

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Cristiano da Câmara Soares Freitas dos Santos

A (In) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

A compatibilidade constitucional do dispositivo que criminaliza o porte de drogas para o consumo pessoal, em face da lesividade, proporcionalidade e insignificância

Porto Alegre,
2022

Cristiano da Câmara Soares Freitas dos Santos

A (In) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

A compatibilidade constitucional do dispositivo que criminaliza o porte de drogas para o consumo pessoal, em face da lesividade, proporcionalidade e insignificância

Trabalho de Conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel.

Orientador(a): Prof.^a Dr. Orlando Faccini Neto

Porto Alegre,
2022

Cristiano da Câmara Soares Freitas dos Santos

A (In) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

A compatibilidade constitucional do dispositivo que criminaliza o porte de drogas para o consumo pessoal, em face da lesividade, proporcionalidade e insignificância

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do Título de “Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais” e aprovado em sua forma final, obtendo conceito _____.

Porto Alegre, 07 de outubro de 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Orlando Faccini Neto
Orientador

Prof. Mauro Fonseca Andrade
Departamento de Ciências Penais

Prof. Odone Sanguiné
Departamento de Ciências Penais

*Este trabalho é dedicado ao Ivan Freitas dos Santos Soares,
meu companheiro de vida.*

AGRADECIMENTOS

Olho para traz e vejo uma realidade de limitadas perspectivas; olho para a frente e vejo um mundo inteiro a ser conquistado. Um universo descortinado pela força libertadora da educação. Esse momento é dedicado a todos aqueles que perto ou até mesmo distante estiveram sempre ao meu lado, sonhando e lutando comigo.

Agradeço à Universidade Federal do Rio Grande do Sul e à Faculdade de Direito pelos anos que aqui passei, adquirindo conhecimento e trocando inúmeras experiências de grande valor para vida. Agradeço ao professor e meu orientador Dr. Orlando Faccini Neto, pelas trocas de informação e conhecimento, além da imprescindível orientação para elaboração deste trabalho.

Chegado o momento de conclusão da graduação, após longos 5 anos e meio, é preciso expressar minha gratidão em relação a todos aqueles que, de alguma forma, me auxiliaram ao longo desse processo de muitos aprendizados.

Agradeço aos amigos que conheci ao entrar no curso de Direito; os levarei todos com toda certeza pelo resto de minha vida. Amigos que contribuíram imensamente na formação de minha história como pessoa e deram sempre todo o apoio e incentivo que eu precisava. Acima de tudo, agradeço ao meu esposo Ivan pela dedicação, carinho e sobretudo paciência nos meus momentos de *atucanação*.

Agradeço em especial a minha mãe Iza e à mãe Saraí que já não estão entre nós; mães que a vida me deu e que de onde estiverem zelam pelo meu aprendizado e crescimento.

À Dona Zaida Dornelles Soares, minha vó, a quem dedico diuturnamente minhas conquistas. Às minhas tias Beatriz e Berenice e à tia Jocélia (*in memoriam*). Agradeço a minha sogra Rosane e a minha cunhada Gabriela pelo carinho dispensado nas tarefas da minha casa. Vocês contribuíram muito para que fosse possível chegar até aqui.

RESUMO

Trata-se de uma análise do artigo 28 da Lei 11.343/2006, a chamada Lei de Drogas, quanto à compatibilidade do dispositivo ao texto constitucional. Este trabalho busca verificar essa compatibilidade à luz dos princípios constitucionais da lesividade, proporcionalidade e insignificância. O método utilizado será o indutivo, sistematizando opiniões que corroborem a hipótese da atipicidade. A norma penal, enquanto finalidade, propõe a defesa da sociedade tutelando os bens jurídicos. Em se tratando da Lei de Drogas, o bem jurídico protegido é a saúde pública, mas há de se discutir os limites dessa proteção. A criminalização da posse de drogas para o consumo pessoal, na forma do artigo 28, produz desconfiança quanto ao alinhamento constitucional à medida que as condutas previstas no tipo penal não alcançam qualquer lesão ou perigo concreto de lesão a outras pessoas. Ainda, avança sobre o direito constitucional à privacidade, princípios garantidores contra as ingerências ilegais na vida íntima, esfera intangível e imprescindível para o desenvolvimento da personalidade. Tratamos, portanto, dos equívocos perpetrados pelo legislador que não atentou para a ideia de que o Direito Penal não punirá condutas por mera questão de moralidade, mas àquelas que efetivamente prejudicarem bem jurídico alheio; a adequada aplicação do Direito Penal que, por natureza, não possui extensão para adentrar na vida privada do indivíduo.

Palavras-chave: Lei de Drogas. Consumo pessoal. Direito à privacidade.

ABSTRACT

This is an analysis of article 28 of Law 11,343/2006, the so-called Drug Law, regarding the compatibility of the device with the constitutional text. This work seeks to verify this compatibility in the light of the constitutional principles of harmfulness, proportionality and insignificance. The method used will be the inductive one, systematizing opinions that corroborate the hypothesis of atypicality. The criminal norm, as a purpose, proposes the defense of society by protecting legal interests. In terms of the Drug Law, the legal interest protected is public health, but the limits of this protection must be discussed. The criminalization of the possession of drugs for personal consumption, in the form of article 28, produces distrust regarding the constitutional alignment as the conduct foreseen in the criminal type does not reach any injury or concrete danger of injury to other people. Still, it advances on the constitutional right to privacy, guaranteeing principles against illegal interference in intimate life, an intangible and essential sphere for the development of personality. We deal, therefore, with the mistakes made by the legislator who did not pay attention to the idea that the Criminal Law will not punish conduct as a mere matter of morality, but those that effectively harm the legal interests of others; the proper application of Criminal Law, which, by nature, does not have the extension to enter the private life of the individual.

Keywords: Drug Law. Personal consumption. Right to privacy.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	8
2 – A IDEIA DO COMBATE ÀS DROGAS.....	10
2.1 – Panorama histórico e a legislação de drogas no Brasil.....	11
2.2 – O caráter ideológico do modelo brasileiro.....	14
3 – A NOVA LEI BRASILEIRA DE DROGAS.....	17
3.1 – Política Criminal, Política Penal e a ideologia da diferenciação.....	18
3.2 – Aspectos de diferenciação: usuário x traficante.....	20
3.3 – Aspectos dogmáticos da Lei 11.343/2006.....	22
4 – OS TIPOS PENAIS: ADEQUAÇÃO TÍPICA E VIOLAÇÃO DE DIREITOS.....	23
4.1 – Os Tipos Penais dos Artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006.....	23
4.2 – O Bem Jurídico Tutelado.....	27
5 – A (In) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006.....	32
5.1 – Princípio da Lesividade ou Ofensividade.....	32
5.2 – Princípio da Proporcionalidade.....	34
5.3 – A Insignificância no Consumo Pessoal de Drogas.....	36
5.4 – O Paternalismo Jurídico-penal.....	40
6 – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP.....	42
6.1 – A adequação da norma impugnada.....	43
6.2 – Necessidade da norma impugnada.....	45
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS.....	51

1 – INTRODUÇÃO

A criminalização das condutas envolvendo o consumo pessoal de drogas, *prima facie*, ofende direitos e garantias fundamentais do cidadão, especialmente à intimidade e à liberdade individual. Uma norma infraconstitucional, a rigor, não pode ofender o ápice do ordenamento jurídico, criminalizando condutas que estão certamente amparadas por valores constitucionalmente relevantes.

Vale dizer, antes, que a sociedade resiste tolerar usuários de drogas. Subsiste posicionamentos revestidos de moralidade em detrimento dos direitos e garantias mais fundamentais. Sustenta-se que o consumo de drogas não é um problema somente de índole jurídica, mas também de ordem social. O fato é que existe os usuários permanentes, e os considerados recreativos, de substâncias positivadas como ilícitas e que uma parcela importante desses usuários demanda políticas públicas – inclusive, e principalmente, no que refere à dependência.

Este trabalho pretende analisar a atual Lei de Drogas e, mais particularmente, verificar a compatibilidade do seu artigo 28 com a Constituição Federal, já que o tema se encontra em julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (STF), no Recurso Extraordinário 635.659/SP, com reconhecida repercussão geral, onde questiona-se a constitucionalidade do referido artigo à luz do direito à intimidade e autonomia da vida privada, direitos fundamentais consagrados na carta maior.

Para tanto, o presente trabalho traz a discussão do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, do exercício pessoal de escolha, sem preocupação valorativa, atendo-se tão somente aos limites da norma escrita e ao confronto com os princípios constitucionais da lesividade, proporcionalidade e insignificância. Será do tipo descritivo, a partir de contribuições doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema; a abordagem será a qualitativa, onde serão analisados criticamente essas contribuições e o método aplicado será o indutivo: coletando, sistematizando opiniões com o objetivo de corroborar a hipótese da atipicidade, apoiando-se (das premissas à conclusão) na Teoria Constitucional do Direito Penal.

A análise se limita ao cotejo de tais princípios frente à criminalização do porte de drogas para o uso pessoal. Essa delimitação, no entanto, é produto da falta de possibilidades temporais e de pesquisa, vez que em um trabalho de Conclusão de

Curso de Graduação, além da necessidade de limitar-se ao máximo ao tema, não se pode estender-se a uma abordagem mais abrangente.

No primeiro tópico será apresentado um panorama histórico do combate às drogas, tanto no âmbito internacional quanto, e principalmente, no âmbito nacional, desde as políticas implementadas pelos Tratados Internacionais, pelas disposições brasileiras e leis ordinárias que tratam do tema, até chegar a atual Lei 11.343/2006 – a chamada Lei de Drogas.

A seguir, propõe-se uma leitura dos aspectos conceituais e dogmáticos do sistema brasileiro de combate e prevenção às drogas. Não obstante tais preceitos, dedica-se neste ponto a um estudo mais aprofundado à ordem jurídica sobre parte do problema, qual seja, a criminalização do porte de drogas para consumo, analisando as técnicas de interpretação e aplicação da Lei de Drogas e a estratégia adotada na implementação de políticas sobre drogas no Brasil.

Há, ainda, a intenção de estabelecer distinção entre a política criminal e a política penal no tema de drogas, indicando que esta última atue de forma subsidiária, chamando atenção para a necessidade de uma maior uniformização e parametrização de procedimentos, com mecanismos de garantias de direitos, voltados à consolidação de uma política pública integradora e promotora de direitos humanos.

Analisa-se a extensão dos comandos constitucionais quanto à repressão ao tráfico ilícito de drogas, problematizando-se a interpretação constitucional já realizada pelos tribunais no apreço do tema, trazendo-se considerações críticas e propositivas.

Por fim, aborda-se os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no RE 635.659, que analisa justamente a possibilidade de considerar-se inconstitucional o artigo 28 da Lei 11.343/2006, que trata do porte de drogas para consumo próprio. Neste ponto, a intenção é pinçar os elementos mais relevantes, a título de contribuição, nos votos até aqui proferidos.

2 – A IDEIA DO COMBATE ÀS DROGAS

A criminalização de condutas relacionadas à produção, comércio, distribuição e ao consumo de substâncias e matérias-primas tidas como drogas, é hoje a mais organizada, mais sistemática, mais estruturada, ampla e mais danosa forma de manifestação do proibicionismo a nível mundial. Essa ideia se mostra muito mais como um posicionamento ideológico, do plano moral, do que o resultado consciente de uma investigação responsável quanto ao tema.

Tal posicionamento impulsiona ações políticas voltadas à regulação de fenômenos, comportamentos e produtos vistos como negativos; proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal, sem espaço para escolhas no âmbito da liberdade individual, inclusive quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano a terceiros.

A guerra às drogas, na forma em que está estruturada, traduz uma tendência global de expansão do poder punitivo, porquanto incorpora ao controle social exercido pelo sistema penal estratégias e práticas que ressignificam a própria ideia de ‘crime’ e ‘criminoso’, e a esse último associam ao excludente perfil de ‘inimigo’, a quem comumente é negado direitos reconhecidos aos demais indivíduos.

Trata-se, portanto, de um proibicionismo criminalizador das condutas de produtores, comerciantes e consumidores das selecionadas substâncias psicoativas, etiquetadas de drogas ilícitas, expressado na política relacionada às drogas, que fornece o primeiro fundamento legitimador dessa atual, global e uniforme expansão do poder punitivo.

Esse poder punitivo, na sua face concreta, diversifica suas fontes legitimadoras, muito embora essa diversificação não dispense a força ideológica da guerra às drogas. A alegada negatividade das substâncias rotuladas como ilícitas, não só permanece sendo uma das principais fontes de legitimação do inflacionado poder punitivo, como são associadas a fenômenos reais ou imaginários, frequentemente invocados para operar essa legitimação.

A história evolutiva do poder punitivo mostra o sistema penal como um instrumento de proteção dos indivíduos e evitação de condutas negativas e ameaçadoras à segurança, sem olvidar a incessante luta pelo reconhecimento do homem enquanto pessoa dotada de autonomia. Muito embora, conforme destaca KARAM (2013),

Esse discurso encobre a realidade de que a intervenção do sistema penal é mera manifestação de poder, servindo tão somente como instrumento de que se valem os mais diversos tipos de Estado para obter uma disciplina ou um controle social que resultem funcionais para a manutenção e reprodução da organização e do equilíbrio global das formações sociais, historicamente determinadas nas quais surgem.

Nessa esteira, o proibicionismo aplicado concretiza um esforço humanitário, destinado à solução dos problemas derivados dessa criminalização. Mas desconsidera um equívoco anterior, do qual se alimenta essa funcionalidade política – fala-se, portanto, e somente, em ‘crime’, como se a expressão empregada traduzisse um conceito natural, imutável, comum em todos os tempos ou em todos os lugares.

Parece óbvio tal reflexão, mas é preciso trazê-la:

crimes não passam de meras criações da lei penal, não existindo um conceito natural que os possa genericamente definir. As condutas criminalizadas não são naturalmente diferentes de outros fatos socialmente negativos ou de situações conflituosas ou desagradáveis não alcançadas pelas leis penais (KARAM, 2013).

2.1 – Panorama histórico e a legislação de drogas no Brasil

A leitura mais detida do contexto brasileiro, evidencia a adoção de diretrizes pensadas no plano internacional. Fundamenta-se nas três convenções da ONU sobre a matéria, vigentes e complementares entre si: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, que revogou as convenções anteriores e foi revista através

de um Protocolo de 1972; o Convênio sobre substâncias psicotrópicas de 1971; e a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena)¹.

Com efeito, a Convenção Única de 1961, com suas quatro listas anexas onde são elencadas as substâncias e matérias-primas proibidas, embora ressalvando expressamente a reserva do que dispunha a Constituição de cada uma das partes, impôs a criminalização, inclusive de atos preparatórios, estabelecendo uma obrigação criminalizadora com enumeração de dezoito condutas, quais sejam: cultivo, produção, fabricação, extração, preparo, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega de qualquer espécie, corretagem, expedição, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes².

Na prática, antecipou o estilo tipificador que a partir das últimas décadas do século XX marcaria, nos mais diversos Estados, as novas legislações produzidas sobre essa matéria.

No Brasil, é a partir da Consolidação das Leis Penais de 1932 que se inicia a criminalização de condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo das substâncias tornadas ilícitas, com a substituição da expressão 'substâncias venenosas' do artigo 159 do Código Penal de 1890, por 'substâncias entorpecentes'; a expansão da quantidade de condutas proibidas e introdução da cominação de pena privativa de liberdade para quem fornecesse aquelas substâncias. Mas é com o Decreto-lei 891 de 1938, promulgado na ditadura do Estado Novo, que a proibição apresenta maior sistematização e alcance.

¹ Esses diplomas internacionais pretendem restringir a fins exclusivamente médicos e científicos a produção, a distribuição e qualquer forma de fornecimento ou entrega a terceiros das substâncias e matérias-primas tornadas ilícitas, mediante a criminalização de condutas relacionadas àquelas atividades que se realizem com quaisquer outros fins.

² A Convenção Única sobre Entorpecentes ou Convenção Única sobre Estupefacientes é um tratado internacional que controla as atividades de entorpecentes específicos e estabelece um sistema de regulamentos para seus usos médicos e científicos. Foi recepcionada pelo ordenamento brasileiro através do Decreto Nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. **Fonte:** site do Planalto.

É estabelecida a internação obrigatória de ‘toxicômanos’ e, sugestivamente, se prevê como circunstância agravante da pena o fato de o agente, com a conduta relacionada às drogas tornadas ilícitas, ‘sugerir ou procurar satisfação de prazeres sexuais’ em decorrência do uso destas.

Com a edição do Código Penal de 1940, os dispositivos criminalizadores a ele se integram, nas regras de seu artigo 281.

Na ditadura militar instaurada em 1964, essas regras vão sendo modificadas. Inicialmente com a Lei 4.451 de 1964, que introduz a tipificação da ação de plantar as matérias-primas das substâncias proibidas e, ainda, é mantida a pena de reclusão. A seguir vem o Decreto-lei 385 de 1968, que explicita a criminalização da posse para uso pessoal, cominando as mesmas penas de reclusão previstas para o dito ‘tráfico’.

Em 1971 surge a primeira lei específica sobre a matéria – a Lei 5.726/71 –, que, ainda mantendo as tipificações das condutas relacionadas à produção, ao comércio e ao consumo (nas regras do artigo 281 do Código Penal), majora a pena máxima de 5 para 6 anos, introduzindo a quadrilha específica para o dito ‘tráfico’, prevendo a possibilidade de sua formação com apenas duas pessoas (a *duilha*), com penas de 2 a 6 anos de reclusão, e impõe o trancamento da matrícula do estudante encontrado com as substâncias proibidas, bem como a perda do cargo de diretor de estabelecimento de ensino àqueles, que investidos dessa condição, que deixassem de comunicar às autoridades sanitárias os casos de uso e ‘tráfico’ dessas substâncias no ambiente escolar.

Em 1976 sobreveio, então, nova lei especial – Lei 6.368/76, que, diferenciando as penas previstas à posse para uso pessoal, estabelecendo em 6 meses a 2 anos de detenção, triplicou as penas para as condutas identificadas ao dito tráfico, que passaram a ser de 3 a 15 anos de reclusão. Praticamente desde a sua edição diversos projetos foram sendo apresentados para modificá-la, até que um desses projetos deu origem à Lei 10.409 de 2002. Essa Lei dispunha sobre *a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem*

*dependência física ou psíquica*³. Suas impropriedades foram tantas que, diante dos inúmeros vetos apostos pelo Presidente da República, a pretendida substituição da Lei 6.368/76 não se viabilizou – essa permaneceu disciplinando as definições de crimes e de penas.

O objetivo de substituir a Lei 6.368/76 motivou a quase imediata apresentação de novo projeto que, aprovado e sancionado, resultou na nova Lei 11.343 de 2006. Entrando em vigor em outubro do mesmo ano, revogou tanto a Lei 6.368/76, quanto a Lei 10.409/2002, passando a ser a nova lei brasileira em matéria de drogas – a lei que atualmente vigora.

2.2 – O caráter ideológico do modelo brasileiro

A leitura que se fará a seguir dá conta de aspectos nítidos de proximidade do modelo criminal brasileiro, no tema de drogas, às formulações assentadas nas convenções internacionais. Razões de o proibicionismo brasileiro, inaugurado em meados da década de 1930, firmar sintonia com um projeto global de diminuição de fronteiras nacionais para combater esse inimigo.

A iniciativa supranacional se emociona no Movimento de Defesa Social⁴, caracterizado por uma concepção abstrativista que ignora a característica fundamental das sociedades: a sua historicidade. *Assim, a universalização do discurso passa a impor modelos repressivos autônomos, que desconsideram as especificidades locais e as histórias de cada sociedade.*

³ A Lei nº 10.409 de 11 de janeiro de 2002 foi revogada pela Lei nº 11.343, de 2006. **Fonte:** Site do Planalto. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110409.htm consultado em 09/09/2022.

⁴ O Movimento de Defesa Social – MDS, defende que a lei não é a única fonte do direito. Não tem propriamente uma unidade de pensamento, nem está filiado a qualquer escola filosófica. Ele tem uma concepção crítica do fenômeno criminal e o acompanha e estuda nas suas transformações, nas suas causas, nos seus efeitos, entendendo-o como o resultado e uma diátese social, que deve ser curada racionalmente, através de uma política que respeite a dignidade da pessoa e resguarde os direitos do homem. Esta escola tem uma posição reformista quanto à atividade punitiva do Estado, que deve ser exercida não de forma dogmática, mas dentro de uma visão abrangente do conhecimento humano. (CARVALHO, 2010, p. 188)

Internacionalmente, e principalmente nos Estados Unidos, apesar de toda a repressão, não se notou reduções no consumo e comércio de entorpecentes. Esse insucesso faz com que as drogas sejam eleitas o maior inimigo do ocidente, transferindo aos países periféricos a responsabilidade pelas drogas que inundavam as ruas norte-americanas.

Enquanto nos EUA ocorria uma vitimização doméstica, nos países marginalizados o discurso central foi absorvido; o tráfico interno deveria ser combatido com políticas criminalizadoras e médico-sanitaristas.

O combate às drogas, com o tempo, produziu um outro fenômeno: *se for pobre é criminoso, se não for pobre é consumidor* (CARVALHO, 2010, p. 221). A Doutrina da Segurança Nacional⁵, e sua lógica bélica de combate ao 'inimigo', formou um complexo sistema de combate às drogas que se mantém até os dias de hoje. Essa preocupação, nitidamente alarmista e de caráter moral, serviu apenas para agravar a repressão, invertendo valores em favor de uma lógica autoritária.

No Brasil, a Lei de 1976, que agravou a pena para o tráfico, criminalizou o porte de drogas para uso pessoal. Não punia o uso em si, mas as condutas de adquirir, guardar ou trazer consigo.

Essa opção que estende o tratamento coercitivo, tem um resultado prático: *(a) associa dependência e delito, (b) abandona a ideia de voluntariedade no tratamento, e, subliminarmente, (c) amplia as possibilidades de identificação do usuário como dependente* (CARVALHO, 2010). Termina por criminalizar a dependência e o Estado recebe a função de intervir na vida do 'dependente' para prevenir possíveis crimes.

⁵ A Doutrina de Segurança Nacional surgiu em consequência da Guerra Fria. Terminada a Segunda Guerra Mundial, toda uma geração de militares brasileiros passou a frequentar cursos militares norte-americanos. Os militares que se aglutinaram na ESG formularam a Doutrina de Segurança Nacional (DSN). A finalidade da DSN era estabelecer critérios de atuação para que o Brasil alcançasse e mantivesse os objetivos nacionais que deveriam ser a razão última do Estado Nacional. Os principais Objetivos Nacionais, que a Escola chamou de Objetivos Nacionais Permanentes (ONP) eram a Segurança e Desenvolvimento. A doutrina da Escola encontrava fundamento no conceito de guerra total, uma guerra que envolveria todos os setores da sociedade e, por isso, dependia de todo o potencial da Nação (TIBOLA, 2007).

Talvez estejamos, aqui, diante da hipótese mais concreta de que o proibicionismo brasileiro se ancora num tripé ideológico, qual seja, “Movimentos de Lei e Ordem (MLOs), pela Ideologia da Defesa Social (IDS) e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional (ISN)” (CARVALHO, 2010, p. 29).

Na atual legislação verifica-se que as atividades de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas se acentuaram, ao definir novos crimes e com o aumento das penalidades previstas, ao passo que distingue a condição de usuários e dependentes de drogas, abordando de forma mais extensiva que as leis anteriores as atividades de prevenção ao uso indevido, atenção à saúde e reinserção social.

Porém, paradoxalmente à Constituição brasileira de 1988, que prevê garantias que limitam o poder punitivo do Estado, a mais recente legislação brasileira, que carrega um posicionamento político moderado em relação ao tema, não rompe (na essência) com o citado viés ideológico da ideia criminalizadora.

A política criminal, transformada em política penal, sustenta um entendimento equivocado acerca da própria droga. Os conceitos amplos se misturam a preceitos morais e a dados imprecisos, e mantém a droga associada ao desconhecido e proibido e, em particular, ao temido. A responsável por todos os males que afligem o mundo contemporâneo – a própria palavra está funcionando mais como estereótipo do que conceito; como crença, mais do que descoberta científica.

Portanto, ainda que se queira defender a atual política criminal de drogas, não é possível passar por cima do gritante descompasso que existe entre o discurso oficial e a criminalização operacionalizada – principalmente face a sua seletividade, suas prioridades concretas e o alinhamento às bases internacionais historicamente construídas.

3 – A NOVA LEI BRASILEIRA DE DROGAS

Este tópico cuida da análise dos aspectos conceituais e dogmáticos do sistema brasileiro de combate e prevenção às drogas e da estratégia de implementação de políticas sobre drogas no país a partir do advento da nova lei.

Cumprido destacar que, a despeito do que se quer fazer crer, a nova Lei de drogas não traz avanços consideráveis no campo do consumo. A distinção entre usuário e traficante, nos termos da lei, somente pode ser aferida de acordo com a hipótese concreta, se levando em consideração a natureza da droga, a quantidade, o modo de vida do agente entre outras características também concretas e de particular relevância.

No tratamento do tráfico de entorpecentes, mantém a linha do punitivismo internacional. Pena mínima majorada de três para cinco anos, a proibição de fiança e de liberdade provisória, dentre outras medidas pertinentes.

A lei editada em 2006, atualizou normas do direito penal e buscou estabelecer consonância com os princípios constitucionais trazidos na Carta de 1988, sobretudo no que diz respeito ao princípio da legalidade. Previsto inicialmente pela Constituição em seu artigo 5º, XXXIX, e pelo Código Penal, art. 1º, o princípio da legalidade garante que

a lei é a única fonte do Direito Penal quando se quer proibir ou impor condutas sob a ameaça de sanção. Tudo o que não for expressamente proibido é lícito em Direito Penal. [...] Por intermédio da lei, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção. (GRECO, 2010, p.93-95),

muito embora ainda repita violações a princípios e normas consagradas nas declarações universais de direitos e nas constituições democráticas, como a Constituição Federal brasileira.

Tendo como pressuposto as modalidades sob as quais se expressa o ilícito penal, e analisando o teor do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, não se revela

difícil verificar que essa legislação não impõe qualquer tipo de sanção criminal como corolário do fato praticado. (FACCINI NETO, 2020, p. 91)

Conforme informado no trecho acima, a lei retira do escopo a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade para usuários de drogas, fato que foi considerado um avanço para alguns. Contudo, a questão central não parece ser o tipo de pena que deve ser aplicada ao usuário, mas se cabe a aplicação de sanção penal, se é tolerável ao Estado imiscuir-se na esfera privada e nas opções pessoais do sujeito – algo que será oportunamente problematizado no limiar deste texto.

3.1 – Política Criminal, Política Penal e a ideologia da diferenciação

Outra consideração que merece ser feita ao se analisar o texto da Lei que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD é que, subjacente à ideia de combate às drogas, há uma evidente confusão conceitual entre Política Criminal e Política Penal – mais propriamente no que refere ao papel desta ou daquela no tratamento do tema. Enquanto a segunda deve ocupar-se do crime enquanto norma, a primeira deve tratá-lo enquanto valor.

Conforme já discorrido, crime é um *constructo* social. Não existem comportamentos que possam ser considerados *a priori* criminosos; esses comportamentos se tornam crimes a depender da reação que a sociedade e, ou, as estruturas de poder, tem sobre eles. É válido perceber que as condutas tipificadas atualmente pela Política Penal, apenas se encontram ali circunscritas porque lhes foi dado o *status* de crime.

A Política Penal traduz basicamente as estratégias proibicionistas historicamente firmadas. Tais estratégias, flagrantemente, esbarram na capacidade de o sistema penal resolver os problemas que lhe são destinados, porquanto dependem de investigações empíricas sobre os instrumentos disponíveis e a forma

de utilizá-los. Parecem traduzir um aspecto hermético, desprovido de análise crítica de causa e consequência.

A proscrição de determinadas substâncias, por meio da inclusão destas à categoria de ilícitos, parece insuficiente para a manutenção do modelo concretamente implementado. O enfoque crítico recai, no entanto, sobre o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade, um círculo vicioso que põe em discussão, inclusive, a finalidade/utilidade do Direito Penal.

Quanto à Política Criminal, suas proposições operam como um conjunto sistemático de princípios e regras através dos quais o Estado, no caso em estudo o Estado brasileiro, promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais, centradas no campo de projeção dos problemas jurídicos sobre o contexto mais amplo da política penal.

Nesse diapasão, merece atenção as respostas ofertadas pela Política Penal à criminalização das drogas – em especial a atual Lei de Drogas. São massivas, mas também são seletivas. Nas raras ocasiões em que as pessoas das camadas mais favorecidas da população são atingidas por essa estrutura de controle penal, a elas é conferido o *status* de usuárias, ao passo em que há uma identificação entre o *status* de traficantes e as camadas da sociedade menos favorecidas. Isso explica, talvez, porque, apesar de a criminalidade ser uma constante na vida das pessoas, não se restringindo a um estrato social específico, o sistema penal parece alcançar apenas algumas parcelas da sociedade.

Trata-se aqui de um etiquetamento nada objetivo que opera no campo da inconsciência, cuja *“diferenciação pode ser concebida igualmente como discurso de fragmentação das respostas ofertadas aos autores do desvio, dependendo do seu status social”* (CARVALHO, 2016, p. 55). Nesse sentido, a ideologia da diferenciação – termo cunhado por Rosa del Olmo – expõe a existência de um duplo discurso no que refere à sistemática do tráfico de drogas, *“existindo, de um lado, a figura do traficante (delinquente) a ser combatida pelas agências de controle, e de outro lado a figura do usuário (dependente), que deveria/poderia receber tratamento médico”* (OLMO, 1990, p.34).

Portanto, na consecução dos objetivos da política Pública, ao se admitir a interferência que o Direito Penal produz na solução de uma problemática que é *a priori* afeta à política criminal, acaba-se por naturalizar essa diferenciação supondo, inclusive, que a existência de um está proporcionalmente vinculada a existência do outro – esse raciocínio inviabiliza a conclusão de que o traficante é produto, exclusivamente, do proibicionismo.

3.2 – Aspectos de diferenciação: usuário x traficante

Como dito, a Lei regulamentadora de drogas propôs uma ideia inovadora quanto às medidas aplicáveis no tratamento das drogas ilícitas no âmbito nacional, tanto em relação à área procedimental quanto material. Inobstante a essa ideia de inovação *é possível identificar algumas falhas na lei, que geram efeitos negativos na sociedade, e em relação à eficácia da política de controle das drogas ilícitas* (MENDONÇA, 2008, p. 18), tais falhas serão tratadas mais detalhadamente a seguir.

Por ora, na esteira da distinção entre as figuras implicadas na Lei, é válido observar que a distinção está localizada na superfície; nas consequências de um tipo penal ou outro para o agente. Na processualização do delito e na pena. Não há conceituação estreita, bem-acabada, senão critérios para que as autoridades utilizem como parâmetro diferenciador.

Se por um lado as atividades de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas são acentuadas, com definição de novos crimes e o aumento das penalidades previstas, por outro lado ao fazer a distinção dos sujeitos, também aborda de forma mais extensiva as atividades de prevenção ao uso indevido, atenção à saúde e reinserção social – esse seria o verdadeiro avanço.

No entanto, os artigos que dispõem sobre os crimes de tráfico e de porte de drogas para o consumo não trazem (ou pouco trazem) amplo grau de precisão, fazendo com que o estereótipo do traficante seja usado como critério para a escolha de quem será abordado ou imputado em um ou outro delito.

O conceito jurídico-penal do que seja tráfico de drogas não é descrito pela Lei; apenas enumera condutas que se enquadram como tráfico de drogas. Não há uma figura típica que se denomine como tráfico ilícito de entorpecentes. E a ausência de um conceito bem ajustado do que seja o crime de 'tráfico de drogas' se torna evidente quando, ao analisar o texto do artigo 33, se verifica uma multiplicidade de condutas proibidas e taxadas como de tráfico de drogas. Essa variedade de condutas traz dificuldades para se identificar o sentido e o espaço da proibição expressa pelo tipo.

O crime de porte de drogas para consumo pessoal, tipificado no artigo 28, se fundou na necessidade de impedir a circulação da droga, vez que aqueles que pretendem utilizá-la podem permitir ou promover a sua circulação. Nesse tipo penal pune-se as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo substância que seja considerada pela lei como droga, com o fim de realizar o consumo pessoal dessa substância. Nos moldes do parágrafo primeiro do referido artigo, pune-se de igual maneira quem semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência.

Tanto as condutas de porte para o consumo (art. 28) quanto as do tráfico ilícito de drogas (art. 33), possui o dolo como elemento central. A intenção é analisada de forma concreta pelo juízo do caso, considerando as circunstâncias em que o fato ocorre, mas não há um critério objetivo de distinção entre os referidos tipos penais.

A Lei, por sua vez, fornece à autoridade judicial critérios apresentados como idôneos para classificar a conduta do agente, muito embora tais critérios se apresentam insuficientes – apenas sugerem e indicam a incidência dos tipos penais sem definir, portanto, juízo de imputação. Para essa distinção, a quantidade de droga é um dos critérios mais utilizados, devendo, contudo, ser considerada juntamente com as demais circunstâncias que envolvem o delito, como o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

3.3 – Aspectos dogmáticos da Lei 11.343/2006

A atual legislação brasileira sobre drogas se propôs inovar no que refere à pluralidade de hipóteses típicas para o tráfico de drogas e da hipótese de descarceirização do porte de drogas ilícitas para consumo próprio, mas é preciso insistir que ainda mantém uma dorsal ideológica inalterada.

Em relação a todo o ordenamento jurídico já produzido no Brasil sobre drogas, a Lei 11.343/2006, possui especificidades importantes. Até a edição desta Lei o legislador tinha uma visão social reduzida. As leis 6.638/76 e 10.409/02 contemplavam uma visão estritamente penal. A legislação atual, em seu conteúdo material e processual, carrega uma visão sociológica do crime em questão, em relação as anteriores, de maneira muito mais clara, mesmo que ainda exista fatos sociais não alcançados.

O sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76 subsiste. Apesar de abordar a prevenção e descarceirização, não provocou qualquer modificação no modelo repressivo posto, além de aumentar o distanciamento entre usuários e traficantes e conferir maior poder aos órgãos de controle, responsáveis por ditar quem se enquadra em cada uma dessas categorias.

Cumprindo, portanto, destacar: existe uma linha muito tênue entre as condutas. E não se restringe à lei. Também guarda relação com a doutrina e com a própria jurisprudência.

A doutrina discute a descriminalização do artigo 28, o que será tratado mais no detalhe a seguir, mas é preciso adiantar que essa tipificação de crime permanece inalterada. Ainda, as condutas de tráfico e de uso de drogas receberam tratamento penal, processual e penitenciário completamente distintos, sem a preocupação em definir limites explícitos de enquadramento em um ou outro tipo penal.

Reporta-se, aqui, a análise semântica de condutas descritas em um e outro tipo penal, para exprimir uma única interpretação subjetiva (de valoração), que resumem ambos os delitos – igualmente crimes de ação múltipla ou conteúdo variado, dolosos e comissivos.

4 – OS TIPOS PENAIS: ADEQUAÇÃO TÍPICA E VIOLAÇÃO DE DIREITOS

Sem desprezar uma leitura detida de todos os verbos nucleares dos crimes previstos nos artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006, não é demais trazer a diferenciação entre as condutas de “ter em depósito” e “guardar”. Ambas exprimem a mesma ideia, pouco importando se o acusado é ou não proprietário. Ocorre que na primeira, a retenção da droga tem caráter provisório, sugerindo fácil alcance e que possibilite o deslocamento rápido de um lugar para outro, enquanto na segunda conduta a ação é no sentido de mera ocultação, desnecessário que esteja estocada em local próximo ao agente.

O exemplo traduz duas condutas que descritas em um tipo penal, estão também descritas no outro. Assim, a letra fria do texto legal reafirma que o consumo em si não é punido – o legislador de maneira indireta não o criminalizou, de modo que tipificou toda conduta a ele relacionada, tornando impossível utilizar drogas sem incorrer em pelo menos um verbo nuclear do artigo 28.

A norma penal, como finalidade, propõe a defesa da sociedade, tutelando, para tanto, bens fundamentais, que, em razão desse amparo, passam à categoria dos bens jurídicos. Como função, traça limites entre o lícito e o ilícito e elementos de diferenciação do usuário e do traficante.

Ao se cotejar os elementos objetivos dessa diferenciação (usuário x traficante), o texto legal carece de uma melhor definição do crime propriamente dito, e a partir de quais elementos é possível realizar a subsunção entre o ato praticado e o que está efetivamente positivado na norma.

4.1 – Os Tipos Penais dos Artigos 28 e 33 da Lei 11.343/2006

Inicialmente, é imperativa a compreensão da ideia conceitual do crime de tráfico de drogas e dos verbos do tipo objetivo.

Artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, *in verbis*,

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.

A análise destes verbos remete a uma compreensão mais detalhada do delito. Para Gomes (2013, p. 163) “*a nova Lei, para ocupar o lugar da velha (e inadequada) locução substância entorpecente, preferiu a expressão droga, assim definida como toda substância relacionada na Portaria 344 SVS/MS*”⁶.

O nosso ordenamento jurídico, além do descrito no artigo 33 da Lei especial, continua sem ter um crime que atenda pelo nome de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, continua repetindo a postura da Lei antiga que não fixou o *nomem iuris* do tipo penal. Como vimos, tão somente enumera as condutas caracterizadoras do delito.

No cotejo entre um e o outro tipo penal, tem-se que o tráfico de drogas é crime comum, que se consuma com a prática da conduta criminosa, independentemente da superveniência do resultado naturalístico. É de perigo abstrato (presumido pela lei). Tem como sujeito passivo a sociedade – ente destituído de personalidade jurídica. Admite qualquer meio de execução. Em regra, é comissivo. Seus núcleos indicam ações. É instantâneo ou permanente. Unilateral, mas admite o concurso. A conduta pode ser composta de um ou mais atos e é de máximo potencial ofensivo.

⁶ Trata-se da Portaria 344 de 12 de maio de 1998 da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Traz o regulamento técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Compõem o texto da Portaria: as definições de conceitos relacionados a essas substâncias e medicamentos; as obrigações legais relacionadas a produção, uso, transporte, comércio, prescrição e dispensação; além dos medicamentos classificados em listas de acordo com características comuns àqueles fármacos. Essa Portaria é marco legal que define todos os parâmetros para qualquer fim relacionado aos medicamentos e substâncias especiais.

O delito de Tráfico de Drogas é por essência doloso, e para que o agente seja imputado como traficante de drogas, deve agir com consciência e de acordo com os verbos descritos pelo tipo penal que regulamenta a figura do traficante. Não há, portanto, crime de drogas na forma culposa.

Se a pessoa incidir em algumas das condutas por imprudência, imperícia ou negligência será repreendida com a aplicação das penas previstas no artigo 33 da Lei – à exceção dos núcleos “prescrever” e “ministrar”, onde o indivíduo deixaria de se enquadrar no crime de tráfico de drogas e seria responsabilizado pelo artigo 38 da Lei 11.343/2006⁷.

A mesma norma, em seu artigo 28, prevê a conduta ilícita de portar drogas para consumo próprio. Todavia é considerada infração menos grave, não prevendo pena de detenção ou reclusão. O legislador aboliu a pena privativa de liberdade e, ao fazê-lo, aproximou a conduta típica à espécie de contravenção penal.

O artigo 28, *caput*, in verbis,

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 caracterização do consumo pessoal, em sede de análise comparativa dos verbos do delito e àqueles do de tráfico de drogas ilícitas, como já enfrentado, deriva um problema processual na apreciação do caso concreto – o enquadramento do agente ao tipo correto.

⁷ O delito previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, classificado como de ação múltipla ou de misto alternativo, consuma-se com a prática de qualquer dos verbos nele previstos, no caso, como dito, as condutas de ‘transportar’, ‘ter em depósito’ e ‘trazer consigo’. Portanto, não há falar em crime tentado sob o argumento de que a conduta de exportar não se completou, porque os entorpecentes não saíram dos limites fronteiriços brasileiros (MASSON, 2019, p.43).

A diferenciação do delito de tráfico para o de consumo de drogas ilícitas continua a ser feita caso a caso, sem a possibilidade de uma distinção legal *a priori*. O elemento subjetivo, por isso, é superestimado.

Nesse limiar, o tipo penal o artigo 28, que é objeto deste trabalho, tem como dolo específico a finalidade de consumir a substância psicotrópica. É imperativa a interpretação se houve ou não a efetiva vontade de o agente consumir a droga ilícita. No entanto, em relação ao crime de tráfico, por não se exigir o fim comercial, uma vez que, conforme entendimento jurisprudencial⁸, o delito se consuma independentemente dessa finalidade, pela justa existência de núcleos comuns ao delito de porte para consumo, há uma dificuldade premente de diferenciação⁹.

Como solução, tem-se frequentemente invocado o princípio constitucional da proporcionalidade, do art. 5º, inciso LIV, para aferir o dolo nas condutas dos agentes que incidem em uma das ações tipificadas nos Artigos 28 ou 33 da Lei 11.343/06.

Para o Professor Salo de Carvalho,

importante, portanto, no caso em análise, verificar se o mecanismo escolhido pelo legislador, qual seja, identificação do tipo penal em condutas semelhantes, cuja ofensividade ao bem jurídico é nitidamente diferenciada, é idôneo para obtenção do fim almejado (tutela ao bem jurídico) _ e _se a opção legislativa causou a menor restrição necessária aos direitos fundamentais dos sujeitos incriminados. (CARVALHO, 2010, p.208).

⁸ Para a configuração do delito de tráfico de drogas previsto no caput art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, é desnecessária a aferição do grau de pureza da substância apreendida.

JULGADOS: RHC 57526/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015; RHC 57579/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 01/09/2015; RHC 53368/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 03/12/2014; HC 446553/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 23/04/2018, publicado em 25/04/2018; RHC 050055/SP (decisão monocrática), Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, publicado em 09/10/2015. Fonte: STJ. Jurisprudência em Teses. Edição nº 131.

⁹ não me refiro, aqui, às organizações criminosas, mas tão somente aos indivíduos implicados.

Diante desse rol de condutas incriminadas, e das semelhanças já pontuadas entre tipos penais distintos, faz-se necessário utilizar o princípio da proporcionalidade associado ao princípio da lesividade para alcançar o correto enquadramento penal.

Ao analisar o caso concreto, o magistrado deve-se ater a vislumbrar o intuito do agente. Caso não seja possível se identificar tal dolo, o operador do direito, em observância aos princípios da proporcionalidade e lesividade, deve enquadrar a conduta no tipo do art. 28 da Lei 11.343/06. (CARVALHO, 2010, p.212).

4.2 – O Bem Jurídico Tutelado

A valoração constitucional é um juízo ao qual os setores do Direito devem estar submetidos; imperioso, portanto, que o bem jurídico penalmente tutelado esteja respaldado na ordem constitucional. De mesmo modo, a ideia de bem jurídico é condição legitimadora da tutela penal, e essa tutela decorre das funções essenciais do Estado ante aos valores consagrados pela sociedade.

Em se tratando da Lei de Drogas, o bem jurídico protegido é a saúde pública. À vista disso, a circulação e distribuição de drogas ilícitas ou o crescimento do número de usuários de drogas que procuram o sistema de saúde devido eventuais danos causados pelo consumo, podem ser enxergados como fatores que causam ameaça ou lesão à saúde da coletividade¹⁰.

¹⁰ Contudo, a doutrina esclarece que alguns bens jurídicos possuem apenas aparência de coletivos, como ocorre no caso da saúde pública, que superficialmente parece ser um bem coletivo, mas na verdade é uma soma de saúdes individuais. Nesse limiar, a criminalização da conduta de uso ou tráfico de drogas não protege a saúde pública, pelo contrário, é evidente que os presídios, que estão superlotados e são insalubres, não protegem, de forma nenhuma, a vida, a saúde ou a integridade dos indivíduos, ainda, outro aspecto que não contribui para a proteção da saúde dos usuários é o fato das substâncias ilícitas não serem fiscalizadas, não se sabendo, portanto, quais os elementos que compõe a droga (VEDOVA. 2021. p.56).

A questão que deriva dessa ideia de proteção à saúde pública enquanto bem jurídico coletivo, na sabedoria do legislador, é que pela sua natureza indivisível em relação aos titulares e os indivíduos, não possui disponibilidade sem afetar os demais.

Há dois problemas nesse raciocínio: primeiro porque o conceito de saúde pública é extremamente limitado, o que dificulta determinar o que é violação à saúde pública e aquilo que não é. Em segundo, ainda que se chegue à conclusão de que a vedação do artigo 28 (e até mesmo do artigo 33 em certa medida) é importante para a proteção desse bem jurídico, será ainda necessário perquirir a razão de o Direito Penal ser usado para protegê-lo, quando existe estratégias menos gravosas para a sua proteção¹¹.

Cabe, então, refletir se a saúde pública, de fato, é um bem jurídico coletivo ou se reflete (muito mais) um conjunto de saúdes individuais.

Nesse exame, é preciso entender que o conceito de bem jurídico carrega elementos mais estreitos do que aquilo que já se encontra assentado na Constituição. Se não houvesse essa especificidade conceitual poderíamos falar simplesmente em proteção de valores constitucionais, em vez de falarmos em bens jurídicos.

O conceito de bem jurídico é mais restrito do que o conjunto de valores constitucionais, de forma a justificar a severidade da resposta penal. Ainda, da ideia de proteção de direitos fundamentais previstos na constituição, não se pode confundir com mandado constitucional de criminalização. Ressalvados os casos em que a própria Constituição criminaliza, no caso em apreço não verifica essa exigência.¹²

De toda a sorte, voltando à discussão sobre a saúde pública enquanto valor social relevante, é de se admitir que a sua deterioração, seja essa coletiva ou individual, não se limita àquele que ingere a droga, mas também àquele que põe em

¹¹ Uma dessas medidas menos gravosas é, por exemplo, o uso de propagandas pelo Poder Público com o objetivo de mostrar aos usuários potenciais de drogas a gravidade dos efeitos que elas têm em seus corpos. Essa medida, pela sua amplitude, seria, possivelmente, até mais eficiente para proteger a saúde dos brasileiros do que o uso de medidas educativas como as previstas pelo art. 28 da Lei de Drogas, que são localizadas e atingem um número pequeno de pessoas.

¹² Zaffaroni refuta a ideia de tutela ou de proteção de bens jurídicos, diante do receio de que essa ideia neutralize a concepção limitadora do princípio da lesividade, se transformando em pretexto para intervenção penal do Estado. (ZAFFARONI et al., 2006, p. 227)

risco a própria integridade do tecido social. Basicamente o que a lei busca evitar – o dano causado a outrem, prevenindo do perigo presumido de caráter absoluto.

De outra monta, vale examinar o papel do Direito Penal enquanto ramo subsidiário do Direito.

Segundo Klaus ROXIN, na obra intitulada “A Proteção de Bens Jurídicos como função do Direito Penal, *“O Direito Penal deve ser utilizado somente quando nenhum outro ramo do direito for capaz de dirimir as ofensas a bens jurídicos tutelados. Sendo assim, não seria admissível uma punição pela autolesão (no caso do usuário de drogas), uma vez que, para uma conduta ser punível, é preciso que autor e vítima sejam sujeitos distintos, não interessando, aqui e para o Direito Penal, as ações que importam na autolesão”*¹³.

A subsidiariedade desse ramo do Direito só se justifica quando houver de se proteger um bem jurídico socialmente relevante e se não houver nenhuma outra forma igualmente eficaz de protegê-lo. Dessa reflexão, conclui-se: o desenvolvimento social e a afirmação da chamada sociedade de risco, legou ao Direito Penal a ideia dos bens jurídicos coletivos, supraindividuais¹⁴.

Na ótica do princípio da lesividade, que atua inclusive no plano da alteridade, entende-se que o Direito Penal deve apenas se ocupar da tutela de condutas que possam violar diretamente bem jurídicos importantes de terceiros. Daí a Política Penal empregada na ‘guerra às drogas’, que busca tutelar o bem jurídico da saúde pública.

Ao garantir essa proteção, diversos bens jurídicos importantes acabam por ser violados. O legislador, ao tornar crime a posse de drogas para o consumo pessoal, na forma do artigo 28, produz enorme desconfiância quanto ao alinhamento desse dispositivo com o texto constitucional, vez que as condutas previstas nesse tipo penal não alcançam qualquer lesão ou perigo concreto de lesão a outrem.

¹³ Obra traduzida e organizada por Andre Callegari e Nereu Giacomelli. Livraria do Advogado. 2009.

¹⁴ Nesse sentido, a justificativa penal da proibição de determinadas condutas humanas estaria relacionada com a proteção de bens jurídicos importantes para o convívio em sociedade.

Como já discorrido nas preliminares deste trabalho, a opção de tornar algumas substâncias ilícitas é produto de um alinhamento histórico, sem foco objetivo nas substâncias que de uma forma ou de outra causem efeitos deletérios no organismo humano.

Desse modo, no plano ideal,

Cremos que ou o legislador proíbe a utilização de todos os tipos de estupefacientes que cientificamente comprovados prejudicam de maneira mais ou menos uniforme a saúde, ou permite o uso e o consumo de todos aqueles que, de uma maneira ou de outra, provocam em quem os utiliza situações em certo grau equivalentes. O que não pode ocorrer, desde uma perspectiva penal, é uma diversidade de tratamento que compromete seriamente esse princípio constitucional (CARVALHO, 2010, p. 270).

No tocante aos tipos penais previstos nos artigos 28 e 33, o primeiro bem jurídico afetado seria a igualdade enquanto direito universal, no sentido que tais dispositivos recepcionam distinção meramente subjetiva.

Atentando a esse aspecto, e

imiscuindo-se no tema sobre o manto do princípio da igualdade, inquestionavelmente situações similares em consequências advindas com a utilização das drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas, são arbitrariamente cuidadas pelo poder legiferante, consubstanciando um verdadeiro moralismo criminalizador (ANDRADE, 2017, p.78).

Ainda, o direito à privacidade expresso no artigo 5º, X, da Constituição Federal, que garante contra as ingerências ilegais na vida íntima, constitui uma esfera intangível (salvo em algumas exceções), legitimadora, imprescindível para o desenvolvimento da personalidade das pessoas.

A desautorizada interferência na vida privada manifesta-se claramente em legislações nacionais que, como a brasileira, reproduzem a imposição explicitamente criminalizadora da Convenção de Viena. Observa-se que as regras do artigo 28 da Lei 11.343/2006 mantêm a criminalização da posse para uso pessoal das drogas tornadas ilícitas, apenas afastando a imposição de pena privativa de liberdade, para cominar a tal conduta as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade, comparecimento a programa ou curso educativo e, em caso de descumprimento, admoestação e multa (KARAM, 2009, p. 30).

Ao consultar as contribuições de vários doutrinadores na confecção deste trabalho, é perceptível que os aplicadores do direito começam a observar os equívocos perpetrados pela atual Lei de Drogas, indubitavelmente pela função interpretativa conferida pelos princípios, que possibilita ajustar a sabedoria, entendimento e orientação do legislador em sua função político-criminal.

Salo de Carvalho, em livro dedicado ao debate das reformas penais, conclui:

Os princípios da inviolabilidade da intimidade e do respeito à vida privada (art. 5º, inciso X), aliado a outros dispositivos análogos [...] representam verdadeira pedra angular de um sistema jurídico democrático, pois fornecem, no aspecto processual, uma ferramenta pródiga de legitimação/deslegitimação da ação (ou omissão) do poder estatal (atividade legiferante, administrativa e/ou judicial) em sua relação com o “ser” do cidadão. Ou seja, por serem princípios diretamente ligados aos direitos de personalidade, determinam a esfera de não intervenção dos Poderes Públicos. Lembre-se que o respeito destes princípios possibilita não apenas a averiguação dos níveis de legitimidade do sistema, mas os graus de justiça e validade de toda estrutura jurídica infraconstitucional (BUENO; CARVALHO, 2005, p. 153).

5 – A (In) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

Superada a leitura que envolve a perspectiva histórica das drogas no Brasil e no mundo, que demonstra neste trabalho, ainda que sucintamente, o viés político ideológico pelos quais algumas substâncias passaram a ser consideradas ilícitas e outras não; verificado a conformação do ordenamento jurídico nacional sobre o tema até à chamada Nova Lei Brasileira de Drogas, com a análise dogmática e conceitual da norma posta, passe-se ao confronto mais propriamente jurídico do tema.

Cuida, este tópico, da análise da conduta criminalizada do usuário, que porta a droga para consumo próprio, enquanto conduta *sui generis*, com a compatibilidade do tipo penal com a Constituição Federal, à luz do direito à intimidade e autonomia privada, e diante dos princípios da Lesividade, da Proporcionalidade e Insignificância.

Outra questão a ser enfrentada é se o tratamento penal conferido às condutas reguladas no art. 28 (*caput* e § 1º), pela ausência de cominação privativa de liberdade, não afasta a possibilidade de estas estarem listadas como crime, vez que o próprio Código Penal brasileiro, em seu art. 1º dispõe que ‘crime’ é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa).

5.1 – Princípio da Lesividade ou Ofensividade

O princípio da lesividade, ou ofensividade, parte da assertiva de que não haverá crime se não houver lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio. Ainda que um indivíduo incorra numa conduta moralmente reprovável, não há o que se falar de proteger esse indivíduo de si mesmo. Em outras palavras, tudo aquilo que estiver circunscrito na esfera pessoal do agente é merecedor de respeito da sociedade e do Estado, portanto, sem hipóteses justificadoras de ingerência.

É importante aduzir que o Direito Penal, por finalidade, não cuida da ação em si mesmo, mas do resultado que esta ação pode ou poderá produzir, não precisando

que este resultado ocorra, mas o simples perigo de ocorrência é suficiente para justificar a infração penal – falamos dos crimes de perigo abstrato.

Nesses tipos penais, parte da doutrina entende que o perigo não é a mera conduta, mas a materialidade, o desvalor de resultado, consubstanciado na periculosidade do comportamento — que não se confunde com a exigência de lesão nem de perigo concreto.

Isso posto, o reconhecimento da materialidade é a única forma de compatibilizar o texto legislativo, de descrição de uma mera conduta típica, com o princípio de exclusiva proteção ao bem tutelado.

A constitucionalidade desses tipos penais, ao juízo deste trabalho, carrega uma condicionante discricionária. Serão legítimos e constitucionais se, e somente se, restar certificado, no caso concreto, que determinado comportamento tem potencialidade para lesionar ou colocar em risco o bem protegido pela norma penal, não sendo absolutamente inofensivo¹⁵.

Como já dito, os crimes de perigo abstrato são uma presunção de perigo e, por acepção, a punição desses crimes contraria o princípio da lesividade. Esse argumento se ampara no fato de a tutela não ter relação (ou ter pouca relação) com o ‘perigo’, mas exclusivamente com a sua presunção.

Segundo Ferrajoli, *nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma* (FERRAJOLI, 2006. p. 225).

¹⁵ Para o Professor Pierpaolo Cruz Bottini, os tipos penais de perigo abstrato devem ser interpretados sistematicamente, levando-se em consideração a orientação teleológica do Direito Penal. Por isso, ainda que o tipo penal descreva a mera conduta, cabe ao intérprete — em especial ao juiz — a constatação de que o comportamento não é inócuo. Em outras palavras, não basta a mera ação descrita na lei, faz-se necessária a verificação da periculosidade da conduta, sua capacidade — mesmo que em abstrato — de colocar em perigo bens jurídicos. In **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. 2012. <https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>

Prossegue,

Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo (FERRAJOLO, 2006. p. 277).

O princípio da lesividade no estado democrático de direito funciona como limitador ao poder punitivo estatal, ao dizer que ações só possuirão importância jurídica-penal se causarem algum tipo de lesão ou perigo concreto de lesão – ao passo que comportamentos internos estão fora dessa afirmação.

Disso, conclui-se, *para que as manifestações humanas obtenham pertinência jurídica, deveras transpassar as introspecções pessoais (exterioridade) lesando direito de outrem (alteridade)* (ANDRADE, 2017).

Assim, a nível de conclusão, é pacífico: o Direito Penal não punirá condutas por mera questão de moralidade ou conveniência, mas àquelas que efetivamente prejudicarem bem jurídico alheio – repita-se, efetivamente.

5.2 – Princípio da Proporcionalidade

Ao examinar a inconstitucionalidade de uma norma restritiva de direito fundamental, a questão que se impõe é se essa restrição protege um bem jurídico mais valioso do que o direito fundamental restringido. No caso do tipo penal descrito no artigo 28, só será proporcional se os efeitos das restrições ali postos forem menores do que os bens gerados por elas.

Em sede de análise, se tomará como ponto de partida a leitura do bem jurídico ameaçado, nos termos já discorridos, e a gravidade da restrição a direitos dos particulares na perspectiva da lei.

O princípio da proporcionalidade, de gênero constitucional, impõe que qualquer medida estatal guarde uma relação instrumental entre o fim admoestado e a medida propriamente dita. De caráter trifásico, também se examina a necessidade da medida e, em sentido estrito, há de se ponderar os interesses contrapostos.

As penas para o porte de drogas para consumo pessoal, se comparadas àquelas impostas ao crime de tráfico, não são muito duras. Prevê advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou uma medida educativa de comparecimento a programas ou cursos sobre o tema. Na pior das hipóteses haverá pena de multa, mas a restrição a direitos geralmente não tem grandes dimensões.

Na linha da finalidade, onde o especial fim de agir apenas afeta ao próprio indivíduo, cotejado com o bem jurídico que se pretende proteger, demonstra flagrante desproporcionalidade quando, por verificação, não protege valor maior do que aquele que é restringido. Ainda, a manutenção de uma norma penal incriminando a autolesão avança sobre outros princípios: o da autonomia da vida privada, da intimidade e dignidade da pessoa humana. A vida privada e a intimidade, conectados neste ponto, é de suma importância para configuração da segurança jurídica da sociedade, fazendo jus ao *status* de cláusula pétrea constitucional.

O Direito Penal é o último recurso normativo do Estado e não é o mais adequado para a proteção da saúde pública. A persecução criminal importa em constrangimento ao usuário que se viciou e tem dificuldade de assumir sua condição no relacionamento médico, dificultando um diagnóstico mais preciso e, por conseguinte, um tratamento mais contundente.

Assim, para aferição da necessidade, vale referir que existem outros mecanismos mais eficazes à aludida proteção e menos gravosos ao exercício da liberdade constitucional.

5.3 – A Insignificância no Consumo Pessoal de Drogas

Igualmente, o Direito Penal não deve se preocupar com condutas em que o resultado não é suficientemente grave. Esse é o sentido do Princípio da Insignificância. Busca, em síntese, não punir ou dar um tratamento menos punitivo às ações em que não há uma ofensa relevante ao bem jurídico tutelado.

A tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade, e não é qualquer ofensa suficiente para configurar o injusto típico. Seria indispensável a proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a pena aplicável ao caso concreto.

Não raro, condutas que se amoldam formalmente a determinado tipo não apresentam relevância material, admitindo não se configurar a tipicidade penal uma vez que, a rigor, o bem jurídico não foi afetado. Os parâmetros de aplicação do Princípio da Insignificância seriam:

I - a mínima ofensividade da conduta do agente;

II - nenhuma periculosidade social da ação;

III - grau reduzido de reprovabilidade do comportamento;

IV - inexpressividade da lesão jurídica provocada¹⁶.

Além desses requisitos objetivos, vislumbra-se também aqueles analisados no caso concreto, em conjunto com as finalidades, as características do autor do delito, se existe reincidência e, ainda, as condições da vítima. Este é um dos motivos de cada aplicação do princípio ser de forma única e diretamente aplicado ao fato ocorrido, sobre cada agente e a vítima lesada.

¹⁶ Entendimento fixado pelo STF em sede de Agravo Regimental no HC 175.945/PR de relatoria do Min. Luis Roberto Barroso. 27/07/2020.

Contudo, para a jurisprudência majoritária, não se aplica o princípio da insignificância ao delito de porte de drogas para consumo próprio.

O entendimento é que, uma vez se tratando de crime de perigo abstrato em que o bem tutelado pela norma é a saúde pública, seria irrelevante, para a tipificação da conduta, a quantidade de entorpecente apreendidos em poder do agente. O simples ato de portar a substância presume o potencial ofensivo da conduta. A reduzida quantidade de droga é inerente à natureza do delito¹⁷.

Tanto a legislação quanto a jurisprudência, a despeito de boa parte da doutrina, preservam o discurso médico-jurídico da década de sessenta, com a identificação do usuário como dependente e do traficante como delinquente. Além de trabalhar com esta simplificação, também não especifica a quantidade que transformaria um 'traficante' em um simples usuário, ou vice-versa. Essa análise é feita pelo juízo do caso concreto, amparado por critérios valorativos, no sentido já discorrido no texto.

Como examinado, a lei ao fazer uma separação de condutas (traficante x usuário), deixa claro que o usuário acaba por promover menor ofensividade ao bem tutelado. E, na mesma linha, o diploma não reprime penalmente o vício; não tipifica o consumo, mas o porte da droga para o consumo associado ao argumento de que é o perigo social que representa a detenção do tóxico, o verdadeiro destinatário da vedação.

¹⁷ PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPORTAÇÃO DE SEMENTES DE CANNABIS SATIVA LINNEU . MATÉRIA-PRIMA PARA PRODUÇÃO DE DROGA. FATO TÍPICO. PRECEDENTES. PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a importação clandestina de sementes de cannabis sativa lineu (maconha) configura o tipo penal descrito no art. 33, § 1º, I, da Lei n. 11.343/2006. 2. Nessa linha de raciocínio, o fruto da planta cannabis sativa lineu, conquanto não apresente a substância tetrahidrocannabinol (THC), destina-se à produção da planta, e esta à substância entorpecente, sendo, pois, matéria prima para a produção de droga. Por isso, sua importação clandestina, por si só, amolda-se ao tipo penal insculpido no artigo 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006, não havendo falar em atipicidade da conduta, tampouco em desclassificação para contrabando. (AgRg no REsp 1658937/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017). 3. Prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas e de uso de substância entorpecente, por se tratar de crimes de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de sementes da droga apreendida. 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no REsp 1.691.992/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 18.12.2017. No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.639.494/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 30.08.2017.) (Grifo deste trabalho)

Embora tal conduta seja efetivamente típica, o fato em si é materialmente atípico, porquanto o bem jurídico não é ofendido ou exposto a risco relevante¹⁸, ao contrário do tipo do artigo 33, *caput* e §1º, por se tratar de crime de perigo abstrato e de natureza hedionda – muito embora, é justa a ressalva, em algumas situações a imposição de todos dos rigores jurídico-penais, inclusive os previstos na Lei dos Crimes Hediondos, careça de proporcionalidade.

Na linha da despenalização do tipo do artigo 28, associada à reflexão de que a exegese desse dispositivo é inconstitucional, ao passo que não alcança o consumo propriamente dito, não é demais firmar que a inobservância do Princípio da Insignificância também paralisa outros princípios já tratados neste trabalho: proporcionalidade, alteridade e autonomia da vida privada.

Por este aspecto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 127.573/ SP¹⁹, entendeu por aplicá-lo ao paciente que foi apreendido com uma grama de maconha. Decisão acertada, pois, evitou a aplicação de pena desproporcional (verificado as condições do caso concreto).

Aliás, não é a primeira vez que a Suprema Corte reconhece pela aplicação desse princípio. Em de 2012, no julgamento do *Habeas Corpus* 110.475/ SC²⁰, o relator Ministro Dias Toffoli reconheceu pela aplicação, se apoiando no Princípio da Intervenção Penal Mínima do Estado²¹.

¹⁸ **Explico:** se o objetivo do artigo 28 é evitar o perigo social que a circulação da droga acarreta, é imperioso o reconhecimento do princípio da insignificância nos casos em que o usuário a consome imediatamente após a sua aquisição.

¹⁹ Trata-se de habeas corpus, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, contra decisão proferida por Ministro Relator do STJ, nos autos do HC 318.936/SP. Segundo os autos, em 25 de fevereiro de 2012, a paciente foi presa em flagrante por vender 1g (um grama) de maconha.

²⁰ O HC 110.475/SC cuida do reconhecimento da atipicidade da conduta, em vista de sua insignificância. Impetrado contra acórdão da 5ª Turma do STJ que denegou a ordem no HC nº 168.049/SC interposto àquela Corte, da relatoria do Ministro Gilson Dipp. Tem como objetivo a extinção da ação penal instaurada contra o paciente, em razão da atipicidade material da conduta.

²¹ PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da

A discussão, portanto, extrapola a simples análise de observância, ou não, do comando legal.

Não há dúvidas de que o Estado deve promover a proteção de bens jurídicos supraindividuais, mas não poderá fazê-lo em casos em que a intervenção seja de tal forma desproporcional, a ponto de incriminar uma conduta absolutamente incapaz de oferecer perigo ao próprio objeto material do tipo.

Por fim, cabe a ponderação se os crimes de perigo abstrato exigem uma demonstração concreta da possibilidade de risco de dano, já que não são crimes de mera conduta. Trazendo para o objeto deste trabalho, a aplicação do princípio da insignificância na lei de drogas significa uma justa aplicação Direito.

5.4 – O paternalismo Jurídico-penal

A garantia penal da lesividade deriva da proteção constitucional à autonomia privada, associada com o princípio da dignidade da pessoa humana indicado pelo art. 1º, inciso III, do texto constitucional. Como vimos, está amparado na proteção constitucional da dimensão existencial da autonomia, que é uma das faces mais elevadas do direito fundamental à liberdade.

Um aspecto de importante relevância no exame da constitucionalidade do dispositivo em estudo, refere ao zelo dispensado à proteção do indivíduo contra a si mesmo.

Algumas opiniões formuladas a respeito do consumo pessoal de drogas sugerem a possibilidade e necessidade dessa atuação estatal na celeuma, seja sob o argumento de que o princípio da lesividade não resta desrespeitado por conta de não

sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida.

ser o consumidor o único lesado pela conduta, seja por entender que é necessário sim salvaguardar a autonomia futura do usuário, mesmo que em detrimento deste.

Conforme sublinha FACCINI NETO, 2020, “*O modo escolhido pelo indivíduo, para levar a sua vida, portanto é relevante*”. Assim, o uso do direito penal enquanto manifestação desse paternalismo mostra-se, todavia, inadequado e só se justificaria pela necessidade de proteger algum valor imprescindível à garantia da dignidade humana.

Na linha do já discorrido neste trabalho, essa proteção não pode passar pela criminalização de seu próprio titular. A incidência de sanção, ou da simples vigilância penal, retira uma parcela da autodeterminação, em operação apenas autorizada para assegurar um patamar de dignidade de terceiros. Não parece fazer qualquer sentido a subtração da liberdade com o objetivo de proteger esta mesma liberdade sob outro prisma.

Esse comportamento paternalista estatal, por conclusão, fere a autonomia, a liberdade e a dignidade (e o próprio princípio da lesividade) em razão da sua intangibilidade, especialmente porque o único bem jurídico tangível seria a lesão causada ao bem jurídico do próprio usuário, na linha da saúde individual, e porque a autolesão não é matéria de responsabilidade do Direito Penal.

O paternalismo jurídico-penal, em sentido estrito, é a interferência da política penal na liberdade de ação de uma pessoa, justificada essa ingerência por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, à felicidade, às necessidades, interesses ou valores socialmente relevantes. Trata-se de um termo depreciativo, é verdade, mas que exprime a tutela do Estado particularmente em matéria de drogas, em desfavor de direitos fundamentalmente consagrados.

A definição dá conta do reconhecimento da relação paternal e está ligada a ideia de poder exercido por um dominante em favor do dominado. Suas raízes como termo político, vem da ideia de que a estrutura do Estado deve refletir a da família, sob a presunção de que o Estado agiria no melhor interesse, independentemente dos sujeitos. Esse agir estatal, com a interferência na liberdade de ação do particular, é justificada exclusivamente por razões afetas ao bem-estar, ao bem comum. É

atividade assistencial vertical, com métodos administrativos e coercitivos que na prática paralisam direitos.

6 – O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659/SP

Embora não tenhamos um dispositivo constitucional tão claro quanto a o direito à intimidade e à vida privada, garantido no artigo 5º, inciso X de nossa Constituição Federal, permite depreender, como se deve depreender de qualquer ordenamento jurídico que se pretenda democrático, que o Direito só pode intervir em condutas que tenham potencialidade para afetar a terceiros. (KARAM, 2013, p. 130).

Esse foi o argumento utilizado pela Defensoria Pública perante o Supremo Tribunal Federal em recurso que busca a declaração de inconstitucionalidade do disposto no art. 28 da Lei de Drogas. Em síntese, a Defensoria argumentou que:

i) a conduta de possuir droga para consumo pessoal não ofende a nenhum bem jurídico legítimo, razão pela qual o dispositivo legal impugnado viola o princípio da lesividade;

ii) o princípio da lesividade tem amparo na Constituição brasileira;

iii) a norma constitucional que fundamenta a garantia da lesividade é o direito à privacidade, previsto no art. 5º, inciso X, da CF/88.

O RE 635.659, cujo objeto contém o debate sobre a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, traz uma reflexão ampla sobre as raízes e os efeitos da atual política de drogas, essencialmente com relação à vedação constitucional à criminalização de condutas que digam respeito à esfera privada do agente.

O Recurso foi interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em favor de um condenado por porte de drogas para uso pessoal, por portar 3g (gramas) de maconha. Alega, em síntese, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, por violar o art. 5º, X, da Constituição Federal. Até o momento três dos onze Ministros do STF que se manifestaram, votaram favoravelmente à descriminalização, sendo que dois deles, Luiz Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, restringiram a descriminalização ao porte exclusivamente em relação à maconha, mantendo a proibição às demais drogas ilícitas.

Neste ponto, passamos a analisar sucintamente os votos até aqui proferidos. A relatoria é do Ministro Gilmar Mendes que sucedeu ao Ministro Teori Zavaski no feito.

6.1 – A adequação da norma impugnada

O Ministro Gilmar Mendes, à luz do princípio da proporcionalidade, mediante o exame de sua adequação e necessidade, fez exposições sobre os crimes de perigo abstrato e as políticas regulatórias no âmbito da Lei de Drogas, no que tange ao usuário.

Sublinha que

[...] na aferição de constitucionalidade de norma restritiva de direitos fundamentais, cabe examinar, inicialmente se as medidas adotadas pelo legislador mostram-se idôneas à efetiva proteção do bem jurídico fundamental (controle de evidência) e se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis (controle de justificabilidade). (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP. Voto Relator Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. p.16).

Carece, portanto, nos termos do voto do ministro relator, de critérios objetivos a distinção entre a conduta de usuário e de traficante. Atualmente essa distinção está nas mãos da autoridade policial; a definição de quem será levado ao sistema de Justiça como traficante. Uma perfeita incongruência entre a criminalização da conduta de consumo pessoal e os objetivos do legislador com relação a usuários e dependentes.

Cuidou o legislador de conferir tratamento penal diferenciado para os dois tipos. Todavia, “*deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes.*” (STF, 2015).

A previsão da conduta como infração de natureza penal contribui para estigmatização, neutralizando os objetivos definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes. A lei confere tratamento distinto aos tipos penais, mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante.

O ministro Luís Roberto Barroso em seu voto, trabalha sobre o pressuposto da droga em questão no caso concreto, que foi o consumo de 3 gramas de maconha.

Para compreensão geral, uma breve unificação da terminologia é conveniente. Descriminalizar significa deixar de tratar como crime. Despenalizar significa deixar de punir com pena de prisão, mas punir com outras medidas. Este é o sistema em vigor atualmente. Legalizar significa que o direito considera um fato normal, insuscetível de qualquer sanção, mesmo que administrativa. A discussão no presente processo diz respeito à descriminalização, e não à legalização. (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso. p.1.

Faz referência, em seu voto, ao direito à privacidade, autonomia individual e no princípio da proporcionalidade. Sustentou que os direitos fundamentais funcionam como uma reserva mínima de justiça aplicável a todas as pessoas, e que funcionam como limites do legislador e mesmo ao poder constituinte reformador. Ainda, que a intimidade e a vida privada, que compõem o conteúdo do direito de privacidade, são direitos fundamentais protegidos pelo art. 5º, X da Constituição, e que, portanto, identifica um espaço na vida pessoal imune a interferências, tanto de outros indivíduos quanto do Estado.

Para o ministro Barroso, há a necessidade de estabelecer um critério objetivo que sirva de orientação para a distinção de consumo pessoal e tráfico. Primeiramente, para diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, segundo porque a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra, pois reproduz um impacto discriminatório facilmente percebido.

É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e

órgãos julgadores. (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Anotações para o voto oral do ministro Luís Roberto Barroso.)

O ministro Edson Fachin define como parâmetro confiável para avaliar a constitucionalidade do artigo em questão a análise da eventual ofensividade do bem jurídico protegido.

[...] Com efeito, a posse para uso pessoal, embora tipifique a ação, incide sobre conduta que, não raro, é condição essencial da pessoa, e há vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade. [...] O ponto de partida para se delimitar o campo de restrição à autonomia parece estar no princípio da ofensividade: somente havendo dano efetivo, porquanto haveria, por conseguinte, uma interferência na autonomia das outras pessoas, é que se pode legitimar a coerção. A sanção penal é, assim, tão-só uma das formas de se proteger os bens jurídicos. Consubstanciando a mais grave restrição na autonomia dos cidadãos, cumpre, portanto, avaliar se ela é adequadamente posta. E é aqui que tem assento a proporcionalidade. (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP – Relator: Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. Voto-Vista Min. Edson Fachin. p.7-8).

Assim, em vista da ofensa a um bem individual, não se pode dar ensejo à criminalização. Entende relevante, portanto, o estabelecimento de parâmetros objetivos de natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre uso e tráfico. Destaca, entretanto, não ser da atribuição do Poder Judiciário a definição de tais parâmetros, mas do Poder Legislativo definir os parâmetros a serem levados em conta na diferenciação entre uso e tráfico de drogas.

6.2 – Necessidade da norma impugnada

Neste ponto, em sede de controle material de intensidade, os ministros avançam sobre a utilização do Direito Penal enquanto instrumento de repressão. Questiona-se sobre a existência de um bem jurídico digno de proteção, pois trata-se de conduta que causaria, quando muito, danos apenas ao usuário e não a terceiros.

Neste sentido, o ministro Gilmar Mendes:

Temos em jogo, portanto, de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança públicas e, de outro lado, o direito à intimidade e à vida privada, que se qualificam, no caso da posse de drogas para consumo pessoal, em direito à autodeterminação. Nesse contexto, impõe-se que se examine a necessidade da intervenção, o que significa indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos precitados direitos de cunho individual. Cabe ressaltar que não se cuida, aqui, de ignorar os riscos e malefícios associados ao uso de drogas, mas em examinar se a restrição penal mostrase, neste contexto, inexoravelmente necessária. Para isso, é preciso que se avaliem, a partir de aportes teóricos sobre restrições a direitos fundamentais em situações de aparente conflito, a intensidade da intervenção e os fundamentos que a justificaram (proporcionalidade em sentido estrito. (Supremo Tribunal Federal – RE: 635.659/SP. Voto Relator Min. Gilmar Mendes, Data de Julgamento: 19/08/2015. p. 26).

É imperioso que se identifique não só o objeto da proteção, mas também contra que tipo de agressão se apoia essa proteção. Quanto mais amplo o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior a possibilidade de qualificar ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito o âmbito de proteção, menor possibilidade de um conflito entre o Estado e o indivíduo.

Utilizar-se, portanto, do Direito Penal para o controle do consumo de drogas, prejudicaria tantas outras medidas de natureza não penal que não seriam tão drásticas e de questionáveis efeitos, como por exemplo, proibição do consumo em lugares públicos, limitação de quantidade ao uso pessoal, proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras.

A finalidade de um dos princípios do SISNAD²², que é a prevenção ao uso indevido, pode ser alcançada por meio de vasto leque de medidas administrativas, tomando como destinatários das políticas de atenção e de reinserção social o dependente e, eventualmente, o usuário não dependente em situação de fragilidade.

O ministro Edson Fachin enfatiza que o processo de constitucionalização do direito penal, passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária (criação de tipos penais).

²² SISNAD - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Criado pela Lei 11.343/2006. Prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.

Como premissa para o exercício de tal controle, a tomada do fundamento da dignidade da pessoa humana em sua matriz kantiana e republicana, impede que a tutela penal atue de forma arbitrária a impor valores morais e individuais de conduta ou comportamentos para além daqueles considerado concretamente lesivos a terceiros.

À luz do voto do relator, os ministros que o seguiram, absolveram o acusado por atipicidade da conduta e declarando a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio restringindo até aqui, por maioria, à droga objeto do recurso extraordinário (maconha), não alcançando as demais drogas vedadas pelo ordenamento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidentemente, quando se acusa a incompatibilidade do Artigo 28 da Lei de Drogas, com os princípios constitucionais visitados neste trabalho, se está falando da adequada aplicação do Direito Penal que, por natureza, não possui extensão para adentrar na vida do indivíduo.

Não se mostra razoável criminalizar, e punir, condutas que podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão. A simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstância em que não envolvam o perigo concreto a terceiros, são condutas que inegavelmente se situam na esfera individual, no campo da intimidade e da vida privada, em cujo ambiente é vedado a intervenção do Estado e, portando, do Direito.

A correta observância do princípio da lesividade, portanto, nada mais é do que o compromisso constitucional com o direito ao próprio corpo e com o respeito à pluralidade de vida.

De um ponto de vista mais objetivo, o debate sobre drogas está muito mais para a Saúde do que para o Direito. A dependência química é reconhecida pela Organização Mundial de Saúde, e é de conhecimento geral as consequências derivadas da propagação do uso de entorpecentes que, muitas vezes, gera violência no âmbito familiar e até as formações de organizações criminosas que se sustentam do vício alheio.

A discussão trazida nesse trabalho, justamente por não ser inédita e ser produto de contribuições de uma fração importante da doutrina, buscou sistematizar os argumentos majoritários a partir de uma compreensão histórica do fato social e da sua conformação política no tempo, sem olvidar as implicações mais imediatas no presente.

A criminalização do porte de drogas para o próprio uso ofende a decisão particular de cada indivíduo, e a consequência prática dessa criminalização atinge, normalmente, pessoas vulneráveis, tanto do ponto de vista econômico quanto do ponto de vista social. Sujeitos que passam, após o curso do processo, a ter ainda mais

dificuldades de reconstruir a vida (pós persecução) por uma conduta no máximo auto lesiva, que em nada se exterioriza ao âmbito do próprio corpo.

Em diversos momentos este trabalho fez referência, também, ao tipo penal previsto no artigo 33 da Lei de Drogas; e nisso não há nenhuma preocupação com a perda de objeto. Na verdade, o que procurou-se demonstrar é que estamos diante de uma norma carente de regulamentação. A linha divisória entre tipos penais distintos é deveras tênue e a margem de interpretação do fato concreto é, por vezes, contaminada por fatores sociais de altíssima relevância.

O critério existente na atual lei de drogas, tomando como base as circunstâncias pessoais e sociais, a natureza e quantidade da substância apreendida, o local, as condições em que se desenvolveu a ação, bem como a conduta e os antecedentes penais, autoriza uma gravosa e injusta discricionariedade.

Ao criminalizar a conduta do usuário e não objetivar a diferença entre este e a figura do traficante, a própria Lei 11.343/2006 dá causa a inconstitucionalidade do seu artigo 28, principalmente quando admite ruptura com o princípio constitucional da lesividade – na medida em que a lei penal, para a tipificação de condutas, deve se balizar pela proteção de bem jurídicos que serão atingidos ou ameaçados por essas condutas.

De tudo que se buscou abordar no curso deste trabalho, cumpre arriscar uma última conclusão: o projeto proibicionista de ‘Guerra às Drogas’ nada tem a ver com medidas de melhoramento da sociedade, contenção da criminalidade, diminuição do abuso de substâncias e atenção voltada às pessoas que necessitam de recuperação em seus vícios. O projeto proibicionista, na face do atual sistema de combate às drogas, só contribui para o massivo controle das camadas menos favorecidas da sociedade.

Perpetrar o argumento do crime de perigo abstrato têm se demonstrado total insensato, vez que decisões tomadas exclusivamente por este enunciado geram penas desproporcionais, cada vez mais descompassadas com os comandos e princípios constitucionais.

É de evidência solar a irrazoabilidade do crime do porte de drogas para uso próprio, tanto no exame do tipo penal incriminador, do especial fim de agir, quanto na análise do suposto bem jurídico protegido. A argumentação que busca apregoar ao consumo de drogas a existência de futuros e eventuais delitos, bem como da tentativa de responsabilizar o usuário pelo tráfico cria, na prática, uma responsabilidade penal subjetiva.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Darl Blacker. Análise crítica e dogmática do artigo 28 da Lei n.º 11.343 de 2006. Conteúdo jurídico. 2017.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial as razões de descriminalização. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, 1996.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

FACCINI NETO, Orlando. Drogas para Consumo. Questões morais e Direito penal: estudos reunidos. Orlando Faccini Neto. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Pag. 925.

GOMES, Luiz Flávio. et al. Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 5. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – parte especial. Vol I. Rio de Janeiro, Impetus, 2010.

KARAM, Maria Lucia. Relatório do Secretariado para a 56ª Sessão da Comissão de Drogas Narcóticas (CND), em março de 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006: comentada artigo por artigo. São Paulo, Método, 2008.

OLMO, Rosa del. A face oculta da droga / Rosa dei Olmo; tradução de Teresa Ottoní. — Rio de Janeiro: Revan, 1990.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 17.

TIBOLA, Ana Paula Lima. 2007. A Escola Superior de Guerra e a Doutrina de Segurança Nacional (1949-1966). <https://secure.upf.br/tede/112> Universidade de Passo Fundo (UPF). Consultado 11/08/2022.

VEDOVA, Gabriela Prioli Della. A influência da repressão penal sobre o usuário de crack na busca pelo tratamento. Tese de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-20012015-154147/ptbr.php>. Acesso em: 16 jun. 2021. P. 56.

STF. Julgados. Edição nº 11. 2015. Consultado em 18/08/2022. https://www.stj.jus.br/internet_docs/julgados/.pdf

STJ. Jurisprudência em Teses. Edição nº 131. 2019. Consultado em 18/08/2022.
https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/.pdf

ZAFFARONI, E. Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 1.