

A DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO: UMA NOVA TENTATIVA DE ADEQUAÇÃO DA CONDUTA DO USUÁRIO DE DROGAS AOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS ORIENTADORES DO DIREITO PENAL

THE DECRIMINALIZATION OF DRUGS POSSESSION FOR USE OWN: A NEW ATTEMPT TO SUITABILITY CONDUCT OF THE DRUG USER TO GUARANTEES GUIDING PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW

Wendell Luis Rosa¹

RESUMO

É fato notório que a disseminação dos mais variados tipos de drogas ilícitas é uma das precípuas preocupações dos gestores públicos hodiernos, visto que esta grave realidade afeta diretamente os programas de segurança e saúde pública estatal. A grande dúvida sobre este tema reside em como combater o aumento exponencial do consumo e, por conseguinte, o tráfico de drogas. Não há dúvida de que o tráfico deve continuar a ser combatido com o rigor do Direito Penal. Por outro lado, frente à realidade social e à luz dos ditames do ordenamento jurídico, torna-se urgente a reflexão sobre a necessidade, utilidade e legalidade da incriminação do porte de droga ilícita para uso próprio. Daí a proposta do presente trabalho.

Palavras-chave: Posse de drogas. Usuário. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

It is well known that the spread of various types of illicit drugs is one of main concerns of today's public managers, since this serious reality directly affects since this serious reality directly affects the security public and programs health state-owned. The big question on this topic is how to combat the exponential increase in consumption and, therefore, drug trafficking. There is no doubt that trafficking must continue to be fought with the rigor of criminal law. Moreover, compared to the social reality and the light of the dictates of the law, it becomes urgent to reflect on the need, utility and legality of the criminality of possession of illegal drugs for personal use. Hence the purpose of this paper.

Keywords: Possession of drugs. User. Unconstitutional.

1 INTRODUÇÃO

No dia 28 de maio de 2012, a comissão responsável pela elaboração do

¹ Graduado em Direito pela Universidade de Franca (UNIFRAN); Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP); Professor de Direito Penal na Universidade de Franca (UNIFRAN); Professor de Direito Penal na Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP); Coordenador do Departamento de Assistência Jurídica Comunitária da Universidade de Franca (UNIFRAN); Advogado.

anteprojeto do novo Código Penal aprovou proposta de descriminalização das condutas descritas no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, dispositivo que descreve precipuamente a conduta correspondente ao porte de substância entorpecente ilícita para uso próprio.

Como é cediço, o uso de drogas ilícitas no Brasil constitui conduta atípica. Entretanto, o que se pune (se é que assim se pode afirmar) é o porte, a aquisição, o depósito e o transporte de alguma substância entorpecente ilícita para uso próprio.

Ocorre que é pouco provável que um indivíduo faça uso de alguma droga ilícita sem antes praticar um dos núcleos contidos no tipo legal (artigo 28 da Lei nº 11.343/06), logo, o usuário pode ser facilmente enquadrado como infrator do sobredito dispositivo.

A posse de tóxico para uso próprio passou a ser considerada crime pelo Decreto-lei 385, de 1968, com o fim de evitar a então constante impunidade dos infratores que, surpreendidos com substâncias ilícitas, diziam-se meros usuários de entorpecente, ilidindo, assim, qualquer sanção penal inerente ao tráfico de drogas².

A controvérsia sobre a descriminalização do porte de entorpecente para uso próprio não é nova, pois já fora objeto de discussão nas legislações que precederam o diploma vigente (Lei nº 11.343/06), em virtude da latente antinomia jurídica dentro do próprio sistema legislativo, principalmente àquelas atinentes ao diploma repressivo e às garantias constitucionalmente estabelecidas.

Em 2006 não foi diferente. O legislador da época, percebendo que a privação da liberdade do usuário não era a medida mais adequada para combater o uso de drogas ilícitas no Brasil, se furtou de estruturar um tipo penal nos moldes estabelecidos pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, haja vista que não descriminalizou a conduta do porte de substâncias entorpecentes, porém, passou a atribuir medidas não encarceradoras autônomas ao portador de drogas, isto é, tais sanções passaram a ser aplicadas independentemente de qualquer condenação a pena de detenção ou reclusão. “Ainda, sobre o lastro da idéia-força antiprisional, veda-se expressamente a imposição de pena em flagrante na hipótese (art. 48, §2º, da Lei nº 11.343/06)”³.

Com isso, a Lei nº 11.343/06 trouxe em seu bojo um tipo penal excepcional (*sui generis*), cujo preceito secundário não prevê penas de reclusão ou detenção.

É certo que a escolha desta posição não reflete exclusivamente um viés jurídico-

² MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Tóxicos**: doutrina, prática, jurisprudência, legislação. 2. ed. Bauru: Jalovi, 1982, p. 71.

³ SOUZA, L. A. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: Uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, n. 88, p. 167-186, jan./fev. 2011, p. 173.

científico, ao contrário, nota-se facilmente a influência política de outros países desenvolvidos (principalmente dos Estados Unidos da América) no sentido da criminalização do porte para uso como medida para desestimular o tráfico internacional de drogas.

Nitidamente, a criminalização do porte de drogas para uso próprio prevalece no contexto estadunidense, pois é fruto “[...] da política de *guerra às drogas (war on drugs)*, adotada nos anos 70 nos Estados Unidos da América, por parte do presidente Nixon”⁴. Desde então, o combate ao uso é entendido como instrumento da peleja contra o tráfico de drogas ilícitas. De outra sorte, essa postura vem sendo aos poucos abandonada pelos países da União Européia⁵, pois passaram a enxergar que a proibição do uso de drogas ilícitas não foi capaz de reduzir o consumo e, de forma inesperada, fomentou o negócio multibilionário das organizações criminosas e paramilitares.

É óbvio que a não descriminalização do porte de drogas para uso próprio no Brasil, foi, em grande parte, influenciada pelos Estados desenvolvidos que adotam a política do *war on drugs*, tendo em vista que o olhar enviesado da ordem política e econômica, vindo da hegemonia de países ricos, lança suspeições e retrações às medidas que não forem aderentes a uma acirrada repressão ao uso de entorpecentes⁶.

Por esta razão, o legislador brasileiro criou o sobredito tipo penal *sui generis*, fora dos padrões estabelecidos pelo artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, porquanto, de um lado, os críticos desta aparente antinomia defendiam a completa descriminalização, de outro, os interessados nos supostos benefícios da política criminal (do *war on drugs*) clamavam por punição rigorosa com o fim de desestimular o consumo e, por conseguinte, o tráfico de drogas.

Por conta disso, sob o aspecto formal, há “[...] o posicionamento dogmático que entende que, em face da contrariedade das consequências fixadas pelo art. 28 da Lei 11.343/2006 com a redação do art. 1.º do Dec.-lei 3.914/1941 (Lei de introdução ao código penal) [...], estar-se-ia assim diante de uma *abolitio criminis*”⁷.

Para Luciano Anderson de Souza, a “referida interpretação, entretanto, meramente tecnicista, não revela adequada, pois permanece a idéia da obrigatoriedade da intervenção policial em face da conduta”⁸.

⁴ Ibid., p. 178.

⁵ Ibid., p. 170.

⁶ SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 142.

⁷ SOUZA, L. A. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: Uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, n. 88, p. 167-186, jan./fev. 2011, p. 174.

⁸ Ibid., p. 174.

O fato é que a repressão severa ou a aplicação de medidas alternativas aos usuários de drogas não foram hábeis para desestimular o uso e, conseqüentemente, minorar a atuação do tráfico ilícito de entorpecentes. Prova disso é que, hoje, o tráfico de drogas é motivo de 24% das prisões no país segundo dados do Depen (Departamento Penitenciário Nacional) noticiados pela Folha de São Paulo⁹.

Além disso, a população carcerária de presos por tráfico cresceu quase quatro vezes (de 32 mil para 125 mil) entre os anos de 2005 e 2011, ao passo que a população carcerária como um todo aumentou 1,7 vez (de 294 mil para 514 mil) no mesmo período¹⁰.

Daí a necessidade da reflexão: o que é possível fazer para preservar as garantias individuais da pessoa humana e, ao mesmo tempo, combater esse problema que assola a humanidade hodiernamente?

Em síntese, o presente estudo tem por objeto a demonstração da incompatibilidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 e os princípios orientadores do Direito Penal.

2 METODOLOGIA

Para a realização desta pesquisa utilizar-se-á os métodos dedutivo bibliográfico e lógico jurídico.

3 A POLÍTICA CRIMINAL COMO FORÇA MOTRIZ DA REPRESSÃO AO USO DE DROGAS

Talvez o maior problema da criminalização da conduta do porte de drogas pelo usuário seja a identificação de um bem jurídico penal e validamente tutelável, eis que não há uma clara delimitação do perigo ou dano causado a outrem por quem porta uma substância ilícita.

Como bem ensinou Liszt, “Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A proteção de interesses é a essência do direito

⁹ TRÁFICO de drogas é motivo de 24% das prisões do país. **Folha.com**, São Paulo, 12 mai. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1089429-traffic-de-drogas-e-motivo-de-24-das-prisoas-do-pais.shtml>. Acesso em: 11 jun. 2012.

¹⁰ TRÁFICO de drogas é motivo de 24% das prisões do país. **Folha.com**, São Paulo, 12 mai. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1089429-traffic-de-drogas-e-motivo-de-24-das-prisoas-do-pais.shtml>. Acesso em: 11 jun. 2012.

[...]”¹¹. Assim, para que uma determinada ação humana seja reprovada criminalmente, é necessário que exista um bem jurídico tutelado claro e determinado.

Para justificar a criminalização desta conduta, o legislador pátrio incluiu o porte para uso entre os crimes que ofendem a incolumidade pública ou a saúde pública. Trata-se de crime de perigo abstrato, já que o tipo não exige a concreção efetiva do perigo para a consumação do crime. O sujeito passivo desse crime é o Estado, a coletividade¹².

Conforme já se afirmou acima, não são raros os movimentos em prol da definitiva descriminalização da conduta de porte de drogas ilícitas para uso próprio em virtude da inexistência de um bem jurídico penalmente claramente tutelado. Do mesmo modo, existem aqueles que defendem o restabelecimento da pena de prisão para os infratores do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Exemplo disso foi o Projeto de Lei nº 111/10 apresentado pelo então Senador Demóstenes Torres, que visava à aplicação de pena privativa de liberdade aos usuários que fossem surpreendidos portando substâncias ilegais. Todavia, o porte de droga ilícita continua sendo uma conduta criminosa, ainda que não punida com pena privativa de liberdade.

De acordo com Greco Filho, “A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa”¹³. Segundo ele, “Mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos”¹⁴.

Não se pode negar nesse aspecto a forte influência das conveniências da política criminal estatal, que, via de regra, conforme já se afirmou acima, se rende às pressões externas (principalmente estadunidense) para criminalizar a conduta do porte para uso próprio, visando a mingua do tráfico ilícito de entorpecentes.

O grande problema é que o argumento da criminalização por pura política criminal não se sustenta sem a existência de um bem jurídico penalmente tutelado claro e determinado.

Nesse sentido, Roxin assevera que:

[...] os valores e as finalidades fundamentais serão fornecidos pela *política criminal*. E não por qualquer política criminal, que poderia ser desde lei e ordem até abolicionista, mas pela política criminal do Estado Social e Democrático de Direito,

¹¹ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 139.

¹² FRANCO, Paulo Alves. **Tóxico: tráfico e porte**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 98.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção-repressão: comentários à Lei nº 6.368. 10. Ed.** São Paulo: Saraiva, 1995, p. 119.

¹⁴ *Ibid.*, p. 119.

que adscrive ao Direito Penal uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos, através da prevenção geral e especial, sempre com respeito absoluto aos direitos e garantias constitucionalmente assegurados. As decisões valorativas fundamentais encontram-se, assim, positivadas constitucionalmente, e é dentro destes limites que a política criminal atuará, concretizando-as, racionalizando-as, levando em conta o conhecimento empírico, refletindo sobre alternativas mais eficazes e menos gravosas para a realização destes fins básicos¹⁵.

Ora, qualquer olhar desprovido de sentido enviesado ou preconceituoso sobre o usuário de drogas é capaz de notar que a criminalização do porte de drogas ilícitas destoa de vários princípios constitucionais e penais.

Cite-se, por ora, o princípio da igualdade.

É fato notório que os usuários de drogas lícitas (álcool e tabaco, por exemplo) também colocam em perigo a saúde pública (de acordo com a perspectiva de Vicente Greco Filho), ensejando gastos cada vez maiores por parte do Poder Público. Daí as perguntas: se os usuários de drogas lícitas também põem em risco a saúde pública, qual a razão da exclusiva incriminação de quem porta droga ilícita? O bem jurídico tutelado não é o mesmo?

As respostas para estas questões residem no velado preconceito existente contra o estilo de vida do usuário de drogas, o qual é costumeiramente associado a um perfil improdutivo e de conduta perigosa, dado o seu estreito relacionamento com traficantes.

Destarte, o bem jurídico supostamente protegido pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/06 é incoerente e dúbio, já que não se manifesta com a clareza necessária para a incriminação de uma conduta.

Isso significa também que a mera referência à perigosidade de uma ação não é suficiente para excluir que essa ação pertença ao âmbito de privacidade ou de autonomia do cidadão. E deve-se atentar que o perigo concreto é a consequência da perigosidade e o elo entre a perigosidade e o dano. Isso significa que *danos indiretos*, como os custos para o sistema de saúde, o cometimento de outros fatos delitivos por terceiros ou o apoio ao terrorismo ou à criminalidade organizada tampouco são prova suficiente de que se ultrapassou a esfera de autonomia¹⁶.

Como bem defende Roxin, não é qualquer política criminal que deve provocar a incriminação de uma conduta, sob pena de se criar um ordenamento jurídico autoritário, em desrespeito aos comezinhos ditames constitucionais. “Uma política criminal que queira produzir efeitos sobre a realidade, efetivamente protegendo bens jurídicos e garantindo a

¹⁵ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 64-65.

¹⁶ GRECO, L. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 18, n. 87, p. 84-102, nov.-dez./2010, p. 95.

segurança dos cidadãos em face do poder punitivo estatal, tem de conhecer a realidade sobre a qual irá atuar”¹⁷.

É inegável que, indiretamente, o usuário de drogas financia várias ações nocivas à sociedade perpetradas por organizações criminosas. Entretanto, o usuário não pode ser responsabilizado indiretamente por condutas que não praticou. Se não existe um bem jurídico efetivamente lesionado ou concretamente colocado em risco, não há que se falar em crime, logo, o usuário não deve receber qualquer tipo de sanção penal, independentemente da natureza da reprimenda.

Assim, quando o usuário adquire uma substância entorpecente ilícita entregando seus recursos financeiros ou patrimoniais ao traficante, não deve responder por qualquer ação posterior praticada por este, visto que tal atitude foge à esfera privada do consumidor de drogas, que não tem o domínio sobre as atitudes nocivas eventualmente praticadas pelo comerciante de drogas.

Importa mencionar que, com base neste raciocínio, as justiças argentina¹⁸ e alemã, por meio de suas cortes supremas, já decidiram que o porte de drogas para uso próprio não mais configura conduta criminosa, “[...] sendo que o Tribunal alemão se referiu à perigosidade até para explicar por que o comportamento em questão já não pertence à esfera privada. Perde-se vista que, se perigosidade e danos indiretos indicassem que se saiu da esfera privada, até pensamentos poderiam ser punidos”¹⁹.

Na Argentina, a decisão levou em conta o artigo 19 de sua Constituição Federal que declara que ações privadas apenas interessam a Deus e não ao Direito Penal. Sob este prisma,

[...] antes de perguntar pelo bem protegido já é necessário saber se o comportamento é algo que o Estado pode exigir que o cidadão preste contas. Nesse sentido, tem razão o Tribunal Constitucional argentino: se o comportamento pertence à esfera privada ou de autonomia do agente, a rigor sequer se coloca a questão do bem jurídico²⁰.

¹⁷ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

¹⁸ No caso Arriola e outros a Corte Constitucional argentina (Suprema Corte de Justiça da Nação) (Causa n. 9.080), em 25 de agosto de 2009, deu provimento ao recurso extraordinário interposto contra decisão condenatória pelo delito de posse de entorpecente para uso pessoal. O recorrente sustentou que o tipo penal previsto no art. 14, § 2º, da Lei 23.737/1989, na medida em que reprime a posse de drogas para consumo pessoal, seria incompatível com o princípio de reserva contido no art. 19 da Constituição argentina, que diz: “**Art. 19.-** Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

¹⁹ GRECO, L. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 18, n. 87, p. 84-102, nov.-dez./2010, p. 100.

²⁰ Ibid., p. 91.

Diante disso, é possível notar que a punição imposta pelo Brasil ao usuário que porta a droga para uso próprio destoa dos fins estabelecidos para a aplicação da pena e, por conseguinte, se afasta da “[...] sua legitimação metafísica, retributiva, absoluta [...]”, e “[...] passa a legitimar-se, em grande parte pelas suas consequências”²¹. Noutros termos, não se analisa a conduta do usuário em si como ato oriundo de sua esfera privada, mas sim através das consequências iminentes do consumo de drogas, mormente aquelas provocadas pelas organizações criminosas.

Ademais, está mais do que claro que a opção adotada pelo legislador brasileiro, a saber, a de criminalizar a conduta do usuário sem lhe atribuir pena privativa de liberdade, não é a mais adequada, porquanto foge dos anseios da prevenção geral positiva, isto é, a reafirmação da vigência da norma e dos valores violados pelo ofensor perante a sociedade.

As sanções entabuladas pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/06 também não são hábeis para alcançar a prevenção geral negativa, pois não provocam no corpo social um temor sobre as consequências da norma, logo, sob uma perspectiva utilitarista, não se justifica punir o usuário que tem em seu poder substância ilícita para uso próprio.

Em verdade, a opção pela criminalização da conduta em comento tem viés político-criminal, contudo desprovida do esteio constitucional que deveria justificar a reprochabilidade da ação. Trata-se de política por política, ainda que em desrespeito aos ditames constitucionais.

Nas palavras de Renato Marcão, “[...] é preciso destacar que não há política criminal que possa *dar certo* sem uma adequada postura de todos os envolvidos no enfrentamento da pandemia em que se tornou a dependência de drogas no Brasil”²². Ou seja, mesmo em termos práticos, de pouco adianta a repressão ao consumo de drogas por uma política criminal ilegítima quando os demais aparelhos estatais não funcionam adequadamente para reprimir o tráfico de entorpecentes, visto que a utilização dessas substâncias continuará em alta, independentemente da severidade da sanção imputada ao usuário.

Por fim, a política criminal por si só, desprovida de respaldo constitucional, não deve justificar a punição de alguém que pratica uma conduta sem lesar ou expor a perigo um bem jurídico alheio certo e determinado. Frise-se que “[...] uma proibição sem ganho social não pode ser justificada *diante da sociedade*. A sociedade arca com os custos da proibição,

²¹ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67.

²² MARCÃO, R. Tóxicos – artigo 28 da lei de drogas no projeto de lei nº 111/2010 – pena de detenção ou tratamento. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Editora Magister, Porto Alegre, n. 40, p. 30-37, fev-mar./2011, p. 37.

tanto no sentido econômico, como no sentido de que cada proibição significa a subtração de uma parcela de liberdade”²³.

Portanto, sob o ponto de vista do sistema de penas, especificamente considerado e conforme um sistema integral de Direito Penal, constata-se a inadequação do tratamento jurídico criminal da questão, havendo falta de merecimento de pena e desproporcionalidade e inadequação desta diante de um fato carente de bem jurídico tutelado. Culmina-se então por se revelar postura antiliberal e, assim sendo, contrária à sistemática jurídica brasileira²⁴.

Com efeito, se o bem jurídico supostamente tutelado não logra a devida clareza na consciência do jurisdicionado, turbando, assim, a noção real do perigo provocado pelos usuários de drogas lícitas ou ilícitas, nenhuma pena deve ser impingida ao consumidor que porta substância entorpecente ilícita, sob pena de se colocar em jogo o corolário do Estado Democrático de Direito e as garantias que lhe são inerentes.

4 DA (IN)UTILIDADE DA APLICAÇÃO DA PENA NOS CASOS DE PORTE DE DROGAS ILÍCITAS PARA USO PRÓPRIO

Em sua obra intitulada Tratado de Direito Penal Alemão, Franz von Liszt, ao discorrer sobre a lei penal, asseverou que:

Ao cidadão de intenções retas, ela mostra, sob a forma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos; aos homens dotados de sentimentos menos apurados, ela põe em perspectiva, como consequência do ato injurídico, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso às tendências criminosas²⁵.

De acordo com este jurista alemão e seu pensamento utilitarista, a execução da pena atua “[...] sobre os membros da coletividade em geral, porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia as tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos”²⁶.

Em outras palavras, Liszt pensava a pena não só como flagelo, mas sim como medida de proveito social, para aperfeiçoamento da sociedade.

²³ GRECO, L. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 18, n. 87, p. 84-102, nov.-dez./2010, p. 101.

²⁴ SOUZA, L. A. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: Uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 19, n. 88, p. 167-186, jan-fev./2011, p. 175.

²⁵ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higino Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 143.

²⁶ *Ibid.*, p. 143.

No Brasil, as penas admitidas e estabelecidas pelo ordenamento jurídico têm por finalidade não só a retribuição ao condenado do mal provocado pela prática do injusto, mas também busca a prevenção geral (da sociedade) e a prevenção específica ou especial (do criminoso) do crime.

A retribuição nada mais é do que o castigo imposto ao mal feitor que lesionou ou expôs a perigo um bem jurídico alheio socialmente relevante.

A prevenção geral tem por fim desestimular outros potenciais criminosos a praticar o mesmo crime (prevenção geral negativa) e, também, reafirmar a validade e o comando da norma violada (prevenção geral positiva).

A prevenção específica ou especial visa à recondução do infrator ao convívio social com o abandono de práticas nocivas à sociedade, bem como a reavaliação do bem jurídico lesionado pelo próprio delinquente.

É obvio que na perspectiva da pura retribuição do injusto não existe qualquer preocupação com a política criminal conforme apregoou Liszt, isto é, não se busca qualquer proveito social através da sanção penal aplicada ao criminoso. De outra sorte, por meio dos fins ligados à prevenção (geral ou específica) a pena projeta-se para um efeito futuro proveitoso à coletividade, daí dizer que se está diante de um conceito utilitarista²⁷.

Não se pode olvidar que a pena tem que conjugar tais fins para atingir os auspícios almejados pela sociedade. Entretanto, mais especificamente no que tange às sanções descritas no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, é possível notar que as medidas não encarceradoras não têm o condão de inibir novas condutas semelhantes, seja por parte do condenado ou de terceiro.

Nessa perspectiva, premente é a reflexão sobre o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, pois qualquer tipo de pena (inclusive as reprimendas corporais) aplicada ao usuário que porta drogas tem se mostrado inócua para combater o consumo e o tráfico de drogas. Noutros termos, independentemente da sanção penal aplicada (mais ou menos severa), o uso e o consequente porte de substâncias entorpecentes tem crescido nos moldes de uma progressão aritmética.

Daí a questão: porventura alguém que quis consumir droga deixou de fazê-lo, por que as condutas de vínculo físico com o entorpecente são previstas como crimes?²⁸. Não parece que resposta penal possua o condão de gerar uma segura racionalidade de renúncia ao

²⁷ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro**: lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

²⁸ SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 142.

vício ou ao prazer do uso de droga, independentemente se a sanção importe no encarceramento ou na aplicação de alguma outra medida não privativa de liberdade.

Segundo Luciano Anderson de Souza,

[...] parece inadequada uma concepção imbuída do ideal de neutralização do infrator para que não volte a delinquir, como uma resposta não prisional e, mais, relativamente a uma conduta de cunho autolesivo e, desta feita, eminentemente pessoal, para além de, muitas vezes, possuir aspecto exclusivamente médico²⁹.

Isso se deve ao fato de que o usuário de drogas pouco se importa com eventuais punições advindas da prática das condutas previstas no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, as quais são nitidamente brandas e visam precipuamente o não encarceramento do sujeito ativo.

Prova disso é que as penas descritas nos incisos I, II, e III do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 (advertência, prestação de serviços, ou medida educativa) sequer podem ser convertidas em pena privativa de liberdade em caso de descumprimento³⁰.

Pois bem, diante desta realidade, o infrator do dispositivo em voga não tem mesmo qualquer motivo para se sentir ameaçado, por que sabe que o encarceramento não lhe constrangerá pelo simples porte de droga ilícita para uso próprio. Em termos distintos, o tipo legal não é hábil para demonstrar a coercibilidade do comando legal.

Ora, tal afirmativa não é fruto da simples análise formal do artigo 28, ao contrário, a vivência e o cotidiano dos usuários mostram que a “punição” pelo porte de drogas ilícitas é ineficiente para prevenir outras práticas semelhantes.

Em um país em que é largamente difundida *impunidade* não se pode ocultar que o efeito de prevenção negativa da pena é diminuto, seja porque a probabilidade da punição é pequena, seja porque as reprimendas a alguns delitos são muito leves. Por conta de falhas nas instituições, com algum exagero pode-se dizer que a pena cominada coage psicologicamente aqueles que não são potenciais criminosos, ao mesmo tempo em que não intimida os que de fato estão na iminência de delinquir³¹.

Mormente no que tange as penas de advertência e de medida educativa é possível afirmar que estas sanções não atingem os fins colimados para qualquer pena a ser aplicada, porquanto contrariam o disposto para a fixação da pena (artigo 59 do Código Penal), a qual deve ser aplicada de forma a estabelecer “[...] o necessário e suficiente para reprovação e

²⁹ SOUZA, L. A. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: Uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 19, n. 88, p. 167-186, jan-fev./2011, p. 176.

³⁰ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução criminal**: teoria e prática: doutrina, jurisprudência e modelos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 476.

³¹ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro**: lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010, p. 20.

prevenção do crime”³².

A eventual aplicação dessas penas não tem se mostrado hábil para lograr a inibição da prática de novos crimes por terceiros (prevenção geral), nem, tampouco, o efetivo abandono do porte e uso de drogas ilícitas pelos condenados (prevenção específica). É de se notar que estes singelos objetivos poderiam ser tentados pela via administrativa e/ou sanitária, mediante a ação positiva do Estado em suas políticas públicas, independentemente da punibilidade da conduta de porte para uso próprio.

Além disso, a pena deve:

[...] converter o delinquente em um membro útil à sociedade (adaptação artificial). Podemos designar como *intimidação* ou como *emenda* o efeito que as penas visa, conforme se tratar, em primeiro lugar, de avigorar as representações enfraquecidas que refreiam os maus instintos ou de modificar o caráter do delinquente³³.

Frise-se que aqui não se quer pregar o encarceramento do usuário que porta droga para consumo próprio, visto que esta solução já se mostrou ineficiente outrora e, certamente, não logrará os fins colimados pelo ordenamento jurídico e, por conseguinte, entrará em rota de colisão com os princípios constitucionais orientadores do Direito Penal.

Isso significa que, de fato, nenhuma modalidade de pena prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro é capaz de suplantar definitivamente e legitimamente o consumo e o porte de drogas ilícitas, eis que não alcançam os fins entabulados para a aplicação da pena, principalmente aqueles ligados à utilidade social da reprimenda.

Neste liame, Amaury Silva ressalta que:

As várias décadas de utilização do sistema repressivo do Estado não alteraram o quadro do flagelo das drogas, bem como toda a complexa problemática da violência com ele trazida, que segue rota ascendente, justificando, assim, uma abordagem diferente, não como rendição a um problema intrincado ou insolúvel, mas organizando um sistema que minimiza os riscos e conseqüências pelo controle, prevenção e tratamento³⁴.

Assim, está patente que a isolada repressão ao usuário que porta drogas ilícitas não é hábil para atingir quaisquer das finalidades da pena, nem, tampouco, para frear o crescimento vertiginoso do consumo e do tráfico de drogas no Brasil. Na verdade, o Estado precisa encarar o consumo de drogas não só como um problema médico, mas, também, como

³² BRASIL. **Código penal**. Vade mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2012.

³³ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Traduzido por José Higinio Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell Editores, 2003, p. 144.

³⁴ SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 144.

um desafio social, dada a pulverização do uso nas mais diversas camadas sociais.

Em outras palavras, mesmo sob o argumento da política criminal, ainda que ilegítima, a criminalização do porte de drogas se mostra ineficiente e deve ser repensada pelo Estado, seja para reger a conduta em conformidade com a Constituição, seja para redelinear os objetivos da reprimenda. Assim, a descriminalização é urgente.

5 A VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO PENAL PELA INCRIMINAÇÃO DO PORTE DE DROGAS ILÍCITAS PARA USO PRÓPRIO

Conforme já se afirmou acima, todo tipo penal que descreve uma conduta criminosa deve possuir um bem jurídico protegido, pois, sem ele, não há razão para a vedação de uma conduta pelo Direito Penal, qual seja, a forma mais aguda de controle social formal existente num sistema democrático.

No crime em tela o bem jurídico tutelado pela norma penal é a saúde pública. No entanto, “[...] não se constata satisfatoriamente em que medida a higidez fisio-psíquica coletiva- quer seja de um número determinado ou indeterminado de pessoas – é atingida por uma ação que, em tese, denota a possibilidade de lesionar exclusivamente o agente perpetrador desta mesma ação”³⁵.

Deveras, o uso de uma substância entorpecente ilícita só é capaz de lesionar o próprio consumidor, fato que dificulta a identificação da existência de um risco a um bem jurídico pertencente à coletividade. Mais grave ainda é a incriminação do porte para uso, eis que não há um liame claro entre a conduta e o prejuízo jurídico penal, logo, inexistente justificção material válida para a incriminação.

Fora isso, a tipificação da conduta em comento não deve ser enxergada estritamente sob a perspectiva formal, antes, a ação de portar droga ilícita para uso próprio deve ser analisada sob o prisma do sistema jurídico como um todo, de forma conglobada, para, a partir daí, concluir se a incriminação do usuário que porta droga ilícita para uso próprio é legítima ou não.

Sob esse aspecto Amaury Silva ressalta que:

[...] haverá atipicidade conglobante, se a correlação da proibição em tela não resistir ao contexto da ordem normativa como um todo. Essa perspectiva cria forte

³⁵ SOUZA, L. A. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: Uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 19, n. 88, p. 167-186, jan-fev./2011, p. 169.

argumento em favor da tese da impossibilidade da criminalização das condutas ligadas ao uso próprio, em consideração ao direito à liberdade de expressão, pensamento e inviolabilidade à intimidade e vida privada [...]»³⁶.

A partir desse raciocínio, a criminalização do porte fica enfraquecida, já que afronta outros paradigmas jurídicos do ordenamento jurídico, desrespeitando, inclusive, garantias constitucionais conferidas ao indivíduo.

A Constituição Federal inscreveu a liberdade de expressão, pensamento e inviolabilidade à intimidade e vida privada como cabedal de garantias individuais, previsto no artigo 5º, incisos IV, IX e X. Assim, o próprio Estado não pode fomentar um Direito Penal que em seu conteúdo irá menosprezar tais garantias, porque de maneira direta e indisfarçável fará tabula rasa das garantias maiores³⁷.

Tudo isso não pode ser colocado de lado sob o argumento das consequências negativas provocadas pelo consumo de drogas ilícitas, fazendo da “política criminal” (política pela política) um fim em si mesma, sem levar em consideração aquilo que a Constituição consagrou como base do Estado Brasileiro.

Mais avançados nesse debate, os argentinos já enfrentaram esta antinomia de frente e declararam por meio de sua Corte Suprema a inconstitucionalidade da incriminação da posse de droga para consumo próprio.

“O Tribunal Constitucional (Corte Suprema de Justicia de la Nación) decidiu no dia 25.08.2009 que o tipo penal da posse de droga para consumo próprio é inconstitucional”³⁸. “A violação desse dispositivo leva à declaração de inconstitucionalidade do art. 14, §2º, da Lei 23.737 (parágrafo 36)”³⁹.

Tal decisão se esteou em dois fortes argumentos: primeiro, na inutilidade da incriminação da conduta do usuário que porta a droga e, segundo, pelo respeito à esfera privada do cidadão e às demais garantias constitucionais que lhe são atribuídas.

Diante disso, a comparação da decisão judicial argentina com a realidade brasileira é inevitável, visto que os dispositivos incriminadores guardam semelhanças textuais e, de igual modo, as garantias constitucionais violadas também são parecidas. Por isso, mister

³⁶ SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 137.

³⁷ Ibid., p. 140.

³⁸ GRECO, L. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 18, n. 87, p. 84-102, nov.-dez./2010, p. 85.

³⁹ GRECO, L. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 18, n. 87, p. 84-102, nov.-dez./2010, p. 87.

a ulterior enumeração de alguns princípios orientadores do Direito Penal (constitucionais ou não) violados pelo artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

5.1 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Na maioria das apreensões de drogas realizadas junto a usuários de substâncias entorpecentes ilícitas, o volume de tóxicos apreendido é mínimo, destinado à rápida utilização do dependente.

Tal constatação implica na indagação sobre a possibilidade da incidência do princípio da insignificância ou bagatela nos casos em que a droga ilícita apreendida for de pequena quantidade.

Como é sabido, o princípio da insignificância é amplamente aceito (aplicável a diversos crimes) pelo Supremo Tribunal Federal, bem como pelo Superior Tribunal de Justiça, mediante a conjugação dos seguintes requisitos: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Presentes tais requisitos, o princípio em voga funciona como causa de exclusão da tipicidade (material), isto é, mesmo sendo formalmente típica a conduta humana (por estar descrita no tipo legal), uma vez reconhecida a sua insignificância, o fato passa a ser atípico.

Sob estas premissas, alguns tribunais aceitavam a aplicação do princípio da insignificância ao usuário que portasse droga ilícita, desde que o fundamento legal para a punição residisse no perigo social que a sua conduta pudesse representar.

Embora reconheça o princípio da insignificância, o “[...] STJ, todavia, no estágio atual dos mais recentes pronunciamentos tem sido no sentido de não permitir tal interpretação, porque estaria a propiciar o aniquilamento da própria norma penal incriminadora”⁴⁰.

Para boa parte da doutrina e jurisprudência “A quantidade ínfima de tóxico não descaracteriza o delito, existente na substância o princípio ativo caracterizador da dependência física ou psíquica”⁴¹. Destarte, “O termo *para uso próprio* descrito no tipo penal sugere que a pequena quantidade de droga faz parte da própria essência do delito em questão”⁴².

É claro que o viciado contumaz ou ostensivo não deve se beneficiar da atipicidade

⁴⁰ SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 139.

⁴¹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 53.

⁴² *Ibid.*, p. 53.

gerada exclusivamente pelo princípio da insignificância, mesmo que traga consigo para uso próprio uma pequena quantidade de uma substância entorpecente.

Entretanto, a não aplicação do princípio da insignificância ao usuário eventual que pratica o crime descrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 se mostra uma opção preconceituosa e desconectada dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade, tendo em vista que a política social governamental se vale da “política criminal” para tentar solucionar problemas administrativos que a Administração Pública não consegue resolver administrativamente mediante o emprego de ações positivas efetivas para prevenir e reprimir o consumo de drogas ilícitas.

Uma política criminal ilegítima, desprovida do amparo das garantias individuais, não deve privar uma determinada conduta criminoso dos benefícios que usualmente são aplicáveis a outros crimes.

Assim, um usuário eventual que porta quantidade inexpressiva de entorpecente não deve ser considerado criminoso, pois sob a perspectiva do princípio da insignificância, o fato por ele praticado é atípico (atipicidade material), eis que sua conduta atende aos requisitos elencados pelas cortes superiores deste país, quais sejam: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; inexpressividade da lesão jurídica provocada.

5.2 PRINCÍPIOS DA SUBSIDIARIEDADE

O Direito Penal é o ramo do Direito que se dedica à preservação estrita dos bens jurídicos mais importantes de uma sociedade, em favor dos quais atua somente quando os demais ramos (do Direito) não forem capazes de atuar satisfatoriamente ou suficientemente para lhes resguardar.

Não obstante isso, o Direito Penal tem sido manipulado, de maneira nada ingênua, para solucionar alguns problemas que a classe política não consegue resolver na tutela dos interesses da Administração⁴³. Assim, os gestores se utilizam da ameaça penal para atingir os fins que deveriam ser alcançados por outros ramos do Direito, principalmente pelo Direito Administrativo.

Como é cediço, “[...] o uso de entorpecentes nada mais é do que uma questão médica, vinculada, pois, ao que deveria atrelar-se a uma questão de política de saúde pública e

⁴³ REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 72.

jamais de segurança”⁴⁴. Principalmente por esta razão as penas privativas de liberdade ou restritivas de Direitos não têm logrado êxito na prevenção ou repressão do uso de drogas ilícitas e o seu consequente porte.

Na verdade, as modalidades de sanções estabelecidas para o crime de porte de drogas ilícitas poderiam ser perfeitamente estabelecidas pelo Direito Administrativo, com resultados muito mais satisfatórios do ponto de vista social e muito menos vexatório do ponto de vista do usuário, que a cada apreensão é estigmatizado pelo forte preconceito ainda existente.

De maneira bastante lúcida, Amaury Silva assevera que:

O equilíbrio entre esses dois segmentos comportaria de maneira satisfatória uma regulação aquém desse ramo do Direito, por intermédio de diretrizes e normas administrativas e sanitárias. Dessa maneira, cremos que a previsão constitucional inibe o legislador ordinário penal de criar tipos que restrinjam aquelas garantias, provocando assim a ruptura na justaposição da ordem normativa, sendo razoável concluir-se pela atipicidade conglobante da conduta que vincula a droga ao próprio consumo⁴⁵.

Desse modo, se algum outro ramo do Direito é capaz de atingir os fins almejados pela sociedade, a atuação do Direito Penal não se sustenta em virtude do desrespeito ao princípio da subsidiariedade.

É preciso ressaltar que, recentemente, o Governo do Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça, o Ministério Público estadual e a seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP) assinaram termo de cooperação técnica que pretende tornar mais ágil o encaminhamento de dependentes químicos, em estado grave, para a internação compulsória a fim de que o viciado em drogas seja submetido a tratamento de desintoxicação.

Trata-se de um lampejo de ação administrativa, criticada por alguns e enaltecida por outros. Contudo, espera-se que tais medidas gerem resultados positivos para que a criminalização de algumas condutas do usuário seja definitivamente abandonada.

5.3 PRINCÍPIO DA ALTERIDADE

“Se o direito é relação de homem para homem e se o crime é lesão de um direito, não se pode o mesmo indivíduo ser autor e vítima de um crime [...]”, “[...] porque o homem

⁴⁴ SOUZA, L. A. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: Uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 19, n. 88, p. 167-186, jan-fev./2011, p. 179.

⁴⁵ SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 141.

não pode ter relações jurídicas consigo mesmo”⁴⁶.

No crime em comento, o único lesado é o próprio usuário que porta a droga, tendo em vista que nenhuma outra pessoa sofrerá as consequências diretas do consumo ou porte do entorpecente senão o consumidor.

Para que uma conduta seja considerada criminosa é necessário que exista uma lesão ou perigo de lesão efetivo a um bem jurídico alheio. Daí a expressão *alteridade*, proveniente da palavra *altero*, que significa *outro*. Isto é, o bem jurídico lesionado ou ameaçado tem que pertencer à outra pessoa que não seja o praticante da conduta.

Com efeito, “[...] não constituindo lesão de um direito ou bem jurídico de outrem, não podem constituir crime. Por conseguinte, entre sujeito ativo e sujeito passivo de uma ação aparentemente delituosa pode haver coincidência material, mas não jurídica”⁴⁷.

Embora seja formalmente caracterizada como criminosa a conduta do indivíduo que porta droga ilícita para uso próprio, não há que se falar em lesão a um bem jurídico alheio, logo, substancialmente, não há crime. Não obstante a preocupação social com o aumento exponencial do consumo e tráfico de drogas, a tutela penal não se justifica em virtude do princípio da alteridade. O uso e porte de substância entorpecente “[...] situa-se na esfera de privacidade de cada um, [...] pois o Direito não pode punir o autoprejuízo”⁴⁸.

Exemplo disso é o suicida que não consegue dar cabo da sua própria vida por circunstâncias alheias à vontade do agente. Nesse caso, quem pratica a ação atenta contra o seu bem jurídico mais importante, a vida. Mesmo assim, a tutela penal não se manifesta, ainda que esta conduta seja absolutamente reprochável pela sociedade, pelas religiões e pela moral.

No crime de porte de drogas para uso próprio, “[...] a destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. E é justamente pela falta de referência ao outro que a autolesão é impunível, não podendo falar-se em dano à sociedade”⁴⁹.

Em suma, não se deve punir o usuário que porta a sua droga pela mesma razão que não se pune aquele que tenta se suicidar, visto que, nesses casos, o castigo se mostra injusto e ilógico pela autodestruição total ou parcial do indivíduo, sem que haja qualquer tipo de violação a um bem jurídico alheio.

⁴⁶ FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Tradução de Luiz Lemos D’Oliveira. Campinas: Russel Editores, 2009, p. 358.

⁴⁷ Ibid., p. 359.

⁴⁸ SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**. Leme: J. H. Mizuno, 2008, p. 141.

⁴⁹ SOUZA, L. A. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: Uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 19, n. 88, p. 167-186, jan-fev./2011, p. 170.

5.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Notadamente, o princípio constitucional da igualdade é desrespeitado pelo disposto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, já que através dele se atribui um tratamento jurídico desigual e injustificado ao usuário de drogas ilícitas quando comparado àquele dispensado ao usuário de drogas lícitas. Ora, as drogas lícitas não causam dependência física ou psíquica? As drogas lícitas não geram consequências indiretas indesejáveis à sociedade tal qual geram as drogas ilícitas?

Para se encontrar as respostas para tais indagações, mister ter em mente que algumas práticas são nocivas à saúde humana (quando praticadas de maneira imoderada), tais como a ingestão de:

Comida gordurosa, álcool, masturbação, tatuagens ou esportes perigosos são todos permitidos. [...] Esses comportamentos não só são atualmente impunes, como eles tampouco parecem passíveis de punição. O consumo de drogas se assemelha em muitos aspectos a essas atividades, de modo que quaisquer argumentos que se aduzam em favor da punição da posse de droga para consumo próprio têm de superar o teste de que eles não levam a que se considerem puníveis tais atividades⁵⁰.

Tome-se por base o consumo de álcool no Brasil, que tem causado dependência física e psíquica em um verdadeiro exército de brasileiros, indivíduos que, não raramente, praticam atos de violência contra terceiros e, assim como os usuários de drogas ilícitas, ensejam gastos públicos por meio dos serviços de saúde pública. Qual seria então a razão do tratamento penal diferenciado?

Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a lei deva tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os *iguais* podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador. Este julga, assim, como *essenciais* ou *relevantes*, certos aspectos ou características das pessoas, das circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos *essenciais* previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas *situações idênticas*, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador⁵¹.

⁵⁰ GRECO, L. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 18, n. 87, p. 84-102, nov.-dez./2010, p. 99.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 215.

Destarte, é inegável que existe uma discriminação entre os usuários de drogas lícitas e aqueles que consomem entorpecentes ilícitos, tendo em vista que a lei impõe a estes um severo ônus criminal, enquanto aqueles se valem da irreprochabilidade penal de suas condutas para continuarem a consumir suas drogas lícitas.

Sob a perspectiva constitucional não há como negar que tanto o consumidor de drogas lícitas quanto o de drogas ilícitas permanecem em situações idênticas e, por isso, devem receber o mesmo tipo de tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico. Por essa razão, o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 não tem razão de existir.

Desse modo,

Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeito da medida considerada, devendo estar presente por isso uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade perseguida, sempre em conformidade com os direitos e garantias constitucionalmente protegidos⁵².

Nesta senda, para verificar se uma norma infraconstitucional observa o princípio da isonomia, basta examinar se existe um pressuposto lógico (uma finalidade razoável, proporcional) ou alguma permissão constitucional expressa que autorize aquela diferenciação⁵³.

No entanto, a criminalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 não guarda nenhuma das duas possibilidades e, por isso, demonstra seu teor discriminatório, preconceituoso e, acima de tudo, inconstitucional.

5.5 INTIMIDADE OU VIDA PRIVADA

“Intimidade é o direito de estar só, de não ser perturbado em sua vida particular; vida privada, por sua vez, é o relacionamento de uma pessoa com seus familiares e amigos, o oposto da vida pública, isto é, a que se vive no recesso do lar e em locais fechados.

A Constituição Federal confere ao indivíduo o direito à intimidade e à vida privada com vistas à expansão de sua personalidade, para que tenha ampla liberdade em sua esfera privada, sem que haja perturbação de terceiros. Assim, esfera privada é aquilo que não afeta os interesses de terceiros, tais como o modo de vida doméstico, os hábitos, o nome, os

⁵² MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 36.

⁵³ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 129.

pensamentos, a imagem, as relações afetivas etc.

Em virtude deste corolário, o Estado não deve interferir nas opções exclusivamente pessoais do indivíduo, isto é, aquelas escolhas que são atinentes ao seu modo de ser, que só lhe dizem respeito e a mais ninguém. Dentre estas escolhas se pode enumerar algumas: a do sujeito que escolhe praticar atos homossexuais ou invés de heterossexuais; ou, ainda, o sujeito que decide se tornar vadio ao invés de se dedicar ao trabalho.

Na mesma perspectiva é possível enquadrar o usuário que porta drogas ilícitas para uso próprio, eis que ele pode escolher entre usar substância entorpecente lícita, ilícita ou, ainda, ser um completo abstinente. Qualquer que seja a escolha do indivíduo estará acobertada pela garantia constitucional da intimidade e da vida privada, pois não lesa qualquer bem jurídico alheio, conforme já tratado no subtítulo destinado ao princípio da alteridade.

Nesse liame, Salo de Carvalho afirma que:

Os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam em nossa Constituição o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral. Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervir nas opções pessoais, impondo aos sujeitos determinados padrões de comportamento ou reforçando determinadas concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantido ao indivíduo a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos, 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 legítima⁵⁴.

Tal entendimento foi adotado como uma das linhas mestras que fizeram com que o Tribunal Constitucional argentino decidisse pela descriminalização da posse de maconha para uso próprio. O artigo 19 da Constituição argentina dispõe que:

Artículo 19. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ello no prohíbe⁵⁵.

Ressalte-se que, para a Suprema Corte argentina, o consumo de drogas está dentro dos limites privados de atuação do indivíduo, pois não prejudicam terceiro e somente interessam a Deus.

⁵⁴ CARVALHO, S. Apud SOUZA, L. A. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: Uma ainda necessária reflexão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 19, n. 88, p. 167-186, jan-fev./2011, p. 172-173.

⁵⁵ ARGENTINA. Constituição. *Constitución de la Nación Argentina*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

Através dessa interpretação, fica claro que o constituinte argentino quis separar aquilo que é exclusivamente moral daquilo que é jurídico. Destarte, o Tribunal Constitucional reconheceu que a incriminação do usuário que porta droga ilícita para uso próprio é fruto de uma reprochabilidade exclusivamente moral e que, por isso, não deve ir adiante, tendo em vista que a conduta em voga está isenta da autoridade dos magistrados e só deve ser aventada perante Deus.

Crê-se que uma exegese semelhante possa ser aplicada ao texto da Constituição brasileira, já que a motivação para a criminalização da conduta do porte não é outra senão o preconceito existente para com o usuário de drogas (de cunho exclusivamente moral) e tende a olvidar a inexistência de qualquer lesão ou perigo de lesão direta a terceiro.

Deste modo, a opção feita pelo usuário de drogas não deve ser entendida fora do prisma da intimidade e da vida privada, já que o seu comportamento não afeta o Direito de outrem, nem tampouco obsta que outros exerçam igualmente este mesmo Direito.

6 CONCLUSÃO

Os problemas relacionados ao tráfico e consumo de drogas ilícitas são absolutamente preocupantes para a sociedade hodierna, visto que tais condutas se relacionam direta ou indiretamente com as motivações de outros crimes igualmente nocivos à coletividade.

Ninguém discute que a repressão severa ao tráfico de drogas deva ser uma constante no sistema jurídico brasileiro, para que a oferta de entorpecentes seja drasticamente reduzida e, por conseguinte, o consumo diminuído.

Ocorre que se tem tentado combater o tráfico no Brasil nos moldes da cartilha estadunidense do *war on drugs*, isto é, criminalizando as condutas do traficante e também do usuário, para que este tenha receio de consumir drogas e, por consequência, não financie o comércio de drogas.

Sem dúvida se trata de uma iniciativa de política criminal, porquanto visa uma utilidade maior, que é o proveito social com incriminação da conduta do usuário que porta sua droga. Todavia, o ganho social desta política não deve ser arquitetado a despeito das garantias constitucionais individuais e dos princípios orientadores do Direito Penal.

Assim, para que exista uma política criminal legítima e coerente, o ordenamento jurídico tem que ser analisado de maneira conglobada para evitar qualquer antinomia entre as prerrogativas do indivíduo e os objetivos colimados pelo utilitarismo penal, sob pena de se

enfraquecer todo o sistema de garantias individuais.

Conforme já tratado acima, a criminalização da conduta do usuário, além de preconceituosa, é inútil, tendo em vista que nenhum usuário deixa de consumir seu entorpecente sob o receio de receber uma reprimenda penal, qualquer que seja a natureza desta, privativa de liberdade ou não.

Do contrário, a prevenção ao consumo de drogas deve ser realizada através de atitudes administrativas e positivas do Estado, eis que o Direito Penal deve ser encarado como *ultima ratio* da sociedade, de acordo com o princípio da subsidiariedade, ou seja, a opção pela criminalização de uma conduta só se justifica quando os demais ramos do Direito não conseguem proteger plenamente um bem jurídico legitimamente tutelado.

Nota-se, contudo, que a opção pela criminalização da conduta do porte em parte é fruto da ineficiência ou inexistência de políticas públicas administrativas para combater o uso de entorpecentes. Assim, a tipificação da conduta do usuário que tem em sua posse droga ilícita para uso próprio é a medida mais simples, porém, nem sempre é mais eficiente ou mais barata.

Paralelo a isso, cumpre ressaltar não há um bem jurídico claramente tutelado que justifique a punição do indivíduo que tem a posse da droga para uso próprio. Alguns tentam justificar a tutela da saúde pública como argumento da criminalização, alegando que o usuário demanda gastos públicos da saúde.

Suponha que um indivíduo, no afã de se suicidar ampute suas mãos. Levado a um hospital público é submetido a várias cirurgias para reconstruir os membros amputados. Depois, esse mesmo paciente recebe acompanhamento psicológico e fisioterápico para se recuperar dos traumas por ele causados. Pergunta-se: a saúde pública será lesada por um ato de autolesão? Sim. O automutilador sofrerá alguma sanção penal? Não.

Ademais, o suposto bem jurídico tutelado pelo artigo 28 Lei nº 11.343/06 se esvai diante princípio da igualdade, dada a diferença de tratamento entre os usuários de drogas lícitas e ilícitas. Enquanto o usuário que porta droga ilícita pode ser considerado criminoso, o alcoólatra, por exemplo, não pratica qualquer fato típico, mesmo que enseje prejuízos à saúde pública. De igual forma, enquanto o usuário de substância entorpecente pratica um fato típico, o fumante contumaz, ainda que fique internado em um hospital público por muito tempo em virtude de um câncer de pulmão, não sofrerá qualquer constrição penal.

Outro despautério é a não aplicação do princípio da insignificância ao indivíduo que traz consigo uma pequena porção de entorpecente para uso próprio. Aqui se verifica mais um desrespeito ao princípio da igualdade, motivado principalmente pelo preconceito, haja

vista que vários delitos mais graves recebem as benesses da atipicidade material gerada pelo reconhecimento do princípio da insignificância.

Outrossim, o legislador brasileiro tem se esquecido da garantia constitucional da intimidade e vida privada conferida ao cidadão, o qual tem direito de eleger seus próprios hábitos, ainda que prejudiciais a si, desde que não interfiram no direito de terceiro.

Deste modo, a incriminação do porte para uso próprio não deve ser enxergada exclusivamente sob o prisma do utilitarismo sistêmico em prol de uma pseudopolítica criminal estatal, antes, qualquer restrição ou ameaça de restrição à liberdade do indivíduo, por mais ínfima que seja, precisa ser confrontada com os ditames constitucionais que irradiam seus efeitos sobre o Direito Penal. Daí a necessidade da imediata descriminalização, respaldada nos princípios da insignificância, da subsidiariedade, da alteridade, da igualdade e da garantia constitucional da intimidade e da vida privada.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación Argentina**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Campinas: Russel Editores, 2009.

FRANCO, Paulo Alves. **Tóxico**: tráfico e porte. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GRECO, L. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 18, n. 87, p. 84-102, nov./dez. 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção-repressão: comentários à Lei nº 6.368. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. t. I. Campinas: Russell Editores, 2003.

MARCÃO, R. Tóxicos. Artigo 28 da lei de drogas no projeto de lei nº 111/2010 – pena de detenção ou tratamento. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, n. 40, p. 30-37, fev./mar. 2011.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. **Tóxicos**: doutrina, prática, jurisprudência, legislação. 2. ed.

Bauru: Jalovi, 1982.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. **Execução criminal**: teoria e prática: doutrina, jurisprudência e modelos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Fundamentos de direito penal brasileiro**: lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SOUZA, L. A. Punição criminal ao porte de entorpecentes para uso próprio e irracionalismo repressivo: Uma ainda necessária reflexão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 19, n. 88, p. 167-186, jan./fev. 2011.

TRÁFICO de drogas é motivo de 24% das prisões do país. **Folha.com**, São Paulo, 12 mai. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/42397-traffic-e-motivo-de-24-das-prisoas-no-pais.shtml>>. Acesso em: 11 jun. 2012.

VADE Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2012.