

USO DE DROGAS E PATERNALISMO JURÍDICO: OS LIMITES DA INTERVENÇÃO PENAL

Gérson Faustino Rosa¹

Gisele Mendes de Carvalho²

RESUMO

O presente artigo tem como meta a análise crítica e a exploração do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 (Lei Antidrogas), que pune o porte de drogas para consumo pessoal. Em primeiro plano, este estudo trata do fundamento político-criminal do delito em comento, demonstrando em seguida a evolução histórica e a atual estrutura da Lei de Drogas. Posteriormente, destacou-se aspectos relacionados ao bem jurídico tutelado, criticando a previsão da “saúde pública” como tal e defendendo a descriminalização da conduta por tratar-se de uma autolesão. Adiante, apresentou-se a atitude paternalista do Estado para com os usuários de drogas, acompanhada das espécies de paternalismo e suas possíveis justificações. Ressaltou-se, outrossim, alguns aspectos criminológicos e o perfil dos usuários e dependentes de drogas, discorrendo sobre a *ratio legis* da incriminação e possíveis alternativas sociais para a diminuição de incidência do delito em tela. Por fim, expôs-se a estrutura do tipo do injusto do art. 28, da Lei Antidrogas. Conclui-se, nesta esteira, que considerar o porte de drogas para consumo pessoal como crime contraria toda sistemática jurídico-penal construída ao longo dos anos, mostrando-se totalmente incompatível com os princípios norteadores do Direito Penal moderno. Arremata-se, ademais, que tratar o usuário e o dependente de drogas como criminoso apenas impede o tratamento e a recuperação destes, estigmatizados por um Estado paternalista que deveria, ao contrário, preservá-los.

Palavras-chave: Drogas, Porte para consumo, Bem Jurídico protegido, Autolesões, Paternalismo.

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo el análisis crítica y exploración del artículo 28 de la Ley 11.343/06 (Ley de Drogas), que castiga la tenencia de drogas para consumo personal. En primer plano, este estudio trata de la razón político-criminal del delito en discusión y, a

¹ Investigador de Polícia no Estado do Paraná, graduado em Direito pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente - SP, pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho - RJ, pós-graduando em Ciências Penais pela Universidade Estadual de Maringá - PR.

² Doutora e Pós-Doutora em Direito Penal pela Universidade de Zaragoza, Espanha. Professora de Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá (UEM) e no Mestrado do Centro Universitário de Maringá (Cesumar).

continuación muestra la evolución histórica y la estructura actual de la Ley de Drogas. Más tarde, se hizo hincapié en cuestiones relacionadas con el bien jurídico protegido, también crítica a la predicción de la "salud pública" como tal, y abogando por la despenalización de la conducta, ya que es una autolesión. Más tarde, se realizó la actitud paternalista del Estado hacia los usuarios de drogas, junto con la especie de paternalismo y sus posibles justificaciones. Se destacó, además, algunos aspectos criminológicos y perfil de los usuarios y toxicómanos las drogas, hablando acerca de la *ratio legis* de la incriminación y las posibles alternativas para la reducción y la incidencia del delito en cuestión. Por último, se expone a la estructura del tipo de injusto del artículo 28 de la Ley de Drogas. Se concluye que, teniendo en cuenta la posesión de drogas para consumo personal como un crimen infringe todo sistema penal construido durante los años, siendo totalmente incompatible con los principios rectores del derecho penal moderno. Al final, se observó que tratar el usuario y drogodependiente de drogas como delincuente tan sólo dificulta el tratamiento y la recuperación de estos, estigmatizados por un estado paternalista que debe, por el contrario, preservarlos.

Palabras-llave: Drogas, Tenencia, Bien Jurídico protegido, Autolesiones, Paternalismo.

1. INTRODUÇÃO

A problemática relativa ao uso de drogas sempre foi palco de insuperáveis discussões e controvérsias. Trata-se de questão que, nas últimas décadas, vem recebendo cada vez mais atenção não só dos especialistas, mas também da população em geral. Isso ocorre porque o problema deixou de ser difuso e passou a afetar diretamente a todos. Atualmente, é forçoso reconhecer que são raros aqueles que nunca se depararam com um conhecido ou parente que ostente o vício por alguma droga, ou que tenha sido vítima de delito praticado por alguém que se encontrava sob o efeito de drogas. E este problema não é exclusivo dos brasileiros, podendo a questão das drogas ser tida, no mundo todo, como um dos principais conflitos das sociedades contemporâneas.

No campo médico-científico, são inúmeros os estudos e pesquisas sobre os efeitos das drogas e a origem dos vícios, bem como sobre os melhores métodos para alcançar a abstinência. No âmbito do Direito, em especial do Direito Penal e da Criminologia, não poderia ser diferente. As discussões, na seara do direito, vão desde a ausência de eficácia da punição estatal ao usuário à necessidade de repressão mais efetiva ao tráfico, passando pelos estudos de criação e adoção de microssistemas jurídico-penais voltados especificamente à questão das drogas.

O legislador, por sua vez, não se manteve inerte. Movimentou-se no sentido de fazer refletir, no ordenamento jurídico, as discussões que se multiplicavam, e ainda se multiplicam, na sociedade civil. Em alguns pontos, premido pelo clamor popular que constantemente pressiona pela efetividade da segurança pública, contrariou tendências e setores que pregam pela insubsistência do agravamento das penas como meio de refrear as práticas criminosas.

Nesse contexto, em decorrência das alterações decorrentes da política criminal de combate às drogas, surgiram diversas mudanças legislativas até a criação da atual Lei Antidrogas (Lei n.º 11.343/06), ainda, longe de atingir o ideal rumo para a problemática aqui estudada. Motivo pelo qual faz-se uma análise crítica do art. 28 da referida Lei, discorrendo sobre a ausência de bem jurídico a ser protegido pela incriminação, e expondo o tratamento excessivamente paternalista do Estado para com os usuários e dependentes de drogas.

Por derradeiro, traz-se uma discussão acerca dos aspectos criminológicos e do controle social informal de drogas, apresentando-se o perfil do usuário e do dependente de drogas, a *ratio legis* da incriminação e possíveis alternativas sociais para a diminuição da incidência do mencionado delito. Propondo uma reflexão objetiva sobre uma das principais discussões doutrinárias da atualidade. Desenvolvendo-se, para isso, pesquisas pelo método dedutivo, através de análises fundamentais e qualitativas, tendo como recursos bibliografias, literaturas e documentos. Utilizando-se assim, doutrinas, livros e periódicos.

2. FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Na atualidade, em termos mundiais, são quatro as tendências político-criminais em relação às drogas³:

a) Modelo norte-americano: prega a abstinência e a tolerância zero, adotando-se o encarceramento massivo de todos os envolvidos com drogas.

b) Modelo liberal radical (liberalização total): a famosa Revista inglesa *The Economist*, com base nos clássicos pensamentos de Stuart Mill⁴, vem enfatizando a

³ GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06 de 23.08.2006*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 100-103.

necessidade de liberar totalmente a droga, sobretudo frente ao usuário; salienta que a questão da droga provoca distintas conseqüências entre ricos e pobres, realçando que somente estes últimos vão para a cadeia⁵.

c) Modelo da “redução de danos” (sistema europeu): a “redução de danos” causados aos usuários e a terceiros (entrega de seringas, demarcação de locais adequados para consumo, controle do consumo, assistência médica etc) seria o correto enfoque para o problema⁶. Esse modelo propugna pela descriminalização gradual das drogas assim como por uma política de controle (“regulamentação”) e educacional, tendo em vista que droga é um problema, sobretudo, de saúde pública⁷.

d) Justiça Terapêutica: centra sua atenção no tratamento e, por conseguinte, apregoa a disseminação dessa reação como forma adequada para cuidar do usuário ou do usuário/dependente. Seu grande problema refere-se a patente confusão que se faz entre o usuário e o dependente, sendo risível, em termos médicos, condenar o usuário a um tratamento compulsório⁸.

Nessa seara, duas grandes vertentes político-criminais já haviam sido apresentadas pela legislação anterior, norteando uma nova tomada de rumos, seguida pela atual Lei de Drogas (11.343/06), quais sejam, os modelos da *Justiça Terapêutica* e de *Redução de Danos*. Como dito, enquanto o primeiro apregoa que a redução da oferta e da demanda deva ocorrer por meio da intervenção penal, apresentando-se como uma política criminal proibicionista. O segundo, diferentemente, trata do assunto a partir de uma linha prevencionista, preocupando-se com moderações e controle de abusos, distanciando-se de respostas meramente repressivas e, principalmente, em razão da estigmatização do usuário ou do dependente decorrente de sua passagem pelo sistema penal.

A nova Lei, nitidamente, abarca as duas tendências. A proibicionista dirige-se à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de entorpecentes, ao passo que a prevencionista é aplicada para o usuário e para o dependente.

No início do século XX já havia uma concepção sanitária do controle do tráfico de drogas, sendo que o consumo de entorpecentes não atingia a proporção atual de usuários, mas

⁴ MILL, J. S. *Sobre la libertad*. Trad. Josefa Sainz Pulido. Aguilar, Madrid, 1972. p. 21.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, p. 101.

⁶ *Ibidem*, p. 102.

⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2006, p. 156-157.

⁸ GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, p. 103.

estava relacionado apenas a grupos exóticos, sem qualquer significação econômica. O usuário era intermediado pelos saberes higienistas, tratado como doente.⁹

O usuário não era incriminado, mas notificado para cumprir internações compulsórias mediante decisão judicial fundada em parecer médico. Além disso, medidas de segurança pré-delitivas baseavam-se em juízos de periculosidade social – não criminal – como “ocorria” com os ébrios, com as prostitutas, drogados e vadios.

Hodiernamente, na chamada pós-modernidade, encontramos a réplica (e o retrocesso) ao modelo referido na chamada Justiça Terapêutica, atuando na contramão das políticas descriminalizantes.¹⁰ O usuário de drogas permanece visto segundo a perspectiva do binômio doente-criminoso, de modo que a justiça terapêutica, sob uma aparência de liberalidade, apenas reitera o sistema existente, a visão do crime e castigo. Neste sentido, a nova Lei de Drogas adotou, na seara dos usuários e dependentes de drogas, uma política criminal de “redução de danos”¹¹, de modo que, passa a ser dever do Estado a formulação de ações como a troca e distribuição de seringas, reduzindo o risco de contaminação de usuários por doenças transmissíveis, bem como o incentivo para que seja alterada a via de administração (art. 19, VI, Lei 11.343/06).

A política proibicionista, no que diz respeito ao usuário de drogas, é marcada por sua incapacidade de resolver o problema que se dispôs a enfrentar. Destacam-se, ainda, os inúmeros aspectos advindos de sua utilização, dentre eles o ingresso do sujeito envolvido com drogas no mundo da clandestinidade, o que, tratando-se de dependente, dificulta e muitas vezes inviabiliza o acesso a programas assistenciais¹². Além disso, a criminalização apenas potencializou os efeitos colaterais à incriminação: à promessa de contramotivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário¹³; e no intuito de conter o tráfico ilícito de entorpecentes deflagrou-se a incriminação

⁹ REGHELIN, Elisângela Melo, In: CALEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Org.). *Lei de Drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 97.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ A redução de danos já era prevista na legislação anterior (art. 12, § 2.º, Lei n.º 6368/76), porém de forma tímida e desfocada, já que vinculada apenas a atividades de tratamento. Ao passo que a nova Lei, ao tratar a redução como princípio ou diretriz das atividades de prevenção, generalizou as possibilidades de sua aplicação.

¹² BIANCHINI, Alice. In: GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06 de 23.08.2006*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

¹³ Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos, ao comentar a *teoria da rotulação*, ensina que a criminalização inicial produz a estigmatização que, por sua vez, produz criminalizações posteriores (reincidências). O rótulo criminal, principal elemento de identificação do criminoso, produz as seguintes consequências: assimilação das

de setores vulneráveis da população. A manutenção da ilegalidade da droga produziu sérios problemas sanitários e econômicos; favoreceu o aumento da corrupção do poder repressivo; estabeleceu regimes autoritários de penas aos consumidores e pequenos comerciantes; e restringiu os programas médicos e sociais de prevenção¹⁴.

O mais sensato e responsável, de tudo quanto se pode extrair das experiências e vivências estrangeiras, consiste na adoção de uma política claramente preventiva em relação às drogas. Educação antes de tudo. E que pais e professores, dentre tantos outros, assumam sua responsabilidade de orientação e conscientização. Se o sujeito não cuida dele mesmo ou do seu filho, não deve esperar que o Direito Penal faça isso por ele e muito menos que essa tarefa seja desempenhada pelas autoridades policiais, que não contam com o mínimo preparo para cuidar de quem necessita de atenção, reinserção e compreensão, não de “prisão”¹⁵.

Observa-se atualmente, que a política de descriminalização (e regulamentação) do uso de drogas cada vez mais granjeia adeptos, tendo sido adotada pela maioria dos países da Europa Ocidental. O que já é uma realidade hoje em Portugal, Itália e Espanha; ao passo que Bélgica, Irlanda e Luxemburgo descriminalizaram somente a maconha, já o Reino Unido, recentemente desclassificou a *Cannabis*, cujo usuário passou a ser controlado apenas pela polícia, sem possibilidade de prisão.

No que tange à produção e tráfico de drogas, conforme já mencionado, a Lei optou pelo modelo proibicionista. Destaca-se, entretanto, que a produção é excepcionada quando há um interesse medicinal ou científico (art. 33, §1º, II, Lei n.º 11.343/06).

Constata-se por derradeiro que, de acordo com a atual política criminal de drogas - “redução de danos” -, o melhor caminho seria pensar em uma descriminalização gradual de tais substâncias, bem como em uma política educacional e de controle (“regulamentação”), tendo em vista que as drogas referem-se a um problema, sobretudo, de saúde pública.

2.1 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE DROGAS

características do rótulo pelo rotulado, expectativa social de comportamento do rotulado conforme as características do rótulo, perpetuação do comportamento criminoso mediante formação de carreiras criminosas e criação de subculturas criminais através de aproximação recíproca de indivíduos estigmatizados. Isso porque, de certa forma, a estigmatização penal é a única diferença entre comportamentos objetivamente idênticos (*A criminologia radical*. 3ª. ed. Curitiba: ICPC: Lúmen Juris, 2008, p. 19).

¹⁴ CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. 156-157.

¹⁵ GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.*, p. 104.

O Direito não pode ser compreendido corretamente no contexto da atual sociedade sem a devida observância do passado. Ao passo que, para obter-se a melhor interpretação do ordenamento jurídico é indispensável o conhecimento de sua evolução histórica. Insta salientar que, as diversas fases da história da legislação antidrogas não se mostram de forma isolada, mas interagem-se continuamente, refletindo o estado social e as ideias que caracterizam o passado do Direito Punitivo.

Nessa linha, podemos encontrar a origem da preocupação brasileira em relação às drogas nas Ordenações Filipinas (1603), que dispunham: “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso”¹⁶. O Código Criminal do Império, de 1830, não tratou da matéria, mas o regulamento de 29 de setembro de 1851, disciplinou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos.¹⁷

Em 1890, o Código Penal considerou crime “expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem a legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários”.

Porém, diante de uma grande onda de toxicomania, foi baixado o Decreto n. 4.294, de 1921, inspirado na Convenção de Haia, do mesmo ano, e modificado diversas vezes por outros decretos, até o surgimento do Código Penal de 1940, que em seu art. 281 alterou o Decreto-Lei n. 891 (inspirado na Convenção de Genebra de 1936), que enumerava algumas substâncias consideradas entorpecentes.

Em 29 de outubro de 1971, depois de uma série de alterações na legislação já existente, e considerável avanço no combate às drogas, criou-se a Lei n. 5.726/71 dispondo sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica. Dando, desta forma, nova redação ao art. 281 do Código Penal e alterando o rito processual para o julgamento dos delitos previstos nesse artigo, o que, segundo Vicente Greco Filho, representou a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial¹⁸.

¹⁶ Segundo definição do dicionário on-line de português, “rosalgar” é o nome vulgar do óxido de arsênio, empregado como pigmento em pirotecnia e como raticida. Disponível em: <http://www.dicio.com.br/rosalgar/>. Acesso em fevereiro/2011.

¹⁷ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/06*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 01.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 03.

No dia 21 de outubro de 1976, entrou em vigor a Lei n. 6.368/76, que substituiu a Lei n. 5.726/71, exceto em seu art. 22, que tratava do procedimento sumário de expulsão do estrangeiro que cometesse crime de tráfico de entorpecente.

A Constituição Federal de 1988 tratou do tráfico de drogas como delito inafiançável e insuscetível de graça e anistia (art. 5º, XLIII, CF)¹⁹. Referiu-se ainda a este ao dispor que o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado quando comprovada sua participação no tráfico de drogas (art. 5º, LI, CF)²⁰.

Em 1998, precisamente no dia 12 de maio, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) editou a Portaria SVS-MS n. 344 relacionando as substâncias consideradas entorpecentes e regulamentando a fiscalização das demais substâncias que determinem dependência física ou psíquica.

No dia 11 de janeiro de 2002, a Lei 10.409 pretendeu, enquanto projeto, substituir integralmente a Lei n. 6.368/76. Devido à péssima qualidade na definição dos crimes na *novatio legis*, ao Poder Executivo restou vetar todo o Capítulo III, que tratava “Dos crimes e das penas” e, coerentemente, seu art. 59 que dispunha sobre a revogação da lei anterior. Com isso, a Lei n. 6.368/76 continuou em vigor no que tange a previsão dos delitos e das penas, ao passo que a Lei n. 10.409/02 passou a reger somente a parte processual de tais crimes.

Diante da péssima e confusa situação legislativa que se instaurou a partir de então, os projetos n. 7.134/02, do Senado Federal, e n. 6.108/02, do Poder Executivo, foram convertidos na Lei n. 11.343/2006, atual “Lei Antidrogas” ou “Lei de Drogas”, em vigor desde 23 de agosto de 2006 até os dias atuais. Lei esta que será objeto do presente artigo, brevemente analisada e criticada em seus aspectos de maior relevância, especialmente no que diz respeito ao porte de drogas para consumo pessoal.

A) ESTRUTURA LÓGICA DA LEI 11.343/2006: SUA NATUREZA INTERDISCIPLINAR

¹⁹ XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. (*grifou-se*)

²⁰ LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei. (*grifou-se*)

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, regulamentada pelo Decreto n.º 5.912, de 27 de setembro de 2006, tem seus dispositivos organizados em seis títulos. Suas designações permitem extrair a compreensão inicial da estrutura da Lei, dividida da seguinte forma:

No **Título I, “Disposições preliminares”**, instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas (SISNAD) e estabeleceu o conceito e a proibição de drogas em todo o território nacional.

Já no **Título II, “Do sistema nacional de políticas públicas sobre drogas”**, estabeleceu a finalidade e organização do SISNAD. O Título II foi dividido em seis capítulos, tendo o Capítulo I tratado dos princípios e dos objetivos dos SISNAD, e o Capítulo IV, da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas. Já os Capítulos II e III foram vetados.

O **Título III, “Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”**, foi dividido em três capítulos, sendo que o I trata das atividades de prevenção, o II das atividades de atenção e reinserção social de usuários ou dependentes de drogas, e o capítulo III, de maior relevância para o nosso estudo, cuida dos crimes e das penas, reservado para incriminar tão-somente a conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização legal ou regulamentar, deixando claro a separação de tratamento entre usuário, dependente e traficante.

No **Título IV, “Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas”**, cuidou-se das medidas de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, cujo Capítulo II dispôs sobre os crimes, e o Capítulo III, foi dividido em seções e tratou do procedimento penal.

Os **Títulos V e VI** foram reservados, respectivamente, para tratar da cooperação internacional e das disposições finais e transitórias.

As denominações dos títulos da Lei, em especial os títulos III e IV, expressam o que dispõe sua ementa e seu art. 1.º, *caput*²¹. E o que ali se exprime nada mais é do que o objeto da nova Lei de Drogas, que permite delinear o que constitui o escopo maior e a principal

²¹ Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

inovação do diploma, qual seja a sua natureza interdisciplinar, diferenciando a prevenção ao uso e a repressão ao tráfico.

Com efeito, a Lei torna evidente, desde a sua ementa, que o Estado pretende tratar a questão das drogas por ângulos diferenciados de atuação. Por um lado, tem a intenção de prevenir o uso indevido de drogas pela população, disciplinando os meios e as políticas que adotará para tanto. E, por reconhecer que tal uso é disseminado na sociedade, também pretende o Poder Público criar medidas para atender aos usuários e dependentes, bem como reinseri-los no meio social. Por outro lado, almejando reprimir o tráfico, foram criadas normas jurídicas a fim de se efetivar medidas neste sentido.

No campo do Direito Penal, portanto, o objetivo maior da *novatio legis* foi a separação do tratamento jurídico a ser dispensado ao usuário e ao traficante. Neste sentido, a inovação vai além da mera diferenciação no sistema de penas a serem aplicadas a estes indivíduos. O que prevê a nova Lei é a alteração substancial do enfoque social sobre as drogas, com a adoção de regimes diferenciados para a prevenção do uso e a repressão do tráfico²².

O mote desta nova linha metódica é o reconhecimento de que o uso de drogas é uma realidade e que suas causas e efeitos constituem um problema social. Com base nesta premissa, não é suficiente para a prevenção geral e especial, taxar os usuários de drogas de criminosos, impondo-lhes a reclusão e permitindo a superveniência de todas as consequências adversas desta forma de repressão, em especial o preconceito, e, ao mesmo tempo, negando-lhes (aos usuários) a assistência integral devida pelo Estado.

Especificamente sobre o tratamento da dependência, a nova Lei também modifica o tom desta medida. O legislador reconheceu que o tratamento é medida especial e não deve ser aplicado, indiscriminadamente, a todos os usuários de drogas, pois nem todos os usuários são dependentes. Além disso, aceitou a recomendação “da saúde” para admitir que o tratamento somente funciona se estiverem presentes a vontade e a colaboração do usuário²³.

Com tais medidas, busca-se, destarte, diferenciar o trato pelo Estado, resguardando os ditames repressivos para o traficante, enquanto que, para o usuário, o édito é de proteção. A Lei assentiu assim a ideia de que o uso de drogas não é uma questão primordialmente “de

²² MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *Lei de Drogas: de 23 de agosto de 2006 - Comentada artigo por artigo*. São Paulo: Método, 2007, p. 20.

²³ *Idem*, p. 21.

polícia”, mas sim de saúde. Devendo o investimento público, para a recuperação dos usuários e dependentes, ser majorado também na saúde pública, e não somente na segurança pública.

B) SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS (SISNAD)

O Decreto n.º 5.912, de 27 de setembro de 2006, regulamentou a Lei de Drogas e dispôs sobre as finalidades e organização do **Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SINSNAD)**, revogando expressamente o Decreto n.º 3.696, de 21 de dezembro de 2000, que dispunha sobre o **Sistema Nacional Antidrogas**, demonstrando assim, com essa alteração na nomenclatura, o novo plano do Estado em relação à política criminal de drogas.

A disciplina do novo Sistema pode ser encontrada nos arts. 3.º a 17, e tem como objetivo integrar os órgãos e entes da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito. Verifica-se, com isso, que a criação do SISNAD vai ao encontro de uma política criminal de drogas mais consentânea com àquelas modernamente recomendadas.

Observa-se, ainda, que duas são as finalidades do Sistema: uma vinculada à *prevenção* e que se dirige diretamente ao consumidor de drogas, seja ele dependente ou usuário. E outra ligada à *repressão*, para os que produzam drogas sem autorização ou as trafiquem ilicitamente²⁴.

A ambas as finalidades a Lei atribui a mesma importância, tanto que, expressamente o inciso X do art. 4.º faz referência à necessária observância do equilíbrio entre a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social.

É possível constatar-se, portanto, que ao SISNAD foram atribuídas as finalidades de articulação, integração e coordenação das atividades relacionadas com a prevenção e

²⁴ Nesse sentido, a redação do art. 3º, I e II da Lei n.º 11.343/06, inserido no Título II, o qual trata especificamente do SISNAD, dispõe que: “O Sisnad tem a finalidade de articular, integrar, organizar e coordenar as atividades relacionadas com: I - a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas; II - a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas”.

repressão. Todas elas devem ser desenvolvidas a partir de onze **princípios (art. 4º)**²⁵ e quatro **objetivos (art. 5º)**²⁶.

C) CONCEITO DE “DROGA”

A palavra **droga** veio em substituição à expressão “substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, até então utilizada pelas Leis n.º 6.368/76 e 10.409/02 e pelos documentos internacionais que tratavam da matéria. Até porque, o termo droga, além de ser mais amplo que o de substância entorpecente, é também mais difundido no meio social, principalmente entre a população.

A terminologia anterior nos levava a um equívoco frequente, dando-nos a impressão de que qualquer substância que determinasse dependência física ou psíquica era considerada entorpecente²⁷, o que não é verdade. Por outro lado, há quem prefira a expressão da lei revogada, haja vista que droga é um produto manipulado, enquanto que a política pública volta-se contra toda substância entorpecente, ainda que não sofra nenhum preparo pelo homem. Tecnicamente, melhor seria o emprego da denominação utilizada pelo Decreto n.º

²⁵ **Art. 4º:** São **princípios** do Sisnad: I - o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade; II - o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes; III - a promoção dos valores éticos, culturais e de cidadania do povo brasileiro, reconhecendo-os como fatores de proteção para o uso indevido de drogas e outros comportamentos correlacionados; IV - a promoção de consensos nacionais, de ampla participação social, para o estabelecimento dos fundamentos e estratégias do Sisnad; V - a promoção da responsabilidade compartilhada entre Estado e Sociedade, reconhecendo a importância da participação social nas atividades do Sisnad; VI - o reconhecimento da interrelatividade dos fatores correlacionados com o uso indevido de drogas, com a sua produção não autorizada e o seu tráfico ilícito; VII - a integração das estratégias nacionais e internacionais de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito; VIII - a articulação com os órgãos do Ministério Público e dos Poderes Legislativo e Judiciário visando à cooperação mútua nas atividades do Sisnad; IX - a adoção de abordagem multidisciplinar que reconheça a interdependência e a natureza complementar das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas; X - a observância do equilíbrio entre as atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao seu tráfico ilícito, visando a garantir a estabilidade e o bem-estar social; XI - a observância às orientações e normas emanadas do Conselho Nacional Antidrogas - Conad.

²⁶ **Art. 5º:** O Sisnad tem os seguintes **objetivos**: I - contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados; II - promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país; III - promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União, Distrito Federal, Estados e Municípios; IV - assegurar as condições para a coordenação, a integração e a articulação das atividades de que trata o art. 3º desta Lei.

²⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. *op. cit.*, p. 23.

79.388/77, em decorrência da que foi utilizada na Convenção de Substância Psicotrópicas, assinada em Viena em 1971²⁸.

Afora a alteração da nomenclatura, continuou a sistemática de remeter a caracterização das drogas à lei ou às listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, isto é, somente se considera droga aquilo que estiver relacionado na lei ou nas portarias do órgão competente. Cabendo ao Ministério da Saúde publicar as listas atualizadas periodicamente dessas substâncias.

Trata-se, portanto, de norma penal em branco - em sentido estrito, heterogênea ou própria²⁹ -, pois, segundo prevê o art. 66, da Lei de Drogas, para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei³⁰, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n.º 344, de 12 de maio de 1998, que atualmente lista as substâncias. É uma prudente norma de transição para se evitar qualquer alegação de que teria ocorrido *abolitio criminis* em razão de supostamente não existir no ordenamento jurídico qualquer lei e/ou portaria que arrolem quais seriam as “drogas” proibidas.

Ressalte, ainda, que não há qualquer violação ao princípio da reserva legal em decorrência da utilização de normas penais em branco, posto que, existem matérias em Direito Penal que necessitam de complemento, ainda que de caráter administrativo, já que nem tudo pode ser previsto pela lei penal, especialmente quando se requer especificidades técnicas próprias de outras áreas do conhecimento (leia-se, saúde).

2.2 O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI N.º 11.343/06: SAÚDE PÚBLICA

²⁸ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de, *Comentários à Lei antidrogas: Lei n.º 11.343, de 23.8.2006*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 04. Neste sentido, autor conceitua *psicotrópico* como sendo “toda substância que exerce poder sobre o psiquismo da pessoa humana, inibindo-o ou estimulando-o”.

²⁹ PRADO, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*, 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 145, v. 1, conceitua lei penal em branco como aquela em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação.

³⁰ O art. 1º, parágrafo único, da Lei n.º 11.343/06, preceitua que “para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. (*grifou-se*)

A discussão acerca do bem jurídico penalmente tutelado nos remete diretamente ao estudo da função (missão³¹ ou finalidade³²) do próprio Direito Penal, a qual consiste na proteção subsidiária de bens jurídicos fundamentais ao indivíduo e à comunidade. Incumbe-lhe, através de um conjunto de normas (incriminatórias, sancionatórias e de outra natureza), definir e punir as condutas ofensivas à vida, à liberdade, à segurança, ao patrimônio e outros bens declarados e protegidos pela Constituição Federal. Ao Direito Penal, portanto, se incumbe a garantia dos pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas. Ou seja, o Direito Penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do Direito Civil, de uma proibição de Direito Administrativo ou de outras medidas preventivas extrajurídicas³³. Ademais, não se permite deduzir proibições de Direito Penal dos princípios de uma certa conduta ética, nem tampouco, se impor premissas ideológicas ou religiosas com a ajuda do Direito Punitivo.

Verifica-se, desta forma, que o conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais³⁴.

Nesta seara, observa-se que o ordenamento jurídico brasileiro é elaborado como um sistema escalonado de normas³⁵, sendo as normas constitucionais superiores que devem nortear e inspirar todo o arcabouço jurídico, demonstrando-se o *princípio da supremacia imanente* da Constituição - a qual embasa todas as leis elaboradas sob a sua égide -, princípio este que objetiva garantir a liberdade humana contra os abusos do poder estatal³⁶. Motivo pelo qual, tais leis, para serem válidas, necessitam estar em consonância com a Carta Federal, e os bens jurídicos fundamentais devem ser tutelados pelo Direito Penal, e é a Constituição Federal que define quais são esses valores, e não a legislação infraconstitucional.

³¹ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 67.

³² BRUNO, Aníbal. *Direito Penal – parte geral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, t. 4º, 1966. p. 28, v. 1, leciona que “o fim do Direito Penal é a defesa da sociedade, pela proteção de bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública etc.”

³³ ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 32.

³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 52.

³⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p. 374-376.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225, pondera que “a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais”.

Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir além do necessário para que se alcance uma *coexistência livre e pacífica*³⁷. De modo que, qualquer intervenção nessa área deve ser proporcional, obediente à dignidade humana e à igualdade³⁸. Welzel, desde 1930, quando desenvolveu sua tese sobre a teoria finalista, já defendia, como função do Direito Penal, a proteção de bens jurídicos, preocupando-se em descrever limites à função seletiva do legislador quanto à escolha de bens a tutelar por meio de normas penais³⁹.

Em suma, a finalidade do Direito Penal é a “proteção subsidiária dos bens jurídicos”, sendo que são bens jurídicos “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade; e subsidiariedade significa a preferência a medidas sócio-políticas menos gravosas”⁴⁰. Ou seja, a Lei Penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios menos gravosos⁴¹, posto que a tutela de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais.

2.2.1 O bem jurídico tutelado no art. 28 da Lei n.º 11.343/06

Nesta linha de raciocínio, há que se falar da objetividade jurídica do malfadado art. 28, da Lei n.º 11.343/06⁴², onde a norma penal em apreço resguarda como bem jurídico imediato, a saúde pública (ou uma sociedade sem drogas), que se expõe à vulnerabilidade pela perspectiva da ação de drogas. E mediatos⁴³, a vida, a integridade física, a saúde física e psíquica das pessoas etc.

³⁷ ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 33.

³⁸ Recorde-se que a ideia de se tutelar a dignidade humana e a igualdade resulta do pensamento iluminista, segundo o qual, tais princípios (ou postulados) compõem condição essencial da liberdade individual.

³⁹ WELZEL, Hans. *O Novo Sistema Jurídico Penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 35-42.

⁴⁰ ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 35.

⁴¹ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. ver. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 39, preconiza que, segundo a subsidiariedade ou intervenção mínima, só se legitima a criminalização de um fato, se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Logo, somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

⁴² Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

⁴³ GOMES, Luiz Flávio, *op. cit.*, p. 121.

Tendo em conta que, conforme demonstrado *supra*, a noção de bem jurídico é extremamente relevante, pois a ciência penal não pode prescindir de uma base científica, nem do vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção.

Diante disso, demonstrar-se-ão algumas *consequências concretas para a legislação penal de drogas* apresentadas por Claus Roxin, segundo o qual “a descrição da finalidade da lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime um tipo”. Para se ter como exemplo, no Brasil, pune-se a obtenção e o porte de drogas para consumo pessoal, mencionando a “saúde pública” como bem jurídico protegido, deixando de dizer se a obtenção deste fim pertence aos pressupostos indispensáveis de uma coexistência pacífica, ou ainda, qual seria o dano social inevitável de outra maneira causado pelo consumo particular de drogas. Por isso, Roxin afirma que a construção de tal bem jurídico não significa mais do que uma descrição da finalidade da lei (*ratio legis*⁴⁴)⁴⁵.

Da mesma forma, “a imoralidade, contrariedade à ética e à mera reprovabilidade de um comportamento não bastam para legitimar uma proibição penal”, se os pressupostos de uma convivência pacífica não forem lesionados⁴⁶. Logo, não se pode fundamentar a punibilidade do usuário ou dependente de drogas alegando tratar-se de uma ação imoral, pois um comportamento que se desenrola na esfera privada, com consentimento dos envolvidos, não tem quaisquer consequências sociais e não pode ser objeto de proibições penais⁴⁷. Insta salientar que, não se pretende de modo algum com a defesa da liberdade, da privacidade e da dignidade humana, permitir a instauração do desarranjo social, mas tão-somente respeitar garantias fundamentais do homem, garantias estas que não podem servir de apanágio à desordem, ao caos, à subversão da ordem pública⁴⁸.

⁴⁴ Os defensores do chamado conceito metodológico de bem jurídico de fato consideram que o bem jurídico é idêntico à *ratio legis*. Tal ponto de partida pode ser útil na interpretação, na qual a finalidade da lei tem importância decisiva. Mas ele não tem qualquer função limitadora da pena, o que o torna inadequado para nossos objetivos. Tal concepção advém do pensamento neokantiano, tendo como principais seguidores Mayer e Honig (*Vide* MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal-Parte General*. Trad. De Sergio Politoff Iifschitz, Montevideo/Buenos Aires: Editorial IB de F, Julio César Faria – Editor, 2007).

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 36-37.

⁴⁶ Importa mencionar a explicitação de Luiz Regis Prado, segundo o qual, “em um *Estado Democrático e social de Direito*, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isso vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana” (*Bem jurídico-penal e Constituição, op.cit.*, p. 61). (*grifou-se*)

⁴⁷ ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 37.

⁴⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 115.

Para Roxin, “a violação da própria dignidade humana ou da *natureza do homem* não é razão suficiente para a punição”, isso porque o Direito Penal só tem por finalidade evitar lesões nos outros. Impedir que as pessoas se despojem da própria dignidade não é problema do Direito Penal, ferindo assim as condições de existência da própria sociedade liberal⁴⁹. Se o legislador optou por não punir a autolesão, também deveria deixar impune o de uso e porte de drogas para consumo pessoal, que nada mais é do que uma *autolesão liliputiana*, não trazendo, na maioria das vezes, nenhum prejuízo ao *agente-vítima*.

Não se admite, outrossim, a criação de tipos para a proteção de bens jurídicos, sendo estes descritos através de conceitos com base nos quais não é possível pensar em nada de concreto, conforme se abstrai da lição de Roxin, “tipos penais não podem ser fundados sobre bens jurídicos de abstração impalpável”. Assim sendo, a *saúde pública* como objetividade jurídica a ser resguardada pelo art. 28, da Lei Antidrogas, é merecedora de tal crítica, pois o “público” não possui um corpo real, não sendo possível que a *saúde pública*, no sentido estrito da palavra, exista, não sendo admitida a fundamentação de uma proibição penal em um bem jurídico fictício. Na verdade, só se pode estar falando da saúde de vários indivíduos membro da comunidade. Entretanto, estes só podem ser protegidos respeitando o princípio de que autocolocações em perigo são impuníveis. Não é possível, assim, deduzir da proteção da *saúde pública* um fundamento adicional de punição⁵⁰.

Portanto, no crime em apreço, o único bem jurídico a ser tutelado seria a saúde individual, não fosse a inconstitucionalidade já demonstrada. Não havendo que se questionar se o comportamento previsto pelo art. 28, da Lei de Drogas, é aceito moralmente, pois o Direito Penal simplesmente não o alcança.

Demais disso, explicitando a intenção de proteger a saúde pública, contraditoriamente se cria, com a proibição, maiores riscos à integridade física e mental dos consumidores daquela substância proibida. Impondo a clandestinidade à distribuição e ao consumo, a criminalização favorece a ausência de um controle de qualidade das substâncias comercializadas, aumentando a possibilidade de adulteração, impureza e desconhecimento de sua potência, com riscos maiores daí decorrentes. As condições clandestinas em que se realiza o consumo geram, ainda, maiores tensões, podendo acentuar a problemática original sintomatizada por uma eventual adição, funcionando, assim, como um realimentador na

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 40.

⁵⁰ *Idem*, p. 50-51.

busca da droga. A isto se somam as limitações ao controle terapêutico-assistencial, a clandestinidade do consumo, pela revelação da prática de uma conduta tida como ilícita, sendo um natural complicador à procura do tratamento, cujo êxito, por outro lado, se condiciona, como é sabido, à voluntariedade de sua busca, o que é contrariado pela concepção vigente ao trabalhar com a imposição do tratamento⁵¹.

O tipo penal elaborado ao combate das drogas configura-se como de perigo abstrato, em presunção *juris et de jure*. Em que pese toda a sorte de críticas sobre o fato do legislador nesta construção abstrata, retirar do magistrado quaisquer possibilidades avaliativas do caso concreto, essa tem sido a regra geral de incidência da maioria das normatizações a esse respeito. Elemento constitutivo maior da sociedade de risco e do chamado Direito Penal de Perigo (ou de Risco), a sua dogmática particular em muito se transformou. A antecipação da tutela, antes exceção, agora se torna regra de aplicação.

Muito resumidamente, seria de se ter que, tradicionalmente, em se entendendo que a missão do Direito Penal reside na proteção a bens jurídicos contra ataques ou a colocações em perigo deste, claro estão definidos os crimes de dano e de perigo concreto, onde se percebe, no caso específico, sob uma análise *ex post*, a potencialidade do risco imposto ao bem sob guarda. No perigo abstrato isso não se dá⁵². Assim sendo, justificar-se-ia a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal somente se admitíssemos a construção feita por Günther Jakobs quando tratou do Direito Penal do cidadão e do inimigo⁵³, buscando a salvaguarda não de bens jurídicos, mas da vigência da norma, a pretexto de evitar a ocorrência de fatos prejudiciais à coletividade, trabalhando na defesa do próprio Estado em detrimento do cidadão, esvaziado de sua dignidade humana quando eleito inimigo.

⁵¹ REGHELIN, Elisangela Melo, *op. cit.*, p. 91.

⁵² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Drogas e Política Criminal: Entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal Racional*, In: REALE JÚNIOR, Miguel; TORON, Alberto Zaccharias (Coord.) *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

⁵³ De se recordar, enquanto o Direito Penal do cidadão tem por escopo manter a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo combate perigos. Independente disso, qualquer denominação que se dê, é patente a presença deste Direito Penal do inimigo, ou de “terceira velocidade”, como já ressaltou Silva-Sánchez, no campo do combate penal das drogas. Para maior aprofundamento sobre o assunto *vide* JAKOBS, Günther. *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*. Trad. Manuel Cancio Meliá. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 47 e ss.; e SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industritais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 145.

Disto conclui-se que o referido dispositivo carece de bem jurídico penal e possui conteúdo de Direito Penal simbólico, o que certamente o levará ao descrédito e ao flauteio público dentro em breve.

2.3 A ATITUDE PATERNALISTA DO ESTADO PARA COM OS USUÁRIOS DE DROGAS

Temos, na atualidade, uma legislação latino-americana com uma tendência marcadamente autoritária e irracional na tipificação dos delitos, que propõe a equiparação dos delitos tentados aos consumados; o tratamento idêntico aos partícipes e autores; um esvaziamento dos bens jurídicos tutelados, chegando-se aos tipos penais de autor, com a inversão da máxima *in dúbio pro reo* para *in dúbio pro societate*; a violação à racionalidade e à humanidade das penas, mediante a fixação, na lei, de mínimas altíssimas, as quais impedem os juízes de quantificá-las em consonância com o conteúdo do injusto e com a culpabilidade⁵⁴.

Diante disso, critica-se a excessiva intervenção estatal na vida privada dos seus cidadãos, sob o argumento de que a Constituição Federal, em seu Título II, ao tratar “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, no Capítulo I “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, salvaguardou em seu art. 5.º, os direitos à *liberdade (caput)*, à *manifestação do pensamento (IV)*, à *liberdade de consciência (VI)*⁵⁵, à *intimidade e à vida privada (X)*, limitando a invasão do Poder Público na esfera do particular, inclusive no que tange a atuação do legislador, a fim de se evitar que caminhemos para um totalitarismo estatal, na contramão da autonomia pregada pelo Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Neste espírito, discute-se acerca da conduta de pessoas que expõem-se voluntariamente a perigo, como, p. ex., quando fazem uso de drogas, do fumo, do álcool, de maus hábitos alimentares, ou outras atividades arriscadas, como a condução de automóveis velozes ou a prática de esportes perigosos. Esses comportamentos e a sua promoção por

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La legislación “anti-droga” latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritário*. Porto Alegre: Fascículos de Ciencias Penais: Drogas – abordagem interdisciplinar, 1990, p. 16, v. 3.

⁵⁵ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 758, leciona que o art 5.º, VI, CF, enaltece o *princípio da tolerância e o respeito à diversidade.(grifou-se)*

terceiros não constituem um objeto legítimo do Direito Penal, pois a finalidade deste é unicamente impedir que alguém seja lesionado contra a sua própria vontade.

Corroborando com o exposto, Roxin adverte que “a autolesão consciente, sua possibilitação e promoção não legitimam uma proibição penal”, de modo que, o que ocorre de acordo com a vontade do lesionado é uma componente de sua auto-realização, que em nada interessa ao Estado⁵⁶.

É verdade que, na discussão internacional da teoria do direito, é altamente controvertido em que medida se legitima o *paternalismo estatal*⁵⁷, isto é, a proteção do indivíduo contra si próprio, o que passaremos a tratar a partir de agora neste estudo.

A) ESPÉCIES DE PATERNALISMO

Diante da amplitude e multiplicidade apresentada pelo instituto do *paternalismo*, não é tarefa fácil conceituá-lo, sendo necessário reunir em poucas palavras toda heterogeneidade albergada por este fenômeno. Gisele Mendes de Carvalho leciona que, desde o ponto de vista da Filosofia moral, o termo paternalismo é empregado com o fim de aludir a uma atuação que opera qualquer restrição na autonomia dos indivíduos. Tal limitação da liberdade individual não ocorre de maneira injustificada, mas fundamenta-se na promoção do bem do próprio sujeito cuja autonomia é restringida⁵⁸.

Podemos citar a ocorrência de *paternalismo* na relação médico-paciente, onde se discute a possibilidade de o paciente ser forçosamente submetido ao tratamento médico contra sua vontade, mas para seu próprio bem; ou mesmo, no caso de o Estado impor ao dependente de drogas o tratamento compulsório, isto é, contra sua vontade. Em linhas gerais, pode-se afirmar que o presente instituto aplica-se restringindo a autonomia do indivíduo contra a sua própria vontade, ou simplesmente, sem o seu consentimento, com o fim de causar-lhe algum bem (atuação positiva) ou de evitar que sofra algum mal (atuação negativa).

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 44.

⁵⁷ Para um estudo mais abrangente e esclarecedor sobre o *paternalismo*, recomenda-se a leitura da excelente obra de Gisele Mendes de Carvalho, *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal: estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*, p. 01-122.

⁵⁸ *Suicidio, eutanasia y Derecho Penal: estudio del art. 143 del Código penal español y propuesta de lege ferenda*. Granada: Editorial Comares, 2009, p. 09.

Desta feita, o *paternalismo* é essencialmente uma medida que se adota com o fim de evitar que o sujeito cause um dano a si mesmo, e não aos demais. Por isso, os *antipaternalistas* não admitem que, apenas com intuito de evitar uma autolesão, se justifique a aplicação de qualquer medida coercitiva dessa natureza⁵⁹. Tais discussões assumem grande relevância quando se trata dos diferentes graus (ou espécies) de paternalismo, quais sejam:

A.1) Paternalismo forte (duro) e paternalismo fraco (brando). A noção de capacidade para tomar decisões:

Neste sentido, se fala em um *paternalismo fraco* quando se almeja prevenir uma conduta essencialmente involuntária do sujeito em questão, isto é, de proteger as pessoas de suas próprias ações autônomas⁶⁰. Refere-se às ações praticadas por sujeitos incapazes, que não estão na plenitude de seus poderes, de suas faculdades mentais, tais como os menores de idade⁶¹ e os sujeitos que, embora capazes, por estarem acometidos por uma situação temporária que os incapacita, não podem consentir validamente, considerando-se temporariamente incapazes, como por exemplo, nos momentos de depressão profunda, de aguda dependência, ou mesmo quando incapaz de consentir (estado de inconsciência)⁶². Em tais casos, o paternalismo se justifica para proteger o indivíduo de danos que não se causaria a si mesmo de forma voluntária.

Ante o exposto, importa estabelecer quais são os critérios pelos quais se pode julgar uma pessoa capaz de tomar uma decisão em relação a uma conduta que ponha em perigo sua própria vida ou saúde, ou seja, qual é o conceito de *capacidade* que autoriza ou justifica a aplicação do *paternalismo fraco* aos indivíduos que não se adaptam a ele. Porém, para se compreender mais facilmente a definição de capacidade, é necessário que se faça uma aproximação com a noção de *autonomia*, que refere-se ao direito do indivíduo de autodeterminar-se, ou mesmo, de eleger seu próprio comportamento e exercitar livremente sua vontade⁶³. Trata-se de um conceito que pressupõe a liberdade e a responsabilidade do

⁵⁹ CARVALHO, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁰ *Idem*, p. 17.

⁶¹ Podemos citar como exemplo o art. 217-A, CP (estupro de vulnerável), onde o legislador confere tratamento paternalista às vítimas menores de 14 anos, que são consideradas incapazes de consentir com a relação sexual, parâmetro este estabelecido por razões de política criminal.

⁶² MILL, J. S. *op. cit.*, p. 21.

⁶³ Insta salientar, nesse momento, que o Código Penal exige para punir alguém, entre outros fatores, que o agente tenha capacidade de entender e de querer, ou, dito de outra forma, que o indivíduo consiga compreender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento (art. 26 e segs., CP – Da imputabilidade penal).

indivíduo, pois um sujeito autônomo é aquele que guia seu comportamento pelas normas que impõe a si mesmo⁶⁴.

Observa-se assim, que a noção de capacidade se estabelece através de níveis ou graus, porquanto se identifica com a habilidade para se exercer a autonomia, que poderá ser maior ou menor em cada caso. Nesta linha, pode-se afirmar que capacidade para tomar decisões se relaciona com a habilidade do indivíduo para entender a informação que lhe é transmitida, de fazer um juízo sobre essa informação tomando por base seus próprios valores e, finalmente, expor sua vontade com o fim de alcançar determinado objetivo⁶⁵.

Trazendo para o contexto da drogadição, a *capacidade* se traduz na aptidão do sujeito de entender os danos que o uso de drogas poderá causar-lhe, de ponderar os possíveis riscos, benefícios e malefícios, e de tomar uma decisão com base nesta reflexão.

No caso do *paternalismo fraco*, o indivíduo não possui tal *capacidade*, motivo pelo qual o Estado intervém a fim de protegê-lo de si mesmo, em razão de sua “autonomia irresponsável”. É denominado fraco o paternalismo porque a interferência estatal na esfera particular é mínima, posto que alguns autores nem o consideram modalidade de paternalismo, tratando-se de um “fenômeno que nem merece o qualificativo de paternalismo em sentido estrito”⁶⁶.

Por outro lado, tem-se o *paternalismo forte*, segundo o qual, as intervenções com o fim de beneficiar ou evitar a ocorrência de algum dano, de um indivíduo em si mesmo, se justifique inclusive quando suas decisões e ações arriscadas sejam informadas, voluntárias e autônomas. Assim, o paternalismo forte independe de questões como a maioria, a saúde mental ou a capacidade do sujeito para consentir validamente, de tal forma que uma intervenção, com o fim de proteger o indivíduo, legitimar-se-á independentemente de tais considerações, aplicando-se a medida inclusive contra sua vontade. Logo, a grande diferença entre o *paternalismo fraco* e o *forte* é que este se exerce de igual maneira sobre os capazes e incapazes, apelando para o direito de ignorar ou evitar tanto os atos autônomos quanto os não autônomos, ainda que tais atos afetem somente o próprio agente⁶⁷.

Neste sentido, o *paternalismo forte* conduziria à legitimação de intervenções como as que buscam impedir o suicídio de um indivíduo perfeitamente autônomo e capaz de decidir

⁶⁴ CARVALHO, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 17-18.

⁶⁵ *Idem*, p. 18-19.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 20.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 21.

sobre seus próprios atos⁶⁸, ou ainda, dificultar a autolesão (corporal). Tamanha interposição estatal fica claramente demonstrada com o art. 28, da Lei 11.343/06, onde pune-se, nada mais nada menos do que a autolesão, na maioria dos casos, de indivíduos informados, autônomos e capazes. Seria o mesmo que se criminalizar a feitura de uma tatuagem, que nada mais é do que uma autolesão, pior ainda, pois provocada por terceiros, apesar de consentida.

A.2) Paternalismo direto (puro) e paternalismo indireto (impuro). A proibição da participação de terceiros nas autolesões e nas heterolesões consentidas.

Como sabido, os elementos que integram o conceito de paternalismo são basicamente dois: o propósito benéfico (ou não maléfico) da medida paternalista que consiste na mesma finalidade da intervenção protetora, e a limitação ou coerção da autonomia pessoal, que serve como instrumento para a realização da referida finalidade. Diante disso, tal coerção da liberdade individual pode dirigir-se tanto para o sujeito protegido, como ao terceiro que de alguma forma participe da conduta danosa que a intervenção paternalista procura evitar. Assim, observa-se que a classe de pessoas cujo bem jurídico é protegido, nem sempre coincide com a classe cuja liberdade é restringida⁶⁹.

Daí se deduz outra importante classificação, quando então fala-se em *paternalismo direto*, que verifica-se quando a limitação da liberdade individual recair sobre o mesmo sujeito protegido; e *paternalismo indireto*, que ocorre quando a medida coercitiva se dirige a terceiros, embora o seu objetivo continua a ser a realização do bem do indivíduo que motivou a intervenção paternalista⁷⁰.

Nessa linha, a intervenção paternalista do Estado pode valer-se de sanções legais para efetivar-se, para alcançar a medida beneficente à qual se destina, criminalizando condutas que deseja evitar. É o que ensina Gisele Mendes de Carvalho:

[...] o cumprimento do propósito benéfico que informa o paternalismo – e, particularmente, do paternalismo legal, que utiliza como instrumentos coercitivos as *sanções jurídicas* – pode dar-se tanto através da limitação da liberdade do interessado como a de terceiros. Assim, por exemplo, o objetivo do Estado de coibir o consumo de drogas pode ser alcançado tanto pela proibição do tráfico (é dizer, limitando a atividade de terceiros que atuam como provedores das substâncias cujo consumo se queira evitar),

⁶⁸ *Ibidem*, p. 21.

⁶⁹ DWORKIN, G., *Paternalism*. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (Eds.). *Philosophy of Law*. Dickenson, California, 1975, p. 176.

⁷⁰ CARVALHO, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 21-22.

como através do castigo direto do consumo individual (que supõe uma coerção da liberdade do próprio sujeito que se quer proteger), o que desde logo supõe o exercício de um paternalismo mais forte e, portanto, mais questionável, desde o ponto de vista ético, que a mera proibição do tráfico⁷¹.
(grifou-se)

Diante dos ensinamentos da autora, verifica-se também a questionabilidade acerca da excessividade interventiva na atuação estatal, principalmente no que concerne ao delito de uso de drogas, em decorrência de um *paternalismo direto e forte*, violando-se, com isso, princípios decorrentes do Direito Penal, tais como, da *alteridade* (ou transcendentalidade)⁷², da *intervenção mínima* (ou subsidiariedade), da *fragmentariedade*⁷³ e da *insignificância* (ou bagatela)⁷⁴. Já quanto ao tráfico, o Estado atua, como visto, através de uma intervenção paternalista indireta, restringindo a liberdade individual de terceiros em prol do sujeito atingido (bem jurídico), a fim de protegê-lo, ainda que contra sua vontade.

Nesta linha, Mill assinala que deveriam ficar fora do âmbito de intervenção da lei não somente as condutas pessoais que não afetam mais do que o próprio sujeito (autolesões), mas também aquelas condutas em que o agente se afeta igualmente às demais pessoas, mas com consentimento prévio destas, e desde que estas participem livre, voluntária e claramente⁷⁵. Conclui-se, portanto que, para o autor, não se poderia punir condutas como o uso individual e nem o uso compartilhado de drogas, já que configuram modalidades de autolesão consentidas.

⁷¹ *Idem*, p. 22.

⁷² Tal princípio tem como precursor Claus Roxin, segundo o qual não é possível se incriminar atitudes puramente subjetivas, ou seja, que não lesionem bens alheios. *Op. cit.*, p. 44.

⁷³ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral: artigos. 1º a 120º*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1, p. 119-120, doutrina que, segundo o *princípio da intervenção mínima*, o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegido de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. Já pelo postulado da *fragmentariedade*, corolário do primeiro, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Isso quer dizer que apenas as ações ou omissões mais graves endereçadas contra bens valiosos podem ser objeto de criminalização. Sendo a fragmentariedade limite necessário a um totalitarismo de tutela, de modo pernicioso para a liberdade.

⁷⁴ O Supremo Tribunal Federal tem travado interessante discussão sobre a aplicação do princípio da insignificância ao crime de porte de droga para consumo pessoal, ao passo que, enquanto a 1ª Turma tem negado sua incidência (Cf. HC 91.759, rel. Min. Menezes Direito, *DJU* de 30-11-2007, p. 547), a 2ª Turma é favorável à aplicação da insignificância ao porte ara consumo pessoal (Cf. HC 92.961, rel. Min. Eros Grau, *DJU* de 22-02-2008, p. 925, e HC 94.809, datado de 30-05-2008, do qual foi relator o Min. Celso de Mello).

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 20-21.

Não se pode, porém, limitar a permissibilidade de determinada conduta à análise da concordância ou não da vítima, ao passo que uma pessoa poderá restar gravemente prejudicada em razão de uma conduta nociva cuja produção tenha consentido voluntariamente. Veja o exemplo do indivíduo que ingere comida em demasia, voluntariamente, e padece de grave indigestão; outro é o da mulher que mantém relação sexual sem proteção e contrai o vírus da aids. Não se pode olvidar que, em que pese a voluntariedade de ambos os comportamentos, os resultados produzidos são prejudiciais e muitas vezes não queridos pelo próprio sujeito que os consentiu. Daí se deduz que somente se deve permitir o *dano justo*, querido, previsto, restando vedado o *dano injusto* (injúria, injustiça), motivo pelo qual não se pode interpretar a máxima *violenti non fit iniuria* de forma absoluta, pois uma pessoa somente outorga seu consentimento válido a uma ação que não resultará danosa para ela⁷⁶.

B) POSSÍVEIS JUSTIFICAÇÕES DO PATERNALISMO

No paternalismo, o grande problema que surge é resolver a seguinte questão: em que circunstâncias, se é que existe alguma, tolera-se que uma parte anule a autonomia de outra mediante atos benéficos com o fim de realizar o que se supõe ser o melhor interesse desta última, ou simplesmente para evitar que ao sujeito protegido se cause um dano em que ele mesmo, sem embargo, consente de forma livre e voluntária? Tal discussão leva-nos à verificação de quais são os limites do paternalismo estatal, ou seja, que grau de paternalismo considera-se aceitável. O problema se agrava ainda mais quando a parte que restringe ou anula a autonomia alheia é o Estado, que conta com um poderoso aparato coercitivo para alcançar seus propósitos⁷⁷.

Em razão do direcionamento deste trabalho referir-se ao delito do art. 28 da Lei Antidrogas, analisar-se-á prioritariamente as justificações do *paternalismo direto*, que, conforme já exposto, verifica-se quando a limitação da liberdade individual recaia sobre o mesmo sujeito protegido, referindo-se, portanto, as autolesões.

⁷⁶ CARVALHO, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 24.

⁷⁷ *Idem*, p. 26.

Assim sendo, no que tange ao tratamento jurídico-penal dos comportamentos autolesivos e autodestrutivos, a aplicação dos princípios da *intervenção mínima* e, especialmente, da *lesividade dos bens jurídicos*⁷⁸ impede que, por mais paternalista que seja um Estado, este possa ampliar seu âmbito de atuação até o ponto de aplicar uma pena criminal a comportamentos cuja relevância não ultrapasse os limites do próprio interesse individual⁷⁹. Como exemplo pode-se mencionar o suicídio⁸⁰, a autolesão, o consumo de drogas etc.

Ao contrário, a imposição de uma pena referente a comportamentos autodestrutivos deve surgir tão-somente nos casos em que tais condutas contam com a participação de terceiros em sua realização (*paternalismo indireto*). Ao passo que, os demais casos devem ficar de fora dessa discussão, já que a expansão das fronteiras do Direito, especialmente do Direito Penal, a essas esferas ocultas da existência humana seria um inadmissível menoscabo da autonomia pessoal e um atentado a um dos mais elementares princípios que regem um Estado de Direito e garante dos direitos fundamentais: o que impõe a obrigação de salvaguardar *a liberdade individual*⁸¹.

B.1) Teorias objetivas e subjetivas do bem-estar: Como já mencionado, existe uma clara conexão entre as diferentes classes de paternalismo e a justificação que se pode fazer de cada um deles. Assim, o *paternalismo fraco* é dirigido aos indivíduos sobre cuja vontade existam dúvidas se realmente são livres ou não, levando-nos a um questionamento se trata de uma verdadeira forma de paternalismo. Porém, em princípio, a justificação ética do paternalismo fraco não causa maiores problemas, pois é postura quase unânime que os indivíduos incapazes precisam ser protegidos das conseqüências de suas próprias eleições. Por outro lado, a justificação do *paternalismo forte* gera um intenso debate, pois entende-se que esta forma não deva se justificar em caso algum⁸².

Como o paternalismo é um fenômeno que nasce da oposição dos *princípios de bem-estar e autonomia*, as principais teorias sobre a justificação do paternalismo visam legitimar a

⁷⁸ Neste sentido, Luiz Regis Prado, em sua famosíssima obra, *Bem Jurídico-penal e Constituição*, 3. ed., p. 111, enfatiza que “a ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo as infrações de menor teor ofensivo sancionadas, por exemplo, administrativamente. A lei penal, advirta-se, atua não como *limite* da liberdade pessoal, mas sim como seu *garante*”.

⁷⁹ CARVALHO, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁰ *Idem, ibidem*.

⁸¹ *Ibidem*. p.27

⁸² *Ibidem*, p. 28.

realização do melhor interesse para o indivíduo que se quer proteger com a imposição da medida paternalista. Assim, num segundo momento, essas teorias ocupar-se-ão da questão referente até que ponto o propósito de promover o bem ou evitar um dano ao sujeito protegido pode legitimar a restrição de sua liberdade. Nesse momento, o problema que surge é delimitar o que se entende por *bem* e *interesse*. Enquanto para uns tal definição é subjetiva, cabendo ao próprio indivíduo realizá-la, outros entendem que este sujeito não é o melhor juiz para decidi-lo, razão pela qual, os critérios delimitadores do que lhe resulta bem ou mal devem ser objetivos⁸³.

A fim de se legitimar medidas paternalistas fortes, grande discussão se trava, surgindo então duas linhas argumentativas⁸⁴:

Por um lado, de acordo com a *teoria universal do bem-estar*, a única razão pela qual se pode justificar uma intervenção benéfica em face de um sujeito capaz e consciente, seria este indivíduo tomar uma decisão irracional (do ponto de vista objetivo ou universal), ou seja, uma atitude não esperada de uma pessoa capaz e consciente, que alguém de mediana capacidade e discernimento não teria. Como exemplo, mencione-se o sujeito que está a beira da morte e rejeita tratamento médico vital, mesmo estando consciente e capaz.

Outra vertente advoga que não se pode considerar plenamente capaz um indivíduo que, de forma livre e consciente, prefira arriscar a morrer a submeter-se a determinado tratamento médico. Diante disso, considera-se que tal atitude não corresponderia a que uma pessoa em pleno domínio das faculdades mentais teria. Em virtude disso, entende-se tal indivíduo como incapaz, tal como as crianças, os doentes mentais, os dependentes químicos de álcool, drogas etc, cuja incapacidade para decidir sobre questões relativas ao próprio bem-estar é manifesta. Logo, não estando apto a decidir sobre sua própria saúde, nada poderá impedir que se-lhe imponha uma medida paternalista sem seu consentimento ou inclusive, contra sua vontade.

Verifica-se que, enquanto a primeira linha argumentativa recorre à existência de um lapso de irracionalidade, a segunda propugna pela possível incapacidade do sujeito protegido.

De todas as formas, o que se deve considerar é que nenhuma nem outra opção resulta aceitável. Posto que a capacidade de uma pessoa não deve ser mensurada pela racionalidade ou irracionalidade de sua decisão, mas ao contrário, por meio de critérios totalmente

⁸³ *Ibidem*, p. 29-30.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 30-32.

distintos, como a capacidade de raciocínio e o procedimento pelo qual se toma tal decisão. Tampouco, a racionalidade das eleições pessoais há de ser determinada de acordo com critérios objetivos, mas devem priorizar os desejos e preferências pessoais dos indivíduos, em atenção às *teorias subjetivas do bem-estar*⁸⁵.

Lembrando que o fenômeno paternalista decorre de um embate entre os *princípios de beneficência e autonomia*, podemos justificar as intervenções estatais somente quando as decisões individuais forem antagônicas aos interesses e desejos mais duradouros, consistentes e relevantes do próprio sujeito, ou seja, quando contrariarem os parâmetros ditados por seu próprio *plano de vida*. Dessa forma, uma justificação do paternalismo segundo essa teoria supõe maior respeito à autonomia pessoal – já que a diferencia de uma concepção eminentemente objetiva de bem-estar -, tratando-se de preservar os desejos e preferências individuais, e não de impor valores considerados irrelevantes para o plano de vida do sujeito protegido⁸⁶.

Com efeito, baseando-se em uma teoria subjetiva do bem-estar – que impõe um respeito absoluto aos planos de vida individuais -, somente se autoriza uma interferência momentânea na liberdade de atuação do sujeito protegido, em decorrência de sua, igualmente momentânea, opção irracional, pois contradiz seus próprios desejos, previamente estabelecidos quando da demonstração de seu plano de vida.

Nesta perspectiva, ter-se-ia que acatar a decisão de um paciente “testemunha de Jeová” que se nega a consentir uma transfusão sanguínea, e não se lhe impor a medida protetora contra sua vontade, independentemente de se aprovar ou não seu plano de vida, mas porque tal decisão é produto de sua autonomia pessoal, e porque coincide com os desejos e preferências manifestados naquele plano⁸⁷. Daí questiona-se que, se em um Estado onde é permitido o suicídio, a autolesão⁸⁸, a ingestão de álcool e de tabaco⁸⁹, por que razão haveria de se continuar a criminalizar o uso de drogas por indivíduos livres e conscientes? Contrariando assim toda a sistemática construída ao longo dos anos pelas Ciências Penais,

⁸⁵ *Ibidem*, p. 32.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 33.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 34-35.

⁸⁸ Observa-se que não será admitida a autolesão com escopo de fraudar seguro previamente realizado, quando restará configurado o delito previsto no art. 171, § 2.º, V, CP (fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro).

⁸⁹ Como é do conhecimento de todos, tanto a ingestão de bebidas alcoólicas, como a utilização de derivados de tabaco (cigarro, charuto, cachimbo etc), causam pequenas lesões no organismo humano, podendo originar graves enfermidades capazes de levar à morte.

através de uma forte medida paternalista imposta por um poder estatal exorbitante e desabonador da autonomia individual do homem, ato este, típico de uma sociedade autoritária, totalmente avessa ao Estado pluralista e isonômico, garantidor das liberdades e dos direitos das minorias, como “é” o Brasil⁹⁰.

Não se pode, outrossim, admitir uma concepção da vida humana meramente físico-biológica, sem se ater a uma compreensão ampla do bem jurídico vida, de acordo com outros valores constitucionalmente assegurados, tais como a liberdade e a dignidade humana⁹¹. Posto que o ser humano deve ser compreendido, sobretudo, por suas convicções, sentimentos, pensamentos, ideologias, pelo seu “plano de vida”.

B.2) Incapacidade, irracionalidade e o princípio *in dubio pro vita*: de todo o exposto, conclui-se que, quando o sujeito protegido não for incapaz, mas somente tomar uma decisão irracional, justificar-se-ia a imposição de uma medida paternalista em seu benefício.

Assim, enquanto a justificação de uma medida protetiva para indivíduos incapazes não geraria discussões (paternalismo fraco), a justificação de tal medida a indivíduos capazes, mas que atuam de modo irracional – leia-se, incompatível com seus planos de vida – somente poderia justificar-se de forma momentânea e excepcional (paternalismo forte)⁹².

Verifica-se, com isso, que o critério da irracionalidade interna ou subjetiva tem duas faces: enquanto, por um lado, respeitam-se os valores e preferências individuais, vedando-se a intervenção estatal quando a decisão pessoal estiver de acordo com o “plano de vida” do sujeito; por outro, oferece um parâmetro seguro, qual seja, os desejos e preferências mais estáveis do indivíduo protegido, a partir do qual é possível avaliar o nível de racionalidade de uma determinada decisão, podendo legitimar-se a imposição da medida paternalista com o fim de protegê-lo.

Nessa linha, segundo Gisele Mendes de Carvalho, não se justifica o paternalismo estatal quando a imposição benevolente busque proteger o indivíduo de seus verdadeiros interesses, ainda quando estes pareçam absurdos ou estúpidos (racionalidade objetiva) ou

⁹⁰ O preâmbulo da Constituição Federal, que contém exortação e proclamação aos princípios inscritos na Carta (normas centrais) apregoa: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”. (*grifou-se*)

⁹¹ CARVALHO, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 367.

⁹² *Idem*, p. 35-36.

quando os consideramos prejudiciais para sua vida ou integridade física (concepção objetiva do bem-estar)⁹³. Não havendo então, com a devida vênia, nenhum motivo para a permanência da previsão legal do art. 28, da Lei Antidrogas, uma vez que, como exposto, não se justifica tamanha intervenção estatal valendo-se de medidas jurídico-penais para proteger o indivíduo de si mesmo, de seus verdadeiros interesses.

Ademais, a medida beneficente (jurídico-penal) é extremamente desproporcional, de modo que deve o Estado valer-se das intervenções menos restritivas possíveis, é dizer, da que supunha a menor limitação individual do sujeito protegido, independentemente se esta for mais ou menos onerosa para a sociedade⁹⁴. Assim, por exemplo, no caso de dependentes químicos e fumantes, seria preferível a divulgação de campanhas publicitárias, inclusive com conteúdo agressivo, para desestimular o consumo de tais substâncias, à utilização de medidas altamente restritivas, como a internação compulsória ou a proibição de fumar respaldada por multas⁹⁵. Verifica-se então que, enquanto o mundo começa a ser inclinar e perceber que a “questão das drogas” deve ser encarada com inteligência, e que o uso de drogas é um problema de saúde, de educação (leia-se, ausência de educação), e não de polícia, o que é defendido no Brasil? Que os “usuários não dependentes” sejam submetidos a um tratamento do qual não precisam. Então, nesse caso, submeter-se-á ao tratamento pela ingestão de álcool? Não, somente se tratar-se de um alcoólatra, quando sujeitar-se-á o agente ao procedimento curativo por vontade própria. Em seguida, o indivíduo poderá fazer de sua vida o que bem entender, desde que dentro da ordem. Isso é um trabalho de convencimento, de modo que não é criminalizando que se resolve⁹⁶.

Deve-se ainda destacar que, na justificação de imposição de medidas paternalistas, o chamado princípio do *in dubio pro vita* exerce um importante papel, postulando que, sempre que não houver tempo hábil para verificar se o comportamento autodestrutivo do sujeito protegido decorre de efetiva incapacidade ou de um mero lapso de irracionalidade, deve ser

⁹³ *Ibidem*, p.36.

⁹⁴ DWORKIN, G., *op. cit.*, p. 184.

⁹⁵ CARVALHO, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 42-43.

⁹⁶ REGHELIN, Elisangela Melo, *op. cit.*, p. 98. Nesta linha, Alberto Silva Franco destaca que a Constituição Federal consolidou o *princípio da secularização*, incompatível com o modelo de “tratamento”, pois o direito de não ser tratado é parte integrante do direito de ser diferente. Com o tratamento compulsório, a preservação da interioridade (verdadeira esfera do inegociável e inatingível) fica profundamente abalada pela imposição legal da recuperação do condenado, não podendo ser admitida sua assimilação pelo ordenamento jurídico desde um processo necessário de filtragem constitucional (*Temas de Direito Penal: breves anotações sobre a Lei 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 106).

assumida a existência de uma vontade de autoproteção e, por conseguinte, legitimando a imposição da medida beneficente⁹⁷.

Observa-se, desta forma, que a aplicação do princípio do *in dubio pro vita* não é uma manifestação do paternalismo forte, que se justifica por uma concepção objetiva de bem-estar, pois não se trata de proteger a vida ou a integridade física do sujeito contra sua vontade – cujo real conteúdo se desconhece –, mas funda-se na preservação da liberdade do ato de disposição da própria vida. O que ocorre é que não existem elementos suficientes para assumir que seu comportamento seja produto de uma decisão racional e, diante da falta de prova em contrário, ser-lhe-á imposta a intervenção salvadora.

Tendo em vista as espécies de paternalismo e suas possíveis justificações, cabe-nos realizar uma aproximação ao Direito Penal, devendo ter em mente, em primeiro lugar, que “a autolesão consciente, sua possibilitação e promoção não legitimam uma proibição penal”, pois, como observado, as pessoas expõem-se a perigo de diversas formas, tais como: maus hábitos alimentares, fumo, álcool ou ainda, por meio de atividades arriscadas, como a condução de automóveis velozes ou a prática de esportes perigosos. Esses comportamentos e sua promoção por terceiros não constituem um objeto legítimo do Direito Penal, pois a finalidade deste é unicamente impedir que alguém seja lesionado contra a sua vontade. De modo que, o que ocorre de acordo com a vontade do lesionado é um componente de sua autorrealização, que em nada interessa ao Estado⁹⁸.

Assim sendo, o paternalismo estatal somente se justifica, em suma, nos casos de déficits de autonomia na pessoa do afetado (ou seja, em casos de perturbação anímica ou espiritual, coação, erro e similares) ou para fins de proteção às crianças e aos adolescentes (a qual também decorre uma responsabilidade limitada). Logo, é de reconhecer-se ao legislador uma certa margem de discricionariedade.

No que tange ao Direito Penal de drogas, exceção deve ser feita ao trato com drogas pesadas - como, por exemplo, o “crack” e o “oxi”⁹⁹ –, que exigem uma reflexão maior, buscando-se assim uma solução diferenciada da apresentada aos demais estupefacientes. Afinal, a dependência por elas provocada destrói, contra a vontade do usuário, a autonomia

⁹⁷ CARVALHO, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁸ ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 44.

⁹⁹ “Oxi” é uma droga recentemente encontrada na Região Norte do Brasil, de origem boliviana, e que já espalha sua chaga pelas regiões Sudeste e Centro-oeste, substância esta que advém da mistura da pasta base da cocaína ou da cocaína refinada com gasolina (ou querosene) e cal virgem. À semelhança do “crack” que é composto da mistura da mesma pasta base da cocaína ou da cocaína refinada com bicarbonato de sódio e água.

da sua personalidade, sobrecarregando os que pagam impostos com os altos custos despendidos para recuperação, quando possível. Assim sendo, justificar-se-á uma intervenção paternalista estatal em tais hipóteses, pois o usuário e o dependente são incapazes de mensurar os efeitos que tais estas substâncias podem causar-lhes¹⁰⁰.

A grande problemática refere-se ao fato de um adulto, plenamente responsável, que adquire pequena quantidade de drogas exclusivamente para seu consumo pessoal, não lesionando ninguém, a não ser a si próprio com o uso posterior da substância. Neste caso, pode-se questionar com razão que haja um direito de punir.

Ainda assim, o ordenamento pátrio pune a conduta de adquirir e possuir drogas de toda espécie. Porém, uma vez que, segundo os conhecimentos mais recentes, o consumo de “drogas leves” não é, de modo algum, mais lesivo do que o do álcool ou do tabaco, não provoca dependência e nem tampouco é o patamar inicial para que se passe a utilizar outras drogas, inexistente fundamento suficiente para punir, máxime porque a punibilidade do consumidor o arrasta para o ambiente criminoso e, frequentemente, acaba por incentivá-lo ao cometimento de crimes para a obtenção da droga¹⁰¹.

O Tribunal Constitucional alemão tratou da problemática em uma detalhada decisão, ordenando que, em casos de pouca importância, se renuncie à persecução penal. Isso testemunha que se está consciente do problema, mas gera considerável insegurança jurídica e faz permanecer, em si, a punibilidade¹⁰². Da mesma forma, conforme já explicitado outrora, o STF tem travado interessante discussão sobre a aplicação do *princípio da insignificância* (ou bagatela) ao crime de porte de droga para consumo pessoal, sendo que, enquanto a 1.ª Turma tem negado sua incidência, a 2.ª Turma já o admitiu em duas ocasiões¹⁰³, demonstrando assim, uma tendência à descriminalização do mencionado delito, refletindo o entendimento atual e prevalente na doutrina, mais consentâneo com a política criminal contemporânea.

3. ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS E CONTROLE SOCIAL INFORMAL

¹⁰⁰ MILL, J. S. *op. cit.*, p. 21.

¹⁰¹ *Idem*, p. 46.

¹⁰² *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (As decisões do Tribunal Constitucional Federal), vol. 90, 1994, ps.145-226, *apud* Claus Roxin, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰³ Cf. STF, HC 92.961, rel. Min. Eros Grau, DJU de 22-2-2008, p.925, e HC 94.809, datado de 30-5-2008, do qual foi relator o Ministro Celso de Mello.

3.1 PERFIL DO USUÁRIO E DO DEPENDENTE DE DROGAS

Importante assinalar, inicialmente, alguns aspectos relacionados à inimizabilidade penal do usuário e dependente de drogas, trazendo à luz o tratamento legal direcionado a situações em que tais substâncias levam ao cometimento do delito. Assim sendo, o crime praticado sob o efeito da droga receberá um tratamento, enquanto que, o delito realizado para aquisição da droga, outro. Considerando-se o usuário (em alguns casos) e o dependente, em tese, inimputáveis, restando excluída sua culpabilidade e, conseqüentemente, a possibilidade de aplicação de pena, conforme veremos.

A antiga legislação de entorpecentes (Lei nº. 6.368/76) já considerava, em seu art. 19, o *efeito* fortuito ou de força maior de droga sobre o aparelho psíquico, e a *dependência* de droga (estados psíquicos de angústia pela privação da droga, com profundas mudanças da personalidade) como situações patológicas agudas ou crônicas excludentes da imimizabilidade penal (e da culpabilidade)¹⁰⁴. Com o advento da nova Lei Antidrogas (Lei nº. 11.343/06), tal previsão passou a compor, com idêntica redação, o art. 45 desta, segundo o qual “é isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. (*grifou-se*)

Importante assinalar que a referida legislação adotou sistemática semelhante àquela destacada no art. 28 do CP¹⁰⁵, quando trata da inimimizabilidade penal por embriaguez completa e involuntária. Refere-se ao sistema biopsicológico ou misto¹⁰⁶, exigindo-se para sua configuração: a *causa*, como sendo a dependência ou o consumo involuntário de droga; o *efeito*, qual seja, a supressão das capacidades de entendimento ou de autodeterminação; e por fim, o *momento*, requisito temporal, que deve estar presente em todas as causas excludentes da imimizabilidade penal, posto que a supressão das aptidões mentais deve ter ocorrido ao tempo da ação ou omissão (qualquer que seja a infração penal cometida).

¹⁰⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. revista e atualizada. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2005, p. 215.

¹⁰⁵ Art. 28, II, § 1º, CP : “É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

¹⁰⁶ Segundo René Ariel Dotti, *op. cit.*, p. 496, o critério biopsicológico é aquele que se baseia, para o fim de constatação da inimimizabilidade, em dois requisitos: um de natureza biológica, ligado à *causa* ou elemento provocador, e outro relacionado ao *efeito*, ou a consequência psíquica provocada pela causa (art. 26, CP).

Merecem destaque, no contexto do art. 45 da Lei Antidrogas, duas situações:

1ª) Quando a causa da *intoxicação* e consequente supressão das qualidades mentais for o consumo acidental (leia-se, involuntário) da droga, não sofrerá o agente a inflição de qualquer sanção penal, sendo o caso de absolvição própria. Posto que, quando se tratar de drogadição ou intoxicação fortuita, é insustentável a aplicação de qualquer medida contra o agente. Se a embriaguez fortuita completa não gera nenhuma consequência penal ao agente, não podemos tratar de forma diferente a intoxicação fortuita em razão de drogas¹⁰⁷;

2ª) Já se a causa for *dependência* a drogas, ter-se-á absolvição imprópria, devendo-lhe ser imposta medida de segurança nos termos do parágrafo único, do art. 45, da Lei 11.343/06¹⁰⁸, cabendo ao magistrado - nesse caso, quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial que este apresentava, à época dos fatos, dependência de drogas (e, portanto, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento) -, determinar, na sentença, seu encaminhamento para tratamento médico adequado¹⁰⁹.

Do ponto de vista criminológico, isto é, quanto a delictogênese induzida ou associada à droga, tem que se a criminalidade *instrumental*, que se direciona precisamente, à obtenção e financiamento da droga, e a criminalidade *induzida* pelos efeitos diretos da mesma droga. A delinqüência *instrumental* abarca um heterogêneo conjunto de fatos criminosos que o viciado leva a cabo para pagar no mercado clandestino a droga, tais como, furtos, roubos, fraudes, falsificação de receitas médicas, assim como outros comportamentos degradantes que se preordenam exclusivamente a tal fim (ex.: prostituição). Por outro lado, a criminalidade *induzida* é ocasionada pelos efeitos diretos da droga (leia-se, pelos transtornos psicóticos induzidos por certas substâncias, reações de ansiedade, *delirium*, estados confusionais, estados de agressividade etc.) costuma traduzir-se em delitos contra a vida e a integridade, delitos contra a liberdade sexual etc.: ao que deve-se acrescentar a significativa

¹⁰⁷ BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antônio; GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais*. 2. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 587.

¹⁰⁸ Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

¹⁰⁹ *Idem*.

taxa de suicídios, especialmente de certas drogas que podem gerar alucinações e induzir condutas autolícitas (ex.: LSD)¹¹⁰.

Sempre que a dependência patológica retirar do agente a capacidade de entender ou de querer, restará configurada doença mental¹¹¹. Pode-se exemplificar com um dependente de drogas o qual é plenamente capaz de entender o caráter ilícito do furto que prática, mas não consegue controlar o invencível impulso de continuar a consumir a substância estupefaciente, razão pela qual é impelido a obter recursos financeiros para adquirir o entorpecente, tornando-se um escravo de sua vontade, sem liberdade de autodeterminação e comando sobre a própria vontade, não podendo, por essa razão, submeter-se ao juízo de censurabilidade. Destaca-se, outrossim, que o Direito Penal pátrio constitui-se em Direito Penal do fato, não havendo, portanto, como criminalizar o uso de drogas sob a alegação de que o usuário e o dependente irão delinquir para adquiri-las (*delinquência instrumental*) ou, em decorrência de seus efeitos ficarão mais perigosos e violentos (*criminalidade induzida*), sob pena de se contrariar toda a estrutura sob a qual o Direito Penal foi construído, admitindo-se a previsão legal de tipos dignos de um Direito Penal do autor¹¹², passando-se a punir indivíduos pelo que eles são, e não pelo que fazem.

Relevante apontar, por derradeiro, que, em se tratando de intoxicação *voluntária*, aplicar-se-á também a teoria da *actio libera in causa*,¹¹³ tal como ocorre nos casos de embriaguez voluntária, dolosa ou culposa.

Ademais disso, como mencionado outrora, a criminalização do uso de drogas coloca o usuário e dependente à margem da sociedade, estigmatizando-os e dispensando-lhes tratamento de criminosos, enquanto que o ideal seria convencê-los, educá-los (ou reeducá-los) e reinseri-los na sociedade. Isso porque, de certa forma, a estigmatização penal é a única diferença entre comportamentos objetivamente idênticos¹¹⁴, como por exemplo: uso de

¹¹⁰ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: introdução a seus fundamentos*. Trad. Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote Garcia, Davi Tangerino. 6. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 258.

¹¹¹ CAPEZ, Fernando, *Curso de Direito Penal: parte geral* (art. 1º a 120). 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 312, v. 1.

¹¹² Se isso fosse possível, a pena não seria graduada pela culpabilidade - enquanto grau de reprovabilidade da conduta -, mas pela periculosidade do agente. Justifica-se, com isso, penas de longa duração para fatos de pouca gravidade, uma vez demonstrado que o indivíduo é perigoso. Essa fase teve seu apogeu durante a Segunda Guerra Mundial, quando influenciou consideravelmente a legislação criminal da Alemanha nesse período - Nazismo (DOTTI, René Ariel. *op. cit.* p. 241).

¹¹³ ESTEFAM, André. *Direito Penal: volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 266.

¹¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical. op.cit.*, p. 19.

drogas, de álcool, de derivados do tabaco etc. Abandonar a estigmatização é fundamental para política antidrogas, posto que, não há como diminuir a criminalidade decorrente de substâncias psicotrópicas enquanto os envolvidos em tais crimes forem vistos como seres inferiores, marginalizados e insuportáveis à moralidade¹¹⁵, vítimas de uma padronização social, mais preocupada com a expressividade da conduta, e não com o indivíduo, criminalizando *condutas imorais*, ligadas a produção de prazer, tais como uso de drogas e prostituição, que são *crimes sem vítima*, e não o *crime utilitário*¹¹⁶.

3.2 “RATIO LEGIS” DA INCRIMINAÇÃO

As razões motivadoras das incriminações previstas na Lei Antidrogas objetivam, em geral, a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas, e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas.

Assim, no que tange ao delito previsto no art. 28, considerando que a *novatio legis* não *descriminalizou* nem *despenalizou* tal conduta¹¹⁷, mas tão-somente promoveu um abrandamento, se comparada com a previsão legislativa anterior (art. 16, Lei n.º 6.368/76), a razão jurídica daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo para uso próprio é o “perigo social” que sua conduta representa. Nesse sentido, Vicente Greco Filho entende que mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a “saúde pública” em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos¹¹⁸.

Data maxima venia, não há como conceber uma proibição penal, tal como já explicitado no item 2.2 deste trabalho, a pretexto de que determinada conduta coloca “em perigo” (abstrato) um bem jurídico fictício, de definição imprecisa e abstração impalpável¹¹⁹.

¹¹⁵ MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. *op.cit.*, p. 25.

¹¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical. op. cit.*, p. 21, tratando da teoria social do desajuste.

¹¹⁷ Nesse sentido defendem: Vicente Greco Filho, João Daniel Rassi, Fernando Capez, Damásio de Jesus, Amauri Silva, André Luis Callegari, Elisangela Melo Reghelin, Miguel Tedesco Wedy, Sídio Rosa de Mesquita Júnior, Miguel Reale Júnior, Janaina Paschoal, Andrey Borges de Mendonça, entre outros. Enquanto que uma corrente minoritária, liderada por Luiz Flávio Gomes, entende tratar-se de Infração Penal *sui generis*, considerando que houve descriminalização formal e despenalização (para um estudo mais aprofundado *vide*: JESUS, Damásio de. *Lei antidrogas anotada: comentários à Lei 11.343/2006*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53 e GOMES, Luiz Flávio (Coord.). *Nova Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006*, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 99-137).

¹¹⁸ *Op. cit.*, p. 46.

¹¹⁹ ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 50-51.

Importante diferenciar a *ratio legis* da norma do bem jurídico por ela tutelado. Nessa linha, o bem jurídico desenvolve um importante papel na interpretação dos tipos penais, cujo sentido e alcance estão, em grande parte, condicionados pela finalidade de proteção de um determinado bem jurídico. Sem embargo, o bem jurídico e a *ratio legis* (finalidade objetiva da norma), não são critérios idênticos nem absolutamente coincidentes, pois nem sempre a proteção outorgada pelo legislador a um determinado bem constitui a finalidade última que persegue o ordenamento ao outorgá-la. Assim, é possível que ao proteger determinado bem jurídico, o legislador persiga a obtenção de determinados resultados, mais ou menos relacionados com ele¹²⁰.

As razões motivadoras da incriminação de uma conduta como delito não são, necessariamente, coincidentes com o bem jurídico, nem tampouco o são as causas político-criminais levadas em conta pelo legislador. Podem, certamente, vir depois dele e conferir-lhe seus últimos detalhes, mas não devem ser confundidos com o bem jurídico, pois este perderia sua certeza e concreção, é dizer, sua utilidade. Portanto, a *ratio legis* pode ser ou não complementada desde a previsão legislativa, enquanto o bem jurídico sempre resultará lesionado, ou ao menos, posto em perigo pela realização do delito, e esta exigência, por seu rigor lógico, afasta toda possibilidade de diminuir a importância de sua função interpretativa em favor da *ratio legis*¹²¹.

Dessa forma, realizando uma aproximação prática, enquanto o bem jurídico tutelado pela Lei Antidrogas é a *saúde pública*¹²², a *ratio legis*, a pretexto de salvaguardar o referido bem jurídico, almeja a *prevenção do uso* indevido, a *atenção e a reinserção social de usuários e dependentes* de drogas, e a *repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito* de drogas.

3.3 POSSÍVEIS ALTERNATIVAS SOCIAIS PARA A DIMINUIÇÃO DA INCIDÊNCIA DO DELITO DO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06

O Direito Penal não é o único meio para enfrentar a criminalidade. Sendo o delito um fato complexo, resultante de múltiplas causas e fatores, o seu combate deve ser estabelecido

¹²⁰ CARVALHO, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 67-68.

¹²¹ *Idem.*

¹²² Advirta-se para as críticas já tratadas no item 2.2 deste trabalho.

através de diversas instâncias, tanto formais como materiais. Assim, consideram-se *instâncias formais*: a lei, a Polícia, o Ministério Público, o Poder Judiciário, as instituições e os estabelecimentos penais. São *instâncias materiais*: a família, a escola, a comunidade (associações, sindicatos) etc¹²³.

Assim, temos no Brasil, uma “política” totalmente equivocada no que tange ao “combate às drogas”, posto que, ainda não se percebeu que a polícia e a justiça (instâncias formais) têm pouca contribuição a dar no combate ao consumo de drogas, que é um problema de saúde, de educação, e não uma questão policial.

Certamente, o melhor caminho seria que tivéssemos investimentos reais – e não somente financeiros – em instâncias materiais, formadoras do “alicerce humano”. Dito de outra forma, o que temos que convalescer é: a *família*¹²⁴, proporcionando condições para uma convivência harmônica, pacífica e duradoura entre seus membros; as *instituições de ensino básico*, fornecendo desde então, a realização pessoal, fortes ligações com a escola e com os professores e, conseqüentemente, perspectivas de crescimento profissional no seio de uma sociedade capitalista, o que certamente, reduziria às baixas expectativas em relação às crianças e a exclusão social; e a *saúde pública*, totalmente alheia ao “problema das drogas”, sofre de total falta de recursos para a prevenção e atendimento, não havendo sequer oportunidades para aqueles que, por si só desejam livrar-se da dependência¹²⁵.

Em decorrência do despreparo do homem, resultado dos fatores supracitados, falta-lhe oportunidades de trabalho e de lazer, gerando a exclusão social, a insatisfação com a vida e consequentes sintomas depressivos.

Como, há muito, tais fatores não têm recebido a devida importância de nossos governantes, a resposta emergencial vêm sendo dada por meio das instituições formais (lei, polícia, judiciário e estabelecimentos penais), a fim de reparar a citada omissão.

O conhecimento acerca das situações pessoais que levaram ao abuso no uso de drogas é de fundamental importância para que se possa minimizar ou anular os danos. A riqueza e a

¹²³ DOTTE, René Ariel. *op. cit.*, p. 67-68.

¹²⁴ O núcleo da sociedade é a família. É nela que será possível encontrar a efetiva prevenção ao uso indevido de psicotrópico, de modo que, existe uma relação direta entre a imersão do jovem na droga e a qualidade da vida familiar que se vive. Não hesito em dizer que se o nosso tempo é o tempo da droga é porque a qualidade da vida familiar se diluiu. Vivemos um momento de desagregação da família, e desta desagregação surge como consequência direta a imersão dos jovens na droga, sendo a droga meramente circunstancial (CHARBONNEAU, P. *Pais, filhos e tóxicos*. São Paulo: Almed, 1983, p. 82).

¹²⁵ BIANCHINI, Alice. *op.cit.*, p. 33-42.

pluralidade das manifestações do mundo real demonstram que a percepção e o impacto de determinadas experiências são sentidas de forma diversa, estabelecendo condutas distintas em cada indivíduo. Não por outro motivo que os grandes projetos que buscaram uniformizar respostas aos fenômenos das drogas e da violência fracassaram no choque com a diversidade do real¹²⁶.

Ao invés de se buscar uma imunização do indivíduo às drogas, por obstáculo ou castigo, melhor seria torná-lo, na prática, na vida real, menos vulnerável a assumir comportamentos de risco, valendo-se principalmente de mecanismos fornecidos pelas instâncias materiais, realizados previamente, ou seja, na formação do homem. Neste sentido, a nova Lei Antidrogas trouxe, em seu art. 19, interessante rol de princípios e diretrizes a serem seguidos para a prevenção do uso indevido de drogas, faltando somente sua aplicação prática em benefício da sociedade.

4. ESTRUTURA DO TIPO DE INJUSTO DO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06

Partindo da premissa que o injusto penal refere-se somente ao aspecto objetivo do crime, sendo correspondente ao fato típico e antijurídico, passaremos a analisar a estrutura do tipo de injusto do art. 28 da Lei n.º 11.343/06.

4.1. PORTE PARA CONSUMO PESSOAL

É indispensável, neste momento, observar que a *novatio legis* não descriminalizou¹²⁷ e nem despenalizou a conduta de trazer consigo ou adquirir para uso pessoal¹²⁸. Posto que, apesar do abrandamento obtido em relação ao diploma anterior (Lei n.º 6.368/76), a conduta continua incriminada, e, mesmo não havendo possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, continua penalizada, devendo o acusado ser submetido a um desgastante processo penal – desnecessário –, diga-se de passagem. Ou será que a Lei 11.343/06 não possui caráter

¹²⁶ CARVALHO. Salo de. *op.cit.*, p. 138-139.

¹²⁷ Alice Bianchini dispõe que a conduta foi descriminalizada, restando, portanto afastada do âmbito penal. Não se trata, entretanto de legalização da conduta, já que sobre ela se impõe uma série de medidas que refletirão no usuário ou no dependente (*op. cit.*, p. 47).

¹²⁸ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *op. cit.*, p. 44.

penal? E a sujeição a um processo, onde senta-se no banco dos réus e se é submetido ao crivo judicial em uma vara criminal, passando a deter todos os efeitos estigmatizantes que só um processo-crime é capaz de causar também não possui caráter de pena¹²⁹? Será que é disso que o usuário e o dependente de drogas precisam para solucionar seu problema? Óbvio que não.

Há, porém, entendimentos diversos, como o de Luiz Flávio Gomes, para quem a Lei trouxe hipótese de infração *sui generis*, digna de um direito judicial sancionador (situado entre os Direitos Penal e Administrativo)¹³⁰, fundamentando-se na Lei de Introdução ao Código Penal, art. 1.º, que só considera crime as infrações apenadas com reclusão ou detenção, e contravenção aquelas punidas com prisão simples ou multa, ao passo que as penas previstas para o art. 28 são exclusivamente alternativas. De grande relevo o entendimento sustentado pelo autor, contrário à pró-expansão do Direito Penal¹³¹, em face atuação desenfreada da atividade legiferante, principalmente na elaboração de leis penais. Porém, não há como sustentá-lo em face do art. 28 da nova Lei Antidrogas, que ainda não deixou de ser crime, ao menos em seu aspecto formal¹³². De registrar que, a definição contida no art. 1.º da LICP encontra-se defasada. Desse modo, não cabe falar em ilícito *sui generis* invocando o vetusto dispositivo legal. *Data venia*, afirmar que leis penais no século XXI devem amoldar-se ao conceito da LICP significa conferir a ela caráter normativo superior, algo do qual ela é desprovida. De observar que a Constituição Federal, em seu art. 5.º, XLVI, expressamente autoriza a existência de crime sem a cominação de pena privativa de liberdade¹³³. Ademais, seria um despreço ao rigor técnico presumir que o legislador incluiu

¹²⁹ Recorde-se que o Art. 28, da Lei Antidrogas prevê àquele que “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo”. (*grifou-se*)

¹³⁰ GOMES, Luiz Flávio, *Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343 de 23.08.2006*, op. cit., p. 118-119.

¹³¹ Para aprofundamento sobre o assunto *vide* SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002; GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. 1ª. ed. Valencia. 2003 e HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid. Actualidad Penal, n. 43-22, p. 635-646, 1993.

¹³² Critica-se a criminalização, sob o aspecto material, por todos os motivos já expostos no capítulo 2.2, onde tratamos do bem jurídico tutelado.

¹³³ Art. 5.º, XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; (*grifou-se*)

o referido art. 28 em um Capítulo designado “Dos crimes e das penas”, sem considerá-lo crime¹³⁴.

Tecidas estas considerações, importa-nos cuidar especificamente do art. 28 da Lei em comento, que pune “quem *adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo*, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Não se pune, porém, o uso pretérito da droga, pois com se vê, não fora descrito dentre as condutas do tipo. Mas o uso presente continua a ser punido na conduta de *trazer consigo*. Observa-se, outrossim, que deve estar presente o fim especial de consumo, ou seja, o dolo do agente ter ou trazer a droga, especificamente, para *consumo pessoal* (dimensão subjetiva da infração¹³⁵), podendo restar configurado outro delito. Não se pune, portanto, a forma culposa.

O delito em tela classifica-se como crime de mera conduta e de perigo abstrato. É de mera conduta porque o legislador descreve somente o comportamento do agente, sem se preocupar com o resultado, satisfazendo-se com a simples ocorrência da descrição típica. Classifica-se também como crime de perigo abstrato porque o perigo é presumido *iute et de iure*, sem a necessidade de ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa¹³⁶. Ora, se o Direito Penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir além do necessário para que se alcance uma *coexistência livre e pacífica*¹³⁷. De modo que, qualquer intervenção nessa área deve ser proporcional, obediente à dignidade humana e à igualdade¹³⁸. Por isso, não se pode admitir a tal criminalização, já que a conduta proibida não gera perigo e nem dano.

Já como elemento subjetivo do tipo exige-se o dolo, não havendo “porte de drogas” na forma culposa.

O sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, seja usuário noviço, recreacional (eventual), dependente ou inveterado. Quanto a sujeição passiva, absurdamente se prevê

¹³⁴ No sentido de que o fato constitui crime, *vide*, entre outros: JESUS, Damásio de, *Lei antidrogas anotada: comentários à Lei 11.343/2006*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 53-54; GRECO FILHO, Vicente; ROSSI, João Daniel, *op. cit.*, p. 43; CAPEZ, Fernando, *Curso de Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 689 e ss, v. 4.

¹³⁵ GOMES, Luiz Flávio, *Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343 de 23.08.2006, op.cit.*, p. 120.

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

¹³⁷ ROXIN, Claus. *op. cit.*, p. 33.

¹³⁸ Recorde-se que a ideia de se tutelar a dignidade humana e a igualdade resulta do pensamento iluminista, segundo o qual, tais princípios (ou postulados) compõem condição essencial da liberdade individual.

como sendo a coletividade - o conjunto indiscriminado de cidadãos - os destinatários da proteção ensejada pela lei penal. Temos, portanto, um dispositivo legal que tenta proteger um “conjunto indiscriminado de cidadãos” de uma conduta inofensiva, isto é, protege-se não se sabe quem, de nada.

Tal crítica torna-se ainda mais evidente no que tange à consumação do delito, que ocorre com a prática de qualquer dos núcleos do tipo¹³⁹ - lembrando que *guardar, trazer consigo* e *ter em depósito* configuram crimes permanentes, bem como na modalidade *cultivar* -, de modo que, não caracteriza o crime de “porte de entorpecente” a conduta do agente que, recebendo de terceiro a droga, para uso próprio, a consome incontinenti, pois a incriminação do porte de tóxico só se pode explicar como delito contra a “saúde pública”, possibilitando uma situação de perigo contra indeterminado número de pessoas¹⁴⁰. Restando a dúvida: o que se protege? Do que? Trata-se, portanto de crime de perigo abstrato que se utiliza da *ratio legis* para justificar a incriminação, ou seja, vale-se da finalidade da lei e não do bem jurídico penal, o qual inexistente aqui. Vejamos então a objetividade jurídica do delito: a) *Adquirir*: significa alcançar a propriedade ou a posse, pouco importando a forma ou o meio: troca, doação, venda etc.; b) *Guardar*: compreende a ocultação pura e simples, permanente ou precária; c) *Ter em depósito*: é manter a droga sob seu domínio, sob condições de pronto alcance; d) *Transportar*: significa levar de um local a outro.

Da mesma forma, porém no que tange à consumação do delito previsto no § 1º, do art. 28, Lei n.º 11.343/06, basta semear, cultivar ou colher.

Já quanto à tentativa, admitir-se-á apenas na modalidade adquirir¹⁴¹. Há, porém entendimentos em sentido contrário, dispondo que o simples fato de tencionar alguém adquirir substância entorpecente e pôr-se os aprestos, sem, contudo, dar início à transação delituosa, não ultrapassa a zona cinzenta dos atos preparatórios, indiferentes sob o ponto de vista repressivo penal. Já quanto as hipótese do § 1º, é perfeitamente possível a tentativa

¹³⁹ São verbos nucleares do art. 28, *caput*, da Lei Antidrogas: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nesta esteira o § 1º dispõe que: às mesmas penas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. (*grifou-se*)

¹⁴⁰ MARCÃO, Renato. *Tóxicos: Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92.

¹⁴¹ *Idem*, p. 79.

quando, por exemplo, o agente apenas preparou o local e foi surpreendido com as sementes (sem princípio ativo), antes de lançá-las ao destino pretendido (semear).

Importa mencionar, por fim, a previsão legal do § 6º do dispositivo em comento, segundo o qual, caso o agente se recuse injustificadamente a cumprir uma das penas previstas pelo *caput*, quando da condenação, poderá o magistrado submetê-lo sucessivamente a: I - admoestação verbal; II – multa.

A) PREVENÇÃO DO USO INDEVIDO

As atividades de prevenção do uso indevido de drogas, conforme previsto no art. 18, da Lei Antidrogas, são “aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção”, com diretrizes e princípios fixados pelo art. 19.

Os programas de prevenção ao uso de drogas comportam três momentos distintos, todos contemplados na nova Lei¹⁴²:

Prevenção primária: tem por finalidade impedir o primeiro contato do indivíduo com as drogas, ou retardá-lo, por meio de estratégias ligadas ao esclarecimento dos efeitos e consequências do uso indevido das drogas (ex: art. 18, X, Lei n.º 11.343/06).

Prevenção secundária: busca evitar que aqueles que já fazem uso de drogas passem a usá-las de forma mais frequente e prejudicial. Nesses casos, um diagnóstico precoce e uma pronta intervenção são fundamentais para estancar eventual processo de evolução do uso de drogas.

Prevenção terciária: incide quando ocorrem problemas com o uso ou a dependência de drogas, sendo que fazem parte deste momento todas as ações voltadas para a recuperação do dependente (ex: art. 47, Lei n.º 11.343/06).

No sentido de demonstrar os efeitos nefastos da criminalização do porte de drogas para consumo, vários argumentos foram produzidos por estudiosos e aplicadores do direito, médicos, psicólogos etc, dentre os quais destacam-se¹⁴³:

¹⁴² BIANCHINI, Alice. *op. cit.*, p. 47-48.

¹⁴³ *Idem*, p. 49-50.

a) A ilegalidade do ato torna a mercadoria excessivamente cara, o que passa a ser um rendimento altamente lucrativo para alguns, fazendo até com que se proporcionem gratuitamente as primeiras doses, a fim de se obter dependentes.

b) Proporciona o contato dos jovens com traficantes e, conseqüentemente, com o mundo do crime, à margem do social, com verdadeiras subculturas, induzindo-os a nelas ingressar.

c) Usuários acabam delinquindo para poder adquirir dinheiro para financiar o hábito, inclusive realizando o tráfico, que pode gerar uma série de sequelas criminais, capazes de consumir definitivamente o ingresso de mais um indivíduo para o crime. Ex.: ao traficar, caso não receba do usuário pela droga vendida, cobra-se o preço ceifando a vida do usuário-inadimplente. Nesse caso, o usuário que, em razão de seu baixo poder aquisitivo passou a ser traficante, torna-se um homicida.

d) Arriscam-se, muitas vezes, a situações de perigo de morte e de enfermidades.

e) Em relação aos demais cidadãos, de um terço até à metade de todos os delitos violentos contra a propriedade são cometidos por drogados que delinquem para financiar seu hábito¹⁴⁴.

f) É uma causa básica de corrupção policial, sem falar ainda que, nas prisões, o consumo e o tráfico continuam existindo¹⁴⁵.

g) Não há controle de qualidade da mercadoria, o que produz, muitas vezes, danos irreparáveis aos consumidores, pois o fato de a droga ser ilícita impossibilita a devida fiscalização¹⁴⁶. O que poderia facilmente ser evitado pelo Estado se detivesse o monopólio de tais substâncias, controlando e tributando sua produção e distribuição no mercado¹⁴⁷, obviamente que, com a devida regulamentação médica.

Deve-se entender que, tal como não é possível uma sociedade sem crimes, também jamais haverá uma sem drogas, inexistindo, portanto, uma ação capaz de eliminá-la. Ademais, a dependência de drogas ilícitas é menos curável do que seria, se nesta pequena parte do problema social não houvesse intervindo a justiça penal¹⁴⁸.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, p. 204.

¹⁴⁶ BARATTA, Alessandro. *Introducción a la criminología de la droga*. Trad. Mauricio Martinez. Bogotá: Nuevo Foro Penal, 1998, p. 74.

¹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiencia y Derecho Penal*, in Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo I, Enero-Abril 1996, pp. 95-97.

¹⁴⁸ BARATTA, Alessandro. *op. cit.*, p. 74.

B) ATENÇÃO AO USUÁRIO

As atividades de atenção ao usuário ou dependente de drogas e respectivos familiares, a seu tempo, são consideradas pela Lei como “aquelas que visem à melhoria da *qualidade de vida* e à *redução dos riscos e dos danos* associados ao uso de drogas” (art. 20, Lei n.º 11.343/06).

Desta forma, é de suma importância o envolvimento dos familiares do usuário no desenvolvimento de políticas públicas de atenção e reinserção social, apoio este que, na maioria dos casos mostra-se decisivo para a recuperação, exceto quando a própria família, em decorrência de diversos conflitos domésticos, necessite uma intervenção social.

No que tange à qualidade de vida, exige-se esforços a fim de se superar a profunda dessemelhança social que gera, como consequência, uma péssima qualidade de vida, tendo-se a pobreza como um fator de risco, tornando pessoas vulneráveis ao recrutamento para atividades voltadas à produção e ao tráfico de drogas. Dentre os fatores de risco associados ao uso de drogas, destacam-se os individuais, sociais, familiares e escolares, de modo que, todos devem ser igualmente motivo de preocupação¹⁴⁹.

A política de redução de danos representa um avanço muito significativo. Ela decorre do art. 196, da Constituição Federal, que determina que “a saúde é 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”.

A retirada do campo penal permite que sejam corrigidas algumas distorções, como aquelas que vêem a existência de um vínculo necessário entre o consumo e a dependência; da irreversibilidade na dependência; a necessidade de formação, pelos usuários, de subculturas criminais (carreiras criminais); da convicção de que o comportamento dos usuários leva ao isolamento da vida produtiva, entre outras coisas. Além disso, as proposições de redução de danos procuram, a partir da ruptura com os discursos de pânico que vêem nas políticas descriminalizantes incentivos ao consumo, afastar a incidência lesiva da intervenção penal.

¹⁴⁹ BIANCHINI, Alice. *op. cit.*, p. 78.

Objetiva-se, em última análise, evitar a transformação do tóxico-dependente em tóxico-delinquente¹⁵⁰.

5. CONCLUSÃO

O fenômeno criminal, por complexo e multifacetário que é, merece constante atenção das ciências que estudam e analisam as sociedades humanas. Seja sob uma perspectiva meramente jurídica, consubstanciada em mera violação da lei penal, seja por uma visão sociológica do fenômeno ou mesmo sob uma angulação biopsicológica, de fato o tema é merecedor observação.

Sabemos que o problema da criminalidade metropolitana, cujos índices se fizeram sentir de forma aguda a partir da década de 1980, tem gerado uma forte demanda “de políticas criminais duras” com o recrudescimento das leis e ampliação de tipos penais, muitas vezes desprovidos de seu exclusivo objeto de proteção, qual seja o bem jurídico penal.

O crime como fenômeno social e, portanto, humano, deve ser estudado à luz da natureza desse ser complexo cuja dignidade transcende superficiais conceitos legais estabelecidos em épocas de lógica pouco democrática. Veja-se que o delito não só é um *fenômeno social normal*, como também cumpre outra função importante, qual seja, a de manter aberto o canal de transformações de que a sociedade precisa.

Afirmar-se que o ser humano tem livre-arbítrio sobre seus atos, podendo posicionar-se ou não, de acordo com a lei - sem uma coerente e necessária observação de fatores criminogênicos, vindos da própria constituição do delinquente ou do meio social em que vive -, pode nos conduzir a um infecundo e arbitrário Direito Penal das presunções, mecanismo odioso do ponto de vista democrático.

Maior relevo se dá a essa questão quando associada à discussão “das drogas”, problema de primeiro escalão nos dias atuais, que atingiu esse patamar porque a “solução” (criminalizar) da qual se valeu o Estado mostrou-se totalmente equivocada e ineficaz. Nessa linha, o tratamento penal das drogas é incompatível com os postulados da racionalidade que devem informar os atos do governo em um Estado Democrático de Direito, ao se instituir no

¹⁵⁰ CARVALHO, Salo de. *op. cit.*, pp. 140-159.

campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado e, portanto, ao Direito penetrar.

Equilibra-se assim, a omissão estatal de uma administração que não proporcionou educação, saúde, cultura, entre outros direitos sociais essenciais à formação e desenvolvimento humano, através do Direito Penal, “protegendo” a aristocracia incomodada da “plebe infratora”.

Sob esse ângulo, a descriminalização é um impensável imperativo nascido do indispensável respeito à liberdade individual, que colocaria a legislação pátria em consonância com as novas tendências do Direito Penal Internacional minimalista, contrário ao modelo repressivo norte-americano, que é menos eficaz. Isso não significa que tais tendências incentivem o uso dessas substâncias, mas somente tornam transparente que o Direito Penal repressor tornou-se absolutamente ineficiente neste tópico, devendo ceder passagem para as demais instâncias do controle social e para os demais ramos do Direito.

Não se quer, portanto, patrocinar o uso indiscriminado de drogas, mas apenas sua descriminalização e consequente regulamentação, diante, por exemplo, da venda controlada e criação de estabelecimentos próprios para consumo, tal como ocorre na maioria dos países europeus. A questão aqui discutida refere-se à contrariedade da criminalização de tal conduta com a sistemática penal atual, pois a construção do bem jurídico não significa mais do que uma descrição da finalidade da lei (*ratio legis*), deixando de dizer se a obtenção deste fim pertence aos pressupostos indispensáveis de uma coexistência pacífica, ou ainda, qual seria o dano social inevitável de outra maneira causado pelo consumo particular de drogas.

Esclarece-se, ainda, tratar-se de um problema de saúde pública e prevenção educacional, sendo que a polícia e a justiça têm pouco ou nada a contribuir. O Direito Penal, então, não terá atingido nenhuma de suas funções sociais, sequer será instrumento de efetiva proteção a bens jurídicos – já que não há nenhum a ser tutelado -, mas mecanismo de lesão a estes. Assim sendo, no que tange ao tratamento jurídico-penal dos comportamentos autolesivos e autodestrutivos, a aplicação dos princípios da *intervenção mínima* e, especialmente, da *lesividade dos bens jurídicos* impede que, por mais paternalista que seja um Estado, este possa ampliar seu âmbito de atuação até o ponto de aplicar uma pena criminal a comportamentos cuja relevância não ultrapasse os limites do próprio interesse individual.

Ademais, ao se admitir a violação de direitos e garantias individuais dos “infratores”, direitos estes assegurados no núcleo intangível da Constituição Federal a fim de salvaguardar o mínimo de liberdade aos cidadãos, limitando a atuação do Estado. Certamente tal violação se estenderá, em um futuro próximo, como consequência, aos direitos dos “cidadãos”, permitindo que a esfera de atuação e reprodução do poder estatal cresça em detrimento da liberdade individual do homem, restringida.

Demais disso, a criminalização do uso de drogas coloca o usuário e dependente à margem da sociedade, estigmatizando-os e dispensando-lhes tratamento de criminosos, enquanto que o ideal seria convencê-los, educá-los (ou reeducá-los) e inseri-los (ou reinseri-los) na sociedade. Isso é, portanto, um trabalho de convencimento, e não é a pena que resolve. Pois, de certa forma, a estigmatização penal é a única diferença entre comportamentos objetivamente idênticos, como por exemplo: uso de drogas, de álcool, de derivados do tabaco etc. Abandoná-la é fundamental para política antidrogas, posto que, não há como diminuir a criminalidade decorrente de substâncias psicotrópicas enquanto os envolvidos em tais crimes forem vistos como seres inferiores, marginalizados e insuportáveis à moralidade, vítimas de uma padronização social, mais preocupada com a expressividade da conduta, do que com os indivíduos, sucumbidos à oca literalidade da lei confeccionada por legisladores de conhecimentos forenses limitados.

Ressalte-se por fim que a ausência de estudos mais aprofundados quanto ao problema das drogas, e a carência de atitudes coerentes do Estado-juiz e do Estado-administração quando da aplicação e elaboração das leis, têm implementado a formação de uma brutalizada população carcerária cuja presença de usuários e dependentes se faz notar a todo momento. Longe de se alcançar o verdadeiro fim curativo-preventivo do Direito Punitivo.

No que tange ao tráfico ilícito de drogas e delitos congêneres, dever-se manter a criminalização até que o Estado detenha o monopólio da produção e comercialização de drogas, quando então poderá dispensar tratamento semelhante àquele conferido aos medicamentos de venda controlada, regulamentando o mercado dos estupefacientes na esfera administrativa e, subsidiariamente, na penal, tal como ocorre com remédios, bebidas, tabacos, alimentos etc. Além de poder controlar as substâncias malélicas misturadas em razão do fabrico clandestino de entorpecentes. Alcançando, com isso, um verdadeiro avanço,

poderá o Estado tributar a venda de drogas e aumentar sua arrecadação, podendo reverter maior número de recursos em prol da sociedade.

6. BIBLIOGRAFIA

BARATTA, Alessandro. **Introducción a la Criminología de la droga**. Trad. Mauricio Martínez. Bogotá: Nuevo Foro Penal, 1998.

BIANCHINI, Alice; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Introdução e princípios fundamentais**. 2. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 5. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Manual de Direito Penal**. 2. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Tratado de direito penal – parte geral**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 224.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – parte geral**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, t. 4º, vol. 1, 1966.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco (Coord.)...[et al.]. **Lei de drogas: aspectos polêmicos à luz da dogmática penal e da política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral (art. 1º a 120)**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1.

_____. **Curso de Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4

CARVALHO, Gisele Mendes. **Suicidio, eutanasia y Derecho Penal: estudio Del art. 143 del Código penal español y propuesta de *lege ferenda***. Granada: Editorial Comares, 2009.

CARVALHO, Salo. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CEREZO MIR, José. **Derecho Penal Parte general-lecciones**. 2. ed. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

CHARBONNEAU, P. **Pais, filhos e tóxicos**. São Paulo: Almed, 1983.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **Nova Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo – À Luz da Lei n. 11.343/2006. Leme: Editora Cronus, 2009.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 3. ed. rev., atual. e ampl. com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, G., **Paternalism**. In: FEINBERG, J.; GROSS, H. (Eds.). *Philosophy of Law*. Dickenson, California, 1975.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. São Paulo: Forense, 1998.

FRANCO, Alberto Silva. **Temas de Direito Penal**: breves anotações sobre a Lei 7.209/84. São Paulo: Saraiva, 1986.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Nova Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006**: comentada. 2. ed. Campinas: Russell, 2009.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos. 6. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes, Yellbin Morote Garcia, Davi Tangerino. Reform., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Nova Lei de Drogas Comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Nova Lei de Drogas Comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/2006, de 23.08.2006. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRACIA MARTIN, Luis. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia**. 1. ed. Valencia. 2003.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/06**. 2. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2008.

HASSEMER, Winfried. *Crisis y características del moderno derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. Madrid. Actualidad Penal, n. 43-22, 1993.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: parte geral. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

_____. **Lei antidrogas anotada**: comentários à Lei 11.343/2006. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. ver. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n.º 11.343 de 23 de agosto de 2006 – nova lei de drogas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, v. 1.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

MAYER, Max Ernest. **Derecho Penal: parte general**. Trad. Sergio Politoff Lifschitz. Montevideo-Buenos Aires: IB de F, 2004.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: de 23 de agosto de 2006 - Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2007.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de, **Comentários à Lei antidrogas: Lei nº 11.343, de 23.8.2006**. São Paulo: Atlas, 2007.

MILL, J. S. **Sobre la libertad**. Trad. Josefa Sainz Pulido. Aguilar, Madrid, 1972.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v.1.

MIRABETE, Julio Fabrini e Renato N. Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 20. ed. Atlas, 2006. v. 1.

MUÑOS, Conde Francisco. **Teoria Geral do Delito**. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1988.

NORONHA, E. Magalhães, 1906-1982. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001

PENTEADO, Jaques de Camargo; SANDRIN, Carlos Fernandes. **Drogas: imputabilidade e dependência**. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 1994.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao Código Penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito**. 4. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: artigos. 1º a 120º**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel, TORON, Alberto Zaccharias ...[et al.]. **Drogas: aspectos penais e criminológicos.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** 2. ed. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 4. ed. revista e atualizada. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2005.

_____. **A criminologia radical.** 3. ed. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2008.

SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada.** Leme: J. H. Mizuno, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Eficiencia y Derecho Penal,** in Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Fascículo I, Enero-Abril, 1996.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Culpabilidade e a Problemática do Erro Jurídico-Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico Penal:** uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **La legislación “anti-droga” latinoamericana: sus componentes de derecho penal autoritario.** Porto Alegre: Fascículos de Ciencias Penais: Drogas – abordagem interdisciplinar. 1990, v. 3.