

**A**

substância entorpecente

e o seu consumidor

Marcos José Pinto

Promotor de Justiça Militar em Campo Grande/MS.
Doutorando em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA).
Especialista em Direito Processual Penal pelo Instituto Nacional de Pós-Graduação.
Ex-professor de Direito Processual Penal I e II, na UFMS,
e de Direito Penal Militar (Parte Geral), na Escola de Administração do Exército (EsAEx).

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o estudo da incriminação do usuário de entorpecentes na sociedade civil. O seu propósito consiste em investigar, como problemas centrais, quem é considerado usuário e quem se caracteriza como traficante em nossa legislação pátria. Além disso, verifica-se se o referido usuário deve ser merecedor de tratamento (política preventivo-educativa) ou criminalização (política repressiva). O objetivo geral, formulado como hipótese central de investigação, aborda esse fato à luz da bioética e seus princípios, bem assim, analisando-se as jurisprudências no Brasil e na Argentina, via Direito Comparado. Em conclusão, enfatiza-se que o tema em foco, embora tenha sido despenalizado no Brasil, é problema afeto à saúde pública, não devendo ter o Direito Penal como órgão de tutela. Carecemos, com a urgência que o caso requer, da descriminalização dessa conduta (de consumir drogas), a exemplo do que fez a Corte Suprema da Argentina. Educar, e se for o caso, tratar o usuário, em vez de puni-lo, parece ser a alternativa mais viável.

PALAVRAS-CHAVES: Entorpecentes. Incriminação. Usuário. Despenalização.

ABSTRACT: This paper aims the studying of incrimination of the user of drugs in society. Its purpose is to investigate, as central problems, who is considered to be an user, and who is characterized as a drug dealer in our homeland legislation. Moreover, it is verified if the user of drugs should be worthy of treatment (preventive and educational policy) or criminality (repressive policy). The overall goal, formulated as central hypothesis of research, addresses this fact in light of Bioethics, and its principles, as well as it analyzes cases from Brazil and Argentina, through comparative law. In conclusion, we emphasize that the central subject, although it has been decriminalized in Brazil, it affects public health and it should not have the Criminal Law as the organ of guardianship. With urgency that this case requires,

we need the decriminalization this conduct (of using drugs), as it was done by the Supreme Court of Argentina. The education, and if it is the case to use treatments to the user, rather than punishments, seems the most viable alternative. Ouvrir. Ler foneticamente. Dicionário

KEYWORDS: Drugs. Incrimination. User. Descriminalization.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceitos – 3. Normas legislativas – 4. A bioética e seus princípios – 5. Ao usuário: tratamento ou criminalização? – 6. Confronto da jurisprudência nas cortes supremas do Brasil e da Argentina – 7. Considerações finais – 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

“A verdade alivia mais do que machuca. E estará sempre acima de qualquer falsidade, como o óleo sobre a água.” (Miguel de Cervantes)

O tema em questão é instigante e provocativo. Afastada a óbvia “punição” que deve ter o consumidor de entorpecentes na Justiça Militar, em singela opinião, não nos moldes do que enuncia o artigo 290, do Código Penal Militar, poderíamos começar pelo final, asseverando que o assunto da incriminação do usuário de drogas no meio civil é um grande equívoco, vez tratar-se a questão de um problema de saúde pública, ou, com algum exagero, de direito à intimidade, à vida privada, à autonomia da decisão, ou à autodeterminação, enfim, a tudo, menos matéria afeta ao Direito Penal. Isso porém, por si só, seria muito simples. Como consta na canção feita para as crianças na rua, na voz da saudosa Mercedes Sosa, a situação é bem mais aguda. É o que vemos *in verbis*:

A esta hora, exactamente, Hay un niño en la calle... Hay un niño en la calle! Todo lo toxico de mi país a mi me entra por la nariz. Lavo autos, limpio zapatos, huelo pega y también huelo paco. Es honra de los hombres proteger lo que cresce, cuidar que no haya infancia dispersa por las calles, evitar que naufrague su corazón de barco, su increíble aventura de pan y chocolate poniéndole una estrella en el sitio del hambre. De otro modo es inútil, de otro modo es absurdo ensayar en la tierra la alegría y el canto, porque de nada vale si hay un niño en la calle.

As questões fundamentais a serem abordadas no presente trabalho se centralizam nos seguintes problemas: a) Quando se caracteriza a condição de usuário de drogas? b) Quem pode ser considerado usuário, e quem é considerado traficante? c) O usuário de drogas deve ser tratado (política preventivo-educativa) ou criminalizado (política repressiva)? d) Como a bioética analisa o problema?

Uma das matrizes do problema em questão é que não existem políticas de Estado em matéria de educação para a saúde, nem saúde pública que se ocupe pontualmente do tema (do uso de drogas), uma vez que não podemos perder de vista que a criminalização de uma conduta, como dito, respeitando as opiniões em contrário, é a *ultima ratio* de um sistema penal. Sociologicamente, o tema das drogas nunca poderá ser um assunto de governo, mas sim uma razão de Estado, com apontamento para a saúde e a educação, a fim de que esses sejam os suportes da liberdade individual. Qualquer cidadão medianamente informado sabe que só o aumento do rigor punitivo não consegue resolver um problema que tem outras causas muito mais profundas.

O professor constitucionalista Bidart Campos, escrevendo o artigo “A nova jurisprudência da Corte em matéria de drogas”, enfatizou que o artigo 19 da Constituição argentina imuniza as ações privadas dos homens que não ofendem a ordem, nem a moral pública, nem os direitos de terceiros, subtraindo as ações das autoridades dos juízes para entregá-las ao juízo de Deus, criando uma zona de reserva ou autonomia pessoal que é a liberdade juridicamente relevante, é o direito à liberdade, inofensivo ao bem comum, é o campo da licitude jurídica. Estaria ele correto?

Este modesto manuscrito, sem a pretensão de apresentar respostas definitivas, tem a intenção de despertar um salutar debate e uma reflexão sobre as ideias que serão propostas.

2. CONCEITOS

“Yo soy un hombre sincero, de donde crece la palma, y antes de morirme quiero echar mis versos del alma...con los pobres de la tierra, quiero mis versos dejar.” (José Martí)

Preliminarmente, cumpre-nos tentar definir o que seja usuário, bem como quem pode ser considerado traficante. Usuário é todo cidadão, doente, dependente, que utiliza droga para seu próprio prazer. Em regra, é pessoa des-

possuída de bens materiais, não ostenta riqueza; ao contrário, vive sempre na miséria, com o único intuito de conseguir bens materiais, muitas vezes praticando crimes para permutá-los por drogas. Enfim, é o sujeito que se “enquadra” no que prevê o §2º, do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, *in litteris*:

Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Traficante, por outro lado, é a antítese do usuário. É o cidadão de posses, com prestígio e poder, que normalmente não faz uso de drogas (regra básica de todo traficante), que sempre porta grandes quantias de dinheiro, mora em mansões, em suma, explora os usuários consumidores, com o intuito de lucro, às custas da miséria humana. É aquele que não se amolda ao que elenca o artigo retromencionado da Lei nº 11.343/06. O sentido da palavra “tóxico” é muito bem definido, não deixando qualquer dúvida a seu respeito. Ele deriva diretamente do vocábulo grego “*toxon*”, que significa “arco”, referindo-se ao uso de flechas envenenadas. Assim, tóxico é veneno.

O veneno, na sociedade do espetáculo, foi convertido em consumo – atualmente com certo prestígio, pois passou a ser quase um costume social, um uso como se fosse uma recreação compartilhada, em especial pelos jovens. A existência do tóxico dá-se dentro de um contexto social e espiritual, sendo ele promovido como forma de se esquecer dos fundamentos, dos afetos, da estrutura familiar, bem como da ética e da finalidade dos grupos humanos.

Na antiguidade, o uso de drogas era restrito, e sempre foi unido à visão cósmica, mágica ou religiosa da vida. Também se usavam drogas como fins médicos (terapêuticos). Para os aborígenes, era uma forma de se conectar com os deuses. A droga era o fator intermediário, a forma possível de mediação sagrada entre o homem e o sobrenatural. Hoje, como dissemos, estamos em uma sociedade do espetáculo. Temos uma sociedade secularizada, individualista, baseada na ética de mercado. A família e a escola perderam força educativa. O Estado omite-se. A mídia forma, como e quando quer, opiniões. Nesse marco simbólico e fantástico de criação permanente de sonhos, cresce o jovem de hoje.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) estabeleceu, genericamente, que droga é toda substância que tem capacidade de modificar uma ou várias funções do organismo. Ainda segundo a OMS, “dependência psíquica é o impulso psicológico que leva ao uso contínuo da substância”, e “dependência física é o estado fisiológico, manifestado por sintomas dolorosos, decorrente da interrupção da ingestão da substância em questão”.

Assim, diante dessa realidade, o tóxico começou a se inserir, inaugurando um “novo” caminho. O vazio de sentir e existir, a alienação, a incerteza, acompanham o jovem nesse contexto, especialmente quando falham a família, a escola e as instituições. Somente resta uma alternativa. A prevenção-educação, em conjunto com o oferecimento de oportunidade aos jovens usuários de drogas, para poder remediar a atual situação. Longe de ser uma técnica, isso passa a ser um ato ético e cultural, que no mínimo pode amenizar o problema. Seria uma busca às origens, aos princípios e aos fundamentos, para poder-se edificar um projeto: o de livrar as pessoas do consumo de drogas. Atualmente, a estatística acerca da questão das drogas ilícitas é alarmante. A ONU condensa dados, estimando que 5% (cinco por cento) da população mundial sejam consumidores de drogas ilícitas, o que equivale a aproximadamente duzentos milhões de usuários, eventuais ou frequentes, de maconha, cocaína, heroína, anfetaminas, entre outras. Para tanto consumo, estima-se a produção anual de mais de dez mil toneladas de drogas. Em um atual sistema penal seletivo e estrutural, como falou Zaffaroni¹, que funciona de maneira irracional, bárbara e genocida, cumpre-nos apontar um novo direcionamento para a questão envolvendo o mero usuário de drogas.

O Brasil, em razão de suas dimensões continentais e da fronteira e proximidade com países produtores de drogas (como o Paraguai, a Bolívia e a Colômbia) e em razão de sua imensa população, carecia de uma legislação que apresentasse mecanismos mais eficazes no enfrentamento punitivo das drogas. Importante seria, além disso, estabelecer como prioridade medidas preventivas ao uso indevido de tais substâncias. Ademais, torna-se urgente o reconhecimento expresso em sede legislativa das diferenças entre usuário, pessoa em uso indevido, dependente, e traficante de drogas, dando a cada um tratamento diferenciado. Por sorte, isso ocorreu com a publicação da Lei nº 11.343, de 23.08.2006.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan Editora, 2001.

3. NORMAS LEGISLATIVAS

“Há mais coisas entre o céu e a terra, do que pode imaginar nossa vã filosofia Horácio... É um nobre coração que assim parte.” (Hamlet - W. Shakespeare)

Consoante Maquiavel², a conquista e a manutenção do poder, bem como os cuidados para não perdê-lo, com os fins justificando os meios, constituíam a base da ação governamental antigamente. Felizmente, hoje temos as normas e os juízes. No Brasil, a primeira legislação criminal que puniu o uso e o comércio de substâncias tóxicas vinha contemplada no Livro V das Ordenações Filipinas: quem guardasse em casa ou vendesse substâncias como o rosalgar e o ópio poderia perder a fazenda, ser expulso do Brasil e enviado para a África. Depois vieram o Código Penal Republicano de 1890, a Consolidação das Leis Penais em 1932, o Decreto 780, modificado pelo Decreto-Lei 891 de 1938, o Código Penal de 1940 e finalmente a Lei nº 6.368, de 1976, que continuou em vigor, apesar de constituir um texto legal claramente ultrapassado, até ser revogada pela Lei nº 11.343/06.

Na legislação brasileira, a novel Lei sobre Drogas (nomenclatura da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) veio acompanhada de algumas inovações no tocante à parte criminal, de modo bem diverso daquele tratado na Lei nº 6.368/76 e também nos dispositivos vetados da Lei nº 10.409/02. Entretanto, não obstante sua tramitação legislativa lenta, feita e refeita, ainda assim ensanchou possibilidades de eliminar textos que ensejam dúvidas ou pluralidade de interpretações.

A primeira celeuma, seguramente, diz respeito à tipificação sobre a conduta do indivíduo considerado usuário de drogas. Pratica-se ou não conduta infracional criminosa? A doutrina já está se manifestando dubiamente, situação que seria totalmente pacificada se o legislador fosse mais preciso. É o que se observa em relação à conduta disposta no art. 28, inserta no Título III, Cap. III, como se vê a seguir:

Título III - Das Atividades de Prevenção Do Uso Indevido, Atenção, e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas

² MAQUIAVEL, Niccolo. O Príncipe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

Capítulo III- Dos Crimes e das Penas:

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

§1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Portanto, de acordo com o § 2º, do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, encontramos resposta às indagações sobre ser ou não tráfico a droga apreendida para consumo próprio (ocorre, como já dissemos, a caracterização ou não da figura do usuário) ou para outro fim.

O artigo 28 da citada lei figura no capítulo que trata dos crimes relacionados unicamente às condutas do título “Das atividades de prevenção do uso

indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas”, e o capítulo refere-se aos crimes e às penas às quais está sujeito o infrator. Contudo, não há, no artigo em tela, propriamente, cominação de pena privativa de liberdade, nem mesmo pecuniária. Porém, há menção à prestação de serviços à comunidade, que, por si, é sanção do tipo pena, a teor dos arts. 43 e 44 do Código Penal. Assim, ou estão criadas novas modalidades de sanções penais (advertência e medida educativa), ou a lei se referiu a essas sanções com o vocábulo pena sem sua definição propriamente do Direito Penal. Ademais, como sabemos, inexistente infração penal sem cominação de pena.

E quais as consequências da incógnita? Muitas. Desde a questão da reincidência, do conflito de leis ou do tratamento nominal ao infrator (criminoso?), até mesmo questões civis, como tutela, pátrio-poder e outras, tais quais trabalhistas, etc. E caso o infrator não cumpra a prestação de serviços ou medida educativa, a sanção por sua desídia é a aplicação de multa, a ser fixada consoante o art. 29. Mas essa multa não é pena de multa, tal qual o art. 49 do Código Penal estipula, porém reprimenda pela não realização da determinação judicial. E, em hipótese alguma, poderá ser revertida em quaisquer outras penas, pois que nem mesmo a multa de natureza originária penal assim o pode. Então, caso o infrator não cumpra a determinação judicial, ficará sem nenhuma obrigatoriedade de cumprimento, salvo a execução civil da própria multa, funcionando a decisão judicial como título executivo. Poder-se-ia se falar na ocorrência do crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), o que, sinceramente, não parece cabível. Para o não cumprimento dos incs. II e III do art. 28, já existe a cominação de sanções específicas, ou seja, a admoestação e a multa do § 6º do mesmo artigo. Logo, inviável duas sanções pelo mesmo descumprimento, porque a multa já é o castigo pela não obediência. Deveras, está fecundada mais uma polêmica para a legislação penal brasileira, a ser resolvida em nossos pretórios, já tão abastecidos com centenas de falsos truísmos legais. Eis nosso dilema legislativo.

Na vizinha Argentina, normatiza o problema das drogas a Lei nº 23.737/89, que, em relação ao assunto ora analisado (criminalização do usuário), elenca, em seu artigo 14, o porte (“*La tenencia para el consumo*”) para uso pessoal, *in litteris*:

Art. 14.- Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa...el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por

su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal.

Interessante é registrar o que dispõe o artigo 15 da citada lei, descriminalizando a mastigação da folha de coca: “*La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefaciente*”.

4. A BIOÉTICA E SEUS PRINCÍPIOS

“Sê feliz jovem, enquanto és jovem.” (Eclesiastes)

Bioética, na precisa lição de João dos Santos do Carmo e Jusele de Souza Matos, é “disciplina que busca discutir, refletir e lançar bases criteriosas para a prática da ética nas pesquisas, nas decisões e nas aplicações biotecnológicas que envolvem seres humanos e outros seres viventes”.

Para a Encyclopedia of Bioethics, Bioética é definida como “[...] estudo sistemático das dimensões morais, incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar” e ainda como “estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios éticos”.

Falando sobre a bioética jurídica, o professor Dr. Eduardo Luis Tinant ensina que:

Bioética jurídica es la rama de la bioética que se ocupa de la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de la problemática bioética, constituyendo al mismo tiempo una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre la bioética y el derecho, a escalas nacional, regional e internacional. Bioética y derecho. La bioética es en su “núcleo duro” una parte de la ética, pero es también algo más que ética. Fenómeno social y actividad pluridisciplinar que procura armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los Derechos Humanos y en relación con los valores y principios éticos universalmente

proclamados, se encuentra hoy en la encrucijada entre la manipulación de la vida y la atención de la salud y el bienestar de las personas, procurando no solo interpretar sino también orientar los extraordinarios avances de la moderna tecnociencia y los cambios sociales y culturales de la globalización. Se plantea así la necesidad de volver a considerar la dignidad del hombre como un valor superior al de la utilidad económica y de afirmar la primacía del orden ético sobre la técnica y los intereses puramente comerciales, mediante una toma de conciencia individual y colectiva respecto de la capacidad y la sensibilidad de prever efectos y riesgos sobre el inadecuado uso de las aplicaciones de ciencia y tecnología sobre la vida.

O campo da bioética, assim, é bastante amplo, tratando de assuntos variados, como o do tema em questão (do usuário, sua incriminação e as drogas), envolvendo administração da vida e da morte em todos os seus aspectos, tais como pesquisa com seres humanos e animais; direitos reprodutivos/reprodução assistida; engenharia genética; aborto; eutanásia; transplante de órgãos e tecidos, etc. Faremos uma breve análise sobre os quatro princípios angulares da bioética: autonomia, consentimento informado, beneficência e justiça.

I) Princípios bioéticos da autonomia e do consentimento informado

Cada individuo adulto é soberano para tomar decisões livres sobre o estilo de vida que deseja. (Voto do juiz Dr. Lorenzetti, da CSJN, no caso “Arriola”- Fallos: 9080).

O princípio da autonomia (também chamado de "autodeterminação") é aquele que visa reconhecer o direito da pessoa humana de decidir acerca da utilização de determinado procedimento ou tratamento médico, livre de interferência ou pressão externa, levando em conta seus valores mais íntimos. Affonso Renato Meira, professor titular de medicina da USP e presidente da Associação Brasileira de Ética Médica (Abradem), em seu artigo intitulado "O direito de dizer não", publicado no jornal O Estado de São Paulo, define o referido princípio do seguinte modo: “A autonomia se refere a um conjunto de diversas noções, incluindo auto governança, direito à liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade para seguir seus desejos e decidir sobre seu comportamento. Enfim, ser sua própria pessoa”.

No mesmo sentido, o Doutor Marco Segre, também professor titular de medicina da USP, em um parecer sobre o assunto em análise, define:

Autonomia, de acordo com sua etimologia grega, significa capacidade de governar a si mesmo... é a capacidade de auto-governo, uma qualidade inerente aos seres racionais que lhes permite escolher e atuar de forma pensada, partindo de uma apreciação pessoal das futuras possibilidades, avaliadas em função de seus próprios sistemas de valores... é uma qualidade que emana da capacidade dos seres humanos de pensar, sentir e emitir juízos sobre o que considera bom". Desta forma, Shultz afirma que: "decisões sobre tratamento médico envolvem tanto incerteza quanto conflitos de julgamento e de valores, nem os peritos nem a sociedade podem julgar o que é melhor para um indivíduo, melhor do que ele mesmo.

Destarte, indagamos: pode o usuário de drogas optar por não querer se tratar? De acordo com os dois princípios bioéticos a seguir citados, sim.

Os legisladores de nossa Constituição se incumbiram de assegurar condições favoráveis para a busca da felicidade. Eles reconheceram o significado da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto. Sabiam que somente uma parte da dor, do prazer e das satisfações na vida é encontrada nas coisas materiais.

Da "autonomia" decorre inexoravelmente um outro princípio bioético denominado "consentimento informado" (também conhecido como "consentimento conscientizado"). Segundo o referido princípio, antes de uma intervenção, o médico deve esclarecer ao paciente os benefícios e riscos da terapia (bem como alternativas a ela), deixando que o paciente expresse seu consentimento para o tratamento que considera ser o mais adequado aos seus interesses. Assim, notamos que é muito importante o médico ter uma mentalidade democrática e estar disposto a explicar ao seu paciente, de maneira clara e didática, os fatores envolvidos. Ao passo que, na maioria dos casos, os pacientes optarão pelo tratamento aconselhado pelo médico, em outros casos pode ocorrer de escolherem a terapia que não é a preferida do profissional. É nesse momento que entra o consentimento informado, ou seja, o médico não utilizará um tratamento que não lhe foi consentido usar.

O consentimento informado e a autonomia são realidades tão próximas que ambos são tratados juntos sob o tópico *Derecho a la Autodeterminación*, na *Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos Del Paciente*, a qual foi adotada na 34ª Assembleia Médica Mundial, em 1981, na cidade de Lisboa (Portugal), e emendada na 47ª Assembleia Geral, no ano de 1995, na cidade de Bali (Indonésia). O referido tópico determina:

Derecho a la Autodeterminación:

A) El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión.

B) El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.

Desse modo, em resposta à indagação que fizemos (pode o usuário de entorpecentes optar por não se tratar?), entendemos que cabe ao usuário de tóxico, se maior e plenamente capaz de responder por seus atos, deliberar sobre o que é (ou não) melhor para si.

II) Princípios bioéticos da beneficência e da justiça

O princípio da beneficência é aquele que inspira o médico a direcionar sua atividade e intervenção sempre em benefício do seu paciente. Está expresso no Juramento de Hipócrates (médico grego): “Usarei o tratamento para ajudar os doentes, de acordo com minha habilidade e julgamento e nunca o utilizarei para prejudicá-los”.

No entanto, surge uma questão interessante: ao analisarmos o juramento hipocrático, parece que este disponibiliza ao médico o direito de utilizar-se dos meios que ele acha ser o mais benéfico, independentemente da concepção do paciente, pois diz que “usarei o tratamento... de acordo com minha habilidade e julgamento”. Assim sendo, será que há um conflito entre o

princípio da beneficência e o princípio da autonomia (bem como do consentimento informado)?

Inicialmente, não podemos esquecer que a visão tradicional hipocrática sobre a beneficência deve ser encarada em contexto histórico diferente do nosso. De fato, vivemos em uma era em que cada vez mais os direitos do paciente e do cidadão (e aqui se inclui a autonomia) vêm ganhando mais destaque na bioética e na ciência jurídica. Ao contrário do que ocorria na Idade Média, o médico não é mais encarado como uma autoridade (de caráter quase que mítica) inquestionável e autoritária. Aliás, tal posição era até mesmo constrangedora, não só para o paciente que ficava a mercê de critérios e preferências alheias, mas até mesmo para o médico, pois toda a responsabilidade recaía sobre seus ombros!

De fato, agora o médico pode compartilhar com seu paciente (se este o desejar) a responsabilidade e a análise do melhor tratamento, não só do ponto de vista físico, mas levando em consideração o "homem inteiro", ou seja, sua estrutura axiológica. E no caso em análise, há boas técnicas e tratamentos isentos de sangue que vêm sendo desenvolvidos graças a essa atitude compreensiva e altruísta de vários profissionais da medicina.

Os professores Muñoz e Almeida delinham com clareza e lógica a relação que há entre beneficência e autonomia:

Respeitar a autonomia das pessoas competentes pressupõe beneficência: quando as pessoas são competentes para escolher, ainda que a escolha não seja a que faríamos, respeitar suas escolhas é um ato beneficente. Isto permite que seus desejos sejam respeitados em circunstâncias que os afetem diretamente.

Assim sendo, longe de haver um conflito, na realidade o princípio da beneficência reforça o respeito à autonomia.

O professor Affonso Renato Meira, em um artigo para O Estado de São Paulo, raciocinou:

Dentro de sociedades autocratas, com o domínio de uma camada sobre outras, o médico, com seu etnocentrismo profissional e com seu desejo de fazer o bem,

determinava o que devia e o que não devia ser feito quando se tratava de saúde... Com as tendências renovadoras da segunda metade do século 20 mostrando o caminho da democracia às sociedades autocratas e, realmente, com o aparecimento do pensamento bioético, o entendimento do papel do médico e dos demais profissionais de saúde se viu modificado... É necessário saber o que é bom, qual o bem que o paciente considera para si. Do seu ponto de vista, este seria o maior bem para o paciente.

Diante do exposto, em uma visão moderna do princípio da beneficência, notamos que o médico deve “fazer o bem” sob a ótica do paciente, o qual é o destinatário da intervenção médica. Em nossa visão, isso vale em gênero, número e grau, para aplicação ao assunto ora analisado (criminalização do usuário de entorpecentes).

O professor Marco Segre chama à atenção que o termo “saúde”, para a Organização Mundial de Saúde, não se refere apenas à ausência de doença, mas também ao bem-estar do indivíduo no aspecto mental e social, incluindo a não violação de seus valores éticos/culturais.

O Código de Ética Médica, no seu artigo 46, diz ser vedado ao médico efetuar “qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente, ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”. Na realidade, a parte final deste artigo é um resquício da visão hipocrática da beneficência e entra em choque com os princípios bioéticos da autonomia e do consentimento informado.

Assim, ao abordar a parte final do artigo 46 do Código de Ética Médica, o professor Marcos Segre, deixou claro:

Não deve ser interpretada como recomendação ao médico para que intervenha sobre o paciente, contrariamente a sua vontade, conforme muitos querem crer... Poderá o médico intervir por sua própria vontade, quando ele não veja outro meio de salvaguardar a vida de seu paciente, não se podendo, entretanto ver nessa ‘exceção’ uma recomendação ou obrigação a ser seguida.

É importante ressaltar que o Código de Ética Médica não pode se sobrepor às liberdades públicas e clássicas garantidas aos cidadãos na Constituição. A “disciplina” sobre os corpos humanos não pode fabricar corpos submissos e exercitados, ou seja, corpos dóceis e úteis, no dizer de Foucault³. Portanto, diante dessa evolução principiológica, concluímos que médicos e pacientes devem, em espírito de cooperação, buscar soluções e alternativas que “façam o bem”, ou seja, não violem a consciência da pessoa humana sob quaisquer circunstâncias. Do que adiantaria lograr um resultado físico mediante o aniquilamento dos valores mais íntimos do indivíduo? Não seria mais razoável buscar meios que curam a enfermidade física do paciente sem o ferir psicologicamente?

O princípio da justiça consiste em promover, dentro do possível, um igualitário acesso dos cidadãos aos bens da vida. Dessa forma, justiça envolve respeitar as diferenças existentes na comunidade; e ao invés de discriminá-las ou segregá-las, deve-se buscar meios de compreendê-las e satisfazê-las. Esse dever envolve os usuários de droga, a classe médica e o Estado.

Podemos observar um exemplo análogo, verificado no famoso caso Bahamondez, ocasião em que a Corte Suprema da Argentina proferiu o seguinte julgado:

Que la Corte ha tenido oportunidad de dejar claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Así, en el caso “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios” (Fallos 306:1892) el tribunal, al resolver que era ilegítima la divulgación pública de ciertos datos íntimos de un individuo, señaló que el citado art. 19: ... protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta

³ FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis: Vozes, 1987.

las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen. (Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) FECHA: 1993/04/06. Bahamondez, Marcelo. Buenos Aires, abril 6 de 1993).

5. AO USUÁRIO: TRATAMENTO OU CRIMINALIZAÇÃO?

“A utopia está no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos, e o horizonte corre dez passos para mais longe. Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei. Então para que serve a utopia? Serve para isto: para caminhar.” (“As palavras andantes”. Eduardo Galeano).

Já foi dito pelo Marquês de Beccaria⁴ que prevenir os delitos é mais fácil que puni-los. Interessante aspecto a ser falado sobre o tópico em epígrafe é a análise do Direito como controle social. Uma vez mais, lembramo-nos do professor Tinant, que, tratando do assunto em exame, enfatizou que *“El Derecho es un fenomeno social y, como tal, encuéntrase en íntima correlación con la sociedad a la que regula y de la que recibe su imprimatur”*.

Continua o mestre, dizendo que, como falou Cícero, “onde há homens, há sociedade, e onde há sociedade, há direitos”. Direito que possui dupla função social: a) como sistema de regras sociais que ordena a convivência humana; b) como produto social que realiza uma ordem desejável. Continua o Dr. Eduardo L. Tinant, asseverando que:

⁴ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Em seu livro “Sobre Derecho y la Justicia”, Alf Ross se encarregou de dizer, através de várias interrogantes, as áreas investigativas que planejam interação entre o direito e a sociedade, como por exemplo: que outros fatores impõe limites ao legislador? Que reações podem provocar uma determinada Lei? etc....Assim, o direito se apresenta como um fator de cambio social, mas também de resistência ao mesmo...o direito desempenha um rol primordial no controle social, de acordo com princípios e regras que a própria sociedade estabelece ou consente.

Assim, enuncia o estimado professor:

[...] El orden jurídico aparece así como una técnica de regulación de conductas humanas, transformando en ilicitudes las manifestaciones o actitudes no deseables, para que no se realicen...La institución de la sanción jurídica surge así, como el hito indesplazable del sistema normativo jurídico en su función de control social, traduciendo un determinado proyecto estatal de política jurídica....En otros términos, define si estamos en presencia de un Estado arbitrario o un Estado de Derecho. En tal sentido, mentienen su vigencia aquellas palabras de ROUSSEAU: “El más fuerte no es nunca bastante fuerte par ser siempre el señor. Si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber.

O uso de drogas remonta aos primórdios da humanidade, sendo que o ópio e a "cannabis", por exemplo, já eram utilizados no ano 3000 antes de Cristo. Tal uso só se tornou criminalmente punível com a evolução das sociedades. Em torno dele existem incontáveis questões culturais, políticas e econômicas e, também, muito preconceito.

A grande questão hoje concernente às drogas é a seguinte: devemos adotar uma política puramente repressiva ou repressivo-preventiva? Os Estados Unidos da América constituem exemplo da linha repressiva (apesar disso, nunca conseguiram diminuir nem o tráfico, nem o número de consumidores). A Europa continental adota outra política, a da prioridade para a prevenção. O consenso é praticamente absoluto no que diz respeito ao tráfico de drogas, que faz parte do processo de globalização do planeta, devendo

continuar sendo crime. A polêmica, tema objeto do presente trabalho, gira em torno da posse para uso próprio.

Pretendendo-se (quanto ao uso para consumo próprio) privilegiar a linha mais preventiva que repressiva, cabe então definir os caminhos que se abrem para um moderno enfoque do tema: a Lei nº 9.099/95, ao permitir a suspensão do processo no que diz respeito ao art. 16 (posse para uso), despenalizou o delito, isto é, permitiu nova resposta penal, sem retirar o caráter ilícito do fato. Mas na Europa continental, o enfoque tem sido outro, pois praticamente todos os países já descriminalizaram a posse para uso, é dizer, retiram dessa conduta o caráter de ilícito penal. Sancionam o fato com multa administrativa e dão absoluta prioridade para o tratamento (sempre que haja anuência do interessado).

Que se entende, exatamente, por descriminalização? Descriminalizar não é a mesma coisa que legalizar, pois significa apenas retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, não implicando, entretanto, em retirar-lhes o caráter de ilicitude. Exclui-se a competência do Direito Penal e desqualifica-se a conduta como crime. Descriminalizar, assim, é diferente de legalizar, pois o ato não deixa de ser contrário ao Direito; apenas não constitui um ilícito penal, podendo ser cominadas sanções civis ou administrativas.

As novas tendências deslegitimadoras do Direito Penal, como o minimalismo (Direito Penal Mínimo), têm desempenhado papel marcante na problemática das drogas, pois impõem críticas severas ao modelo puramente repressivo (norte-americano), que é o menos eficaz. Isso não significa que tais tendências incentivem o uso dessas substâncias, mas somente que tornam transparente que o Direito Penal, repressor que é, tornou-se absolutamente ineficaz nesse tópico, devendo ceder lugar para as demais instâncias de controle social e para os demais ramos do Direito. Mesmo porque não há, nas prisões, condições de vida adequadas para quem nunca foi criminoso, servindo estas como aprendizado e local para quem está doente por dependência de droga – ou seja, o encarceramento provoca o contato desses consumidores dependentes, não criminosos, com delinquentes criminosos, ladrões, homicidas, estupradores etc. Além disso, nas prisões existem restrições, mas a droga nunca deixou de ali estar presente.

No último ano, e reafirmando o papel das novas tendências do Direito Penal, houve no mundo vários países que deixaram de punir o porte para consumo

de determinadas drogas. Nesse sentido, a Lei nº 30/2000 de descriminalização das drogas em Portugal descriminalizou o crime de porte para consumo, prevendo multa aos consumidores ocasionais, vindo também reforçar o tratamento para os dependentes-doentes. Na Califórnia, crimes que envolvem drogas sem violência não geram mais prisão. Na Bélgica, a descriminalização é iminente.

Em países adiantados nesse tópico, como a Suíça, já há a distribuição de seringas para o uso das drogas nas prisões, medida seguida recentemente pela Espanha, que adotou a mesma iniciativa, para conter o número de prisioneiros infectados com o vírus da Aids. Recentemente, a ONU publicou um relatório no qual se conclui que o consumo de drogas pesadas como a heroína e a cocaína diminuiu no mundo entre 1992 e 1999. Resta saber (e sobre isso não temos dados empíricos confiáveis) se isso ocorreu em razão da política puramente repressiva norte-americana ou em razão da política mais preventiva europeia.

Uma boa orientação, no Brasil, está sendo adotada pelo Banco do Nordeste: depois daquela famosa operação do Exército para a destruição de plantações de maconha no sertão nordestino, chamada Operação Mandacaru, o Banco do Nordeste está financiando culturas lícitas, o que mantém os agricultores longe do plantio do entorpecente.

Importa registrar os ensinamentos sobre a saúde e a integridade do ser humano, de Eduardo Luis Tinant⁵ que nos permitimos traduzir para o português, nos seguintes termos:

A saúde e a integridade física, psíquica e espiritual do ser humano não constituem somente um bem jurídico individual, como marco da relação entre pacientes e um profissional de saúde, ou uma equipe médica, mas também, um, fim valioso, cuja proteção interessa à ordem pública, razão pela qual, cabe apreciá-la como um bem jurídico social constitutivo do objeto do direito social à saúde. Este pertence ao grupo dos direitos humanos de “segunda geração”, pois, à luz da concepção social do constitucionalismo, seu centro de gravidade foi deslocado do individual para o social.

⁵ TINANT, Eduardo Luis. *Bioética Jurídica, Dignidad de la Persona y Derechos Humanos*. 2. ed. Buenos Aires: Dunken, 2010.

Em síntese, em nosso modo de pensar, a política da prevenção educacional nos parece ser o melhor dos caminhos a se trabalhar. Tratamento em vez de penalização. Eis nossa singela (e óbvia) proposta.

Com a posse da nova presidenta do Brasil, em 01 de janeiro de 2011, José Eduardo Cardozo⁶ já admite discutir o tema. O Ministério da Justiça herda a estrutura da Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e terá entre as prioridades coordenar a discussão sobre o tema. O plano inclui estudar experiências de outros países. A Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, transferida do Gabinete de Segurança Institucional (GSI) para o Ministério da Justiça (leia abaixo), vai coordenar a discussão sobre a descriminalização das drogas no País. Em entrevista ao Correio, José Eduardo Cardozo defendeu um debate público sobre o tema. O primeiro passo será a elaboração de um plano de trabalho com estudos detalhados sobre a experiência de outros países. A transferência do órgão foi uma decisão da presidente da República, Dilma Rousseff, que traçou como meta de governo a ampliação das políticas antidrogas desde a prevenção até a repressão. O texto sobre as atribuições da secretaria, elaborado pela Casa Civil, foi publicado no Diário Oficial da União. O ministério ganhou 52 cargos comissionados de direção e assessoramento para atender a nova estrutura.

De acordo com o documento, a secretaria irá coordenar ações do governo federal com o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas, nos aspectos relacionados às atividades de repressão, tráfico e produção de substâncias não autorizadas, além das atividades de tratamento, recuperação e reinserção social de dependentes e do Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras drogas. A pasta será dividida em quatro diretorias: projetos estratégicos e assuntos internacionais, articulação e coordenação de políticas sobre drogas, contencioso e gestão do Fundo Nacional Antidrogas, planejamento e avaliação de políticas. A baixa execução do fundo é uma das reclamações dos secretários de segurança pública dos estados. Reportagem publicada revelou que, dos R\$ 136,5 milhões autorizados em 2010, apenas R\$ 12,1 milhões foram pagos. Desse total, menos de R\$ 4 milhões foram destinados a investimentos na área.

⁶ Atual Ministro da Justiça do Brasil

6. CONFRONTO DA JURISPRUDÊNCIA NAS CORTES SUPREMAS DO BRASIL E DA ARGENTINA

“Não se drogue por ser incapaz de suportar a própria dor. Eu já estive em vários lugares, e só me encontrei em mim mesmo.”
(John Lennon)

Em razão das últimas decisões de Supremas Cortes latino-americanas e da decisão da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que declararam a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para consumo pessoal em razão do conflito de valores constitucionalmente assegurados, notadamente a privacidade, importa saber se a atual Lei de Drogas, a Lei nº 11.343/2006, contempla especificidades merecedoras de consideração nessa exegese. Afinal, essa lei descriminalizou, despenalizou ou considerou o fato uma infração *sui generis*?

Com relação ao tema em exame, é de fundamental importância ressaltar que o próprio substrato ideológico que lastreia a nova lei de drogas experimentou substanciais modificações, aproximando a Política Nacional de Drogas do modelo europeu, de características mais tolerantes. Não que a Política Nacional de Drogas tenha rompido com o modelo hegemônico mundial, mas é inegável que, no tocante ao delito de porte para uso pessoal, arrefeceu o tratamento dado à questão, aproximando seu ideário basilar dos princípios constitucionais e garantias individuais constantes da Constituição da República de 1988. Nessa medida, pode-se dizer que a lei, embora sem abandonar a guerra, despiu-se do uniforme militar.

Assim, o arcabouço principiológico do sistema, conforme é enunciado no artigo 4º da nova lei de drogas, abandona os fundamentos norteadores da ideologia de segurança nacional, rompendo, ainda que formalmente, com a perspectiva de “enfrentamento do inimigo interno”, que colocava todo o cidadão que eventualmente usasse drogas sob suspeita de atentar contra a segurança interna do País. O novo balizamento constitucional prevê expressamente como princípios “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade”, conforme a dicção do artigo 4º, inciso I: “o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes”, nos termos do inciso II do mesmo dispositivo legal, além da necessidade do “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas”, conforme o disposto no seu artigo 19, inciso III.

E essa base ideológica não tem mero interesse programático, pois servirá como parâmetro a ser seguido tanto pelo intérprete como pelo operador que se defrontar com situações de conflito na aplicação dos seus dispositivos legais.

As possibilidades que decorrem desse novo posicionamento são inúmeras e impossíveis de se enumerar nessa fase inicial de vigência da nova lei, mas, apenas a título de ilustração, vale considerar um aspecto sobre o qual a doutrina já se tem posicionado, todavia sem considerar a mudança de paradigmas aqui apontada.

Ao punir o delito de porte de substâncias psicotrópicas para uso pessoal, isolada e unicamente, com pena restritiva de direitos – a nova lei as denomina, inclusive, medidas educativas, conforme expressamente se vê da dicção do § 6º, do artigo 28, e do artigo 29 –, o legislador inaugura uma nova modalidade de delitos em nosso sistema penal, vale dizer, os delitos de mínimo potencial ofensivo.

Essa afirmação é possível uma vez que não existe, no ordenamento penal brasileiro, nenhuma outra infração cujas penas cominadas sejam mais brandas que as previstas para a prática do delito de porte de drogas para uso próprio. Nem mesmo as contravenções penais ou os delitos de menor potencial ofensivo têm semelhante previsão de preceito sancionatório.

Consagrando esse entendimento, a lei veda, em seu artigo 48, § 2º, a imposição de prisão em flagrante ao autor da conduta prevista no artigo 28, devendo este ser encaminhado imediatamente ao juízo competente ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Tal compromisso poderá ser tomado pela própria autoridade policial, sempre vedada a detenção do autor do fato, conforme estabelece o § 3º, do artigo 48, da nova lei de drogas.

Dessa forma, ao contrário do que tem sido afirmado pela maioria da doutrina, não será possível, realmente, a prisão em flagrante do autor da conduta tipificada no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. É bem verdade que a autoridade que surpreender o autor na prática delitativa poderá conduzi-lo coercitivamente à repartição policial se, e apenas nessa hipótese, o autor se negar a acompanhá-lo para a lavratura da ocorrência, caso em que estaria configurada a desobediência ao cumprimento de uma ordem legal, circunstância que não se confunde com a prisão em flagrante em razão do delito de porte para uso pessoal.

Como decorrência lógica da impossibilidade de prisão em flagrante, a teor, como já analisado, do disposto no artigo 48, § 2º, da Lei de Drogas, temos que está absolutamente vedado o ingresso sem mandado judicial em casa particular para a constatação ou apreensão de drogas ilícitas que estejam sendo utilizadas para consumo próprio, uma vez que a norma constitucional excepciona, nessas hipóteses, apenas a necessidade da prisão em flagrante, conforme prevê o inciso XI do artigo 5º da Constituição Federal. Portanto, no caso de porte para uso pessoal, será vedada a intervenção desmotivada do Estado no âmbito do domicílio da pessoa que usa drogas.

E essa interpretação se coaduna, sistematicamente, com o fato de que a nova lei não criminaliza a conduta de quem utiliza local ou bem de sua propriedade ou posse, por qualquer título, para o uso de substâncias psicotrópicas. Conduta essa que era anteriormente equiparada ao tráfico, conforme o inciso II, do § 2º, do artigo 12 da Lei nº 6.368/76, e que, na Lei nº 11.343/2006, não mais foi prevista como crime. Restou, pura e tão somente, a criminalização daquela utilização de imóveis e bens para o tráfico de drogas, consoante a exata dicção do inciso III, do § 1º, do artigo 33 da nova Lei de Drogas.

Essa nova conformação legislativa, na verdade, reconfigura o âmbito da atuação legítima do Estado. Caso a conduta não tenha relevância e permaneça no plano da intimidade do cidadão que faça uso da droga, fora do espaço público, não será permitida a intervenção desmotivada do Estado, que nesse limite somente poderá ingressar munido de autorização judicial.

Pois bem, ao delimitar o âmbito e a forma da atuação estatal legítima, o legislador deu nova solução ao conflito de direitos constitucionalmente assegurados. A conduta está criminalizada, contudo, se praticada no espaço público: terá potencialidade de expansão e sujeitará o infrator à pronta e imediata intervenção estatal, com a apreensão da droga e o registro da ocorrência, podendo até mesmo, em caso de recalcitrância do infrator, resultar na sua condução coercitiva às dependências policiais, pura e tão somente para a lavratura do Termo Circunstanciado.

Contudo, se praticada no recesso de sua privacidade, no interior de sua residência, por exemplo, o infrator, embora cometendo um ilícito penal, somente estará passível da intervenção estatal se a autoridade pública se apresentar munida de mandado que lhe franqueie o acesso à residência da pessoa averiguada.

E nem se alegue que esse fato inibirá a ação estatal com relação ao tráfico de drogas, porque, nesse caso, a autoridade policial continuará autorizada a intervir, obviamente agora com redobrados cuidados, para não cometer os frequentes e usuais abusos que fazem parte da crônica policial diária nessa seara.

Nessa linha de raciocínio, é possível realizarmos um prognóstico acerca da autorização e adoção de novas medidas práticas que podem integrar o elenco das chamadas estratégias de redução de danos. Trata-se aqui de examinar as chamadas salas de uso seguro ou locais especialmente destinados ao uso de drogas, que já vêm sendo implantadas com êxito em outros países como Espanha e Austrália, além da sempre lembrada política holandesa dos *coffe-shops*, cuja finalidade é a de reduzir danos, desmarginalizar e desestigmatizar o usuário/dependente.

A assertiva sustenta-se porque o embasamento legal já se encontra estabelecido em nosso ordenamento e resta apenas a vontade política e a regulamentação própria para a sua efetiva implementação. Caso a autorização para o uso seja restrito a determinados locais e certos grupos de pessoas, a conduta estará contida naquele âmbito específico e será passível de um melhor controle criminal, social e médico-sanitário.

Dessa forma, embora perfilhando o entendimento adotado nas recentes decisões destacadas no início, que declararam a inconstitucionalidade da criminalização da conduta do porte de drogas para uso pessoal (notadamente pela ausência de lesividade e alteridade), importa reconhecer que a nova lei de drogas encerra especificidades que permitem a implementação de mudanças e a realização de novas ponderações no tocante ao conflito de princípios constitucionais aqui abordados.

Como dissemos, no Brasil, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, veio atender a esses objetivos, punindo o traficante e o usuário, sem deixar de reconhecer este último como objeto de proteção social. Dispensou-lhe tratamento não só de infrator penal, mas também de membro da sociedade, com direito a cuidados especiais.

Grande avanço legislativo, recebendo aplausos por sua prudência. Sem descriminalizar a droga, nossa lei vigente pune severamente o traficante (art. 33) e vê dupla subjetividade no usuário: ativa e passiva, infrator penal e doente (art. 28 da lei).

O tema da descriminalização do porte de droga para uso próprio, já falamos, não é novo. Temos acompanhado as duas correntes durante dezenas de anos. Argumentos fundamentados dos dois lados tornam a discussão acalorada, árdua e interminável.

O jornal O Estado de S. Paulo, na edição de 23 de maio de 2011, no caderno Cidades, C1, publicou notícia que espantou o mundo jurídico-penal: “TJ-SP diz que porte de droga não é crime. Decisão de desembargador abre precedente para outros casos”.

Segundo a notícia, três magistrados da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo absolveram, em grau de apelação (Ap. Criminal nº 135.633, de 31.08.08), um réu condenado em primeiro grau por ter cometido crime de porte de cocaína para uso próprio. Para eles, portar droga para uso próprio, fato definido como crime no art. 28 da Lei nº 11.343/06, não é delito. Cabe recurso do Ministério Público ao Supremo Tribunal Federal, ficando esclarecido que a decisão da segunda instância só tem eficácia para o réu recorrente, não tendo caráter de generalidade, isto é, não vale para todos os casos.

No dia seguinte, foi a vez da Folha de S. Paulo, no caderno Cotidiano, C4: “TJ de São Paulo considera que portar drogas não é crime. Decisão declara inconstitucional a lei que criminaliza o porte de drogas ilícitas”, sem restringir a notícia ao porte de droga para uso próprio.

Revelam os diários que, de acordo com o relator do acórdão, a norma que define o crime de porte de entorpecente para uso próprio é inconstitucional, pois infringe os princípios da ofensividade (o fato não atinge terceiros pessoas); intimidade (escolha subjetiva; livre arbítrio); e da igualdade (portar drogas lícitas não é infração penal). Segundo ele, no caso, não há lesão a terceiros, mas autolesão impunível. O bem jurídico tutelado seria a própria integridade física do indivíduo.

Para se entender a questão, é preciso retroceder um pouco e apreciar a história dos bens jurídicos, como também deixar consignada a diferença entre dois fatos: 1) usar droga (por exemplo, fumar maconha) não é crime; 2) portar droga para uso próprio constitui delito.

Após o término da Segunda Guerra Mundial, observou-se o surgimento do Estado Social de Direito. No plano da saúde pública, o progresso da huma-

nidade trouxe novos tipos de doenças e vícios, exigindo do Estado cuidado redobrado no sentido de assegurar um nível mínimo decente de vida, surgindo para a lei novos interesses jurídicos ligados ao meio ambiente, saúde pública etc.

A tradicional dogmática penal estava acostumada a tratar de interesses jurídicos tangíveis, como a vida, a incolumidade física, o patrimônio, normalmente relacionados a um indivíduo, e de lesões pessoais facilmente perceptíveis. Com o progresso da sociedade, entretanto, surgiram novos interesses jurídicos de difícil apreciação e determinação. Esse é o caso da saúde pública, no que se relaciona especialmente ao crime de tráfico ilícito de drogas (cujo interesse de prevenção e repressão se encontra previsto nas Constituições Federais da maioria dos países, traduzindo a pretensão de o Estado garantir o normal funcionamento do sistema no que diz respeito à observância dos direitos dos cidadãos em todos os atributos de sua personalidade, em que se inclui o referente à saúde).

O objeto jurídico principal da proteção penal nos crimes de tráfico ilícito e uso indevido de drogas é a saúde pública, bem palpável, uma vez que se encontra relacionado a todos os membros da coletividade. Desse modo, o dano, ainda que se entenda como potencial, interfere na vida real de todos os membros da sociedade, ou de parte dela, antes de lesão individual. No tocante ao cidadão, isoladamente considerado, o direito à vida, à saúde (própria), à segurança coletiva e à ordem pública integra sua objetividade jurídica secundária (mediata), i. e., é tutelado de forma indireta. Há uma superposição de interesses jurídicos. A vida e a incolumidade física, p. ex., são protegidas como objetos jurídicos principais no Código Penal, no capítulo próprio (arts. 121 e 129). Nos delitos referentes a tóxicos, contudo, aparecem como interesses jurídicos secundários. Esse bem individual se sobrepõe àquele. Protegendo-se o interesse coletivo, a saúde pública, obliquamente está sendo assegurada tutela aos bens particulares.

A saúde pública, como interesse jurídico difuso, não resulta da soma das saúdes individuais dos membros que compõem a coletividade. Realmente, o nível de saúde dos membros do corpo social é algo mais que a saúde de seus integrantes. Esse interesse superior é garantido pela CF (arts. 196 e seguintes) e protegido pelas normas penais incriminadoras da Lei nº 11.343/06. Trata-se de um interesse de relevante importância, uma vez que o cidadão, enquanto membro do corpo social, tem direito a um nível coletivo de saúde diferente daquele da saúde individual (pessoal).

Temos, pela Constituição Federal, direito a um nível "coletivo" de saúde. Todos o possuindo, eu desfruto dele; se ninguém o tem, eu não o tenho. Logo, protegendo o coletivo, tutela-se o individual. Lesionando-se o interesse difuso, reduz-se o nível de vida do individual. Há lesão ao bem jurídico primário, no sentido de que o fato delituoso abaixa o nível mínimo aceitável de saúde da população (Maria Paz Arenas Rodríguez).

Desse modo, a essência do delito de porte de droga para uso próprio encontra-se na lesão ao interesse jurídico da coletividade, que se consubstancia na própria saúde pública, não pertencendo aos tipos incriminadores a lesão a pessoas que compõem o corpo social. Tomando em consideração o respeito que deve existir entre os membros da coletividade, no que tange à proteção da saúde pública, o portador da droga lesiona o bem jurídico difuso, i. e., causa um dano massivo, uma lesão ao interesse estatal impedindo que o sistema social funcione normalmente. O delito por ele cometido decorre da "falta de respeito com a pretensão estatal de vigilância" do nível da saúde pública (Schmidhauser), fato que não se confunde com o uso da droga, evento que se passa na esfera íntima do cidadão. Como se nota, não é necessário socorrer-se da tese do perigo abstrato, uma vez que, partindo-se do conceito de interesse difuso, pode-se construir uma teoria adequada à solução do tema. Essa lesão já conduz à existência do crime, dispensando a demonstração de ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses jurídicos individuais, se houve invasão da sua esfera pessoal ou se o fato causou ou não perigo concreto a terceiros.

Em recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cujo relator foi ministro Sepúlveda Pertence, com o tema se referindo à natureza jurídica da posse de drogas para consumo próprio (art. 28, Lei nº 11.343/2006), pela 1ª Turma, no Recurso Extraordinário (RE) nº 430.105, julgado em 13.02.2007 e publicado no DJU 27.04.2007, obteve-se a seguinte decisão:

Relatório: RE, do Ministério Público, em matéria criminal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que julgou ser o Juizado Especial o competente para o processo e julgamento de crime de uso de drogas, previsto à época dos fatos no art. 16 da Lei 6.368/76 (fls. 114/120). Alega-se violação dos 2º, 5º, XL; e 98, I, todos da Constituição, sob o fundamento de que, ao contrário do afirmado pelo acórdão recorrido, o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, nos

casos de competência da Justiça Estadual, não ampliou o conceito de crime de menor potencial ofensivo previsto no art. 61 da Lei 9.099/95. Dada a superveniência da Lei 11.343/06 (art. 28), submeto à Turma questão de ordem relativa à eventual extinção da punibilidade do fato (Código Penal, art. 107, III). É o relatório.

Voto: Parte da doutrina tem sustentado que o art. 28 da Lei 11.343/06 aboliu o caráter criminoso da conduta anteriormente incriminada no art. 16 da Lei 6.368/76, consistente em “adquirir, guardar ou trazer consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine a dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...) Continua acesa a polêmica sobre a natureza jurídica do art. 28 da Lei 11.343/2006 (nova lei de drogas), que prevê tão-somente penas alternativas para o agente que tem a posse de drogas para consumo pessoal. A questão debatida é a seguinte: nesse dispositivo teria o legislador contemplado um crime, uma infração penal *sui generis* ou uma infração administrativa? A ceulema ainda não chegou a seu final. [...]

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos:

a) a etiqueta dada ao Capítulo III, do Título III, da Lei 11.343/2006 (“Dos crimes e das penas”) não confere, por si só, a natureza de crime (para o art. 28) porque o legislador, sem nenhum apreço ao rigor técnico, já em outras oportunidades chamou (e continua chamando) de crime aquilo que, na verdade, é mera infração po-

lítico-administrativa (Lei 1.079/1950, v.g., que cuida dos ‘crimes de responsabilidade’, que não são crimes). A interpretação literal, isolada do sistema, acaba sendo sempre reducionista e insuficiente; na Lei 10.409/2002 o legislador falava em ‘mandato’ expedido pelo juiz (quando se sabe que é mandado); como se vê, não podemos confiar (sempre) na intelectualidade ou mesmo científicidade do legislador brasileiro, que seguramente não se destaca pelo rigor técnico;

b) a reincidência de que fala o §4º do art. 28 é claramente a popular ou não técnica e só tem o efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas no art. 28; se o mais (contravenção + crime) não gera a reincidência técnica no Brasil, seria paradoxal admiti-la em relação ao menos (infração penal sui generis + crime ou + contravenção);

c) hoje é sabido que a prescrição não é mais apanágio dos crimes (e das contravenções), sendo também aplicável inclusive aos atos infracionais (como tem decidido, copiosamente, o STJ); aliás, também as infrações administrativas e até mesmo os ilícitos civis estão sujeitos à prescrição. Conclusão: o instituto da prescrição é válido para todas as infrações (penais e não penais). Ela não é típica só dos delitos;

d) a lei dos juizados (Lei 9.099/1995) cuida das infrações de menor potencial ofensivo que compreendem as contravenções penais e todos os delitos punidos até dois anos; o legislador podia e pode adotar em relação a outras infrações (como a do art. 28) o mesmo procedimento dos juizados; aliás, o Estatuto do Idoso já tinha feito isso;

e) o art. 48, parágrafo 2º, determina que o usuário seja prioritariamente levado ao juiz (e não ao delegado), dando clara demonstração de que não se trata de ‘criminoso’, a exemplo do que já ocorre com os autores de atos infracionais;

f) a lei não prevê medida privativa da liberdade para fazer com que o usuário cumpra as medidas impostas (não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção ou mesmo em prisão simples);

g) pode-se até ver a admoestação e a multa (do § 6º do art. 28) como astreintes (multa coativa, nos moldes do art. 461 do CPC) para o caso de descumprimento das medidas impostas; isso, entretanto, não desnatura a natureza jurídica da infração prevista no art. 28, que é *sui generis*;

h) o fato de a CF de 88 prever, em seu art. 5º, inc. XLVI, penas outras que não a de reclusão e detenção, as quais podem ser substitutivas ou principais (esse é o caso do art. 28) não conflita, ao contrário, reforça nossa tese de que o art. 28 é uma infração penal *sui generis* exatamente porque conta com penas alternativas distintas das de reclusão, detenção ou prisão simples.

A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como ‘crime’ significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como ‘criminoso’. Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal *sui generis*.” [...]

II - A tese de que o fato passou a constituir infração penal *sui generis* implica sérias conseqüências, que estão longe de se restringirem à esfera puramente acadêmica.

De imediato, conclui-se que, se a conduta não é crime nem contravenção, também não constitui ato infracional, quando menor de idade o agente, precisamente porque, segundo o art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), considera-se “ato in-

fracional” apenas “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”.

De outro lado, como os menores de 18 anos estão sujeitos “às normas da legislação especial” (CF/88, art. 228); e Código Penal, art. 27, vale dizer, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, art. 104), sequer caberia cogitar da aplicação, quanto a eles, da Lei 11.343/06.

Pressuposto o acerto da tese, portanto, poderia uma criança, diversamente de um maior de 18 anos, por exemplo, cultivar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, sem que isso configurasse infração alguma.

Isso para mencionar apenas uma das inúmeras consequências práticas, às quais se aliariam a tormentosa tarefa de definir qual seria o regime jurídico da referida infração penal *sui generis*.

III - Estou convencido, contudo, de que a conduta antes descrita no art. 16 da Lei 6.368/76 continua sendo crime sob a lei nova.

Afasto, inicialmente, o fundamento de que o art. 1º do Decreto-Lei 3.914/41 (Lei de Introdução ao Código Penal e à Lei de Contravenções Penais) seria óbice a que a Lei 11.343/06 criasse crime sem a imposição de pena de reclusão ou detenção.

A norma contida no art. 1º do LICP que, por cuidar de matéria penal, foi recebida pela Constituição de 1988 como de legislação ordinária, se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção.

Nada impede, contudo, que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime, como o fez o art. 28 da Lei 11.343/06, pena diversa da “privação ou restrição da liberdade”, a qual constitui somente uma das opções

constitucionais passíveis de serem adotadas pela “lei” (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII).

IV - De outro lado, seria presumir o excepcional se a interpretação da Lei 11.343/06 partisse de um pressuposto desapareço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado — inadvertidamente — a incluir as infrações relativas ao usuário em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas” (Lei 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30).

Leio, no ponto, o trecho do relatório apresentado pelo deputado Paulo Pimenta, relator do Projeto na Câmara dos Deputados (PL 7.134/02 – oriundo do Senado), verbis (www.camara.gov.br):

[...]

Reservamos o Título III para tratar exclusivamente das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Nele incluímos toda a matéria referente a usuários e dependentes, optando, inclusive, por trazer para este título o crime do usuário, separando-o dos demais delitos previstos na lei, os quais se referem à produção não autorizada e ao tráfico de drogas, Título IV.

[...]

Com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário e dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves.

Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário. O Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que

proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal [...].

Não se trata de tomar a referida passagem como reveladora das reais intenções do legislador, até porque, mesmo que fosse possível desvendá-las, advertia com precisão o saudoso ministro Carlos Maximiliano, não seriam elas aptas a vincular o sentido e alcance da norma posta.

Cuida-se, apenas, de não tomar como premissa a existência de mero equívoco na colocação das condutas num capítulo chamado “Dos Crimes e das Penas” e, a partir daí, analisar se, na lei, tal como posta, outros elementos reforçam a tese de que o fato continua sendo crime.

De minha parte, estou convencido de que, na verdade, o que ocorreu foi uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade.

O uso, por exemplo, da expressão “reincidência”, não parece ter um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na Lei 11.343/06 afastaria a incidência da regra geral do CP (Código Penal, art. 12: “As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”).

Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, do rito processual estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata de pena de que trata o art. 76 da Lei 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do 107 e seguintes do Código Penal (Lei 11.343/06, art. 30).

Assim, malgrado os termos da Lei não sejam inequívocos, o que justifica a polêmica instaurada desde a sua

edição, não vejo como reconhecer que os fatos antes disciplinados no art. 16 da Lei 6.368/76 deixaram de ser crimes.

O que houve, repita-se, foi uma despenalização, cujo traço marcante foi o rompimento antes existente apenas com relação às pessoas jurídicas e, ainda assim, por uma impossibilidade material de execução (CF/88, art. 225, § 3º); e Lei 9.605/98, arts. 3º; 21/24, da tradição da imposição de penas privativas de liberdade como sanção principal ou substitutiva de toda infração penal.

Esse o quadro, resolvo a questão de ordem no sentido de que a Lei 11.343/06 não implicou abolitio criminis (Código Penal, art. 107, III).

V - De outro lado, à vista do art. 30 da Lei 11.343/06, que fixou em 2 anos o prazo de prescrição da pretensão punitiva, reconheço, desde logo, a extinção da punibilidade dos fatos. [...]

Perdeu objeto, pois, o recurso extraordinário que, por isso, julgo prejudicado: é o meu voto. (Ministro Sepúlveda Pertence).

Esse foi o notável voto proferido pelo STF, em atenção ao assunto ora examinado. Porém, como dito, ainda não pacificado naquela Corte Suprema.

Prosseguindo, e ingressando no campo da Justiça argentina, temos a dizer que o controle de constitucionalidade das leis é uma conquista civilizatória. E, obviamente, não poderia haver leis imunes à sindicabilidade. Fosse verdadeira a tese de que a anulação de uma lei que estabelece favores legais ao acusado fere o princípio da legalidade e estaria criado um "enclave penal" no interior do Direito Constitucional. A questão não é nova. Por todos, cito o caso do aborto na Alemanha, já mencionado retro, e o julgamento dos soldados da antiga Alemanha Oriental, conhecido como o "*Mauerschützen*", em que, após a reunificação, um grupo de soldados da antiga RDA foi condenado por homicídio, por atirarem em fugitivos que tentavam ultrapassar o muro de Berlim. O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), examinando o recurso, negou-lhe provimento (BGHSt 39,

1); também negou provimento ao recurso dos altos funcionários da RDA, condenados pelas mortes de fugitivos por minas terrestres (BGHSt 39, 168, entre outros). O Tribunal Constitucional considerou que as condenações dos acusados pelas instâncias ordinárias não violaram o art. 103, 2, da Lei Fundamental alemã, que trata do *nullum crime, nulla poena, sine lege*.

Não se pode olvidar o recente caso da anulação, por inconstitucionalidade e por malferimento dos tratados internacionais e da Constituição, da lei da "obediência devida", que concedeu anistia aos militares argentinos. A referida lei foi declarada inconstitucional, com votos dos ministros Ricardo Lorenzetti, Juan Maqueda, Eugênio Zaffaroni e Helena Highton de Nolasco, pela Suprema Corte argentina, fundamentalmente por violar tratados internacionais, firmados pela República Argentina, de proteção aos direitos fundamentais e de combate à tortura e a outros crimes graves. A Corte argentina decidiu que os delitos que lesam a humanidade, por sua gravidade, não podem ser objetos de indulto, uma vez que não só afrontam a Constituição como também a toda a comunidade internacional. Em suma, acabou por reconhecer o dever de proteção, não só por parte do Estado, mas também por parte de toda a comunidade internacional.

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 nº 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.

Tal artigo também consta da Constituição da Província de Buenos Aires, que enuncia, em seu artigo 26, que “*Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden jurídico ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados*”.

A decisão (dos sete magistrados) foi unânime. Descriminalizou a posse de droga para uso pessoal, porém só para pessoas maiores (maiores de 16 anos). Cuidava-se, efetivamente, de um genuíno caso constitucional, visto que o recorrente confrontava a lei federal (Lei nº 23.737/1989, art. 14, § 2º) com o disposto no art. 19 da Constituição argentina (que garante a isenção de responsabilidade em relação às ações privadas que não ofendem a ordem ou a moral pública nem prejudiquem terceiros). O que foi posto em discussão foi a validade da regra jurídica acima citada. Impõe-se distinguir com clareza a vigência da validade. A norma está vigente desde 1989. Agora o que se questionava era sua validade (porque incompatível com o texto constitucional superior).

A sentença (descriminalizatória) deixou claro que não se trata de legalização: a Corte não legalizou a droga na Argentina. A droga continua proibida. Mas a posse (ou o porte) de pequena quantidade, para uso pessoal, está fora do Direito Penal. O que a Corte fez foi declarar inválida a norma contida no § 2º do art. 14 da Lei nº 23.737/1989. Continua no plano formal vigente, mas no plano constitucional é inválida (logo, não pode mais ter nenhuma eficácia). A decisão da Corte argentina segue uma tendência mundial, que também está presente na América Latina. Nos anos 70 e 80, preponderou a política repressiva norte-americana (guerra contra as drogas). Essa política está perdendo sua força (diariamente) frente aos usuários. Considerando-se que os recursos destinados ao "combate" das drogas são escassos, melhor (mais justo e mais adequado) é dirigi-los contra os traficantes (não contra os usuários).

O México, em agosto de 2009, descriminalizou (legislativamente) a posse de drogas para uso pessoal, desde que não exceda o limite de 500 miligramas de cocaína ou de cinco gramas de maconha. O Uruguai, há anos, não pune a posse de droga para consumo pessoal. Na Colômbia, a Corte Suprema, em 1974, declarou a inconstitucionalidade da lei que punia criminalmente o porte de droga para uso próprio. O Peru descriminalizou a posse de droga para uso próprio há vários anos. Nesse mesmo sentido é a legislação na Costa Rica. A Corte Suprema argentina, há anos, vem debatendo o assunto. Há cerca de 20 anos, chegou a invalidar uma lei que punia a posse de droga para uso pessoal (Caso "Bazterrica" - Fallos: 308:1392). Mas na mesma ocasião houve também outra sentença em sentido contrário (Caso Montalvo). O debate já estava estabelecido, como se vê, há anos. No mundo acadêmico, as sentenças antagônicas da Corte Suprema foram esgrimidas arduamente nas últimas três décadas.

Porém, observa-se que a jurisprudência da Corte Máxima argentina, como se vê, sempre foi "zigzagueante". No Caso Colavini (Fallos: 300:254), adotou-se como válida a criminalização. Nos Casos Basterrica e Capalbo, a Corte caminhou para a descriminalização (Fallos: 308:1392). No Caso Montalvo, em 1990, voltou novamente para a criminalização (Fallos: 313:1333). Em agosto de 2009, retoma a linha argumentativa do Caso Basterrica (em favor da descriminalização). O que acaba de ser resenhado comprova que o Direito não tem autonomia frente às circunstâncias históricas (de cada país, em cada momento). Conforme os ventos que sopram, pode-se alcançar um ou outro rumo (e, às vezes, até consenso) em torno dos assuntos polêmicos.

A Lei nº 23.737/1989 já conta com 21 anos. O Caso Montalvo, que legitimou a política criminalizatória, tem 18 anos. O longo período já transcorrido estava a justificar a retomada do assunto, mesmo porque, hoje, inclusive a ONU já não tem a mesma posição que adotava há duas décadas. As razões pragmáticas ou utilitaristas que foram invocadas na sentença Montalvo (no sentido de que é preciso punir o usuário porque isso diminui o tráfico de entorpecentes e acaba afetando o traficante) foram perdendo força ao longo dos anos. A punição penal do usuário não reduziu o tráfico de drogas, não afetou o "negócio" dos traficantes.

De todos os fundamentos invocados na sentença em debate, talvez um dos pontos mais altos seja o que diz respeito à reforma constitucional argentina de 1994, que incorporou os tratados de Direitos Humanos (ratificados) à Constituição (art. 75, inc. 22). A reforma constitucional de 1994 reconheceu a importância do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Com isso, o Estado abriu mão, em certo sentido, ainda que parcialmente, de sua soberania ilimitada (Caso Mazzeo, Fallos: 330:3248). O panorama jurídico argentino, conseqüentemente, é outro. A política criminal do Estado já não conta com a soberania ampliada que ostentava. O Estado já não pode sobrepassar determinados limites nem tampouco pode deixar de cumprir certos parâmetros afirmativos relacionados com a inclusão social e econômica.

Incontáveis são os reflexos das decisões internacionais sobre o Direito interno. Esses parâmetros (civilizatórios) vão sendo incorporados paulatinamente na própria jurisprudência interna. Dizem respeito às condições carcerárias mínimas (Caso Verbitsky, Fallos: 328: 1146), ao duplo grau de jurisdição (Caso Casal, Fallos: 328: 3399), aos direitos dos menores quando violam a lei penal (Caso Maldonado, Fallos: 328: 4343), ao devido processo nas

internações psiquiátricas involuntárias (Caso Tufano, Fallos: 328: 4832), à garantia da imparcialidade (Caso Quiroga, Fallos: 327: 5863; Caso Llerena, Fallos: 328: 1491; e Caso Dieser, Fallos: 329: 3034), ao direito de ampla defesa (Caso Benitez, Fallos: 329: 5556 e Caso Noriega, Fallos: 330: 3526), ao direito a um processo sem dilações indevidas (Caso Barra, Fallos: 327: 327), à definição do conceito de periculosidade (Caso Gramajo, Fallos: 329: 3680), ao direito das vítimas (Caso Santillan, Fallos: 321: 2021) e aos direitos das pessoas que são investigadas ou que estão sujeitas a sanção em razão de graves violações dos Direitos Humanos (Casos Arancibia Clavel, Fallos: 327:3312; Simón Fallos: 328:2056; e Mazzeo, Fallos: 330:3248).

Diante de todo esse novo panorama histórico, jurídico, cultural, social e econômico, geopolítico e internacional, não podia mesmo a Corte Suprema argentina deixar de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 14, § 2º, da Lei nº 23.737/1989. No mesmo sentido deve caminhar a jurisprudência da nossa Corte Máxima (STF). É o que se espera.

Poderíamos, de novo, indagar: Porte de substância entorpecente, para uso próprio, é crime?

Como foi dito, para a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (rel. José Henrique R. Torres), NÃO, pois se considerou que portar droga para uso próprio não é delito (caso Ronaldo Lopes – O Estado de S. Paulo de 23.05.08, p. A1). Fundamentou sua decisão na Constituição brasileira, invocando os princípios da ofensividade (não há crime sem ofensa ao bem jurídico), igualdade (há muitas outras “drogas” cujo consumo não é incriminado: bebidas alcoólicas, p.ex.) e intimidade (o Estado não tem o direito de invadir a intimidade da pessoa para proibi-la de usar o que quer que seja). A jurisprudência brasileira, de um modo geral, não aceita ainda essa tese (da descriminalização do porte de droga para uso próprio). Ainda não está devidamente trabalhado na jurisprudência o requisito da transcendentalidade da ofensa como fundamento para se afastar a tipicidade (material) da posse de drogas para uso próprio.

No plano legal, o vigente art. 28 da Lei nº 11.343/2006, inovando surpreendentemente nosso ordenamento jurídico, passou a cominar tão somente penas alternativas para o “usuário de droga” (ou seja: portador de droga para uso próprio). Antes (na Lei nº 6.368/1976) essa conduta era punida com pena de prisão (de seis meses a dois anos de detenção). Antigamente, como se vê, o fato era considerado crime. Depois da Lei nº 11.343/2006,

surgiu uma grande polêmica na doutrina e na jurisprudência. Hoje, há pelo menos três posições: (a) do STF (Primeira Turma – RE 430.105-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence), entendendo que houve despenalização, tratando-se de infração *sui generis*; (b) de Luiz Flávio Gomes, admitindo que houve descriminalização (cf. GOMES *et alii*, Lei de Drogas Comentada, 2.e.d, São Paulo: RT, 2007, p. 145 e ss.); e (c) de Alice Bianchini (para quem o fato não é crime nem pertence ao Direito Penal).

A decisão do TJ-SP seguiu a terceira corrente. A posição do STF (no RE 430.105-RJ) constitui o seu oposto. Só com o tempo vamos saber qual dessas três correntes vai se pacificar. No plano legal (art. 28), há previsão de uma infração (aparentemente penal). No plano constitucional (por onde transitou o acórdão do TJ-SP), entretanto, a outra conclusão se pode chegar. É por essa via que transitou a decisão da 6ª Câmara do TJ-SP.

Essa decisão (no plano constitucional) não pode ser tida como incorreta. Por quê? Porque a imposição de sanção *penal* ao possuidor de droga para uso próprio conflita com o Estado constitucional e Democrático de Direito (que não aceita a punição de ninguém por perigo abstrato e tampouco por fato que não afeta terceiros pessoas).

Vejamos: por força do princípio da ofensividade, não existe crime (ou melhor: não pode existir crime) sem ofensa ao bem jurídico (cf. GOMES, L.F. e GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., *Direito Penal-PG*, v. 2, São Paulo: RT, 2007, 22. ed.). Ofensa ao bem jurídico significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Para a existência de um crime, não basta que o sujeito realize a conduta descrita no tipo legal. Mais que isso: além dessa tipicidade (chamada) formal, impõe-se que esse fato seja ofensivo ao bem jurídico protegido. Dessa forma, o fato, além de ser formalmente típico, deve também constituir um fato materialmente típico.

Essa ofensa ao bem jurídico (que é conhecida em Direito Penal como resultado jurídico) precisa ser desvaliosa (para que o fato seja penalmente típico, não basta a produção de qualquer resultado: ele precisa ser desvalioso). E quando uma ofensa ao bem jurídico é desvaliosa? Quando concreta ou real (não cabe perigo abstrato no Direito Penal regido pelo princípio da ofensividade), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito Penal) e intolerável (insuportável, de tal forma a exigir a intervenção do Direito Penal).

A transcendentalidade da ofensa, como se vê, é a segunda exigência que decorre do resultado jurídico desvalioso. Só é relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros. Se o agente ofende (tão somente) bens jurídicos pessoais, não há crime (não há fato típico). Exemplos: tentativa de suicídio, autolesão, danos a bens patrimoniais próprios etc.

Na transcendentalidade da ofensa reside o princípio da alteralidade (a ofensa tem de atingir terceiros pessoas). Alteralidade (ofensa a terceiros) não se confunde com alternatividade (princípio que conduz ao reconhecimento de um só crime quando o agente realiza, no mesmo contexto fático, vários verbos descritos no tipo). Se em Direito Penal só deve ser relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros, não há como se admitir (no plano constitucional) a incriminação penal da posse de drogas para uso próprio. O assunto passa a ser uma questão de saúde pública (e particular), como é hoje (de um modo geral) na Europa (onde se adota a política da redução de danos). Não se trata de um tema de competência da Justiça Penal. A polícia não tem muito que fazer em relação ao usuário de drogas (que deve ser encaminhado para tratamento, quando for o caso).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto o assunto à baila, podemos dizer que a questão envolvendo o simples uso de drogas, além de ser afeta à saúde pública, não é assunto para o Estado tratar, pois viola os princípios da intimidade, da vida privada, da autodeterminação da vontade individual, enfim, não podendo ser cuidado à luz do Direito Penal, não devendo haver criminalização, mas sim tratamento ao dependente de drogas.

Na seara da bioética, a questão pode ser encarada de modo a lembrar que a pessoa humana é um fim em si mesmo. O Estado é um instrumento a serviço da pessoa humana, e tem o inescusável dever de tratar o ser humano como fim em si mesmo, e nunca como meio para alcançar outros fins, oposto de tal maneira, ao fim subjetivo e ao fim relativo, vale dizer, os fins intermediários que uma vontade possa propor sem atribuir valor universal. O fim em si, em troca, é fim objetivo, necessário, e portanto absoluto e incondicionado. O conceito de dignidade opera necessariamente como pano de fundo.

Como assinalou Roberto Adorno, se respeitamos a autonomia dos pacientes, é porque eles são sujeitos, e não objetos. Ou seja, é dizer que eles possuem dignidade. Se protegemos de um modo especial os seres humanos mais vul-

neráveis, é porque, além de suas deficiências físicas ou psíquicas, possuem eles, enquanto seres humanos, um valor intrínseco, ou seja, uma dignidade. Se cuidamos da integridade física das pessoas, é porque seus corpos não são meramente coisas, sobre as quais se tem direito de propriedade, mas sim são pessoas, com dignidade. Enfim, sem a ideia de dignidade, nem o respeito à autonomia, nem a proteção aos mais fracos, nem a proteção à integridade das pessoas encontram justificação.

Verifica-se, de plano, que o delito de “uso de drogas” é, nos termos da nova lei brasileira, absolutamente incompatível com a privação de liberdade do eventual infrator. A condição de usuário de drogas é caracterizada quando a natureza, as circunstâncias, o poderio econômico, a situação social, afetiva, familiar de uma pessoa é avaliada, chegando-se a conclusão de que aquele indivíduo não passa de um perdedor habitual, um pária da sociedade, um excluído. Também pode ser aferida em razão da pouca ou ínfima quantia de drogas encontradas com o usuário, presumindo-se, com veementes indícios, que o entorpecente de posse de tal pessoa não tem outro destino que não o seu próprio consumo. Por outro lado, pode ser considerado traficante de drogas aquele que detém o poder do fabuloso “negócio”, chamado comércio clandestino de drogas. É o gerente, o chefe, quem dá as ordens, quem manda matar, enfim, que possui pleno controle da situação ilícita e dela, aproveitando-se da fraqueza alheia, constrói sua riqueza material. Que a terra lhe seja leve!

No Brasil, o artigo 28 da Lei nº 11.343/06 estabeleceu, para os usuários de drogas, as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade ou medidas educativas, tudo a fim de evitar que o mero consumidor seja remetido ao cárcere, solução gravosa e muito desproporcional, cuja incidência deve ser destinada apenas aos crimes com maior gravidade. Não houve descriminalização; porém, o usuário, a partir de agora, é considerado um doente patológico, que deve, em vez da prisão, receber tratamento. Ocorre despenalização, dado que o fato continua a ser visto como crime, porém não se subsume aos preceitos do Código Penal Brasileiro, uma vez que são impostas penas alternativas aos usuários de drogas. A Suprema Corte argentina declarou recentemente (em 25 de agosto de 2009) a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso próprio, em razão da impossibilidade da intervenção estatal no âmbito privado dos cidadãos.

Ainda no que tange à declaração (ou não) de inconstitucionalidade dos tipos penais que incriminam o uso de drogas, a Corte Constitucional da Colômbia

ratificou, recentemente, o mesmo entendimento que já havia adotado desde 1994, confirmando a inconstitucionalidade de dispositivo idêntico. No Brasil, como falamos anteriormente, a 6ª Câmara do 3º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, na Apelação Criminal 01113563.3/0-0000-000, da Comarca de São José do Rio Pardo, em 31 de março de 2008. O mesmo se deu na Argentina, no já mencionado Caso Arriola (Fallos: 9080). Podemos citar como exemplo o voto do juiz da CSJN, Dr. Zaffaroni, que declarou “*la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para consumo personal*”.

Parece-nos correta a previsão das atividades de prevenção do uso indevido, e atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas, elencados nos artigos 18 e 19 da Lei nº 11.343/06, *in verbis*:

Constituem atividades de prevenção do uso indevido de drogas, para efeito desta Lei, aquelas direcionadas para a redução dos fatores de vulnerabilidade e risco e para a promoção e o fortalecimento dos fatores de proteção. As atividades de prevenção do uso indevido de drogas devem observar os seguintes princípios e diretrizes: I - o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence; II - a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam; III - o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas; IV - o compartilhamento de responsabilidades e a colaboração mútua com as instituições do setor privado e com os diversos segmentos sociais, incluindo usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares, por meio do estabelecimento de parcerias; V - a adoção de estratégias preventivas diferenciadas e adequadas às especificidades socio-culturais das diversas populações, bem como das diferentes drogas utilizadas; VI - o reconhecimento do “não-uso”, do “retardamento do uso” e da redução de riscos como resultados desejáveis das atividades de natureza preventiva, quando da definição dos objetivos a serem alcançados; VII - o tratamento especial dirigido

às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas; VIII - a articulação entre os serviços e organizações que atuam em atividades de prevenção do uso indevido de drogas e a rede de atenção a usuários e dependentes de drogas e respectivos familiares; IX - o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida; X - o estabelecimento de políticas de formação continuada na área da prevenção do uso indevido de drogas para profissionais de educação nos 3 (três) níveis de ensino; XI - a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas; XII - a observância das orientações e normas emanadas do Conad; XIII - o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas.

Finalizando, cabe-nos dizer que o mais sensato e responsável de tudo quanto vem acontecendo em termos globalizados consiste na adoção de uma política claramente preventiva em relação às drogas. Educação antes de tudo. E que os pais e professores, dentre tantos outros, assumam sua responsabilidade de orientação e conscientização. A pior postura que um ser humano pode aceitar consiste em confiar que o Direito Penal possa resolver qualquer questão relacionada com às drogas. Se você não cuida do seu filho, não espere que o Direito Penal faça isso e muito menos que essa tarefa seja desempenhada pelas autoridades policiais, que não contam com o mínimo preparo para cuidar de quem necessita de atenção, não de prisão. Descriminalizar a posse para uso é uma medida mais do que urgente a ser tomada por quem ainda não o fez. A política de despenalização era necessária, mas não foi suficiente. Isso não significa legalizar as drogas, e sim adotar uma política educativa responsável. Para a questão do uso de drogas na sociedade civil, o melhor caminho é a educação, não a prisão.

8. REFERÊNCIAS

ASSIS IGLESIAS, F. **Sobre o vício da diamba**. In: Brasil. Serviço Nacional de Educação Sanitária. Maconha. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 1958.

ARGENTINA. **Constitución de la Nación**. Buenos Aires: Scotti, 2006.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CARNELUTTI, F. **As misérias do processo penal**. Campinas: Bookseller, 2008.

CARVALHO, S. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 3. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

CORNEJO, A. **Estupefacientes**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2009.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, L. F. **Corte argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2268, 16 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13510>>. Acesso em: 25 jul. 2010.

GOMES, L. F. e PERIN, P. M. **Drogas: política repressiva ou preventivo-educativa?** Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 04 fev. 2001.

GOMES, L. F. e PERIN, P. M. **Porte de drogas para uso próprio: é crime?** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1815, 20 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11412>>. Acesso em: 25 jul. 2010.

GOMES, L. F. e PERIN, P. M. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal 'sui generis' ou infração administrativa?** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>> Acesso em: 12 ago. 2010.

GOMES, L. F. e PERIN, P. M. **Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO FILHO, V. **Tóxicos, prevenção e repressão**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAGNO, L. E. *In*: GUIMARÃES, M. O. L. **Nova Lei Antidrogas Comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARCÃO, R. F. **Tóxicos. Lei nº 11.343, anotada e interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, M. de M. **A privacidade e a nova lei de drogas**. Boletim do IBCCRIM, nº 205. São Paulo, dezembro de 2009.

ROSS, A. **Sobre Direito e Justiça**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SODRÉ, H. **Polícia, Tóxicos e Justiça**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973.

STRECK, L. L. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11493>>. Acesso em: 25 jul. 2010.

TEALDI, J. C. (organizador). **Diccionario latinoamericano de bioética**. Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008.

TINANT, E. L. **Antologia para uma Bioética Jurídica**. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 29/37.

TINANT, E. L. **Bioética Jurídica, Dignidad de la Persona y Derechos Humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Dunken, 2010.

TINANT, E. L. **Acerca del derecho como control social**. Boletín de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, nº 28, páginas 6/7. La Plata, 1985.

YARÍA, J. A. **La Existencia Tóxica**. Buenos Aires: Lumen, 1993.

ZAFFARONI, E. R. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan Editora, 2001.