

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

PEDRO OLIVEIRA MADEIRA ABAD

**A (I)LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NO PORTE
DE DROGAS ILÍCITAS PARA CONSUMO PESSOAL DO
ART. 28 SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS PENAIIS
FUNDAMENTAIS**

VITÓRIA
2019

PEDRO OLIVEIRA MADEIRA ABAD

**A (I)LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NO PORTE
DE DROGAS ILÍCITAS PARA CONSUMO PESSOAL DO
ART. 28 SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS PENAIIS
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raphael Boldt de Carvalho.

VITÓRIA

2019

PEDRO OLIVEIRA MADEIRA ABAD

**A (I)LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO PENAL NO PORTE
DE DROGAS ILÍCITAS PARA CONSUMO PESSOAL DO
ART. 28 SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS PENAIIS
FUNDAMENTAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Aprovado em ____ de _____ de 2019.

COMISSÃO EXAMINADORA

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

Prof(a)
Faculdade de Direito de Vitória

RESUMO

O presente estudo tem, como objetivo, a análise da legitimidade, ou, ilegitimidade da aplicação do Direito Penal e, portanto, da intervenção penal, no âmbito da privacidade referente ao porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. Para tanto, foram analisados, em um primeiro momento, três dos princípios penais fundamentais, a saber, os princípios da legalidade, intervenção mínima e lesividade, no intuito de entender suas funções limitadoras e como se relacionam com a questão da proibição do porte da droga para consumo pessoal. Em um segundo momento, foi realizada a análise acerca da natureza jurídica do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 e, depois, foram expostas as principais incoerências presentes nos discursos favoráveis à manutenção da criminalização do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal. Depois, foi trabalhado o tema e a legitimidade do paternalismo estatal, em geral e na modalidade jurídico-penal referente ao tema das drogas, ampliando-se a discussão para tratar sobre a questão da incompatibilidade entre os fundamentos da intervenção paternalista estatal e a natureza censuratória da pena. Por fim, foi realizada uma comparação entre a realidade e as normas jurídicas em suas duas espécies, regras e princípios, pela qual é possível afirmar haver violação aos princípios penais fundamentais na criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e, portanto, ser ilegítima a intervenção penal.

Palavras-chave: Direito Penal; ilegitimidade; porte de drogas ilícitas para consumo pessoal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	05
1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL BRASILEIRO.....	09
1.1 OS PRINCÍPIOS PENAIIS FUNDAMENTAIS E A IMPORTÂNCIA DO LIMITE À PUNIÇÃO ESTATAL.....	11
1.1.1 O princípio da legalidade e sua indispensabilidade para o sistema penal.....	11
1.1.2 Intervenção mínima: o direito penal como a <i>ultima ratio legis</i>	14
1.1.3 O princípio da lesividade e o bem jurídico penalmente tutelável.....	15
2 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: O PERIGO DO RETROCESSO.....	17
2.1 O ART. 28 E A “DESCRIMINALIZAÇÃO” DO USO DE DROGAS ILÍCITAS.....	20
2.2 AS FALHAS NO DISCURSO PROIBICIONISTA.....	27
2.2.1 Saúde Pública: de que forma é afetada?.....	28
2.2.2 A permissão parcial do uso e comércio de drogas.....	32
3 A INTERFERÊNCIA DO ESTADO PAI: UMA ANÁLISE ACERCA DO PATERNALISMO E SUA MODALIDADE JURÍDICO-PENAL.....	38
3.1 O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E A SUA RELAÇÃO COM O PATERNALISMO EM GERAL.....	39
3.1.1 O paternalismo jurídico-penal e a sua inconsistência diante a natureza da sanção penal.....	42
3.2 A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL AO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL.....	45
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, o porte de drogas ilícitas para consumo pessoal é previsto como crime no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, ou Lei de Drogas.

Mas, o que é droga? Não há uma única resposta correta, pois o conceito de droga é extremamente controverso. Para se ter uma ideia, existem, pelo menos, três vertentes que analisam a origem do termo, hoje presente no vocabulário popular e utilizado corriqueiramente.

Assim, sabe-se que o termo *droga* pode ter originado do vocábulo persa *droa*, significando odor aromático; do hebraico *rakab*, significando perfume; ou do holandês antigo *droog*, termo utilizado para se referir à substâncias e folhas secas.¹

No entanto, inobstante as possíveis origens e significados, a Organização Mundial de Saúde (OMS), estabeleceu um conceito geral para droga, qual seja, quaisquer substâncias que, quando auto ingeridas, atuam no sistema nervoso central, provocando alterações de percepção ou função.²

Sendo assim, caso adotado o conceito estabelecido pela OMS, substâncias como o álcool, o tabaco, a cannabis e suas variações, a cocaína, o crack, a cafeína, a aspirina e tantas outras deveriam, por lógica, ser classificadas como drogas. E são.

Justiça seja feita, todas as substâncias exemplificadas acima são tratadas como drogas. A problemática reside na realização continuada de um juízo de valor em relação a determinadas substâncias que, apesar de configurarem drogas por um viés médico, são separadas na sociedade a partir de uma noção maniqueísta da realidade.

¹ RIBEIRO, Maurides de Melo. Política criminal e redução de danos. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas**: Uma Nova Perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 160

² Ibidem, p. 160

Por consequência da equivocada noção da realidade, a separação das drogas impregnou a sociedade: criou-se um tabu; promoveu-se a rotulação dos respectivos usuários das drogas ilícitas, que passaram a ser confundidos com dependentes ou traficantes; limitou-se a existência do uso recreativo às drogas permitidas; corroborou-se com a falsa noção de que o álcool não é droga e permitiu a criação e a manutenção de aberrações jurídicas – como o art. 28 da Lei de Drogas – no mundo material, onde geram efeitos.

Como dito no início, o art. 28 é o responsável por criminalizar a posse e o porte de drogas ilícitas para consumo pessoal e lista, no *caput*, cinco condutas caracterizadoras do delito em comento: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo.

No entanto, a criminalização do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, que autoriza a intervenção estatal por meio do Direito Penal para coibir as condutas previstas no tipo penal analisado, levanta uma série de questões, que serão discutidas no decorrer do trabalho.

Tais questões serão trabalhadas por meio dos métodos dialético e dedutivo. O primeiro, proposto por Platão quando tratou do diálogo, foi aperfeiçoado para a modernidade por Hegel, que propôs entender a realidade como um todo, sem análises individuais e traçando paralelos com fatos anteriores, isto é, “conversando” com as diferentes perspectivas acerca de um mesmo objeto.³

O segundo, proposto pelos filósofos racionalistas, parte do pressuposto de que somente a lógica e a razão podem servir de ferramentas confiáveis para se alcançar uma conclusão. Utilizam, então, do silogismo, adotando uma premissa maior inquestionável e geral e, após analisar casos particulares, concluem sobre a sua adequação à primeira.⁴

³ GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13 Disponível em: <<https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/gil-a-c-mc3a9todos-e-tc3a9cnicas-de-pesquisa-social.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2019.

⁴ Ibidem, p. 9

No caso em estudo, parte-se da premissa de que o Direito Penal é o mais violento ramo do ordenamento jurídico brasileiro e, por isso, deve ter sua aplicação legítima limitada, por meio dos princípios penais fundamentais; pela vedação à analogia do Direito Penal no intuito de prejudicar os cidadãos e pela interpretação conforme à Constituição Federal.

No entanto, críticas serão traçadas ao apego excessivo à letra da Lei quando comparada à realidade, pois esta é regulada por aquela que, por isso, deve-se manter atualizada acerca das modificações no corpo social.

Objetiva-se, também, a quebra de paradigmas relacionados ao uso de drogas, entranhados na sociedade como um tumor maligno, que resulta em maior segregação social, maior ignorância e maiores preconceitos.

Dito isto, o primeiro capítulo é destinado ao breve esclarecimento e à recordação de alguns conceitos referentes ao Direito Penal Material e à Parte Geral do Código Penal e, por isso, possui forte carga introdutória.

Não obstante a natureza introdutória, os temas a serem trabalhados, quais sejam: três dos princípios penais fundamentais – responsáveis pela limitação à atuação penal e instituídos pelo próprio Estado – são de extrema importância para alcançar, ao final, uma resposta coerente.

No segundo capítulo, o tema das drogas passa a ser o foco da discussão. Para isso, analisaremos a atual política nacional de drogas e a possibilidade de haver retrocesso a partir das mudanças a serem implementadas com o início do novo governo; estudaremos o art. 28 da Lei nº 11.343/06 no intuito de sanar algumas dúvidas e equívocos comuns, frutos das diferentes interpretações sobre o tipo penal e apontaremos as muitas falhas observáveis nos discursos antidrogas, amplamente difundidos na sociedade pelos próprios cidadãos e pelo Estado, em uma incessante tentativa de legitimar, a todo custo, uma lógica falha e contraditória em si mesma.

Por sua vez, o terceiro capítulo é o palco da discussão acerca do paternalismo estatal, em geral e em sua modalidade jurídico-penal.

Tal discussão é focada na análise de seu cabimento perante as regras e princípios do Direito Penal abordados no primeiro capítulo; da lógica por trás de sua existência e, por fim, acerca da legitimidade frente às autolesões provocadas pelo consumo pessoal de substâncias psicotrópicas.

Ao final, todas as informações trabalhadas ao decorrer do texto serão analisadas em conjunto para poder responder à pergunta principal, isto é, o problema de pesquisa: **É legítima a atuação estatal, por meio do Direito Penal, prevista no art. 28 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006?**

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Juarez Cirino dos Santos, ao iniciar a sua obra, intitulada “Direito Penal: Parte Geral”, conceitua o Direito Penal como o setor do ordenamento jurídico brasileiro responsável pela definição dos crimes, mediante a descrição das condutas proibidas e pela cominação das penas e previsão das medidas de segurança, mediante a “[...] delimitação de escalas punitivas ou assecuratórias aplicáveis, respectivamente, aos autores imputáveis e inimputáveis de fatos puníveis”.⁵

De forma semelhante, Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli explicam que, enquanto legislação penal, o Direito Penal pode ser definido como

[...] o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama ‘delito’, e aspira que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor.⁶

Luiz Regis Prado, por sua vez, explica que o Direito Penal pode ser entendido por dois vieses: como a parcela do ordenamento jurídico público responsável por conceituar as ações ou omissões delitivas (leia-se, crime) e por aplicar sanções penais correspondentes ao ato delitivo praticado (conceito formal), e, como o conjunto de comportamentos altamente reprováveis ou danosos ao convívio social pacífico, em razão das graves consequências que produz aos bens jurídicos (conceito material).⁷

Percebe-se, ante o exposto, que, inobstante anos diferentes de publicação, ou diferentes autores, o conceito do Direito Penal, em geral, permanece o mesmo.

Não há muitas modificações, somente novas maneiras de se expor a mesma ideia: uma parcela do ordenamento jurídico brasileiro, responsável pela criação dos tipos

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 3

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 84-85

⁷ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume I - Parte Geral**. 16. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 38

penais e pela aplicação de uma resposta estatal coercitiva minimamente grave, suficiente para, de maneira proporcional, retribuir o mal injusto causado pelo agente à sociedade e desestimular a prática contínua de crimes.

Possível visualizar, também, que uma característica mostra-se sempre presente, independentemente da obra escolhida: a violência.

Não há dúvidas ou divergências doutrinárias. O Direito Penal é, essencialmente, uma forma de violência. Ainda que considerada justa e indispensável à proteção dos bens jurídicos, ameaçados pela violência injusta, o Direito Penal deve ser encarado como um mal necessário.

Ao prever as penas privativas de liberdade, o Direito Penal demonstra o poder do Estado, que pode restringir, legitimamente e justificadamente, a liberdade dos membros da sociedade, direito fundamental previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

Trata-se, assim, da forma mais violenta de que dispõe o Estado para a solução de conflitos; “[...] uma espada de duplo fio, porque é lesão de bens jurídicos para a proteção de bens jurídicos [...]”⁸

Diante o exposto, perceptível a importância de um controle rígido para a aplicação do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, orientadas pelo texto constitucional e materializado, ao menos teoricamente, por meio dos princípios penais fundamentais.⁹

⁸ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 31

⁹ JÓRIO, Israel Domingos. **Crimes Sexuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 25

1.1 OS PRINCÍPIOS PENAIS FUNDAMENTAIS E A IMPORTÂNCIA DO LIMITE AO PODER PUNITIVO ESTATAL

Os princípios penais fundamentais são, em sua essência, princípios constitucionais, explícitos ou implícitos e verificáveis a partir da interpretação dos valores previstos pela própria Constituição Federal, também chamada de Lei Maior e, portanto, hierarquicamente superior a todas as demais Leis.¹⁰

Entende-se, assim, que o Direito Penal, apesar de representar a violência estatal, deve ser encarado como um capítulo da Constituição. Por isso, o poder punitivo estatal deve ser controlado para que se adeque aos objetivos e garantias expostos na Carta Magna, no intuito de evitar abusos e arbitrariedades por parte do Estado.¹¹

Sabe-se, porém, que muitos são os princípios limitadores do *ius puniendi* do Estado, derivados do princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, em relação, exclusivamente, à criminalização do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, destacam-se e, portanto devem ser trabalhados individualmente, os princípios da legalidade; da intervenção mínima e da lesividade.

1.1.1 O princípio da legalidade e sua indispensabilidade para o sistema penal

Positivado no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e no art. 1º, *caput*, do Código Penal, o princípio da legalidade é, sem dúvidas, o mais importante dentre todos os princípios penais.

Sua importância pode ser verificada a partir da leitura dos artigos mencionados acima, pois estes preveem que nenhuma conduta será considerada criminosa e que à nenhuma pessoa será aplicada sanção penal, sem antes haver previsão em Lei

¹⁰ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 73-74

¹¹ *Ibidem*, p. 74

acerca da conduta e sanção, como crime e como consequência da prática de um crime, respectivamente.¹²

Como ensina Israel Jório, historicamente, o princípio da legalidade mostrava-se presente, em sua primeira fase de desenvolvimento, no texto da *Magna Charta Libertatum*, outorgada pelo Rei João Sem Terra em 1215. Porém, é a partir da construção moderna do princípio, atribuída à Anselm Von Feuerbach no século XIX – *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* – que a noção da importância do limite ao poder Estatal expandiu, e passou a ser prevista em inúmeros textos constitucionais.¹³

Porém, não obstante o caráter formal do princípio da legalidade, antes visto como a solução máxima frente aos abusos de autoridade percebidos no Absolutismo, a fórmula concebida por Feuerbach mostrou-se insuficiente para limitar, de fato, a arbitrariedade estatal. Assim, tornou-se necessária a expansão do caráter formal e a elaboração de um caráter material para o princípio, hoje previstas no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁴

A principal expansão ao caráter formal a ser abordada refere-se à imprescindibilidade de uma tipificação da conduta pela Lei em sentido estrito, isto é, “[...] mandamentos de índole abstrata, generalizada e impessoal, cuja elaboração [...] é vinculada a trâmites e procedimentos previamente estabelecidos como condições de validade”.¹⁵

Ainda, referente ao âmbito criminal, sabe-se que a Lei em sentido estrito, deve ser elaborada pelo Poder Legislativo no âmbito da União, em cumprimento à norma positivada no art. 22, I, da Constituição Federal, que prevê a competência exclusiva da União para legislar sobre matéria penal e veda, ao mesmo tempo, a usurpação

¹² BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Volume I – Parte Geral. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53

¹³ JÓRIO, Israel Domingos. **Latrocínio**: A desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 17-18

¹⁴ Ibidem, p. 18

¹⁵ Ibidem, p. 22

de competência pelo Poder Executivo por meio de Medidas Provisórias, por exemplo.¹⁶

Além da expansão abordada anteriormente, identificada pela fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, outras apareceram no intuito de exercer maior segurança jurídica à prática penal exercida, majoritariamente, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário.

Entre elas, encontram-se as necessidades da lei penal ser escrita e publicada oficialmente; ser prévia à prática da conduta que deseja punir, por meio de sanção penal também previamente delimitada em abstrato, o que impede a retroatividade da lei penal menos benéfica, e, por fim, ser certa, ou seja, clara em relação ao comportamento que deseja vedar para, assim, oferecer segurança aos cidadãos, igualados pela submissão às leis, sobre os atos que podem praticar.¹⁷

Em relação ao caráter material do princípio da legalidade, este é justificado em razão da perigosa lacuna originada pelo caráter formal do princípio em comento, qual seja, a possibilidade da interferência penal injusta e violadora dos direitos humanos e do texto constitucional, desde que devidamente formalizada conforme o processo legislativo.¹⁸

Desta feita, mostrou-se indispensável um controle relativo ao conteúdo da norma, de forma a limitar o alcance da violência estatal, impedindo que a mesma fosse aplicada subjetivamente e em qualquer situação, ligada ao juízo de valor de cada membro do Poder Legislativo frente às escolhas pessoais dos cidadãos e inócuas a terceiros.

À título de exemplo, tem-se o porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, prática pessoal inócua a bens jurídicos alheios, mas ainda assim criminalizado sem base

¹⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Volume 1: Parte Geral. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 152

¹⁷ JÓRIO, Israel Domingos. **Latrocínio**: A desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 29-33

¹⁸ Ibidem, p. 42-43

lógico-científica ou jurídica pois, mesmo na hipótese de demandar alguma espécie de controle estatal, este não poderia ser realizado mediante a intervenção penal.

1.1.2 Intervenção mínima: o direito penal como a *ultima ratio legis*

Derivado do princípio da legalidade, o princípio da intervenção mínima parte, novamente, da noção da intervenção penal como violência necessária e é intrínseco à discussão acerca da finalidade e necessidade da utilização do Direito Penal.¹⁹

Finalidade, esta, que consiste, exclusivamente, na proteção necessária dos bens jurídicos fundamentais da comunidade, sem os quais o desenvolvimento social básico e do indivíduo como pessoa é impossível de ser alcançado e, portanto, de extrema importância.²⁰

Sabe-se, ainda, que entender o grau de importância dos bens jurídicos protegidos – imprescindíveis ao bom e, ao menos básico, desenvolvimento humano e social – é essencial para poder enxergar o Direito Penal como a última linha de defesa; o último recurso; a *ultima ratio legis*.

Por se tratar de violência, o Direito Penal somente poderá ser utilizado de maneira legítima quando todas as outras formas de tutela estatal, estranhas à intervenção penal, se esgotarem e mostrarem-se insuficientes. Caso contrário, haverá contradição a um dos fundamentos para a intervenção penal, qual seja, a proteção dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento social, na medida em que haverá perturbação da paz jurídica por meio da “[...] presença de um exército de pessoas com antecedentes penais numa medida superior à que pode ser fundamentada pela cominação legal”.²¹

Diante o exposto, percebe-se que o princípio da intervenção mínima limita a aplicação do Direito Penal à proteção dos bens jurídicos mais importantes, também

¹⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 135

²⁰ Ibidem, p. 139

²¹ Ibidem, p. 145

conhecidos como bens jurídicos penalmente tuteláveis, tema que será trabalhado a seguir, a partir da análise do princípio da lesividade.

1.1.3 O princípio da lesividade e o bem jurídico penalmente tutelável

Originado a partir do caráter material do princípio da legalidade, o princípio da lesividade não encontra-se previsto, expressamente, no texto constitucional. Não significa dizer, no entanto, que os fundamentos para o seu desenvolvimento não estejam.

Derivado da previsão constitucional à proteção da liberdade no art. 5º, *caput*, o princípio da lesividade penal é condição material, isto é, referente ao conteúdo, indispensável para a tipificação de qualquer conduta como crime e, portanto, apta a ter sua prática frustrada pelo Estado, mediante interferência penal.²²

Interferência, esta, que, por uma visão garantista do Direito Penal, tem sua legitimidade vinculada à lesões ou ameaças a bem jurídicos penalmente tuteláveis, isto é, aqueles que não podem ser protegidos por outras áreas do ordenamento jurídico brasileiro e que devem, necessariamente, ser alheios ao agente da conduta.²³

Historicamente, tal necessidade adveio do desenvolvimento da doutrina liberal, quando esta pregou a radical separação entre o Direito e a Moral e, posteriormente, a partir da elaboração do princípio do dano (*harm principle*), por John Stuart Mill, quando foi entendido ser inaceitável a intervenção penal, por meio do legislador, “[...] sobre ações moralmente desviadas, quando elas forem inócuas à liberdade alheia”.²⁴

²² RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O Fundamento Constitucional do Princípio da Lesividade no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 139, jan./ 2018, p. 82-98

²³ *Ibidem*, p. 73

²⁴ *Ibidem*, p. 75-76

Percebe-se, no entanto, uma questão interessante no modo escolhido por RABELO e por VIANNA para estruturar a frase no parágrafo anterior. Quando utilizam o termo “ações moralmente desviadas”, parecem partir do pressuposto de que é possível, para o Estado e para os demais cidadãos, definir a intimidade alheia como moral ou imoral, com base em seus próprios princípios e visões de vida.

Interessante, inclusive, pelo fato de, posteriormente em seu próprio texto, afirmarem:

No marco de uma teoria político-liberal, o Estado deve ser moralmente neutro como forma de respeitar a capacidade inerente a cada pessoa de decidir sobre suas próprias concepções de vida boa e sobre seu próprio estilo de vida.²⁵

No mesmo sentido, isto é, de que hábitos internos e inócuos à terceiros não podem configurar bens jurídicos penalmente tuteláveis, Nilo Batista explica, em sua obra “Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro”, que o princípio da lesividade possui quatro funções, quais sejam²⁶:

Proibir a incriminação de uma atitude interna, como ideias e cogitações; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, como as autolesões e o porte de drogas para consumo pessoal; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, pois o Direito Penal deve ser destinado aos fatos e não aos autores e, por fim, proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Porém, não obstante todas as limitações demandadas pelos princípios penais fundamentais, percebe-se que estas não são suficientes, pois sempre haverá uma dependência ao interesse do Poder Legislativo que, por meio de critérios políticos e

²⁵ RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O Fundamento Constitucional do Princípio da Lesividade no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 139, jan./ 2018, p. 99

²⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 91-94. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3076218/mod_resource/content/1/BATISTA%2C%20Nilo.%20Introdu%20%C3%A7%C3%A3o%20cr%C3%ADtica%20ao%20direito%20penal%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

pessoais, que variam de acordo com o momento histórico por qual passa o país, escolherá o que deve, ou não, ser objeto de interesse do Direito Penal.²⁷

O crime de porte de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006 é um dos maiores exemplos.

2 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: O PERIGO DO RETROCESSO

Em evento ocorrido em 11 de abril de 2019, uma quinta-feira, o Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, anunciou, entre outras polêmicas, as mudanças a serem realizadas no que se refere à Política Nacional de Drogas.

Apesar de poucas informações disponíveis, sabe-se que a principal modificação se dará pelo completo engavetamento de uma política voltada à redução de danos, comum no continente europeu, e pelo foco em uma estratégia que visa, de imediato, a abstinência.²⁸

É possível, também, traçar um forte paralelo entre a política de drogas a ser implantada no futuro e o modelo repressivo estadunidense. Mesmo relativizado em alguns estados americanos, o modelo repressivo ainda é forte e os Estados Unidos a sua principal figura de propaganda, apesar do grande número de países signatários da Convenção de Viena sobre drogas de 1988 e, portanto, adotantes do modelo.

²⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Volume 1: Parte Geral. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018, p. 97

²⁸ FORMENTI, Lígia; PIRES, Breno. **Política de drogas de Bolsonaro adotará abstinência como regra no País**: Gestão do presidente alterou de forma expressiva lógica aplicada a tratamentos de dependentes, que priorizava a redução de danos. 11 de abril de 2019. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,politica-de-drogas-de-bolsonaro-adotara-abstinencia-como-regra-no-pais,70002788539>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

Ainda assim, parece haver alta dosagem de contradição em uma estratégia que visa adotar um modelo calcado em falhas, como as vivenciadas pelo governo norte-americano.

Também conhecida como a primeira fase de uma única guerra às drogas, a Lei Seca (1920 – 1933), que proibia a fabricação, o transporte e a venda de bebidas alcoólicas para o consumo, foi a principal responsável pelo aumento dos índices criminais e pela proliferação das máfias, a principal delas liderada por Al Capone.²⁹

Sabe-se, ainda, que após o término de vigência da Lei Seca, os índices de criminalidade retornaram aos patamares de normalidade e permaneceram estáveis até a década de 1970, época em que eclodiu, com o governo de Richard Nixon, a segunda e mais famosa fase da guerra às drogas – *war on drugs*.³⁰

Em relação à Política Nacional de Drogas atual, Luís Carlos Valois vai além, ao afirmar que o Brasil não está, simplesmente, seguindo os passos dos Estados Unidos. Não há uma americanização em curso. Esta já se consolidou e está entranhada na sociedade a ponto de ser imperceptível.³¹

Assim, se os Estados Unidos adotam uma política repressiva, o caminho natural ao Brasil, caso o *status quo* seja mantido, é adotar a mesma, independentemente da ausência de sentido.

A ausência de sentido de um modelo repressivo pode ser analisada, ainda, por um ponto de vista histórico: o uso de substâncias psicotrópicas pela espécie humana é ancestral e nunca deixará de existir, pois a alteração da consciência e a fuga da realidade são atividades inerentes ao ser humano.³²

²⁹ VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 107-108.

³⁰ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Qual a sua droga?: Maconha, hipocrisia ou isonomia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, v. 141, mar. 2018, p. 222-223

³¹ VALOIS, Luís Carlos op.cit., p. 334, nota 28

³² MARONNA, Cristiano Ávila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas: Uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 45-46

Sim, a fuga da realidade pode se dar de diferentes maneiras, mas deve-se respeitar o modelo escolhido por cada indivíduo e o próprio Estado reconhece essa necessidade, haja vista a não proibição do uso de álcool e tabaco para maiores de idade, por exemplo.

Clécio Lemos, ao citar Sigmund Freud, explica que o pai da psicanálise enxergava o mal-estar como algo inerente à sociedade, havendo três possíveis explicações para tanto: a grandiosidade da natureza perante a insignificância do homem; a fragilidade do corpo humano e a ausência de normas instituídas capazes de regular os vínculos humanos.³³

Desta feita, três caminhos poderiam ser tomados pelo homem que, em razão de uma das três possibilidades, estivesse angustiado. Seriam eles: poderosas diversões por meio da prática de *hobbies* prazerosos; gratificações substitutivas, isto é, o prazer momentâneo substituindo a realidade por fantasia e, por fim, o uso de substâncias inebriantes prazerosas.³⁴

Não por acaso, percebe-se a repetição de termos relacionados ao prazer. O ser humano é movido pelo prazer e, independentemente da natureza em que este se apresenta, não há justificativa plausível que legitime uma atuação estatal penal a fim de impedir o alcance de um objetivo, quando este não causar prejuízos aos direitos de terceiros.

Não cabe ao Estado a realização de juízos de valor baseados apenas em preceitos morais, algo que parece fazer ao proibir, dentre outras condutas, o porte de drogas ilícitas no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

³³ LEMOS, Clécio. Internações Forçadas: Entre o cachimbo e a grade. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas: Uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 13-14

³⁴ *Ibidem*, p. 14

2.1 O ART. 28 E A “DESCRIMINALIZAÇÃO” DO USO DE DROGAS ILÍCITAS

Disposto no capítulo III da Lei nº 11.343/2006³⁵, denominado “DOS CRIMES E DAS PENAS”, prevê o art. 28:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I – advertência sobre os efeitos da droga;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Com o texto legal exposto acima, o Estado, por meio dos Poderes Legislativo e Executivo, continua a delimitar as substâncias psicotrópicas passíveis de uso por maiores de idade plenamente conscientes de seus atos e legitima a aplicação de sanções penais pelo Poder Judiciário.

As sanções penais serão aplicadas pelo Poder Judiciário diante a consumação do crime, que se dará por meio da prática de quaisquer das condutas, individualmente ou em conjunto, listadas no *caput*.

Assim, mostra-se coerente uma breve análise das condutas e das características essenciais à prática do crime:

Ensina Luiz Flávio Gomes que o agente terá adquirido a droga a partir de sua compra, quando passar a ser o proprietário daquele produto, independentemente do modo em que se deu a aquisição.³⁶

³⁵ BRASIL. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

³⁶ GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158

O verbo “guardar”, por outro lado, presume um comportamento mais cauteloso por parte do agente, que deverá esconder a droga do público.³⁷

“Ter em depósito”, por sua vez, é o oposto. Significa dizer que o agente possui a droga disponível e sob imediato alcance, independentemente de conhecimento ou não por parte dos demais cidadãos.³⁸

Transportar, como se espera, significa deslocar o objeto entre dois locais e, por fim, “trazer consigo” significa portar em qualquer local, de forma que o objeto mostre-se disponível ao acesso e ao uso.³⁹

Outros dois pontos de extrema importância: o caráter permanente dos núcleos “guardar”, “ter em depósito” e “trazer consigo” e a exigibilidade de dolo específico pelo autor da conduta delitiva. Um especial fim de agir, em outras palavras.⁴⁰

Dizer que um núcleo do tipo penal possui caráter permanente significa dizer que, em regra, a prática das condutas se estendem no tempo conforme a vontade do autor, isto é, consumando-se eternamente.⁴¹ Isso permite a intervenção policial e a prisão em flagrante a qualquer tempo, salvo nos casos de condutas previstas no art. 28 da Lei de Drogas, conforme art. 48, §2º, da Lei nº 11.343/06, *in verbis*:

Art.48.

[...]

§2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.⁴²

³⁷ GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158

³⁸ *Ibidem*, p. 158

³⁹ *Ibidem*, p. 158

⁴⁰ *Ibidem*, p. 158

⁴¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: Parte Geral. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 87

⁴² BRASIL. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

Em relação ao dolo específico, ou especial fim de agir, sabe-se que este é imprescindível para a prática do crime, pois o legislador, após listar as cinco condutas, afirma, expressamente, que estas devem ser praticadas a fim de se alcançar um único e exclusivo objetivo: consumir a droga ilícita.

Assim, entende-se que o especial fim de agir caracteriza-se pela ciência do autor acerca dos elementos constitutivos do crime – conduta típica, ilicitude e culpabilidade – e, portanto da natureza de crime da sua conduta, bem como um desejo de praticar tais condutas para se alcançar determinado fim, elementar do tipo penal.⁴³

Dessa forma, a prática de quaisquer condutas previstas no *caput* do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, quando praticadas com qualquer outra intenção que não o consumo pessoal, não se amolda ao texto legal em questão e, por isso, deverá ser punido de acordo com o artigo aplicável à sua conduta.

Ainda, é de extrema importância não incorrer em erro comum: acreditar que o uso das drogas ilícitas caracteriza o crime em comento. Não caracteriza. O *caput* do art. 28 elenca condutas voltadas ao uso posterior, mesmo que imediato, da droga ilícita. Não há previsão legal para o uso.⁴⁴

Logo, pode-se afirmar que, ao aplicar sanções penais diante o uso de drogas ilícitas, restará configurada analogia *in malam partem*, em desfavor do réu e inadmissível pelo princípio da legalidade penal.

Há de se destacar também, pelo menos a princípio, a finalidade “oficial” do legislador, mesmo que esta seja criticada posteriormente por sua completa falta de lógica: da ausência de previsão de penas privativas de liberdade para o crime, depreende-se que a razão de ser da Lei nº 11.343/2006 está no desestímulo ao uso de drogas ilícitas, não em sua punição.

⁴³ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral. Volume Único.** 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014, p. 180-181

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 181-182

Isso porque, por mais “nobre” que a intenção do legislador, ao impedir a aplicação de penas privativas de liberdade para as condutas previstas no *caput* do art. 28, possa ter sido, não há justificativa lógica para manter a sua criminalização.

Maria Lúcia Karam é ainda mais incisiva. Para a autora, o advento da Lei nº 11.343/06 não proporcionou nenhuma modificação significativa para a política criminal de drogas, pois enquanto houver a criminalização da posse de drogas ilícitas e demais condutas, a inaplicabilidade de penas privativas de liberdade não será suficiente.⁴⁵

Sim, o termo “criminalização” é o correto. Outro grande, e ao mesmo tempo, comum equívoco, é acreditar que o porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, junto das condutas restantes, não caracteriza crime.

Não por acaso, ou por descuido, o termo “descriminalização” no título foi posto entre aspas. O primeiro motivo já foi analisado: o uso da droga, em si, não constitui crime. É fato atípico e, portanto, não há necessidade de descriminalizá-lo.

O segundo motivo, por outro lado, é mais complexo, a ponto de gerar grande controvérsia doutrinária acerca da natureza jurídica das condutas do art. 28. e pressupõe uma diferenciação entre os institutos da descriminalização e despenalização.

A descriminalização é relativamente mais simples de ser compreendida. Apesar de poder ser alcançada de diversas maneiras – especialmente no que tange ao tema das drogas – a descriminalização é entendida como a total impossibilidade de se punir a prática de determinada conduta por meio de sanções de natureza criminal.⁴⁶

⁴⁵ KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, jan./fev. 2007, p. 132

⁴⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre as políticas de drogas. **Drogas: Uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 240

Despenalizar, por sua vez, nas lições de Renato Brasileiro de Lima:

[...] significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, pelo menos, sua redução.⁴⁷

Ao analisar o entendimento anterior, percebe-se que o que ocorreu com o advento da Lei nº 11.343/2006 se amolda, exatamente, ao conceito de despenalização enquanto inaplicabilidade de penas privativas de liberdade em relação à posse de drogas ilícitas para consumo pessoal.

Inobstante outra linha de pensamento, qual seja, a defendida por Luiz Flávio Gomes, segundo a qual teria ocorrido descriminalização formal e a transformação das condutas do art. 28 em infrações penais *sui generis* em razão da redação legal do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu pela despenalização.⁴⁸

QUEST. ORD. EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO 430.105-9 RIO DE JANEIRO

[...]

EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica de crime.

1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

[...]

6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Volume Único. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 968-969

⁴⁸ Ibidem, p. 968-969

[...]

Brasília, 13 de fevereiro de 2007

SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR⁴⁹

Diante o exposto, impossível concordar com a linha de pensamento defendida por Luiz Flávio Gomes, tanto no que se refere à impossibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade, quanto em relação ao conceito de crime do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal.

O crime, nas lições de Guilherme de Souza Nucci, é uma ficção jurídica, pois a existência ou a extinção de um tipo penal está vinculada à vontade do legislador, a exemplo da criminalização do assédio sexual e da descriminalização do adultério.⁵⁰

Se assim o é com a noção de crime, a mesma lógica deveria ser aplicada às noções das penas. A própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVI, expõe um rol alternativo de espécies de pena que podem ser escolhidas pelo legislador para serem aplicáveis aos tipos penais⁵¹:

Art. 5º

[...]

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

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

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Quest. Ord. em Recurso Extraordinário nº 430.105-9. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 16 maio 2019.

⁵⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**: Vol. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 341

⁵¹ Ibidem, p. 341

e) suspensão ou interdição de direitos (**g.n.**)⁵²

O caráter da pena deve ser trabalhado consoante o modo em que foi aplicada; das circunstâncias processuais que resultaram em sua aplicação. Se aplicadas pelo magistrado com competência criminal em transação penal, não possuirão caráter penal clássico. Por outro lado, caso advierem de sentença penal condenatória, o caráter penal clássico estará presente.⁵³

O caráter penal clássico das penas privativas de liberdade, por sua vez, possibilitam a existência de reincidência, possível na Lei nº 11.343/2006. No entanto, para que esta possa existir, imprescindível o cometimento de crime, após condenação penal transitada em julgado pela prática de outro crime, ou cometimento de contravenção penal após trânsito em julgado de condenação por crime ou contravenção anterior.⁵⁴

Sobre o conceito de crime do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, tem-se que este é a infração penal a qual são passíveis de serem cominadas as penas privativas de liberdade nas modalidades reclusão e detenção, de forma alternativa, isolada ou cumulada com a pena de multa.⁵⁵

O problema, porém, de sustentar a existência de uma infração penal *sui generis* com base no dispositivo mencionado acima reside na paralisação do Direito Penal no tempo, mais especificamente em dezembro de 1941, bem como na incapacidade de adequação do Código Penal às mudanças sociais de maneiras minimamente eficientes.

Há muito, o conceito de crime adotado pelo ordenamento jurídico foi expandido ou, se não, ao menos estudado de maneira mais exauriente. A redação do art. 1º da Lei

⁵² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2019

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**: Vol. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 345

⁵⁴ Ibidem, p. 345

⁵⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 18 maio 2019.

de Introdução ao Direito Penal, por consequência dos estudos e da adoção do conceito tripartido de crime, tornou-se insuficiente para uma aplicação mais justa e coerente do Direito Penal.

Luciano Anderson de Souza expõe sobre o tema de maneira eficiente:

Referida interpretação, entretanto, meramente tecnicista, não se revela adequada. Se por um lado é inegável que a resposta sancionatória fixada não encontra amparo na definição legal de infração penal, por outro, insculpindo o tipo dentro do capítulo dos crimes e das penas, a lei delimitou um tratamento repressivo criminal, apenas com resposta mais branda.⁵⁶

Em resumo: pelos argumentos expostos acima, não é possível considerar ter havido descriminalização do porte de drogas ilícitas e demais condutas para consumo pessoal, somente uma espécie de despenalização.

2.2 AS FALHAS NO DISCURSO PROIBICIONISTA

Discordar de um posicionamento minoritário não equivale, necessariamente, ao apoio e à concordância integrais ao posicionamento majoritário e, no estudo em tela, discordar da suposta atual descriminalização formal do porte de drogas para consumo pessoal não significa dizer que uma mudança ainda mais expressiva, qual a seja, a descriminalização substancial deva ocorrer.

O julgamento da constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário 635.659, tem data marcada para o dia 5 de junho de 2019 mas, por hora, o artigo de lei em questão ainda prevê crime e usa como base uma justificativa completamente falha, a ser discutida a seguir.

⁵⁶ SOUZA, Luciano Anderson de. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo:: uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 88, jan./fev. 2011, p. 174

2.2.1 Saúde Pública: de que forma é afetada?

Os defensores da criminalização do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal e do art. 28 em geral utilizam-se, basicamente, um único argumento para fundamentar os seus posicionamentos: a saúde pública como bem jurídico penalmente tutelável.

O primeiro problema a ser visualizado está na inexistência de uma definição concreta de “saúde pública” e que seja capaz de demonstrar a necessidade de proteção pelo Direito Penal ao mesmo tempo em que a legitima.

A nebulosidade que envolve o conceito de “saúde pública” reside, então, na incapacidade de se enxergar uma concretude para o termo, “[...] pois o ‘público’ não possui um corpo real, não sendo possível que a *saúde pública*, no sentido estrito da palavra, exista [...]”.⁵⁷

Saúde Pública, assim, só poderia ser conceituada como a soma da saúde de todos os membros de determinada sociedade, conjunto, este, que em sua totalidade é inatingível pelo simples porte de droga ilícita destinado ao consumo de um determinado indivíduo.⁵⁸

Impossível, no entanto, afirmar que o uso contínuo e descuidado de substâncias psicotrópicas, de qualquer espécie, não gera consequências para o usuário e seu organismo e até mesmo nas suas capacidades de manter e construir novas relações saudáveis de amizade ou amorosas.

A questão, porém, reside na individualidade da saúde afetada; do organismo prejudicado. Não se trata de saúde pública, mas sim de saúde e relações particulares. Trata-se de autolesão e dissoluções de laços afetivos que, enquanto não afetarem bem jurídico alheio, permanecem impuníveis pelo Direito Penal, direta ou indiretamente.

⁵⁷ ROSA, Gérson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal: paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 923, set. 2012, p. 344

⁵⁸ *Ibidem*, p. 345

Assim, impõe aos defensores da criminalização a utilização de um Direito Penal simbólico e viciado que, com o intuito de alcançar o clamor social de parte da população, este também viciado, pois submerso em meia-verdades e equívocos, traem os princípios limitadores do próprio sistema.

O maior exemplo está na incessável tentativa de vilanizar e estereotipar os usuários das drogas classificadas pelo Estado como ilícitas em duas classes: viciado ou traficante, negando, assim, o uso recreativo das drogas ilícitas⁵⁹.

Nas palavras de Maria Lúcia Karam:

[...] o proibicionismo voltado contra as drogas qualificadas de ilícitas – como acontece também em outras posturas proibicionistas – impõe um discurso único que, permanecendo inquestionado, censura, desinforma e deseduca, ocultando fatos, demonizando substâncias e pessoas que com elas se relacionam e moldando opiniões conformistas e imobilizadoras.⁶⁰

Novamente, a periculosidade do uso excessivo de drogas é inquestionável. Apesar da tentativa de equivaler as definições de usuário e dependente ser equivocada, o uso constante de substâncias psicotrópicas aumenta, em diferentes níveis, a depender do entorpecente escolhido e do contexto social em que determinada pessoa está inserida, as chances de se desenvolver uma adição.

Por isso, é possível afirmar que o problema não reside no consumo das drogas em si, mas sim no possível vício que pode ser desenvolvido.

A dependência química é condição relacionada à saúde enquanto conceito médico e, por isso, deve ser tratada por profissionais da área médica, não pela área jurídico-penal por meio da criação de um bem jurídico sem definição concreta.

Afirmar que o consumo de drogas pode se tornar problema de saúde em razão de possível dependência química significa, também, dizer que não existe justificativa para se cogitar em intervenção policial.

⁵⁹ SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Qual a sua droga?: Maconha, hipocrisia ou isonomia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, v. 141, mar. 2018, p. 226

⁶⁰ KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, jan./fev. 2007, p. 130

A Polícia, enquanto corporação destinada à preservação da Ordem Pública, deve estabelecer o desmantelamento das organizações criminosas e do tráfico armado como seu objetivo primário, não em coibir o usuário e prender os pequenos traficantes. Ao prender traficantes menores, o Estado realiza o oposto, pois colabora com o aumento da força e do poder do Comando Vermelho e do Primeiro Comando da Capital espalhados em muitas unidades por todo território brasileiro.⁶¹

Luiz Flávio Gomes, por outro lado, oferece uma solução parcial, porém coerente: a Polícia deve voltar a sua atenção ao tráfico dirigido aos menores e incapazes. Enquanto o pequeno tráfico ocorrer entre adultos capazes, com plena consciência de seus atos e enquanto não houver dano a bens jurídicos alheios, não há necessidade de intervenção repressiva por parte do Estado na autonomia alheia.⁶²

Evidente, no entanto, que deve haver atividade estatal direcionada ao controle e ao desestímulo do uso e tráfico de drogas, e a melhor maneira de se alcançar estes resultados está na legalização e controle de qualidade por parte do Estado, o oposto do que é praticado.

A inexistência de regularização estatal, consequência direta da proibição do consumo indireto e comércio de drogas ilícitas é, em sua integridade, contraditória ao discurso de proteção à saúde pública.⁶³

A razão de ser da afirmativa anterior é visualizável a partir da análise da ineficácia dos resultados da política criminal de drogas. A proibição da posse de drogas ilícitas para consumo pessoal não é empecilho ao consumo em si, pois aqueles que desejam alcançar o prazer por meio dos psicotrópicos, assim o fazem por meio do mercado clandestino.⁶⁴

⁶¹ REGHELIN, Elisângela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, jan./fev. 2007, p. 74

⁶² GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Lei de Drogas Comentada**: artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 125

⁶³ REGHELIN, Elisângela Melo, op.cit. p. 63-69, nota 60

⁶⁴ Ibidem, p. 63-69

Não há sociedade sem consumo e, conforme já abordado anteriormente, ilusória é a percepção de que possa haver sociedade sem consumo de drogas. A indisponibilidade do produto desejado de maneira legal e controlada só corrobora com o crescimento do mercado ilegal, assim como ocorreu em Chicago na década de 1920.⁶⁵

A clandestinidade é o palco ideal para encontrar adulterações e impurezas nos produtos comercializados, o que pode gerar condições de saúde ainda mais graves do que as esperadas na hipótese de haver um controle de qualidade.⁶⁶

Ainda, pode-se afirmar que a ilicitude indireta do consumo e a ignorância acerca da dependência química e seu caráter de doença, prejudicam a busca por tratamento quando este é necessário, em razão do medo da repressão estatal e social ou vergonha da própria condição.⁶⁷

Sobre a clandestinidade, Maria Lúcia Karam:

[...] cria a necessidade de aproveitamento imediato de circunstâncias que permitam um consumo que não seja descoberto, o que acaba por se tornar um caldo de cultura para o consumo descuidado e não higiênico, cujas consequências aparecem de forma mais dramática na difusão de doenças transmissíveis como a Aids e a hepatite.

[...]

Somente uma razão entorpecida pode autorizar que, sob este mesmo ilusório pretexto, se imponham restrições à liberdade de quem, eventualmente, queira causar um dano à própria saúde.⁶⁸

Diante o exposto, não é razoável entender legítima uma justificativa de proteção à saúde pública enquanto bem jurídico penalmente tutelável, que autoriza a intervenção do Direito Penal no que tange as condutas previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Há muitas falhas.

⁶⁵ REGHELIN, Elisângela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, jan./fev. 2007, p. 63-69

⁶⁶ Ibidem, p. 63

⁶⁷ Ibidem, p. 63

⁶⁸ KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, jan./fev. 2007, p. 142-143

No entanto, a ilegitimidade ora comentada ainda não é aceita majoritariamente e continua a ser utilizada, incessantemente, pelo Estado. Poucos são os capazes de enxergar a total incoerência e irracionalidade entre o discurso proibicionista e o tratamento diferenciado entre drogas lícitas e ilícitas.

2.2.2 A permissão parcial do uso e comércio de drogas

“Sextou, vamos beber”; “na nossa formatura, eu vou beber até cair, levantar e beber até cair de novo”; “você viu a notícia do menino que levou sessenta tiros? Devia ser um drogado qualquer. Mas, mudando de assunto, que calor cara, só uma gelada agora”.

As frases expostas acima representam um caso curioso e alarmante. São verídicas, podem ser ouvidas cotidianamente com crescente naturalidade e intensidade e provam que a completa irracionalidade acerca da natureza legal das drogas está enraizada na sociedade brasileira, em todos os seus níveis: do trabalhador mais humilde ao estudante de ensino superior.

A preocupação se torna ainda maior quando se percebe que a mídia e o seu poder influenciador é uma das, senão a maior responsável pela continuidade e propagação de equívocos acerca da natureza das drogas lícitas.

“Adolescentes desmaiam em festa clandestina regada a álcool e drogas em Boa Vista; veja vídeo”⁶⁹ e “Mortes violentas têm a maioria das vítimas sob efeito de álcool ou drogas”⁷⁰ são dois exemplos de manchetes cada vez mais comuns em grandes portais *online* de notícias, e exemplificam o contínuo exercício de alienação popular,

⁶⁹ MARQUES, Marcelo; OLIVEIRA, Valéria. **Adolescentes desmaiam em festa clandestina regada a álcool e drogas em Boa Vista; veja vídeo**: Polícia Civil investiga se evento foi patrocinado por facção criminosa. Somente este ano, Divisão de Proteção da Vara da Infância resgatou ao menos 600 menores em festas clandestinas.. 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2019/05/09/adolescentes-desmaiam-em-festa-clandestina-regada-a-alcool-e-drogas-em-boa-vista-veja-video.ghtml>>. Acesso em: 18 maio de 2019.

⁷⁰ LOBEL, Fabrício. **Mortes violentas têm a maioria das vítimas sob efeito de álcool ou drogas**: Dados aparecem em estudo da USP que analisou vítimas na cidade de São Paulo. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/10/mortes-violentas-tem-maioria-das-vitimas-sob-efeito-de-alcool-ou-drogas.shtml>>. Acesso em: 18 maio 2019.

o oposto do que se deve esperar dos profissionais de jornalismo: informações corretas.

Existe uma incapacidade ou, ao menos, uma falta de vontade de entender o álcool pela sua real natureza: droga como qualquer outra, independentemente da classificação dada a ela pelo Estado.

O álcool deve ser o foco em um primeiro momento, em razão do status de normalidade que alcançou na sociedade – em parte por sua licitude, mas algo que não é comum perceber em relação ao tabaco, que é visto majoritariamente como droga – e pela facilidade em demonstrar o seu potencial lesivo.

Parece que a preocupação com o uso do álcool é limitada ao desencorajamento de uma única prática potencialmente homicida e suicida, qual seja, dirigir embriagado e, ainda assim, o caráter lícito da substância mascara a sua natureza de droga, algo que pode ser percebido a partir das reações alheias diante da menor tentativa em expor a verdade.

A hesitação e recusa em enxergar a irracionalidade da separação das drogas a partir de uma decisão política, comportamento intrínseco à maioria da sociedade brasileira é sustentada pelo próprio Estado, quando este passa a estereotipar os usuários das drogas que decidiu não permitir e alegar preocupação com a saúde pública, pois sabe que não tem poder suficiente para impedir o consumo.

Ora, se a saúde pública fosse, de fato, uma preocupação, o Estado não poderia permitir o comércio e o porte para consumo pessoal de nenhuma droga, independentemente de seu nível de periculosidade.

Também não poderia permitir a divulgação em massa de propagandas de cerveja em rede de televisão aberta, repletas de músicas populares, representantes do mundo artístico ou frases de efeito persuasivas, como o antigo comercial da Nova

Schin que, além de participações especiais de Luciano Huck e Zeca Pagodinho – famoso pelas propagandas de cerveja – brada, repetidamente, “EXPERIMENTA!”.⁷¹

No entanto, independentemente do que, por lógica, deveria ser esperado, o Estado permite o comércio e o porte das drogas lícitas para consumo pessoal, ao mesmo tempo em que proíbe as mesmas atividades quando se trata de drogas ilícitas, mantendo, assim, a incoerência.

Pode se dizer, inclusive, que o Estado encontra-se em um ciclo vicioso e problemático: com a proibição, somada ao eterno consumo de drogas, os mercados ilegais e “bocas de fumo” se fortalecem e, conseqüentemente, os índices de criminalidade e as chances de adulteração dos produtos aumentam.

Assim, o Estado se vê obrigado a intervir, pois não pode ser permissivo diante a prática de crimes. No fim, é uma luta eterna contra um problema que ele mesmo causou.

Ao mesmo tempo, muitas são as “bocas de álcool” espalhadas pelas grandes e pequenas cidades do país e muitos são os locais que comercializam o tabaco.

Justiça seja feita, o álcool e o tabaco não são lícitos em sua completude, pois o uso é permitido aos maiores de dezoito anos apenas. O problema, como exposto anteriormente, é a demonstração próxima a nula de preocupação por parte do Estado quando se trata do uso de drogas lícitas, especialmente do álcool, por adultos capazes. Enquanto a vida de outros, ou a própria em situações extremas, não é posta em Xequê, não há preocupação estatal visível.

Surge, então, o óbvio questionamento: Se assim o é com o álcool e, nas devidas proporções, com o tabaco – pois não se pode ignorar a obrigação de advertir sobre os possíveis efeitos colaterais nos versos das embalagens de cigarros de tabaco – por que não com as demais drogas?

⁷¹ Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=JhDZmgx4a3o>>. Acesso em: 21 de abril de 2019

Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior, ao analisar com mais profundidade os eventos sociais que geram as diferentes reações ao uso de drogas, explica o motivo para tanta irracionalidade frente uma seletividade proibicionista.

Como ensina o Juiz de Direito em Natal, as drogas da guerra não são as produzidas pelas grandes corporações multinacionais e, por isso, a indústria do fumo “[...] capitaneada pelas grandes corporações do tabaco com Philip Morris” e a indústria do álcool, que possuem um mercado bilionário e geram lucros ininterruptos, não são estão incluídos no programa proibicionista.⁷²

Ao mesmo tempo em que as drogas artesanais, produzidas na periferia do mundo servem de alvo para a guerra às drogas, que também serviu de discurso legitimador de intervenções nos países da América Latina e da Ásia, a cerveja ainda é massificada, a cachaça é popularizada, o uísque elitizado e o vinho cultuado.⁷³

Ora, o culto ao vinho pode ser visualizado desde os primórdios da civilização ocidental, época em que Dioniso e Baco eram adorados, respectivamente, na Grécia e Roma Antigas como deuses do vinho, da loucura e êxtase derivados da embriaguez.

Ainda referente à religião, o Cristianismo prega que o primeiro milagre de Jesus ocorreu durante as Bodas de Caná, quando transformou a água em vinho⁷⁴, bebida alcoólica utilizada, por exemplo, quando se recebe o sacramento da Eucaristia, em razão de sua simbologia, qual seja, o sangue de Cristo.⁷⁵

Como dito anteriormente, o álcool, tabaco e outras drogas medicinais alcançaram um *status* de normalidade em nossa sociedade, ao ponto de serem ingeridas constantemente e terem ignoradas os seus graus de periculosidade.

⁷² SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Qual a sua droga?: Maconha, hipocrisia ou isonomia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, v. 141, mar. 2018, p. 221-224

⁷³ Ibidem, p. 221

⁷⁴ A BÍBLIA. **Bodas de Caná**. 131. ed. Revisada por † Frei João José Pedreira de Castro, O.F.M., e pela equipe auxiliar da Editora. São Paulo: Editora Ave Maria, João 2:1-12, Novo Testamento.

⁷⁵ A BÍBLIA. **A Ceia**. 131. ed. Revisada por † Frei João José Pedreira de Castro, O.F.M., e pela equipe auxiliar da Editora. São Paulo: Editora Ave Maria, Mateus 26:26-29, Novo Testamento.

Renato Watanabe de Moraes, Ricardo Savignani Alvares Leite e Sílvio Eduardo Valente abordam em detalhes a problemática exposta acima:

Vivemos em uma sociedade medicalizada, e portanto drogada. Os membros dessa sociedade consomem álcool e tabaco de forma excessiva, mesmo sabendo de seus inúmeros malefícios. **Utilizam medicamentos betabloqueadores para não aparentar ansiedade em público**, anorexígenos para emagrecer, e anabolizantes para ficarem atraentes. Usam medicações para disfunção erétil, como o sildenafil, as vezes sem necessidade, apenas para fins “recreativos”. **Seus filhos, se não têm bom desempenho escolar e demonstram comportamento agitado, são rotulados como hiperativos e se tornam dependentes de anfetamínicos, como a ritalina.** Enriquecem as economias da indústria farmacêutica consumindo hipnóticos para conciliar o sono, e utilizam antidepressivos para ter um falso sabor de felicidade na árdua vida cotidiana. Essa mesma sociedade, usuária do rol de drogas lícitas acima elencadas, hipocritamente demoniza os que utilizam as drogas consideradas ilícitas, atentando contra a dignidade dessas pessoas. (g.n.)⁷⁶

Além do exposto, que foca no comportamento da sociedade frente a divisão entre drogas lícitas e ilícitas, é de extrema importância entender que não existem fundamentos lógico-científicos capazes de justificar esta divisão.⁷⁷

À título exemplificativo, nem mesmo a periculosidade do uso excessivo de drogas ilícitas pode ser alegada, haja vista que as drogas lícitas compõem o rol de drogas mais perigosas e estão entre as maiores responsáveis por problemas de saúde atuais.⁷⁸

De acordo com o *Global Status on Alcohol and Health 2018* da ONU, o uso do álcool sem precaução é responsável por 3 milhões de mortes no mundo, algo em torno de 5.3% de todas as mortes no mundo inteiro em 2016.⁷⁹

Ainda, 5.1% ou 132.6 milhões de *DALY's (Disability-adjusted life-year)* em 2016 estão relacionadas ao uso irresponsável de álcool, responsável por um nível de

⁷⁶ MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Álvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política de drogas In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas: Uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 191

⁷⁷ RIBEIRO, Maurides de Melo. Política criminal e redução de danos. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas: Uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014, p. 159

⁷⁸ Ibidem, p. 159

⁷⁹ UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). **Global status report on alcohol and health – 2018**. Geneve: World Health Organization, 2018, p. 63-64. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274603/9789241565639-eng.pdf?ua=1>>. Acesso em: 21 de abril de 2019.

mortalidade superior ao HIV/Aids (1.8%); violência (0.8%); tuberculose (2.3%), diabetes (2.8%); hipertensão (1.6%); doenças intestinais (4.5%) e acidentes em estradas (2.5%).⁸⁰

Sobre a definição de *DALY's*, tem-se, em inglês, que:

One DALY can be thought of as one lost year of “healthy” life. The sum of these DALYs across the population, or the burden of disease, can be thought of as a measurement of the gap between current health status and an ideal health situation where the entire population lives on an advanced age, free of diseases and disability. DALYs for a disease or health condition are calculated as the sum of the Years of Life Lost (YLL) due to premature mortality in the population and the Years Lost due to Disability (YLD) for people living with the health conditions or its consequences.⁸¹

Em tradução livre, tem-se que um *DALY* pode ser entendido como um ano de vida “saudável” perdido. A soma desses *DALYS* em relação à população como um todo, ou o peso dessas doenças podem ser entendidos como a medição da diferença entre o atual *status* de saúde e cenários com condições de saúde ideais, onde toda a população vive até uma idade avançada, livre de doenças e deficiências.

Assim, *DALYS* em relação a doenças e condições de saúde são calculados pela soma entre os anos de vida perdidos em razão de mortalidade prematura e os anos perdidos em razão de deficiências para pessoas vivendo com condições de saúde não desejáveis ou suas consequências.

Em relação ao tabaco, a mais recente pesquisa da *World Health Organization*, publicada em 2017, foca nos avanços em relação à redução do consumo de tabaco ao redor do mundo e expõe a necessidade de estampar, de formas cada vez mais óbvias, as consequências do uso doentio da droga, responsável por mais de 7 milhões de mortes por ano.⁸²

⁸⁰ UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). **Global status report on alcohol and health – 2018**. Geneve: World Health Organization, 2018, p. 63-64. Disponível em: <<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274603/9789241565639-eng.pdf?ua=1>>. Acesso em: 21 de abril de 2019.

⁸¹ UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). **Health statistics and information systems**. Disponível em: <https://www.who.int/healthinfo/global_burden_disease/metrics_daly/en/>. Acesso em: 21 de abril de 2019

⁸² UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). **Who Report on the Global Tobacco Epidemic 2017**. Geneve: World Health Organization, 2017, p.2. Disponível em:

Diante o exposto, percebe-se que não houve e não há nenhuma justificativa lógico-científica utilizada no processo de separação de drogas e na manutenção da mesma. O que existe, no entanto, é ignorância e falta de informação, que resultam em julgamentos e proibições influenciados pela moral.

Ainda assim, inobstante julgamentos sustentados pela moral, não é possível e nem plausível considerar legítima uma interferência do Estado, por meio do Direito Penal, na esfera privada de um indivíduo que, com suas condutas, não atinge a esfera privada de outrem, como será abordado com mais profundidade a seguir.

3 A INTERFERÊNCIA DO ESTADO PAI: UMA ANÁLISE ACERCA DO PATERNALISMO E SUA MODALIDADE JURÍDICO-PENAL

Assim como em qualquer outra discussão científica, toda e qualquer análise temática deve ser precedida por um exercício de conceituação. Nas ciências humanas e, especificamente para o trabalho em tela, na ciência do Direito, este exercício prévio é de extrema importância, pois questões abstratas constituem o foco da discussão.

Impossível, então, desenvolver qualquer discussão minimamente aprofundada sobre o paternalismo, em gênero ou nas espécies em que o mesmo pode ser percebido, ou realizar análises subsequentes, à exemplo da legitimidade do Estado para desenvolver relações paternalistas em um contexto de um Estado Democrático de Direito e as suas relações com o tema das drogas, sem antes definir um conceito.

Sobre o conceito, perceptível o fato de que a cunhagem do termo “paternalismo”, em sua essência jurídica e filosófica, foi influenciada diretamente pelas relações hierárquicas intrafamiliares e pela predominância do poder, em seu aspecto de domínio, exercido pelos pais sobre seus filhos em um interessante ciclo sem fim.

Dito isto, o paternalismo pode ser conceituado como um “[...] comportamento protetivo de alguém para com outrem, de modo a interferir em seu comportamento, desprezando a vontade alheia”.⁸³

A verdadeira problemática se apresenta quando tais comportamentos paternalistas são praticados pelo Estado, quando este se utiliza da coerção, em uma suposta conduta altruísta, para proteger o indivíduo maior e capaz de um perigo ao qual o mesmo escolheu, conscientemente, se expor. É a antítese da autonomia privada.⁸⁴

Verifica-se, que diferentemente do paternalismo intrafamiliar, não há uma renovação; uma transferência de poder com o passar dos anos. O Estado sempre estará ocupando uma posição de poder hierarquicamente superior em relação ao indivíduo.

Desta feita, findada a breve introdução sobre o conceito, torna-se possível traçar paralelos com o tema em discussão, isto é, o porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, que deve ser trabalhado por dois vieses: geral e jurídico-penal.

3.1 O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E A SUA RELAÇÃO COM O PATERNALISMO EM GERAL

Quando utilizadas inconseqüentemente, substâncias psicotrópicas são prejudiciais à saúde física e psicológica de seus usuários, não há dúvidas. Tais problemas de saúde, caso sofram evolução em seus quadros clínicos, devem receber tratamento, algumas vezes oferecidos pelo próprio Estado e, para que esse tratamento se mostre possível, deve haver um investimento, leia-se, aplicação de dinheiro público na área da saúde.

⁸³ FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Um exame analítico acerca do paternalismo jurídico-penal e seu antagonismo crítico à luz da autonomia da vontade pessoal: lineamentos a partir da cooperação em suicídio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 98, set./out. 2012, p. 98.

⁸⁴ ADEODATO, João Maurício. Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n 11, jan./jun. 2012, p. 163

Assim, mostra-se coerente, em um primeiro momento, um comportamento paternalista estatal que, objetivando economizar o dinheiro público ou, pelo menos, buscando maneiras mais eficientes de aplicá-lo em outras áreas em necessidade, passa a proibir, mesmo que indiretamente, o uso de determinadas substâncias psicotrópicas, supostamente de alto nível de periculosidade ou a obrigar o uso de equipamentos de segurança durante a prática de determinadas atividades básicas, como dirigir.

No entanto, há quem entenda que o Direito deve inibir quaisquer comportamentos paternalistas por parte do Estado, mesmo que mais gastos com a saúde pública devam ser implementados como consequência, pois uma sociedade que está disposta e deve, por lei, oferecer cuidados médicos, deve levar em consideração a possibilidade de seus destinatários infligirem danos a si mesmos.⁸⁵

Na mesma linha de pensamento, ainda mais problemática a noção – já trabalhada anteriormente – de que o Estado, na intenção de aprimorar o investimento em saúde, proíbe o consumo de determinadas drogas, as quais classifica de ilícitas, em razão de seu potencial de periculosidade, ao mesmo tempo em que permite o uso de outras, oferecendo tratamentos para possíveis eventualidades. Duvidoso, no mínimo.

Não é a mesma coisa, porém, dizer que uma preocupação com a carência de recursos e com o possível prejuízo à qualidade de atendimentos na área da saúde por parte do Estado é irrelevante, haja vista a total insustentabilidade de um argumento preso ao âmbito do dever-ser e alheio à realidade.

Pode-se dizer, inclusive, que é a finitude dos recursos, somada às conclusões empíricas positivas apresentadas em situações antes problemáticas, que injeta fôlego nas discussões sobre as diferentes espécies de paternalismo estatal, entre as quais se encontra o paternalismo limitado.

⁸⁵ ADEODATO, João Maurício. Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n 11, jan./jun. 2012, p. 164

O paternalismo limitado é, ao mesmo tempo, uma das espécies e um modelo que objetiva justificar e legitimar a interferência estatal na esfera da vida privada e da autonomia.

No entanto, pode-se dizer que o fundamento para o modelo limitado de paternalismo é, também, o maior impedimento para a sua legítima aplicação, pois leva em consideração a ideia de um futuro promissor baseado nos supostos objetivos de longo prazo e os compara aos atos daquele que se lesiona ou obtêm os meios para tanto em cada caso concreto. Complicado, não há dúvidas⁸⁶

Por isso, Gerard Dworkin, objetivando superar a dificuldade, formulou um modelo de aplicação mais plausível, vinculado à presença de determinados requisitos em cada caso concreto, quais sejam: autolesão séria e irreversível; indícios de estresse e intervenção estatal de curta duração e irrepitível, suficiente para sanar um suposto vício.⁸⁷

Assim, caso exista, realmente, um desejo pela autolesão, não pode o Estado, tendo agido uma primeira vez no intuito de impedi-la, interferir novamente, pois presume-se honesta a tomada de decisão do indivíduo. É autodeterminação e, portanto, não há que se falar em vícios sanáveis.

Há, porém, um detalhe importante: o modelo de paternalismo limitado proposto por Dworkin é referente ao chamado paternalismo forte, quando há intervenção estatal na esfera privada de pessoa capaz que, por vontade própria, decide e busca os meios para se lesionar.⁸⁸

Por outro lado, o paternalismo fraco pode ser justificado com muito mais facilidade, pois este ocorre quando há intervenção na esfera privada de incapazes, situação em que o consentimento é viciado, por total ou parcial incompreensão acerca da

⁸⁶ VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 67, jul./ago. 2007, p. 22

⁸⁷ Ibidem, p. 17

⁸⁸ ROSA, Gérson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal: paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 923, set. 2012, p. 350

natureza da atividade a ser praticada; impossibilidade de manifestar vontade ou demonstração de desordem mental, inata ou adquirida.⁸⁹

Diante todo o exposto, é possível argumentar que o paternalismo estatal pode ser justificado a depender do caso concreto. Deve, no entanto, possuir caráter civil ou administrativo, haja vista a total impossibilidade de intervenção jurídico-penal referente às autolesões.

3.1.1 O paternalismo jurídico-penal e a sua inconsistência diante a natureza da sanção penal

O principal argumento que deve ser levado em consideração para realizar tal afirmativa possui natureza lógica e, por isso demonstra uma incompatibilidade imediatamente perceptível entre a natureza das medidas penais sancionatórias – independentemente se privativas de liberdade, restritivas de direitos ou admoestatórias – e a essência da intervenção paternalista como um todo.⁹⁰

A pena, enquanto sanção criminal punitiva, contém em sua essência uma função censuratória advinda de um julgamento ético-social negativo, realizado diante a prática de um delito, pois necessário o reconhecimento, por parte do Estado e dos demais, sobre o caráter injusto e, portanto reprovável da sua prática.⁹¹

Assim o é, por exemplo, em um homicídio doloso simples. Há, na prática do crime em comento, um desprezo pela vida da vítima e, por isso, uma reprovabilidade que possibilita a existência de uma sanção de caráter censurável e punitivo. Não há justificativa plausível para a não-interferência do Estado, que deve se mostrar implacável diante a prática de uma conduta sabidamente proibida.⁹²

⁸⁹ROSA, Gérson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal: paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 923, set. 2012, p. 349

⁹⁰VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 67, jul./ago. 2007, p. 18-23

⁹¹ Ibidem, p. 18-23

⁹² Ibidem, p. 19-20

Por outro lado, não existe maneira plausível de explicar a aplicabilidade de medidas sancionatórias de caráter censurável em um contexto de autolesões, como em uma tentativa de suicídio por exemplo.

Aquele que, após vivenciar tempos difíceis e, tomado pelo estresse, decide tirar a própria vida pode, em um segundo momento e em uma situação de maior tranquilidade proporcionada pela intervenção paternalista estatal, analisar a situação com mais calma e escolher continuar a viver.⁹³

No exemplo exposto acima, é perfeitamente plausível defender a legitimidade da intervenção paternalista de caráter não-penal, pois esta se mostra de acordo com o seu fundamento: a decisão em tirar a própria vida é séria por sua natureza e, se motivada por estresse, pode não representar uma vontade consciente do indivíduo e compatível com seus objetivos à longo prazo.

No entanto, a mesma lógica não pode ser aplicada em um contexto penal. Caso fosse possível a aplicação de uma sanção penal para a tentativa de suicídio – o que não ocorre no Brasil – as chances de um resultado desastroso seriam maiores. Não há benefícios na punição e censura de alguém que atentou contra a própria vida pois, se assim o fez em liberdade, com muito mais razão tentará novamente em um contexto de prisão.⁹⁴

Ainda, não há lógica quando analisado por um ponto de vista de aplicação da pena, em razão do princípio da individualização das penas, previsto no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal.

O princípio penal ora mencionado, assim como os demais, parte do pressuposto de que o homem enquanto ser vivo dotado de raciocínio e livre, é capaz de escolher; de

⁹³ VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 67, jul./ago. 2007, p. 20

⁹⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Volume 2: Parte Especial. 15. ed. Niterói: Editora Impetus, 2018, p. 94

se autodeterminar a partir de suas experiências de vida, o que torna cada indivíduo em uma sociedade um ser único.⁹⁵

Por essa razão, somada às particularidades do cometimento do delito, surge a necessidade de individualizar a pena, isto é, de estabelecer uma relação concreta de proporcionalidade entre o delito e a sanção, que deve ser minimamente suficiente para reprimir o autor e, ao mesmo tempo, desestimular a prática dos delitos.⁹⁶

Nas palavras de Israel Jório:

Falamos de uma *estimativa* (que certamente nunca poderá ser perfeita e exata – daí mais um dos males da pena), que deve ter por base não o agente delitivo, mas o fato por ele praticado. Por um determinado comportamento, pelas suas características positivas e negativas, pelo resultado da apreciação de todos os seus aspectos e elementos, calcula-se um *desvalor* [...]⁹⁷

No entanto, a partir da explicação do penalista capixaba exposta acima, surge a necessidade de questionar a legitimidade do Estado em calcular um desvalor para uma autolesão, tanto individualmente, quanto comparada à outras autolesões. Os representantes do Estado não podem, por meio de juízos de valor particulares, estabelecer uma base censuratória estatal para aplicação de uma pena frente uma autolesão, não importa os motivos ou a forma em que a mesma ocorra.⁹⁸

No que se refere, especificamente, ao porte de drogas para consumo pessoal, não pode o Estado – que permite o porte e o uso de determinadas substâncias psicotrópicas – definir e forçar os cidadãos a agirem, em suas esferas de privacidade, de modo diferente do desejado, sob pena de não poderem agir por completo.

Quando permite o porte e o uso de álcool e tabaco, mas criminaliza as mesmas atividades em relação às demais drogas, o Estado passa uma mensagem: existindo um desejo individual em fazer uso de drogas, este poderá ser satisfeito, desde que

⁹⁵ JÓRIO, Israel Domingos. **Latrocínio**: A desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 73-75

⁹⁶ Ibidem, p. 74

⁹⁷ Ibidem, p. 74

⁹⁸ VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 67, jul./ago. 2007, p. 18-23

de maneiras virtuosas e morais, as quais são definidas pelo próprio Estado após juízos de valor.

Felizmente, não havendo dano ou perigo de dano a bem jurídico alheio, o ordenamento jurídico brasileiro não admite a intervenção penal na esfera privada, o que deslegitima a criminalização de quaisquer formas de autolesão. Ao menos diretamente.

3.2 A (IN) APLICABILIDADE DO DIREITO PENAL AO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Como exposto ao longo do texto, o paternalismo, em sua modalidade jurídico-penal, é inaceitável frente quaisquer formas de autolesão e, inobstante a particularidade do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, a mesma lógica deve ser aplicada ao tema em comento.

Tal particularidade é o fato de que o Estado, por meio do art. 28, não criminaliza o uso da droga, isto é, a autolesão, mas sim as condutas imediatamente anteriores ao fato, o que, por regra, não caracteriza intervenção penal na seara das autolesões. Assim, surge o questionamento essencial, motivador da pesquisa: É possível a aplicação do Direito Penal ao porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006?

Por um ponto de vista principiológico penal, a resposta deve ser negativa.

Conforme os ensinamentos de Claus Roxin, o Direito Penal tem a finalidade de proteger os bens jurídicos, isto é, “[...] todos os dados necessários para uma convivência livre e pacífica dos cidadãos sob a égide dos direitos humanos”.⁹⁹

Porém, inobstante tal afirmativa, o autor alemão ainda afirma que uma “[...] limitação ulterior, decorrente da exigência político-criminal” é indispensável, pois a aplicação do Direito Penal deve ser orientada pela racionalidade e proporcionalidade.¹⁰⁰

⁹⁹ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. Tradução de Alaor Leite. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 112, jan./fev. 2015, p. 33-34

Desta feita, apesar de existir para proteger os bens jurídicos, o Direito Penal, por sua natureza violenta, só poderá ser aplicado subsidiariamente, isto é, quando as soluções originadas pelas outras áreas do ordenamento jurídico brasileiro mostrarem-se inviáveis ou insuficientes para impedir os danos ou as chances concretas de perigo à paz e a liberdade. Caso contrário, a intervenção penal será ilegítima. É o princípio da intervenção mínima.¹⁰¹

Ainda, condutas que não afetam, de nenhuma maneira direta, a convivência pacífica, não podem servir de objeto para a intervenção penal. É preciso que haja violação efetiva a um bem jurídico penalmente tutelável. É o princípio da lesividade¹⁰²

Conclui-se, portanto, a partir dos ensinamentos acerca do princípio em comento, pela total inadmissibilidade da criação e permanência, no ordenamento jurídico, de tipos penais que descrevem condutas que não atingem, de maneira concreta, os bens jurídicos penalmente tuteláveis, ou, se atingem, o fazem de forma materialmente insignificante.¹⁰³

Porém, inobstante os entendimentos consolidados, as regras expostas anteriormente não são aplicadas ao tema do estudo e discussão. O porte de drogas para consumo pessoal e as demais condutas previstas no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/06 continuam a ser criminalizados, mesmo sem haver ofensa concreta ou dano materialmente relevante a bens jurídicos penalmente tutelável.

Por motivos de coerência, necessário reiterar: a saúde pública não pode ser considerada bem jurídico penalmente tutelável, haja vista a plena capacidade de controle e proteção pelo Direito Administrativo.

Em verdade, ainda que fosse penalmente tutelável, a saúde pública não poderia configurar justificativa para a criação de um tipo penal nos moldes do art. 28. Pela

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. Tradução de Alaor Leite. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 112, jan./fev. 2015, p. 34

¹⁰¹ JÓRIO, Israel Domingos. **Latrocínio**: A desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 55-56

¹⁰² *Ibidem*, p. 47

¹⁰³ JÓRIO, Israel Domingos, *op.cit*, p. 47, nota 100

ausência de um conceito estabelecido e, na medida do possível, de uma maneira de enxergá-la no mundo fático, impossível perceber quaisquer danos ou ameaças concretas à sua existência.

Justiça seja feita, a ausência de um conceito para saúde pública não é absoluta. Parece lógico, diante das circunstâncias que resultaram na criminalização do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, que a saúde pública é enxergada como o resultado da soma das saúdes individuais dos membros de determinada sociedade.

No entanto, apesar de solucionar a problemática da conceituação, pensar a saúde pública como o conjunto de saúdes individuais implica em um antigo empecilho à criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, qual seja, a vedação de aplicação do Direito Penal frente as autolesões.

Sim, tecnicamente, é possível alegar não ter havido criminalização de autolesões pelo art. 28 da Lei nº 11.343/06 pois não há previsão legal que proíba o uso. Por um ponto de vista estritamente baseado no princípio da legalidade, o qual vincula a existência de crime a uma lei penal preexistente, tal raciocínio mostra-se correto, embora incompleto diante o escopo da discussão.

Não obstante a incompletude do raciocínio, assim pensam Cláudia Barros Portocarrero e Wilson Luiz Palermo Ferreira, quando afirmam que

A ação do usuário aqui não é punida pelo mal que o mesmo causa a si próprio, mas pelo perigo social que sua conduta representa. [...] atingindo interesses de terceiros, ou melhor, interesses da sociedade, titular do bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública.¹⁰⁴

Apesar de não haver previsão legal para o uso em si, o legislador, intencionalmente, estipula no *caput* do art. 28 um especial fim de agir quando afirma serem aplicáveis as sanções penais previstas nos incisos subsequentes para aqueles que praticarem as condutas delituosas para consumo pessoal.

¹⁰⁴ PORTOCARRERO, Cláudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis Penais Extravagantes: Teoria, jurisprudência e questões comentadas**. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 89

Ora, pela redação legal, não poderá haver a aplicação de sanções penais previstas no art. 28 para aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar com destino diverso do consumo pessoal, este impunível.

Percebe-se, assim, que o Estado não criminaliza o porte e a posse de drogas ilícitas em si, pois compreende que, sozinhas, são incapazes de causar dano à convivência pacífica.

Criminaliza, exclusivamente, quando acompanhadas de especial fim de agir, isto é, quando caracterizam atos imediatamente anteriores às condutas que realmente deseja punir, quais sejam, o consumo pessoal e o tráfico, previsto no art. 33 do mesmo diploma legal.

Impossível, então, desvencilhar-se da ideia, sustentada por uma interpretação teleológica do artigo, que o legislador, objetivando criminalizar o consumo de determinadas substâncias psicotrópicas, mas impedido legalmente, passou a punir os atos preparatórios de uma conduta impunível.

Percebe-se, assim, existir uma criminalização indireta de uma autolesão, mais especificamente, por meio dos atos preparatórios ao consumo pessoal de drogas ilícitas, ato totalmente impunível pelo Direito Penal, em face do princípio da lesividade e do postulado da alteridade.

O postulado da alteridade, à título de complemento, é inerente ao princípio da lesividade, e o responsável por incorporar ao rol de requisitos legitimadores de uma intervenção penal a necessidade de o bem jurídico penalmente tutelável ser alheio, vedando, assim, qualquer criminalização de autolesão.¹⁰⁵

Desta feita, a ideia defendida por Cláudia Barros Portocarrero e Wilson Luiz Palermo Ferreira não merece prosperar, pois os autores falham em demonstrar o perigo social que o consumo pessoal de drogas ilícitas pode desencadear; de que maneira

¹⁰⁵ JÓRIO, Israel Domingos. **Latrocínio**: A desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 51

a saúde pública é atingida sem antes afetar as saúdes particulares, ou seja, quando restam configuradas as autolesões, impuníveis penalmente e, por fim, quais as diferenças entre os perigos sociais – caso existam – derivados da circulação de drogas ilícitas e aqueles derivados da circulação de drogas lícitas.

Esta última dificuldade é essencial para demonstrar a ausência de respaldo lógico-científico referente à divisão de classificação das drogas quanto a sua licitude.

Ainda, indica a natureza paternalista da intervenção penal e, conseqüentemente, demonstra a violação ao postulado da secularização, principal responsável por garantir a separação entre o Direito Penal e por impedir a existência de normas penais que almejam a criminalização de opções pessoais ou que imponham comportamentos a serem adotados.¹⁰⁶

Sobre o postulado da secularização e a ilegitimidade do paternalismo jurídico-penal pelo viés da ética, Salo de Carvalho expõe:

A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da tolerância e do respeito à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima.¹⁰⁷

Percebe-se, então, que não merecem prosperar quaisquer justificativas que objetivam legitimar o paternalismo jurídico-penal. Não há lógica jurídica – referente à natureza censuratória das sanções penais e ao postulado da alteridade – ou ética, pois não cabe ao Estado definir os conceitos de moral e, assim, “[...] tutelar os cidadãos em sentido moral, religioso, ideológico [...]”.¹⁰⁸

Tampouco merecem prosperar as tentativas de relacionar o consumo pessoal de drogas ilícitas a possíveis acidentes e ao possível desenvolvimento de dependências químicas, ambos tratáveis em hospitais públicos; ou até mesmo a

¹⁰⁶ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/2006**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 343-344

¹⁰⁷ Ibidem, p. 344

¹⁰⁸ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. Tradução de Alaor Leite. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 112, jan./fev. 2015, p. 33-34

possíveis futuras delinquências, pois não há dano concreto verificável ao bem jurídico, seja a saúde pública ou o patrimônio.

Ainda, não há que se falar em nexo causal, pois inexistente ocorrência de uma consequência fática originada da prática de uma conduta.

Trata-se de perigo abstrato, problemático em sua essência pois, diferentemente do dano, os crimes de perigo abstrato são sustentados pela possibilidade de dano futuro e dispensam – ao contrário do perigo concreto – instrução probatória para verificar a periculosidade da prática de determinada conduta em cada caso concreto.¹⁰⁹

Desta feita, diante todo o exposto, impossível aceitar a criminalização do porte de determinadas drogas para consumo pessoal, pois inexistente fundamento médico, lógico, filosófico ou jurídico que resista a uma análise e discussão mais aprofundada sobre o tema.

¹⁰⁹ ROSA, Gérson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal: paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 923, set. 2012, p. 345-346

CONCLUSÃO

Não há discussão. Drogas, também conhecidas por substâncias psicotrópicas, quando utilizadas em excesso, possuem carga de periculosidade elevada e podem gerar graves consequências ao organismo do indivíduo, bem como à estabilidade de saúde de suas relações interpessoais. Não há exceção.

Porém, ao mesmo tempo, quando utilizadas com parcimônia, oferecem ao usuário sensações de prazer e, a depender da substância escolhida, sem muitas consequências nocivas.

Por proporcionarem sensações prazerosas, as drogas sempre estiveram, estão, e sempre estarão presentes nas sociedades, em diferentes formas e utilizadas em contextos distintos a depender do período histórico e da cultura de um determinado grupo social em determinada região geográfica.

Assim, pode-se afirmar, com tranquilidade, que a tentativa de impedir o consumo de drogas está e sempre esteve destinada ao fracasso. Não há como impedir, com sucesso, a prática de condutas inerentes ao ser humano: animal movido pela busca do prazer.

Não significa dizer, no entanto, que o Estado deva permanecer inerte em todas as situações aptas a gerar sensações prazerosas em determinado indivíduo. Do mesmo modo, não significa entender pela total ilegitimidade do Direito Penal e pela necessidade de sua abolição.

Homicídios, estupros, extorsões e demais crimes, em todas as suas variações, não podem ser ignorados pelo Estado, pois este “[...] deve jurisdição a quem não está autorizado por lei a resolver o conflito de outra maneira[...]”,¹¹⁰ assim como “[...] deve também a persecução penal em juízo a quem teve retirada a sua iniciativa e legitimação para fazê-lo, ou seja, a vítima”.¹¹¹

¹¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 357

¹¹¹ Ibidem, p. 357

Percebe-se, no entanto, que as condutas listadas anteriormente, são caracterizadas pelos danos gerados a terceiros; aos bens jurídicos penalmente tuteláveis alheios, situação em que se justifica a atuação estatal mediante o Direito Penal e, portanto, completamente distinta do porte de drogas ilícitas para consumo pessoal, crime previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Em relação ao crime supracitado, é necessária muita cautela, pois muitas são as suas incoerências.

Apesar de não criminalizar o uso de drogas ilícitas em si (e nem poderia, em razão do princípio da lesividade e do postulado da alteridade), o art. 28 (leia-se, o legislador) prevê a criminalização e, por consequência, a proibição, das condutas imediatamente anteriores e exclusivamente destinadas ao consumo, assim entendidas em razão de previsão expressa quanto ao especial fim de agir.

Parece claro que o legislador, absorto em sua própria ignorância e desejos, mas impedido de atuar conforme suas vontades, qual seja, proibir o consumo de drogas que julga serem ruins e utilizadas por pessoas ruins, agiu no sentido de criminalizar, indiretamente, uma autolesão; de criminalizar atos preparatórios de uma conduta impunível.

A prática narrada acima, além de estigmatizar os usuários das drogas proibidas, é inconcebível e apresenta alta carga paternalista pois limita, baseado em escolhas próprias, os atos de vontade inerentes ao âmbito particular e invioláveis enquanto inofensivos a terceiros.

Por fim, a última problemática é, em verdade, composta pelas três justificativas para a existência e manutenção do art. 28 da Lei nº 11.343/06 e suas respectivas incoerências: proteção à saúde pública; ameaça ao convívio pacífico e a natureza de crime de perigo abstrato

Sobre a saúde pública, a ausência de um conceito constitui a maior das incoerências. Por não apresentar uma boa definição e, não possibilitar, na medida

do possível, uma verificação concreta de um dano à sua integridade, não é possível definir critérios seguros para a sua tutela.

Diante disso, não é possível entender, com clareza, as diferenças entre os impactos produzidos pelo uso de drogas ilícitas e os impactos produzidos pelo uso de drogas lícitas à saúde pública – que parecem ser ignorados – ou mesmo se esses impactos existem de fato.

Por outro lado, a ameaça ao convívio pacífico e a natureza abstrata do porte de drogas para consumo pessoal apresentam problemáticas relacionadas e, por isso, devem ser analisadas em conjunto.

Para definir, com clareza, o que pode ser considerado ameaçador ao convívio pacífico, é necessário, primeiro, entender o conceito filosófico de paz.

Nicola Abbagnano ensina:

[...] talvez se pudesse dizer que no conceito de P. do fim do século XX, há um desejo de sintetizar conceitos anteriores: o conceito grego de eirene como ausência de guerra; o romano, de pax como bem-estar material; o judaico, de shalom como bem-estar espiritual; e o cristão, de amor como não violência.¹¹²

Ora, se a paz pode ser conceituada como o conjunto de elementos como a ausência de guerra; o bem-estar material; o bem-estar espiritual e o amor como não violência, não há razão para pensar que o modo escolhido por determinados indivíduos para alcançar tal bem-estar, sem afetar quaisquer direitos alheios, possa ser considerado comportamento contrário à paz.

Em verdade, não há contrariedade, mas sim semelhança. Usar determinada substância psicotrópica para alcançar o bem-estar, sem atrapalhar e sem ser atrapalhado, representa a paz.

¹¹² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário do Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015, p. 870

Assim, não há que se falar em uma busca pela paz, mas pela sua retirada de determinados grupos sociais, antes que qualquer dano possa ser realizado.

A noção de antecipar a possível prática de ato danoso por meio de sua punição, por sua vez, representa a problemática inerente aos crimes de porte e aos demais crimes de perigo abstrato.

Deve-se lembrar que a aplicação do Direito Penal, por sua natureza, será sempre tardia: após a consumação do delito ou após o início dos atos de execução, mas antes da consumação, isto é, durante a tentativa, quando esta modalidade for permitida.

Tal atraso, no entanto, é essencial, pois este configura o caminho utilizado para concluir, empiricamente, quais ações podem causar danos ou oferecer perigo concreto de dano a determinado bem jurídico que, por não poder ser protegido de forma eficiente por nenhuma outra modalidade legal do ordenamento jurídico brasileiro, deve ser considerado penalmente tutelável.

Entender, empiricamente, que um bem jurídico é penalmente tutelável é, em outras palavras, legitimar a criminalização de uma conduta que ofereça perigo ao bem jurídico sob análise.

Raciocínio, este, inexistente no que se refere ao porte de drogas para consumo pessoal, pois não há umnexo causal demonstrável, de fato, entre a existência de um resultado danoso e relevante à saúde pública ou ao convívio social pacífico provocado, unicamente, pelo porte de drogas ilícitas para consumo pessoal.

Diante todo o exposto, não pode, então, haver outra conclusão: não há legitimidade na intervenção estatal jurídico-penal no âmbito do porte de drogas para consumo pessoal, previsto no art. 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

REFERÊNCIAS

A BÍBLIA. 131. ed. Revisada por † Frei João José Pedreira de Castro, O.F.M., e pela equipe auxiliar da Editora. São Paulo: Editora Ave Maria, 1999.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário do Filosofia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

ADEODATO, João Maurício. Direito à saúde e o problema filosófico do paternalismo na bioética. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n 11, jan./jun. 2012.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3076218/mod_resource/content/1/BATISTA%2C%20Nilo.%20Introdu%C3%A7%C3%A3o%20cr%C3%ADtica%20ao%20direito%20penal%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Volume I – Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 18 de maio de 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 18 maio 2019.

BRASIL. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 14 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Quest. Ord. em Recurso Extraordinário nº 430.105-9. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>>. Acesso em: 16 maio 2019.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/2006**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral. Volume Único**. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

FERREIRA, Pedro Paulo da Cunha; VIEIRA, Lara Maria Tortola Flores. Um exame analítico acerca do paternalismo jurídico-penal e seu antagonismo crítico à luz da autonomia da vontade pessoal: lineamentos a partir da cooperação em suicídio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 98, set./out. 2012.

FORMENTI, Lígia; PIRES, Breno. **Política de drogas de Bolsonaro adotará abstinência como regra no País**: Gestão do presidente alterou de forma expressiva lógica aplicada a tratamentos de dependentes, que priorizava a redução de danos. 11 de abril de 2019. Disponível em: <<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,politica-de-drogas-de-bolsonaro-adotara-abstinencia-como-regra-no-pais,70002788539>>. Acesso em: 14 abr. 2019.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13 Disponível em: <<https://ayanrafael.files.wordpress.com/2011/08/gil-a-c-mc3a9todos-e-tc3a9cnicas-de-pesquisa-social.pdf>>. Acesso em: 24 maio 2019.

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

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Volume 1: Parte Geral**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Volume 2: Parte Especial**. 15. ed. Niterói: Editora Impetus, 2018.

JÓRIO, Israel Domingos. **Crimes Sexuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

JÓRIO, Israel Domingos. **Latrocínio**: A desconstrução de um dogma: da inconstitucionalidade à inexistência do tipo penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, jan./fev. 2007.

LEMOS, Clécio. Internações Forçadas: Entre o cachimbo e a grade. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas: Uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Volume Único. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

LOBEL, Fabrício. **Mortes violentas têm a maioria das vítimas sob efeito de álcool ou drogas**: Dados aparecem em estudo da USP que analisou vítimas na cidade de São Paulo. 2018. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/10/mortes-violentas-tem-maioria-das-vitimas-sob-efeito-de-alcool-ou-drogas.shtml>>. Acesso em: 18 maio 2019.

MARONNA, Cristiano Ávila. Os novos rumos da política de drogas: enquanto o mundo avança, o Brasil corre risco de retroceder. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas: Uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MARQUES, Marcelo; OLIVEIRA, Valéria. **Adolescentes desmaiam em festa clandestina regada a álcool e drogas em Boa Vista; veja vídeo**: Polícia Civil investiga se evento foi patrocinado por facção criminosa. Somente este ano, Divisão de Proteção da Vara da Infância resgatou ao menos 600 menores em festas clandestinas.. 2019. Disponível em:
<<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2019/05/09/adolescentes-desmaiam-em-festa-clandestina-regada-a-alcool-e-drogas-em-boja-vista-veja-video.ghtml>>. Acesso em: 18 maio de 2019.

MORAIS, Renato Watanabe de; LEITE, Ricardo Savignani Álvares; VALENTE, Sílvio Eduardo. Breves considerações sobre a política de drogas In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas: Uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**: Vol. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PORTOCARRERO, Cláudia Barros; FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Leis Penais Extravagantes**: Teoria, jurisprudência e questões comentadas. 3. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Volume I - Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

RABELO, Galvão; VIANNA, Túlio. O Fundamento Constitucional do Princípio da Lesividade no Direito Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 139, jan./ 2018.

REGHELIN, Elisângela Melo. Considerações político-criminais sobre o uso de drogas na nova legislação penal brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, n. 64, jan./fev. 2007.

RIBEIRO, Maurides de Melo. Política criminal e redução de danos. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas: Uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

ROSA, Gérson Faustino; CARVALHO, Gisele Mendes de. Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal:: paternalismo jurídico ou proteção da saúde pública?. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 923, set. 2012.

ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. Tradução de Alair Leite. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 112, jan./fev. 2015.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. Qual a sua droga?: Maconha, hipocrisia ou isonomia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 26, v. 141, mar. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 7. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Reflexões sobre as políticas de drogas. **Drogas: Uma Nova Perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

SOUZA, Luciano Anderson de. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo:: uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 88, jan./fev. 2011.

UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). **Global status report on alcohol and health – 2018**. Geneve: World Health Organization, 2018.

Disponível em:

<<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274603/9789241565639-eng.pdf?ua=1>>. Acesso em: 21 de abril de 2019.

UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). **Health statistics and information systems**. Disponível em:

<https://www.who.int/healthinfo/global_burden_disease/metrics_daly/en/>. Acesso em: 21 de abril de 2019.

UNITED NATIONS (UN). World Health Organization (WHO). **Who Report on the Global Tobacco Epidemic 2017**. Geneve: World Health Organization, 2017, p.2.

Disponível em:

<<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/255874/9789241512824-eng.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 21 de abril de 2019.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VON HIRSCH, Andrew. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 67, jul./ago. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.