considerado de gravidade, quando praticado por autor com menos periculosidade (a primariedade e os bons antecedentes demonstram que ele não é dado à vida do crime), por certo, apresenta menor potencial ofensivo à sociedade. Assim, torna-se imprescindível ponderar a necessidade da aspereza da pena, já que está em desacordo com as características do réu. Isto porque seu agravamento, com toda a certeza, irá desaguar de maneira destrutiva sobre a comunidade que será assolada pela reação de revolta daquele que cumpre uma pena com resquícios de tortura e crueldade.

Neste momento do estudo, é oportuno nos recordar da figura do usuário-traficante, aquele indivíduo que, para manter o vício da droga, vez ou outra age como um “pequeno” traficante.

Os milhares de usuários que caminham sobre uma linha tênue que separa o traficante do viciado, ao praticarem uma das condutas descritas no *caput* do artigo 33, da Lei 11.343/2006, cometem a infração do tráfico de drogas ilícitas. A pena disposta nesta norma é muito rigorosa e certamente não é a mais adequada para um usuário, que se vê obrigado a fazer, vez ou outra, o papel de vilão contra si mesmo e os outros. Contudo também sua ação não se amolda àquela prevista no artigo 28, da Lei de Drogas, ao proclamar que “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; e III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”.

Pode parecer que o legislador se manteve inerte para esta situação tão comum nos dias atuais em nossa sociedade. Entretanto, verificada a norma do parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, o seu observador, afastado do preconceito, reconhecerá que na sua

expressiva maioria são os usuários-trafficantes que detém as características de primariedade e bons antecedentes.

A concessão do benefício de redução de pena, além de manter um equilíbrio da reprimenda imposta em relação à conduta criminosa, à culpabilidade e à periculosidade do réu, também oferece a única chance de ele reavaliar o que realmente deseja de sua vida. Acreditamos que todos mereçam uma chance de vida.

Assim nos cabe afirmar que o parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, é norma humana, pois contém em seu cerne valores éticos que representam formas de realização da dignidade humana, único caminho possível para o Estado cumprir sua tarefa de proteção e segurança da coletividade. Portanto, a aplicação da benesse em favor do apenado pelo crime não gera o detrimento do direito à segurança e do bem jurídico de proteção da sociedade para o favorecimento da pessoa do delinqüente, muito pelo contrário, pois somente com o respeito ao indivíduo pode ser alcançada a verdadeira segurança da comunidade.

Por tudo isso, e para que ocorra a efetiva proteção do Estado em prol do homem todo e de todos os homens, com vista à dignidade da pessoa humana, é imprescindível incidir a todos os autores do crime de droga que possuam as características elencadas no citado parágrafo, sua aplicação e, se possível, no grau máximo.

CONCLUSÃO

A olhos vistos o mundo passa por transformações. O homem é o seu grande mentor e praticante. Estas modificações planetárias podem ser boas ou ruins, até porque tudo depende do ângulo de visão e percepção. Tudo pode mudar, mas algo permanece desde os mais remotos tempos da humanidade – o crime.

Praticado através de várias roupagens, o crime insiste em existir, mantendo-se e reinventando-se na engrenagem evolutiva (ou não) humana. E, quando se fala sobre crime de tráfico ilícito de drogas não há dúvida, ele encontra-se enraizado na sociedade brasileira.

O combate a este crime tomou vulto em nosso país.

“Em 1973, o Brasil aderiu ao Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos e, com base nele, baixou a Lei 6.368/1976, que separou as figuras penais do traficante e do usuário. Além disso, a lei fixou a necessidade do laudo toxicológico para comprovar o uso. Finalmente, a Constituição de 1988 determinou que o tráfico de drogas é crime inafiançável e sem anistia. Em seguida, a Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) proibiu o indulto e a liberdade provisória e dobrou os prazos processuais, com o objetivo de aumentar a duração da prisão provisória. Já a Lei de Drogas (Lei 11.343/06) eliminou a pena de prisão para o usuário e o dependente, ou seja, para aquele que tem droga ou a planta para consumo pessoal. A legislação também passou a distinguir o traficante profissional do eventual, que trafica pela necessidade de obter a droga para consumo próprio e que passou a ter direito a uma sensível redução de pena”.³⁴

Visto que vivemos em um mundo em transformação, nossa Constituição Federal assumiu a função de trazer as linhas gerais para orientar a atividade estatal e social. O sistema jurídico assume uma vertente aberta e abstrata, cujas normas contemplam a forma de regras e princípios. Estes últimos são verdadeiros comandos de otimização.

O próprio princípio do Estado Democrático de Direito, fórmula política composta pelo princípio do Estado de Direito e princípio Democrático, instituída no artigo 1º da Constituição Federal do Brasil, revela a natureza conflituosa dos princípios inseridos no ordenamento jurídico. O Estado Democrático de Direito privilegia quatro parâmetros legitimadores, quais sejam: a) a cidadania; b) a dignidade da pessoa humana; c) o trabalho e a livre iniciativa; e d) o pluralismo político. Portanto, o poder no Estado brasileiro atual só se justifica na medida em que existe para promover esses valores fundamentais.

Reconhecido no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, o princípio da proporcionalidade tem a função de harmonizar e promover a plena funcionalidade desta ordem jurídica consolidada no antagonismo, e, ao mesmo tempo, ser o promotor do respeito aos interesses individuais, coletivos e públicos com vista a satisfazer a dignidade da pessoa humana.

³⁴ SENADO FEDERAL DO BRASIL < <http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx> > Acesso em 29 de janeiro de 2015.

Com maior destaque na esfera do Direito Penal, o princípio da proporcionalidade concretiza o interesse à proteção da coletividade, em geral, e a limitação estabelecida aos direitos da pessoa.

Nesta esfera, com maior visibilidade em face de sua natureza impositiva, se pode afirmar que o referido princípio é a bússola a ser utilizada pelo juiz para solidificar a dignidade da pessoa humana.

E, para compor tal dignidade, quando da prática do crime de tráfico de drogas, especialmente por usuário-trafficante, o princípio da proporcionalidade, ao harmonizar os interesses antagônicos dispostos no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, aponta para uma solução judicial humanizada.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. Organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira (coord.). **Comentários ao pacto internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. São Paulo: Clássica, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização legítima. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. (11ª reimpressão) Coimbra/Portugal: Edições Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Legislação penal especial**. Juizados especiais criminais. Interceptação telefônica. Crime organizado. Drogas. 6. ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2007.

CÓDIGO PENAL. Palácio do Planalto Presidência da República. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/at02004-2006/2006/lei/111343.htm>.

DICIONÁRIO VIRTUAL PRIBERAM. Disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/propor%C3%A7%C3%A3o>.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: SRS Editora, 2009.

_____. **Teria processual da constituição**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor/ Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2007.

PRADO, Luis Regis (coord.). **Revista de ciências penais**. São Paulo- Revista dos Tribunais, ano 9, vol 17, julho –dezembro, 2012.

SAYEG, Ricardo; BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**. Petrópolis: KBR, 2011.

SENADO FEDERAL DO BRASIL <
<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quimica/iniciativas-do-governo-no-combate-as-drogas/historia-do-combate-as-drogas-no-brasil.aspx>>.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1989.