

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JÚLIA DO CANTO SOLL

**DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS:  
O PARADIGMA DA SUPREMA CORTE ARGENTINA**

Porto Alegre

2011

JÚLIA DO CANTO SOLL

**DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS:  
O PARADIGMA DA SUPREMA CORTE ARGENTINA**

Monografia apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Salo de Carvalho

Porto Alegre

2011

JÚLIA DO CANTO SOLL

**DESCRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS:  
O PARADIGMA DA SUPREMA CORTE ARGENTINA**

Monografia apresentada na Faculdade de  
Direito da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul como requisito parcial para  
a obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Aprovada em \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Salo de Carvalho

---

Prof. Ricardo Glockner

---

Profa. Roberta Baggio

A Francisco e Miguel Soll, por estarem presentes em todas as etapas deste trabalho, e aos meus pais, pelos milagres diários.

Às amigas Bruna Rossol, Chiavelli Faccenda, Gabriela Feldens e Isabela Saldanha, pelas diversas contribuições com esta pesquisa, através de indicações, auxílio, consolo, companhia e apoio.

À família Mussoi-Messias, pela acolhida cotidiana, e especialmente a Rosele Mussoi, pelo carinho em forma de alimento, e a Rodrigo Messias, pela presença e amparo incondicionais e pela coragem em enfrentar *all the souls that would die just to feel alive*.

Ao orientador, Salo de Carvalho, pelo incentivo que possibilitou a pesquisa, a incansável

## RESUMO

O estudo analisa a alternativa da descriminalização do consumo de drogas através da perspectiva da decisão da Suprema Corte Argentina de agosto/2009 que declarou inconstitucional o crime de porte de drogas para consumo pessoal. Inicialmente, apresenta os fundamentos dados pelos Ministros argentinos para a decisão (a interpretação *pro-homine* do direito, o princípio de autodeterminação, a impossibilidade de punição do perigo e de utilização do usuário como meio de persecução do traficante, e a abordagem da drogadição como questão de saúde pública). Em seguida, apresenta conceitos para descriminalização, despenalização e legalização, e analisa o art. 28 da Lei nº 11.343/06 e a discussão acerca de sua constitucionalidade. Por fim, discute-se o insucesso da “guerra contra as drogas”, o caráter moralizador do discurso punitivista e suas prejudiciais confusões conceituais, e a descriminalização como alternativa, com apresentação dos resultados da *abolitio criminis* em Portugal.

*Palavras-chave:* entorpecentes; drogas; posse de drogas para consumo pessoal; usuário; guerra às drogas; descriminalização.

## ABSTRACT

This paper analyzes the alternative of the decriminalization of drug use through the perspective of the Argentine Supreme Court decision from August 2009 that declared unconstitutional the crime of drug possession for personal use. Firstly, it presents the grounds given by the Argentinian ministries for the decision (the pro-homine interpretation of the law, the self-determination principle, the impossibility of punishing danger and of utilizing users as a means of persecuting drug dealers, and the approach to drug use as a matter of public health). Secondly, it presents decriminalization, depenalization and legalization concepts, and analyzes article 28 from Brazilian Lei nº 11.343/06 and the discussion regarding its constitutionality. Lastly, it discusses the unsuccessfulness of the “war on drugs”, the moralizer character in the punitive damages speech and its harmful conceptual misconceptions, and the decriminalization as an alternative, presenting the results of the *abolitio criminis* in Portugal.

Keywords: narcotics; drugs; drug possession for personal use; user; war on drugs; decriminalization.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

Art. – artigo

EMCDDA – European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction

IDT – Instituto de Drogas e Toxicodependência

PNAD – Política Nacional sobre Drogas

Rel. – relator

RO – Recurso Ordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
------------------	----

### **1 O CASO PARADIGMA: A DECISÃO DA SUPREMA CORTE ARGENTINA PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL**

1.1 Resumo do caso .....	12
1.2 Precedentes jurisprudenciais e legislativos.....	14
1.3 A fundamentação .....	18
1.3.1 A interpretação do ordenamento jurídico através da perspectiva <i>pro-homine</i> .....	21
1.3.2 A esfera de autonomia pessoal e a impossibilidade de punição do perigo .	24
1.3.3 O fracasso da utilização do usuário como meio de perseguição do traficante.....	28
1.3.4 A mudança de perspectiva do consumo: de crime a questão de saúde pública .....	32
1.4 O dispositivo .....	33

### **2 O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NO BRASIL E O DEBATE SOBRE SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE**

2.1 O crime de porte de drogas para uso pessoal no Brasil: art. 28 da Lei nº 11.343/2006 .....	35
2.1.1 Descriminalização, Despenalização e Legalização: critérios propostos. A continuidade da criminalização legislativa no sistema legal brasileiro.....	36
2.1.1 Descriminalização Judicial: a importância da atuação dos operadores de direito na concretização de direitos fundamentais.....	39
2.2 A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006.....	42
2.2.1 A interpretação crítica do Direito Penal e seus limites constitucionais .....	44
2.2.2 O conteúdo essencial dos direitos fundamentais: a imprescindibilidade de fundamentação às restrições .....	46
2.2.3 O conteúdo essencial do direito à intimidade e à vida pessoal protege o consumo de droga?.....	48
2.2.3.1 O uso de drogas no âmbito temático da privacidade: proteção <i>prima facie</i> da norma.....	49
2.2.3.2 A intervenção estatal: criminalização do consumo .....	49
2.2.3.3 A (inexistente) fundamentação constitucional da criminalização .....	51

### **3 A GUERRA CONTRA AS DROGAS E A DESCRIMINALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA**

3.1 A criminalização como processo bélico.....	60
3.2 A criminalização como processo moralizador .....	64
3.3 O debate da descriminalização .....	67
3.4 A experiência de descriminalização legislativa de Portugal .....	73
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>83</b>

## INTRODUÇÃO

Em agosto de 2009, foi julgado o caso “Arriola e Outros” pela Suprema Corte Argentina. Em decisão majoritária, os Ministros declararam inconstitucional a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal (previsto no art. 14, §2º, da Ley 23.737/89), por incompatibilidade com o direito à privacidade, o princípio de reserva e a autonomia pessoal garantidos pelo art. 19 da Constituição Argentina. A fundamentação se sustenta na desproporção de estigmatização do usuário com processo penal, ainda que não resulte em pena de encarceramento, na inexistência de prejuízo a terceiro com o ato privado, na desproporcionalidade de se desviarem esforços e recursos policiais e jurídicos a tais e deixam claro que a decisão não implica legalização do consumo.

Os critérios para qualificação de uma substância em lícita ou ilícita, as razões para a proibição do porte de drogas para consumo pessoal, a natureza jurídica dessa proibição (trata-se, mesmo com a extinção da pena de prisão, de crime, ou passou-se a outro tipo jurídico?), e o questionamento de por que o direito à livre disposição do corpo não permitiria o consumo de drogas despertaram o interesse na questão dos entorpecentes. A leitura do julgado, e a semelhança do tratamento criminal à conduta naquele país (em que, não obstante prevista pena de um mês a dois anos de prisão, poderia haver substituição por medida socioeducativa), intensificaram essas dúvidas. Os argumentos que fundaram a decisão argentina, analogamente aplicados, evidenciam a inconformidade da criminalização com Constituição Federal de 1988?

Em 2006, entrara em vigor no país a Lei nº 11.343, através da qual deixou de existir previsão de pena de encarceramento à posse de drogas para consumo pessoal. O entendimento da Suprema Corte argentina suscita o debate a respeito da constitucionalidade do art. 28, que penaliza a conduta com advertência, prestação de serviços comunitários ou comparecimento a programa educativo. Assim, o estudo pretende mapear a fundamentação do caso A:891:XLIV, debater a constitucionalidade do crime de posse de estupefacientes para consumo próprio no Brasil, através da análise das justificativas à criminalização da conduta.

A guerra às drogas declarada na década de 80, sustentada por discurso normalizador, difundiu a ideia de que a repressão violenta e o medo da resposta penal desestimulariam o consumo e, com a diminuição da procura, também a oferta seria prejudicada. Os resultados dessa política, trinta anos depois, demonstram que a perseguição indiscriminada do usuário não foi capaz de abolir o hábito – e nada será, visto que o consumo de substâncias alteradoras de consciência em diz respeito, muitas vezes, a escolhas pessoais do indivíduo, inexistindo justificativa para interferência estatal neste âmbito.

Os discursos criminalizadores repetem-se exaustivamente, mas a reiterada falta de resultados em relação a questões como a disseminação, entre usuários de drogas injetáveis, de doenças por causa do compartilhamento de agulhas, da tomada de zonas urbanas pelos grandes controladores do tráfico, da lavagem de dinheiro e da disseminação descontrolada de substâncias com alto poder de adição reclamam novas soluções. Nesse cenário, a descriminalização, acompanhada de regulamentação (à vista do que já ocorre com o álcool e o tabaco), despontam como alternativas capazes de reduzir os danos do consumo problemático de entorpecentes. Considerá-la, contudo, implica abdicar de impor valores uniformes a todos os homens, aceitar a coexistência de diversos estilos de vida, e, principalmente, preparar a sociedade para a discussão realista de política de drogas.

# 1. O CASO PARADIGMA: A DECISÃO DA SUPREMA CORTE ARGENTINA PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

## 1.1 Resumo do caso

Em agosto de 2009, a Suprema Corte Argentina declarou inconstitucional<sup>1</sup> o art. 14, §2º, da Ley 23.737/89<sup>2</sup>, que tipificou o crime de *tenencia de estupefacientes para uso personal*, penalizando-o com prisão de um mês a dois anos (em oposição à pena de um a seis anos e multa, sanção prevista aos detentores de entorpecentes em quantidades excedentes).

A causa foi iniciada em janeiro/2006 no distrito de Rosário, quando o *Jefe de la Sección Rosario de la Policía Federal Argentina* notou a ligação de diversos indivíduos detidos por infração à Ley 23.737/89 (que regula a posse e o tráfico de entorpecentes) com uma propriedade localizada na rua *Nicaragua*, onde já havia sido observada movimentação típica de venda de entorpecentes. Assim, realizadas diligências, foram processados e condenados oito indivíduos, três pelo delito de tráfico de drogas (porte de entorpecentes para fins de comercialização<sup>3</sup>), e cinco pelo delito de porte de drogas para consumo pessoal<sup>4</sup>. A esses últimos, condenados à pena de um mês de prisão de execução condicional, nos termos do art. 26 do

---

<sup>1</sup> Por 5 votos que a favor da inconstitucionalidade (Min. Ricardo Luiz Lorenzetti, Min. Carlos S. Fayat, Min. Enrique Santiago Petracchi, Min. E. Raul Zaffaroni e Min. Carmen M. Argibay), e 2 votos contra (Min. Elena I. Highton de Nolasco e Min. Juan Carlos Maqueda).

<sup>2</sup> ARGENTINA, Ley nº 23.737/89, 14, §2º:

Art. 14. Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes.

La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

<sup>3</sup> Sebastián Eduardo Arriola, condenado a seis anos de prisão, multa de \$600 e inabilitação absoluta por igual tempo ao da condenação, Carlos Alberto Simonetti, condenado a quatro anos de prisão, multa de \$500 e inabilitação absoluta por igual tempo ao da condenação, e Mónica Beatriz Vázquez, condenada a prisão de dois anos e seis meses e multa de \$200.

<sup>4</sup> Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina e Leandro Andrés Cortejana.

Código Penal argentino<sup>5</sup>, e impostas regras de conduta previstas no art. 127 bis (tais como fixar residência e submeter-se aos cuidados de um Conselho, abster-se de usar drogas, de abusar de substâncias alcoólicas e de relacionar-se com pessoas vinculadas à distribuição e consumo de entorpecentes), a aplicação da pena foi substituída por medida socioeducativa<sup>6</sup>. Circunscreve-se aos feitos relacionados a estes indivíduos, detidos por (comprovada) posse de drogas em quantidades para consumo pessoal<sup>7</sup>, o recurso interposto na Suprema Corte Argentina, denunciando inconstitucional o §2º do art. 14 da Ley 23.737/89.

A defesa sustentou, no referido recurso, que haveria violação, pelo artigo citado, do princípio de reserva consagrado no art. 19 da Constituição Nacional

---

<sup>5</sup> ARGENTINA, Código Penal, art. 26:

**TITULO III**  
**CONDENACION CONDICIONAL**

ARTICULO 26. En los casos de primera condena a pena de prisión que no exceda de tres años, será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión deberá ser fundada, bajo sanción de nulidad, en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de libertad. El tribunal requerirá las informaciones pertinentes para formar criterio, pudiendo las partes aportar también la prueba útil a tal efecto.

Igual facultad tendrán los tribunales en los casos de concurso de delitos si la pena impuesta al reo no excediese los tres años de prisión.

No procederá la condenación condicional respecto de las penas de multa o inhabilitación.

<sup>6</sup> \_\_\_\_\_, Código Penal, art. 21:

**Art. 21** — En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine.

Tal medida, debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses, la autoridad educativa nacional o provincial, implementará a los efectos del mejor cumplimiento de esta ley.

La sustitución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, organismo que lo comunicará solamente a los tribunales del país con competencia para la aplicación de la presente Ley, cuando éstos lo requiriesen.

Si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia.

<sup>7</sup> As substâncias e respectivas quantidades apreendidas nos condenados foram as seguintes:

- Gustavo Alberto Fares: três cigarros de maconha de 0,283g, 0,245g e 0,161g;
- Marcelo Ezequiel Acedo: três cigarros de maconha de 0,25g, 0,30g, e 0,27g;
- Mario Alberto Vilarreal: um cigarro de maconha de 0,25g;
- Gabriel Alejandro Medina: três cigarros de maconha de 0,31g, 0,29g e 0,29g;
- Leandro Andrés Cortejana: três cigarros de maconha de 0,25g, 0,26g e 0,27g;

Argentina<sup>8</sup> – visto que a conduta dos imputados se deu dentro do marco de intimidade resguardado constitucionalmente –, e alegou que a quantidade escassa de droga com eles encontrada não era suficiente para provocar dependência física ou psíquica no consumidor, tampouco potencialmente lesiva à saúde pública. Apontou o aumento significativo de causas relacionadas ao porte de drogas para consumo pessoal a partir da vigência da Ley 23.737, que passou a perseguir indistintamente o traficante e o portador de drogas para consumo pessoal, o que comprovaria o insucesso do objetivo de dissuasão do uso de entorpecentes originalmente visado com a promulgação da norma. Ressaltou que a conduta dos imputados não afetou de forma nenhuma a saúde pública, bem jurídico protegido pela norma, e, desse modo, provocou a Corte a assumir posição mais adequada a um Estado de Direito que respeita o âmbito de autodeterminação dos cidadãos, sendo inadmissível a sanção pretendida por tratar-se de ação atípica, sob pena de lesão ao princípio da legalidade<sup>9</sup>.

Fundada a argumentação na inconformidade do artigo com a Constitución Federal, porque a sanção ao porte de drogas para consumo pessoal (art. 14, §2º, Ley 23.737/89) violaria o princípio de reserva (art. 19, Constitución Federal), cabível a interposição de recurso à Suprema Corte Argentina<sup>10</sup>.

## 1.2 Precedentes jurisprudenciais e legislativos

A argumentação vencedora, que declarou a inconformidade do art. 14, §2º, da Ley 23.737, com a Constitución, alterou o último entendimento adotado pela

<sup>8</sup> ARGENTINA, Constitución Nacional, art. 19:

**Art. 19.-** Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

<sup>9</sup> \_\_\_\_\_, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, pgs. 10-11.

<sup>10</sup> \_\_\_\_\_, Ley nº 48/63, art. 14:

**Art. 14. –** Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia en los casos siguientes:

1º Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un Tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación y la decisión haya sido contra su validez.

Suprema Corte, que, provocada a analisar o referido artigo, entendera pela sua constitucionalidade em 1990 (julgado Montalvo<sup>11</sup>).

Retornou, desse modo, ao entendimento adotado em 1986, no julgamento do caso Bazterrica<sup>12</sup>, no qual declarara inconstitucional o art. 6º da Ley 20.771/74 (revogada em 1989 com a promulgação da Ley 23.737), que tipificava a conduta de posse de drogas, ainda que destinadas a uso próprio<sup>13</sup>.

Como se vê, o posicionamento da Corte em relação à criminalização do porte de drogas para consumo pessoal nunca foi pacífico. Em 1978, pronunciara-se a favor da criminalização<sup>14</sup>; em 1986, afastou-se dessa doutrina no mencionado julgado “Bazterrica”, e, em 1990, novamente declarou a constitucionalidade da tipificação da conduta em “Montalvo”.

A existência de diversos posicionamentos acerca da matéria também é explicada quando se verifica que a legislação pertinente movimentou-se pendularmente na Argentina, alternando entre a criminalizar ou não o consumo. O Código Penal de 1921 não legislou sobre o usuário de drogas, e somente em 1924, com a Ley 11.039, a venda, a entrega e o fornecimento de narcóticos foram criminalizados (e em 1930, o Judiciário, através do Plenário da Câmara Criminal da Capital Federal<sup>15</sup>, declarou que o uso pessoal não servia como justificativa para absolvição do crime de porte de drogas, posição reafirmada em 1966<sup>16</sup>). Dois anos depois, contudo, em 1968, a Ley 17.567 modificou o Código Penal, sancionando o porte de substâncias entorpecentes somente quando em quantidades excedentes àquelas correspondentes ao uso pessoal (esse, segundo a exposição de motivos da Ley, albergado pela esfera de liberdade consagrada no art. 19 da Constitución). A inexistência de determinação legislativa a respeito das quantidades gerou confusão na aplicação da lei, tornando-a casuística. Aliado a esse fator, a impressão de que a

<sup>11</sup> ARGENTINA. Suprema Corte, Fallo “*Montalvo*”. Julgado 313: 1333, 1990.

<sup>12</sup> \_\_\_\_\_ . Suprema Corte, Fallo “*Bazterrica*”. Julgado 308: 1392, 1986.

<sup>13</sup> \_\_\_\_\_ . Ley 20.771/74 (revogada), art. 6º (revogado):

**ARTICULO 6º** — Será reprimido con prisión de uno (1) a seis (6) años y multa de cien (\$) 100 a cinco mil pesos (\$) 5.000 el que tuviere en su poder estupefacientes, aunque estuvieran destinados a uso personal

<sup>14</sup> \_\_\_\_\_ . Suprema Corte, Fallo “*Colavini*”. Julgado 300:254. Disponível em

<sup>15</sup> \_\_\_\_\_ . Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. Fallo “*González, Antonio*”, 17-10-1930, Tomo 3º, pág. 21.

<sup>16</sup> \_\_\_\_\_ . Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. Fallo “*Terán de Ibarra, Assunción*”, 12-06-1966, Tomo 15, pág. 325.

não-incriminação incentivaria o tráfico de drogas resultou em nova alteração legislativa: a Ley 20.771/74, que tipificou o porte de drogas para uso pessoal<sup>17</sup>. Finalmente, em 1989 foi promulgada a Ley 23.737, cuja constitucionalidade foi declarada em 1990 no julgado Montalvo.

Esse ziguezaguear jurisprudencial, que culminou com nova mudança de entendimento com o caso em estudo, somente em análise superficial poderia ser entendido como incoerente. Os 19 anos transcorridos entre a promulgação da Ley 23.737 (e os 18 anos desde o caso “Montalvo”, que confirmou a sua constitucionalidade) foram suficientes para a observação dos resultados obtidos com a criminalização e punição do usuário, e a alteração de circunstâncias objetivas relacionadas às decisões anteriores.

É em critérios pragmáticos e nos resultados observados durante os quase vinte anos de vigência do art. 14, §2º e da confirmação de sua conformidade com a Constitución, portanto, que se fundamenta nuclearmente a argumentação vencedora no caso:

[...] han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina Montalvo, que legitimó su constitucionalidad. Este es un periodo, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del *thema decidendum* pueda ser considerado intempestivo.

Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba Montalvo han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

Que así la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) indica que el informe correspondiente al 2007 que Argentina ha cobrado importancia como país de tránsito, y que también hay indicios de producción local de cocaína. Allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en “estudiantes secundarios” que consumen pasta base de cocaína conocida como “paco”. [...]

[...] En el mismo sentido se observa el informe correspondiente al año de 2008, que da cuenta de un aumento del consumo de opio en

---

<sup>17</sup> A constitucionalidade do art. 6º da Ley 20.771/74 foi analisada pela Suprema Corte em 1986, no já mencionado julgado Bazterrica.

el país (pág. 60) [...]. El país ocupa el segundo lugar de Sudamérica en consumo de cocaína (págs. 88 y 275); aumentó el secuestro de resina de marihuana (pág. 103), así como su consumo (pág. 114). El país está entre los primeros puestos del ranking sudamericano en consumo de estimulantes (pág. 136) y de éxtasis (pág. 165). El informe del año 2004 también señala que en el país se ha elevado el consumo de opiáceos (pág. 103), y que se ha detectado capacidad de producción de cocaína (pág. 116); y que el uso indebido de cocaína era superior al nivel medio de las estadísticas (pág. 123). También se pone de relieve que el país denunció un aumento continuo del uso indebido de cannabis en los años 2000, 2001 y 2002 [...]<sup>18</sup>.

Além de os dados coletados demonstrarem que houve aumento do consumo de drogas depois da promulgação da lei e da confirmação de sua constitucionalidade, outra justificativa para a alteração jurisprudencial está na Reforma Constitucional que a Argentina protagonizou em 1994:

Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje constitucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones [...]. Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide de sobrepasar determinados límites e además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional<sup>19</sup>.

A Reforma Constitucional de 1994 incorporou os tratados internacionais de direitos humanos ratificados com status constitucional. Desse modo, ampliou-se o âmbito de proteção de direitos e garantias já previstos na Constituição. Os novos parâmetros internacionais permitiram que a Suprema Corte alterasse seu posicionamento em questões como as condições carcerárias mínimas aceitáveis, a observância do devido processo em internações psiquiátricas involuntárias, o direito à razoável duração do processo, e, fundamentalmente, no que diz respeito a investigação e sanção de graves violações aos direitos humanos<sup>20</sup>.

Do mesmo modo, a nova leitura do direito à privacidade (como impedimento de interferências arbitrárias ou abusivas na vida privada), vinculada ao princípio da

---

<sup>18</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, pp. 13-15.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 16-17.

<sup>20</sup> *Ibidem*, considerando 16, p. 17.

autonomia pessoal (que reconhece a capacidade do indivíduo de conduzir sua vida como quiser), quando analisada à luz do princípio da dignidade do homem (impossibilidade de tratá-lo utilitariamente, porque dotado de um fim em si mesmo) torna-se incompatível com a incriminação do usuário de drogas como forma de alcançar o traficante.

A Corte evidencia o interesse em unificar e pacificar sua posição a respeito da incriminação do porte de drogas para uso pessoal. O Ministro Ricardo Luiz Lorenzetti, no Considerando 12 de seu voto (p. 35), afirma:

Estos cambios legales y jurisprudenciales deben transformarse en una regla más estable a los fines de dar seguridad jurídica a los ciudadanos, lo que únicamente puede hacerse mediante una prudente ponderación de los principios en juego. Por esta razón corresponde desarrollar el razonamiento constitucional a partir de la afirmación de los derechos individuales, examinando con rigor los fundamentos de toda restricción.

É a partir dos princípios e garantias fundamentais revigorados e fortalecidos pela Reforma Constitucional e pelos Tratados de Direitos Humanos que se inicia a análise da argumentação vencedora.

### **1.3. A fundamentação**

#### **1.3.1 A interpretação do ordenamento jurídico através da perspectiva pró-homine**

O princípio *pro homine*, consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – ambos ratificados pela Argentina –, exige que se dê preferência, diante de todas as interpretações possíveis de uma norma, àquela menos restritiva de direitos fundamentais. Com a revigoração dos princípios já previstos na Carta Magna Argentina, reconheceu-se maior alcance à liberdade pessoal descrita no art. 19 da Constitución. Como explicita Lorenzetti em seu voto (considerando 11, p. 31), “este poderoso reconocimiento de la libertad personal implica una inversión de la carga argumentativa, de modo que

toda restricción de ese ámbito debe ser justificada en la legalidad constitucional.” Ao homem é consagrado um fim em si mesmo, vedando-se que seja considerado um meio de se atingir um fim (como se intentou até a decisão analisada, dentro da lógica do precedente Montalvo, ao utilizar-se o usuário como forma de alcançar o traficante).

Essa *inversão da carga argumentativa* não implica, evidentemente, desconsideração dos interesses da coletividade. Implica, isso sim, releitura também do significado de *bem comum*, passando a significar

condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. [...] De ninguna manera podrían invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para suprimir un derecho garantizado [...] o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real [...]. Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego [...] <sup>21</sup>.

Lorenzetti resume a ponderação que deve existir entre o “bem comum” e direitos individuais como a liberdade pessoal e o direito à privacidade em seu voto (Considerando nº 12, pp. 35-36): “Lo contrario, es decir, partir de la afirmación de valores públicos para limitar la libertad conduce a soluciones cuyos limites son borrosos y pueden poner en riesgo la libertad personal, protegida de manera relevante por nuestra Constitución Nacional.”

O Ministro Fayt, por sua vez, atenta ao papel determinante dos “novos dados da realidade” obtidos para que essa maior abrangência ao direito à liberdade individual seja reconhecida:

[...] las lecciones de la experiencia conducen a realizar una serie de consideraciones acerca de la validez de una norma que, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido irrazonable, pues – como seguidamente se expondrá – no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción.  
(...)

---

<sup>21</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “Arriola y otros”, pp. 21-22.

En efecto, si bien la limitación del derecho individual no lucía irrazonable en su génesis y primer desarrollo, de los nuevos datos y otros no tan evidentes en los años '80 y '90, resulta la necesidad de reconsiderar, como se dijo, la doctrina sentada [...]. Mas hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana.

(...)

(...) el problema siempre fue visto como un caso complejo y nunca fue negado que el hombre es eje y centro de todo sistema jurídico. Así se subtrayó la cuestión se relacionaba con las cualidades de racionalidad, autodeterminación de las voliciones, sociabilidad y dominio de sí, autonomía e independencia de coacciones externas y capacidad de elección, que al proyectarse socialmente se traducen en participación, como manifestación positiva de la libertad [...].

Son todos esos principios los que hoy nuevamente se conjugan y que, al realizarse el juicio de ponderación, se traducen en un resultado diferente. En efecto, hace veintitrés años se ha afirmado que el legislador consciente de la alta peligrosidad de estas sustancias, ha querido evitar toda posibilidad de su existencia. Es claro, tal como se detallará a continuación, que ese fin no se ha logrado y entonces se ha **vuelto irrazonable** una interpretación restrictiva en cuanto al modo de entender el señorío del hombre. Por ello, desaparecido el argumento que justificaba la exégesis más limitativa, cobra nuevamente su real dimensión el principio de la autonomía personal<sup>22</sup>.

Mais adiante, Fayt reitera – porque “debe quedar perfectamente establecido” – a posição central do homem como eixo de todo o sistema jurídico e fim em si mesmo e o caráter inviolável de sua pessoa. “El respeto por la persona humana es un valor fundamental y se encuentra jurídicamente protegido; frente a él los restantes valores tienen siempre carácter instrumental<sup>23</sup>”. É necessário, pois, que a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade, a defesa de sua intimidade e de sua privacidade sejam compreendidos da maneira mais abrangente possível, permitidas limitações unicamente quando a atuação implicar prejuízo a terceiros.

### **1.3.2 A esfera de autonomia pessoal e a impossibilidade da punição do perigo**

O art. 19 da Constituição, ao qual o art. 14, §2º, da ley 23.737 foi contraposto, reserva para atuação do indivíduo espaço livre de interferência estatal. Todo homem capaz é soberano para tomar decisões que conduzam sua vida, é senhor de si

---

<sup>22</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, Considerandos 12 e 13, pp. 48-50.

<sup>23</sup> *Ibidem*, Considerando 17, p. 54.

mesmo e de sua moral. O direito de privacidade positivado no artigo é desdobramento dos direitos da personalidade, indisponíveis e inalienáveis, essenciais à condição humana, e inclui a proteção à identidade, à honra, à intimidade, à consciência, ao direito à livre disposição de sua vida, de seu corpo e de seus atos.

A interferência estatal nessa esfera pode resultar em opressão à liberdade do indivíduo, mesmo quando disfarçada por benéficas intenções. Como bem explicita Lorenzetti,

las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de esta.

El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esta frontera. Por ello es posible señalar que: [...] no es posible imputar un daño a una acción cuando ella es consecuencia directa de otra acción voluntaria más cercana en la cadena causal, y por ello no es necesario penar el consumo en casos donde la punición deviene como consecuencia de un delito cometido en función de la drogadicción<sup>24</sup>.

A liberdade individual é protegida até o momento em que a conduta não cause danos a terceiros – e assinala-se, em diversos momentos, a exigência da concretude desses danos. “Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad.” (Lorenzetti, p. 36).

Zaffaroni, ao analisar as restrições que o dispositivo constitucional impõe ao Estado, a fim de salvaguardar o âmbito de privacidade das ações individuais que não ocasionam lesão ou perigo concreto a terceiros, diz que é preciso “consolidar el valor central de esta norma como viga maestra del derecho argentino”, e atenta à lição de Adán Quiroga (1885 apud Zaffaroni, 2009, considerando 12, pp. 73-74): “ninguna verdad es más evidente para la ciencia penal: la sociedad no tiene la misión de hacer reinar la moralidad en las acciones privadas [...]”

---

<sup>24</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, Considerando 13, pp. 36-37.

Fayt afirma, inclusive, que a aceitação da interferência do Estado na esfera íntima do indivíduo, no âmbito do exercício de sua autonomia pessoal, “convirtiría al poder estatal en una verdadera deidad<sup>25</sup>”, uma negação da dignidade do homem como imperativo categórico. Ainda que a conduta de uma pessoa cause danos a si própria, conclui, se não forem afetados os interesses de mais ninguém, “la Constitución de un Estado de Derecho no puede admitir que ese Estado se arrogue la facultad de juzgar la existencia de una persona, su proyecto de vida y su realización<sup>26</sup>”.

Assim como é indevida a interferência estatal como modo de controle da moralidade, não se qualifica justificativa adequada para tal interferência – através de violenta punição – a periculosidade do agente, compreendida como a previsão de que cometerá delitos:

[...] la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán... Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos...” (CIDH, Serie C, N° 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio 2005)<sup>27</sup>

Com efeito, Lorenzetti<sup>28</sup> sublinha a inconformidade com os princípios constitucionais – consagrados na Carta Magna e nos tratados internacionais – e “la intervención punitiva del Estado basada exclusivamente en la mera posibilidad de que el consumidor de estupefacientes se transforme en autor o partícipe de una gama innominada de delitos”. Fayt<sup>29</sup> afirma:

Como clara aplicación del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona, consagrados en el artículo 19 de la Constitución Nacional, no puede imponerse pena a ningún individuo en razón de lo que la persona es, sino únicamente en razón de lo que la persona haya hecho; sólo puede pensarse la conducta lesiva,

---

<sup>25</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, Considerando 18, p. 56.

<sup>26</sup> Ibidem, voto do Min. Fayt, Considerando 30, p. 68.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 19-20.

<sup>28</sup> Ibidem, voto do Min. Lorenzetti, Considerando 14, p. 37.

<sup>29</sup> Ibidem, voto do Min. Fayt, Considerando 30, p. 67.

no la personalidad. Lo contrario permitiría suponer que los delitos imputados en causas penales son sólo el fruto de la forma de vida o del carácter de las personas (...).

Obviamente, afirmar-se que a liberdade individual é ilimitada enquanto não houver lesão a direito de terceiros significa que, ocorrendo tal lesão, há a possibilidade de interferência Estatal no âmbito de privacidade. A Ministra Carmen Argibay, em seu voto, lembra a argumentação desenvolvida em Montalvo, em que se considerou que o porte de drogas, ainda que destinadas a uso pessoal, seria conduta que “contenía implícita su transcendencia a terceros. Esa exteriorización estaría dada por el ‘efecto contagioso’ de la drogadicción, esto es, por construir un medio de difusión de la droga y por ser parte necesaria de la cadena de tráfico<sup>30</sup>”.

O pensamento construído na mais recente decisão da Corte, contudo, claramente impossibilita que se compreenda a mera posse de entorpecentes como implicitamente lesiva a direitos de terceiros. O direito de privacidade e o âmbito da autonomia pessoal devem ser considerados absolutos. As condições em que flagrada a posse de entorpecentes, assim, devem ser consideradas pelo julgador caso a caso, para que verifique se houve perigo concreto ou lesão a direitos de terceiros.

Argibay apontou em seu considerando 13 (pp. 88-89) alguns critérios que podem auxiliar tal análise:

La síntesis expuesta muestra que si bien las acciones privadas no son solamente aquellas que se llevan a cabo en el interior de un determinado ámbito espacial, este dato resulta, sin embargo, un elemento de juicio a tomar consideración. Efectivamente, el análisis casuístico deja entrever que las conductas desarrolladas en lugares públicos son, en general aunque no siempre, más aptas para afectar la salud pública, y por lo tanto quedan fuera de la protección constitucional.

Por otro lado, y aunque este dato es un indicio relevante, no resulta suficiente para decidir la cuestión. Otro elemento que en los fallos citados ha sido significativo para determinar si la tenencia de drogas se trata de una acción privada está relacionado con la existencia de actos de exhibición en el consumo. Esto no se cumple cuando la acción ha sido descubierta por la tenencia de la droga en sí sino por un hecho ajeno a esta conducta. Por último, también ha tenido incidencia la cantidad de sustancia estupefaciente que se encontró en poder de la/el imputada/o.

---

<sup>30</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, Voto da Min. Argibay, Considerando 11, p. 81.

Evidencia-se, dessa forma, que as circunstâncias em que encontrados os cigarros de marihuana com os apelantes foram determinantes para a procedência do recurso, e que a proteção concedida ao indivíduo não implica legitimação ou incentivo do uso de entorpecentes, como se verá mais adiante.

En efecto [...], la escasa cantidad de droga incautada estaba destinada al consumo personal y el hallazgo no fue producto de la realización de cualquier otro acto con la droga que excediese una tenencia reservada, vedada al conocimiento de terceros, y que los imputados mantuvieron así hasta ser requisados por el personal policial.

En estas condiciones, la tenencia de droga para el propio consumo, por sí sola, no ofrece ningún elemento de juicio para afirmar que los acusados realizaron algo más que una acción privada, es decir, que ofendieron a la moral pública o a los derechos de terceros<sup>31</sup>..

### **1.3.3 O fracasso da utilização do usuário como meio de perseguição do traficante**

A crença de que a incriminação do usuário ajudaria na perseguição do traficante foi um dos argumentos centrais de Montalvo. As razões naquele caso apontadas, contudo, como afirma Lorenzetti<sup>32</sup>, não constituem fundamento constitucionalmente admissível, “en primer lugar porque parten de la base de sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión”, o que não se coaduna com a interpretação irrestrita dos direitos de liberdade e autodeterminação consagrados pela Corte ao longo do voto. Criminalizar a conduta de porte de drogas para consumo pessoal o impele a “transitar el estigmatizante camino del proceso penal”,

ello por cuanto – como en cualquier otra causa en la que se investiga un delito – el acusado debe atravesar un *iter* necesariamente restrictivo de sus derechos que implica, entre otras cosas: ser detenido, verse enfrentado a jueces y fiscales, ser llamado a declaración indagatoria y, sobre todo, convivir durante el tiempo que dure el proceso con la incertumbre propia que genera el encontrarse sometido a la justicia criminal, amén de la mácula que, en su caso, lo signará a futuro.

---

<sup>31</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “Arriola y otros”, voto da Min. Argibay, Considerando 14, p. 90.

<sup>32</sup> Ibidem, voto do Min. Lorenzetti, Considerando 15, p. 39.

Por los demás, se violentan sus sentimientos, en tanto a quien se encuentra ante esta problemática (medida curativa), o bien, como en el caso, el tribunal de mérito califica como simple principiante o experimentador (medida educativa), se lo somete a la invasión de su persona y su intimidad<sup>33</sup>.

Ademais, mesmo quando se entende proporcional violar o princípio de reserva contido no art. 19 da Constitución, visando a um suposto “bem maior” com o combate ao tráfico de drogas, “está claro que, aun cuando se admita el sacrificio, no se logra el resultado”<sup>34</sup>.

No precedente Montalvo, analisada a constitucionalidade da ley 23.737, como explicita Fayt,

[...] se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con su comercio y arribar a resultados promisorios [...] que no se han cumplido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente<sup>35</sup>.

O esperado auxílio ao combate do tráfico e do consumo de drogas através da criminalização do consumo jamais ocorreu. Pelo contrário: houve considerável aumento da atividade ao longo dos anos, conforme os dados trazidos pela ONU em seus World Drug Reports. “Las tendencias de consumo parecen corresponderse con factores culturales, económicos y sociales, y no con la intimidación penal<sup>36</sup>”. O Ministro, no considerando 28 de seu voto, cita os dados obtidos pelo Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja, que analisou processos penais relacionados a entorpecentes durante os vinte anos precedentes. O estudo demonstrou que somente 10% das causas iniciadas por infração à lei de entorpecentes estava relacionada com tráfico. Os expedientes iniciados por porte para consumo pessoal representavam 70% das causas, e dentro desses, foi de 87% a porcentagem de jovens do sexo masculino de 20 a 30 anos apreendidos com até 5g de marihuana ou cocaína em via pública, sem porte de armas e que não

---

<sup>33</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, voto do Min. Fayt, Considerando 18, p. 56.

<sup>34</sup> Ibidem, voto do Min. Lorenzetti, Considerando 15, p. 39.

<sup>35</sup> Ibidem, voto do Min. Fayt, Considerando 14, p. 50.

<sup>36</sup> Ibidem, Considerando 27, p. 63.

cometiam qualquer outro delito<sup>37</sup>. O Comité também constatou, em relatório diverso<sup>38</sup> acerca do consumo de drogas no país:

Pese a una legislación penal que desde el año 1926 castiga la tenencia para el propio consumo, lo cuál ha sido reforzado por los pronunciamientos de nuestro más alto Tribunal de los años 90, nunca se ha consumido más drogas y por sectores más amplios. lo que demuestra el fracaso de la política criminal adoptada<sup>39</sup>.

O tempo, o dinheiro e os esforços destinados a perseguir e processar o usuário, se dirigidos a crimes tal como a lavagem do dinheiro oriundo do tráfico e ao controle do ingresso no país de substâncias químicas frequentemente utilizadas na fabricação ilícita de entorpecentes, apresentariam resultados mais eficazes no combate ao tráfico de drogas. O Comité, em estudo<sup>40</sup> acerca da vigência da lei dos entorpecentes elaborado no ano de 2008, concluiu que “el gasto en el sistema penal es el equivalente a casi el 40% del plan nacional materno infantil, o que alcanzaría a duplicar el presupuesto nacional sobre HIV.” Além disso, Zaffaroni<sup>41</sup> atenta:

Similares consideraciones pueden hacerse respecto de la tarea judicial. Tanto la actividad policial como la judicial distraen esfuerzos que, con sano criterio político, deberían dedicarse a combatir el tráfico de tóxicos, en especial aquellos que resultan más lesivos para la salud, como los que hoy circulan entre los sectores más pobres y jóvenes de nuestra sociedad, con resultados letales de muy corto plazo y con alta probabilidad de secuelas neurológicas entre los niños y adolescentes que logran recuperarse.

Mais: mesmo se tratado utilitariamente, como meio de combate ao tráfico de drogas, resultados mais satisfatórios poderão ser obtidos se o usuário for tratado, no processo penal, como testemunha. O consumidor, quando imputado, “no tiene obligación de decir verdad (ni puede incurrir en el delito de falso testimonio), a diferencia de aquellos que pueden ser llamados como testigos<sup>42</sup>”. Zaffaroni<sup>43</sup> afirma que, mais do que não apresentar resultados suficientes, a incriminação do consumidor **dificulta** a persecução penal do tráfico, exatamente porque “el usuario

<sup>37</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, voto do Min. Fayt, considerando 29, p.65.

<sup>38</sup> COMITÉ CIENTÍFICO ASESOR EN MATERIA DE CONTROL DEL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES, SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS Y CRIMINALIDAD COMPLEJA. *La reforma integral a la Ley de Estupefacientes y la identificación de políticas criminales*.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 7

<sup>40</sup> Ibidem, p. 2.

<sup>41</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, voto do Min. Zaffaroni, Considerando 19, p. 76.

<sup>42</sup> Ibidem, voto do Min. Fayt, Considerando 29, pp. 65-66.

<sup>43</sup> Ibidem, voto do Min. Zaffaroni, Considerando 21, p. 77.

imputado goza de los beneficios de la naturaleza de acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de provisión del tóxico”, o que não poderia fazer na posição de testemunha, quando pode ser penalizado por prestar falso testemunho.

Tal raciocínio, contudo, serve apenas para ilustrar o fracasso da utilização do usuário como meio de persecução do traficante. Reitera-se: **ainda se** o método fosse admissível, **ainda se** não ferisse princípios fundamentais, intransponíveis e indispensáveis do Direito, a criminalização do consumo falha como forma de facilitar a persecução do traficante. A justificativa maior e mais importante para que essa abordagem utilitária do usuário não seja admitida, todavia, não é a falha do *método*, mas a impossibilidade de fazê-lo sob a ótica dos direitos fundamentais do homem – pensar diferentemente permitira que, caso descoberto um modo *eficaz* de utilização do consumidor, poder-se-ia novamente criminalizar a posse de drogas para consumo pessoal. O fato de não passar pelo teste de razoabilidade, porque ineficaz, não pode encobrir o insucesso da medida na análise de constitucionalidade.

Mais importante, contudo, é a diferença entre o tratamento concedido pelo Estado ao consumidor – tachado de criminoso e submetido a uma ação que pode resultar em pena de prisão, processo “indubitavelmente inhumano” para Fayt<sup>44</sup> – e aquele que lhe deveria dispensar. Zaffaroni atenta a essa discrepância na parte final de seu voto<sup>45</sup>, e sublinha que a criminalização do usuário

se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación y modificación de conducta que, precisamente, se propone el objetivo inverso, esto es, la remoción de esa identificación en procura de su autoestima sobre la base de otros valores.

Essa mudança na classificação do consumidor – de criminoso a paciente, eis que por vezes adito – foi abordada por todos os Ministros no caso em estudo, como se verá a seguir.

---

<sup>44</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, voto do Min.Fayt, p. 58.

<sup>45</sup> *Ibidem*, voto do Min. Zaffaroni, Considerando 20, pp.76-77.

### 1.3.4 A mudança de perspectiva do consumo: de crime a questão de saúde pública

A prisão do usuário, durante muito tempo, além de considerada *útil* ao combate ao tráfico de entorpecentes – o que já se provou falso, diante do insucesso da política criminal até então –, igualmente representava punição tida como merecida àqueles que exerciam atividade mal vista pela população. A criminalização do consumidor reflete, de certa maneira, os valores morais da sociedade argentina. Não pode o Estado, todavia, imputar uma moralidade; ainda que com essa se coadune parcela majoritária da sociedade, tal circunstância nunca justificaria a interferência na esfera de autonomia privada consagrada a todos os homens.

Visualizar o consumidor como maléfico criminoso não passa de simplificação grosseira. A Suprema Corte provocou mudança de postura na percepção do usuário. Fayt (p. 53) descreve a situação por ele enfrentada como “delicada y compleja [...] (especialmente quien abusa en su utilización)”. O acórdão descreve a situação dos consumidores de drogas:

No hay dudas que en muchos casos [...], en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización<sup>46</sup>.

A partir desse prisma, torna-se absolutamente irrazoável a incriminação do usuário. A resposta do Estado à drogadição não pode ser a submissão do indivíduo ao estigmatizante processo penal; seu papel vai além da não-interferência na liberdade do indivíduo e inclui deveres de prestação visando a assegurar a saúde da totalidade da população, inclusive – e principalmente – o setor marginalizado, incapaz de, privadamente, buscar o tratamento de que necessita. Embora o direito à saúde não conste expressamente do texto da Constitución, a ele foi reconhecido – como não poderia deixar de ser – caráter constitucional “merced a los tratados incorporados por el artículo 75, inciso 22<sup>47</sup> y el Estado argentino ha asumido el

---

<sup>46</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, p. 19

<sup>47</sup> Enumera os Tratados de Direitos Humanos celebrados pela Argentina dotados de hierarquia constitucional (sendo os mais relevantes para este estudo a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração de Direitos Humanos, a Convenção Americana sobre Direitos

compromiso internacional de lograr progresivamente su plena efectividad obligándose 'hasta el máximo de los recursos'." (FAYT, considerando 21, p. 59).

Certo é que a ley 23.737, ao facultar ao juiz a aplicação de tratamento ao invés da pena de prisão<sup>48</sup>, intentou dar resposta mais ampla e socialmente eficaz ao uso de drogas. Todavía, a possibilidade de substituição da pena de encarceramento é restrita<sup>49</sup>, e o tratamento do vício somente é ofertado ao consumidor em raras ocasiões. Fayt bem resume a situação:

---

Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), e exige a aprovação de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara para que novos tratados adquiram status constitucional. O texto na íntegra:

**Art. 75.-** Corresponde al Congreso:

[...]

**22.** Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

<sup>48</sup> De um mês a dois anos, cf. art. 14, §2º, ley 23.737.

<sup>49</sup> Prevista no art. 21 da ley 23.737:

**Art. 21** — En el caso del artículo 14, segundo párrafo, si el procesado no dependiere física o psíquicamente de estupefacientes por tratarse de un principiante o experimentador, el juez de la causa podrá, por única vez, sustituir la pena por una medida de seguridad educativa en la forma y modo que judicialmente se determine.

Tal medida, debe comprender el cumplimiento obligatorio de un programa especializado relativo al comportamiento responsable frente al uso y tenencia indebida de estupefacientes, que con una duración mínima de tres meses, la autoridad educativa nacional o provincial, implementará a los efectos del mejor cumplimiento de esta ley.

La sustitución será comunicada al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, organismo que lo comunicará solamente a los tribunales del país con competencia para la aplicación de la presente Ley, cuando éstos lo requiriesen.

Si concluido el tiempo de tratamiento éste no hubiese dado resultado satisfactorio por la falta de colaboración del condenado, el tribunal hará cumplir la pena en la forma fijada en la sentencia.

En suma: una persona que posee estupefacientes para consumo personal es hoy en día criminalizada con pena de prisión que sólo puede ser reemplazada a criterio del juez – y por una única vez – por la medida de seguridad. Por lo demás, si el tratamiento fracasa la respuesta exigida vuelve a ser el castigo carcelario<sup>50</sup>.

O Ministro deu grande enfoque, em seu voto, à necessidade de o Estado argentino adotar políticas públicas que possibilitem o tratamento do usuário dependente. Além de enumerar os sofrimentos que o processo criminal lhe inflingirá (ser detido, responder a inquérito, comparecer perante juízes e fiscais, conviver com a incerteza do resultado do processo e, por fim, ser encarcerado), sublinhou as dificuldades a que será submetido caso executada a pena de prisão – especialmente consideradas as condições carcerárias do país, “teniendo en cuenta que el poder punitivo no se manifiesta sólo mediante la imposición de una pena, sino también con la manera en que es ejecutada”. Submeter o indivíduo à prisão claramente agrava o vício:

[...] quien padece de una adicción e ingresa por tal motivo a una unidad penitenciaria buscará el reemplazo del objeto adictivo de cualquier modo. Dicha situación produce un empeoramiento en la adicción porque el condenado consigue dicho objeto – o su reemplazo – con las anomalías propias que implica acceder a ellos en un lugar de encierro. Por tanto, antes que mitigarse, el proceso adictivo se agrava. Ejemplo de ellos son los serios desórdenes en otros aspectos de la salud que produce la sustitución de la sustancia, así como las dosis elevadas que se consumen – si se accede al estupefaciente – y que pueden ser letales ante la falta de periodicidad en la adquisición. Por los demás, todo ello se refleja en un aumento de los focos de violencia ya característicos de los establecimientos carcelarios<sup>51</sup>.

Ao Estado, afinal, cabe a promoção de políticas sociais que promovam e protejam a saúde de todos, desdobramento inevitável do primordial direito à vida – e isso inclui o direito dos usuários aditos a tratamento adequado, que os possibilite superar o vício. Fayt reconhece “que las respuestas definitivas para estos planteos no pueden encontrarse en el marco de una causa penal, sin perjuicio de la posibilidad de soluciones en otros ámbitos”, afirmando em seguida, como já citado, que a criminalização do indivíduo “es indudablemente inhumano” (p. 58).

---

<sup>50</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, voto do Min. Fayt, Considerando 10, pg. 47.

<sup>51</sup> *Ibidem*, Considerando 19, pp. 57-58.

Ao invés de castigar e apartar do convívio social o usuário, as políticas públicas devem promover o direito à saúde e o acesso universal ao tratamento da toxicomania. Trata-se de “obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de [...] medicina prepaga” (considerando 22, p. 60). Fayt afirma, na seqüência:

Desde esta perspectiva se asume claramente que la **“adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados”** (cfr. UNODC, Informe del año 2009 ya citado; énfasis agregado). Antes bien, es primariamente en él ámbito sanitario – y mediante nuevos modelos de abordaje integral – que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue. Se conjuga así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque que requiere esta problemática, sobretudo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustancias.

E, segue: “quien es señalado como ‘delincuente’ – e ignorado en su problemática – no acude el sistema de salud o bien tienden a dilatarse en grado extremo los tiempos de latencia entre el inicio del consumo y la solicitud de atención”. A saúde do indivíduo, direito imprescindível e que deve ser primordialmente protegido, “se menoscaba en mucha mayor medida mediante el encierro<sup>52</sup>”. Dessa forma, “no puede sino interpretarse a la criminalización como un modo inadecuado – cuando no incoherente y contradictorio – de abordar la problemática de aquéllos a quienes los afecta<sup>53</sup>.”

A resposta criminal, pois, resulta prejudicial em todos os âmbitos (e, por isso mesmo, é dita “incomprensible” por Fayt): é ineficaz no combate ao tráfico e na diminuição do consumo de drogas, e submete o usuário a um processo invasivo, que pode culminar em pena que o estigmatizará e sujeitará ao encarceramento, onde enfrentará condições precárias de sobrevivência e não terá acesso ao auxílio médico de que necessita para combater a adição, tudo isso concomitantemente com indevida interferência de seu âmbito de liberdade e deterioração de sua condição humana.

---

<sup>52</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “Arriola y otros”, voto do Min. Fayt, Considerando 27, p. 64.

<sup>53</sup> Ibidem, Considerando 26, p. 62.

### 1.3.5 O reconhecimento dos malefícios da drogadição

Reconhecer a impossibilidade da continuidade da política persecutória, todavia, não implica defesa do uso de entorpecentes. Pelo contrário: embora Zaffaroni brevemente mencione que as diligências judiciais e policiais deveriam ser direcionadas a tóxicos mais lesivos do que aquele apreendido junto aos demandados – o que indica certa tolerância com o consumo da marihuana, eis por que menos letal e com menores probabilidades de causar seqüelas neurológicas –, os prejuízos do consumo de drogas são reiterados durante todos os votos. É precisamente pelo reconhecimento de danos à saúde do usuário que se considera irrazoável encarcerá-lo e marginalizá-lo ao invés de incluí-lo em programas de tratamento. Entretanto, “la grosera incongruencia que importa perseguir penalmente al consumidor de estupefacientes, no implica en modo alguno que el Estado deba autoexcluirse del tratamiento de la problemática<sup>54</sup>”.

Lorenzetti pondera que “el consumo que traiga aparejado una lesión a un bien jurídico o derecho de terceros o los ponga en concreto peligro, y la distribución de estupefacientes deben ser combatidos” (p. 42), entendimento confirmado pela Ministra Carmen Argibay, que ressaltou a importância da conducta dos imputados no caso concreto<sup>55</sup> para o resultado da decisão. Ou seja: o consumo está protegido no âmbito de autonomia somente enquanto a essa esfera individual se circunscrever, e não representar perigo concreto de dano a terceiros.

Por diversas vezes se esclarece que a decisão proclamada pelo Tribunal “en modo alguno implica ‘legalizar la droga’. No está demás aclarar ello expressamente, pues este pronunciamiento, tendrá seguramente repercusión social, por ello debe informar de un lenguaje democrático” (p.24). Também Fayt explicita:

El hecho de que la respuesta estatal no pueda darse en clave punitiva no implica reconocimiento alguno de la legitimidad del uso de estupefacientes, sino que al igual que otras sustancias, cuyo consumo no se incrimina penalmente, debe procurarse desde el

---

<sup>54</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, voto do Min. Fayt, considerando 20, p. 58.

<sup>55</sup> Quantidade pequena da substância e descrição dos imputados, que não exibiram o consumo da droga em locais públicos, descoberto o porte somente depois da interpelação policial por fatos alheios às suas condutas.

Estado una atención preventiva y asistencial no interferida por el sistema penal<sup>56</sup>.

Cientes de que a descriminalização do porte de drogas não esgota a questão, os Ministros atentaram à necessidade de desenvolvimento de políticas públicas – as quais não lhes cabe, por excederem sua competência, determinar, visto que “el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial<sup>57</sup>”. Desse modo, conclamaram outros setores da sociedade a buscarem respostas para a problemática, através de nova perspectiva, de inclusão, educação e informação do usuário.

La solución que aquí se arriba – teniendo en cuenta, además, que el consumo afecta en mucho mayor medida a aquellos sectores sociales postergados que no encuentran en su entorno grupos de contención efectivos –, conduce inevitablemente a advertir sobre la necesidad de establecer políticas públicas en materia de prevención, promoviendo la difusión de la información, la formación de los recursos humanos entre los profesionales de la salud y de la educación, el debate acerca de nuevos modelos de abordaje que fomenten a su vez la participación mediante un enfoque integral (familias, entornos y de contexto general) y en los que se invierta en evaluaciones de calidad cuyo marco conceptual se encuentre basado en el desarrollo humano. Asimismo, en lo que respecta a la problemática específica de la adicción deben establecerse programas nacionales de salud asistenciales, que encuentren en el ámbito civil y administrativo el debido respaldo a la consecución de los fines que allí se perfilen<sup>58</sup>.

É nos esforços conjugados de diversos âmbitos sociais, portanto (na saúde e na educação, através de prevenção e de informação), e não somente no revide punitivo, que se deve iniciar a nova abordagem à questão do consumo de drogas. Tal preocupação, incluída na fundamentação, foi também destaque no dispositivo.

#### **1.4 O dispositivo**

Esgotada a fundamentação, foi declarada a inconstitucionalidade do art. 14, §2º, da ley 23.737/84, porque desconforme com a esfera de liberdade pessoal

---

<sup>56</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”. Considerando 27, p. 63.

<sup>57</sup> *Ibidem*, voto do Min. Fayt, p. 47.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 68.

excluída da autoridade dos órgãos estatais positivada no art. 19 da Constitución Nacional.

Não foi somente a inconformidade do dispositivo com a Carta Magna argentina que se incluiu nos tópicos finais, contudo. Em todos os votos que acompanharam o entendimento pela inconstitucionalidade, os considerandos finais foram dedicados a reiterar os malefícios da adição e sublinhar a necessidade de o Estado argentino combater o tráfico de drogas. A preocupação se reflete no dispositivo, que, imediatamente depois de acolher a pretensão dos recorrentes, julgando procedente o recurso extraordinário, conclama os poderes públicos a assegurar uma política de Estado contra o tráfico ilícito de entorpecentes e a adotar medidas dissuasivas do consumo:

Por ello, y oído el señor Procurador General [...], se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando final, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país<sup>59</sup>.

Verifica-se, desse modo, que – conforme já explicitado – a decisão proclamada não legalizou o uso de drogas. Trata-se, isso sim, de conclamação dos poderes públicos e da sociedade para enfrentarem o problema sob nova ótica, buscando a diminuição do tráfico e da adição através de medidas que tragam resultados efetivos e, principalmente, não violem o princípio de reserva, o direito à privacidade, a autonomia pessoal e a dignidade do homem – cuja proteção, afinal, “debe elevarse por sobre cualquier otro tipo de respuesta<sup>60</sup>”.

---

<sup>59</sup> ARGENTINA, Suprema Corte, “*Arriola y otros*”, pp. 28-29.

<sup>60</sup> *Ibidem*, voto do Min. Fayt, Considerando 23, p. 60.

## 2. O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PESSOAL NO BRASIL E O DEBATE SOBRE SUA (IN)CONSTITUCIONALIDADE

O desenvolvimento tradicional dos trabalhos acadêmicos recomendaria que, neste segundo capítulo (principalmente diante do não-enfrentamento da questão no tópico que o precedeu), se tratasse do histórico da criminalização das drogas no Brasil. Esse não será o destino do presente trabalho.

Em primeiro lugar, porque “a origem da criminalização (das drogas) não pode ser encontrada, pois inexistente. Se o processo criminalizador é invariavelmente moralizador e normalizador, sua origem é fluída, volátil, impossível de ser adstrita e relegada a objeto de estudo controlável”<sup>61</sup>. Em segundo, porque investigar a origem da criminalização não parece contribuir para o objetivo do estudo proposto, de análise da alternativa de descriminalização das drogas, e somente adicionaria extensas e cansativas páginas ao trabalho. Como propõe Luis Alberto Warat (1995, p. 1), “temos que falar do final de uma visão da história, determinista, homogênea, totalizante, e do surgimento crescente de um ponto de vista que sustenta a descontinuidade, a fragmentação, a falta de linearidade e a diferença”. A pesquisa abdica do histórico porque “não podemos ficar ancorados em saberes que nos façam pensar sempre no passado. A verdade tem de ser conjugada no futuro dos verbos”<sup>62</sup>.

Foi dada preferência, dessa maneira, à análise de conceitos (como *descriminalização*, *despenalização* e *legalização*) indispensáveis à discussão<sup>63</sup> e à situação jurídica atual do possuidor de drogas para consumo pessoal no Estado brasileiro, além da resposta jurisprudencial às provocações de inconstitucionalidade da criminalização do consumo. Tal abordagem pareceu de mais utilidade para o desenvolvimento do terceiro capítulo, que pretende apresentar possibilidades de resposta à questão “drogas”, do que a exposição da – descontinuada – evolução temporal do instituto criminalização.

---

<sup>61</sup> CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06*, p. 10.

<sup>62</sup> WARAT, *Metáforas para a ciência, a arte e a subjetividade*, p. 8.

<sup>63</sup> Sobretudo para que eventuais discordâncias acerca de nomenclaturas e definições ou que a interpretação, pelo leitor, de termos em sentido diverso do pretendido prejudiquem o enfrentamento dos pontos essenciais da questão.

## **2.1. O crime do porte de drogas para uso pessoal no Brasil: art. 28 da Lei nº 11.373/06**

A Lei nº 11.373/06, promulgada em 23 de agosto de 2006 e posta em vigor 45 dias depois, veio para “instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definir crimes<sup>64</sup>” e, entre outras providências, revogou a Lei nº 6.368/76, diploma legal que normatizava a questão.

O porte para consumo pessoal é criminalizado no art. 28:

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.

Na lei anterior, a conduta era tipificada pelo art. 16<sup>65</sup>, que punia com prisão de 06 meses a 2 anos o porte de drogas para consumo próprio.

São submetidos às mesmas penas o semeio, cultivo ou colhimento de plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica (§1º).

Os cinco verbos nucleares do tipo repetem-se no art. 33<sup>66</sup> da Lei, que trata dos crimes de produção não autorizada e do tráfico de drogas. A correspondência

---

<sup>64</sup> BRASIL, Lei nº 11.343/06..

<sup>65</sup> \_\_\_\_\_, Lei 6.368/76 (revogada):

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

entre os verbos acontecia nos arts. 12 e 16 da lei anterior<sup>67</sup>. “O diferencial entre as condutas incriminadas [...] é *exclusivamente* o direcionamento/finalidade do agir (para consumo pessoal), segundo as elementares subjetivas do tipo do art. 28<sup>68</sup>”. O “uso próprio” é segundo elemento subjetivo do tipo; para o enquadramento da conduta no art. 28, imprescindível comprovar a destinação a consumo pessoal. “Em não ficando demonstrando esse especial fim de agir, qualquer outra intenção, independente da destinação comercial, direcionaria a subsunção da conduta ao art. 33, decorrência da generalidade, abstração e universalidade do dolo<sup>69</sup>”. O critério fornecido pela lei para determinação do consumo pessoal, afinal, é bastante subjetivo:

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

A falta de critérios objetivos de diferenciação entre o usuário e o traficante resulta em ampliação do poder de escolha do policial e do judiciário na seleção do enquadramento penal. Há inegáveis méritos na abolição do encarceramento com que, anteriormente, se punia o usuário (de 06 meses a 02 anos, cominada com pagamento de 20 a 50 dias-multa, segundo o art. 16); o art. 28, em seus incisos, pune a conduta com a advertência, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa. Todavia, permanece espécie de zona cinzenta da tipificação, em que pode haver condenação tanto por posse para consumo próprio quanto por tráfico – e, aqui, imperativo registrar o aumento da pena mínima aplicável ao tráfico,

---

<sup>66</sup> BRASIL, Lei nº 11.343/06:

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.

<sup>67</sup> Na lei anterior, a posse para consumo pessoal, prevista no art. 16, penalizava as condutas de “adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”. Os mesmos verbos eram empregados pelo art. 12, que tipificava o tráfico (“importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, art. 12, caput).

<sup>68</sup> CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 202.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 211.

de 03 a 05 anos, bem como dos dias-multa passíveis de condenação, de 50 a 360 a 500 a 1.500. Passados cinco anos da promulgação da lei,

[...] constata-se que o maior reflexo [...] é o aumento da população carcerária. Um estudo feito por Pedro Abramovay, professor de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV), e Carolina Haber, professora de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), mostrou que, de 2007 a 2010, o número de presos por tráfico aumentou 62% – de 65.494 pessoas para 106.491. Em três anos, o tráfico de entorpecentes ultrapassou o crime de roubo qualificado como tipo penal mais comum nas prisões<sup>70</sup>.

A diferenciação entre usuário e traficante é recomendada pelo UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime) no World Drug Report de 2011: “on the demand side, there is growing recognition that we must draw a line between *criminals* (drug traffickers) and their *victims* (drug users), and that treatment for drug use offers a far more effective cure than punishment<sup>71</sup>”. Um dos pressupostos da Política Nacional sobre Drogas (PNAD<sup>72</sup>) é o reconhecimento “de diferenças entre o usuário, a pessoa em uso indevido, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diferenciada – embora não haja determinação, na publicação que compila orientações políticas e mecanismos legais organizada pelo Ministério da Justiça, conceitos para cada um dos tipos citados. É nessa falta de critérios diretos, nos *hard cases* e nas zonas cinzentas que se encontra o perigo de disparidade de tratamento entre as condutas incriminadas. A Revista Época, ainda em comentário ao estudo coordenado por Abramovay e Heber, continua:

O estudo revela que a maior parte dos presos são usuários ou pequenos traficantes que fazem o transporte da droga e, uma vez presos, são rapidamente substituídos por outros. Um estudo de 2009 da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e da Universidade de Brasília (UnB) traçou o perfil de quem é preso acusado por tráfico de drogas nas duas cidades: na maioria são pessoas sem antecedentes criminais, que não portavam armas, estavam sozinhas e com pouca quantidade de droga. “São meros intermediários, e não os comandantes do crime organizado”, diz o juiz Walter Nunes, membro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). “Quando focamos a atuação nos usuários e pequenos traficantes, não estamos combatendo com eficácia esse tipo de crime.”<sup>73</sup>

<sup>70</sup> “Uma lei que pegou demais”. *Revista Época* – Edição 676, 04/2011.

<sup>71</sup> UNODC, *World Drug Report 2011*, p. 9.

<sup>72</sup> BRASIL, Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas no Brasil*, p. 15.

<sup>73</sup> “Uma lei que pegou demais”.

Há, com a margem de interpretação deixada pela lei, tanto a possibilidade de se punir o usuário como se traficante fosse (diante da equivalência das condutas descritas nos arts. 28 e 33 da Lei, discriminando-os unicamente através de critérios subjetivos e indeterminados), quanto da desproporcional punição de “ações substancialmente diversas em relação à lesão do bem jurídico tutelado – v.g., a distinção entre o comércio atacadista e o varejista; o [...] comércio de subsistência; o fornecimento para consumo compartilhado, etc.<sup>74</sup>”.

Neste caso, problemática e solução traçam caminhos paralelos: a mesma interpretação judicial que pode condenar como traficante o usuário é o único mecanismo capaz de evitar discrepantes aplicações da lei. O judiciário deve estar atento, tanto na tipificação do delito quanto na dosimetria da pena, aos princípios regentes do direito penal – de razoabilidade, ofensividade, ponderação e ajuste da pena ao dano.

### **2.1.1. Descriminalização, Despenalização e Legalização: conceitos propostos. A continuidade da criminalização legislativa no sistema legal brasileiro.**

A alteração legislativa do tratamento do porte de drogas para uso próprio não representa nem descriminalização, nem despenalização da conduta. Visando a fundamentar essa afirmação, e a fim de evitar que equívocos na denominação poluam a discussão, impõe-se expor os conceitos de descriminalização, despenalização e legalização adotados.

O relatório de Descriminalização de Drogas em Portugal elaborado por Glenn Greenwald junto ao Cato Institute<sup>75</sup> apresenta compreensível e sucinta definição dos termos:

---

<sup>74</sup> CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 202)

<sup>75</sup> “Founded in 1977, the Cato Institute is a public policy research foundation dedicated to broadening the parameters of policy debate to allow consideration of more options that are consistent with the traditional American principles of limited government, individual liberty, and peace. To that end, the Institute strives to achieve greater involvement of the intelligent, concerned lay public in questions of policy and the proper role of government.  
(...)”

In order to maintain its independence, the Cato Institute accepts no government funding. Contributions are received from foundations, corporations, and individuals, and other revenue is generated from the

In sum, “**decriminalization**” means either that only noncriminal sanctions (such as fines or treatment requirements) are imposed or that no penal sanctions can be. In a “**depenalized**” framework, drug usage remains a criminal offense, but imprisonment is no longer imposed for possession or usage even as other criminal sanctions (e.g., fines, police record, probation) remain available. “**Legalization**” – which no EU state has yet adopted – means that there are no prohibitions of any kind under the law on drug manufacturing, sales, possession, or usage<sup>76</sup>.

Salo de Carvalho (2010) diferencia a descriminalização judicial da descriminalização legislativa (que pode ser (1) em sentido estrito, quando se opera a abolição da lei ou do tipo penal incriminador; e (2) parcial, substitutiva ou setorial, quando se mantém a ilicitude jurídica, mas a sanção penal é substituída por outro ramo do direito). A ocorrência da *abolitio criminis* é bastante rara e normalmente vem precedida da abolição de fato, ou seja, da tolerância ou aceitação do comportamento pela sociedade.

Acerca da natureza jurídica do instituto, há defensores das posições de que a entrada em vigor da lei acarretou *abolitio criminis* (porque a ausência de punição da conduta com pena privativa de liberdade teria lhe retirado por completo o caráter penal, e porque o dispositivo não se refere às suas sanções, nos §1º e §6º, como “penas”, mas como “medidas”), bem como de que houve descriminalização formal (não mais rotulado o fato como crime) e despenalização (porque não admitida a aplicação de pena privativa de liberdade). Ambas socorrem-se, formalmente, da definição de crime como “a infração penal que a lei comina com pena de reclusão ou detenção” contida no art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal<sup>77</sup>. Como bem aponta Damásio de Jesus<sup>78</sup>, tais posições estão defasadas: “afirmar que as leis penais do século XXI devem amoldar-se ao conceito da Lei de Introdução ao Código Penal significa conferir a ela caráter normativo superior, algo do qual ela é desprovida”. A Constituição Federal, afinal, no inciso XLVI do art. 5º define como

---

sale of publications. The institute is a non-profit, tax-exempt, educational foundation under Section 501(c)3 of the Internal Revenue Code.”

<sup>76</sup> GREENWALD, Glenn. *Drug Decriminalization in Portugal*, p. 1.

<sup>77</sup> BRASIL, Decreto-Lei nº 3.914/41:

Art 1º. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

<sup>78</sup> JESUS, Damásio de. *Lei Antidrogas Anotada - Comentários à Lei n. 11.343/2006*, pp. 53-54.

pena não só a privação ou restrição de liberdade, mas também (entre outros<sup>79</sup>), a multa e a prestação social alternativa – punições determinadas pelo art. 28, nos incisos I, II e III, e pelo §6º, incisos I e II.

Diante das conceituações propostas, ademais, – e mesmo da atenta análise semântica das palavras *descriminalização*, *despenalização* e *legalização* –, fica claro que a alteração legislativa no Brasil não se enquadra em nenhum dos modelos explicitados. Não houve, por evidente, **descriminalização**, sequer parcial, da posse de drogas para consumo pessoal, visto que a conduta permanece dentro do espectro do direito penal, criminalizada a conduta do usuário pelo art. 28. Tampouco ocorreu **despenalização**; as medidas previstas nos incisos I, II e III do art. são, afinal, penas (como, aliás, fica expressamente dito nos §3º e §4º do art. 28)<sup>80</sup>. Por fim, desnecessário fundamentar que inócua **legalização**. “Ocorre, portanto, com o ingresso da lei nova no cenário jurídico, explícita *descarceirização* dos delitos relativos ao uso de drogas<sup>81</sup>”.

Por fim, anota-se que o Superior Tribunal Federal, no julgamento de Questão de Ordem no Recurso Especial nº 430.150–RJ, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence, entendeu pela “ocorrência [...] de ‘despenalização’, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade”, mas não de

---

<sup>79</sup> BRASIL, Constituição Federal:

Art. 5º [...]

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

<sup>80</sup> \_\_\_\_\_, Lei nº 11.343/06:

Art. 28.

§3º. As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

<sup>81</sup> CARVALHO, Salo. *Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 110.

descriminalização, eis por que “a L. 11.343/06 não implicou *abolitio criminis*”, e o art. 28 possui “natureza jurídica de crime”<sup>82</sup>.

A decisão da Suprema Corte Argentina declarou inconstitucional o art. 14, §2º, da Ley 23.737/89, que punia com prisão de um mês a dois anos o portador de drogas para uso pessoal. Houve inequivocamente, no país vizinho, a descriminalização da conduta. Todavia, os Ministros explicitaram mais de uma vez a inoportunidade de legalização do consumo, e a Min. Carmen Argibay apontou características do comportamento dos réus que foram determinantes para que não houvesse ofensa à ordem pública nem risco a terceiros (a quantidade de substância apreendida e a não-ostensividade da posse e do uso). “Descriminalizar” o consumo de drogas, resta evidente, não implica “legalizá-lo”; tal processo, ocorrendo judicial ou – com mais razão – legislativamente, vem acompanhado de regulamentação e limitação do exercício da conduta individual.

Ademais, como se verá adiante, muitas das consequências que o discurso criminalizador aponta como perigos da descriminalização não foram observados em países onde esse processo já se opera com tempo suficiente para análise concreta de dados.

### **2.1.2. Descriminalização Judicial: a importância da atuação dos operadores de direito na concretização de direitos fundamentais**

Já foi dito que a descriminalização legislativa em sentido estrito implica remoção de certos atos do rol daqueles repugnados pela sociedade. Também se mencionou que, em geral, previamente à alteração legislativa (por vezes dependente de demorados processamentos), ocorre a aceitação social do comportamento, de modo que a continuidade da punição daquelas condutas não mais socialmente censuradas passa a ser tida como injusta.

Nesse cenário, o intérprete do direito assume papel de enorme relevância, eis por que se transforma em agente capaz de provocar a convergência entre as novas

---

<sup>82</sup> STF. RE-QO 430105/RJ. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma. Julgado em 13/02/2007.

necessidades sociais e a sua realização. Mais: “no plano legislativo estabelece-se a macroanálise da política criminal; no judicial sua concretização microscópica<sup>83</sup>”. Dada a proximidade com o caso penal e conseqüente chance de análise minuciosa, o operador deve assumir posição crítica, atento ao seu dever de “explorar ao máximo as falhas do sistema (incompletudes, ambigüidades e vagueza) para minimizar o impacto das agências de punitividade<sup>84</sup>”.

O Magistrado não pode jamais abandonar postura questionadora e combativa, de modo a não ingressar no vicioso costume de aplicação acrítica da lei infraconstitucional, pressupondo-a conforme ao sistema e aos princípios balizadores do Estado de Direito, meramente verificando a vigência da lei e a subsunção dos fatos da lide aos postulados normativos. A atividade do jurista “consiste em revelar e criticar os desajustes entre o horizonte de valores e direitos prometidos na Constituição e a realidade de um comportamento por parte dos operadores do sistema jurídico, iniciando pelo legislador, que frequentemente dá as costas a esse horizonte”<sup>85</sup>.

Ao seu dispor, conta, principalmente, com o controle difuso, através do qual pode declarar inconstitucional a aplicação da lei no caso concreto, e, não obstante a limitação de efeitos (*inter partes*, em contraposição aos efeitos *erga omnes* do controle concentrado e, por óbvio, das alterações legislativas), tutelar os direitos fundamentais do réu. Além disso, o Magistrado detém a oportunidade de filtragem descriminalizadora através do não-recebimento da denúncia e da não-aplicação de lei penal constitucionalmente conforme em razão de excludente material ou supralegal. A aplicação do princípio da insignificância é frequentemente suscitada pelos defensores, mas ainda encontra certa resistência dos órgãos decisórios- no Rio Grande do Sul, o entendimento da Primeira Câmara Criminal é pacífico<sup>86</sup>,

---

<sup>83</sup> CARVALHO, Salo. *Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 116.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>85</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, p. 22.

<sup>86</sup> Neste sentido, as Apelações-Crime nº 70023585292 (julgada em 11/06/2008), nº 70022600001 (julgada em 27/02/2008), nº 70018568816, (julgada em 07/11/2007), nº 70018782334 (julgada em 12/09/2007), nº 70018134932 (julgada em 04/07/2007).

No TJSP, as Apelações nº 0600301-64.2010.8.26.0577 (3ª Câmara de Direito Criminal, julgada em 30/08/2011) e nº 0024426-79.2010.8.26.0114 (2ª Câmara de Direito Criminal, julgada em 08/08/2011) e o Recurso em Sentido Estrito nº 0088960-64.2009.8.26.0050 (5ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 18/08/2011) rejeitam a tese de aplicação do princípio da insignificância.

considerando típica a conduta qualquer que seja a quantidade apreendida com o réu.

A falta de critérios para identificação do usuário pode atrapalhar e provocar a penalização de usuários enquanto traficante. Ao mesmo tempo, contudo, pode o juiz aproveitar o seu poder interpretativo para atualizar o direito penal e dar a melhor solução ao caso concreto – por vezes ocorre a reclassificação<sup>87</sup> do delito do art. 33 da Lei de Tóxicos para o art. 28. A determinação de quantidades indicativas de quando se passa de “consumo” a “tráfico”, portanto – embora possa causar pânico pela aparente falta de *segurança jurídica*<sup>88</sup> –, é instrumento que o julgador deve utilizar para dar a melhor solução ao caso concreto. “É inexistente, e muito menos desejável, qualquer possibilidade de se estabelecer amarras à interpretação judicial, seja no sentido criminalizador ou descriminalizador, visto ser fundamental assegurar a independência do magistrado em relação à política (criminal)” (Carvalho, 2010, p. 123). A quantificação legislativa não traria a resposta definitiva e satisfatória que lhe é, por vezes, atribuída.

## **2.2. A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.373/06**

### **2.2.1. A interpretação crítica do Direito Penal e seus limites constitucionais**

Antes de se proceder à análise do art. 28 da lei 11.343/06, impõe-se delinear parâmetros de atuação do Judiciário que se consideram essenciais para o enfrentamento da questão dos entorpecentes. A descriminalização é alternativa que só poderá ser discutida se abandonadas posturas antiquadas da doutrina e jurisprudência, se houver disposição de todos os setores sociais ao pensamento fora dos estritos parâmetros legais, harmonizada com a crença de que “o *direito penal* (a

---

<sup>87</sup> Reclassificação operada no TJSP (Apelações nº 0001568-68.2010.8.26.0077, TJSP, 13ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 20/09/2011) e TJRS (Apelações Crime da Terceira Câmara Criminal, nº 70038598702, julgada em 15/09/2011; nº [70039235858](#), julgada em 04/08/2011; nº [70040197618](#), julgada em 28/04/2011).

<sup>88</sup> Diz-se aparente porque “o direito penal não pode ter outra meta que não a de prover a segurança jurídica”, mas essa “não pode consistir na mera satisfação de exigências formais”; a segurança jurídica tem a função de “proteção de bens jurídicos (direitos), como forma de assegurar a coexistência”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 90.

*legislação penal*) não pode ser interpretado como um objeto que se esgota em si mesmo, e sim como um *objeto que se realiza, com caráter pragmático*<sup>89</sup>. Zaffaroni reconhece

a necessidade de uma crítica permanente em confrontação com a realidade e a capacidade do direito penal para realizar os Direitos Humanos. As soluções interpretativas concretas não podem ficar fora do contexto total do sistema e devem buscar fazer do saber penal um instrumento de integração e não de marginalização. Responde à confiança na possibilidade de uma organização social que não seja ideal, mas que faça diminuir os níveis de marginalização mediante uma integração comunitária dos setores marginalizados e da conseqüente diminuição dos níveis de injustiça em suas estruturas de poder. Faz do saber penal um saber comprometido com os direitos humanos e, portanto, um saber não asséptico, mas ideologicamente vinculado ao aumento do espaço social de todos os participantes da sociedade. Para isto se faz necessário reconhecer que o direito penal sempre “aspira”, “tende”, “procura”, mas não realiza magicamente, posto que esta realização deve ser alcançada, mediante a interpretação adequada que, munida do dado real, proponha à jurisprudência soluções concretas e coerentes, com o marco geral dos objetivos do direito penal, sempre tendendo à intervenção mínima e menos racional (menos violenta)<sup>90</sup>.

Romper com o juiz asséptico mencionado por Zaffaroni e Pierangeli (“técnico, neutro, que decide de forma supostamente imparcial e, portanto, reproduz a desigualdade inerente ao direito da sociedade capitalista”) é “primeiro passo no sentido da produção de uma jurisprudência comprometida com os interesses das classes capazes de construir a nova sociedade e com a perspectiva de realização dos direitos humanos<sup>91</sup>”. O modelo de interpretação e aplicação do Direito deve harmonizar-se, assim, com o neoconstitucionalismo, nos termos propostos por Luciano Feldens: denúncia das antinomias do sistema “(coerência e completude apenas aparentes), [...] postura contemplativa diante de problemas complexos (desajustes manifestos entre Direito e justiça)<sup>92</sup>” e uma vinculação moral contingente e limitada entre Direito e moral<sup>93</sup> (que significa, tão-somente, “uma concepção de

---

<sup>89</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 80.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pp. 80-01.

<sup>91</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 111.

<sup>92</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, p. 19.

<sup>93</sup> A relação entre direito e moral aqui defendida não é o projeto moralizador pelo Estado, de censura do que não é adequado às convenções sociais; trata-se, unicamente, de afastamento da “impureza conceitual de uma teoria do Direito que, ao pretender-se pura – livre de qualquer vinculação moral –, permitiu que as maiores atrocidades da História moderna se pudessem dizer revestidas de aparência jurídica” (FELDENS, *ibidem*, p. 19).

moral crítica, uma moral racionalmente construída a partir de um patrimônio comum ocidental, hoje retratado nas Declarações Internacionais de Direitos Humanos<sup>94</sup>.

O Direito Penal deve ser interpretado sempre com observância à reserva constitucional, “muito especialmente, no que respeita às obrigações constitucionais de tutela penal, em conexão com os deveres do Estado de proteção dos direitos fundamentais<sup>95</sup>”. A Constituição dita ordem de valores que vincula a legislação penal, em relação de bens jurídicos que deve ser de “coerência, interação ou efeito recíproco<sup>96</sup>”. Como importante balizador, assim, dos limites da intervenção penal, conta-se com o princípio da ofensividade (“segundo o qual a conduta, para que adquira dignidade penal, deve retratar uma afetação (hipótese de dano ou perigo) a um bem, interesse ou direito alheio (individual ou transindividual)<sup>97</sup>”). Foi a inexistência de lesividade da conduta, conjugada ao direito à privacidade e à autonomia pessoal com suporte fático ampliado, pela Suprema Corte Argentina, que resultou na decisão de inconstitucionalidade do §2º do art. 14 da Ley 23.737/89.

### **2.2.2. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais: a imprescindibilidade de fundamentação às restrições**

A decisão da Suprema Corte Argentina partiu do entendimento de que a perspectiva *pro-homine* deve balizar a interpretação do ordenamento jurídico – Lorenzetti afirmou que declarar o direito à privacidade na amplitude reconhecida implica inversão da carga argumentativa tradicionalmente utilizada em decisões do judiciário e em escolhas do legislativo. Segundo essa perspectiva, deve ser amplamente justificada qualquer restrição à autodeterminação e ao princípio de reserva garantidos pelo art. 19 da Constitución; inverte-se o ônus argumentativo de modo que, ao invés de se provar que o porte de drogas para consumo pessoal está no âmbito de proteção da norma, deve-se pressupô-lo incluído, e somente excluí-lo diante de argumentação constitucional.

---

<sup>94</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, p 22.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 34.

O Superior Tribunal Federal por vezes apresenta<sup>98</sup> “argumentos que se baseiam em uma exclusão *a priori*, de alguma ação, estado ou posição jurídica do âmbito de proteção de alguns direitos<sup>99</sup>”. A redação aberta de normas garantidoras de direitos fundamentais (Art, 5<sup>a</sup>, caput, “todos são iguais perante a lei”; inciso IV, “é livre a manifestação de pensamento”; inciso X, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”) tornam difícil a determinação do que seria protegido pela igualdade, pela liberdade de expressão e pela intimidade. Embora sem referência a uma teoria sobre o suporte fático dos direitos fundamentais, o STF adota modelo restrito, através do qual “ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, em abstrato, subsumidas no âmbito de proteção” do direito fundamental estão, de antemão, excluídas das respectivas esferas normativas; “não há, nesses casos [...], nenhuma colisão entre direitos fundamentais, mas a não-proteção de algumas ações pelas normas que, aparentemente, deveriam protegê-las<sup>100</sup>”.

O mais importante reflexo da adoção de suporte fático restrito aos direitos fundamentais, em que há contornos fixos e definidos de seu conteúdo, está na possibilidade de intervenção do Estado em condutas dos indivíduos através de questões meramente legais, sem que se exija controle de constitucionalidade, uma vez que haveria limites iminentes aos direitos. Virgílio Afonso da Silva aponta que a exclusão, “em alguns casos, [...] parece até mesmo trivial e intuitiva. Mas a intuição não é suficiente<sup>101</sup>”. A consequência de se reconhecer limites iminentes aos direitos fundamentais está na admissão de restrição através de lei ordinária, bastando juízos de conveniência e oportunidade, sem a necessidade de fundamentação constitucional.

---

<sup>98</sup> Dentre os exemplos trazidos por Virgílio Afonso da Silva em artigo publicado na *Revista de Direito do Estado*, estão os votos do Min. Celso de Mello no HC 70.814 (“a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas”) e do Min. Maurício Corrêa no HC 82.424 (“um direito individual não pode servir de salvaguarda de práticas ilícitas, tal como ocorre, por exemplo, com os delitos contra a honra”), que excluem as condutas mencionadas da proteção de direitos fundamentais (sigilo de correspondência; CF, art. 5<sup>o</sup>, XII, e liberdade de expressão; CF, art. 5<sup>o</sup>, IV). A jurisprudência penal, como se verá adiante, claramente “fundamenta” certas decisões a partir de exclusões intuitivas e baseadas em pretensas verdades incontestáveis.

<sup>99</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 32.

<sup>100</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Ibidem*, p. 32-34.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 42.

O art. 19 da Constitución argentina protege da interferência estatal as ações privadas dos homens que não ofendam a ordem e a moral pública nem prejudiquem a terceiro; em dispositivo análogo, a Constituição Federal do Brasil protege a intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X<sup>102</sup>). A ampliação do direito à privacidade reconhecida pela Suprema Corte rejeita a exclusão preliminar de condutas ou situações do âmbito de proteção dos direitos, de modo que só se admitem restrições externas motivadas em virtude de sopesamento em situações concretas e depois do teste de proporcionalidade.

O modelo aqui defendido, por alargar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais ao máximo e considerar toda e qualquer regulamentação como uma potencial – ou real – restrição, ao mesmo tempo em que coloca os termos do problema às claras – *direitos fundamentais são restringíveis* – impõe um ônus argumentativo àquele responsável pela restrição, que não está presente em modelos que escamoteiam essas restrições por meio de definições de limites quase jusnaturalistas aos direitos fundamentais ou que escondem restrições atrás do conceito de regulamentação<sup>103</sup>.

### **2.2.3. O conteúdo essencial do direito à intimidade e à vida pessoal protege o consumo de drogas?**

Para definir se o consumo de drogas para uso pessoal está abarcado pelo direito fundamental à privacidade, portanto, imperioso questionar-se: a conduta está incluída pelo âmbito temático da norma constitucional que protege a vida privada? Diante de eventual resposta positiva, verifica-se se há restrição imposta pelo

---

<sup>102</sup> BRASIL, Constituição Federal:

**TÍTULO II  
Dos Direitos e Garantias Fundamentais**

**CAPÍTULO I  
DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

<sup>103</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 25.

legislador. Existindo interferência estatal, finalmente, analisa-se se há fundamentação para a restrição.

#### **2.2.3.1. O uso de drogas no âmbito temático da privacidade: proteção *prima facie* da norma**

À primeira indagação, a resposta só pode ser afirmativa. A conduta de uso de drogas indubitavelmente se relaciona com o âmbito temático do direito à liberdade, à autonomia e à autodeterminação.

O raciocínio que leva a tal conclusão é bastante singelo, exatamente por se tratar de resposta provisória, sujeita a sopesamento apto a modificar a proteção definitiva. Analogamente ao deve ser protegido *prima facie* pelo direito à liberdade de expressão – toda e qualquer manifestação de pensamento, independente de seu conteúdo –, ao questionamento do que deve ser protegido inicialmente pelo direito à privacidade e à intimidade, a resposta só poderá ser “toda e qualquer atividade privada e íntima”, incluído, aí, o consumo de drogas, inobstante quaisquer outras circunstâncias (a ponderação de dados concretos e eventuais direitos conflituosos é feita posteriormente).

Foi em reconhecimento de incompatibilidade entre a criminalização do consumo e o princípio de reserva que a Corte Argentina declarou a inconstitucionalidade do art. 14, §2º, da Ley 23.737/89. Provocada a jurisprudência pátria, no entanto, a resposta é confusa e lacunosa.

#### **2.2.3.2. A intervenção estatal: criminalização do consumo**

Antes de se comentar a (inexistente) fundamentação constitucional da punição penal à posse e ao consumo de drogas, deseja-se aclarar posicionamento diverso ao entendimento de algumas decisões dos Tribunais a respeito da criminalização do consumo.

Alguns Acórdãos negam violação à privacidade pelo art. 28 da Lei de Tóxicos, sob o argumento de que inexistente criminalização do uso de entorpecentes:

É certo que a Lei não veda, propriamente, o uso de entorpecentes e, por isso, não há se falar em violação ao direito à intimidade, à vida privada, consagrado pelo artigo 5º, inciso X, da Constituição da República, quando o Estado condena e pune alguém como o réu. (Apelação nº 990.08.094594-7, 6ª Câmara de Direito Criminal, Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Ricardo Tucunduva. Julgado em 17/12/2009).

Damásio de Jesus (2010, pp. 67-68) aponta: “há duas orientações: 1ª. O fato é atípico. Assim, p.ex. simplesmente fumar maconha não constitui delito [...] 2ª. O fato constitui o crime do art. 28”. A defesa da primeira se baseia na inexistência dos verbos *fumar* e *injetar-se*, por exemplo, no rol do art. 28; os representantes da segunda, na indissociabilidade do consumo com a posse, de modo que “*fumar* não é crime, no tempo passado do verbo. Mas no presente o é, porque representa a posse para uso próprio” (TJSP, ACrim 13.068, RT, 560:312), e que “concorre o fato de o agente trazer consigo a droga para usar, pouco importando se na mão ou na boca” (TJSP, ACrim 19.605, RT, 583:350).

Este trabalho não se alinha com qualquer uma das duas posições. Obviamente, não há outra opção de entendimento para o fato senão “típico” ou “atípico” – de modo que, ao menos no ponto, concorda-se com a segunda orientação apontada por Damásio. Os fundamentos que levaram a essa conclusão, contudo, são diversos daqueles trazidos pela jurisprudência, que parece buscar justificativas para aumentar o aparato repressivo estatal e forçar a subsunção do comportamento do usuário à regra. O que se defende, afinal, é que o *consumo* é *criminalizado*, *mas não deveria*, tese que vai de encontro com aquele que parece ser o objetivo dos vetustos Desembargadores ao reconhecerem a criminalização da conduta.

Embora efetivamente o “uso” não esteja elencado no rol de verbos do art. 28, são punidos a aquisição, a guarda, o depósito, o transporte e a posse, de modo a demonizar<sup>104</sup> qualquer atividade relacionada – e indissociável – ao consumo.

---

<sup>104</sup> Segundo o pensamento de Vera Regina Pereira de Andrade, no prefácio à 3ª edição de *A Política Criminal de Drogas no Brasil [...]*: “Naquilo que Zaffaroni chama de multiplicação dos verbos, o caráter mágico e fetichista da nossa política criminal de drogas vai demonizando tudo à sua volta. Parece que na questão criminal, como em Lavoisier, nada se perde, tudo se transforma”.

Afirmar, pois, que “não há criminalização do consumo de drogas” é técnica rasa para evitar o sopesamento entre o direito à privacidade e à autodeterminação e as condições fáticas e jurídicas existentes que poderiam justificar sua restrição. Ademais, questiona-se: *se o fato ‘fumar’ é atípico, qual será o tratamento concedido a quem for surpreendido utilizando substâncias entorpecentes?*

Os Tribunais comprovam que o resultado é o processamento penal – e, ainda diante de eventual absolvição, note-se que o processo perdurou até o segundo grau de jurisdição. Mesmo declarada atípica ao final, pois, a conduta, o indivíduo foi submetido ao estigmatizador caráter de *réu*, e teve de enfrentar os dissabores que Fayt bem apontou em seu voto na decisão argentina. A mera existência de decisões dos Tribunais de Justiça estaduais comprovam, assim, a criminalização primária da conduta.

#### **2.2.3.3. A (inexistente) fundamentação constitucional da criminalização**

Como é sabido, a jurisprudência pátria (ainda não provocado o Superior Tribunal em incidente de constitucionalidade centralizado) não tem o mesmo entendimento da Corte Argentina e difusamente rejeita a tese de inconstitucionalidade do art. 28. Provocados acerca da inconformidade do art. 28 da Lei 11.343/06 com o art. 5º, X, da CF, os Tribunais Estaduais reconhecem a coincidência temática entre o uso da droga, o direito à privacidade e a criminalização do uso de entorpecentes; mas considera constitucional a restrição dada através da criminalização.

A restrição vem fundamentada pelo Judiciário de variadas formas. A mais frequente reconhece como bem jurídico tutelado pela norma do art. 28 da Lei 11.343/06 a saúde pública. O voto do Des. Ricardo Tucunduva em Apelação Criminal<sup>105</sup> no Tribunal de Justiça de São Paulo expõe a tendência majoritária do pensamento do Judiciário nacional:

---

<sup>105</sup> TJSP, Apelação Crime nº 990.08.094594-7, 6ª Câmara de Direito Criminal. Relator: Ricardo Tucunduva. Julgado em 17/12/2009.

Em outras palavras, o que a Lei proíbe, em relação aos usuários de drogas ilícitas, são apenas as condutas de afronta à saúde pública<sup>106</sup>, que prejudicam os interesses da coletividade como um todo – no mínimo de igual importância aos de cada pessoa, individualmente considerada –, v.g., a aquisição, a guarda, o transporte, o fato de ter em depósito, ou mesmo o de levar consigo, para consumo pessoal, substâncias tóxicas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Através da transindividualização, legitima-se o discurso punitivo: “a identificação de bens jurídicos sob a chancela do interesse público (v.g. saúde pública) estabelece espécie de (neo)espiritualização do valor ou interesse de tutela<sup>107</sup>”. Essa concepção de “interesses da coletividade” – pode-se dizer, de *bem comum* – mencionada pela jurisprudência pátria, no entanto, precisa de redimensionamento e compreensão a partir de diferentes perspectivas. Já em 1950 Rui Cirne Lima, em ensaio acerca dos princípios do direito administrativo, afirmou<sup>108</sup> que a função do “todo” seria a realização plena de todas as suas unidades; o bem comum, assim, é mais que a simples multiplicação aritmética do bem individual; a sociedade é um meio para que o homem realize o próprio fim. Também Norberto Bobbio reconhece que “para compreender a sociedade é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos<sup>109</sup>”.

Nesse sentido, o voto da Suprema Corte Argentina propôs que os interesses da sociedade passam pelas “condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”, e rejeita a invocação de “el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado [...] o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”, além de afirmar que, embora a observância à “ordem pública” possa, por vezes, justificar limitações ao exercício de direitos fundamentais, a restrição deve limitar-se “a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego<sup>110</sup>”. O Ministro Ricardo Luiz Lorenzetti<sup>111</sup> alerta que “partir de la afirmación

---

<sup>106</sup> Já foi reproduzido neste trabalho o trecho em que o Desembargador afirma que não há vedação do uso de entorpecentes.

<sup>107</sup> CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (...)*, p. 268.

<sup>108</sup> LIMA, Rui Cirne. *Direito Administrativo e Direito Privado*. Revista de Direito Administrativo nº 26, 1951.

<sup>109</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, p. 4

<sup>110</sup> ARGENTINA, Suprema Corte. “*Arriola y otros*”, pp. 21-22

de valores públicos para limitar la libertad conduce a soluciones cuyos límites son borrosos y pueden poner en riesgo la libertad personal”.

O que acontece, todavia, é que “no cálculo entre custos e benefícios, o sacrifício de determinados direitos e garantias fundamentais aparenta ser preço razoável a ser pago pela retomada de segurança”, ainda mais “se estes direitos e garantias a suprimir integrarem o patrimônio jurídico de alguém considerado como inimigo, de outrem considerado como obstáculo ou ameaça que deve ser reputado como ninguém, como não-ser<sup>112</sup>”. Diz Zaffaroni que “a negação jurídica de pessoa ao *inimigo* é uma característica do tratamento penal diferenciado que lhe é dado, porém não é a sua essência, ou seja, [...] nada nos diz a respeito da individualização em si mesma<sup>113</sup>”. O conceito de inimigo, assim, originado no Direito Romano e resgatado por Carl Schmitt, “não é qualquer sujeito infrator, mas sim o outro, o estrangeiro<sup>114</sup>”:

O estrangeiro (*hostis alienígena*) é o núcleo troncal que abarcará todos os que *incomodam o poder*, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como *estranhos*, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeitos por serem potencialmente perigosos. Não se compreende o estrangeiro porque é impossível comunicar-se com ele, visto que fala uma língua inteligível: não há comunicação possível com o *hostis*. Para os romanos, todos os estrangeiros eram *barbari*<sup>115</sup>.

Tem-se, assim, contraposição entre a *saúde pública* e direito pessoal, entre o *bem comum* e a tutela de indivíduos vistos como estranhos, insubordinados, indisciplinados, *que incomodam o poder* e que, afinal, não se deseja proteger. A intangibilidade do bem jurídico legitimam o discurso, e as assertivas abstratas e genéricas utilizadas pela jurisprudência tornam difícil a sua provação. Por vezes, sequer se especifica *como*, afinal, a conduta do portador de drogas para consumo pessoal ameaçaria o bem-estar da sociedade ou a saúde pública; limita-se, apenas, a afastar a ocorrência de punição de autolesão e de interferência na esfera de autonomia e privacidade porque haveria ameaça à coletividade, como se vê na

---

<sup>111</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. “*Arriola y otros*”, Considerando nº 12, pp. 35-36.

<sup>112</sup> CARVALHO, Salo. *Política Criminal de Drogas no Brasil*, pp. 78-79.

<sup>113</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*, p. 21.

<sup>114</sup> ZAFFARONI, *ibidem*.

<sup>115</sup> ZAFFARONI, *ibidem*, pp. 22-23.

Apelação Crime nº 70041846098<sup>116</sup> (“o bem jurídico tutelado pela Lei de Drogas é a saúde pública e, assim, o simples fato de portar a substância entorpecente, mesmo que para consumo pessoal, acaba por produzir lesão ao objeto da tutela penal”), e no Habeas Corpus nº 70027495399<sup>117</sup> (“presente o entendimento de que o bem jurídico protegido pela norma penal tem característica de “difuso” e que a realização da conduta determina dano efetivo ao bem jurídico e não apenas potencial”).

Esses são exemplos em que a falha argumentativa dos Desembargadores é latente. Não especificam como a conduta do portador e do usuário de drogas representariam ameaça à saúde pública e excluem “trivial e intuitivamente” da proteção do direito à privacidade consumo e o porte pessoal de entorpecentes. A simples subsunção da conduta à previsão da lei de drogas (“portar”, “adquirir”, “ter em depósito” etc.) caracteriza, na lógica das decisões, lesão à saúde pública (que é, “ademais, presumido por lei<sup>118</sup>”). Concretiza-se a consequência da adoção de suporte fático restrito das normas fundamentais: basta a correspondência do fato com a previsão legal, desnecessário o exame constitucional da intervenção. A aplicação mecanicista e a centralização da análise na lei ordinária resultam em confusão entre as noções de “vigência e validade, obstruindo a efetividade das normas e dos princípios constitucionais<sup>119</sup>”.

Nem sempre as assertivas jurisprudenciais são tão falhas. Não raras vezes, aponta-se como perigo à sociedade o papel de incentivador ao tráfico representado pelo consumidor e possuidor de entorpecentes. Dentro dessa técnica argumentativa, haveria lesividade no uso de drogas “já que o consumo [...] não se limita à esfera da liberdade individual do usuário, mas afeta a sua família e a sociedade em geral e fomenta o tráfico de substâncias entorpecentes<sup>120</sup>”. Ressalta-se, aqui, que a criminalização impõe clandestinidade à distribuição e ao consumo que somente a descriminalização, acompanhada como viria de regulamentação – propostos critérios dentro dos quais o consumo não representaria perigo de lesão a terceiros

---

<sup>116</sup> TJRS, Apelação Crime nº 70041846098, Primeira Câmara Criminal, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 15/06/2011.

<sup>117</sup> \_\_\_\_\_, Habeas Corpus nº 70027495399, Terceira Câmara Criminal, Relator: Vladimir Giacomuzzi, Julgado em 27/11/2008.

<sup>118</sup> TJSP, Apelação Crime nº 0064324-97.2010.8.26.0050, 5ª Câmara de Direito Criminal, Relator: Luís Carlos de Souza Lourenço. Julgado em 27/10/2011.

<sup>119</sup> CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil* (...), p. 111.

<sup>120</sup> TJRS, Apelação Crime nº 70030582167, Terceira Câmara Criminal, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 12/11/2009.

nem à moral pública, como sugeriu, no julgado “*Arriola y otros*”, a Min. Carmen Argibay – seria capaz de resolver.

Certo é que “a definição do que é essencial e, portanto, a ser protegido, depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto<sup>121</sup>”. O aumento da extensão do âmbito de proteção de direitos fundamentais provoca inevitáveis colisões, e o sopesamento ou a aplicação da regra da proporcionalidade são imprescindíveis para a definição do que realmente integra o conteúdo essencial das normas fundamentais – sobretudo quando se trata das liberdades públicas. “A definição do conteúdo definitivo do direito é, portanto, definida a partir de fora, a partir das condições fáticas e jurídicas existentes<sup>122</sup>”.

Assim, se – e apenas se – o consumo de drogas representasse, efetivamente, ameaça à saúde pública, haveria razão na criminalização da conduta. Não há, todavia, como sustentar essa tese. Na construção de Maria Lúcia Karam<sup>123</sup>:

Os crimes contra a saúde pública, como todos os crimes contra a incolumidade pública, tradicionalmente são caracterizados pela natureza jurídica do bem jurídico tutelado, o que significa que, ainda que bens ou interesses particulares possam ser diretamente atingidos pelas condutas delituosas, o que a lei protege, em essência, é o interesse geral da comunidade, em face do perigo indiscriminado que aquelas condutas encerram.

[...]

Dentro dessa visão, as infrações contra a saúde pública caracterizam-se por fatos que encerram uma possibilidade de expansão do perigo, capazes, desta forma, de atingir a um número indeterminado de pessoas, ou a pessoas indeterminadas, enquanto parte da coletividade.

Ora, é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansividade do perigo.

Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para si próprio é o oposto de ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora

---

<sup>121</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p 42.

<sup>122</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *Ibidem*, p. 40.

<sup>123</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, pp. 124-126.

de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição de posse de drogas para uso pessoal.

Considerando-se, portanto, como o fazem nossa legislação bem como seus intérpretes e aplicadores, que o bem jurídico tutelado nas infrações penais relativas a drogas é a saúde pública, é forçoso reconhecer a atipicidade das condutas previstas no art. 16 da Lei 6.368/76 [*que regulava o porte de drogas para consumo pessoal na antiga lei de Tóxicos*], pois, onde não há ofensa ao bem jurídico tutelado, não pode haver fato típico.

Compartilha do mesmo entendimento o Des. Amilton Bueno de Carvalho, que, em Acórdão<sup>124</sup> proferido no ano de 2003 – antes mesmo, pois, da *descarceirização* provocada pela alteração da lei de tóxicos –, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 6.368/76, à época vigente: “o uso de substância entorpecente e o porte para tal fim não justificam intervenção penal eis não há em tais condutas lesão a qualquer bem jurídico de terceiro!”. As assertivas do Desembargador coincidem com aquelas dos Ministros da Suprema Corte Argentina, afastando da ameaça aos interesses públicos e ao *bem comum* o consumo, conduta pertinente à autodeterminação do indivíduo: “em hipótese alguma poder-se-á entender ou pretender que a auto-lesão imponha qualquer **perigo** de dano à coletividade, alíás dano pessoal e coletivo são valores jurídicos que percorrem caminhos distanciados!”. Maria Lúcia já havia dito: “é inquestionável que a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal constitui unicamente perigo de autolesão. E [...] a impossibilidade de incriminação de uma conduta, que constitui unicamente perigo de autolesão, já se revela em termos de senso comum<sup>125</sup>”.

A inclusão do consumo pessoal de drogas no âmbito temático do direito à privacidade, sobre o qual se discorreu no ponto 2.2.3.1, não implica seu reconhecimento definitivo no conteúdo do direito fundamental consubstanciado no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Apenas evidencia que a intervenção estatal nesse exercício deve vir acompanhada de suficiente fundamentação constitucional (“é perfeitamente possível que haja, ao mesmo tempo, uma intervenção estatal em um direito fundamental e uma fundamentação para essa intervenção<sup>126</sup>”). A análise dos argumentos aos quais o judiciário se socorre, no entanto, demonstraram a

---

<sup>124</sup> TJRS, Apelação Crime nº 70004802740, Quinta Câmara Criminal, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 07/05/2003

<sup>125</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 127.

<sup>126</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 35.

inexistência de suficiente fundamentação. Não basta que se presuma existir razões para o cerceamento, e menos ainda intuitivamente excluir a conduta do âmbito de proteção da norma. Dado o fracasso de demonstração de dano efetivo (e mesmo potencial) causado pelo uso e pela posse de drogas para uso pessoal, a inconstitucionalidade da punição estatal é latente, como bem explica o Des. Amilton de Carvalho:

A proteção à saúde pública – aclamada no artigo 16 da referida lei – é vaga, imprecisa e conduz a intervenção punitiva a processos estigmatizantes de interferência moralizante. Nega, deste modo, eficácia aos princípios basilares do Processo Penal no Estado Democrático de Direito (legalidade, lesividade, humanidade...) em práticas de modelos estatais tipicamente policiaiscos.

[...]

Certo é que o direito a saúde é também valor vital tutelado constitucionalmente e aqui não se pretende negá-lo, mas – além do debate acerca da impossibilidade de incriminação da autolesão e da temeridade dos tipos abstratos – nos casos do artigo 16 da Lei de Tóxicos, nota-se, outrossim, flagrante incongruência e incomunicabilidade entre a atitude punida, perseguida (porte para uso pessoal) e o bem jurídico que se diz tutelar (saúde pública: abstrato e indeterminado). A atitude isolada do sujeito contra si próprio não causa qualquer dano ou perigo de dano à sociedade: **a conduta tipificada não afeta o bem jurídico tutelado!**

Evidencia-se, desse modo, a falha de (grande) parte do Judiciário nacional no exercício da interpretação crítica do direito, voltado à tutela dos direitos fundamentais, e de inobservância à imprescindibilidade de motivação da sentença, “instrumento de diálogo do julgador com o réu, a defesa, a acusação e, em termos mais amplos, com a própria sociedade<sup>127</sup>”. Dentre todas as interpretações possíveis de uma norma, deve-se preferir aquela menos restritiva aos direitos fundamentais, e toda restrição ou regulamentação deve resultar não de limites imanescentes, mas do sopesamento de interesses no caso concreto. Essa exigência de fundamentação impede o esvaziamento das decisões e sua legitimação através de discursos vagos, imunes à comprovação empírica. O princípio *pro-homine*, exaltado na decisão da Suprema Corte Argentina, é, nas palavras de Virgílio Afonso,

uma tentativa de criar condições de diálogo intersubjetivo e de controle social da atividade do legislativo e do judiciário, a partir de um modelo que impõe, *a todo tempo*, exigências de fundamentação. O relativismo, portanto, está aqui claramente em conexão com as exigências de um Estado Democrático de Direito, que não aceita a

---

<sup>127</sup> CARVALHO, Salo. *Política Criminal de Drogas no Brasil*, pp. 125-126.

restrição ao seus direitos mais fundamentais de forma acobertada, por meio do recurso a intuições, muitas vezes moralistas, e a pré-compreensões mal-esclarecidas<sup>128</sup>.

Ressalta-se que, apesar de falhar na demonstração denexo causal entre a proteção da saúde pública através da persecução do porte para consumo próprio, não é somente aí que a inconstitucionalidade da criminalização se verifica. A proporcionalidade – traduzida para o direito penal através do princípio da ofensividade<sup>129</sup> – é meio eficaz para determinar a constitucionalidade da restrição à conduta: “a extensão do âmbito de proteção tem como consequência natural um aumento das colisões entre direitos fundamentais. Esse aumento [...] só pode ser resolvido via sopesamento ou via aplicação da regra da proporcionalidade<sup>130</sup>”.

Assim, a aplicação da proporcionalidade nos exames a ela inerentes – adequação (“o meio deve levar à realização do fim<sup>131</sup>”), necessidade (“verificação de meios alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados<sup>132</sup>”) e proporcionalidade em sentido estrito (que “restringe a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais<sup>133</sup>”) –, adequa-se, no direito penal, da forma apontada por Luciano Feldens<sup>134</sup>:

Vejamos: (a) se a conduta do agente retrata uma ação eminentemente interna (comportamental) e, como tal, socialmente irrelevante (por não revelar qualquer ameaça a um bem jurídico de terceiro), o Direito Penal não será, desde logo, um meio *adequado* a coibi-la, muito embora possa revelar-se, para alguns, censurável moralmente (juízo de adequação negativo); (b) supondo-se, outrossim, que o modelo de conduta incriminada ostente alguma relevância social, requerendo, sob a ótica da percepção geral, uma certa intervenção do poder público, o Direito Penal não será um meio *necessário* a fazer-lhe frente se a potencial lesão a um determinado

---

<sup>128</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 49.

<sup>129</sup> “Em nosso modo de ver, o princípio da ofensividade não é outra coisa senão a transposição, para a linguagem dogmático-penal, do princípio da proporcionalidade, enquanto dever de proscrição de ingerências indevidas, desnecessárias ou concretamente ofensivas ao âmbito de direitos fundamentais, análise que se realiza a partir do modelo de conduta proibida ou, em concreto, da ação realizada em plano fático”. FELDES, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, p. 35.

<sup>130</sup> SILVA, Virgílio Afonso. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, p. 46.

<sup>131</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 116.

<sup>132</sup> ÁVILA, Humberto. *Ibidem*, p. 122.

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*, pp. 35-36.

bem jurídico pode ser coibida com outras medidas pré-dispostas pelo ordenamento para alcançar o mesmo fim (juízo de necessidade negativo); (c) por último, ainda se poderia verificar uma situação em que a conduta incriminada revele, em concreto, uma ofensa tão insignificante ao bem jurídico protegido a ponto de indicar que a incidência do Direito Penal, também em concreto, se mostre como desproporcional, considerada a pena prevista para a infração (juízo de proporcionalidade em sentido estrito negativo).

A criminalização da posse e do consumo pessoais não passa por nenhum dos testes propostos. Embora moralmente censurável para alguns, a conduta é interna e não há lesão material a bens jurídicos de terceiros; ainda que algumas formas de exercício do direito ostentem relevância social (por potencialmente incentivar o consumo ou o porque a aquisição pode implicar fomento ao tráfico, por exemplo), a coibição desses resultados potenciais pode ser regulado através de outro ramo do aparato estatal (como o direito administrativo e seu poder de polícia); por fim, a estigmatização e o trauma que incidem no âmbito do processo penal<sup>135</sup> representam desproporcionais *stricto sensu*, diante da (in)significância da conduta incriminada.

Não há, dessa forma, como negar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.373/06. Resta, pois, analisar a alternativa que muitos gostariam de ignorar: a descriminalização.

---

<sup>135</sup> Menos agora, extinto o encarceramento do usuário, mas ainda presentes todos os contratempos mencionados por Fayt, e ainda possível a confusão entre o usuário e o pequeno traficante.

### 3. A GUERRA CONTRA AS DROGAS E A DESCRIMINALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA

#### 3.1. A criminalização como processo bélico

O porte de drogas para consumo pessoal foi criminalizado na Argentina em 1973, com a promulgação da Ley 20.771. A motivação da proibição legislativa centrava-se na necessidade de aumento da punição penal para combater o tráfico de drogas. A posse em quantidades correspondentes ao consumo pessoal, antes jurisprudencialmente compreendida como incluída no âmbito da esfera de liberdade pessoal<sup>136</sup>, passou a ser perseguida porque a proteção ao porte para uso próprio estaria sendo subvertida e utilizada pelo tráfico como forma de evitar a punição penal. O proibicionismo argentino alinhou-se com as mudanças que, nas décadas de 70 e 80, alastraram-se pelas Américas.

O combate às drogas, por volta da década de 80, transformou-se em “eixo central da política [norte-]americana no continente<sup>137</sup>”. O Governo Reagan exalta o intuito de erradicação das drogas e o endurecimento da resposta estatal à questão: “our military assets can be used for greater command and control functions in surveillance and drug detection<sup>138</sup>”. Os Estados Unidos objetivavam difundir as mensagens “that there is no safe use of illegal drugs; that illegal drug use is simply unacceptable anywhere in America; and that we will pursue the fight against illegal drugs<sup>139</sup>”; o cenário internacional somente é mencionado quando Reagan fala na necessidade de redução de produção, fornecimento e contrabando. Os EUA, então,

passam a difundir termos como “narcoguerrilha” e “narcoterrorismo”, numa clara simbiose dos seus “inimigos externos”. As drogas passam a ser o eixo das políticas de segurança nacional nos países atrelados a Washington, ao mesmo tempo em que o capital financeiro e a nova divisão internacional do trabalho os obriga a serem os produtores da valiosa mercadoria. Os países andinos se transformam em campo de batalha e nossas cidades se transformam

---

<sup>136</sup> A exposição de motivos da Ley nº 17.567/68 vinculava a tenência de doses compatíveis com o uso pessoal à autonomia privada.

<sup>137</sup> BATISTA, Vera Malaguti. *O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel*.

<sup>138</sup> REAGAN, Ronald. *Remarks at the United States Coast Guard Academy Commencement Ceremony*. 1988.

<sup>139</sup> REAGAN, Ronald. *Proclamation 5883 -- Drug-Free America Week, 1988*. 1988.

em mercados brutalizados para o varejo residual das drogas ilícitas<sup>140</sup>.

A disseminação do pânico e a generalização da insegurança levam à expansão do poder punitivo; “a invocação de emergências justificadoras de Estados de exceção<sup>141</sup>” resulta em leis sancionadas a pretexto de situações de emergência. Ocorre, porém, que mesmo “se nos limitarmos à etapa posterior à Segunda Guerra Mundial, constataremos que há mais de três décadas essas leis vêm sendo sancionadas na Europa – tornando-se ordinárias e convertendo-se em exceção *perpétua*<sup>142</sup>”. A militarização, afinal, é apontada como a única resposta adequada ao urgente resgate dos jovens filhos da *sociedade de bem*. Zaffaroni anota:

Assinalou-se que as características deste avanço contra o tratamento tradicional do direito penal liberal ou de garantias consistiram na antecipação das barreiras de punição (até os atos preparatórios), na desproporção das consequências jurídicas (penas como medidas de contenção sem proporção com a lesão realmente inferida), na marcada debilitação das garantias processuais e na identificação dos destinatários mediante um forte movimento para o direito penal *de autor*<sup>143</sup>.

As agências de controle passam a expansão ilimitada, justificada pela necessidade de eliminação das drogas da realidade social. A violência estatal, amparada pelo clamor de segurança, militariza o combate à criminalidade. O usuário, rotulado como fomentador do tráfico, passa a ser igualmente perseguido. Sustentou-se que a criminalização “del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido<sup>144</sup>”. Reagan deixou claro que não admitiria tratamento diferenciado entre os diversos tipos de substância classificados como drogas: “in the crusade for a drug free America, the next step is to enforce a policy of zero tolerance of illegal drug use. So, when we say no to drugs, it'll be clear that we mean absolutely none, no exceptions<sup>145</sup>”. É essa argumentação falha que Maria Lúcia Karam aponta como prejudicial à discussão racional da questão drogas:

---

<sup>140</sup> BATISTA. Vera Malaguti.

<sup>141</sup> Zaffaroni E. R., 2007, p. 13)

<sup>142</sup> (Zaffaroni E. R., 2007, p. 13)

<sup>143</sup> (Zaffaroni E. R., 2007, p. 14)

<sup>144</sup> Julgado A:891:XLIV, 2007, p. 14.

<sup>145</sup> REAGAN, Ronald. **Remarks at the United States [...]**

O encobrimento das razões históricas, econômicas e políticas determinantes da distinção entre drogas lícitas e ilícitas, distinção que pouco ou nada tem a ver com a maior ou menor potencialidade de dano de umas e de outras e que envolve as drogas qualificadas de ilícitas numa capa de mistério e fantasia; o superdimensionamento do problema, tratado sob uma ótica definida nos países centrais, quando existem, nos países periféricos, problemas muito mais sérios em matéria de saúde pública; a utilização de fatores como o desenvolvimento de grandes organizações criminosas e a violência por elas gerada, que são apresentados como consequências da disseminação das drogas; tudo isso acaba por criar um clima de pânico, de alarme social, seguido pela demanda de mais repressão, de maior ação policial, de penas mais rigorosas, como costuma acontecer em situações que comovem e assustam o conjunto da sociedade.

A intervenção do sistema penal aparece como a primeira alternativa, como a forma mais palpável de segurança, como a forma de fazer crer que o problema estará sendo solucionado<sup>146</sup>.

A guerra às drogas, todavia, fracassou – e é essencial admiti-lo para que se possam analisar alternativas às questões prejudiciais que o abuso de entorpecentes pode causar. “Trabalhando memória e reminiscência, Joel Birman afirma que só o reconhecimento do fracasso leva à assunção desejante no presente e a uma história dirigida ao futuro<sup>147</sup>”. Já no distante ano de 1972, em artigo publicado na *Newsweek*, Milton Friedman<sup>148</sup> declarou: “We cannot end the drug traffic<sup>149</sup>”. A perspectiva de extinção do tráfico (e da eliminação do consumo) não mudou desde então, e o desastre da guerra “es hoy prácticamente sabiduría convencional<sup>150</sup>”. Foram gastos bilhões de dólares, encarcerados milhões de indivíduos, apreendidas toneladas de drogas ilícitas e erradicadas, direta ou indiretamente, centenas de milhares de hectares de plantações, tanto na América Latina quanto nas suas fronteiras; todavia,

persiste un grave abuso de drogas y otros problemas relacionados con ellas —muertes por sobredosis, nuevas infecciones de VIH y hepatitis, sin mencionar los daños sociales y de salud asociados con la guerra antidrogas—, a niveles mucho más elevados que aquellos que se observan en otros países industrializados.<sup>151</sup>

Reitera-se: a resposta militar, de intenções extintivas, não solucionou a questão. Como leciona Zaffaroni, “a história ensina que os conflitos que não

<sup>146</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, pp. 21-22.

<sup>147</sup> BATISTA. Vera Malaguti. *O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel*.

<sup>148</sup> Economista norte-americano, vencedor do Prêmio Nobel de Economia de 1976.

<sup>149</sup> FRIEDMAN, Milton. *Prohibition and Drugs*.

<sup>150</sup> NADELMAN, Ethan A. *Los Daños de la Prohibición de las Drogas en las Américas*, p. 231.

<sup>151</sup> NADELMAN. *Ibidem*, p. 232.

terminaram em genocídio se solucionaram pela *negociação*, que pertence ao campo da *política*<sup>152</sup>. Precisa-se, então, estudar a convivência como alternativa à eliminação do problema, e abandonar “as decisões estruturais [...] [que] se limitam ao mero exercício do poder de designar o inimigo para destruí-lo ou reduzi-lo à impotência total<sup>153</sup>”. Ainda não se consegue, contudo, promover debate pacífico, racional e pragmático acerca de alternativas à criminalização. É preciso livrar o campo de confusões e conceitos enraizados pelo discurso criminalizador. Reagan já havia explicitado: “you see, at the root of the drug crisis is a crisis of values and a spiritual hunger<sup>154</sup>”. E, continua:

I believe that as a society we're still paying for the permissiveness of the 1960's and 1970's (...). There were numerous calls for repealing our prohibitions on drugs. And those who favored tougher drug laws, or even just keeping the ones we had, were labeled conservative, moralistic, reactionary, and old-fashioned -- and that was back before those words were meant as compliments<sup>155</sup>.

As risadas do Presidente e do público, transcritas no discurso, demonstram sua concordância e seu orgulho com os rótulos de conservadores, moralizadores e reacionários que lhe foram conferidos. Aqui se repete o questionamento feito por Milton Friedman: “on ethical grounds, do we have the right to use the machinery of government to prevent an individual from becoming an alcoholic or a drug addict<sup>156</sup>?” A resposta de Reagan seria, indubitavelmente, “sim”. O economista norte-americano, contudo, afirma:

For children, almost everyone would answer at least a qualified yes. But for responsible adults, I, for one, Would answer no. Reason with the potential addict, yes. Tell him the consequences, yes. Pray for and with him, yes. But I believe that we have no right to use force, directly or indirectly, to prevent a fellow man from committing suicide, let alone from drinking alcohol or taking drugs.<sup>157</sup>

---

<sup>152</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O Inimigo no Direito Penal*, p. 17.

<sup>153</sup> Idem.

<sup>154</sup> REAGAN, Ronald. *Remarks at the United States [...]*

<sup>155</sup> REAGAN. Ibidem.

<sup>156</sup> FRIEDMAN, Milton. *Prohibition and Drugs*.

<sup>157</sup> FRIEDMAN. Ibidem.

### 3.2. A criminalização como processo moralizador

A Suprema Corte Argentina fundamentou a decisão descriminalizatória em amplo reconhecimento do âmbito de autonomia pessoal, que proteja a atuação de todo homem capaz que não represente prejuízos a terceiros. Essa atuação implica espaço livre de intervenção estatal em que é soberano para tomar decisões que conduzam a sua vida – Lorenzetti explicitamente apontou que, como consequência do princípio de reserva e do direito à privacidade, o Estado não pode estabelecer uma moral (e que a interferência nesse sentido o converteria em verdadeira divindade<sup>158</sup>); deve, pelo contrário, garantir espaço de liberdade para que todos os seus cidadãos exercitem e desenvolvam a sua própria moral. Dentro desse espaço, cabe desde já apontar, deve-se admitir diferenciação entre o usuário (cujo uso de droga não representa problema social ou pessoal de qualquer espécie, que se pode dizer *recreacional* ou, na denominação comumente utilizada para o álcool, que consome drogas *socialmente*) e o viciado, dependente psíquica ou fisicamente da substância, e, este sim, que reclama tratamento médico.

O projeto proibicionista “apresenta o uso das drogas ilícitas como um vício condenável, degradante<sup>159</sup>” – o United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), no Annual Drug Report de 2011, afirma, categoricamente: “drug use must not be accepted as a way of life<sup>160</sup>”. A distinção injustificada entre drogas lícitas e ilícitas evidencia a visão moralista do discurso criminalizador. A Organização Mundial da Saúde (OMS) define<sup>161</sup> “droga” como termo de uso variado: na medicina, se refere a qualquer substância com potencial de prevenir ou curar doenças ou estimular o bem-estar físico ou mental; na farmacologia, a qualquer agente químico que altere os processos bioquímicos ou fisiológicos dos tecidos em organismos. O glossário desenvolvido pela OMS aponta também que, além da definição farmacopeia, o termo “droga” frequentemente se relaciona às **drogas psicoativas**<sup>162</sup>, essas entendidas como

---

<sup>158</sup> ARGENTINA. Suprema Corte. “Arriola y otros”, p. 56.

<sup>159</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 28.

<sup>160</sup> UNODC. *World Drug Report 2011*, p. 9.

<sup>161</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Lexicon of alcohol and drug terms*, p. 34.

<sup>162</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Management of substance abuse - Psychoactive substances*.

[...] substances that, when taken in or administered into one's system, affect mental processes, e.g. cognition or affect. This term and its equivalent, psychotropic drug, are the most neutral and descriptive term for the whole class of substances, licit and illicit, of interest to drug policy. 'Psychoactive' does not necessarily imply dependence-producing, and in common parlance, the term is often left unstated, as in 'drug use' or 'substance abuse'.

Apesar de mencionar (timidamente), no léxico disponibilizado em seu site, que a definição proposta abarca também substâncias tidas como lícitas<sup>163</sup>, a OMS, ao tratar da dependência, separa as drogas psicoativas do álcool e do tabaco<sup>164</sup>, escolha que demonstra a discriminação entre as substâncias lícitas e ilícitas, sem que haja, no entanto, justificativa para a diferenciação. A dependência<sup>165</sup> é definida como psíquica (falta de controle pessoal sobre o uso) ou física (relacionada a estados fisiológicos como a síndrome de abstinência – ocorrência de sintomas dolorosos decorrentes da interrupção da ingestão regular da substância –, e a tolerância).

Dentro desses conceitos, não há como excluir o álcool, medicamentos (barbitúricos e outros tranquilizantes, ansiolíticos, anfetaminas e produtos afins, como moderadores de apetite), o tabaco, ou até mesmo o café, o chá [...] da definição de drogas, sendo de se considerar que muitas dessas substâncias, livremente comercializadas, produzem inclusive dependência física [...], enquanto drogas qualificadas como ilícitas não têm tal capacidade (como é o caso da cocaína, do LSD e outros alucinógenos)<sup>166</sup>.

“Não é possível vislumbrar-se quais critérios adotados para que certa droga seja considerada legal ou ilegal<sup>167</sup>.” O grau de lesividade das substâncias não pode ser invocado, diante da ausência de discriminação entre os efeitos das diversas drogas, e especialmente diante da legalidade do tabaco e do álcool, cujo uso imoderado pode causar diversos prejuízos à saúde – por vezes mais significativos do que o uso de algumas das substâncias proibidas. Segundo o Relatório Brasileiro

---

<sup>163</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Lexicon of alcohol and drug terms*, p. 34: “Professional formulations (e.g. ‘alcohol and other drugs’) often seek to make the point that caffeine, tobacco, alcohol, and other substances in common non-medical use are also drugs in the sense of being taken at least in part of their psychoactive effects”.

<sup>164</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Management of substance abuse - Dependence Syndrome*: “A central descriptive characteristic of the dependence syndrome is the desire (often strong, sometimes overpowering) to take the psychoactive drugs (which may or not have been medically prescribed), alcohol, or tobacco”.

<sup>165</sup> Idem.

<sup>166</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 27.

<sup>167</sup> WEIGERT, Mariana de Assis Brasil, *Consumo de droga e política criminal: adição e contradição na sociedade contemporânea*, p. 712.

sobre Drogas<sup>168</sup>, a dependência do álcool atinge 12% da população brasileira (e a porcentagem chega a 27,4%, quando considerados apenas homens entre 18 e 24 anos); como problemas causados pela bebida imoderada, são citados os acidentes de trânsito, o envolvimento em brigas, o vandalismo, a prática de sexo sem proteção, o aumento dos riscos de dependência e o agravamento de doenças. Dentre a população adulta, 45% afirmaram ter tido alguma espécie de problema (social, físico, profissional, familiar, legal ou envolvendo violência) devido ao consumo de álcool; a conclusão da Secretaria “é que o consumo de álcool é muito mais associado com problemas do que se poderia pensar<sup>169</sup>”.

Se não há fundamento no potencial lesivo para definição do caráter de uma substância entre legal ou proibida, essa só pode ocorrer por escolha arbitrária. O critério de proibição é, indubitavelmente, moral – a distinção entre drogas lícitas e ilícitas é artificial<sup>170</sup>. “O mesmo pai que se aterroriza com a descoberta de um cigarro de maconha entre os pertences do filho é capaz de tomar várias doses de uísque na frente do mesmo<sup>171</sup>”; assim como “não é considerado problema o fato de após exaustivo dia de trabalho alguém desejar alterar seu estado de consciência ingerindo bebida alcoólica<sup>172</sup>”, mesmo publicamente, embora haja proibição “(moral e jurídica) de fumar um único cigarro de maconha ou de cheirar uma carreira de cocaína, seja na privacidade de sua residência ou em um ambiente público<sup>173</sup>”.

Vislumbra-se mais do que a inexistência de lesão à saúde pública (que pretensamente justifica a proibição) com a criminalização da posse para uso pessoal e do consumo: há nítida intervenção estatal que intenta definir o projeto de vida e a existência do indivíduo, para neutralizá-lo e normalizá-lo. A pena de advertência prevista no inciso II do art. 28 demonstra a reprovação das escolhas pessoais feitas pelo indivíduo. Suas opções, todavia, não estão à disposição do Estado, como expõe Pierangeli e Zaffaroni:

---

<sup>168</sup> BRASIL, Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas, *Relatório Brasileiro Sobre Drogas 2009*.

<sup>169</sup> SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICA SOBRE DROGAS, *Relatório Brasileiro Sobre Drogas 2009*, p. 93.

<sup>170</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 27.

<sup>171</sup> KARAM, *ibidem*, pp. 27-28.

<sup>172</sup> WEIGERT, Mariana de Assis Brasil, *Consumo de droga e política criminal: adição e contradição na sociedade contemporânea*, p. 710.

<sup>173</sup> *Idem*.

O direito é um instrumento de viabilização da existência humana, entendendo por existência, em poucas palavras, a relação de cada homem com seu ser, isto é, a relação que cada qual faz do que quer ser e chegar a ser, assim como a realização desta escolha. *A existência humana não pode haver senão na forma de coexistência*, de existir com outros que também existem. Disto decorre que nem sequer se pode ter consciência do “eu” quando não há um “tu” de quem distinguir-se<sup>174</sup>.

“A moral”, diz Zaffaroni<sup>175</sup>, “é questão iminentemente individual e o direito não pode ir além do que possibilitá-la, mas de modo algum tratar de impô-la, o que, por outro lado, seria irrealizável”.

### 3.3. O debate da descriminalização

É possível verificar, mesmo nos votos da Suprema Corte Argentina, extrema cautela em debater a descriminalização. Isso fica evidente, primeiro, na insistência em sublinhar os malefícios da drogadição, e, depois, na abordagem homogênea de todas as substâncias e estilos de uso, sem mencionar questões como as diferenças no potencial lesivo e nos riscos de cada uma (com exceção do Ministro Zaffaroni, que abordou o tema em seu voto). Não se questiona a importância da decisão; antes, defende-se a tese dos Ministros e conclamam-se os membros do Judiciário brasileiro a adotá-la e aplicá-la, em postura crítica e preocupada com a redução dos danos da penalização. Não obstante, acredita-se que, como expôs Fernando Henrique Cardoso à Revista TRIP, há outros pontos a serem discutidos além da descriminalização do consumidor. “Quando você discute drogas, é fácil convencer uma pessoa de que o usuário não deve ir para a cadeia e que ele precisa de tratamento médico. Com isso quase todos concordam<sup>176</sup>.” A dificuldade está em definir os passos seguintes à descriminalização do uso.

Os Ministros da Suprema Corte deixaram claro: a descriminalização judicial não implicou legalização. Lorenzetti o afirmou explicitamente para que não houvesse dúvidas em relação a isso na inevitável repercussão social que seguiria a decisão.

---

<sup>174</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p. 90.

<sup>175</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Ibidem*, p. 406

<sup>176</sup> Revista Trip nº 200.

Fayt, por sua vez, sublinhou que a descriminalização exige atenção preventiva e assistencial do Estado, diferente da penalização até então oferecida. Para o desenvolvimento dessa nova política estatal, algumas ideias exaustivamente repedidas pelo discurso criminalizador devem ser revistas.

A primeira noção a ser abandonada é a homogeneização entre todas as substâncias existentes na categoria única de “psicotrópicas”. Há drogas das mais variadas naturezas e, conseqüentemente, produção de efeitos bastante diversos por elas (depressão ou estímulo do sistema nervoso central, alteração de consciência). O potencial ofensivo é ignorado pelo proibicionismo; não há distinção entre as drogas com maior ou menor poder de adição ou pelo tipo de dependência (física ou psicológica) causado, tampouco justificativa médica para a seleção das drogas em lícitas ou ilícitas.

Em seguida, precisa-se combater a abordagem do(s) consumidor(es). Embora seja cada vez menos desafiante defender que o usuário não pode ser punido com o encarceramento, o terreno é minado de confusões – grande parte delas, reflexos da abordagem moralizadora. “É de extrema relevância estabelecer a diferenciação dos usuários de droga, pois há, no senso comum (teórico, inclusive), certa identidade estabelecida entre usuário e drogodependente, como se o consumidor de psicotrópicos estivesse invariavelmente fadado à toxicomania<sup>177</sup>”. Guilherme de Souza Nucci, em comentário à Lei de Tóxicos, demonstra esse embaralhamento de conceitos quando, ao mencionar o usuário de drogas, afirma: “não estamos falando do dependente, que é viciado, logo, **doente mental**<sup>178</sup>”. É preciso ter em mente que as inúmeras combinações entre o tipo de droga utilizado e a frequência com que se consome resultam em perfis bastante diferenciados de consumidores, nem todos eles toxicodependentes ou partícipes de redes criminais. A distinção entre usuário e o adicto está na compulsividade da ingestão da droga,

e, portanto – ainda que possam ser considerados consumidores regulares ou irregulares – os usuários se contrapõe aos toxicômanos enquanto grupo clínico, pois utilizam a droga de forma ocasional para obter prazer, para deleitar-se, ou até em momentos de angústia. A substância não é, no entanto, a razão maior de suas existências,

---

<sup>177</sup> WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. *Consumo de droga e política criminal: adição e contradição na sociedade contemporânea*, p. 706.

<sup>178</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, p. 344. Sem grifo no original.

exatamente porque não se desenvolvem processos de dependência física – em que pese haver certa dependência psíquica – e, tampouco, são necessariamente portadores de alguma doença psíquica.

Os toxicômanos, diferentemente, são compelidos ao consumo por forças físicas e psíquicas poderosas, à medida que possuem ambos os tipos de dependência. Tanto é assim que a dependência física acaba exigindo não só o aumento progressivo da quantidade de droga ingerida, mas também em sua substituição por drogas cada vez mais pesadas, mais capazes de produzir os efeitos prazerosos a que almeja o toxicômano. Como se denota, para estas pessoas os psicotrópicos passam a ser o elemento principal na regulação de suas vidas<sup>179</sup>.

Talvez a noção mais arraigada no senso-comum social diga respeito às consequências do consumo. “É preciso ter e deixar claro, para não cair num discurso contraproducente, que o uso de drogas pode ser apenas prazeroso<sup>180</sup>”; mesmo quando não se tratar de episódio isolado (ou seja, quando ocorrer com certa frequência), a droga pode ocupar papel unicamente recreativo e não-prejudicial na vida de alguém, sem causar problemas sociais, físicos, profissionais, familiares ou legais. Os exageros e as generalizações do discurso punitivista (“illegal drug use brings illness, disability, and death. [...] Drugs ruin lives and destroy families and prey on our young people<sup>181</sup>”) acabam por provocar o seu próprio enfraquecimento. Ao experimentar a droga e não protagonizar os efeitos devastadores pregados, passa-se a ignorar também os alertas válidos a respeito do consumo, disfarçados entre falsas advertências. Essa postura de desencontro entre os alertas e a realidade é que pode, sim, incentivar a procura de substâncias cada vez mais fortes, e não “a fantasia do chamado fenômeno da escalada (a visão, divorciada da lógica mais elementar, da maconha como degrau para o consumo de drogas pesadas)<sup>182</sup>”.

Problemática, também, é a zona cinzenta que separa, por vezes, o usuário do pequeno traficante. Dráuzio Varella aponta que, “na verdade, todo usuário de droga é traficante. [...] Como a droga é criminalizada, é um crime possuir a droga, não vão dez pessoas comprar se uma só pode comprar e dividir entre as dez<sup>183</sup>”. Fernando Henrique também afirma: “como o acesso à boca de fumo é ilegal, alguém que se arrisca aproveita e também pega para os amigos. Isso cria uma teia de

---

<sup>179</sup> Weigert, *Consumo de droga e política criminal: adição e contradição na sociedade contemporânea*, p. 707.

<sup>180</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 28.

<sup>181</sup> REAGAN, Ronald. *Proclamation (...)*.

<sup>182</sup> KARAM, *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 28.

<sup>183</sup> Dráuzio Varella, no documentário “Quebrando o Tabu”.

ilegalidade<sup>184</sup>". O enquadramento desse indivíduo acaba sendo circunstancial, e reflete critérios sociais de seleção para repressão. No Brasil, 20% da população masculina encarcerada foi tipificada em crimes de entorpecentes<sup>185</sup>. Entre a população encarcerada feminina, a porcentagem chega a 59%; são mulheres, muitas vezes, enquadradas pelo crime de tráfico quando tentam entregar entorpecentes a companheiros, filhos ou familiares que já estão presos e, flagradas na revista do presídio, são encaminhadas à Delegacia e, de lá, para a penitenciária. Dráuzio Varella comentou a situação: "ela nem voltou pra casa depois que saiu pra fazer a visita na cadeia; [...] isso é uma gota d'água no oceano de tráfico de drogas e você destrói uma família e deixa [suas] crianças sem o apoio materno<sup>186</sup>".

Embora se possa estabelecer relação entre alguns crimes e as drogas (na definição do EMCDDA: psicofarmacológicos, cometidos sob a influência de substância psicoativa; econômicos-compulsivos, cometidos com o intuito de obtenção de dinheiro ou mesmo da própria substância para alimentar o consumo; sistêmicos, cometidos no contexto de funcionamento dos mercados das drogas ilícitas, como assaltos e homicídios; e, por fim, infrações à legislação em matéria de droga, o qual inclui o crime de posse para uso pessoal, o consumo, o cultivo, a produção, a importação e o tráfico), "a relação entre a droga e a criminalidade não é simples nem linear e também não é universal<sup>187</sup>". O Min. Zaffaroni apontou, no caso "Arriola e Outros", que tanto a tarefa judicial quanto a policial despendem esforços no combate a crimes como de posse de drogas para consumo pessoal que poderiam ser dedicados a combater o tráfico, especialmente o de drogas mais associadas à dependência e outros problemas. Segundo o relatório do EMCDDA, não se pode ignorar que é o caráter ilícito da droga que incentiva a existência de teia de criminalidade à sua volta, exatamente pelo desvio de significativa porcentagem dos recursos policiais e judiciários a esta área: "as violações da legislação em matéria de droga mobilizam uma porcentagem significativa dos recursos policiais e judiciários e, ao desviarem recursos de outras áreas, podem afectar a prática de outros crimes<sup>188</sup>". Assim,

---

<sup>184</sup> Revista Trip nº 200.

<sup>185</sup> Sistema Penitenciário no Brasil - Dados Consolidados 2009, pp. 41-42.

<sup>186</sup> Dráuzio Varella, no documentário "Quebrando o Tabu".

<sup>187</sup> EMCDDA, *Droga e criminalidade: uma relação complexa*, p. 1.

<sup>188</sup> Idem.

é importante ter em conta a ilegalidade destas drogas pois esta constitui um dos factores da violência do mercado de drogas e pode agravar a delinquência por motivos económicos devido ao aumento dos preços das drogas. [...]

O consumo de droga também pode afectar imediatamente outros crimes que não as infracções à legislação em matéria de droga. Na verdade, de uma perspectiva económica, que encara a criminalidade como uma reação a preços e incentivos, qualquer aumento percentual dos recursos disponíveis consagrados à aplicação da legislação em matéria de droga reduziria os recursos afectados a outros crimes, o que os tornaria relativamente menos onerosos (devido à redução das probabilidades de detenção e aos menores períodos de encarceramento) e aumentar, por isso, a sua incidência<sup>189</sup>.

A criação de novas mentalidades, a exposição do debate a camadas geralmente hostis à questão, a aproximação de públicos (pais, jovens, professores, médicos), a difusão de informações e o estímulo à pesquisa, “para que se inicie uma conversa franca que leve a diminuição do preconceito, ajude na prevenção ao uso de drogas e que dissemine informações com base científica sobre o tema<sup>190</sup>”, são os objetivos do documentário “Quebrando o Tabu<sup>191</sup>”. Lançado em junho/2011, o filme acompanha dois anos na trajetória de Fernando Henrique Cardoso, co-presidente da Comissão Latinoamericana sobre Drogas e Democracia, em viagens e conferências para conversar com especialistas e jovens envolvidos com a questão em diversos lugares do mundo. O argumento central é o fracasso da guerra às drogas e a urgência de abordagem mais humana e eficaz dos problemas relacionados aos entorpecentes. “Defender uma reforma na política de drogas”, diz FHC, “não é uma posição ‘avançadinha’. É realismo<sup>192</sup>”. Questionado acerca da mudança de postura desde seus mandatos presidenciais, Fernando Henrique esclarece:

Durante meu governo, a visão que se tinha no mundo era a de que seria possível erradicá-las. E foi ficando claro para mim que era um objetivo inalcançável. Foi essa percepção que me fez buscar gente que entende do assunto, porque eu mesmo nunca tive conhecimento técnico da droga<sup>193</sup>.

A criminologia e o discurso punitivo, sabe-se, por vezes se socorrem em sua pretensa aptidão de extermínio da criminalidade.

---

<sup>189</sup> EMDDA. *Droga e criminalidade: uma relação complexa*, p. 3.

<sup>190</sup> Projeto *Quebrando o Tabu*, disponível no site oficial (<<http://quebrandootabu.com.br/>>).

<sup>191</sup> Dirigido por Fernando Grostrein Andrade e produzido por Spray Filmes e STart Cultura.

<sup>192</sup> Revista Trip nº 200.

<sup>193</sup> Idem.

Talvez seja, nesse tema das drogas, onde mais fortemente se manifeste a enganosa publicidade do sistema penal, apresentado como um instrumento capaz de solucionar conflitos, como o instrumento capaz de fornecer segurança e tranquilidade, através da punição dos autores de condutas que a lei define como crimes.

[...]

E talvez seja, nesse tema das drogas, onde mais fortemente se manifestem as informações falsas, capazes de induzir à errada busca da intervenção do sistema penal, que, aqui, mais do que apenas uma solução simplista e aparente, é, na verdade, uma fonte de maiores e mais graves conflitos, um paradoxal estimulante de situações delitivas<sup>194</sup>.

Afastar as drogas do sistema penal não representa descaso público; pelo contrário. Em Portugal, onde em 2001 passou a vigor lei descriminalizatória, a alteração “was driven not by the perception that drug abuse was an insignificant problem, but rather by the consensus view that it is a highly significant problem, that criminalization was exacerbating the problem, and that only decriminalization could enable an effective government response<sup>195</sup>”. A descriminalização não é sugerida por aqueles que o fazem por falta de interesse em uma sociedade organizada e harmoniosa; muito antes disso, é proposta como forma de organização e harmonização da sociedade através de sua pluralização e da adoção de políticas efetivas, e não fantasiosas. “A descriminalização, o afastamento da intervenção do sistema penal, a superação da fantasia da solução penal significam, simplesmente, o rompimento com uma forma de controle que pouco controla<sup>196</sup>”.

Zaffaroni, Fernando Henrique e Maria Lúcia Karam afirmam, em uníssono, que descriminalizar, afinal, não significa liberar. A descriminalização, pelo contrário, ao romper com fictícia ideia de extinção do uso da droga e de combate ao tráfico através da diminuição da procura, possibilita a retomada de controle pelo Estado, através da regulação. “Descriminalizar implica abrir maiores espaços para a criação de mecanismos não penais de controle sobre a produção, a distribuição e o consumo de drogas, eliminando sistema contraproducente e de graves efeitos negativos<sup>197</sup>”. Descriminalizar significa regularizar, ao exemplo do que acontece com o álcool e o tabaco: definir idade mínima para consumo, locais e horários em que é permitido o consumo, limitar a propaganda, controlar a qualidade do produto. Propor

---

<sup>194</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, pp. 21-22.

<sup>195</sup> GREENWALD, Glenn. *Drug Decriminalization in Portugal*, p. 6.

<sup>196</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 64.

<sup>197</sup> KARAM, Maria Lúcia. *Ibidem*.

a descriminalização não é propor solução definitiva, absoluta, irretocável. É, antes de qualquer coisa, afastar a punição penal e incentivar árduo debate acerca de todas as questões que devem ser pensadas pelo Estado e incluídas na política de entorpecentes. Para promovê-lo, precisa-se admitir a ineficiência da guerra às drogas, abandonar a visão moralista e alarmista, considerar a descriminalização como alternativa válida e pautar a atuação na realidade, através da análise de dados, e não na repetição exaustiva de ideias autocentradas, jusnaturalistas, intuitivas.

### 3.4. A experiência de descriminalização legislativa de Portugal

Em julho/2001, entrou em vigor em Portugal lei descriminalizadora<sup>198</sup> do uso de drogas<sup>199</sup> – incluindo a heroína e a cocaína, drogas consideradas mais pesadas. Houve – frisa-se – descriminalização (legislativa), e não legalização: “drug possession for personal use and drug usage itself are still legally prohibited, but violations of those prohibitions are deemed to be exclusively administrative violations and are removed completely from the criminal realm. Drug trafficking continues to be prosecuted as a criminal offense<sup>200</sup>”.

O art. 2º da Lei nº 30/2000 determina que o uso, a aquisição e a posse para consumo próprio de substâncias entorpecentes constituem contra-ordenação<sup>201</sup>. As sanções, previstas do art. 15º ao 18º, portanto, “are purely administrative violations, to be processed in a noncriminal proceeding<sup>202</sup>”, e podem ser estipulação de multa

---

<sup>198</sup> O art. 29º da Lei de Portugal explicita que houve descriminalização.

<sup>199</sup> PORTUGAL, Lei nº 30/2000.

<sup>200</sup> GREENWALD, Glenn. *Drug Decriminalization in Portugal*, p. 1.

<sup>201</sup> PORTUGAL, Lei nº 30/2000:

#### Artigo 2º

##### Consumo

1 — O consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas referidas no artigo anterior constituem contra-ordenação.

2 — Para efeitos da presente lei, a aquisição e a detenção para consumo próprio das substâncias referidas no número anterior não poderão exceder a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias.

<sup>202</sup> GREENWALD, Glenn. *Drug Decriminalization in Portugal*, p. 2.

(esta não aplicável ao toxicodependente), admoestação, proibição de exercer algumas profissões, interdição de frequência de certos lugares, entre outras. A competência para processamento e aplicação das contra-ordenações é de uma Comissão de Dissuasão da Toxicodependência<sup>203</sup> (CDT), composta por três membros: um jurista e dois profissionais da saúde (médicos, psicólogos, sociólogos) com atuação relacionada à toxicodependência; a CDT pode, à vista da situação do consumidor e da natureza e circunstâncias do consumo, suspender a execução da sanção. Dentre os processos instaurados em 2009 que já tinham decisões proferidas quando da elaboração do Relatório Anual<sup>204</sup> do Instituto de Droga e Toxicodependência de Portugal (IDT), em 68% houve suspensão provisória de processos de consumidores não toxicodependentes, seguidos de 15% de suspensão de processos de consumidores toxicodependentes que aceitaram se submeter a tratamento e apenas 14% de decisões punitivas<sup>205</sup> (destas, 4% foram multas e 10% foram sanções não pecuniárias, principalmente a requisição de comparecimento periódico em local designado pela Comissão). Houve aumento no número de toxicodependentes primários que voluntariamente aderiram ao tratamento (de 13% em relação a 2008 e de 39% em relação a 2007<sup>206</sup>), e em 1.312 dos indiciados verificou-se mera situação de consumo em que, após a avaliação pela equipe técnica, considerou-se desnecessário qualquer tipo de intervenção por inexistência de situações de risco.

Os resultados da descriminalização, passados dez anos de sua instituição, retiraram do debate local as propostas de (re)criminalizar o uso de drogas; discutem-se, apenas, mudanças administrativas e burocráticas que poderiam ser implementadas para tornar o programa mais efetivo e eficiente<sup>207</sup>. “The political consensus in favor of decriminalization is unsurprising in light of empirical data. Those data indicate that decriminalization has had no adverse effect on drug usage

---

<sup>203</sup> Art. 5º, nº 1, da Lei 30/2000.

<sup>204</sup> No ano de 2009, foram instaurados 7.549 processos administrativos e, destes, 73% já tinham decisões proferidas.

<sup>205</sup> PORTUGAL, Instituto da Droga e da Toxicodependência. *Relatório Anual 2009 - A Situação do País em Matéria de Drogas e Toxicodependências*, p. 13.

<sup>206</sup> *Idem*, p. 154.

<sup>207</sup> O Relatório do IDT menciona, exemplificativamente, a necessidade de maior divulgação das estruturas de apoio aos indivíduos e às suas famílias e a inexistência delas em algumas localidades (p. 154). A falta de desenvolvimento em áreas como a reintegração social foi apontada pelo Drug policy profiles – Portugal (p. 18).

rates in Portugal, which, in numerous categories, are now among the lowest in the EU<sup>208</sup>”.

O Relatório Anual de 2009<sup>209</sup> produzido pelo IDT demonstra diminuição generalizada no uso de drogas: houve decréscimo na taxa de continuidade de consumo de qualquer droga (de 44,2% em 2001 a 31,2% em 2007) e no consumo ao longo da vida de qualquer droga (as porcentagens passaram, de 2003 a 2007, de 4,6% a 3,6%, na população de 13 anos, e de 30,2% a 27,3% na população de 18 anos); no mesmo período, constatou-se aumento da “percepção do risco do consumo regular de várias drogas, o que indica uma maior informação das populações escolares sobre essas questões<sup>210</sup>”. Estudos realizados entre 2000 e 2005 apontaram diminuição no número estimado de consumidores problemáticos em Portugal, “sendo a mais acentuada a que se refere aos consumidores de drogas por via endovenosa<sup>211</sup>”. Também houve aumento da procura às estruturas da rede pública, diminuição nos casos de infecção pelo HIV associados à toxicod dependência e decréscimo de positividade para a Hepatite B e Hepatite C nas populações toxicod dependentes – resultados que se explicam pela “tendência de diminuição das práticas de consumo endovenoso e da partilha de material de consumo entre os utentes em tratamento de toxicod dependência, práticas essas intimamente associadas à transmissão de doenças infecciosas<sup>212</sup>”. O aumento do número de mortalidades relacionadas à droga<sup>213</sup> (“apesar de os números se manterem baixos<sup>214</sup>”, e do decréscimo percentual das mortes causadas por overdose passando de 36% em 2008 a 28% em 2009), é explicado pelo Instituto como resultado de melhorias metodológicas nos registos de mortalidade.

“None of the nightmare scenarios touted by preenactment decriminalization opponents – from rampant increases in drug usage among the young to the

---

<sup>208</sup> GREENWALD, Glenn. *Drug Decriminalization in Portugal*, p. 1.

<sup>209</sup> Disponível em <[http://www.idt.pt/PT/IDT/RelatoriosPlanos/Documents/2010/RA\\_2009.zip](http://www.idt.pt/PT/IDT/RelatoriosPlanos/Documents/2010/RA_2009.zip)>

<sup>210</sup> PORTUGAL, Instituto da Droga e da Toxicod dependência. *Relatório Anual 2009 - A Situação do País em Matéria de Drogas e Toxicod dependências*, p. 79.

<sup>211</sup> \_\_\_\_\_, *Idem*, p. 24.

<sup>212</sup> \_\_\_\_\_, *Idem*, p. 12.

<sup>213</sup> “The total number of drug-related deaths has actually *decreased* from the predecriminalization year of 1999 (when it totaled close to 400) to 2006 (when the total was 290)”. GREENWALD, Glenn. *Drug Decriminalization in Portugal*, p. 17.

<sup>214</sup> PORTUGAL, Instituto da Droga e da Toxicod dependência. *Relatório Anual 2009 - A Situação do País em Matéria de Drogas e Toxicod dependências*, p. 43.

transformation of Lisbon into a heaven for ‘drug tourists’ – has occurred<sup>215</sup>”. Contribuiu significativamente para as consequências observadas em Portugal a preocupação em eliminar o processo estigmatizador de detenção policial, inquérito, comparecimento perante juízes e fiscais e incerteza do veredicto, ao qual o usuário era submetido na Argentina, mesmo prevista substituição à pena de encarceramento, e ao qual também se sujeita o consumidor brasileiro flagrado na posse de drogas, que, não obstante não punido com a prisão, enfrenta o doloroso processo penal.

Portuguese and European officials familiar with the Dissuasion Commission process emphasize that the overriding goal of that process is to avoid the stigma that arises from criminal proceedings. Each step of the process is structured so as to de-emphasize or even eliminate any notion of “guilt” from drug usage and instead to emphasize the health and treatment aspects of the process<sup>216</sup>.

Embora o aumento na procura pelo tratamento<sup>217</sup> seja apontado por alguns como indicativo de piora na questão da drogadição, “empirical evidence suggests that the opposite is most certainly true<sup>218</sup>”. Os adictos, no cenário criminalizador, evitam a busca de tratamento junto a estruturas públicas por temerem eventual aplicação de penalidades e o reprobatório rótulo de “viciado”. O respeito ao consumidor, no cenário português, é enfatizado em diversos âmbitos:

The alleged offender, for instance, can request that the notice of the proceedings not be sent to his home in order to preserve privacy. Commission members deliberately avoid all trappings of judges, and the hearing is intentionally structured so as to avoid the appearance of a court. Members dress informally. The alleged offender sits on the same level as the commission members, rather than having the members sit on an elevated platform. Commission members are legally bound to maintain the complete confidentiality of all proceedings<sup>219</sup>.

O sucesso da descriminalização se evidencia quando comparadas as tendências observadas na União Europeia no mesmo período. Ressalvadas as dificuldades de compilação e uniformização das estatísticas, diante da falta de recursos em diversos países-membros, a ausência de autoridade do European

---

<sup>215</sup> GREENWALD, Glenn. *Drug Decriminalization in Portugal*, p. 1.

<sup>216</sup> GREENWALD, Glenn. *Drug Decriminalization in Portugal*, p. 6.

<sup>217</sup> INSTITUTO DA DROGA E DA TOXICODPENDÊNCIA. *Relatório Anual 2009 - A Situação do País em Matéria de Drogas e Toxicodpendências*, p. 12.

<sup>218</sup> GREENWALD, Glenn. *Ibidem*, p. 15.

<sup>219</sup> GREENWALD, Glenn. *Ibidem*, p. 6.

Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA), e de diferenças nos métodos de obtenção dos dados, “comparisons between EU states of metrics such as prevalence rates and drug-related social problems can still be used even if they are taken from diferente years of measuring populations clusters that are defined slightly different<sup>220</sup>”. Apesar da ausência de exatidão matemática, assim, a comparação é dotada de substancial utilidade analítica.

O EMCDDA, no Drug Policy Profile<sup>221</sup> de Portugal, aponta que “Portugal’s drug situation is characterized by a level of drug usage in the general population that is, on the whole, below the European average and much lower than its only European neighbor, Spain<sup>222</sup>”. A maioria dos estados-membros da União Europeia possui taxas de uso superiores às observadas em Portugal depois da descriminalização – por vezes, de duas a três vezes maior<sup>223</sup>.

A *abolitio criminis* em Portugal, em suma, trouxe resultados interessantes. Eliminando o temor da população adicta de punição penal quando busca tratamento e combatendo a estigmatização do usuário, obteve-se a diminuição em termos absolutos do consumo de drogas em muitas categorias, maior conscientização do risco do consumo regular de várias drogas, o decréscimo de taxas de prevalência entre os adolescentes e do número de portadores de HIV, AIDS, Hepatite B e Hepatite C entre os adictos, além da diminuição de mortes relacionadas ao consumo de drogas.

A descriminalização ocorreu, na Argentina, pela via judicial, através de contraposição de lei infraconstitucional à Constitución; na conclusão de seus votos, todos os Ministros conclamaram o Poder Público a adotar medidas de saúde preventivas, “con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar

---

<sup>220</sup> GREENWALD, Glenn. *Drug Decriminalization in Portugal*, p. 21.

<sup>221</sup> Os Drug Policy Profiles são uma série de publicações

with the aim of describing some of the main characteristics of national drug policies in Europe and beyond. In contrast to other approaches, we do not attempt to assess these policies, but instead outline their development and main features. Our objective is to help readers – from researchers to police makers – gain a better understanding of the way in which countries control drugs and respond to drug-related security, social and health problems. (Drug Policy Profiles - Portugal, p. 24)

O primeiro profile dedica-se à descrição da política nacional de drogas de Portugal. A escolha desse país se justifica pela atenção atraída pela política descriminalizatória, única na Europa.

<sup>222</sup> EMCDDA, *Drug Policy Profiles - Portugal*, p. 20.

<sup>223</sup> GREENWALD, Glenn. *Drug Decriminalization in Portugal*, p. 22.

adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país”. A decisão da Suprema Corte provoca o Estado a desenvolver política pública realista, desgarrada da fictícia ideia de que é possível extinguir o consumo de substâncias psicotrópicas e voltada à redução de danos. Portugal retirou a questão da esfera penal (apesar da participação de um jurista nas Comissões de Dissuasão da Toxicodependência, os outros dois membros são ligados à área da saúde e da sociologia); o Instituto de Droga e da Toxicodependência foi realocado, em 2002, do Ministério da Justiça ao Ministério da Saúde. Sua política, orientada pelo humanismo, pragmatismo e participação da comunidade na definição e implementação da política de drogas, alinhar-se com os critérios apontados pelos Ministros da Suprema Corte Argentina para balizar os novos rumos da atuação estatal.

Não se sugere, aqui, que haja transposição do modelo português ao Brasil. Os problemas enfrentados por um e outro país na questão das drogas (a começar pelos perfis do usuário e do traficante, passando pelas estruturas institucionais, outras políticas públicas como a saúde e a segurança) já impedem que a cópia do modelo lá implementado produza aqui resultados idênticos. Trata-se, porém, de política que atraiu atenção mundial significativa pela inovação da abordagem, e cujo tempo de vigência permite a análise de efeitos concretos da descriminalização. Ademais, os pilares nos quais se sustenta (a proteção de autonomia pessoal dos usuários não-toxicodependentes e cujo consumo não é considerado problemático, a política de redução de danos, a retirada da questão do âmbito do poder Judiciário e sua realocação junto ao Ministério da Saúde e o desincentivo à adição) são exatamente aqueles apontados pela Suprema Corte para fundamentar o posicionamento descriminalizatório (princípio de reserva e direito à privacidade, impossibilidade de punição do perigo e de abordagem utilitária do usuário, mudança de perspectiva do consumo como crime para questão de saúde pública e reconhecimento dos prejuízos do abuso de algumas substâncias); eis aqui pontos interessantes, portanto, para que se inicie debate sólido no cenário brasileiro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se iniciou a pesquisa ora apresentada, a única aproximação que se havia tido com a Lei das Drogas ocorrera na disciplina “Direito das Liberdades Públicas”, através de estudo do direito à livre disposição do corpo, com abordagem distante do Direito Penal. Logo à primeira vista do texto legal, apesar da substituição da pena de prisão por admoestação, prestação de serviços comunitários ou de comparecimento a programa ou curso educativo, verificou-se que o art. 33 (que normatiza o tráfico de entorpecentes) descreve tipos aos quais se poderiam subsumir diversas condutas frequentes dos usuários (como “oferecer, ainda que gratuitamente”, caput; e “induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga”, §2º) – e já esse contato preliminar abalou a ideia (baseada, principalmente, no que se havia midiaticamente noticiado) de que houvera, com a alteração legislativa, grande avanço na questão dos entorpecentes no Brasil. Também a decisão da Suprema Corte Argentina pareceu, assim que dela se teve notícia, revolucionária.

Diante da postura combativa que, nas décadas de 70 e 80, se alastraram pelo continente americano, pregando a eliminação dos entorpecentes na sociedade (colocada em prática através da perseguição penal do usuário), certo é que tanto a extinção do encarceramento do consumidor, na lei brasileira, quanto a descriminalização judicial, na Argentina, representam importantes conquistas em direção a política mais humana de drogas, e como tais devem ser celebradas. Já se somam, contudo, seis anos desde a promulgação da Lei 11.343/06, e quase três desde a publicação do julgado argentino. Superado está, então, o tempo de se comemorar o abandono dos absurdos do passado.

Há, na atualidade, absurdos próprios, que reclamam revisão e devem ser postos em debate. O caso de “Arriola e Outros” apontou inconsistências da criminalização que persiste no Brasil, embora inexista pena de encarceramento: a submissão de um indivíduo a todas as intempéries do processo penal com base em

conduta que representa, quando muito, autolesão. A insistência dos Ministros na fundamentação de decisões restritivas a direitos fundamentais – inadmissível a exclusão intuitiva de condutas de seu âmbito de proteção –, exigida demonstração da necessidade da intervenção estatal para tutela de outros interesses jurídicos envolvidos, efetivamente ameaçados no caso concreto, é outro ponto a ser invocado, para que o Judiciário nacional não possa mais se socorrer de mera presunção de dano a bens de terceiros. A repetição jurisprudencial de que há, com o porte para consumo pessoal, ameaça à saúde pública, não é autossustentável. Faz-se necessária demonstração de onde haveria tal ameaça, pontuando-se a quem, quando, e em que circunstâncias.

Isso porque se reputa admissível que, em determinadas situações, não se deseje tutelar a conduta do indivíduo cuja consciência está alterada – como é o caso de restrição à licença de conduzir veículo automotor por motorista embriagado. O que se defende, neste trabalho e na decisão argentina, contudo, não é a liberação ilimitada e irresponsável do consumo de entorpecentes. Como sublinharam os Magistrados argentinos, trata-se de proteção do direito à **intimidade** do indivíduo, de âmbito de liberdade dentro do qual vale unicamente sua autodeterminação, porque inexistente justificativa para a intervenção estatal. A ingerência do Poder Público nas decisões de condução de sua vida não passa de opressão moralizatória, e, como tal, indevida.

A conclusão do Portugal Drug Policy Profile elaborado pelo EMCDDA aponta, como um dos elementos da política portuguesa, “the recognition of the drug user as a person in need of help and not as a criminal<sup>224</sup>”. A pesquisa desenvolvida durante este trabalho mostrou que a mudança de perspectiva deve ser mais profunda: deve-se, antes, reconhecer o usuário de drogas como *pessoa*, dotada de subjetividades, vontades, autodeterminação e capacidade de escolha. A postura de considerar todo usuário como viciado contribuiu para a amenização das penas a ele imposta, mas está equivocada e resulta em confusões conceituais que poluem o avanço da discussão; o mesmo vale para a homogeneização das substâncias entorpecentes, injustificadamente censuradas da mesma maneira.

---

<sup>224</sup> EMCDDA. *Drug Policy Profiles - Portugal*, p. 24.

A apresentação de todas as drogas com a mesma roupagem assustadora, antes de prevenir a experimentação por aqueles que a desconhecem, provoca apenas o enfraquecimento do discurso criminalizador – e, com ele, todo alerta válido acerca de efeitos indesejados ou perigosos de algumas substâncias ou padrões de uso perde a credibilidade. A política nacional de drogas não pode repetir a genérica assertiva do UNODC, de que “drug use must not be accepted as a way of life”. O estilo de vida de cada indivíduo, enquanto dele não advier prejuízo a terceiros, é incontestável.

Alertou-nos Guimarães Rosa: “o medo é a extrema ignorância em momento agudo”. Não há razão em fomentar, com a supressão de informações, o medo das substâncias entorpecentes. O que se nota, porém, é a repetição dos discursos há décadas: de que não há diferença entre as drogas ilícitas, de que o seu consumo em qualquer quantidade é inaceitável. A perpetuação da ignorância resultou em perda de controle da situação pelo Estado. A tutela da questão pelo Direito, através do prisma punitivo, é absurda. Deve-se renunciar definitivamente à “fácil e falsa<sup>225</sup>” resposta penal, não por posições ideológicas quaisquer, mas simplesmente porque não dela não sairão frutos. A persecução criminal do usuário marginaliza questão que deveria ser tratada às claras pelo Poder Público, para que alertasse sobre os reais efeitos de cada droga, controlasse o consumo problemático, e oportunizasse a redução de danos a ele relacionados, como a transmissão de doenças através do compartilhamento de agulhas e os perigos decorrentes da mistura de certas substâncias.

Ressalta-se, por fim, que a descriminalização judicial na Argentina e a experiência portuguesa são apresentadas tão-somente como exemplos de estudo, e não como modelos prontos a serem copiados. A descriminalização (e a regulação que deve acompanhá-la) precisa considerar diversas variáveis locais (drogas mais consumidas e padrões desse consumo, perfil do tráfico, problemas a serem enfrentados, capacidades das instituições públicas), para determinar questões pontuais como idade, locais e circunstâncias de consumo – porque consumo sempre haverá, ainda que se aumentem mais e mais as penas. A repressão assente na possibilidade de eliminação apenas incentiva o contra-ataque do mercado e do

---

<sup>225</sup> KARAM, Maria Lúcia. *De Crimes, Penas e Fantasias*, p. 67.

consumo, e a criação de técnicas mais avançadas de evitar a punição. O mais importante a se extrair do país vizinho e do antigo colonizador é a coragem para abandonar o modelo vigente, bélico, penalizador, militarizado, repressor e controlador, e admitir que a Guerra declarada a algumas décadas precisa ser abandonada, porque dela não sairão vencedores.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fernando Grostein (Diretor). **Quebrando o Tabu (Documentário)**. Spray Filmes e STart e Cultura: 2011. Dados sobre o projeto disponíveis em <<http://www.quebrandootabu.com.br/sobre/projeto>>. Acesso em 03 de 11 de 2011.

ÁVILA, Humberto **Teoria dos Princípios** – da definição à aplicação os princípios jurídicos. 3ª edição, aumentada. São Paulo: Malheiros, 2004.

ARGENTINA. **Constitución Nacional**. Consulta em 10 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>>

\_\_\_\_\_. **Código Penal** (Ley 11.179). Consulta em 10 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>>.

\_\_\_\_\_. **La reforma integral a la Ley de Estupefacientes y la identificación de políticas criminales**. Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos – Comité Científico Asesor en Materia de Control del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas y Criminalidad Compleja., 2008. Disponível em <[http://www.vilmaibarra.com.ar/documentos/reforma\\_integral\\_a\\_la\\_ley.pdf](http://www.vilmaibarra.com.ar/documentos/reforma_integral_a_la_ley.pdf)>. Acesso em julho de 2011.

\_\_\_\_\_. **Ley nº 23.737/89**. Consulta em 10 de agosto de 2011. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/138/texact.htm>>.

\_\_\_\_\_. **Ley nº 48/1963**. Jurisdicción y Competencia de los Tribunales Nacionales. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/115000-119999/116296/texact.htm>>. Acesso em julho de 2011.

\_\_\_\_\_. **Ley 20.771/74**. Estupefacientes. Disponível em <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/40025/norma.htm>>. Acesso em julho de 2011.

\_\_\_\_\_. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. Fallo “**González, Antonio**”, Tomo 3º, pág. 21, 17-10-1930.

\_\_\_\_\_. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. Fallo “**Terán de Ibarra, Assunción**”, Tomo 15, pág. 325, 12-06-1966.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte, “**Arriola y otros**”. Fallo A:891:XLIV, 2009. Disponível em <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=90668>>. Acesso em 05 de maio de 2011.

\_\_\_\_\_. Suprema Corte, Fallo “**Bazterrica**”. Tomo 308:p1392, 1986. Disponível em <[www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=90668](http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=90668)>

\_\_\_\_\_. Suprema Corte, Fallo “**Colavini**”. Tomo 300:254. Disponível em <[www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=76466](http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=76466)>

\_\_\_\_\_. Suprema Corte, Fallo “**Montalvo**”. Tomo 313:p1333, 1990. Disponível em <[www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=61648](http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&fallold=61648)>

BATISTA, Vera Malaguti. **O Tribunal de Drogas e o Tigre de Papel**. *Mundo Jurídico*. Publicado em 28 de agosto de 2005. Disponível em <[http://mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=127](http://mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=127)>. Acesso em 10 de 11 de 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em outubro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.941, de 09 de dezembro de 1941**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm)>. Acesso em agosto de 2011.

\_\_\_\_\_. **Legislação e Políticas Públicas sobre Drogas no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça - Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2011. Disponível para download em <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={7D6555C3-69A4-4B66-9E63-D259EB2BC1B4}>>. Acesso em agosto/2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6368.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm)>. Acesso em outubro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.343, de 03 de agosto de 2006**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em outubro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Relatório Brasileiro Sobre Drogas**. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2009. Disponível em <<http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Relatorios/328379.pdf>>. Acesso em novembro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Sistema Penitenciário no Brasil - Dados Consolidados**. Brasília: Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional: 2009. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>. Acesso em novembro de 2011.

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

EMCDDA – European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction. **Droga e criminalidade: uma relação complexa**. Lisboa: Office for Official Publications of the European Communities, 2007.

\_\_\_\_\_. **Drug Policy Profiles - Portugal**. Lisboa: Office for Official Publications of the European Communities, 2011.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FRIEDMAN, Milton. **Prohibition and Drugs**. *Revista Newsweek*. de maio de 1972. Disponível em <[http://www.druglibrary.org/special/friedman/prohibition\\_and\\_drugs.htm](http://www.druglibrary.org/special/friedman/prohibition_and_drugs.htm)>. Acesso em novembro de 2011.

GREENWALD, Glenn. **Drug Decriminalization in Portugal - Lessons for creating fair and successful drug policies**. Washington: Cato Institute, 2009.

JESUS, Damásio de. **Lei Antidrogas Anotada - Comentários à Lei n. 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUNIOR, Humberto Maia. *Uma lei que pegou demais*. **Revista Época**. Editora Globo, nº 676, 28 de abril de 2011. Disponível em <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI229209-15228,00.html>>. Acesso em novembro de 2011.

KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias**. 2ª edição. Niterói: Luam, 1993.

LIMA, Rui Cirne. *Direito Administrativo e Direito Privado*. **Revista de Direito Administrativo nº 26**, pp. 19-33, Editora Atlas, São Paulo: 1951.

NADELMAN, Ethan. A. **Los Daños de la Prohibición de las Drogas en las Américas**. *Revista debate agrario: análisis y alternativas*, pp. 231-245. (12 de 2005). Iniciativa Latinoamericana sobre Drogas e Democracia.

NOGUEIRA, Bruno Torturra. **Páginas Negras – entrevista com Fernando Henrique Cardoso**. Revista Trip nº 200. Trip Editora. São Paulo: junho de 2011. Disponível em <<http://revistatrip.uol.com.br/revista/200/paginas-negras/fernando-henrique-cardoso.html>>. Acesso em novembro de 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª edição - revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PORTUGAL. **Lei nº 30/2000**, publicada no Diário da República I – Série A, nº 276, de 29-11-2000. Disponível em <<http://dre.pt/pdfgratis/2000/11/276A00.pdf>>

\_\_\_\_\_. Instituto da Droga e da Toxicodependência. **Relatório Anual 2009 - A Situação do País em Matéria de Drogas e Toxicodependências**. Lisboa: Instituto da Droga e da Toxicodependência, 2010.

REAGAN, Ronald. **Remarks at the United States Coast Guard Academy Commencement Ceremony**. New London, Connecticut: 18-05-1988. Disponível em

<<http://www.reagan.utexas.edu/archives/speeches/1988/051888a.htm>>. Acesso em novembro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Proclamation 5883: Drug-Free America Week, 1988.** Washington: Office of the USA Press Secretary, 20-10-1988. Disponível em <<http://www.reagan.utexas.edu/archives/speeches/1988/101988d.htm>> Acesso em novembro de 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais.* **Revista de Direito do Estado nº 4** – Editora Renovar, pp. 23-52, Rio de Janeiro: outubro/2006.

UNODC – United Nations Office on Drugs and Crime. **World Drug Report 2011.** New York: United Nations Publications, 2011.

WARAT, Luis Alberto. Metáforas para a ciência, a arte e a subjetividade. **Seqüência - Estudos Jurídicos e Políticos**, 16, p. 10. Junho de 1995.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil. **Consumo de drogas e política criminal: adição e contradição na sociedade contemporânea.** In: J. C. Lima, & R. R. Casara (Org.), *Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado* (pp. 701-715). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Lexicon of alcohol and drug terms.** Geneva: Office of Publications, 1994. Disponível para download em <<http://whqlibdoc.who.int/publications/9241544686.pdf>>. Acesso em novembro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Management of substance abuse: Dependence Syndrome.** Site institucional: 2011. Disponível em <[http://www.who.int/substance\\_abuse/terminology/definition1/en/index.html](http://www.who.int/substance_abuse/terminology/definition1/en/index.html)>. Acesso em 13 de novembro de 2011.

\_\_\_\_\_. **Management of substance abuse: Psychoactive substances.** Site institucional: 2011. Disponível em <[http://www.who.int/substance\\_abuse/terminology/psychoactive\\_substances/en/index.html](http://www.who.int/substance_abuse/terminology/psychoactive_substances/en/index.html)>. Acesso em 13 de novembro de 2011

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 9ª edição, revista e atualizada, Vol. 1. São Paulo: RT - Revista dos Tribunais, 2011.