

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

MARIA EDUARDA QUINTANEIRO LINO

**UMA ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 SOB A ÓTICA DO
PATERNALISMO JURÍDICO**

VITÓRIA

2024

MARIA EDUARDA QUINTANEIRO LINO

**UMA ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 SOB A ÓTICA DO
PATERNALISMO JURÍDICO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para aprovação na disciplina Projeto de Conclusão de Curso.

Orientador: Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA

2024

MARIA EDUARDA QUINTANEIRO LINO

**UMA ANÁLISE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 SOB A ÓTICA DO
PATERNALISMO JURÍDICO**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito parcial para aprovação na disciplina Projeto de Conclusão de Curso.

Orientador: Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho.

Aprovada em ____ de julho de 2024.

COMISSÃO EXAMINADORA

Professor Dr. Raphael Boldt de Carvalho
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Professor(a) Dr. (a)
Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Deus, que com a Sua infinita misericórdia me deu sabedoria e discernimento sempre que clamei por amparo. Agradeço à Nossa Senhora, por me cobrir com seu manto sagrado e me conduzir aos caminhos de Jesus.

Agradeço à minha mãe, Genícia, e ao meu pai, Eduardo, por nunca medirem esforços para me ver feliz, por todas as oportunidades que me concederam ao longo de minha vida e que me possibilitaram a minha graduação.

Agradeço ao meu irmão, Leonardo, por ser meu melhor amigo e a pessoa que eu mais admiro. E a todos os meus familiares, cujas orações, palavras de incentivo e apoio foram essenciais para que eu pudesse concluir esta etapa da minha vida.

Agradeço aos meus amigos, pelos momentos incríveis que compartilhamos juntos, por todos esses anos de convívio e pelo suporte dado, com vocês tudo ficou mais leve.

Ao meu orientador, Raphael Boldt, por ter aceitado me orientar apesar de nossa divergência de opinião, por ter aguentado os meus momentos de medo e ansiedade com este trabalho, por toda a parceria e compromisso.

Por fim, agradeço aos membros da presente banca por disponibilizarem parte de seu tempo a fim de avaliar a defesa da minha monografia.

RESUMO

O presente artigo busca discutir sobre o cenário pandêmico das drogas no Brasil em conjunto com a atuação paternalista do Estado, dando enfoque na Lei nº 11.343/2006, especificamente em seu art. 28. Nesse cenário, é notória as diversas mudanças legislativas durante a história, sendo necessária, portanto, uma análise sobre o contexto histórico da criação de cada legislação especial brasileira voltada para as drogas, bem como suas evoluções. A defesa da legitimidade da tutela de um bem jurídico supraindividual também será desenvolvida, sendo essa uma corrente minoritária da doutrina. No entanto, não é deixado de lado a exposição dos argumentos alegados pela parte majoritária, que também apresentam fundamentações que enriquecem a discussão da problemática proposta. Decorrente a expansão do Direito Penal e a mutação constitucional, por meio do estudo realizado ficou evidente a preocupação com a proteção da coletividade, preocupação essa não vista antigamente, quando pretendia somente tutelar os interesses individuais. Busca desenvolver um raciocínio que demonstre a necessidade da determinação de condutas tidas como erradas e certas para uma maior regulação social. Nessa ótica, o estudo central é voltado na limitação das liberdades individuais, em prol do bem-estar coletivo, exposto argumentos que rebatem tal ideia. Considerando que o instituto do Paternalismo Jurídico é amplo e complexo, o foco é a proibição do porte de drogas para consumo pessoal, aos impactos que o consumo de entorpecentes causam na sociedade e a legitimidade estatal de intervir na esfera individual quando sua conduta está em conflito com a segurança da sociedade como um todo. Além disso, será analisado os limites à autonomia do indivíduo considerando a necessária interferência do Estado no comportamento do cidadão, quando se trata de condutas lesivas à sociedade. Para tanto, é utilizado o método dedutivo, com a metodologia de pesquisa bibliográfica. Em suma, será defendido que o indivíduo não possui uma liberdade individual plena, por conseguinte, não há que se dizer em liberdade para realizar condutas que geram danos a terceiros.

Palavras-chave: paternalismo jurídico; evolução legislativa da lei de drogas no Brasil; art. 28 da Lei nº 11.343/2006; bem jurídico coletivo; limites à autonomia.

ABSTRACT

The present article seeks to discuss the pandemic scenario of drugs in Brazil together with the paternalistic action of the State, focusing on Law No. 11,343/2006, specifically on its article 28. In this scenario, the various legislative changes throughout history are notorious, thus requiring an analysis of the historical context of the creation of each Brazilian special legislation focused on drugs, as well as their evolutions. The defense of the legitimacy of the protection of a supraindividual legal good will also be developed, this being a minority current of doctrine. However, the exposition of the arguments alleged by the majority part is not left aside, which also presents foundations that enrich the discussion of the proposed problem. As a result of the expansion of Criminal Law and constitutional mutation, through the study carried out, the concern with the protection of the collectivity became evident, a concern not seen in the past, when it intended only to protect individual interests. Seeks to develop reasoning that demonstrates the need for the determination of conduct considered right and wrong for greater social regulation. In this perspective, the central study is focused on the limitation of individual freedoms, in favor of collective well-being, exposing arguments that rebut such an idea. Considering that the institute of Legal Paternalism is broad and complex, the focus is on the prohibition of drug possession for personal use, the impacts that drug consumption causes on society, and the state legitimacy to intervene in the individual sphere when their conduct is in conflict with the safety of society as a whole. In addition, the limits to individual autonomy considering the necessary interference of the State in the behavior of the citizen, when it comes to conduct harmful to society, will be analyzed. For this purpose, the deductive method is used, with the methodology of bibliographic research. In summary, it will be argued that the individual does not possess full individual freedom, consequently, there is no saying in freedom to carry out conducts that cause harm to third parties.

Keywords: legal paternalism; legislative evolution of drug law in Brazil; article 28 of law 11.343/2006; collective legal interest; limits to autonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O INSTITUTO DO PATERNALISMO JURÍDICO	10
1.1 ESTABELECIMENTO DE COMPORTAMENTOS CONTRÁRIOS À VONTADE DO INDIVÍDUO EM CONSONÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	11
1.2 OS LIMITES À AUTONOMIA DO INDIVÍDUO EM FACE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO	14
2 A LEI DE DROGAS E A CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS DESTINADAS AO CONSUMO PESSOAL	18
2.1 UMA ANÁLISE SOBRE O CONTEXTO HISTÓRICO E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA QUESTÃO DE DROGAS NO BRASIL	18
2.2 A PREVISÃO DO ART. 28 DA LEI 11.343/06: UM ESTUDO SOBRE O BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL	20
3 A CRIMINALIZAÇÃO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS SOB A ÓTICA DO PATERNALISMO JURÍDICO	27
3.1 DISTINÇÃO ENTRE A TEORIA DO GARANTISMO PENAL E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE	28
3.2 O DIREITO À LIBERDADE INDIVIDUAL EM RELAÇÃO AO CONSUMO DE DROGAS EM CONFRONTO COM A VEDAÇÃO ESTATAL	31
CONSIDERAÇÕES FINAIS	35
REFERÊNCIAS	38

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a questão das drogas é imprescindível para o combate desta verdadeira guerra mundial que perdura por tantos anos. O “flagelo das drogas” apesar de estar presente internacionalmente, demonstra o fracassado desempenho do Brasil na luta contra essa pandemia.

Além do tema ter sido pauta na Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, na qual foi implementado globalmente o viés proibicionista, cabe dialogar até que ponto as medidas acordadas são eficientes e benéficas para a sociedade. Por outro lado, enquanto soluções não são elaboradas para a possível minimização do presente cenário, toda a humanidade é afetada por aqueles que produzem, consomem, vendem ou de qualquer forma contribuem para a movimentação do comércio das drogas.

À luz da legislação de drogas, as drogas se verificam como proibidas, seja por meio de seu transporte, comercialização ou consumo. Em face desta previsão, é imprescindível compreender as consequências geradas pela guerra das drogas, não só para aqueles diretamente ligados à problemática, como também os seus efeitos que atingem a comunidade como um todo. Isto é, uma reforma na intervenção estatal é fundamental para que a realidade não piore ainda mais.

Vale destacar também que o objeto de análise apresenta uma grande complexidade, principalmente quando observamos a estrutura social do Brasil e os principais atores dessa lamentável realidade. Assim, a figura do Estado será pautada no instituto do Paternalismo Jurídico, marco teórico adotado no presente trabalho, como uma estratégia de controle social que se sobrepõe à vontade do indivíduo para impor um comportamento, tudo isso visando evitar um mal, e conseqüentemente proporcionar um maior bem-estar social.

Aliás, não há dúvidas de que, contrariando a vontade do cidadão, obrigando-o ou proibindo-o de realizar certas condutas, a violação da liberdade individual e a limitação do princípio da autonomia serão alegadas. Afinal, o papel estatal se assemelha a uma figura paterna, agindo como se fosse pai do indivíduo, acreditando ainda que este não é capaz de fazer as melhores escolhas. No entanto, há quem defenda que tudo isso

é justificado para assegurar o interesse coletivo, sendo necessário um controle repressivo.

Diante do exposto, essa escrita pretende investigar a performance do Brasil diante do combate às drogas, principalmente a respeito do crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que apresenta um forte viés paternalístico.

Com esse propósito, será apreciada as medidas que são aplicadas atualmente para a resolução do conflito, ao ponto de que apesar do indivíduo ter sua liberdade e seu poder de escolha restringidos, a coletividade está sendo, em tese, beneficiada.

Nesse sentido, a limitação do Direito Penal e, por conseguinte, a intervenção estatal se dá pela existência de um bem jurídico. Todavia, há expressivas críticas acerca do conceito de bem jurídico, bem como os requisitos utilizados para serem considerados legítimos de tutela penal. Desse modo, o foco será dado a existência de um bem jurídico coletivo, visto que, a problemática em questão gira em torno do crime de porte de drogas para consumo pessoal, que possui como bem jurídico tutelado a saúde pública.

Pretende-se, dessa forma, esboçar, a partir de um posicionamento paternalista, o modo e as circunstâncias nas quais o Estado pode intervir na autonomia do cidadão, a fim de tentar minimizar a guerra das drogas, na medida em que o direito penal precisa assegurar os direitos individuais não ultrapassando os limites dos princípios fundamentais.

Para tanto, este artigo foi dividido em três capítulos. No primeiro, é feita uma profunda abordagem sobre o instituto do Paternalismo Jurídico, analisando o cenário em que o Estado regula condutas, que em sua maioria são diversas à vontade do indivíduo, mas que é justificado pela aplicação do princípio da supremacia do interesse público, discutindo, ademais, os parâmetros à autonomia do cidadão inserido no contexto da intervenção estatal.

Adiante, no segundo capítulo, é apresentado a lei que regulamenta a questão das drogas no Brasil, Lei nº 11.343 de 2006, expondo sua evolução histórica e legislativas. Nesta senda, é dado enfoque ao art. 28 da referida lei, dispositivo este que prevê o

crime de porte de droga para consumo pessoal, na qual discute-se, principalmente, a existência de um bem jurídico supraindividual e a constitucionalidade de crimes de perigo abstrato.

Ao final, no terceiro capítulo, propõe-se discutir a previsão jurídica do crime das drogas na perspectiva do Paternalismo Jurídico Penal, relacionando com a distinção da teoria do garantismo penal e o princípio da vedação da proteção deficiente, bem como uma abordagem acerca do direito à liberdade individual no que tange à possibilidade de consumir drogas.

Para melhor elucidação do tema exposto, será utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, com a análise aprofundada dos estudos realizados sobre o tema no Brasil e no mundo, por meio do levantamento de artigos, obras e legislações. Uma vez que este trabalho partirá do exame do crime de porte de drogas para consumo pessoal e a atuação paternalista do Estado, será utilizado o método dedutivo, partindo da racionalidade para concluir a tese defendida.

Portanto, questiona-se, até que ponto a intervenção do Estado paternalista na autonomia do indivíduo se justifica no consumo pessoal de drogas?

1. INSTITUTO DO PATERNALISMO JURÍDICO

O Paternalismo Jurídico é internacionalmente conhecido e aplicado em diversos países, sendo aplicado em áreas jurídicas distintas, mas que será dado enfoque no Direito Penal. Apesar dos variados conceitos sobre o paternalismo, este projeto adota a ideia central desenvolvida por Ernesto Garzón Valdés (1988), na qual defende a tese de que o paternalismo se baseia na intervenção estatal coercitiva no comportamento do indivíduo, não oferecendo para ele a possibilidade de escolhas, tudo isso com a justificativa de que o Estado tem uma maior capacidade para discernir qual a melhor opção de escolha.

A relação paternalista entre o indivíduo e o poder estatal possui alguns requisitos: uma relação entre sujeito presumidamente incompetente e quem se julga mais preparado, o bem que se quer alcançar e a restrição da liberdade (MARTINELLI, 2010, p. 120).

Com o fim de entender a importância dessa discussão, é imprescindível compreender os diversos conceitos que são atribuídos ao instituto do Paternalismo Jurídico, este que terá enfoque na esfera penalista.

Assim, inserido em uma discussão filosófica, Richard Arneson conceitua o paternalismo como sendo a restrição da liberdade dos indivíduos, contra sua vontade, para o seu próprio bem. Em outras palavras, o paternalismo penal é exercido por meio da coerção estatal, criminalizando condutas que representam uma lesão ou um perigo de lesão a um bem jurídico relevante (MARTINELLI, 2007).

Martinelli (2010, p. 234) complementa dizendo que um comportamento paternalista é “a intervenção na liberdade de uma pessoa com o fim de protegê-la de seu próprio ato lesivo ou proteger terceiro que consinta na lesão, contrariamente à vontade demonstrada no momento, preservando-se a vontade real que não pode ser demonstrada.”

Nesse passo, a criação de normas demonstra a intervenção estatal, na qual o Estado utiliza do seu meio mais repressivo para impedir a prática de determinada conduta considerada reprovável, ou seja, pretende-se intervir na liberdade de escolha de alguém, mostrando que, caso queira realizar a conduta proibida, a pena cominada é

a consequência. Além disso, a figura paternalística atua considerando que apesar do indivíduo consentir em uma autolesão, mesmo assim a ação é restringida, pelo Estado, por entender que a omissão – comportamento negativo de não fazer – é a melhor opção (MARTINELLI, 2010, p. 99 e 106).

No entanto, um dos objetivos desse trabalho é desenvolver uma reflexão social ao decorrer dos temas que serão desenvolvidos. Além disso, é fundamental, como ponto de partida, entender a relação entre a determinação de condutas, contrárias à vontade do indivíduo, e o princípio da supremacia do interesse público, bem como discutir os limites à autonomia devido a intervenção estatal (ARNESON, 1998, p. 250 apud MARTINELLI, 2010, p. 100).

1.1 ESTABELECIMENTO DE COMPORTAMENTOS CONTRÁRIOS À VONTADE DO INDIVÍDUO EM CONSONÂNCIA AO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Inicialmente, vale discutir acerca dos fundamentos norteadores que validam o princípio da supremacia do interesse público e sua correlação com a legalidade da intervenção estatal na determinação de condutas contrárias à vontade do indivíduo.

A Administração pública no atual Estado Democrático de Direito determina alguns princípios que alicerçam e limitam os atos administrativos como uma forma de controle e direcionamento das normas jurídicas, na qual destaca-se a legalidade, impessoalidade e publicidade.

Além dos princípios citados, os emblemáticos autores especializados na Administração Pública, reconhecem a existência do princípio da supremacia do interesse público, como sendo implícito, visto que não possui previsão expressa na Constituição Federal, mas que consiste em um dos princípios mais importantes aplicados no ordenamento jurídico brasileiro.

O interesse público não apresenta uma definição pacífica entre os doutrinadores.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012), a supremacia do interesse público sobre o privado consiste em suas palavras na superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até

mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. Isto é, para que haja uma ordem social estável, em que os indivíduos se sintam seguros e resguardados, o interesse particular deve ficar um pouco de lado nesse cenário. Diante disso, o autor defende que a supremacia do interesse público é um princípio geral do Direito, na qual consiste na própria existência do Estado, este que possui a central função de atender às necessidades da coletividade.

Hely Lopes Meirelles (2012), por sua vez, expõe a dificuldade de conceituar o princípio em questão, abordando que, a prevalência do interesse público deriva-se de cada caso concreto, mas que a sobreposição do interesse da coletividade sobre o individual é inerente à atuação do Estado – ideia análoga ao entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2022, p. 110) dissertar sobre o tema ao dizer acerca da errônea interpretação dada ao princípio da supremacia do interesse público, na medida em que é realizada uma generalização, sendo evidente ser impossível de, em qualquer situação de conflito que envolva a esfera pública e privada, fazer prevalecer sempre a primeira, visto que, se assim fosse, não haveria como falar em direitos individuais.

No entanto, é fundamental abordar que o direito individual não pode ser exercido de forma ilimitada, assim como os demais direitos presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, o exercício de um direito não pode prejudicar o direito de terceiros e a sociedade como um todo.

A doutrinadora, em sua obra, defende a supremacia do interesse público e ainda, em consonância com os outros intelectuais citados acima, acredita que esse corresponde ao próprio fim do Estado, considerando que é sua função defender os interesses da coletividade, favorecendo o bem-estar social. Logo, negar a existência do princípio da supremacia do interesse público é negar o próprio papel do Estado (DI PIETRO, 2022, p. 110).

Com essa breve conceituação baseada em diferentes doutrinadores, o que interessa para este trabalho é a possibilidade da aplicação prática do princípio em discussão no âmbito penal. Nessa ótica, a supremacia do interesse público na justiça criminal é um

preceito que busca proteger o bem-estar da coletividade, mesmo que isso implique limitar as garantias individuais.

No que tange ao consumo de drogas, essa primazia se apresenta de forma particular, considerando que o uso e, por conseguinte, o tráfico de drogas podem causar prejuízos irreversíveis à sociedade. É imperante, dessa forma, resgatar o entendimento de Di Pietro, os direitos e garantias individuais não são absolutos, sendo legítimo, portanto, o afastamento de tais direitos em prol do bem coletivo da ordem pública.

Nesse cenário, considerando a necessidade de defender o motivo do dever do Estado de delimitar comportamentos como sendo proibidos, a proteção ao interesse da sociedade possui um expressivo protagonismo em tal intervenção. No entendimento de Dieter Grimm (2007), a proteção fornecida pelo Estado, necessita, na maioria das vezes, da limitação de certas liberdades. Logo, não é possível proporcionar um direito individual pleno em conjunto com um eficiente fornecimento de ordem social e bem-estar coletivo.

Essa ideia é confrontada por Israel Domingos Jorio (2016, p. 139), na medida em que considerando que uma das funções do Direito – instrumento utilizado pelo Estado – seja, de forma vaga e genérica, promover bem-estar, assegurando as melhores condições de vida para os indivíduos; os limites impostos pelo próprio Direito com a delimitação de cada uma das condutas das pessoas, fere, diretamente, os próprios interesses e finalidades instituídas em sua base.

No entanto, apesar da criação na Constituição Federal de uma ideia de intervenção mínima, com o objetivo de os indivíduos terem uma maior área de liberdade, conforme assegurado pela existência de um direito geral de liberdade, como disposto no art. 5º, *caput* da Constituição (BRASIL, 1988), isso não significa dizer que existe uma proteção ao direito do indivíduo para ser considerado capaz de decidir e seguir suas próprias escolhas, devendo, portanto, ser protegido pela imposição paternalista do Estado (SARMENTO, 2016, p. 93). Sendo este último entendimento a defesa deste trabalho que será aprofundado em seguida com a análise dos limites à autonomia.

Para que o interesse público seja priorizado, liberdades individuais devem ser minimamente restringidas. Lembrando sempre que, a prática de abusos à proibição de condutas insignificantes e que somente dizem respeito ao próprio agente jamais podem ser defendidas, mas sim, comportamentos que geram reflexos e prejuízos à coletividade e impactam negativamente a ordem pública.

Dito isso, é possível afirmar que o Paternalismo Jurídico está intimamente ligado a autonomia do indivíduo, na qual o Estado se considera mais preparado para determinar certas condutas para a vida do indivíduo, o que será discorrido a seguir.

Diante disso, o tratamento paternalista quer proteger ou promover um benefício ao indivíduo, acreditando que a sua vontade deve ser desconsiderada por algum motivo, pela inconsciência no momento, falta de capacidade de discernimento, imaturidade ou qualquer outro fundamento semelhante (MARTINELLI, 2010, p. 106).

1.2 OS LIMITES À AUTONOMIA DO INDIVÍDUO EM FACE DA INTERVENÇÃO DO ESTADO

Há que se discutir até onde nós como indivíduos possuímos plena autonomia para direcionar nossas condutas aos nossos interesses pessoais.

Como bem desenvolveu Jean-Jacques Rousseau (1757) em sua tese, o Estado se organiza mediante uma espécie de contrato social, na qual cada indivíduo renuncia a parte de sua autonomia para que com isso a convivência social exista de forma harmônica.

Nesse passo, a intervenção estatal foi algo acordado como meio de troca com a coletividade, o Estado, atuando em seu personagem paterno e protetor, necessita retirar dos indivíduos parte de suas liberdades para melhor controlá-los, a fim de que fosse fornecido segurança e bem-estar a todos.

Autonomia é definida por Dworkin (1988, p. 25 apud MARTINELLI, 2010, p. 168) como sendo a soma da autenticidade com a independência, ou seja, a pessoa autônoma age por si mesmo, na qual há a possibilidade de refletir sobre suas condutas, motivos e desejos.

Considerando que o objeto principal de análise desse trabalho é o consumo de drogas, é fundamental destrinchar os limites implicados sobre a autodeterminação das pessoas sob a perspectiva da intervenção do Estado.

Destaca-se que a liberdade individual como autonomia foi consagrada a partir do século XVII, tornando-se de extrema importância para a sociedade e mais “o agir humano sob o primado da vontade de cariz kantiano é, em certa medida, o vetor que subordinou a ideia de liberdade à noção de individualidade” (ARRABAL; ENGELMANN; MELO, 2017, p. 57).

A imposição de restrições à liberdade individual é um tema que gera contantes discussões, com o principal argumento de que existe um direito geral de liberdade e que este não pode ser violado, considerando ser um direito fundamental. No entanto, o que os apoiadores da liberdade individual plena não analisam é que a defesa da tese contrária não consiste em somente intervir na liberdade individual aleatoriamente, mas sim, considerar os fundamentos que justificam tais restrições.

Assim, caso uma conduta humana seja capaz de atingir terceiros ou a coletividade de forma negativa, a liberdade desse indivíduo deve ser limitada, como forma de garantir o interesse público.

Portanto, o motivo que ampara a mobilização da liberdade individual e consequentemente a dignidade humana, visto que ambas são intimamente ligadas, deve ser pertinente. Nesse contexto, mesmo tratando da mesma conduta, a razão pela qual o Estado proíbe determinada atividade pode ser válida em uma situação e não em outra.

De modo a clarear a conclusão anterior, utilizando a prostituição como exemplo, essa atividade não pode ser proibida em razão do Estado considerá-la degradante e violadora da moralidade ou até mesmo que haja um confronto aos princípios religiosos. Isso porque, é ilegítimo utilizar-se de argumentos exclusivamente pessoais, visto que a prática citada não atinge terceiros, mas somente o indivíduo ligado à atividade é atingido por tal.

Por outro lado, a proibição desse exercício pode ser limitada pelo Estado em locais com grande circulação de crianças, como próximo de praças públicas, tudo isso a fim de proteger a integridade dos cidadãos que frequentam a área.

Vemos, desse modo, que a restrição diz respeito exatamente sobre a mesma prática, mas no primeiro caso seria possível a intervenção estatal ser refutada devido uma possível afronta à liberdade individual, mas no segundo não, considerando que a pauta era o bem-estar coletivo e a proteção infantil, não o anseio estatal de impor um modelo de vida que considere mais adequado.

John Stuart Mill (2002, p. 271) desenvolve com maestria a defesa de que “a única finalidade que pode justificar o exercício legítimo de autoridade sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é impedir que cause danos a outras pessoas.”

Gerald Dworkin (1971, p. 234 apud MARTINELLI, 2010, p. 150) dedicou grande parte de seus estudos à compreensão do paternalismo, sendo defendido por ele que ninguém sabe o que é melhor para o indivíduo do que ele mesmo, ou seja, a vontade da sociedade ou até mesmo do Estado não podem passar por cima de seus próprios interesses. No entanto, Dworkin se apoia em Mill ao concordar que nem todos os adultos possuem consciência do que seja melhor para si mesmo e, portanto, certas limitações à liberdade podem ser impostas pelo Estado.

Dessa forma, ambos acreditam que somente nos casos em que o comportamento do indivíduo causa danos para outras pessoas, a restrição à sua liberdade pode ser imposta pelo Estado. Assim, algumas decisões são irreversíveis e suas consequências podem levar o indivíduo a não agir racionalmente no futuro e nesses casos medidas paternalistas podem ser utilizadas, tal cenário pode ser percebido no consumo das drogas (DWORKIN, 1971, p. 234 apud MARTINELLI, 2010, p. 152).

Em consonância, o art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 diz que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. (PARIS, 1789)

Podemos concluir que, a autonomia do indivíduo vai até onde o direito de terceiros e da coletividade começa a ser violado, a conduta individual, mesmo sendo realizada unicamente por uma pessoa, não pode ser capaz de causar danos aos outros, sendo, portanto, dever do Estado intervir e estabelecer comportamentos contrários à vontade do indivíduo, para realizar o controle social.

A figura estatal vem sendo constantemente deturpada devido aos inúmeros equívocos e vexames cometidos por integrantes do Poder Público, mas acredito ainda na sua legitimidade de realizar o controle social, com a necessidade, em algumas situações, da intervenção na vida do indivíduo, lembrando sempre que a limitação da autonomia do indivíduo deve ser proporcional a conduta que se procura coibir. Desse modo, é fundamental analisarmos a figura do paternalismo jurídico no cenário da criminalização das drogas, tema que se relaciona ao limite à autonomia imposta às pessoas pelo Estado.

2. A LEI DE DROGAS E A CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS DESTINADAS AO CONSUMO PESSOAL

A atual política de drogas no Brasil e sua relação com o paternalismo penal é o objeto de análise principal desta pesquisa, na qual para que haja o seu deslinde, é necessário demonstrar as implicações da chamada Nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006), mais especificamente do delito previsto no artigo 28 da referida lei, desde o seu contexto histórico de formulação e suas evoluções legislativas, até as críticas doutrinárias que a circundam.

O caráter social, médico-criminal de drogas, com um enfoque na prevenção do uso e da dependência, é uma novidade do atual dispositivo, considerando que os direitos e garantias fundamentais foram priorizados, ao passo em que a Lei 11.343/2006 implementou princípios de redução de danos ao usuários, sem deixar de preservar o seu caráter paternalista aos traficantes de drogas, elementos estes que não eram vistos nas antigas legislações.

Logo, a promulgação da Nova Lei de Drogas é um verdadeiro marco na política pública de drogas no país, ao implementar o princípio da redução de danos e de maneira simultânea possuir o viés paternalista, com fortes características punitivas.

2.1 UMA ANÁLISE SOBRE O CONTEXTO HISTÓRICO E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA QUESTÃO DAS DROGAS NO BRASIL

Em 1971, diante do expressivo cenário internacional proibicionista, sendo declarado por Richard Nixon como “Guerra às Drogas”, foi criada a primeira legislação especial brasileira sobre as drogas, lei nº 5.726/1971. Tal legislação, portanto, era rodeada de lacunas e preconceitos, visto que, não havia diferenciação entre dependentes e usuários, preocupando-se somente com o sujeito ativo do crime.

Sendo notório a ineficácia da referida lei, criou-se a Lei 6.368/1976, substituindo a legislação anterior que, por sua vez, aflorou o discurso repressivo trazido por Nixon ao inaugurar a priorização da repressão em detrimento da prevenção. No entendimento de Salo de Carvalho (2014, p. 74):

[...] com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de setenta.

Posteriormente, foi criada a Lei nº 10.409/2002, essa que possuía expressivas falhas e controvérsias, o que justificou o grande número de vetos presidenciais que sofreu referentes aos crimes e penas previstas nesta lei.

Diante disso, foi promulgada a Nova Lei de Drogas, Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), sendo sancionada pelo presidente Lula Inácio da Silva. Nesse passo, a distinção entre o traficante/ comerciante e o usuário/ dependente foi um significativo diferencial comparando com os dispositivos que a antecederam.

Além disso, a nova lei apresenta um caráter preventivo, o que não era visto anteriormente, mas sem deixar de lado, ou até menos aumentar, a repressão proibicionista. Em outras palavras, conclui-se que o novo dispositivo delineado por medidas de redução de danos e políticas severas, aplicou aos traficantes de drogas uma abordagem repressora e punitiva e aos usuários/dependentes um viés médico-social, na medida em que estes passaram a ser tratados como vulneráveis.

Nesse mesmo sentido:

De forma inovadora, sobretudo com as reformas promovidas pela Lei 13.840/2019, a Lei 11.343/2006 representou rompimento de paradigma no tocante à compreensão da problemática relacionada às drogas. Por conjugar os vieses preventivo (quanto ao uso indevido) e repressivo (no que importa ao tráfico), a política criminal inspiradora desta lei é bifronte. Com efeito, ao mesmo tempo que instituiu sanções brandas para o sujeito que porta droga para consumo pessoal, afastando o encarceramento e propiciando políticas preventivas e de reinserção social (v.g.: arts. 8º-D, 8º-E e 19-A a 22-A), bem como de tratamento (com a possibilidade de internações voluntárias ou involuntárias em unidades de saúde ou hospitais gerais, ex vi do art. 23-A, §§ 2º a 10) e terapêuticas (art. 26-A), a Lei 11.343/2006 promoveu a repressão e o combate ao narcotráfico (MASSON, MARÇAL, 2022, p. 36).

Passou a ser estabelecido também normas para prevenir a produção e o tráfico de drogas, bem como a tipificação de crimes ligados aos entorpecentes, como o crime de tráfico e de uso, dispostos em seus artigos 33 e 28, respectivamente.

No entanto, apesar de tais novidades, questiona-se por parte da doutrina a legitimidade da interferência estatal, através da política intervencionista da Lei de Drogas, na vida particular do indivíduo, principalmente devido a previsão expressa no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Como todas as legislações especiais de drogas que existiram no país, há que se falar que todas foram e a atual continua sendo uma norma penal em branco. Isso porque, o conceito de “droga” é estabelecido por portaria específica da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, na qual consta 47 (quarenta e sete) substâncias tidas como ilícitas e proibidas, como a cocaína, heroína, tetraidrocanabinol (THC), entre outras. A adoção do termo “droga” no lugar de “substâncias entorpecentes” também foi uma inovação do novo diploma, decorrente da orientação da Organização Mundial da Saúde (OMS).

Diante do exposto, será dado enfoque a drástica alteração realizada no artigo 28 da nova lei de drogas, na medida em que diversas discussões são realizadas nesse sentido.

2.2 A PREVISÃO DO ART. 28 DA LEI 11.343/06: UM ESTUDO SOBRE O BEM JURÍDICO SUPRAINDIVIDUAL

O artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343 de 2006 (BRASIL, 2006), prevê que:

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.
 [...]

Percebe-se, portanto, que a pena privativa de liberdade foi excluída neste dispositivo, sendo estabelecido a aplicação de penas restritivas de direito. Desse modo, há um conflito se houve ou não *abolitio criminis* do crime de porte de drogas para consumo pessoal disposto no art. 28. O entendimento já foi consolidado jurisprudencialmente, *in verbis*:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PRISIONAL. ART. 28 DA LEI 11.343/2006.

CONFIGURAÇÃO DE FALTA GRAVE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Consolidou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que apesar de o tipo não mais cominar pena privativa de liberdade, não houve descriminalização da conduta prevista no art. 28 da Lei n. 1.343/2006. Assim, a posse de drogas no curso da execução, ainda que para uso próprio, constitui falta grave, nos moldes do art. 52 da LEP, pois o preso que pratica fato previsto como crime doloso durante o resgate das penas não demonstra comportamento adequado, apto a atrair os benefícios do sistema progressivo. - Em resumo, o STJ tem entendido que a prática da conduta de possuir drogas para consumo pessoal, prevista como crime no ordenamento, configura infração disciplinar de natureza grave no âmbito da execução penal. Precedentes. 2. Na hipótese vertente, a materialidade da infração ficou devidamente demonstrada por meio de laudo toxicológico. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no HC: 547354 DF 2019/0350831-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 06/02/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/02/2020)

Assim, o entendimento é pautado na ideia de que houve tão somente uma despenalização do crime em discussão, não havendo que se falar em descriminalização. Da mesma forma, Isaac Sabbá (2007, p. 44-47) afirma que:

Entende que a norma do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 revela a descrença do próprio legislador na sanção penal como mecanismo apto a proteger a saúde pública, pois, apesar de estabelecer uma categoria *sui generis* de sanção penal, manteve, pretendendo um efeito meramente simbólico, a ameaça de imposição de penas para as condutas desviantes.

A intervenção estatal decorre da necessidade de proteger determinados bens ou interesses da sociedade e do Estado, selecionados por critérios de valores sociais e morais considerados essenciais para o desenvolvimento comunitário, que estão sob os cuidados da tutela jurídica, a fim de equilibrar os interesses individuais e coletivos.

Nas palavras do pioneiro da conceituação de bem jurídico, Karl Binding, adepto ao positivismo, diz que bem jurídico é tudo que não constitui direito, mas, apesar disso, é considerado pelo legislador valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, ou seja, são bens, acima de qualquer coisa, da comunidade (COSTA ANDRADE, 2004, p. 65).

Nesse sentido, é conveniente a lição de que “os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal deve ser somente aqueles considerados fundamentais à convivência social pacífica, uma vez que devem estar integrados como valores essenciais de

determinada sociedade e, como tais, carecedores de proteção jurídico-penal” (PRADO, 1996, p. 17 apud SILVA, 2013, p. 66).

Portanto, nota-se que a existência de um bem jurídico a ser tutelado e a função punitiva estatal estão intimamente ligadas, pois havendo a irrelevância do primeiro, o Direito Penal perde sua legitimidade e eficiência (LIBERATI, 2000, p. 158-159).

Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffaroni (2018, p. 20), é fundamental a presença da lesão ao bem jurídico para que a coerção estatal seja legitimada, pois “a necessidade de um bem jurídico ofendido é um limite ao poder punitivo, tanto que o malabarismo de concebê-lo como um bem jurídico tutelado converte-o em uma legitimação do poder punitivo”.

Acerca do bem jurídico penal, há um extenso debate acerca de quem pode titularizar tais bens, sendo desenvolvido três teorias de pensamento: teoria monista-estatal ou monista coletivista, na qual sintetiza que todo bem jurídico é uma extensão das vontades estatais ou da sociedade; teoria monista-pessoal, esta que limita a titularidade apenas ao interesse individual, somente reconhecendo a existência de bens jurídicos coletivos quando voltada a indivíduos concretos; e teoria dualista, foco do presente trabalho, para as quais reconhece a presença de bens jurídicos individuais, estatais ou coletivos (GRECO, 2011, p. 85-86).

Nesse passo, como dito, o foco será dado a teoria dualista, essa que endossa a viabilidade da titularização de bens jurídicos supraindividuais, sendo, portanto, a linha de pensamento que adota a existência da tutela de bens jurídicos coletivos.

Destaca-se que o desenvolvimento da referida teoria se deu por uma mutação constitucional, bem como pela expansão do Direito Penal, na qual antes apresentava um viés liberal, por meio do Estado Liberal, e passou por uma formulação voltada para a proteção da coletividade, com o Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal, de maneira originária, teve seus limites delineados pelos bens jurídicos individuais e patrimoniais, e ao sofrer sua drástica expansão no tocante aos bens jurídicos, ocasionou resistências.

A Escola de Frankfurt foi uma delas, por defender a manutenção dos princípios da intervenção penal mínima e da exclusiva proteção de bens jurídicos, ou seja, a identificação do bem jurídico deve se dar exclusivamente pela interpretação lesiva, ofensiva, consistente, tudo de maneira análoga ao viés clássico.

Porém, o que não pode ser desconsiderado é que a sociedade moderna trouxe consigo novas necessidades e bens relevantes que não podem ser deslegitimados e inferiorizados a outros direitos, haja vista que sua violação gera danos tão significantes quanto os demais.

Acerca do posicionamento contrário a teoria dualista, é mencionado que a maior problemática que circunda os bens jurídicos coletivos não é nem a sua existência, mas sim os seus critérios de identificação, na qual alegam o uso abusivo desse conceito.

Assim, com o objetivo de clarear a definição de bem jurídico para além dos individuais, é oportuno apontar as propostas feitas por Roland Hefendehl (2002, p. 111-112 apud CABRAL, 2023, p. 395), baseadas em Robert Alexy, que estabeleceu os seguintes critérios: (i) não exclusividade da sua utilização, ou seja, são bens que podem ser usufruídos por todos da sociedade ao mesmo tempo; (ii) não rivalidade do consumo, isto é, ausência de concorrência, na qual o gozo do bem jurídico coletivo não impede que outros indivíduos dele também utilizem; e (iii) não distributividade, assevera que tal bem não é capaz de indicar de forma individualizada os eventuais titulares.

Outrossim, vale destacar que a categoria do bem jurídico supraindividual é subdividida em duas modalidades, quais sejam em difusos e coletivos *stricto sensu*, que se diferenciam no que tange a seus titulares, visto que, apesar de ambos serem indivisíveis, os difusos são titularizados por pessoas não determinadas e ligadas por circunstâncias de fato, os coletivos *stricto sensu* têm por titular um grupo de pessoas ligadas por uma relação jurídica. Logo, os titulares do primeiro são imprecisos, do segundo são indivíduos identificáveis e precisos (SMANIO, 2007, p. 216).

Desse modo, os critérios definidos por Hefendehl só podem ser aplicados aos bens supraindividuais difusos, estes que são recepcionados pelo modelo utilizado no Brasil

para a proteção de interesses coletivos, como no art. 129, III da Constituição Federal, e no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Considerando que se busca analisar o artigo 28 da Lei de drogas e o bem jurídico por ele tutelado, há que mencionar as relevantes críticas realizadas por parte majoritária da doutrina sobre os chamados falsos bens jurídicos coletivos, como a segurança pública, relações de consumo e saúde pública, a última sendo o bem jurídico tutelado pelo artigo em análise.

O crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 é um crime de perigo abstrato, categoria de crime que também sofre expressivas críticas por parte significativa da doutrina, acreditando que passaram não mais a proteger valores individuais, mas também os interesses coletivos (FERRAJOLI, 2010, p. 37).

Isso porque, diferente do crime de perigo concreto, na qual sua consumação se dá com o resultado, exigindo a comprovação do risco e o efetivo prejuízo ao bem jurídico, no crime de perigo abstrato, a consumação exige apenas a prática da conduta tipificada, sendo irrelevante a ocorrência do resultado, que resta presumida.

No entanto, de maneira contrária ao entendimento majoritário, João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem (2020, p. 200) acertadamente pontuam que não é viável a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, pois tais criminalizações são coerentes quando a conduta do agente, pelo menos, gere um perigo potencial ou tenha capacidade de ameaçar ao bem jurídico.

Isso é o que justificaria a normatização do crime de porte de drogas para consumo pessoal, considerando que o consumo pessoal de entorpecentes possui notória capacidade de atingir a saúde pública – bem jurídico coletivo.

Emília Merlini Giuliani (2014, p. 106) complementa:

Esses crimes têm, por excelência, natureza preventiva, pois reprimem condutas sem que haja necessidade de produção de uma lesão concreta ao bem juridicamente tutelado e, ao que se nota, estão frequentemente estruturados sobre a crença de que com isso se propicia uma proteção mais efetiva de bens jurídicos supraindividuais. Ideia esta que parece se justificar quando se tem em mente que a manutenção de um direito penal que age apenas após a lesão ou efetiva colocação em perigo de bens jurídicos não condiz com a realidade que apresenta-se a nós, mormente porque as

consequências de se aguardar a ofensa de certos bens poderiam ser catastróficas.

Dando enfoque a política de drogas, o Estado utiliza o Direito Penal como instrumento de organização e controle social a fim de proteger a saúde pública – bem jurídico supraindividual –, que é lesado ou ameaçado pela realização das condutas previstas na Lei 11.343/06.

Porém, parte significativa da doutrina alega que não estamos diante de um autêntico bem jurídico capaz de legitimar a atuação paternalista do Estado, pois consideram que são genéricos e apenas representam a soma de bens jurídicos individuais, ou seja, a saúde pública seria a soma das saúdes individuais.

Como discorre Luíz Greco (2004, p. 115) que “bem jurídico saúde pública nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem jurídico.”

O que não é observado por parcela significativa da doutrina é que esses bens são responsáveis por áreas complexas da comunidade, na qual necessariamente precisam de órgão, regimento de controle, recurso e investimento para que funcionem com eficiência.

A oposição, por sua vez, afirma que a intervenção do Estado a fim de evitar condutas individuais, principalmente nos crimes previstos na lei de drogas, se traduz em um paternalismo duro, que não consegue ser escondido pelo discurso da bem jurídico supraindividual saúde pública. De maneira análoga, Schünemann (2010, p. 60 apud CARVALHO; ÁVILA, 2016, p. 147) afirma que a elaboração de normas que visam prevenir perigos abstratos, como o caso do crime de posse de drogas para consumo pessoal, não é o verdadeiro problema, mas sim o fato de supostamente não atingirem a sociedade – já que não causam danos sociais ou lesão a um bem jurídico coletivo –, bem como serem capazes de aniquilar a autonomia individual.

Mais do que isso, João Paulo Martinelli (2009, p. 210) dentro do cenário das drogas aplica o princípio da subsidiariedade:

Se o Estado entende que o consumo de drogas é prejudicial, por provocar dependência física e psíquica, outros são os meios legitimados a evitar o

comportamento lesivo do usuário. Não é finalidade do direito penal coagir o adulto capaz a um comportamento que o Estado entende ser o melhor.

Nesse cenário, no plano ideal, o argumento da ilegitimidade da atuação do direito penal nessa seara, é válida. Contudo, não há como desconsiderar a inexistência de medidas alternativas eficientes, na perspectiva repressiva e preventiva, sendo, atualmente, funções cumpridas somente pelas penas, como bem defende Sánchez (2013, v. 6, p. 76), que adotar tais medidas favoreceria o aumento de crimes.

Em suma, o paternalismo penal se faz presente no dispositivo em análise, sendo necessário, infelizmente, para a atual realidade brasileira, devendo ser prevalecido como visto em capítulo anterior, o princípio da supremacia do interesse coletivo.

3. A CRIMINALIZAÇÃO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS SOB A ÓTICA DO PATERNALISMO JURÍDICO

A coerção estatal, por meio de normas incriminadoras que possuem o intuito de proibir determinadas condutas, necessita de uma certa limitação para que esteja presente a sua legitimidade quanto a interferência nas escolhas do indivíduo. Desse modo, tal repressão só se faz cabível quando se busca proteger um bem juridicamente relevante.

O que muito se discute é justamente a relevância do bem jurídico tutelado na lei das drogas e em seguimentos mais críticos, qual seria em específico tal bem jurídico. A maioria dos países do mundo possuem um caráter proibicionista no que tange ao consumo de drogas, sendo claro notar a presença da figura estatal paterna nesse cenário.

Faz-se imprescindível analisar como o Paternalismo Jurídico Penal se comporta diante da criminalização das drogas. Coibir o consumo das drogas ilícitas, bem como sua comercialização são alguns dos aspectos contemplados pelo paradigma proibicionista adotado pela maior parte dos sistemas jurídicos.

Esse objetivo nada mais é do que uma forma de buscar o controle social, utilizando a coerção, para a padronização das condutas do indivíduo visando uma proteção coletiva às consequências proporcionadas pelas drogas. A necessidade de as drogas serem tratadas como uma questão de saúde pública que anseia por tratamento emergiu entre o século XIX e XX, não só no Brasil, mas de forma espalhada por diversos países.

Diante disso, buscando enriquecer a discussão pretendida, o presente trabalho abordará a seguir a distinção da teoria do garantismo penal e o princípio da vedação da proteção deficiente, como também o direito à liberdade individual em relação ao consumo de drogas em confronto com a vedação estatal. Isso tudo buscando defender a fundamental intervenção do Estado dentro desse tema, acreditando que o paternalismo jurídico é cabível e necessário dentro desse cenário, sendo essa tese ainda mais aprofundada ao decorrer dos próximos subcapítulos.

3.1 DISTINÇÃO ENTRE A TEORIA DO GARANTISMO PENAL E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

É fundamental delimitar as controvérsias presentes na discussão sobre a teoria do garantismo penal e o princípio da vedação da proteção deficiente. Desenvolvido principalmente por Luigi Ferrajoli (2006, p. 258), é defendido um sistema de proteção que limita o poder punitivo do Estado, a fim de que os direitos fundamentais e liberdade individuais sejam resguardados, buscando a aplicação de um Direito Penal mínimo.

Além disso, o intelectual desenvolve três conceitos para o constitucionalismo garantista, reforçando a complexidade do tema, quais sejam como sendo um modelo ou tipo de sistema de direito, como teoria do direito e como filosofia política, o que demonstra que o garantismo não engloba somente a esfera jurídica, mas também raciocínios políticos e filosóficos (FERRAJOLI, 2012, p. 21-23).

Porém, o que é muito difundido de maneira errônea é que o garantismo defende a abolição do direito penal, pelo contrário, o jurista reconhece que a impunidade confronta diretamente o ideal do modelo garantista, na qual a punição, observando às garantias do indivíduo, é fundamental para que seja aplicado um sistema de proteção aos direitos fundamentais. Nesse sentido, respeitados todos os direitos e garantias fundamentais, a punição é completamente legítima para que se reconheça um sistema como garantista de proteção de direitos, ou seja, o reconhecimento dos direitos deve decorrer do cumprimento das leis (FERRAJOLI, 2011, p. 318).

De maneira análoga, Américo Bedê (2023, p. 32) assevera que:

[...] A impunidade é completamente contrária a lógica garantista. O respeito aos direitos deve ocorrer prioritariamente pela consciência do dever de cumprir a lei, mas, existindo a violação, devem incidir as garantias secundárias, fazendo com que o ato violador seja, respeitadas todas as garantias, devidamente sancionado.

Ferrajoli busca criar uma teoria jurídica que adeque o Direito Penal à garantia da aplicação do princípio da dignidade humana aos indivíduos, com o objetivo de proteger seus direitos tanto em sua esfera particular como de maneira coletiva frente aos poderes paternalistas do Estado, esses que possuem um viés proibicionista. Logo, a restrição da liberdade individual somente pode ser permitida quando houver

fundamentos ligados aos princípios constitucionais como previsibilidade, proporcionalidade, legalidade, segurança jurídica e igualdade. Tudo isso refuta o argumento de que o modelo de direito desenvolvido por Ferrajoli (2011, p. 318) pretende fazer com que o Estado não exerça seu papel de prevenção e punição de atos determinados como ilícitos.

Em outras palavras:

Portanto, o Estado de direito será garantista quando se afasta de ordenamentos autoritários ou totalitários, tendo o poder uma fonte e uma forma legal. A concepção de Estado de direito garantista é fundada no Estado constitucional – em particular aqueles de Constituição rígida –, balizado por limites formais e substanciais ao exercício dos poderes (NETO; PEREIRA JÚNIOR, 2021, p. 83).

Relacionando com o objeto principal de análise do presente trabalho, é possível considerar que a determinação de condutas contrárias à vontade do indivíduo, como a proibição ao consumo e comercialização das drogas confronta a tese garantista? Defendo que não.

Alvaro Stipp (2006, p. 2) bem ensina:

A Consequência da filosofia política do garantismo é um certo modelo normativo de direito com base na submissão à lei de todos os poderes estatais: o direito com sistema de garantias. O conceito garantista de ordem jurídica, portanto, coincide novamente com a ideologia do Estado Constitucional de Direito: o direito é um sistema de limites, vínculos e determinações ao poder político (as garantias) para a proteção de bens, interesses respaldados pelos direitos subjetivos individuais, coletivos, ou mesmo difusos, quando estão em jogo as necessidades essenciais dos seres humanos, vale dizer, quando diga respeito ao interesse público primário.

Dito isso, é possível afirmar que é atribuição do Estado defender a coletividade, protegendo-a das agressões tanto vindas do próprio poder público, como abusos ou àquelas causadas pela conduta de terceiros. Consoante a esse entendimento, Lenio Luiz Streck (1999) entende que há uma dupla face de proteção dos direitos fundamentais, a negativa, que protege o indivíduo das ações excessivas do Estado e a tutela positiva contra as suas omissões.

Streck (1999, vol. 2, n. 13) ainda desenvolve o entendimento sobre a finalidade estatal, na qual é aqui defendida:

Na verdade, a tarefa do Estado é defender a sociedade, a partir da agregação das três dimensões de direitos – protegendo-a contra os diversos tipos de agressões. Ou seja, o agressor não é somente o Estado. O Estado não é único inimigo! Registre-se, nesse sentido, a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou de sua eficácia perante terceiros, produto de uma constatação básica e evidente: a de que os direitos fundamentais também são violados por particulares, e não apenas pelo Estado. No caso do direito penal, é exatamente essa a relação que se tem: uma pessoa física violando direito fundamental de outra.

Logo, o discurso de somente analisar a proteção dos direitos fundamentais contra as ações do Estado, parece vaga e ao olhar por essa perspectiva, capaz de causar uma série de impunidades. Considerar o poder público um rival é irônico ao verificar ser ele o único atualmente capaz de organizar a sociedade e proporcionar a todos um bem-estar social. Porém, não deve ser desconsiderado as graves falhas praticadas pela instituição, que nos últimos tempos vem sendo ainda mais corriqueiras.

Em confronto a conceituação do garantismo penal, o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente é utilizado como mecanismo para controlar as omissões estatais, tudo com fundamento ao princípio da proporcionalidade. Desse modo, segundo Luiz Flávio Gomes (2009):

Por força do princípio da proibição de proteção deficiente nem a lei nem o Estado pode apresentar insuficiência em relação à tutela dos direitos fundamentais, ou seja, ele cria um dever de proteção para o Estado (ou seja: para o legislador e para o juiz) que não pode abrir mão dos mecanismos de tutela, incluindo-se os de natureza penal, para assegurar a proteção de um direito fundamental. O princípio da proibição de proteção deficiente emana diretamente do princípio da proporcionalidade, que estaria sendo invocado para evitar a tutela penal insuficiente.

Por sua vez, Streck (1999, p. 7) ao comentar sobre o primeiro julgamento na qual foi percebida pela primeira vez a fundamentação da decisão com base no Princípio da Vedação à Proteção Deficiente, que se discutia a descriminalização do aborto na Alemanha, analisou que:

A efetiva utilização da *Untermassverbot* (proibição de proteção deficiente ou insuficiente) na Alemanha deu-se com o julgamento da descriminalização do aborto (BverfGE 88, 203, 1993), com o seguinte teor: "O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – uma proteção adequada, e como tal, efetiva (*Untermassverbot*).

(...) É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de

insuficiência (...). Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis. [...].

3.2 O DIREITO À LIBERDADE INDIVIDUAL EM RELAÇÃO AO CONSUMO DE DROGAS EM CONFRONTO COM A VEDAÇÃO ESTATAL

Levando para o cenário das drogas, existem argumentos contrários à intervenção estatal a respeito desse tópico, que se sustentam ao considerar que quando o indivíduo escolhe consumir determinada droga, somente diz respeito a ele, não sendo possível tal conduta prejudicar a sociedade.

No entanto, é completamente falacioso acreditar que as drogas não são um caso de saúde pública e ainda mais, é irracional que os liberais não enxergam como os entorpecentes atingem a liberdade do próprio consumidor, visto que se tornam reféns da substância, perdendo, conseqüentemente, sua capacidade de autodeterminação, como vemos no cenário pandêmico da cracolândia.

Ora, apresento uma indagação, se a discussão se baseia na defesa da liberdade individual, a permissão da restrição de tal liberdade é relativizada ao analisar quem ou o que está realizando a intervenção?

Como desenvolvido em capítulo anterior, a liberdade individual não pode ser tocada quando a espécie da conduta realizada não diz respeito a terceiros ou à coletividade, como questões relacionadas a escolhas religiosas, orientação sexual ou questões morais, ou seja, a criminalização das drogas não pode ser analisada somente pela ótica do consumo pessoal e reflexos exclusivos ao próprio usuário.

Isso porque, os impactos causados na estrutura pública são as principais preocupações do poder estatal, visto que, esse cenário traz consigo uma série de consequências para a ordem pública.

Tráfico, mortes, circulação de armas, aumento de pessoas em situação de rua, prática de crimes diversos, redução de escolaridade, organizações criminosas são alguns dos diversos fatores que são alimentados pelas drogas. Podemos dizer que o consumo

de substâncias ilícitas é capaz de ser a base para toda essa problemática enfrentada no Brasil e em diversos países do mundo.

Dados coletados pelo diretor do Escritório das Nações Unidas (2023) sobre Drogas e Crime (UNODC) para o lançamento do Relatório Mundial sobre Drogas de 2012, demonstram que 200.000 (duzentas mil) pessoas morrem por ano decorrente do consumo de heroína, cocaína e outras drogas. É defendido também por essa agência especializada da ONU que os direitos individuais precisam ser compatíveis com a segurança e bem-estar social, visto que, não é possível admitir que o indivíduo tenha o direito de realizar condutas que de alguma forma possam significar uma ameaça destrutiva para a coletividade e para si mesmo.

Outrossim, apesar do lamentável número de mortes causadas pelos entorpecentes, como já dito exaustivamente, os prejuízos e danos não se limitam somente à figura daquele que consome a droga, mas também afeta expressivamente toda a sociedade. Tal ideia pode ser concretizada por meio dos dados fornecidos pelo portal de informações da Polícia Militar de São Paulo (2023), na qual apresentam que: 80% dos crimes urbanos cometidos no Brasil têm alguma relação com droga; 49% das escolas estaduais têm problemas com o consumo e o tráfico de drogas segundo pesquisa feita em cinco capitais Brasileiras.

De acordo com a legislação brasileira vigente, em especial o Decreto Lei nº 54.216, de 27 de agosto de 1964 (BRASIL, 1964) que promulgou a Convenção Única de Entorpecentes, é fundamental combater às drogas tendo em vista sua lesividade e capacidade de causar dano coletivo, vejamos:

As partes, preocupadas com a saúde física e moral da humanidade, reconhecendo que o uso médico dos entorpecentes continua indispensável para o alívio da dor e do sofrimento e que medidas adequadas devem ser tomadas para garantir a disponibilidade de entorpecentes para tais fins, reconhecendo que a toxicomania é um grave mal para o indivíduo e constitui um perigo social e econômico para a humanidade, conscientes de seu dever de prevenir e combater esse mal, considerando que as medidas contra o uso indébito de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal, julgando que essa atuação universal exige uma cooperação internacional, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns.

A Constituição da República Federativa do Brasil escancara o seu zelo em proteger os indivíduos das drogas ilícitas, expondo seu desejo de combater o tráfico de drogas, utilizando a repressão para alcançar tal objetivo.

Diante disso, considerando que o consumo de drogas é um fator de marginalização, visto que, o dependente de entorpecentes provoca em si mesmo um isolamento social, a proteção ao indivíduo pretendida pelo Estado é observada em seus objetivos fundamentais, com fulcro no art. 3º, III da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que dispõe: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

É utópico pensar que reduzindo ou até mesmo retirando a atuação do poder público nessa seara, o consumo e as problemáticas derivadas dessa realidade irão sumir.

De maneira análoga ao entendimento apresentado, a psicóloga e supervisora pedagógica dos cursos de Saúde Mental e Dependência Química da UMA-SUS/UFMA, Raissa Palhano, os indivíduos que possuem maiores chances de usarem drogas e se tornarem dependentes químicos são aquelas que convivem com usuários de droga, sendo afirmado pela psicóloga que quanto mais próximo o grau de parentesco maiores são as chances da pessoa também se tornar dependente químico. Logo, podemos notar que a pessoa que usa ou comercializa drogas é um influenciador ativo sobre o grupo que está inserido, concluindo, por conseguinte, que não só o próprio é atingido pelas drogas, mas terceiros são vítimas de tal conduta (BITTENCOURT, 2014).

Há quem defenda que o modelo adotado pelo sistema jurídico brasileiro, regido pela característica paternalista, não é o mais adequado para se lidar com a questão das drogas.

O paradigma proibicionista recebe potenciais críticas, principalmente com o argumento da violação da liberdade individual dos indivíduos, o que já foi refutado mediante a tese defendida anteriormente. Isso porque, não pode ser desconsiderado que o consumo de drogas gera graves consequências sociais, como o comportamento inconsequente e o rompimento de laços sociais. Assim, é incabível dizer que o

interesse coletivo e o bem-estar social devem ser relativizados em prol da maximização da liberdade individual.

A defesa central confronta a ideia de Thomas Szaz (1993), que relata “impedir pela força que pessoas adultas e capazes consumam qualquer substância é ilegítimo e viola os direitos humanos, permitindo ao Estado uma intromissão indevida em assuntos que não é de sua competência.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos assuntos mais discutidos atualmente no Brasil é a possibilidade do poder estatal intervir nos comportamentos do indivíduo, mesmo que essa conduta seja contra a sua vontade, visto que, considera-se necessário que o bem-estar coletivo prevaleça. Nessa perspectiva, defende-se que o caráter paterno por parte do Estado é fundamental para que o interesse público seja atendido, a qualidade de vida da comunidade seja garantida e a estrutura governamental seja preservada.

Nesse passo, o princípio da supremacia do interesse público deve ser inserido na questão do consumo das drogas, mesmo que isso signifique limitar os direitos individuais. No entanto, isso não quer dizer que abusos devem ser legitimados, o que acredita ser coerente é a restrição de práticas que geram consequências negativas para a sociedade, como as drogas e tudo o que é alimentada por ela.

O instituto do Paternalismo Jurídico é inserido na esfera penal com a ideia de conceder ao Estado o poder de intervir no poder de escolha das pessoas, com o objetivo de protegê-los de si mesmos, mas principalmente, de proteger a coletividade. Portanto, como já discorrido ao decorrer do presente trabalho, a restrição de determinada conduta deve ser justificada de forma condizente ao interesse público e não por questões dogmáticas ou opiniões pessoais.

Outro ponto desenvolvido foi a respeito da autonomia individual, sustentando que não há que se falar em uma autonomia plena, podendo, portanto, ser limitada em casos em que terceiros são atingidos. Diante disso, deve existir um equilíbrio e um cuidado muito grande ao determinar quais condutas devem ser restringidas, para que a tese da necessidade de incidência do Paternalismo Jurídico, não seja refutada pela extrema coerção.

O estudo desenvolvido utilizou como objeto de análise o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, esse que prevê o crime de porte de drogas para consumo pessoal. Destaca-se que o bem jurídico tutelado pelo referido artigo é a saúde pública, que possui caráter supraindividual/coletivo e consiste em um crime de perigo abstrato.

Nesse sentido, concluiu-se que, a intervenção Estatal mediante o Direito Penal se baseia na tutela de bens e interesses considerados fundamentais para a sociedade. Com base no conceito originário de Karl Binding, foi discutido que os bens jurídicos são os limitadores do paternalismo jurídico, na qual propõe o equilíbrio entre os interesses individuais e coletivos.

Em decorrência da elaboração da definição de bem jurídico, diversas teorias foram desenvolvidas, mas que o presente trabalho se baseou na teoria dualista de bem jurídico, desenvolvida devido a mutação constitucional e expansão do Direito Penal, que reconheceu a existência de interesses individuais, estatais e coletivos, ou seja, por meio dela tornou-se viável a titularização de bens jurídicos supraindividuais.

A legitimidade da figura paternalista do Estado é respaldada, portanto, pela proteção desses bens, que se apresenta como imprescindível para o desenvolvimento e organização social. Todavia, há uma complexa discussão acerca da legitimidade da tutela de possíveis bens jurídicos coletivos, sendo apresentadas as razões contrárias e favoráveis para a proteção de tais interesses.

No caso da criminalização das drogas, a atuação governamental é coerente, pois o consumo de entorpecentes e tudo o que está por trás desse cenário, como o tráfico, morte e crimes, causam danos expressivos à saúde pública e ao convívio social.

Diante disso, a ideia trazida pelo garantismo penal, principalmente defendida por Ferrajoli, não pode ser defendida no cenário das drogas, considerando os motivos que fundamentam a ação punitiva estatal, por óbvio, desde que seja uma punição proporcional e consonante ao interesse social. Em contrapartida, o princípio da vedação à proteção deficiente auxilia na escolha de medidas capazes de preservar os direitos fundamentais, inclusive da violência causada pelas drogas.

Logo, deve ser reconhecida a importância da proteção das garantias individuais, de maneira análoga à defesa do garantismo, mas também a legitimidade do poder de intervenção do Estado, a fim de proteger as pessoas dos danos causados pelas drogas.

Diante de todo o exposto, o paternalismo jurídico inserido na problemática que circunda o consumo de drogas é imprescindível para que o caos social não seja instaurado e prejuízos à coletividade não sejam irreversíveis. Destaca-se, por fim, que toda restrição de liberdade por parte do Estado deve ser coerente ao interesse da coletividade, não podendo ser aceito abusos e desproporcionalidades na punição aplicada ao indivíduo.

REFERÊNCIAS

ARRABAL, Alejandro Knaesel; ENGELMANN, Wilson; MELO, Milena Petters. Liberdade e anonimato no contexto da cibercultura. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**. v.18, n.2. 2017.

BEDÊ, Américo. **Justiça Criminal na Ótica dos Juízes Brasileiros**. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2023. v. 2.

BITTENCOURT. Claudia. **Drogas: um dos principais problemas de saúde pública no mundo**. 29 de jul. de 2014. Disponível em: <https://www.unasus.gov.br/noticia/drogas-um-dos-principais-problemas-de-saude-publica-no-mundo>. Acesso em: 1 de nov. de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 de set. de 2023.

_____. Decreto Lei nº 54.216, de 27 de Agosto de 1964. **Convenção Única sobre Entorpecentes**. Brasília: Câmara dos Deputados 1964. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 9 de set. de 2023.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006**. 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; define crimes e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 14 abr. 2024.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 547354/DF**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em 06 fev. 2020. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 13 fev. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Bens jurídicos individuais e coletivos: reflexões sobre os critérios de distinção**. Revista Cadernos de Direito Actual, Número XXII. 2023.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsos Bens Jurídicos e Política Criminal de Drogas: Uma Aproximação Crítica**. Conpedi Law Review. v.10, 2016.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ª ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA ANDRADE, Manuel da. **O consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2022.

ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2023. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/>. Acesso em 25 de out. de 2023.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista in un debate sobre el constitucionalismo**. Madrid: Marcial Pons, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª Edição. São Paulo: RT. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Ensayo sobre la cultura italiana del siglo XX**. México D.C: Universidad Autónoma de México, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoria del derecho y de la democracia**, v. 1: teoria del derecho. Madrid: Trotta, 2011.

GIULIANI, Emília Merlini. **A função crítica do bem jurídico supraindividual frente à intervenção penal**. In: Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 6, n. 11, p. 101-120, jul./dez. 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Proibição de Proteção Deficiente**. 16 dez. 2009. Disponível em: http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2009120712405123&mode=print. Acesso em: 10 de out. 2023.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. **Princípio da ofensividade' e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 49, jul.- ago./2004.

GRIMM, Dieter. **A Função Protetiva do Estado**. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. A Constitucionalização do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUIMARÃES. Isaac Sabbá. **A nova orientação político-criminal para o crime do uso de droga**. Brasília: Revista CEJ Ano XI. n. 37, p. 44-47. abr./jun. 2007.

JORIO, Israel Domingos. **O Princípio da Dignidade Humana**. Curitiba: Editora Juruá. 2016.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Bem jurídico-penal e constituição**. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Org.). Direito Penal e Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **O bem jurídico tutelado na lei de lavagem de capitais**. 2007.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo na lei de drogas**. 2009. Disponível em: [https://www.academia.edu/5535681/Paternalismo na Lei de Drogas 2009](https://www.academia.edu/5535681/Paternalismo_na_Lei_de_Drogas_2009) . Acesso em: 03 de maio de 2024.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo Jurídico-Penal**. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, 2010.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Direito penal: lições fundamentais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas: Aspectos Penais e Processuais**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559645602. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645602/>. Acesso em: 15 abr. 2024.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª Edição. Atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2012.

MILL, John Stuart. **On Liberty**. Estados Unidos: Editora Dover Publications. 2002.

NETO, Francisco das Chagas de Vasconcelos; JÚNIOR, Antonio Jorge Pereira. A restrição de direitos fundamentais pelos decretos do executivo e o modelo de estado de direito de ferrajoli: uma análise à luz do garantismo e da adi 6.341. **Revista Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 22, n.3. 2021.

PARIS. Declaração de direitos do homem e do cidadão. **Art. 4º**. Paris: 1789. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 20 out. 2023.

POLÍCIA MILITAR DE SÃO PAULO, 2023. Disponível em: <https://www.policiamilitar.sp.gov.br/>. Acesso em: 01 de nov. 2023.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. In: Oeuvres complètes, tome III. Collection "Pléiade". Paris: Gallimard, 1757.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais**. 3 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 6. 2013.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. Minas Gerais: Editora Fórum. 2016.

SILVA, Ivan Luiz da. **O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal**. Brasília: Revista de Informação Legislativa. 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio SMANIO. **"Princípios da Tutela Penal dos Interesses ou Direitos Difusos"**. In: Revista Justitia (São Paulo), v. 197, pp. 213-236, jul./dez. 2007.

STIPP, Alvaro. **Garantismo**. 2006, p. 2. Disponível em: [:http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page= Garantismo](http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Garantismo). Acesso em: 27 de outubro de 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Brasília: Revista Jurídica Virtual, vol. 2, n. 13, junho/1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht): O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?**. Disponível em: www.mpes.gov.br/.../14_2114957161772008_O%20dever%20de%20proteção%20do%20Estado.doc . Acesso em: 18 de outubro de 2023.

SZAZ, Thomas. **Nuestro Derecho a las Drogas**. Madri: Editora Anagrama.1993.

VALDES, Ernesto Garzon. **Es eticamente justificable el paternalismo juridico?** Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, nº 5, p. 155-173, 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prefácio. *In*: TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria geral do delito**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.