

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – UNIRIO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS – CCJP
ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

GABRIEL BIELINSKI SKINNER

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659: UM ESTUDO SOBRE A
CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 NA SUPREMA
CORTE BRASILEIRA**

RIO DE JANEIRO – RJ

2015

GABRIEL BIELINSKI SKINNER

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659: UM ESTUDO SOBRE A
CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 NA SUPREMA
CORTE BRASILEIRA**

*Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Escola de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal do
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)
como requisito parcial à obtenção do
grau de Bacharel em Direito.*

Orientador.....

Prof. Dr. Thiago Bottino do Amaral

RIO DE JANEIRO – RJ

2015

DEDICATÓRIA

Dedico este Trabalho de Conclusão de
Curso ao meu querido pai Marcelo
Skinner, aos meus avôs Reginaldo
Pontes Bielinski e Flávio Skinner e ao
amigo Tiago Félix dos Santos.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado todo o aparato
para superar os obstáculos.

À UNIRIO, casa à qual pertenço com
orgulho e gratidão.

Ao meu Orientador, pelo profissional que
é, pelos incentivos e apoio no pouco
tempo que lhe coube para as correções.

À minha mãe, Cláudia, por todo o seu
amor e compreensão.

À minha irmã e minha avó, fontes de
inspiração.

À minha namorada pelo amor e força
nas horas mais duras.

Aos meus amigos pelo apoio
incondicional.

A todos os seres da terra por sermos
todos um.

“Que a prosperidade seja glorificada,
que os governantes nos governem com
justiça, que todas as coisas sagradas
sejam protegidas, que todos os seres, de
todos os lugares, sejam livres e felizes, e
que eu possa, com meus pensamentos e
minhas ações contribuir para este
objetivo. Que haja paz.”

Mangala Mantra

RESUMO

A constitucionalidade da criminalização do uso de drogas ilícitas há tempos é discutida na doutrina, sem que, até hoje, se tenha encontrado um ponto de convergência entre essas variadas opiniões.

A matéria já foi julgada em diversos países. Dentre eles, Colômbia e Argentina declararam, através de suas Supremas Cortes, que a criminalização do uso de drogas viola preceito Constitucional fundamental, o que resulta na inconstitucionalidade da tipificação do crime. Os argumentos invocados são os mais diversos. Vão desde razões de política criminal às antropológicas e jurídicas.

Em outros países como Portugal, Uruguai, Canadá e Estados Unidos em vários de seus estados, as drogas são descriminalizadas por opção do próprio legislador, sendo desnecessário um pronunciamento jurisdicional sobre a matéria. Em outros como Suriname e Japão, usuários de drogas ainda vão para a cadeia por força da lei.

No Brasil a matéria está pendente de análise no Supremo Tribunal Federal após a interposição de recurso que busca afastar a condenação criminal de um cidadão brasileiro pelo uso de drogas. Aduz-se no recurso que a criminalização viola direitos fundamentais trazidos pela Constituição de 1988. A Suprema Corte, guardiã última da Constituição, deve encarar o tema colocando as balizas constitucionais ao caso, seja direcionando-as ao legislador, seja ao cidadão.

O caso, que é análogo ao de diversos milhares de brasileiros na mesma situação jurídica, traz a relevante discussão sobre a possibilidade de o Estado intervir na vida privada do cidadão, criminalizando uma conduta, impedindo-o de atuar livremente de acordo com sua consciência e liberdade, sem que o ato traga ofensas relevantes aos bens jurídicos de terceiros.

A grande discussão encontra-se em torno do bem jurídico tutelado pelo artigo 28 da Lei 11.343/06. Para os que afirmam sua inconstitucionalidade, a norma protege apenas a saúde individual do usuário, razão pela qual não poderia haver incriminação nesse sentido. Por outro lado, há quem defenda que a norma protege a saúde coletiva, logo estaria em conformidade com a Carta Magna

Palavras Chave: Drogas. Direitos fundamentais. Criminalização. (In) Constitucionalidade

ABSTRACT

The constitutionality of the criminalization of illicit drug use has long been discussed in national doctrine, without which, to date, it has found a point of convergence between these different views.

The matter has already been tried in several countries. Among them Colombia and Argentina declared, through its Supreme Courts, that the criminalization of drug use violates fundamental constitutional precept, which results in unconstitutionality of the crime classification. The arguments are the most diverse. Ranging from criminal policy reasons to anthropological and legal reasons.

In many other countries such as Uruguay, Canada and the United States in several of its states, drugs are decriminalized by the legislature itself option, being unnecessary a court opinion on the matter. In others, drug users still go to jail by law.

In Brazil the matter is pending analysis in the Supreme Court after an appeal that seeks to exclude the criminal conviction of a Brazilian citizen by drug use. Adds to the resource that the criminalization violates fundamental rights brought by the Constitution of 1988. The Supreme Court, last guardian of the Constitution, must face the issue by putting the constitutional beacons to the case, either directing them to the legislator, whether the citizen.

The case, which is analogous to several thousand Brazilians in the same legal situation, brings relevant discussion about the possibility of the state intervene in the private lives of citizens, criminalizing conduct, preventing him from acting freely according to their conscience and freedom, without the act bring relevant offenses to third party legal interests.

The big argument is about the legal interest safeguarded by article 28 of Law 11.343 / 06. For those who argue its unconstitutionality, the rule only protects the individual user's health, which is why there could be no indictment accordingly. On the other hand, some argue that the rule protects public health, would soon be in conformity with the Constitution.

Keywords: Drugs. Fundamental rights. Criminalization. (In) Constitutionality

SUMÁRIO

| | Pág. |
|--|------|
| INTRODUÇÃO..... | 1 |
| I. DO PORTE PARA CONSUMO PESSOAL | |
| 1.1 ASPECTOS GERAIS..... | 10 |
| 1.2 NORMA PENAL EM BRANCO..... | 12 |
| 1.3 PERMISSÃO LEGAL PARA O USO DE DROGAS NO BRASIL..... | 13 |
| 1.4 NATUREZA JURÍDICA..... | 15 |
| 1.5 BEM JURÍDICO PROTEGIDO..... | 16 |
| II. DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA Lei 11.343/06 | |
| 2.1 DECISÃO IMPUGNADA..... | 19 |
| 2.2 ARGUMENTOS DO RECORRENTE..... | 20 |
| 2.3 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL..... | 23 |
| 2.4 AMICI CURIAE | |
| 2.4.1 PELO PROVIMENTO DO RECURSO..... | 25 |
| 2.4.2 PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO..... | 31 |
| III. DO JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL | |
| 3.1 MINISTRO GILMAR MENDES..... | 35 |
| 3.2 MINISTRO FACHIN..... | 43 |
| 3.3 MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO..... | 47 |
| CONCLUSÃO..... | 53 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 59 |

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva a análise penal-constitucional do artigo 28 da Lei 11.343./06, de acordo com o julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, pelo Pleno da Suprema Corte brasileira.

No caso ventilado, fundado no artigo 102, III, 'a', da Constituição Federal, objetiva-se a declaração da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 com a consequente absolvição do acusado pela atipicidade da conduta.

In casu, o réu foi condenado à prestação de serviço a comunidade pela prática descrita no artigo 28 da Lei de Drogas, qual seja, guardar, em desacordo com previsão legal e regulamentar, droga destinada a consumo pessoal. Segundo a denúncia formulada, o acusado, enquanto encontrava-se preso, foi flagrado na posse de 3 (três) gramas da substância *cannabis sativa*, mais popularmente conhecida como maconha.

De acordo com a sentença e o acórdão confirmador da sentença, não há incompatibilidade entre o artigo 28 da Lei 11.343/06 com a Constituição, uma vez que o citado artigo teria por função a tutela da saúde pública. O mero porte de drogas geraria abstratamente um risco de disseminação do vício pela sociedade o que, por si só, garantiria a legitimidade da criminalização das drogas.

Da mesma forma, a conduta examinada também geraria dano à segurança pública uma vez que o consumidor de drogas ilícitas teria um forte potencial para praticar crimes, além de ser o financiador do tráfico. Por isso a conduta deve ser incriminada.

Inconformada com a decisão de condenação, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário por entender que a decisão contraria dispositivo constitucional, mais especificamente aqueles trazidos no artigo 5º da Carta Magna, inciso X: intimidade e vida privada. Ainda, como decorrência lógica desta violação, haveria que se falar no desrespeito aos princípios da lesividade ou ofensividade e alteridade do direito penal.

Segundo o defendido, a conduta de usar drogas ou portá-las para uso pessoal sequer colocaria em risco a incolumidade pública visto que o âmbito de abrangência do artigo 28 é definido pelo tipo subjetivo da norma penal “para consumo pessoal”. Inadmissível seria qualquer forma de interpretação expansionista da lesividade ocasionada pelo uso de drogas para consumo pessoal que não se encerrasse na auto-lesão.

Delineados os contornos do caso, observa-se que o objeto de julgamento ultrapassa o interesse subjetivo das partes, irradiando-se para toda a sociedade que, direta ou indiretamente, sofre as consequências da aplicação da lei.

Em razão da existência de milhares de outros casos análogos em que se discute a conformidade constitucional do crime de ‘uso de drogas’, a Suprema Corte brasileira reconheceu ao tema repercussão geral. Imprescindível que para a eficiente meditação e fiel proteção da Carta Política de 1988 se oportunizasse à sociedade manifestação na presente discussão.

Diversas entidades civis ingressaram no feito como “*amici curiae*” ou “amigos da corte” justamente no sentido de proposição de ideias e pensamentos que contribuam para a resolução final do conflito.

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o Instituto Viva Rio, o Instituto Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, a Pastoral Carcerária, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais e a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos contribuíram na discussão com argumentos a favor da descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

De acordo com estas organizações, a criminalização das drogas fere gravemente direitos e preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição de 1988 além de somente agravar o problema das drogas sob a perspectiva da saúde e segurança pública. O direito penal seria instrumento demasiadamente agressivo para o tratamento da questão, havendo outras formas possíveis e mais eficientes de atuação Estatal.

De outro lado, se posicionaram contra o provimento do recurso as mais diversas entidades como a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil,

Associação Paulista Para o Desenvolvimento da Medicina, Associação Brasileira dos Estudos do Álcool e outras Drogas, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Central de Articulação das Entidades de Saúde e Federação Amor-Exigente.

Defenderam que, ainda que com reduzido embasamento empírico, que a descriminalização das drogas promoverá o aumento do consumo e da criminalidade. O Estado deve incumbir-se do dever de proteger a sociedade e as famílias que tanto sofrem com a dependência gerada pelas drogas.

Em tese, no confronto de direitos necessários ao convívio pacífico e harmonioso da sociedade, prevalecem aqueles de caráter coletivo, como é o caso da segurança e saúde públicas em detrimento dos direitos individuais.

As variadas posições não poderiam ausentar-se diante de um tema que tanto atormenta a diversificada realidade social brasileira. Todavia, não se pode esquecer do longo e permanente período de repressão político criminal às drogas sem o atingimento dos fins almejados, ao mesmo tempo em que se constata necessidades urgentes de mudança desta política em âmbito mundial por diversos organismos internacionais, inclusive a ONU¹.

Não é novidade que o contexto político de guerra às drogas favorece e garante, em muito, o fortalecimento de organizações criminosas atuantes no mercado de drogas e armas², o aumento da população carcerária³ e da criminalidade no Brasil, consequência do lastimável estado dos presídios nacionais,

¹ <http://nacoesunidas.org/guerra-as-drogas-novas-solucoes-anunciam-fim-da-repressao-ao-consumo-ocidente-destaca-onu/>

² Segundo o Relatório Mundial sobre Drogas da ONU, cerca de 5% da população mundial já consumiu ou consome algum entorpecente (e o crescimento é estável). Isso explica os lucros insanos do narcotráfico. O proibicionismo criou um monstro que hoje movimentava US\$ 400 bilhões por ano. Disponível em <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-guerra-da-droga-e-da-mentira-1205.html>

³ Segundo projeções pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen/MJ), entre 2005 e 2013, o país triplicou o número de pessoas presas por tráfico de drogas, passando de 50 mil para 150 mil. A população carcerária no Brasil vem aumentando e o tráfico de drogas é um dos motivos para esse crescimento. Segundo o coordenador-geral de Alternativas Penais do Depen, Victor Martins Pimenta, entre 2005 e 2013 a população de presos no Brasil teve um aumento de 60%. “O número de pessoas presas por crimes associados ao tráfico de drogas representa 46% desse número, o que nos torna possível dizer que sem uma alteração nessa política de aprisionamento do número de pessoas presas relacionadas a drogas é impossível fazer uma revisão da política de encarceramento em massa”. Disponível em <http://www.ebc.com.br/noticias/2015/04/trafico-de-drogas-e-um-dos-motivos-para-aumento-da-populacao-carceraria-no-pais>.

bem como a elevação dos níveis de corrupção estatal⁴, findando por ser uma política excessivamente onerosa para o Estado, sobretudo na figura do policial que guerreia contra o narcotráfico, e para a sociedade – somente entre 2011 e 2014, a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas investiu mais de R\$ 3,6 bilhões no combate às drogas⁵.

Inegável o peso da discussão para a seara de segurança pública, assim como também o é para a saúde pública. Necessário lembrar que o uso de drogas, sejam lícitas ou ilícitas, é prejudicial à saúde humana, ainda que em diferentes níveis de intensidade. Por conta disso, não se deve pensar em discutir a questão sob perspectiva outra que não a de cuidado e proteção efetiva ao homem.

O que se pretende com a descriminalização das drogas é deixar evidente que não é através do direito penal que se garante ao usuário de drogas proteção à saúde. Pelo contrário, pode-se constatar na política atual que a criminalização acaba por afastar a proteção à saúde do usuário, o que por fim se mostra um contra senso tendo em vista o bem jurídico protegido pela norma penal ser a saúde pública.

A criminalização de usuários e usuárias afeta esta proteção, pois dificulta o acesso a serviços de saúde e à prevenção. Se uma pessoa é tratada pela lei como criminosa ela terá receios de se dirigir a um posto de saúde com receio de ser presa, o que é reforçado pelo estigma que afeta especialmente mulheres e grupos marginalizados, como homossexuais e negros.

A política de drogas em exercício, baseada no extermínio das drogas ilícitas e na conseqüente criminalização do uso, não se compatibilizaria com os fundamentos da República brasileira na medida em que afronta preceitos fundamentais básicos como o pluralismo, a igualdade e a dignidade da pessoa

⁴ A corrupção é um dos principais fatores que contribuem para o aumento do tráfico de drogas no mundo. De acordo com o Relatório 2010 da Junta Internacional de Fiscalização de Entorpecentes (Jife), as zonas de narcotráfico intenso costumam apresentar elevados índices de violência e corrupção. O estudo aponta ainda que as organizações criminosas que conseguem construir um império do narcotráfico tornam-se forças políticas, com o poder e a autoridade de instituições legítimas. Nesse caso, as próprias autoridades estabelecidas para controlar e reprimir o narcotráfico acabam comprometidas por causa da corrupção. Disponível em <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//noticias/2011/03-marco/Jife/INCB_Global_Report_2010_English_pdf.pdf>

⁵ <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-04/governo-investiu-em-quatro-anos-r-36-bilhoes-no-combate-drogas-diz-senad>

humana, além de ofender desarrazoadamente direitos fundamentais como a autonomia individual e a intimidade, constantes do artigo 5º da Carta Magna.

Há que se destacar que muitos grupos utilizam drogas como forma de continuidade de suas tradições e culturas, realizando distintos modos de existência inerentes à natureza humana. Na religião hindu, por exemplo, o haxixe é considerado um presente dos deuses. Os Shaivas, devotos de Shiva, trazem continuamente a ganja (a planta feminina) para meditarem, pois acreditam que se elevarão espiritualmente. No Brasil, há diversos grupos indígenas que usam substâncias psicoativas para a execução de rituais espirituais.

Com isso, deve-se buscar pensar as drogas sob a visão pluralista de respeito às escolhas morais, individuais, íntimas do ser humano. O núcleo essencial da liberdade, a autonomia individual, deve ser vivido na sua plenitude, sem a ofensa de uma intervenção estatal opressiva, moralista e paternalista.

O paternalismo penal, caracterizado pela criminalização de comportamentos inerentes ao espaço de autonomia do indivíduo é incompatível com um sistema pautado pela dignidade humana, elemento que norteia a aplicação do direito penal e fundamenta os princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade, que indicam seu uso apenas em situações intoleráveis de agressão a bens jurídicos que não possam ser inibidos por meios menos gravosos.

Nesse sentido, ao mesmo tempo em que se nega o exercício pleno de direitos fundamentais protegidos pela Constituição, é possível constatar que a política de repressão criminal às drogas não atingiu seu objetivo uma vez que não impediu ou reduziu o nível de consumo/venda de substâncias ilícitas.

Conforme o relatório⁶ de 2014 sobre drogas da ONU, o consumo de drogas acompanha o crescimento populacional global. Não haveria dúvidas do fracasso do combate repressivo às drogas, sobretudo pela remotíssima possibilidade de eliminação da disponibilidade dessas substâncias em escala mundial. Esta, inclusive, foi umas das premissas sobre a qual o Ministro Barroso se debruçou: o fracasso da guerra às drogas.

Após décadas de “war on drugs” e incontáveis somas de recursos para o financiamento belicista desta política, houve uma estabilidade no consumo de determinadas drogas, enquanto o uso de drogas sintéticas e de prescrição aumenta

⁶Disponível em < <http://www.unodc.org/wdr2014/>>

consoantes os relatórios mundiais sobre drogas dos anos de 2011, 2012, 2013 e 2014, elaborados pela UNODC - United Nation Office on Drugs and Crime.

No Brasil, assim como na maioria dos países em desenvolvimento, as drogas se apresentam em um quadro ainda mais grave, onde a ausência de serviços públicos básicos como saúde e segurança incentiva a influência do poder paralelo sobre diversas comunidades pobres espalhadas por vastos territórios.

Por outro lado, experiências internacionais descriminalizantes, como Portugal e Holanda, comprovam que a regulamentação do uso de drogas fortalece a proteção do consumidor/dependente onde ele mais precisa, em sua incolumidade, ao mesmo tempo em que enfraquece o narcotráfico.

Em 2001, o Parlamento de Portugal aprovou reforma legislativa por meio da qual o porte de drogas para consumo pessoal passou a ser considerado infração contraordenacional, com previsão de sanção administrativa acompanhada de indicação para o acolhimento por parte de Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência. Portugal é hoje um dos melhores exemplos de que é possível tratar da questão das drogas, fora do direito penal, com êxito⁷.

Hoje temos 40 mil toxicodependentes em tratamento, em todo o País. É um número recorde de pessoas em tratamento e simboliza uma enorme evolução. Quando comecei nesta área, há 20 anos, o estigma social era tão forte que as pessoas nem davam o seu nome completo aos técnicos. Antes da descriminalização do consumo não tínhamos consumidores de 'cannabis' em tratamento. Agora, quando confrontados pelos técnicos das comissões, acabam por perceber que fumar 'cannabis' tem consequências para a saúde e aceitam o tratamento.⁸

Outra iniciativa, uma das iniciativas mais antigas, é a política holandesa, que se baseia em uma opção político-criminal marcada pela tolerância ao consumo de pequenas quantidades de cannabis e derivados, cuja venda a maiores e capazes se dá em estabelecimentos específicos (coffee shops) com o objetivo explícito de evitar o contato do consumidor com traficantes de substâncias mais perigosas, como a cocaína e a heroína.

⁷ Burgierman, Denis Russo. O fim da guerra, pp. 201/203.

⁸ João Goulão, Presidente do Instituto da Droga e Toxicodependência (IDT), de Portugal http://www.dn.pt/portugal/interior/10_anos_apos_a_descriminalizacao_do_consumo_de_droga_1837101.html

Em prática desde o final dos anos 1970, as pesquisas revelam que os índices relativos ao uso de drogas ilegais na Holanda são menores do que em países que adotam posturas mais repressivas⁹.

A regulamentação foi, inclusive, o modo como se trataram outras duas drogas lícitas muito comuns no Brasil: o álcool e o tabaco. A experiência extrapenal brasileira, neste ponto, é bem sucedida ao se observar que a abordagem educativa e médica direcionadas em políticas públicas foram decisivas para a redução dos níveis de consumo de tabaco¹⁰.

No que concerne especificamente à maconha, há debate científico sobre a lesividade desta substância para o consumidor. Porém, já se pode afirmar que a substância proibida no Brasil é utilizada em diversos países do mundo como Estados Unidos, Israel, Canadá, Uruguai, Inglaterra com fins terapêuticos de relevantíssimo valor para a saúde pública, sendo utilizada, por exemplo, em tratamentos contra o câncer e a epilepsia.

No Brasil, ao mesmo tempo em que se proíbe o uso da maconha e diversas outras drogas, seja medicinalmente ou recreativamente, libera-se o uso de outras mais socialmente aceitas pelo costume, como tabaco, álcool e estimulantes, mas que provocam até mais mal que algumas drogas ilícitas. É o que ocorre com a maconha, por exemplo, se comparada ao álcool e ao tabaco¹¹.

Estudioso de renome no tema sobre as drogas, o neurocientista americano Carl Hart se dedica ao tema há mais de 20 anos e dá rica narrativa para uma compreensão alternativa sobre a dependência de drogas.

As pessoas se viciam por muitas razões. Algumas possuem outras doenças psiquiátricas que contribuem com seu vício em drogas. Outras ficam viciadas porque esta é a melhor opção disponível a elas; outras porque têm poucas capacidades limitadas para assumir

⁹Beckley Foundation's Global Cannabis Commission. Cannabis Policy: moving beyond stalemate. Disponível em < <http://www.undrugcontrol.info/en/issues/cannabis/item/2406-cannabis-policy-moving-beyond-stalemate>> acesso em 6/08/2015

¹⁰ O ato de fumar está cada vez menos popular no Brasil. Segundo dados da Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico 2014, 10,8% dos brasileiros ainda mantém o hábito de fumar – o índice é maior entre os homens (12,8%) do que entre as mulheres (9%). Os números representam uma queda de 30,7% no percentual de fumantes nos últimos nove anos. Em 2006, 15,6% dos brasileiros declaravam consumir o produto. A redução no consumo é resultado de uma série de ações desenvolvidas pelo Governo Federal para combater o uso do tabaco.

¹¹ Em artigo publicado pela revista Scientific Reports, pesquisadores afirmam que a letalidade do álcool é 114 vezes superior à da maconha, figurando aquela substância no 1º lugar do ranking de mortes no mundo seguido pela heroína, cocaína e tabaco. Disponível em <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4311234>>

responsabilidades. As pessoas se tornam viciadas por um leque muito diverso de razões. Se nós estivéssemos de fato preocupados com o vício em drogas, nós estaríamos tentando entender precisamente o porquê as pessoas se tornam dependentes. Mas não é nisso que estamos interessados. Nesta sociedade nós nos interessamos em *mal-dizer* as drogas. Dessa forma, não temos de lidar com os problemas sociais mais complexos que transformam as pessoas em dependentes químicos.¹²

Defende o estudioso¹³ que o vício, na maioria dos casos, é causado por fatores externos determinantes para o desenvolvimento psicossocial do homem, e não única e exclusivamente por conta da substância ingerida. Até mesmo o crack é possível usar sem tornar-se viciado. Mais importante do que entender as drogas, é entender o ser que a usa, seu motivos, suas predisposições, sua vida.

Para o neurocientista, boa parte do uso problemático de drogas é motivado pela ausência de alternativas – se as pessoas têm poucas oportunidades de encontrar prazer em seu cotidiano, em sua existência, a possibilidade de se tornarem dependentes cresce muito. Por isso, guetos e ambientes marcados por miséria e ignorância são os locais em que o consumo de drogas se torna mais visível.

Então, a partir do estudo interdisciplinar sobre as drogas, buscar-se-ão as razões pragmáticas e jurídicas que autorizam ou não a tipificação do crime de porte de drogas para consumo pessoal a partir do julgamento do RE 635659. A criminalização das condutas “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, droga” respeita os direitos fundamentais trazidos a partir de 1988 ou há frontal desrespeito a esses valores constitucionais indispensáveis ao Estado Democrático de Direito?

Oportunamente, o estudo dos votos apresentados pelos Ministros será de fundamental importância para a formação da convicção sobre os fundamentos jurídicos e compreensão da realidade social que se situa em torno das drogas. Sobre este aprendizado então é que se buscará formular, de forma crítica, conclusão no sentido do melhor respeito aos direitos do cidadão brasileiro, sobretudo daqueles que se encontram na zona vulnerável da dependência-criminalização-estigmatização.

¹²Entrevista dada ao site Carta Maior em 15/01/2014 <http://www.cartamaior.com.br/?%2FEditoria%2FDireitos-Humanos%2F-As-drogas-nao-sao-o-problema-entrevista-com-o-neurocientista-Carl-Hart-%2F5%2F30021>

¹³ HART, Carl. Um Preço Muito Alto. 2015. Editora Zahar.

O julgamento a ser proferido pelo Tribunal se reveste de extrema importância. Decidir se o uso de drogas merece a intervenção mais severa do direito penal por afetar, em tese, a saúde e segurança públicas ou, de fato, se não há razões para tal uso uma vez que a incriminação prejudica soberanamente o exercício de direitos individuais que permitem uma vida digna com certeza influirá nas políticas públicas sobre drogas a serem executadas deste momento em diante.

Em razão da provável apresentação deste trabalho anteriormente ao término do julgamento do RE 635.659 pelo STF, este trabalho limitar-se-á a análise dos votos exarados pelos Ministros até momento hábil anterior à entrega deste trabalho.

CAPÍTULO I: DO PORTE PARA CONSUMO PESSOAL

1.1 Aspectos Gerais

A política nacional de combate às drogas foi instituída no Brasil, mais recentemente, pela Lei 11.343/06, nela constando disposições que buscam, desde organizar todo o sistema estatal de combate às drogas, até a instituição de crimes e penas para aqueles que praticarem determinadas condutas assim definidas como infração penal.

Com o advento desta lei, possibilitou-se, por meio de grande inovação legislativa, seguindo a tendência político criminal internacional, que se diferenciasse, por meio de parâmetros legais, o sujeito usuário de drogas e o definido como traficante de drogas.

Esta mudança foi de grande relevância para a sociedade uma vez que a Lei nº 6.368/78, que regia a matéria, não diferenciava as condutas, findando por dar tratamento prisional a todos os envolvidos com drogas ilícitas.

Não obstante, ainda que se tenha inovado na matéria penal ao criar tratamento legal diferenciado para o usuário e para o traficante, a diferenciação veiculada pela Lei 11.343/06 foi frágil e insuficiente diante da ausência de critérios objetivos. A mera finalidade do consumo pessoal definida no artigo 28 possibilita apenas uma análise subjetiva do julgador a respeito de quem é usuário e quem é traficante. Com isso, permite-se que haja alto grau de discricionariedade pelas forças policiais (primeira fração do Estado a ter contato com os crimes) e pelo próprio Poder Judiciário.

A aplicação isonômica da lei fica comprometida. O que ocorre muitas vezes na prática é que são considerados usuários aqueles que possuem um mínimo de poder econômico para serem defendidos por um advogado, enquanto que os usuários pobres raramente são assim taxados, restando a eles o estereótipo de traficante.

A omissão legal, neste ponto, infringe de maneira severa a isonomia visto que a aplicação da lei acaba por ser direcionada seletivamente a partir da vulnerabilidade social e econômica de seus infratores.

Ademais, há flagrante distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas potencialidade de determinar dependência física e psíquica .

Além dos limites falhos da diferenciação, o legislador reconheceu como desnecessária a aplicação da pena de prisão para o usuário de drogas, restando a ele ser sancionado com uma admoestação verbal, prestação de serviço à comunidade ou medida socioeducativa.

Assim, eliminou-se, de uma vez por todas, a possibilidade de condução ao cárcere daquele que faz uso de substâncias entorpecentes ou psicotrópica capaz de causar dependência. Um marco para a sociedade da época, que até então abordava a questão das drogas como mero problema de segurança pública que tinha como solução o encarceramento.

Desde então é possível falar em despenalização para o usuário de drogas, ou seja, não mais se admite, no ordenamento nacional, a pena por excelência do direito penal: a prisão.

A propósito, eis o teor da justificativa final do Senado ao Projeto de Lei nº 115, convertido na Lei nº 11.343/06, veiculado pelo parecer 846 da Comissão de assuntos sociais do Senado:

O maior avanço do Projeto está certamente no seu art. 28, que trata de acabar com a pena de prisão para o usuário de drogas no Brasil. A pena de prisão para o usuário de drogas é totalmente injustificável, sob todos os aspectos. Em primeiro lugar, porque o usuário não pode ser tratado como um criminoso, já que é, na verdade, dependente de um produto, como há dependentes de álcool, tranquilizantes, cigarro, dentre outros. Em segundo lugar, porque a pena de prisão para o usuário acaba por alimentar um sistema de corrupção policial absurdo, já que quando pego em flagrante, o usuário em geral tenderá a tentar corromper a autoridade policial, diante das consequências que o simples uso da droga hoje pode lhe trazer.

Tal fato vai dando contorno na desnecessidade do direito penal em tutelar determinados fatos sociais, sendo imperativa e suficiente uma abordagem extrapenal de acordo com os princípios da intervenção mínima e subsidiariedade.

Cabe lembrar que apesar de não mais haver pena de prisão para o usuário de drogas, este ainda sofre os efeitos penais da condenação criminal e o consequente estigma de criminoso que tal imputação traz consigo.

Sob a ótica do direito penal mínimo, o enfrentamento às drogas deve significar, tão somente, uma intervenção estatal orientada ao bem estar do indivíduo, abordando-se o tema sob uma perspectiva alternativa ao direito penal. Assim é a experiência do enfrentamento às drogas em diversos países da Europa em uma política conhecida pela prevenção e redução dos danos.

1.2 NORMA PENAL EM BRANCO

Ao contrário da legislação pretérita, que fazia uso da terminologia substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, a Lei 11.343/06 optou por fazer uso da expressão drogas, denominação preferida pela Organização Mundial da Saúde, definida pela própria Lei em seu artigo 1º, parágrafo único, como as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas pelo Poder Executivo da União, sendo certo que, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no referido dispositivo, denominam-se drogas as substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344 de 12 de maio de 1998.

Como a compreensão do conceito de drogas e, conseqüentemente, do próprio preceito primário dos crimes previstos na Lei n 11.343./06, demanda uma complementação por meio de lei ou portaria, trata-se de espécie de norma penal em branco.

O termo drogas constante dos diversos dispositivos previstos na Lei nº 11.343/06 não funciona como elemento normativo do tipo, sujeito a uma interpretação valorativa do magistrado. Há um verdadeiro branco que precisa ser complementado por norma específica. Ou seja, somente após a leitura da Portaria nº 344 da ANVISA é que poderemos saber se esta ou aquela substância é considerada droga para fins de aplicação da Lei 11.343.

Destarte, ainda que determinada substância seja capaz de causar dependência física ou psíquica, se ela não constar da Portaria, não haverá tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das condutas previstas na Lei.

Trata-se, mais detidamente, de norma penal em branco heterogênea, eis que o complemento da norma é de fonte estranha ao Congresso Nacional.

Neste ponto, uma primeira questão que salta aos olhos juristas é a compatibilidade da administrativização da lei penal e o princípio da estrita legalidade penal. Poderia uma norma penal incriminadora aderir a uma normatização que não provenha do Poder Legislativo?

Minoritariamente, entende-se que haveria violação ao princípio da legalidade, usurpando-se a competência privativa do Congresso Nacional para legislar sobre Direito Penal, em clara violação ao artigo 22 da Constituição. Ademais, fala-se também em afronta ao princípio democrático eis que o Poder Executivo não é autorizado a criar norma incriminadora.

Por outro lado, prevalece que não há violação a estes princípios desde que o núcleo essencial da conduta seja descrito no tipo penal incriminador que demanda complementação, tal qual ocorre em relação ao crime de drogas. Desta forma, não se permitiria ao Poder Executivo qualquer interferência no núcleo incriminador, mas tão somente uma complementação regulamentadora daquilo que já foi previamente definido como crime pelo Poder Legislativo

1.3 PERMISSÃO LEGAL PARA O USO DE DROGAS NO BRASIL

Ultrapassando a discussão, a Lei de Drogas traz, como regra, a proibição do plantio, da cultura, da colheita e da exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas. Como exceção, há duas permissões legais, contidas no artigo 2º, para o cultivo, exploração, cultura e colheita para plantas de uso estritamente ritualístico-religioso e quando houver autorização legal ou regulamentar para fins medicinais ou científicos.

Todavia, mister salientar que o referido artigo não autoriza, de plano, o cultivo de plantas de uso ritualístico-religioso. Para tanto, faz-se necessária a devida autorização legal ou regulamentar, sem que se impeça a livre manifestação religiosa ou cultural inerente ao homem e sua identidade.

É como ocorre com o chá Ayahuasca, produto da decocção de uma espécie de cipó e de uma folha, utilizado pelo movimento religioso conhecido como Santo Daime. A respeito dessa bebida, um relatório apresentado por Grupo Multidisciplinar de Trabalho instituído no âmbito do Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas concluiu que:

O uso ritualístico da Ayahuasca, há muito reconhecido como prática legítima constitui-se manifestação cultural indissociável da identidade das populações tradicionais da Amazônia e de parte da população urbana do País, cabendo ao Estado não só garantir o pleno exercício desse direito à manifestação cultural, mas também protegê-la por quaisquer meios de acautelamento e prevenção, nos termos do artigo 2º, caput, Lei 11.343/06 e artigo 215, caput e §1º c/c artigo 216 e §§1º e 4º da Constituição Federal¹⁴

Observa-se que a Lei, neste ponto, criando exceções à regra geral para o uso de drogas, permitiu o livre exercício da liberdade religiosa e de crença, coadunando-se, portanto, ao texto constitucional.

E não poderia ser diferente. Com o marco do constitucionalismo, a obediência formal e material das Leis infraconstitucionais deve, sempre, estar sintonizada com os valores e princípios constitucionais positivados.

Com o advento da Constituição da República de 1988, o Estado, que antes era chamado de militar, passou a ser chamado de Democrático e de Direito, ante as diversas garantias trazidas pela Carta. Jungido a essa nova conformação do Estado brasileiro, diversas garantias foram previstas, logo no artigo 5º, revelando a prioridade que, na nova ordem constitucional, é reservada aos direitos individuais.

Concomitantemente, observou-se a renovação da força normativa da Constituição, no sentido de que todo o ordenamento jurídico deve respeito e adequação aos ditames que se irradiam da Carta Constitucional. E esse efeito, por

¹⁴ Resolução nº 1/2010 do CONAD.

óbvio, incide também na seara penal, condicionando o legislador ordinário no momento do exercício da atividade legislativa.

Com isso, fincadas as balizas fundamentais para a coerente discussão do tema, passamos a uma análise científica do artigo 28 da Lei de Drogas para que melhor se compreenda o seu conteúdo e aplicação.

1.4 NATUREZA JURÍDICA

A partir do momento em que a Lei 11.343/06 deixou de prever a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, surgiu intensa controvérsia acerca da natureza jurídica do artigo 28. Basicamente, há três posições distintas.

Segundo Luiz Flávio Gomes, o porte de drogas para consumo pessoal não mais pode ser considerado como crime. Considerando que a Lei de Introdução ao Código Penal classifica como crime a infração penal punida com pena de reclusão ou detenção, e contravenção penal a infração apenada com prisão simples e multa, teria havido descriminalização formal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. Segundo o autor, ante a ausência destas penas para o usuário de drogas, o artigo 28 traria uma infração penal *sui generis* de menor potencial ofensivo¹⁵.

Uma segunda posição¹⁶ seria de que teria ocorrido uma descriminalização substancial, ou seja, *abolitio criminis*, o que permitiria concluir que o artigo 28 da Lei de Drogas não mais pertence ao Direito Penal, funcionando, na verdade, como uma infração do Direito judicial sancionador.

E finalmente, segundo posicionamento do Supremo Tribunal Federal¹⁷, aduz-se que o artigo 28 manteve-se como crime, ainda que se tenha adotado

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas comentada. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 111. Segundo o autor, descriminalizar significa retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, ou seja, o fato descrito na lei penal como infração penal deixa de ser crime. Há três espécies de descriminalização: a) formal: retira o caráter criminoso do fato, mas não o retira do campo do direito penal, tal qual ocorreu em relação ao art. 28 da Lei de Drogas; b) penal: elimina o caráter criminoso do fato e o transforma num ilícito civil ou administrativo; c) substancial: afasta o caráter criminoso do fato e o legaliza totalmente).

¹⁶ BIANCHINI, Alice. Lei de Drogas comentada. Coordenador: Luiz Flávio Gomes. Sé ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 117.

¹⁷ Para o Supremo, teria havido mera "despenalização", entendida como a exclusão, para o tipo do art. 28 da Lei de Drogas, das penas privativas de liberdade, sendo inviável cogitar-se de abolitio

medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, afastar a aplicação da pena de prisão.

1.5 BEM JURÍDICO PROTEGIDO

Para Guilherme Nucci¹⁸ e Fernando Capez¹⁹, trata-se de crime contra a saúde pública.

O bem jurídico “saúde pública” tem base constitucional expressa no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, em que se reconhece a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Objeto jurídico desse crime é a saúde pública, e não o viciado. A lei não reprime penalmente o vício, uma vez que não tipifica a conduta de “usar”, mas apenas a detenção ou manutenção da droga para consumo pessoal.

Cuida-se de crime de perigo, ou seja, aquele em que há uma probabilidade de dano, que, no entanto, não precisa ocorrer para a consumação do delito. A intenção do legislador, nestes casos, é levar a efeito a punição do agente antes que sua conduta venha, efetivamente, a causar lesão ao bem juridicamente protegido.

Mais especificamente, o artigo 28 traz um crime de perigo abstrato no qual o legislador, baseado em dados empíricos, seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. Há uma presunção de que a prática de determinada conduta representa um risco ao bem jurídico, sendo desnecessária a comprovação no caso concreto de que a conduta do agente tenha efetivamente produzido a situação de perigo que o tipo penal visa evitar.

Assim, o “ato de portar, guardar, trazer consigo, droga, para consumo pessoal” coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas.

crimínis: STF, 19 Turma, RE 430.105 Q0/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 13/02/2007, ale 004 26/04/2007.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5ª edição. São Paulo. Ed Revista dos Tribunais, 2010. p. 343

¹⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Legislação Penal Especial 4. 7ª edição. Ed. Saraiva, 2012. P 756

Por outro lado, há ensinamentos²⁰ no sentido de que o porte de drogas para consumo pessoal em circunstâncias que não envolvam perigo concreto, direto e imediato para terceiros, não afeta nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade e às suas opções pessoais. Logo, como o Estado não está autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode intervir sobre condutas de tal natureza, vez que o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser, conquanto não afete concretamente direitos de terceiros.

Na mesma linha, Luiz Flávio Gomes²¹, à luz do princípio da ofensividade, advoga que não existe crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, admite-se a intervenção do Direito Penal apenas quando houver uma lesão concreta ou real (não se admite a punição por crimes de perigo abstrato), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito Penal) e intolerável. Logo, por força da ausência de transcendentalidade da ofensa, não haverá crime diante da ofensa a bens jurídicos pessoais. Por isso, como o porte de drogas para consumo pessoal não ultrapassa o âmbito privado do agente, não se pode admitir a incriminação penal de tal conduta.

Respeitadas as mais variadas posições, nos parece acertado o entendimento de que a criminalização do uso de drogas para consumo pessoal não se destina a proteção de um bem jurídico coletivo, mas sim a saúde individual.

O artigo 28 da Lei de Drogas traz conduta que se limita ao comportamento individual de um usuário de drogas. Tanto é assim que, o usuário que fornecer droga para outro usuário, ainda que sem objetivo do lucro, responderá por crime mais grave por justamente colocar em risco a incolumidade alheia.

Esta seria a grande diferença entre os crimes de tráfico e uso de drogas. No primeiro, o risco de lesão à saúde pública daquele que vende, fornece, distribui, dá, etc., drogas, é inerente à atividade ilícita e merece ser criminalizado. O segundo diferencia-se por corresponder a uma atividade íntima do ser humano que traz as mais graves consequências para si, e, portanto, não passível de ser criminalizado.

²⁰ KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do protecionismo. Boletim IBCCRIM, ano 14, n^o 167, p. 7, out., 2006.

²¹ Lei de Drogas comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 52 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 122. De acordo com o autor, outros países latino-americanos já deixaram de punir o usuário de drogas, seja pelo reconhecimento judicial da inconstitucionalidade (Argentina e Colômbia), seja pela opção legislativa em descriminalizar o ato (México).

Soa estranho incriminar o uso pessoal de drogas ilícitas ao mesmo tempo em que são comuns na sociedade tatuagens, piercings, lutas sangrentas, esportes radicais e suicídio. Afinal, como dito, são disposições que, tomadas livremente, interferem no âmbito pessoal de cada um e mais ninguém. A liberdade de auto colocar-se em perigo é absoluta na medida em que o risco se encerra no provocador do perigo. Não cabe às leis, somente a cada um, ditar aquilo que será limitado pela liberdade e intimidade da pessoa humana.

Enfatiza-se que o atual direito penal constitucional é conformado pelos direitos fundamentais do homem e a estes deve respeito. Desde a reforma penal iluminista, não mais se pune a auto-lesão, sendo legítimo ao homem dispor de sua integridade física como exercício da sua liberdade.

Porque não, então, regularizar as drogas para o consumo individual?

Não nos parece louvável que o porte de drogas para uso pessoal tenha, por si só, capacidade de gerar um perigo de disseminação da dependência pela sociedade que autorize a incriminação da conduta. Isso porque a droga, nestes termos, é própria para uso exclusivo de seu portador. Este risco é demasiadamente relativo. Seria o mesmo que dizer que a não incriminação do álcool seria a causa de uma sociedade alcoólatra, o que não acontece. A mera presença das substâncias na sociedade não é suficiente para determinar o perigo da dependência, ainda mais quando se fala em uso exclusivamente pessoal.

CAPÍTULO II. Da (In) Constitucionalidade do Artigo 28 da Lei 11.343/06

A partir de então, o presente estudo focará na explanação dos argumentos e posicionamentos tomados no RE 635.659 para defender ou atacar a constitucionalidade da criminalização do usuário de drogas, passo indispensável para a reflexão completa sobre o tema.

2.1 DECISÃO RECORRIDA

Em primeiro grau de julgamento, o Juiz da 2ª Vara Criminal de Diadema julgou procedente a ação penal movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, condenando o acusado pela conduta prevista no artigo 28 da Lei 11.343/06.

Conforme a sentença proferida, entendeu-se que a conduta realizada é crime, ainda que de ínfimo potencial ofensivo. A punição do porte de droga para uso próprio deve-se ao potencial dano que estas podem gerar para a coletividade. Não seria razoável afastar a tipicidade da conduta por falta de lesividade ante a ausência de determinação do legislador nesse sentido, evitando-se, com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado.

Pequena quantidade de substância tóxica, mesmo quando classificada como leve (maconha), não implica necessariamente que o Juízo deva acatar o chamado - princípio da insignificância - em favor do acusado, porque todo delito associado a entorpecentes, independentemente de sua gravidade, constitui um risco potencial para a sociedade.²²

Em segundo grau de julgamento, a decisão condenatória foi mantida, negando-se provimento ao recurso da defesa. Foi acordado que a tese de inconstitucionalidade do delito de porte de substância entorpecente não é nova, salientando-se que o artigo 28 não pune o vício em si próprio, uma vez que não se

²² Turma Recursal JECRIM-DF. Ap. 20050110008830, 1ª T. Rel. José Guilherme de Souza, 27/09/05, v.u. DJU 12/05/06 p. 143

encontra entre as figuras típicas descritas no artigo 28 a conduta de “usar”, o que esterilizaria a tese de ofensa a liberdade individual.

A questão, então, seria solucionada pela jurisprudência ora colacionada:

Difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga são razões maiores que justificam incriminação do art .16 da Lei de Tóxicos.²³

2.2 ARGUMENTOS DO RECORRENTE

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs o recurso extraordinário 635.659 por entender haver clara violação constitucional na criminalização do uso de drogas. Segundo o órgão, o legislador ordinário, ao incriminar a conduta de portar drogas para uso próprio extrapolou seu poder, ferindo preceito constitucional que estabelece ser “invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”.

Com base da argumentação trazida, esses direitos individuais tem reflexo no Direito Penal, especialmente quando exige que uma determinada conduta, para ser considerada criminosa, lesione bens jurídicos alheios. Permanecendo a conduta na própria esfera do autor do fato, não há que se falar em alteridade e lesividade. Para auxiliar na questão, invoca-se o magistério doutrinário de Nilo Batista²⁴:

Este princípio transporta para o terreno penal a questão geral da exterioridade e alteridade (ou bilateralidade) do direito: ao contrário da moral e sem embargo da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um externo o direito 'coloca face a face pelo menos, dois sujeitos'. No direito penal, à conduta do sujeito autor deve relacionar-se, como signo sujeito, o bem jurídico (que era objeto da proteção penal e foi ofendido pelo crime - por isso chamado de objeto jurídico do crime). Como ensina Roxin, 'só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral' (...). À conduta puramente interna, ou puramente individual seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente falta lesividade que possa legitimar a Intervenção penal.

²³ TJRS- Incidente de Inconstitucionalidade na AC 686062340- Rel. Milton dos Santos Martins- TJRS 128/33). De igual teor: RJTJRS 127/97 e 132/49

²⁴BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 8ª Edição, novembro de 2002, página 91 g. n)

Portanto, à conduta de portar drogas para uso próprio falta a necessária lesividade. Deveras, o comportamento tipificado pelo legislador ordinário como criminoso retrata apenas o exercício legítimo da autonomia privada, resguardada constitucionalmente pelo direito à vida íntima.

O porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada “saúde pública” (objeto jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário. Seu comportamento não extravasa seu próprio âmbito, estando em núcleo intangível ao Estado, em seu chamado *status libertatis*. Nessa esfera não pode ingressar o Estado, especialmente na aguda intervenção penal.

Como reforço deste posicionamento, há respaldo no direito comparado nesse mesmo sentido. A Suprema Corte Argentina já declarou a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso próprio em razão da impossibilidade da intervenção estatal no âmbito privado dos cidadãos, assim como a Suprema Corte Colombiana.

No Brasil, a 6ª Câmara do 3º Grupo da Seção Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, na apelação criminal nº 01113563/0-0000-000 da Comarca de São José do Rio Pardo, cujo voto, destacado, se deu nos seguintes termos:

A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, e viola frontalmente os princípios da igualdade e da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, albergados pelo artigo 5º da Constituição Federal como dogmas de garantia individual. Como observa Salo de Carvalho, "a permanência da lógica bélica e sanitária nas políticas de drogas no Brasil é fruto da opção por modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem a razão de Estado à razão de direito, pois desde a estrutura do direito penal constitucional, o tratamento punitivo ao uso de entorpecentes é injustificável". O argumento de que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é de perigo abstrato, bem como a alegação de que a saúde pública é o bem tutelado, não é sustentável juridicamente, pois contraria inclusive a expressão típica desse dispositivo criminalizador, lavrado pela própria ideologia proibicionista, o qual estabelece os limites de sua incidência pelas elementares elegidas, que determinam expressamente o âmbito individualista da lesividade e proíbem o expansionismo desejado. Basta ler o tipo penal em menção, que descreve, para a incidência da conduta que pretende criminalizar,

exclusivamente aquela de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou porta, "para consumo pessoal", drogas proibidas. **O elemento subjetivo do tipo, evidenciado pela expressão "para consumo próprio", delimita com exatidão o âmbito da lesividade e impede qualquer interpretação expansionista que extrapasse os lindes da autolesão. Com efeito, como assevera Maria Lúcia Karan, "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 ausência daquela expansibilidade do pepino (...).** Nesta linha de raciocínio, não há como negar/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 difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal". É por isso que Alexandre Morais da Rosa afirma que **"no caso de porte de substâncias tóxicas inexistente crime porque, ao contrário do que se difunde, o bem jurídico tutelado pelo artigo 16 da Lei n. 6368/76 é a integridade física e não a incolumidade pública"...** Não se olvide da violação ao princípio constitucional garantidor da intimidade e da vida privada, que estabelece intransponível separação entre o direito e a moral. Com efeito, não se pode admitir qualquer intervenção estatal, principalmente de índole repressiva e de caráter penal, no âmbito das opções pessoais, máxime quando se pretende impor pauta de comportamento na esfera da moralidade. Induvidosamente, "nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da inferioridade". É por isso que somente é admissível a criminalização das condutas individuais que causem dano ou perigo concreto a bens jurídicos de terceiros, o que não acontece com a conduta descrita no tipo do artigo 28 da Lei n. 11343/2006. Decididamente, "no direito penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (...): o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros. Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático, não admite crime sem vítima. A lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida - bem jurídico maior - atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional". Como ensina Maria Lúcia Karan, "a simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, são condutas que, situando-se na esfera individual, se inserem no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado - e, portanto, ao Direito - penetrar. Assim, como

não se pode criminalizar e punir, como, de fato, não se pune, a tentativa de suicídio e a autolesão; não se podem criminalizar e punir condutas, que podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão". **E não se olvide, ainda, que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afronta o respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergado pela Constituição Federal e por inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Com efeito, a criminalização do porte de substância entorpecente dá uma bofetada no respeito ao ser diferente, invadindo a opção moral do indivíduo. Há uma nítida reprovação a quem não segue o padrão imposto. Há uma espécie de eliminação social dos que não são iguais.(...) Cabe ao ser humano, desde que não interfira nos desígnios de terceiros e os lesione, de maneira individual, escolher e traçar os caminhos que mais lhe convém, Ao se reprovar o uso criminalizando o porte, a sociedade invade seara que não é constitucionalmente sua.** Assim fazendo, desrespeita as opções individuais e estigmatiza o ser diferente pela simples razão de este não se revestir da crença do que seria correto. (...) **A Constituição exige tolerância com quem seja assim, sem exigir padrões de moralidade aos diversos grupos existentes, dentre eles os que usam drogas.** Portanto, como a criminalização primária do porte de entorpecente para uso próprio é inconstitucional, a conduta do recorrente, que portava cocaína para uso próprio, é atípica. (grifo nosso)

Isto posto, pugna o recorrente pelo conhecimento e provimento do recurso extraordinário, o que implicará no reconhecimento da violação do direito à intimidade e vida privada pela decisão impugnada, com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, com a consequente reforma do acórdão que manteve o teor da sentença condenatória.

2.3 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (CUSTUS LEGIS)

O órgão ministerial federal, atuando como *custus legis*, a partir de parecer exarado pelo Subprocurador- Geral da República, requereu o desprovimento do recurso por entender constitucional o artigo da Lei de Drogas que criminaliza o consumo pessoal de drogas ilícitas.

Isso porque, segundo o Ministério Público Federal, o bem jurídico tutelado pelo artigo em análise é a saúde pública, que fica exposta a perigo pelo porte da droga proibida, independentemente do uso ou da quantidade apreendida. A conduta daquele que traz consigo droga para uso próprio, por si só, contribuiu para a

propagação do vício no meio social. O uso de entorpecentes não afetaria somente o usuário, mas também a sociedade como um todo.

Recorrendo aos ensinamentos do i. Jursita Vicente Greco Filho, *in verbis*:

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo (a droga) para uso próprio, é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo da difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a forma de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno²⁵.

Ainda, aduz que a Lei 11.343/06, seguindo orientação de política criminal baseada nas tendências internacionais modernas, aboliu a pena de prisão para o usuário, dispensando-o tratamento preventivo e terapêutico ao invés do tratamento penal.

Entretanto, verifica-se que o legislador optou por manter como crime o porte/posse de entorpecentes para consumo próprio e nesse sentido é vasta a jurisprudência dos tribunais sobre a matéria:

A tese de inconstitucionalidade do delito de porte de substância entorpecente não é nova. Seu questionamento já subsistia quando em vigor a lei 6368/76, na qual o tipo penal da denúncia era o art. 16, de redação quase idêntica ao atual art. 28 da lei 11343/06. E os julgados, de forma absoluta e reiterada rejeitam referida tese, que como em nada inova, é solucionada pela antiga jurisprudência, ora transcrita: "difusão da droga a ser evitada e da própria pessoa que utiliza a droga são razões maiores que justificam incriminação do art. 16 da Lei de Tóxicos".²⁶

Aderindo ao mesmo posicionamento, o Ministério Público do Estado de São Paulo pugnou pela harmonia da criminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal com a Carta da República.

²⁵ Tóxicos - Prevenção Repressão, São Paulo, Saraiva, 1982, p. 113.

²⁶ (TJRS - Incidente de Inconstitucionalidade no AC 686062340- Rel. Milton dos Santos Martins-RJTJRS 128/33). De igual teor: RJTJRS 127/97 e 132/49. Neste aspecto deve ser salientado que a lei não pune o vício em si próprio, uma vez que não se encontra entre as figuras típicas descritas no art. 28 a conduta de "usar". E tal esteriliza a tese de ofensa a liberdade individual.

Como se depreende do caso, não há que se falar em lesão à intimidade ou à privacidade do usuário de drogas, uma vez que o tipo penal em análise tutela a saúde pública, portanto, um interesse coletivo, sendo que este, diante de uma liberdade individual, deve, sem dúvida, prevalecer.

Ou seja, o interesse da coletividade deve predominar sobre o interesse individual de um indivíduo, mesmo porque há o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Nesse sentido, a jurisprudência:

O art. 16 da Lei 6368/76 não viola o direito constitucional à intimidade previsto no art. 5º, X, da CF. Esse direito não pode ser oponível ao interesse coletivo de proteger a saúde pública. Ademais, a posse de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ainda que para uso próprio, representa perigo para a saúde pública.²⁷

2.4 AMICI CURIAE

Foram admitidos como amigos da corte diversas entidades representantes da sociedade civil. A favor do provimento do recurso, pronunciaram-se o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o Instituto Viva Rio, o Instituto Conectas Direitos Humanos, o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, a Pastoral Carcerária, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais e a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos.

Contra o provimento do recurso, sustentaram a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/09 a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol), Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina (SPDM), Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas (ABEAD), Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, Central de Articulação das Entidades de Saúde (Cades) e Federação de Amor-Exigente (FEAE).

2.4.1 AMICI CURIAE PELO PROVIMENTO DO RECURSO

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais aduziu que a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal colide com as balizas constitucionais que conformam a intervenção penal. Isto porque a proteção constitucional da intimidade

²⁷ Ap. 151.129.3/7 - TJSP – 5ª C. - J. 1.11.93 - Rel. Des. Dante Busana - RT 702/334-335

e da vida privada impede que o Estado interfira na vida do cidadão quando este não oferecer risco de lesão ou lesão a interesse de terceiros.

Ou seja, é o direito penal limitado pelo princípio da ofensividade, segundo o qual a função do controle social penal é a de tutelar os bens jurídicos mais relevantes dos ataques mais intoleráveis.

Assim, a partir do momento em que a Lei de Drogas incrimina as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo droga, com a finalidade exclusiva de uso pessoal, não se poderia falar em atingimento de bem jurídico coletivo uma vez que a conduta se exaure no âmbito pessoal do praticante do núcleo penal. Ausente, portanto, a alteridade.

Questiona, então, se a política de drogas deve ser criminal?

Não seria a resposta. Citando Sebastian Scheerer:

Discriminação e perseguição de pessoas com distintas preferências no campo das drogas é uma terrível vergonha, um crime, um pecado, além de ser totalmente impróprio em qualquer sociedade civil aberta e livre.²⁸

A liberdade de escolha é própria das sociedades democráticas que, sobretudo, respeitam o ser enquanto pessoa digna de direitos e escolhas, por mais incomuns que estas sejam. Se há a vontade de auto-lesionar-se, como no caso do uso de drogas, deve-se a estas pessoas o devido respeito e atenção, mas sem lhes dar punição institucionalizada e estigmatizante.

Inaceitável, também, o paternalismo moral exercido pela norma incriminadora em análise. O papel do direito penal não é realizar a educação moral de pessoas adultas, não competindo ao Estado fiscalizar a moralidade privada, para exercer em face dos cidadãos o papel de polícia dos costumes, de sentinela da virtude.

Saló de Carvalho assim aborda a questão:

²⁸ Prohibición de las drogas en sociedades abiertas in Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madri, Dykinson, 2003, p. 65 – tradução livre.

O réu nada mais fez, em verdade, do que exercer o direito fundamental de dispor do próprio corpo, de cuidar da sua saúde da forma que melhor lhe aprouver, de consumir o que bem entender, enfim, de exercer a autonomia pessoal e a liberdade, que deveriam ser garantidas no âmbito de um Estado Democrático de Direito. Um Estado que pretenda regular os hábitos da população será sempre um Estado autoritário. O sujeito tem o direito de se autolesionar (tatuagens e piercings), de se arriscar (automobilismo), de lutar ferozmente até fazer o adversário desmaiar (lutas de vale-tudo), de comer alimentos gordurosos que notadamente são perniciosos à saúde e, inclusive, de se suicidar: é evidente, portanto, que deve ter o direito de “autogestão farmacológica”, ou seja, de poder gerir a si mesmo, de fazer as próprias escolhas, a partir de uma relação responsável com todas as substâncias que já existem e com as que ainda serão inventadas na face da Terra. O Estado não pode, de forma alguma, confiscar tal direito, e nós não podemos nos contentar com tal confisco. A ideia de saúde não pode estar centrada apenas nos conceitos da medicina estabelecida, mas deve abarcar também as formas da medicina alternativa, e, sobretudo, as opções personalíssimas do cidadão.²⁹

Na mesma linha, o Instituto Viva Rio defendeu a inconstitucionalidade do artigo impugnado. De acordo com o memorial apresentado, seriam legítimos os diversos instrumentos e políticas desenvolvidas pelo Poder Público para assegurar a saúde individual e coletiva diante do sério e grave problema das drogas. No entanto, o uso do direito penal – ultima ratio do controle social, destinado aos comportamentos mais graves e agressivos – para coibir comportamentos individuais, praticados na esfera íntima do indivíduo, sem capacidade para afetar – por si – terceiros, atenta contra a dignidade humana, a pluralidade, a intimidade e a isonomia, todos previstos na Constituição Federal (CF arts.1º, III, V, e 5º, caput e X).

Em síntese, impor o tratamento criminal para o usuário de drogas seria moldá-lo de acordo com uma visão moral que se pretende unânime, impedindo o livre desenvolvimento da autodeterminação do ser humano, bem como sua livre existência no corpo social.

O espaço de legitimidade do direito penal exigiria do intérprete da Constituição o reconhecimento de que comportamentos praticados dentro do espaço de autodeterminação do indivíduo, que não afetem a dignidade de terceiros, não têm relevância penal.

²⁹http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/34_13%2009%2011%20%20alexandre%20thomaz%20-%20defesa%20%20%20%20%20%20%20_preliminar%20vers%C3%A3o%20final-1.pdf?1316644286.

Ainda que se intente a proteção da saúde do próprio indivíduo usuário de drogas, a proteção de um bem jurídico não pode passar pela criminalização do seu próprio titular. O consumo de drogas encontra-se no círculo íntimo do indivíduo, protegido contra a ingerência do Estado, ao menos no que se refere à repressão criminal.

O Instituto Conectas Direitos Humanos, Instituto Sou da Paz, Instituto Terra, Trabalho e Cidadania e a Pastoral Carcerária apresentaram memorial em conjunto onde traçaram um breve histórico da criminalização das drogas no mundo e no Brasil.

Destaca-se que, em 2009, houve uma mudança de tratamento político criminal dos órgãos internacionais, sobretudo a ONU, pelo menos no que tange ao discurso, em desfavor do paradigma anterior de uso do direito penal como forma de retenção, de inibição do uso e do tráfico de drogas.

A implementação de políticas alternativas ao proibicionismo, como a redução de danos e a descriminalização da posse de entorpecentes para uso próprio, emergiu como estratégia de política pública mais humana e efetiva a fim de reduzir os danos e riscos relacionados ao consumo de drogas ilícitas.

Adentrando na esfera da insustentabilidade jurídica da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, sustentou-se que os princípios constitucionais da lesividade, intimidade e vida privada elidem com o ato estatal de criminalização.

Inegável que o Legislador, ao criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal, chancelou a interferência pelo ramo do Direito mais forte do Estado nas opções de caráter privado, ao despojo das mencionadas garantias constitucionais, razão pela qual dever-se-á declarar a norma inconstitucional.

Entre outros motivos ainda, expôs se que a criminalização dos usuários de drogas vem agravando toda a problemática que envolve estes sujeitos, visto que a norma penal não evita o consumo de drogas, além de realçar o grau de estigmatização e de carência de usuários e dependentes.

A Lei 11343/06 pecaria, também, em não estabelecer critérios objetivos para distinguir o usuário do traficante, o que dá ampla margem de discricionariedade ao

policial e ao poder judiciário para assim o fazer. O resultado disso é o exame das “circunstâncias sociais e pessoais” como uma brecha para a rotulagem segundo atributos econômicos e sociorraciais, que tem levado jovens pobres, sobretudo negros, sem recursos para pagar advogados, ao encarceramento por tráfico, enquanto outros jovens, com a mesma quantidade de drogas, mas com melhores “circunstâncias sociais e pessoais”, são enquadrados como usuários e não submetidos à prisão.

Por último, mas não menos importante, sob o enfoque do postulado da proporcionalidade, a criminalização do uso de drogas não seria meio adequado, necessário e proporcional ao atingimento da finalidade trazida pela Lei 11.343./06: prevenção do uso indevido de drogas e reinserção social do usuário e do dependente de drogas

Consoante a lição de Humberto Ávila³⁰:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promovem superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

Por conseguinte, a criminalização do uso pessoal de drogas seria; Inadequada, pois incapaz de atingir seu fim; desnecessária por, ao não atingir seu fim, restringir direitos fundamentais do homem de forma extremada face a outros meios; desproporcional, por trazer mazelas sociais e econômicas quase que irreversíveis à sociedade e ao usuário criminalizado.

Os Institutos ABGLT e ABESUP, em manifestações nos autos, demonstraram, numa perspectiva teórica, a incompatibilidade da norma penal com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da lesividade, os direitos à igualdade, à diferença e à intimidade: em síntese, a conduta descrita no tipo penal de portar substância psicoativa ilícita para consumo próprio,

³⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª edição. Ed. Malheiros, 2009. P. 159.

em razão de ter como fim especial de agir o uso por quem porta – que compõe o elemento subjetivo – não lesa ou oferece perigo concreto a direito de outra pessoa, não apresentando, portanto, a lesividade necessária à legitimidade de sua incriminação.

Não obstante, indicou diversas violações a direitos humanos, especialmente de grupos sociais vulneráveis.

É o que se segue na pesquisa do Conselho Federal de Psicologia³¹ realizada em 68 instituições de internação de dependentes químicos em 24 estados e no Distrito Federal. Nessas instituições são constatadas as mais variadas violações de direitos, como violência física, castigos, torturas e exposição a situações de humilhação. O documento faz especial menção ao constrangimento a que são submetidos os homossexuais, travestis, lésbicas, entre outros, considerados, todos, como portadores de uma sexualidade desviante, inegável violação à dignidade das pessoas LGBT decorrente de uma política de drogas que aprisiona e mortifica modos singulares de existência.

Mais que isso, frisou-se que a criminalização de usuários e usuárias afeta a saúde pública, pois dificulta o acesso a serviços de saúde e à prevenção. Se uma pessoa é tratada pela lei como criminosa ela terá medo de se dirigir a um posto de saúde com receio de ser presa, o que é reforçado pelo estigma que afeta especialmente mulheres e grupos marginalizados.

É assim que a criminalização de usuários de drogas – para além de configurar por si mesma uma negação da dignidade da pessoa – tem por consequência violações de direito ainda mais insuportáveis quando recai sobre grupos socialmente vulneráveis.

Fazendo-se um paralelo com a teoria do impacto desproporcional³², há uma violação ao princípio constitucional da igualdade material em consequência da incidência especialmente desproporcional e nociva da norma sobre esses grupos, que são apenados pelo cometimento de infração penal e, além disso, por suas características pessoais e condição social: orientação sexual, gênero ou identificação racial.

³¹ Conselho Federal de Psicologia. Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/pXOTLf>>

³² Conferir BARBOSA, Joaquim. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

2.4.2 AMICI CURIAE CONTRA O PROVIMENTO DO RECURSO

Por outro lado, entidades se posicionaram no sentido da constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. Em sua maioria, atestam que a criminalização das drogas protege a saúde pública por punir penalmente usuários que financiam o tráfico, buscando inibir a proliferação de viciados que tanto sofrimento levam às famílias.

O representante da ADEPOL disse entender, em suma, que a descriminalização levará a um crescimento exponencial do consumo. Segundo a Associação, existem no Brasil, atualmente, sete milhões de dependentes e que com a descriminalização o número estimado pode ultrapassar os 30 milhões, com consequências danosas para toda a sociedade.

Sustentou que os direitos e garantias previstos na Constituição não são absolutos, devendo-se obediência ao interesse coletivo de proteção à saúde pública. Conforme os ensinamentos de Vicente Greco Filho³³:

(...) a punição do simples porte se insere, como parte no todo, no quadro geral e no ciclo operativo completo da luta, com meios legais, em todas as frentes, contra o alto poder destrutivo do uso de estupefacientes e contra a difusão de seu contágio que alcançam o nível de manifestações criminosas tais que suscitam, em medida cada vez mais preocupante a perturbação da ordem.

Sob o enfoque da segurança pública, lembrou que as drogas são umas das maiores causas atuais da violência no Brasil. Invocando a doutrina de Paulo Rangel e Carlos Bacila³⁴, acentuou-se:

(...) assim como ninguém conceberia punir criminalmente um dependente de álcool, parece errôneo tipificar a conduta do dependente de drogas ou daqueles que as usam eventualmente. Contudo, não se pode também deixar de compreender que o usuário de droga sustenta o tráfico, gera problemas para a família, para a sociedade e, de certo modo, por uma questão humanitária, não se

³³ Tóxicos: Prevenção e Repressão. Comentários à Lei 11.343/06- Lei de Drogas. São Paulo. Ed. Saraiva 2011

³⁴ Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas, Rio de Janeiro, ED. Lumen Juris, 2007.

pode esquecer que a autolesão que pratica afeta a todos de um jeito ou de outro.

As outras entidades, de forma conjunta, estabeleceram duas premissas das quais partiram. O magistério jurisprudencial do Ministro Celso de Mello indica a primeira:

Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros ³⁵.

No caso, além da condição subjetiva de preso, que impunha restrições aos direitos fundamentais do recorrente, **o direito de intimidade e vida privada, suscitado como parâmetro de controle na petição do recurso extraordinário, não é absoluto frente a limitações de ordem pública** destinadas a proteger a integridade social, afinal nenhum direito pode ser exercido com o desrespeito aos direitos de terceiros, como o direito à vida digna ou à saúde.

A segunda premissa é que, ainda que tenha a prerrogativa de intérprete final da Constituição, o Supremo Tribunal Federal tem limites, como pondera o Ministro Luís Roberto Barroso ³⁶:

(...) o modelo vigente não pode ser caracterizado como de supremacia judicial. O Supremo Tribunal Federal tem a prerrogativa de ser o intérprete final do direito, nos casos que são a ele submetidos, mas não é o dono da Constituição. Justamente ao contrário, o sentido e o alcance das normas constitucionais são fixados em interação com a sociedade, com os outros Poderes e com as instituições em geral. A perda de interlocução com a sociedade, a

³⁵ MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 12.5.2000

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In Daniel Sarmento (coord.). Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

eventual capacidade de justificar suas decisões ou de ser compreendido, retiraria o acatamento e a legitimidade do Tribunal. Por outro lado, qualquer pretensão de hegemonia sobre os outros Poderes sujeitaria o Supremo a uma mudança do seu desenho institucional ou na superação de seus precedentes por alteração no direito, competências que pertencem ao Congresso Nacional. Portanto, o poder do Supremo Tribunal Federal tem limites claros. Na vida institucional, como na vida em geral, ninguém é bom demais e, sobretudo, ninguém é bom sozinho.

Se para declarar a inconstitucionalidade do art. 28 o Tribunal tiver que estabelecer critérios objetivos para diferenciar o usuário do traficante, como, por exemplo, quais drogas e quais quantidades de porte podem ser consideradas para consumo pessoal, quais as quantidades de plantas podem ser cultivadas pelo usuário, qual o grau mínimo de pureza deve ser observado ou qual a quantidade diária pode ser consumida, etc., o Supremo Tribunal Federal proferirá típica sentença aditiva, por meio da qual o Tribunal passa a suprir a lei “na parte em que essa não prevê algo que deveria prever”³⁷, adicionando assim novo conteúdo normativo.

Ocorre que, se assim decidir, o Supremo Tribunal Federal estará legislando, subtraindo do Congresso Nacional e da Presidência da República o poder de propor, debater, votar, sancionar ou vetar projetos de leis, ônus deliberativo dos poderes que possuem responsabilidade político-eleitoral.

A descriminalização do porte de drogas ilícitas, para consumo pessoal, é uma decisão política, e, como tal, deve ser tomada por quem tem voto, ainda mais considerando os *efeitos colaterais* decorrentes da descriminalização, como o possível aumento no número de usuários no país, o incremento da violência urbana, o impacto sem precedentes no sistema público de saúde, a necessidade de novas políticas educacionais para prevenção e conscientização, bem como a criação de parâmetros para atendimento de usuários nos campos psicológico e psiquiátrico, etc.

Já o advogado David Azevedo, representante da APDM e da ABEAD, sustentou oralmente que o artigo 28 da Lei de Drogas não apresenta caráter penal. O dispositivo está inserido no título III da norma, que trata das atividades de

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *La Giustizia Costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2ª ed., 1988, p. 298.

prevenção, tratamento e inserção social, demonstrando a ideia do legislador de cuidar do dependente.

Para ele, o Estado pode intervir na autonomia individual dos cidadãos, principalmente se houver perda dessa autonomia, como a causada pelo vício. O advogado citou, como exemplos de intervenção estatal, a obrigação do uso de capacete, do cinto de segurança, a proibição de doação de órgão único.

Enquanto nos Estados Unidos foi liberado o uso de apenas um tipo de maconha, o que se pretende no Brasil é a liberação de todos os tipos drogas, disse a representante do Cades. Para ela, a descriminalização do porte de drogas vai fortalecer o tráfico de cocaína, heroína e haxixe, entre outras. Propôs ao STF que a Corte refletisse com maior profundidade sobre o tema, com a realização de uma audiência pública para ouvir a sociedade.

A FEAE repetiu o argumento de que, com a eventual descriminalização, o consumo de drogas vai aumentar no País. E, segundo a entidade, o Brasil não tem condições de tratar esses dependentes e seus familiares. Para ela, descriminalizar o porte de drogas para uso pessoal não seria solução, pelo contrário, permitiria o surgimento de mais “cracolândias” no Brasil.

Ao defender a manutenção do artigo 28 da Lei de Tóxicos, o representante da Pró-Vida argumentou que a liberação das drogas traria consequências drásticas ao conjunto da sociedade, com o agravamento da violência e da criminalidade em todo o país, concluiu.

CAPÍTULO III. DO JULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Até o momento da realização deste trabalho, em tempo condizente com a data de entrega, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se sobre a matéria através de três de seus Ministros. Atualmente, os autos do processo se encontram em mãos do Ministro Teori Zavascki em razão de pedido de vista.

Os votos a seguir analisados demonstram a complexidade da matéria, mas ainda assim não permitem a análise do posicionamento da maioria da Corte. Para os anseios almejados no início desta monografia, um estudo sobre o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o artigo 28 da Lei 11.343/06, o tempo se mostra insuficiente, exigindo-se mais para a conclusão da discussão.

Ainda assim, não se pode olvidar que os votos já exarados formam toda uma base para uma futura jurisprudência caso a descriminalização das drogas seja considerada inconstitucional pelos demais Ministros ou por pelo menos mais três deles.

3.1 MINISTRO GILMAR MENDES

O Ministro Relator proferiu denso voto no sentido da inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas pra consumo pessoal. Em primeira análise, examinou os parâmetros e limites do controle de constitucionalidade das normas penais de perigo abstrato, tal qual se insere o artigo 28 da Lei 11.343, para, após, buscar alternativas não criminais que se amoldem ao sistema constitucional brasileiro no tocante ao uso de entorpecentes.

De início, observou que a definição de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato acaba se mostrando, muitas vezes, como alternativa mais eficaz para a proteção de bens de caráter difuso ou coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde pública, entre outros, o que permite ao legislador optar por um direito penal nitidamente preventivo.

A tipificação penal de condutas que representam um perigo abstrato é legítima e está no âmbito da discricção legislativa. Todavia, nesse espaço de atuação, **a liberdade do legislador estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso, configurando a sua não observância inadmissível excesso de poder legislativo.**

Para a fiel observância da proporcionalidade, pressupõe-se, além da legitimidade dos meios e dos fins perseguidos, a adequação dos meios utilizados para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade de sua utilização – “o meio não será necessário se o objetivo pretendido puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele, a um só tempo, adequada e menos onerosa”.

Sob o ângulo da adequação foi examinado se as medidas adotadas pelo legislador mostram-se idôneas à efetiva proteção do bem jurídico (controle de evidência) e se a decisão legislativa foi tomada após apreciação responsável das fontes de conhecimento então disponíveis (controle de justificabilidade).

Para tanto, argumentou o Ministro que deflui da própria política de drogas adotada que a criminalização do porte para uso pessoal não condiz com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes. O objetivo de promover atenção à saúde e à reinserção social criminalizando a conduta do usuário demonstra clara incongruência no sistema.

Na prática, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, **a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes** (artigos 18 a 22 da Lei 11.343/06), em sintonia com políticas de redução de danos e de prevenção de riscos já bastante difundidas.

Esse quadro decorre, sobretudo, porque a Lei 11.343/2006 conferiu tratamento distinto aos diferentes graus de envolvimento na cadeia do tráfico (art. 33, §4º), mas não foi objetiva em relação à **distinção entre usuário e traficante. Na maioria dos casos, todos acabam classificados simplesmente como traficantes.**

Nesse contexto, é inevitável a conclusão de que a incongruência entre a criminalização de condutas circunscritas ao consumo pessoal de drogas e os

objetivos expressamente estabelecidos pelo legislador em relação a usuários e dependentes, potencializada pela ausência de critério objetivo de distinção entre usuário e traficante, evidencia a clara inadequação da norma impugnada e, portanto, manifesta violação, sob esse aspecto, ao princípio da proporcionalidade.

Já na análise do controle de justificabilidade, asseverou o Relator que não existem estudos incontroversos que atestam a redução do tráfico/consumo de drogas como consequência da repressão criminal do uso pessoal de entorpecentes. O que se evidencia, por outro lado, é o aumento notório do tráfico nas últimas décadas.

Os dados disponíveis à época da edição da norma não indicavam, com razoável margem de segurança, a sustentabilidade da incriminação, conforme se observa das justificativas³⁸ agregadas ao Projeto de Lei 7.134/02, transformado na atual Lei de Drogas:

Em análise de mérito, cumpre fazer uma breve abordagem sobre a questão das drogas no país. A demanda e a oferta de drogas, no Brasil, são consideradas questões de Estado, em razão de seus impactos negativos nas instituições nacionais e nas relações sociais em suas diversas modalidades. Afetam, dentre outros, a saúde, a segurança, o trabalho, a previdência social, o bem-estar individual, a família e, até mesmo, alguns aspectos da soberania nacional. Dados do I Levantamento Domiciliar sobre o Uso de Drogas Psicotrópicas no Brasil, que envolveu as 107 maiores cidades do país, realizado, em 2001, pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas da Universidade Federal de São Paulo, apontaram que “19,4% da população pesquisada já fez uso na vida de drogas (...) O uso na vida da maconha aparece em primeiro lugar entre as drogas ilícitas com 6,9% dos entrevistados (...) Entre os medicamentos usados sem receita médica, os benzodiazepínicos (ansiolíticos) tiveram uso na vida de 3,3%”. O crescimento significativo do consumo de drogas no Brasil vem sendo observado, quando se comparam levantamentos nacionais de diferentes períodos feitos entre estudantes brasileiros do ensino fundamental e médio. De 1987 a 1997, o uso na vida de maconha passou de 2,8 para 7,6%, o de cocaína subiu de 0,5% para 2% e o de anfetamínicos de 2,8% a 4,4%. Não propriamente crescimentos explosivos, mas marcantes. O número de ocorrências de delitos envolvendo drogas também tem aumentado. Dados da Secretaria Nacional de Segurança Pública registram 79.791 ocorrências no ano de 2001, 81.132 em 2002 e, apenas no primeiro semestre de 2003, 42.569. A Polícia Federal apreendeu, em 2003, 7,4 toneladas de cocaína e 164 toneladas de maconha, além de ter efetuado 2.969 prisões de traficantes e 61 de consumidores. O uso indevido de drogas implica, quase sempre, em

³⁸ Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, Parecer do Relator, Deputado Paulo Pimenta

contato precoce com o mundo da ilegal idade e da violência e deixa, por vezes, um legado de sofrimento e vulnerabilidade social para o indivíduo e sua família. O Brasil vive, hoje, um momento de mudança, com sua atenção voltada à parcela da população que vive em condições de exclusão social. Nesse contexto, as políticas voltadas para a maior qualidade de vida do cidadão ganham relevância e destaque na agenda do Governo e na pauta dos assuntos defendidos por esta Casa. Um dos temas de maior premência é a questão do uso indevido e do tráfico ilícito de drogas. A maior parte dos dispositivos que regulam as atividades de redução da demanda e da oferta de drogas no Brasil datam de 1976 - Lei n° 6.368, de 1976 –, nada obstante tenham ocorrido alterações em seu texto original, introduzidas pela Lei n° 10.409, de 2002. A legislação brasileira sobre drogas constitui-se, portanto, em documento elaborado há mais de vinte e cinco anos, em uma realidade diversa dos momentos atuais, nos aspectos políticos, culturais, econômicos e sociais do País, em especial no que se refere à garantia de direitos dos cidadãos brasileiros. Nesses quase trinta anos que se passaram, o avanço do conhecimento científico, aliado aos novos contornos assumidos pelo fenômeno da droga, nos cenários nacional e mundial, tornaram ultrapassados os conceitos e métodos utilizados na abordagem do tema. De uma visão meramente médico-policia, o uso indevido e o tráfico ilícito de drogas passaram a ser tratados como questões de alta complexidade, relacionadas à saúde pública, à segurança e ao bem-estar social. O texto da Lei n° 6.368, de 1976, guarda anacronismos e conceitos controversos, quando confrontados com o momento político-social do País, em que a sociedade é conclamada a compartilhar, com o Estado, a responsabilidade pelas políticas sociais e a atuar na plena observância dos direitos essenciais da pessoa. Nesse aspecto, ressalte-se a qualificação similar dada ao usuário ou dependente de drogas e ao traficante, igualmente tratados, na Lei 6.368, como criminosos com pena restritiva de liberdade, desconsiderando-se as motivações originais de cada situação. O usuário ou dependente de drogas, antes de se constituir um contraventor, deve ser visto como uma pessoa com vulnerabilidades de fundo individual e social, que não pode ser confundida com a figura do traficante. Merece, para si e para sua família, atenção à saúde e oportunidades de inserção ou reinserção social.

Como se percebe, não há, na justificativa do Projeto de Lei, nenhuma referência a dados técnicos quanto à correlação entre o porte para uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos que se pretendeu tutelar. Pelo contrário, **o próprio Relatório, ao reconhecer o usuário como vítima do tráfico, “uma pessoa com vulnerabilidade”, merecendo, “para si e para a sua família, atenção à saúde e oportunidade de inserção ou reinserção social”, evidencia nítida contrariedade entre meios e fins. Não há que se falar em adequação na incriminação do usuário de drogas.**

Encarando a necessidade da norma sob o pano de fundo da proporcionalidade, ou seja, a indispensabilidade da norma penal frente à proteção de um bem jurídico, o Ministro dialogou com os dois argumentos que se colocam no debate: de um lado a expansibilidade do perigo abstrato à saúde pública e segurança pública ocasionada pelo uso de drogas conjugada com a premissa de que não havendo consumo não haverá tráfico; de outro, o direito à intimidade e privacidade que se qualificam na autodeterminação da pessoa usuária de drogas.

Nesse caso, impõe-se o exame da necessidade da intervenção penal, o que significa indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos precitados direitos de cunho individual.

Nossa Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Deles pode-se extrair o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação. A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a **invocação do princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais.**

É sabido que as drogas causam prejuízos físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação. O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco a pessoa do usuário. Ainda que o usuário adquira as drogas mediante contato com o traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. Esses efeitos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais.

Logo, esse resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão. E a autolesão é criminalmente irrelevante.

São ilustrativos, nesse sentido, os exemplos a seguir:

Mesmo Jeremy Bentham, quase sempre lembrado pela infame arquitetura prisional pan-óptica, modelo de vigilância total muito combatido pelo pensamento crítico, já entendia, em sua 'Introdução aos princípios da moral e da legislação', que os atos de prudência, que consistem na promoção da própria felicidade, devem ser deixados à ética privada, cabendo ao legislador, no máximo, leves censuras a comportamentos evidentemente autolesivos. Isso vale inclusive para aqueles atos com repercussão social direta ou indireta, que continuam excluídos do alcance da intervenção penal, mesmo quando as condutas de terceiros, a eles relacionadas, são incriminadas com severidade. São exemplos desse tratamento a prostituição, em que o ato de se prostituir é atípico, mas comete crime quem a explora, induz ou favorece (art. 228 a 230 do Código Penal); o jogo de azar, em que a exploração e o favorecimento de jogos e loterias não autorizadas são definidos como contravenção penal, mas a ação do apostador está sujeita somente à pena de multa (arts. 50 a 58 da Lei de Contravenções Penais) e o suicídio, em que a tentativa de supressão da própria vida é atípica, mas constituem crime o induzimento, a instigação ou o auxílio à prática (art. 122 do CP). Quando muito, a conduta potencialmente autolesiva recebe reprimendas não penais compatíveis com a concepção benthamiana. Basta lembrar da condução de veículos automotores sem os devidos equipamentos de segurança pessoal, como o capacete para as motocicletas (art. 244 do Código de Trânsito Brasileiro) e o cinto de segurança para os automóveis (art. 167 do CTB), prevista com infração administrativa, mas excluída do rol dos crimes de trânsito³⁹.

A criminalização da posse de drogas para uso pessoal conduz à ofensa à privacidade e à intimidade do usuário. Está-se a desrespeitar a decisão da pessoa de colocar em risco a própria saúde. **Não se chegou ao ponto de afirmar que exista um direito a se entorpecer irrestritamente. É perfeitamente válida a imposição de condições e restrições ao uso de determinadas substâncias**, não havendo que se falar, portanto, nesse caso, em direito subjetivo irrestrito.

Ainda que se afirme que a posse de drogas para uso pessoal não integra, em sua plenitude, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, isso não legitima que se lance mão do direito penal para o controle do consumo de drogas, em prejuízo de tantas outras medidas de natureza não penal, como, por exemplo, a proibição de consumo em lugares públicos, a limitação de quantidade compatível com o uso pessoal, a proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras providências não tão drásticas e de questionáveis efeitos como as sanções de natureza penal.

³⁹ Daniel Prado. Boletim, IBCRIM, outubro/2012, p. 8-9.

Na Espanha, cita o Ministro, entre as sanções administrativas previstas na legislação, há multas de até 30 mil euros e/ou a suspensão da carteira de motorista. São medidas bem mais eficazes na contenção do consumo do que a simples aplicação de medidas penais sem resultados práticos demonstráveis.

Dessa forma, a prevenção do uso indevido de drogas, um dos princípios do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas – art. 4º da Lei 11.343/06 – seria uma finalidade estatal válida e pode ser alcançada, com maior eficácia, por meio de um vasto leque de medidas administrativas.

Além disso, o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, e devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação – artigos 18 e seguintes da Lei 11.343/06. Dar tratamento criminal a esse tipo de conduta, além de andar na contramão dos próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotula perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social.

Dito isso, não se pode perpetuar uma política que diz buscar a proteção e reinserção do usuário, mas que peca quanto aos meios para assim o fazer acarretando em prejuízos ainda maiores para a sociedade brasileira. A desproporcionalidade da criminalização de drogas é latente no ferimento de vários direitos e por isso soluções alternativas devem ser buscadas.

A alternativa à proibição mais popular na atualidade é a não criminalização do porte e uso de pequenas quantidades de drogas, modelo adotado, em maior ou menor grau, por diversos países europeus, Portugal, Espanha, Holanda, Itália, Alemanha e República Checa, entre outros. Muitos desses países passaram a prever apenas sanções administrativas em relação a posse para uso pessoal.

Em Portugal, a pessoa flagrada com drogas para uso pessoal tem a droga apreendida e é notificada a comparecer a uma das Comissões para a Dissuasão da Toxicodpendência, de abrangência nacional, vinculadas ao Ministério da Saúde e responsáveis pela operacionalização da Lei da Descriminalização (Lei nº 30/2000). Essas Comissões, integradas por profissionais de áreas como saúde, assistência social, psicologia e direito, acolhem os indiciados notificados pelas forças de segurança e procedem a uma avaliação rigorosa de sua situação face ao consumo, valorizando suas necessidades psicossociais.

Na linha destas práticas, a nova política sobre drogas retirou do sistema carcerário os usuários e dependentes naquele país, destinando-lhes os sistemas de saúde e de assistência social.

Cabe registrar, por fim, ainda no campo das alternativas à criminalização, que a própria Lei 11.343/2006 contém interessantes diretrizes que muito podem contribuir para resultados mais eficazes no combate às drogas, em relação a usuários e dependentes, do que a criminalização da posse para uso pessoal.

Sobre o tema, ponderam Marcelo Campos e Rodolfo Valente, *in verbis*:

[...] de fato, há outros meios alternativos à criminalização, adequados aos fins propostos. A própria lei 11.343/06 traz profícuas diretrizes que, antagonicamente, são tolhidas pela política repressiva [...]. Todas as diretrizes são encadeadas em articulação necessária com os princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde e da Política Nacional de Assistência Social e norteadas pelo “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas” (art. 19, III). Entretanto, apesar de ser regulamentada pela Portaria 1.028/2005 do Ministério da Saúde, a política de redução de danos segue desprestigiada e sem efetividade diante do óbice representado pela primazia da tutela penal. Evidenciou-se, desse modo, que não apenas há outras medidas aptas a promover os fins propostos sem atingir direitos fundamentais, como também que a própria criminalização do consumo impede a implementação dessas medidas.⁴⁰

Reconhecida a inconstitucionalidade da norma por ofensa à proporcionalidade, frisou o Ministro que se afigura importante viabilizar, até o aprimoramento da legislação, solução que não resulte em vácuo regulatório que, em última análise, possa conduzir à errônea interpretação de que a decisão proferida implica, sem qualquer restrição, na legalização do porte de drogas para consumo pessoal.

A aplicação, no que couber, das medidas previstas no artigo 28, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha legislação específica. Afastada a natureza criminal das referidas medidas, com o conseqüente deslocamento de sua aplicação da esfera criminal para o âmbito civil, não é difícil antever uma maior efetividade no alcance dessas medidas, além de se propiciarem, sem as amarras da lei penal, novas abordagens

⁴⁰ Boletim, IBCRIM, outubro/2012, p. 3.

ao problema do uso de drogas por meio de práticas mais consentâneas com as complexidades que o tema envolve.

À falta de critérios objetivos, a avaliação judicial rigorosa das circunstâncias da prisão afigura-se imperativa para que se dê o correto enquadramento aos fatos. A prática mostra, no entanto, fragilidade na pronta avaliação de casos relativos a drogas. A norma do art. 28 da Lei 11.343/06 é construída como uma regra especial em relação ao art. 33. Contém os mesmos elementos do tráfico e acrescenta mais um – a finalidade de consumo pessoal.

Disso resulta a impressão – falsa – de que a demonstração da finalidade é ônus da defesa. À acusação não seria necessário demonstrar qualquer finalidade para enquadramento no tráfico pela singela razão de que o tipo penal não enuncia finalidade. Em verdade, a legislação usou a forma mais simples de construir as figuras, do ponto de vista linguístico, mas não a que permite sua mais direta interpretação.

A presunção de não culpabilidade – art. 5º, LVII, da CF – não tolera que a finalidade diversa do consumo pessoal seja legalmente presumida. A finalidade é um elemento-chave para a definição do tráfico. A cadeia de produção e consumo de drogas é orientada em direção ao usuário. Ou seja, uma pessoa que é flagrada na posse de drogas pode, muito bem, ter o propósito de consumir.

Seria incompatível com a presunção de não-culpabilidade transferir o ônus da prova em desfavor do acusado nesse ponto. Dessa forma, a melhor leitura seria de que o tipo penal do tráfico de drogas pressupõe, de forma implícita, a finalidade diversa do consumo pessoal. Sua demonstração é ônus da acusação. Se os indícios apontam para o tráfico de uma forma inequívoca, pode-se dispensar uma fundamentação explícita – não se exige esforço argumentativo para demonstrar que uma tonelada de droga não se destina ao consumo pessoal. Em casos limítrofes, contudo, a avaliação deve ser cuidadosa.

Pelo exposto, **votou o relator pela declaração de inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de forma a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal no que concerne a todas as drogas ilícitas.** Todavia, restam mantidas, no que couber, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, com natureza administrativa.

3.2 MINISTRO FACHIN

O voto do Ministro Fachin lembrou o caráter hipercomplexo da discussão em tela que diz respeito à solução de controvérsias. De um lado o direito fundamental do homem à liberdade, autonomia e privacidade, de outro o poder criminalizador estatal na defesa penal de bens jurídicos socialmente relevantes.

Não obstante tratar-se de um recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, conteve-se na discussão da descriminalização da maconha, droga trazida pela situação fática do caso concreto, diante da prudente autocontenção da Corte, sob pena de intervenção judicial desproporcional sob as liberdades e a proteção social.

Em seu voto, mencionou a realidade criminosa indissociável que atinge o usuário de drogas ilícitas. Não obstante o estigma penal causado pelo uso pessoal de drogas, o usuário ainda necessita conviver com o tecido criminoso formado pela cadeia de produção/ distribuição da droga. “A dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante” disse o Ministro⁴¹. A manutenção da proibição do tráfico simultaneamente à criminalização apenas fortifica estímulo à traficância, seja pela lucratividade, seja por uma possível ampliação do mercado de consumo.

Trazendo as lições de Santiago Nino⁴², o Ministro criticou os argumentos perfeccionistas, paternalistas e defensores da sociedade que geralmente são colocados para a defesa da criminalização do uso de drogas.

O perfeccionismo se coloca na medida em que se estabelece a reprovabilidade moral da conduta de consumir drogas, o que acarreta na legítima perseguição penal pelo Estado daqueles que assim o fazem. No entanto, sabe-se que a moral é atributo individual de cada indivíduo, diferentes portanto para cada um, sendo esta parte da formação de personalidade da pessoa.

Em um regime em que se defende a liberdade individual e o pluralismo, não pode o Estado, sob a perspectiva de imposição de uma moral coletiva, invadir,

⁴¹ p

⁴² NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Ariel, 1989. p. 423.

reduzir a liberdade alheia quando esta não ofende bens jurídicos alheios, tampouco julgar as ações de um cidadão por seus efeitos, reprováveis ou não, sobre si.

Os ideais de excelência humana que integram o precioso sistema moral individual não devem ser impostos pelo Estado, mas devem ser produto da escolha de cada indivíduo como expressão da autonomia privada.

Ao mesmo tempo, o discurso paternalista se justificaria, de algum modo, no tratamento penal do consumo de drogas baseado na reprovação, no desincentivo e na prevenção geral que as medidas penais acarretam. Trata-se de suposta proteção do usuário de drogas contra os danos que o consumo pode causar.

Mais uma vez não subsiste o argumento em favor da criminalização. Para o autor citado, ao invés do Estado buscar proteger o cidadão usuário por meio das medidas penais, é necessário tutelá-lo através de campanhas informativas e educativas e de prevenção, criação de políticas públicas de atenção e cuidado à saúde e a criação de medidas de desaltem o consumo de drogas.

O terceiro argumento seria aquele que justifica a criminalização do uso de drogas pela defesa da sociedade, da família, que podem sofrer os efeitos dos atos de quem usa as substâncias ilícitas.

Todavia, em termos penais, o que pode causar mal aos demais cidadãos são as condutas eventualmente derivadas do uso de drogas, mas não o uso de drogas por si só. Estas condutas, quando possam causar dano a terceiros, são tipificadas pelo Código Penal.

Desta forma, nasce a crítica de Carlos Santiago Nino para o qual a **criminalização do uso de drogas ilícitas representa a imposição de um padrão moral individual que significa uma proteção excessiva que, ao fim e ao cabo, não protege e nem previne que o sujeito se drogue (correspondendo a um paternalismo indevido e ineficaz) e, por fim, significa uma falsa proteção da sociedade, dado que já há respostas penais previstas para as eventuais condutas ofensivas que o consumidor de drogas possa realizar.**

Vencidos os argumentos contrários a descriminalização, o Ministro destacou a importância da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

A autodeterminação individual corresponde a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune à interferência do Estado, ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio, situação essa permissiva da ação repressiva estatal.

Diante do quadro fático colocado e a latente limitação da autodeterminação individual pelo Estado sobre o usuário de drogas, impõe-se declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 como forma de impedir a introjeção de valores morais individuais por meio do instrumento penal, bem como dar plenitude ao exercício dos direitos fundamentais limitados por uma visão perfeccionista de Estado.

O norte a ser seguido para avaliar a constitucionalidade da incriminação da posse de drogas para uso próprio deve ser orientado pela análise da proporcionalidade bem como a análise da ofensividade da conduta proibida.

Sob o enfoque desta última, aduz-se que somente havendo dano efetivo na autonomia de terceiro é que seria possível caracterizar o uso de drogas como crime. A auto-lesão não poderia ser criminosa ante os preceitos que iluminam o direito penal desde a reforma iluminista.

Já sob a perspectiva da proporcionalidade, é imperiosa a verificação da restrição de direitos fundamentais sob os ditames da razoabilidade. Desta feita, deve-se identificar se a incriminação que se objetiva utilizar para a tutela de determinado bem jurídico, sob a ameaça de sanção penal, é justificada como sendo a melhor estratégia de proteção. Nos limites do caso dos autos, observa o Ministro, seria possível afirmar que a norma não atinge essa barreira.

Nesse sentido, não deve mais o usuário ser encarado como criminoso, mas sim como potencial doente, o qual tem o direito constitucional de acesso à saúde. E não poderia deixar de ser diante da potencialidade danosa ocasionada pelo uso de drogas lícitas ou ilícitas.

Com objetivo de cuidado e atenção à saúde pública, afirma, caberá ao poder público, juntamente com a sociedade, o incremento das redes de atenção e cuidado à saúde das pessoas que abusam de substâncias que causam dependência, especialmente no campo de proteção de crianças e adolescentes.

Ademais, assentou o Ministro a necessidade de distinção entre traficantes e usuários por meio de critérios legais objetivos sem os quais a lei de drogas não pode ficar. Contudo, tal mudança legislativa deverá ser promovida pelo Poder competente para tal.

3.3 MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO

O voto do Ministro Barroso trouxe grande contribuição para o amadurecimento da discussão. Defendeu a inconstitucionalidade da criminalização da maconha como fruto da análise da situação fática brasileira envolvendo os crimes relacionados às drogas, bem como por conta dos argumentos jurídicos ora estudados.

Estabeleceu tratar-se do âmbito das escolhas trágicas em que deve a Suprema Corte colocar as balizas da atuação penal Estatal levando em consideração a defesa primordial dos direitos fundamentais, opostos às maiorias políticas. A compreensão da realidade fática onde a decisão judicial surtirá seus efeitos é premissa para a produção das melhores consequências para a sociedade.

Assim, em um primeiro momento, debruçou-se sobre aspectos fáticos e filosóficos que compõe o cenário social, político e econômico nacional e internacional de combate às drogas para, em seguida, relacionar as violações de direito ocorridas existentes por trás da criminalização das drogas.

Da mesma forma que o Ministro Fachin, Barroso salientou que o consumo de drogas é algo ruim, sobretudo aquelas consideradas pesadas. Por isso, é dever do Estado determinar medidas eficazes e constitucionalmente adequadas para desincentivar o consumo de drogas, tratar os dependentes e combater o tráfico.

Ainda no mesmo sentido do voto proferido anteriormente, Barroso conteve-se na declaração de inconstitucionalidade da criminalização da maconha, diferentemente do Ministro Gilmar Mendes que abarcou todas as drogas ilícitas. Segundo o Ministro, a opção por essa escolha não tão progressista tem por objetivo conquistar a maioria da Corte ao mesmo tempo em que busca evitar uma decisão

drástica que possa ser rejeitada pela sociedade. É o que os norte americanos chamam de *backlash*.

Dito isso, trouxe premissa importantíssima para que se busquem novas alternativas políticas para o tratamento das drogas ilícitas: o fracasso da guerra às drogas. Depois de mais de 40 anos de política repressiva à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, a realidade se mostra na contramão dos esforços realizados em escala mundial: o consumo de drogas é cada vez mais crescente, aumentando, em muito, o poder do tráfico.

Esta atividade ilegal, inclusive reprimida pela Constituição, tem grande importância para a discussão do problema das drogas na perspectiva nacional. Isso porque o enorme poder do tráfico, fruto da ilegalidade das drogas, corrói e oprime as comunidades mais pobres, ditando a lei e cooptando a juventude.

Fato que se apresenta como consequência imediata do poder do tráfico é o entupimento dos presídios nacionais com jovens pobres e primários que entram com baixa periculosidade e, na prisão, começam a cursar a escola do crime, unindo-se a quadrilhas e facções.

Na contramão dos traficantes, o usuário não deveria ser encarado como um criminoso, mas como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco do qual é a maior vítima. Para este é necessário suporte e atenção e não um estigma de criminoso drogado.

Fincadas as premissas, o Ministro teceu então, razões pragmáticas em favor da descriminalização da maconha.

Primeiramente, em vista do fracasso da repressão penal às drogas com o fortalecimento do poder paralelo e do consumo de drogas, entende-se que escolhas políticas que oportunizem informação e advertência produzem melhores resultados a sociedade do que a utilização do direito penal para repressão dos usuários. É, por exemplo, o caso do tabaco cujo consumo caiu drasticamente entre os anos de 1984 e 2013. É preciso encarar o problema de outra forma.

Outro argumento trazido está intimamente ligado às consequências da repressão e criminalização das drogas: o alto custo que estas medidas provocam para a sociedade e para o Estado. São elas o aumento do encarceramento de

jovens, sobretudo os pretos e pobres e as mulheres; o alto custo para a manutenção do preso no sistema penitenciário (cerca de R\$ 2000 mensais por preso); a falta de cuidado e respeito para com o preso tornando-o cada vez mais perigoso para a sociedade.

Por fim, alega-se que a criminalização afeta a proteção da saúde pública. Isso ocorre porque esta proteção assume posição secundária diante de um cenário de política de segurança e de aplicação da lei penal. Ainda, a criminalização das condutas relacionadas ao consumo promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos. Ao contrário do que se prega por muitos, a criminalização não protege, mas antes compromete a saúde pública.

Diante disso, certifica que os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente seus benefícios. A forte repressão penal e a criminalização do consumo têm produzido consequências mais negativas sobre a sociedade do que aquelas produzidas pelas drogas sobre seus usuários.

Não obstante todos estes argumentos, o Ministro elencou os fundamentos jurídicos da questão resumidos na violação de dois direitos, privacidade e autonomia individual, e um princípio, a proporcionalidade.

A violação da privacidade, direito que comporta tanto a intimidade quanto a vida privada, ocorre na medida em que se penetra na esfera individual imune à interferências de terceiros, inclusive o Estado, para determinar ser crime uma conduta que produz, tão somente, quando muito, uma autolesão. O que se faz na intimidade, da sua religião aos hábitos pessoais, deve ficar na esfera de decisão e discricionariedade do indivíduo.

No que tange a violação da autonomia individual, entende que o Estado tem o poder de limitar a liberdade para a proteção de determinados valores sociais e direitos de terceiros, no entanto, não pode este atingir a autonomia individual, núcleo essencial da liberdade. Isso ocorre por conta da autonomia privada ser a emanção da dignidade humana, a qual assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. A criminalização do uso de drogas, portanto, seria uma forma de autoritarismo e paternalismo que impede que o indivíduo faça suas escolhas mais íntimas.

No contexto de restrição a direitos fundamentais, caberia analisar também a criminalização das drogas a partir do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade, o qual tem por função, na sua dimensão instrumental, limitar os possíveis excessos estatais restritivos de direitos.

No campo do direito penal, este princípio reflete alguns conceitos específicos tais como a lesividade da conduta incriminada, a vedação do excesso e a proibição da proteção insuficiente.

O princípio da lesividade exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio de modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização.

O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a saúde do próprio usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou auto-lesão. Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico tutelado, entretanto trata-se de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco.

Portanto, se não há lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima.

Não obstante, a análise da razoabilidade inclui a verificação da adequação, da necessidade e do proveito da medida restritiva.

Quanto à adequação da medida criminalizadora, esta parece inadequada para o atingimento do fim proposto pela legislação nacional de drogas: a proteção da saúde pública. Isso porque, além dos números revelarem que a medida tem sido ineficaz (o consumo de drogas ilícitas tem aumentado significativamente), há um afastamento do usuário em relação ao sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma que a criminalização carrega consigo.

A necessidade da criminalização também se faz ausente ante a possibilidade de combater o consumo de drogas por políticas públicas de atenção e cuidado com o usuário dependente, com possibilidade de regulamentação administrativa inclusive prevendo sanções para o descumprimento de regras impostas para o uso de drogas. Esta forma de tratamento da questão é considerada por dezenas de países e vem mostrando grandes avanços no combate às drogas. O

Brasil, entretanto, opondo-se ao fluxo mundial, ainda trata o usuário de drogas como criminoso ao lado de, por exemplo, Suriname e Guianas na América Latina.

Mas é, sobretudo no terceiro subprincípio – o da proporcionalidade em sentido estrito –, quando se vai aferir o custo benefício da criminalização que a desproporcionalidade se evidencia de maneira mais contundente. O custo tem sido imenso – em recursos drenados para a repressão, para o sistema penitenciário, nas vidas de jovens que são destruídas no cárcere, no poder do tráfico sobre as comunidades carentes – e os resultados têm sido pífios: aumento constante do consumo.

Diante do posicionamento tomado pelo Ministro, não poderia deixar de tomar lugar a proposição sobre a definição de critérios objetivos para a diferenciação do traficante e usuário ante a lacuna legal da Lei 11.343/06. Com isso seria possível diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, reduzindo o número de usuários presos, sobretudo os mais pobres.

Para tanto, o Ministro propôs critério quantitativo de posse de maconha estipulado em 25g ou 6 plantas fêmeas para que se presuma o agente usuário. Presunção esta que poderá ser afastada pelo juiz à luz do caso concreto. Então, poderá o juiz, fundamentadamente, entender que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior.

Por fim, cabe trazer à baila a ementa do voto do Ministro Luis Roberto Barroso:

DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. 2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública. 3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública. 4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-

se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes. 5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo, recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de Cannabis. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas. 6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito.

Concluindo, votou o Ministro pelo provimento do recurso extraordinário, com a absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, estabelecendo a tese de que é inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.

CONCLUSÃO

Como bem pronunciou o Ministro Luis Roberto Barroso, para a questão em debate não há solução juridicamente fácil nem moralmente barata. Não obstante, é necessário coragem para enfrentar um mal responsável por graves consequências, para o qual, todavia, em nada se inovou nos últimos tempos da realidade legislativa e jurídica brasileira.

Chegou a hora então de rejeitar a posição de tabu que as drogas hoje têm e debatê-las em um ambiente plural, de respeito e de responsabilidade, sempre buscando o bem comum imprescindível nas sociedades democráticas fundadas na dignidade da pessoa humana, na igualdade e no pluralismo.

O debate e a mudança a serem promovidos no campo das drogas, no Brasil, é medida que se coloca como urgente e necessária para reduzir o severo impacto causado por uma busca inconsequente e ignorante: o aniquilamento das drogas ilícitas por meio da promoção da repressão criminal do usuário.

Se é da experiência atual que se extraem as causas prejudiciais dessa escolha estatal enquanto política pública, por outro lado, é da história mais antiga da humanidade que observamos diversos relatos da existência e do consumo de drogas em perfeito consenso social. Essas substâncias, umas lícitas outras ilícitas, ganharam status de ilegais a partir de meados do século XIX, mas sempre cumpriram papel precioso para os mais variados povos desde muito antes. O consumo pode ter alicerce espiritual. Pode ser a cura de uma doença ou o alívio de outra. Pode ser somente diversão. Não importa, não nos cabe o julgamento.

Fato é que as drogas são componentes extraídos da natureza e estão incorporadas à cultura da humanidade de diversas formas, não se podendo talhar o modo de existência dos grupos que as utilizam pela incriminação do uso.

Saber da existência dessas substâncias em sociedades muito antigas é reforçar o argumento de que as drogas têm uma função a cumprir, cabendo ao Estado permitir esse exercício de forma segura, coerente e humanizada, como já ocorreu em outros tempos e ocorre em diversos países do mundo em que já foram descriminalizadas.

Nossa política atual não só nega todo o arcabouço antropológico das drogas, como potencializa questões já suficientemente preocupantes da sociedade brasileira como a marginalização e a estigmatização criminal das minorias, a força do crime organizado, da corrupção estatal e da violência. Na busca de um fim legítimo, deve o Estado fazê-lo de forma racional, eficiente, reconhecendo ao usuário seu espaço de dignidade. Isso equivaleria à mudança na atual política de drogas.

Conforme destacado na introdução desta monografia e pelos votos exarados, o combate criminal aos entorpecentes mais produziu resultados negativos do que positivos. A energia dispensada no tratamento penal do tema é excessivamente cara para os cofres públicos, e é desperdiçada diante de um fim impossível de ser alcançado. A prova desta afirmação está no frágil resultado obtido pela repressão: elevados custos sociais e econômicos da guerra às drogas em contrapartida ao aumento do consumo/produção de drogas em escala mundial.

O alto nível de encarceramento produzido por crimes relacionados às drogas é um exemplo desta oneração social e econômica. Particularmente no Brasil, onde quase não há ressocialização do preso e a legislação prisional é completamente desobedecida, o aumento do número de encarcerados só conduz a um futuro mais violento e desesperançoso. Por outro lado, tais recursos poderiam ser destinados ao tratamento médico e psicológico de dependentes e em iniciativas educacionais sobre as drogas. Mas não, são gastos em uma repressão descabida que apenas adia a busca da verdadeira solução.

Importante destacar que a discussão trazida no caso do RE 635659 trouxe como norte a descriminalização da maconha.

No entanto, sob o prisma da racionalidade e coerência, não faria sentido optar pela descriminalização exclusiva da maconha enquanto outras drogas ainda estariam na esfera da ilegalidade. Entendendo a descriminalização como forma de combate ao poder econômico do tráfico, a exclusividade de uma decisão descriminalizante somente sobre a maconha talvez não fosse suficiente para o enfrentamento do problema. Tão pouco seria uma decisão juridicamente correta já que se descriminariam usuários de outros tipos de drogas ilícitas.

A descriminalização de todas as drogas talvez seja um passo avançado na busca de um ideal: o exclusivo tratamento da questão sob a perspectiva da saúde

pública e individual. Todas as drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas, são prejudiciais ao ser que as consome e essa consciência talvez deva ser o mais importante a ser buscado pelas políticas estatais.

O molde da proibição atual, onde um rol selecionado de drogas é considerado ilícito, não favorece a abordagem de cuidado com o usuário uma vez que não há uma classificação que leve em conta a potencialidade lesiva das drogas, podendo-se levar à equivocada, mas intuitiva conclusão, de que as substâncias permitidas não fazem tão mal como as ilícitas.

De fato sabemos que isso não ocorre. Como citado neste trabalho, álcool e tabaco são os maiores responsáveis pelas mortes de usuários no mundo. Incongruentemente, não são considerados ilícitos.

É por isso que drogas devem ser tratadas uniformemente como drogas, sem levar em conta o critério legal. Algumas mais lesivas, outras mais leves, mas todas lícitas. Considerá-las desta forma abre espaço para uma discussão profunda e uma consequente e necessária regulamentação sobre cada uma. A diferenciação destas substâncias por meio de classificações que ultrapassem os limites da licitude é de fundamental importância para o próprio atingimento de cuidado e prevenção ao uso de drogas traçado pela Lei 11.343/06.

Por hora, o tratamento penal das drogas ilícitas nos limita a discutir a moral em torno das drogas, e não a evitar, concretamente, seus efeitos nocivos sobre a saúde humana. Comprovadamente, a criminalização do uso afasta o usuário do sistema de saúde, fato este que se mostra repugnante a já reconhecida posição de vulnerabilidade do dependente/usuário.

Vislumbrando à droga seu legítimo espaço na sociedade, opção melhor não há, em termos de política pública, do que a sua regulamentação. Esta medida é de fundamental valor para a sociedade brasileira caso o uso seja descriminalizado.

Descriminalizar as drogas é reconhecer a possibilidade de existência, no mesmo corpo social, dos que as usam, enquanto que regulamentar é possibilitar que todos convivam harmonicamente nesta mesma realidade. Não há dúvidas de que regras precisam ser estabelecidas para pacificar os diferentes modos de vida.

A despeito dos movimentos de legalização (talvez um estágio mais avançado no amadurecimento da discussão das drogas), a regulamentação se coloca como via obrigatória ao Estado que propõe a defesa de seus cidadãos, seja ela fruto da construção legislativa, seja fruto da força de uma decisão jurisdicional.

A discussão do princípio da proporcionalidade, brilhantemente traçada pelos Ministros do STF, demonstra perfeitamente a posição valiosa que a regulamentação das drogas tem em outros ordenamentos. Isto porque, atualmente, punimos penalmente, de forma desarrazoada, todos os usuários de drogas enquanto há outros meios, menos gravosos e mais eficientes, de protegê-los.

Primeiramente e de forma mais drástica, punimos os usuários criminalmente, retirando parcela de sua liberdade. Em um segundo momento, punimos ao perpetuar, através da criminalização, o contato do usuário com a teia, cada vez mais fortalecida e violenta, do narcotráfico. O usuário então, se torna refém de uma realidade abusiva e ilegal que, sozinho, dificilmente conseguirá se desvencilhar. Ainda, punimos afastando-os da proteção estatal educacional e médica para despejá-lo à ilegalidade onde o sistema criminal realiza sua “justiça” com toque de vingança.

A discussão da desnecessidade da criminalização claramente se deu por suficiente nos votos analisados. Foram ricos os relatos de experiências internacionais descriminalizantes bem sucedidas que trouxeram mais benefícios à sociedade ao mesmo tempo em que foram menos invasivos e mais eficientes no âmbito de proteção dos bens jurídicos essenciais ao convívio coletivo.

A proteção que aqui se quer dar destaque é a da saúde individual. Não pode haver vida digna sem um corpo saudável, sem uma mente sã. É inegável que o debate central a ser promovido é o risco que as drogas lícitas e ilícitas causam à saúde das pessoas e sobre isso deve atuar o Estado. Para informar, cuidar e prevenir o uso através dos meios adequados.

Um exemplo deste cuidado à saúde decorrente da descriminalização/regulamentação é o estabelecimento de critérios qualitativos sobre as drogas. Se hoje o usuário que busca cocaína no mercado ilegal, por exemplo, não tem certeza de que realmente consome cocaína (e mesmo assim não deixa de consumir), com o devido cuidado normativo e fiscalizador do Estado para

cada substância, poder-se-á aumentar a confiabilidade dos usuários em relação às substâncias que consomem, diminuindo, assim, os riscos à saúde e a procura pelo comércio paralelo. Da mesma forma como as farmácias já comercializam drogas, necessária a autorização de venda destas substâncias para estabelecimentos especializados e altamente controlados.

Não obstante, outro ponto que merece destaque são as ofensas aos direitos fundamentais, estabelecidos pela Carta Fundamental de 1988, decorrentes da escolha política de criminalização das drogas.

Não há vida digna sem o livre arbítrio, sem a liberdade de escolha nos assuntos que afetam o ser humano de maneira mais íntima. O núcleo essencial de direitos como a liberdade e privacidade é afetado pela criminalização da conduta de portar drogas para consumo pessoal. A autonomia individual é reprimida pela criminalização em nome de um fim moral que não se justifica.

Os limites da atuação estatal, sobretudo quando na atuação legiferante penal, devem estar intimamente conectados com o reconhecimento abrangente dos direitos individuais do artigo 5º da Constituição. Nesse sentido, considerando os direitos à privacidade e liberdade, limitar-se-á o Estado a emanar leis que não interfiram na esfera da autonomia individual, ou seja, que não puna condutas individuais que não suprimam direitos de terceiros. É justamente o caso da criminalização das drogas para uso próprio.

Cabe reforçar que o uso de drogas para uso pessoal é ato que se encerra na conduta do usuário, não se podendo falar em ofensa a bens jurídicos coletivos. Nos limites da culpabilidade, só poderá o agente ser punido por conduta pela qual tenha concorrido com dolo/culpa. Por isso, não cabe a punição do mesmo pelo financiamento do tráfico vez que o uso de drogas é a finalidade buscada. Da mesma forma, nos moldes do Código Penal, punido será aquele que cometer crime sobre a ou por causa da influência de drogas.

Repressões genéricas de direitos, no entanto, ainda nos parecem leves frente à mortandade promovida nas comunidades mais carentes onde se vitimizam jovens em sua maioria. O valor da vida nos parece o motivo de maior estímulo à mudança desta política que cerceia direitos de forma grave.

Ademais, não se pode estudar as drogas no Brasil sem levar em consideração seus efeitos para a segurança pública. Como ocorre na maioria dos países em desenvolvimento, a omissão estatal no oferecimento de serviços públicos básicos garantidores da dignidade mínima, aliado à criminalização das drogas, é estímulo à traficância, ora pela falta de oportunidades aliada ao supérfluo desejo de incluir-se no modelo da sociedade de consumo por meio de uma atividade altamente lucrativa, ora pela falta de segurança de comunidades politicamente introduzidas em um contexto de guerra.

No cenário legal brasileiro, não parece suficientemente trágico que se adote uma postura política que fulmine com os próprios fins de cuidado à saúde e segurança públicas. Ainda, peca o legislador quando se omite frente à diferenciação normativa do usuário e do traficante de drogas.

A falta desta diferenciação conduz ao cárcere muitos usuários, principalmente aqueles em situação de vulnerabilidade. A lógica de ocupação do tráfico nas comunidades mais carentes intensifica a distância do usuário em relação aos mais pobres, sendo estes, muitas vezes, tratados equivocadamente como traficantes.

Perfazendo a lacuna que se mostra permanente, deve o judiciário propor um parâmetro para que supra a atuação estatal insuficiente, pelo menos até que sobrevenha lei posterior. Necessário é que cesse a agressão à igualdade de aplicação da lei penal segundo a orientação da vulnerabilidade social e econômica.

Já que se defende a descriminalização de todas as drogas, deve-se atentar para os critérios quantitativos estabelecidos em outros países como forma de incrementar a aplicação interna destes parâmetros. Entretanto, é necessário observar as peculiaridades nacionais no que tange à qualidade das substâncias proibidas como forma de evitar um encarceramento ainda maior ao que já se tem ao fixar quantidades que não correspondam à realidade dos usuários nacionais.

Mormente, a política de guerras às drogas acaba por se mostrar um exemplo do uso simbólico do direito penal em busca de uma sensação de segurança. Concomitantemente, o discurso moralista midiático é estímulo à discussão das drogas sob a forte influência das emoções em contrapartida à razão.

Contudo, o julgamento do RE 635659 será um divisor de águas para dar vitória à razão caso a decisão vindoura se concretize à favor da descriminalização das drogas. Na ausência de um legislativo capaz de promover tal mudança, que o judiciário o faça. Com isso, a esperança de dias melhores para todos.

Encerro este trabalho com o precioso dizer de Winfried Hassemer⁴³, que diz que “O fato de que muitas pessoas reagem com medo, indiferença ou agressividade não constitui um obstáculo à prática de uma política de drogas racional, e sim um importante componente do próprio problema que nos cabe reconhecer e solucionar”.

⁴³ HASSEMER, Winfried. “Descriminalização dos crimes de drogas” in Direito Penal. Fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. 9ª edição. Ed. Malheiros, 2009.

BÁCILA, Carlos. Comentários Penais e Processuais Penais à Lei de Drogas, Rio de Janeiro, ED. Lumen Juris, 2007.

BARBOSA, Joaquim. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”. In Daniel Sarmento (coord.). Jurisdição constitucional e política. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro Rio de Janeiro: Revan, 8ª Edição, novembro de 2002.

Beckley Foundation’s Global Cannabis Commission. Cannabis Policy: moving beyond stalemate. Disponível em <<http://www.undrugcontrol.info/en/issues/cannabis/item/2406-cannabis-policy-moving-beyond-stalemate>> acesso em 6/08/2015

BIANCHINI, Alice. Lei de Drogas comentada. Coordenador: Luiz Flávio Gomes. Sé ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BURGIERMAN, Denis Russo. O fim da guerra

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Legislação Penal Especial 4. 7ª edição. Ed. Saraiva, 2012.

CANES, Michèlle. Tráfico de drogas é um dos motivos para o aumento da população carcerária. Disponível em <http://www.ebc.com.br/noticias/2015/04/trafico-de-drogas-e-um-dos-motivos-para-aumento-da-populacao-carceraria-no-pais> > acesso em 19/10/2015.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Relatório da 4ª Inspeção Nacional de Direitos Humanos: locais de internação para usuários de drogas. Brasília: Conselho Federal de Psicologia, 2011. Disponível em: <<http://goo.gl/pXOTLf>>. Acesso em: 8 jun. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Lei de Drogas comentada. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

HART, Carl. Um Preço Muito Alto. Editora Zahar. 2015

HASSEMER, Winfried. “Descriminalização dos crimes de drogas” in Direito Penal. Fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/2006 e os repetidos danos do protecionismo. Boletim IBCCRIM, ano 14, n^o 167, out., 2006.

MORAIS, Maurício. A guerra da droga e da mentira. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-guerra-da-droga-e-da-mentira-1205.html>> acesso em 25/09/2015.

NINO, Carlos Santiago. Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación. Buenos Aires: Ariel, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5^a edição. São Paulo. Ed Revista dos Tribunais, 2010.

ONU. Guerra às drogas': Novas soluções anunciam fim da repressão ao consumo no Ocidente Disponível em < <http://nacoesunidas.org/guerra-as-drogas-novas-solucoes-anunciam-fim-da-repressao-ao-consumo-no-ocidente-destaca-onu>> acesso em 6/11/2015.

RICHARD, Ivan. O governo investiu em quatro anos 3,6 bilhoes de reais no combate às drogas. Disponível em <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-04/governo-investiu-em-quatro-anos-r-36-bilhoes-no-combate-drogas-diz-senad>> acesso em 10/10/2015.

SCHEERER, Sebastian. Prohibición de las drogas en sociedades abiertas in Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madri, Dykinson, 2003 – tradução livre.

VICENTE, Grecco. Tóxicos: Prevenção e Repressão. Comentários à Lei 11.343/06- Lei de Drogas. São Paulo. Ed. Saraiva 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. La Giustizia Costituzionale. Bologna: Il Mulino, 2^a ed., 1988.