

ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO RIO DE JANEIRO

EVERARDO MENDES DE ARAUJO

O TIPO PENAL DO ART.28 DA LEI 11.343/06 FRENTE AO DIREITO DE
LIBERDADE INDIVIDUAL

Monografia apresentada ao Curso de
Preparação à Carreira da Magistratura da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro – EMERJ.

ORIENTADOR: DES. EDUARDO MAYR

RIO DE JANEIRO
2008

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Jeová, o Deus todo poderoso, por toda força operante em minha vida, pois sem o seu auxílio seria impossível chegar até aqui. Novamente, e não me canso em agradecer, à minha mãe Maria Edith, a qual entregou sua vida em se dedicar a Deus e aos filhos, exemplo de mulher, de fé e perseverança. Ao meu pai Valdir que sempre estimulou nos filhos o desejo pelo aprendizado. À minha irmã Évelin, que realmente é uma grande amiga, companheira de todas as horas, um exemplo de altruísmo, sempre disposta a prestar auxílio aos que rodeiam. À Anadina, um ser humano que oferta total carinho aos alunos da escola. Ao Diretor Renato, grande amigo e conselheiro de todos os alunos. À toda equipe da EMERJ, que se empenha em prestar o melhor serviço educacional na área jurídica. À professora Néli Cavalieri, por todo carinho e incentivo. Um agradecimento especial ao Des. Eduardo Mayr, ao qual não canso de tecer elogios e dizer que fui iluminado quando o escolhi meu orientador, ser humano diligente, afetuoso, e de um brilhantismo profissional ímpar.

“Elogio-te de todo o meu coração, ó Jeová, meu Deus, e glorificarei o teu nome por tempo indefinido.”

Salmos 86:12

“Bendize a Jeová, ó minha alma. Sim, tudo dentro de mim, ao seu santo nome”.

Salmos 103:1

SINOPSE

O uso de drogas no ordenamento jurídico vigente. Possibilidade de incriminação. Direito de liberdade individual. Punição da autolesão. Análise do tipo penal do uso de drogas diante do panorama constitucional penal e sugestão legislativa.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
1. PRÍNCIPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL.....	11
1.1 HISTÓRICO - PUNIÇÃO DO USO DE DROGAS.....	11
1.1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	12
1.1.2 A MEDIDA PROVISÓRIA FRENTE AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	13
1.1.3 A NORMA PENAL EM BRANCO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	14
1.2 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS.....	16
1.3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE.....	17
1.4 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE.....	17
1.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.....	19
1.6 ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DOS REFERIDOS PRINCÍPIOS.....	20
2. DIREITO DE LIBERDADE INDIVIDUAL.....	21
2.1 O ESTADO DE DIREITO.....	21
2.2.DIREITOS FUNDAMENTAIS – ABORDAGEM.....	22
2.3.DIREITO DE LIBERDADE.....	24
2.4 PODER DE POLÍCIA.....	26
3. O USO DE DROGAS.....	28
3.1 ABORDAGEM INAUGURAL DO TEMA.....	28
3.2 TENDÊNCIAS INTERNACIONAIS.....	28
3.3 DESPENALIZAÇÃO MODERADA E DESCRIMINALIZAÇÃO.....	29
3.4 POSIÇÃO BRASILEIRA.....	31
3.5 O TIPO PENAL DO ART. 28 DA LEI 11.343/06.....	32
3.5.1 CONDUTAS SANCIONADAS, SUJEITOS, OBJETO JURÍDICO.....	33
3.6 SANÇÕES COMINADAS.....	36

3.7. NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES COMETIDAS À INFRAÇÃO DE USO DE DROGAS.....	37
3.8. PENA DE ADVERTÊNCIA.....	39
3.9. PENA DE FREQUÊNCIA A CURSO EDUCATIVO.....	40
3.10. PENA DE SUBMISSÃO A TRATAMENTO.....	40
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSIVAS.....	42
4.1. LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO.....	42
4.2. CONTRADIÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.....	47
4.3. CONVENIÊNCIA DE UMA REVISÃO LEGISLATIVA.....	50
5. BIBLIOGRAFIA.....	53
ANEXO I	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de pesquisa tem por objetivo analisar o tipo penal previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, segundo a sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro, cujo teor prescreve como conduta incriminadora, o fato de portar substância entorpecente para fins de consumo pessoal, traçando abordagem acerca de sua Constitucionalidade diante do Direito Fundamental de Liberdade Individual.

A sociedade atual vive assombrada com a violência ocorrente, principalmente nos grandes centros, onde dados estatísticos sempre apontam para um gerador, a difusão crescente do tráfico de entorpecentes.

O tema abordado é sempre alvo de debates e questionamentos no seio social, visto que como acima aludido, é considerado fator primordial na violência que acomete a sociedade, sendo imprescindível ressaltar que, o tráfico de entorpecente é considerado pano de fundo, para a propagação de outros delitos, como roubo, seqüestro, corrupção de menores e etc...

Assim, torna-se relevante pesquisar o ato emanado pelo Poder Legislativo acerca do tema, com a finalidade de se averiguar se as medidas adotadas, com as reformas legislativas, além de adequarem-se ao Pacto Fundamental da República, documento soberano no Estado de Direito, apresenta medidas eficazes na contribuição da redução de grave problema que assola a sociedade Brasileira, a violência.

A pesquisa desenvolvida neste trabalho cinge-se à verificação do aspecto constitucional do tipo penal incriminador previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, diante do direito fundamental de liberdade individual.

Buscar-se-á adotar uma interpretação do tipo penal de porte de entorpecente para uso pessoal, em consonância com a realidade social e sua adaptação aos Princípios Constitucionais e Legais que regem o Direito Penal moderno, adotando em alguns pontos, uma visão crítica, sem a pretensão de configurar a verdade absoluta sobre o tema.

Para o desenvolvimento da pesquisa levantaram-se as seguintes questões norteadoras, questões essas que procurou se responder no desenvolvimento do trabalho.

Questões norteadoras são quesitos acerca do tema focado que não possuem resposta precisa na doutrina e na jurisprudência, o que é de fácil constatação diante da inovação legislativa operada com o advento da Lei nº 11.343/06, e principalmente no tipo penal discriminado no art. 28, que pune o uso e traça novas espécies de penalidades.

Portanto, com intuito de proceder-se à uma análise científica do tema, exsurtem os seguintes questionamentos:

a) Até que ponto reputa-se legítima a intervenção estatal no direito de liberdade individual?

A pertinência da pergunta reside no fato de o Estado preceituar como crime a conduta do agente que porta substância entorpecente para fins de consumo pessoal, sem entretanto, lesionar bens de terceiros.

Este quesito fará com que seja necessário proceder a uma abordagem do tipo penal à luz dos Princípios Constitucionais, levando o intérprete do direito a questionar a possibilidade de o Ente Federativo punir a auto-lesão, e a forma de punição adequada.

b) O crime de uso de entorpecente macula o Princípio da Ofensividade?

O Direito é uma ciência que acompanha a evolução social, razão porque denota uma espécie de ciência mutável no tempo e no espaço, sendo assim, pertinente questionar neste trabalho de pesquisa, se o princípio focado resta observado diante do tipo penal incriminador previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

c) O Princípio da Legalidade resta obedecido diante de um tipo penal, cujo elemento normativo encontra-se previsto em Norma editada pelo Poder Executivo?

Pesquisar o tipo penal previsto no art. 28 da Nova Lei de Drogas sem fazer menção ao Princípio da Legalidade seria inócua, pois, como é cediço, a Lei é fonte primária e fundamental, por excelência, do Direito Penal. Além do que, tal questionamento ensejará dúvidas diante de afronta a segurança jurídica.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO DIREITO PENAL

Princípios são normas jurídicas que possuem maior grau de abstração, as quais trazem em seu bojo valores cujo teor regulamentam as relações jurídicas entre as pessoas e entre essas e o Estado em consonância com a ética e os fundamentos da pessoa humana.

Os princípios jurídicos, por trazerem como característica um maior grau de abstração, fato que o leva a ser aplicado a uma infinidade de relações e também por ter em seu interior valores éticos e garantidores dos direitos da pessoa humana, é que torna imprescindível seu estudo nesse trabalho de pesquisa como em qualquer ramo do direito.

1.1. HISTÓRICO – PUNIÇÃO DO USO DE DROGAS

O Brasil tem regulamentação sobre o uso de drogas desde 1938, inicialmente estabelecida pelo Decreto-Lei nº 891/38, posteriormente incorporada ao artigo 281 do Código Penal. No início, sua concepção foi criminalizadora. Diversas alterações legislativas, no curso da história, culminaram na Lei 6368/76, estabelecida durante a ditadura militar de 64. Nascida com base no espírito da Segurança Nacional, a Lei 6368/76 embora trouxesse alguns avanços, também era, no fundamental, criminalizadora, vale dizer, criminalizava o porte de drogas, sem, entretanto, diferenciar cientificamente, usuário de traficante. Na sequência, o Decreto nº 85.110, em 2 de setembro de 1980, criou o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes. Nele se estruturavam os chamados Conselhos de Entorpecentes (Conselho Nacional - CONFEN, Conselhos Estaduais - CONENS e Conselhos Municipais - COMENS) que até 1998, de maneira diversificada, contribuíram para conduzir iniciativas sobre o tema drogas no Brasil. Note-se que a denominação de Conselhos de Entorpecentes era completamente inadequada à realidade brasileira, visto que as drogas entorpecentes nunca foram importantes no Brasil, sendo esta, na verdade, uma tradução literal de idéias de outras paragens.

Com o fim da ditadura militar e da legislação de exceção, remanesceu um arcabouço de legislação excepcional dedicada ao fenômeno drogas, com a falaciosa sensação de que a legislação criminal, por si, poderia proteger a sociedade de todos os males. Violação de residências sem mandados judiciais, extração de pátrio poder de mães usuárias, internações hospitalares sem autorização dos pacientes em questão, e estabelecimento de penas iguais ou superiores aos de homicídio nos crimes relacionados às drogas ilícitas, são alguns dos exemplos deste pesado rescaldo e da necessidade de rediscussão da legislação do país concernente ao tema. Se não para colocar a questão das drogas no seu trilho, ao menos para evitar uma permanente ameaça ao Estado Democrático de Direito.

1.1.1 Princípio da Legalidade

A Constituição da República de 1998 preconiza em seu art.5º, XXXIX, o Princípio da Legalidade, cujo teor revela: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O significado do Princípio da Legalidade em matéria penal é o de que somente se considera crime, o fato que está assim, definido da lei, devendo da mesma forma, ser anteriormente a conduta, reconhecido como criminosa.

A relevância do Princípio enfocado reside no fato de constar no Pacto Republicano de 1988, na parte inerente aos direitos fundamentais do cidadão, sendo considerado, portanto, cláusula pétrea nos moldes do art. 60 § 4º do documento citado.

Em sendo considerado cláusula pétrea, o Princípio aludido representa uma garantia ao cidadão, pois não poderá ser modificado pelo legislador ordinário, que deve sempre respeitá-lo sob pena de inconstitucionalidade.

O Princípio da Legalidade, além de constar na Carta Constitucional, já existia no Código Penal de 1940, constando de seu art.1º.

O fato da repetição do Princípio da Legalidade na lei constitucional revela a preocupação do legislador em guardar obediência com o referido comando ao tratar da matéria penal.

O princípio assim exposto possui dupla finalidade: uma, de garantia ao cidadão, que é sabedor de qual conduta é conceituada como criminosa; duas, porque, é intocável pelo legislador, pois caracteriza verdadeira cláusula pétrea.

1.1.2 A Medida Provisória Frente ao Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade, ao exigir a lei como fonte incriminadora do Direito Penal, funciona como um limitador ao legislador no momento de fixar condutas criminosas.

É vedado ao legislador se utilizar de outras espécies normativas com o fito de criar condutas criminosas, valendo citar como exemplo, a medida provisória.

A vedação da utilização de medidas provisórias como incriminadoras de condutas é hoje fato pacífico, visto que, a própria Carta Magna de 1988, em seu art.62,I, “b” , proíbe expressamente.

Entretanto, controverte a doutrina acerca da possibilidade de medida provisória convertida em lei posteriormente, ser válida como fonte criadora de conduta criminosa.

A matéria ganhou relevância na Ação Direta de Inconstitucionalidade promovida pelo Procurador Geral da República, Cláudio Lemos Fontelles que deduziu pela impossibilidade, fundamento o qual se transcreve:

[...] cumpre observar que o dispositivo impugnado padece ainda de outra flagrante inconstitucionalidade formal, consubstanciada na sua original veiculação por intermédio da Medida Provisória nº 107/2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.684/2003. Com efeito, nos termos do art. 62, § 1º, I, b, da Constituição da República, é vedada a edição de medidas provisórias que disponham sobre direito penal e processual penal. Desse modo, disciplinando o dispositivo impugnado hipótese de suspensão da pretensão punitiva do Estado nos crimes capitulados nos arts. 1º e 2º, da Lei nº 8.137/90, e nos arts. 168-A e 333 – A do Código Penal, sua veiculação original por medida provisória constitui vício formal de origem. Tal vício comunica-se à lei de medida excepcional, sendo por conseguinte, aplicável à espécie a reiterada jurisprudência desse tribunal sobre a impossibilidade do vício originário resultante de infringência ao devido processo legislativo¹...

Caminhando em sentido oposto:

Não concordamos com a argumentação expendida. A medida provisória convalidada em lei pode dispor sobre direito penal, pois torna presente a legitimidade popular aferida pela intervenção do congresso nacional. Já não é mais medida provisória, tornou-se lei em sentido estrito².

¹ COSTA, Leonardo Luiz Figueiredo, *Limites Constitucionais do Direito Penal*, 2007, p.62.

² COSTA, Leonardo Luiz Figueiredo, *Limites Constitucionais do Direito Penal*, 2007, p.62.

A opinião externada pelo nobre Procurador Geral da República, é de rigor técnico, embora se possa optar também pela possibilidade de utilização de medida provisória em matéria penal, ao amparo de outros fundamentos.

A Carta Política de 1988, ao vedar a utilização de medida provisória em matéria penal, o fez de forma ampla, não traçando qualquer distinção acerca da possibilidade da sua veiculação seja para incriminar ou beneficiar.

Por outro turno, admitir a possibilidade de conversão de medida provisória em lei para tratar de matéria penal, para incriminar condutas, tal fato representa violação a Constituição por via transversa, pois restaria em afronta ao Princípio da Legalidade.

Ora, a conclusão acerca da possibilidade de utilização ou não da Medida Provisória em matéria penal deve ser aferida após adoção de uma postura interpretativa do sistema jurídico com um todo orgânico.

Assim, ao se refletir sob as possibilidades de interpretação do Direito Penal, com o fito de aplicá-lo ao caso concreto, depara-se o operador do direito com a incidência do instituto da analogia *in bonam partem* e outros similares.

Desta forma, percebe-se que a barreira imposta pelo Princípio da Legalidade é tão somente direcionada à postura legislativa que vise incriminar condutas e não ao contrário, razão porque se deve admitir a Medida Provisória em matéria penal quando a mesma venha beneficiar o réu, sem, contudo, adentrar na esfera de incriminação ou descriminalização.

1.1.3 A Norma Penal em Branco Frente ao Princípio da Legalidade

A relevância de se abordar o Princípio da Legalidade em confronto com a norma penal em branco resulta do fato de que a Lei de Drogas traz no bojo das condutas incriminadoras nela prevista, normas penais desta natureza.

Como bem obtempera Luiz Régis Prado: “A lei penal em branco pode ser conceituada como aquela em que a descrição da conduta punível se mostra incompleta ou lacunosa, necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação.”³

³ PRADO, Luiz Régis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, parte geral, 8 ed., p.171

A norma penal em branco, segundo a doutrina pátria, compreende a seguinte classificação: norma penal em branco homogênea, sendo aquela em que a integração do tipo penal é encontrada em espécie normativa oriunda da mesma fonte produtora da norma penal; e norma penal em branco heterogênea, sendo aquela em que a integração do tipo penal é encontrada em fonte produtora diversa de onde se originou a norma penal.

A existência desta espécie normativa em matéria penal faz surgir entre os doutrinadores intenso debate no sentido da ocorrência de infringência ou não ao Princípio da Legalidade, pois à luz de tal princípio somente a lei pode criar condutas incriminadoras, devendo o tipo penal ser certo e determinado, com o fito de assegurar ao indivíduo conhecimento real do delito.

Luiz Flávio Gomes leciona a tese no sentido da constitucionalidade da norma penal em branco por inexistência de afronta ao princípio da legalidade, aduzindo que: “Na lei penal em branco os dados descritivos formais do delito acham-se, assim, em pelo menos dois textos normativos distintos. Há um tipo penal incriminador que traduz os requisitos básicos do delito e há também um complemento normativo. De qualquer modo, é certo que o legislador não pode deixar a descrição típica essencial por conta de autoridade administrativa. A definição essencial do delito é ato do legislador. O que a autoridade administrativa pode fazer é explicitar um dos requisitos típicos dados pelo legislador. Exemplo: listas das substâncias entorpecentes. O crime foi definido pelo legislador na Lei 6.368/76. A autoridade administrativa apenas descreve quais são as substâncias entorpecentes. Nisso não há nenhuma inconstitucionalidade.”⁴

Quando, entretanto, o tipo penal não descreve a essência do delito e transfere para a autoridade administrativa a sua definição, está violada a garantia da Lex Populi⁵.”

⁴ GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada*, p. 68

⁵ O conteúdo da norma penal em branco poderá ser modificado sem que haja uma discussão amadurecida da sociedade a seu respeito, como acontece quando os projetos de lei são submetidos a apreciação de ambas as casas do Congresso Nacional, sendo levada em consideração a vontade do povo, representado pelos seus deputados, bem como a dos Estados, representados pelos seus senadores, além do necessário controle pelo Poder Executivo, que exercita o sistema de freios e contrapesos. (GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, parte geral, V. 1, 6. ed., p.28).

Mutatis mutantis, o Constituinte Originário utiliza-se desta técnica em Direito Administrativo quando, no art. 84,IV da CRFB/1988, outorga ao Poder Executivo a tarefa de expedir regulamentos com a finalidade de viabilizar o fiel cumprimento da Lei, sem que isso represente afronta ao Princípio da Separação de Poderes (art. 2º da CRFB/88), configurando-se a técnica adotada, um critério de harmonia e integração entre os Poderes da União para movimentar-se dentro do Ordenamento Jurídico e alcançar o fim maior que é o interesse público.

Registre-se ainda que, em sede de Lei de Drogas, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, sendo de curial sabença utilizar-se de conceitos expedidos por órgãos dotados de conhecimento científico para estabelecer definição do conceito de substância entorpecente que acarrete dependência física ou psíquica, razão porque, o legislador optou por conferir tal encargo ao Ministério da Saúde.

Com efeito, não há como se sustentar a inconstitucionalidade da norma penal em branco quando o complemento seja oriundo de Portaria, pois como foi elucidado, resta, com a técnica adotada pelo legislador, efetivado o Princípio da Harmonia entre os Poderes.

1.2 PRINCÍPIO DA EXCLUSIVA PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

O Direito Penal moderno possui por escopo imediato e essencial a tutela de bens jurídicos primordiais ao indivíduo e à sociedade, de modo a assegurar condições de vida, desenvolvimento e paz social adequando-se à dignidade e liberdade da pessoa humana.

Desta forma, a tipificação legal de uma conduta como incriminadora somente se reputa legítima, se acarretar lesão ou ao menos perigo de lesão a um bem jurídico determinado, razão porque a tutela penal só se considera válida, quando necessária⁶.

⁶ O Direito Penal não serve para a tutela da moral, de funções governamentais, de uma ideologia, de uma religião etc.; sua missão é a de tutelar os bens jurídicos mais relevantes (vida, integridade física, patrimônio, liberdade individual, liberdade sexual etc..) Fundamental é que o bem jurídico não conflite com o quadro axiológico constitucional, isto é, como os valores que a Constituição contempla.(GOMES, Luiz Flávio, *Direito Penal*, parte geral, 3. ed., p.99).

Conclui-se que o referido princípio tem plena conexão com o tema focado nesse trabalho de pesquisa, pois há de ser questionado acerca da lesão ocasionada pelo tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/06.

1.3 PRINCÍPIOS DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E DA FRAGMENTARIEDADE

Pelo Princípio da Intervenção Mínima entende-se que o Direito Penal somente deve intervir quando absolutamente necessário para proteção de determinados bens jurídicos, ao passo que o Princípio da Fragmentariedade impõe finalidade seletiva na escolha dos bens jurídicos tutelados por esse ramo do direito.

A importância de tais princípios reside no fato das condutas incriminadas pelo legislador adequarem-se à necessidade de proteção dos bens atingidos por aquela conduta e por fim, alcançar com a referida proteção, a paz social.

Por tal motivo, importante traçar alusão aos princípios referidos, pois há de ser questionado, a possibilidade de o fato de usar substância entorpecente acarretar perigo à paz social, ao ponto de ser necessária a intervenção do direito penal, ainda mais quando o tipo penal prevê como consequências sanções, cuja natureza é questionável dentro do estudo da teoria da pena.

1.4 PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O Princípio da Ofensividade, por seu turno, revela que um fato somente pode ser considerado punível quando afetar concretamente o bem jurídico protegido pela norma. Concluindo-se, assim, pela inexistência de crime quando não ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Na doutrina, a exemplo de Luis Flávio Gomes, há autores que interpretam o aludido princípio de forma ampla, ao pugnar pela tese no sentido de que o princípio veda a existência de crime de perigo abstrato na esfera penal.

O entendimento acerca da possibilidade da existência de crime de perigo abstrato, não afronta o sistema jurídico penal, ao contrário, com ele se coaduna, pois o legislador presume como perigosa, em caráter preventivo, conduta que possa acarretar dano à bens de terceiros, visando com isso, assegurar a paz social.

O crime de perigo abstrato, já traz em si, uma lesão remota, que é punida com o fito de evitar a lesão direta, e também acarreta risco de lesão, visto que, a conduta incriminada é perigosa. Cite-se, por exemplo o delito de porte de arma previsto na Lei nº 10.826/06, delito esse em que o legislador configura como crime a mera conduta de portar arma de fogo.

Ora, no exemplo citado, entendeu o legislador que, aquele que porta arma coloca em risco a sociedade, pois o ser humano, devido aos seus atributos emocionais, pode em determinadas situações, agir por impulso, utilizando-se inclusive da arma de fogo e lesionar bem de terceiro.

Foi pensando nisso, e com o fito de evitar um caos social, que o legislador entendeu tal conduta como perigosa, preservando e evitando desta forma, problemas maiores.

Ademais, a conduta do delito de porte de arma e outras similares deve ser analisada não somente à luz do perigo real e concreto, mas também no sentido de que são adotadas como pano de fundo para a prática de delitos maiores.

Assim, se uma das finalidades do Direito Penal é garantir a proteção a bens jurídicos essenciais, não vejo razão para não incriminar condutas em que o perigo seja abstrato, pois quando o legislador desta conclui, está na realidade cumprindo mandamento constitucional maior, que é assegurar a paz social e uma vida digna em sociedade. (art. 1º, parágrafo único, III da CRFB/1988).

1.5 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

O Princípio da Insignificância, formulado por Claus Roxin, veda a utilização excessiva da sanção criminal na punição de condutas tidas como irrelevantes, sendo consideradas assim, aquelas que afetem de forma mínima a um bem jurídico, funcionando esse princípio, como norte para excluir a tipicidade da conduta.

Na doutrina, há vozes que rejeitam totalmente a aplicação do aludido princípio como causa de exclusão da tipicidade, pugnando o entendimento, no sentido de que qualquer bem merece proteção do Direito Penal, desde que previsto em lei.

Entretanto Francisco de Assis Toledo em sua obra, descreve:

Segundo o Princípio da Insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai

aonde seja necessário para a proteção de bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas⁷.

Em que pese a lição do mestre acima citado, há que se ponderar a aplicação do princípio, não devendo este servir de estímulo para amparar condutas criminosas, o que induz ao aplicador do direito no caso concreto, verificar o tipo de delito cometido, e em quais circunstâncias o foram, para somente depois decidir pela possibilidade da aplicação do postulado⁸.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem restringido a aplicação do referido princípio aos crimes patrimoniais e de lesão ínfima, controvertendo-se acerca da possibilidade de aplicação do princípio em condutas tipificadas na Lei de Drogas, razão porque, torna-se relevante a menção a tal princípio no presente trabalho de pesquisa.

1.6. ÂMBITO DE INCIDÊNCIA DOS REFERIDOS PRINCÍPIOS

Os princípios enfocados dirigem-se tanto ao legislador quanto ao intérprete, motivo porque de extrema importância acentuá-los no trabalho de pesquisa, uma vez que se questiona também a adequação do delito de porte de drogas para fins de uso, aos Princípios Constitucionais citados.

⁷ Toledo, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*, p. 133.

⁸ Na doutrina, Rogério Grecco leciona a tese no sentido de que: Na verdade, como dissemos anteriormente, não deixa de ser subjetivo o raciocínio relativo à insignificância. Obviamente que nem todos os tipos penais permitem a aplicação do princípio, a exemplo do que ocorre com o delito de homicídio. No entanto, existem infrações penais em que sua aplicação afastará a injustiça do caso concreto, pois que a condenação do agente, simplesmente pela adequação formal do seu comportamento a determinado tipo penal, importará em gritante aberração." (*Curso de Direito Penal*, parte geral, v. 1, p. 72, 6. ed.)

2. DIREITO DE LIBERDADE INDIVIDUAL

2.1. O ESTADO DE DIREITO

Inicialmente, torna-se relevante, para análise do tema em questão, traçar breves considerações acerca do modelo de Estado adotado pela Constituição da República de 1988, visto que, por força da adoção do modelo concernente ao Estado de Direito, é que surgem debates em torno do limite da intervenção estatal na liberdade individual.

A Carta Magna de 1988, ao inaugurar sua intenção política e sociológica com o Preâmbulo, faz menção expressa pela opção de um Estado Democrático, cuja finalidade precípua é assegurar o exercício dos direitos individuais, inclusive o direito de liberdade⁹.

No artigo 1º do Pacto Fundamental de 1988, o Constituinte Originário fez questão de repetir a expressão Estado Democrático de Direito, embora já conste a expressão Estado de Direito no preâmbulo do documento constitucional, o que leva-se a crer que a repetição tem a intenção de frisar o modelo de estado opcionado.

Entende-se por Estado de Direito, aquele em que a atuação estatal é regulamentada pela Constituição e pelas Leis, tendo como finalidade garantir a todos o bem estar social.

Desta forma, forçoso dizer que atuação estatal somente reputa-se legítima se estiver pautada na Lei e visar a alcançar o bem estar coletivo, trazendo a todos, segurança, saúde, alimentação, efetivando assim, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em sua primorosa obra “Curso de Direito Constitucional”, traça aspectos fundamentais do Estado de Direito, dissertando que, o Estado é uma comunidade criada para atender os interesses da sociedade, garantindo a liberdade, segurança, propriedade, possibilitando o autodesenvolvimento individual, e também o direito de representação popular e sua participação no Poder Legislativo¹⁰.

⁹ Preâmbulo da Constituição – “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático...”

¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de Direito Constitucional*, 2007, p.35.

As disposições acima expostas ensejam conclusão no sentido de que, em sendo adotado pelo Constituinte um modelo de Estado de Direito, a intervenção estatal somente reputa-se legítima quando pautada na lei, nos princípios e atrelada a sua finalidade primordial que é o atingimento do bem comum.

Além disso, não é à toa que o poder punitivo estatal, poder esse que interfere diretamente na liberdade individual, manifestado através do direito penal, somente reputa-se legítimo quando o fato seja previsto como crime na lei, pois, ao assim agir, cumpre o postulado de um Estado de Direito.

Por tal motivo, o Constituinte frisou expressamente no art. 5º, XXXIX, não existir crime sem lei anterior que o defina e nem pena sem prévia cominação legal, uma vez que, em um Estado de Direito, somente reputa-se legítima a intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo, proibindo condutas, se a lei o assim determinar.

Resta agora saber, até que ponto permite-se ao Estado interferir na esfera da liberdade individual, fato esse que será abordado após proceder-se a um estudo acerca do direito de liberdade.

2.2. DIREITOS FUNDAMENTAIS – ABORDAGEM

A adoção pelo Constituinte Originário por um Estado de Direito, cujo teor preconiza a limitação da atuação estatal pelo estatuído nos Princípios e nas leis, visando a atingir o bem estar social, orientado pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana¹¹ faz com que seja expressamente tipificado no texto da Carta Magna, os direitos fundamentais.

A importância dos direitos fundamentais e sua ligação com a idéia de um Estado Democrático de Direito é perfeitamente visualizada pela leitura do preâmbulo da Constituição de 1988, em que consta a opção pelo modelo de Estado bem como a preocupação em assegurar neste Estado, os direitos fundamentais, sendo inclusive citado expressamente dentre eles, o direito de liberdade.

¹¹ O avanço que o Direito Constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a constituição é o local adequado para positivizar as normas asseguradoras dessa pretensão. (Gilmar Mendes, ob.cit.2007,p.221)

Assim, como o Direito Penal interfere diretamente na esfera da liberdade individual, direito esse de natureza fundamental, deve-se antes de aprofundar especificamente o tema aqui abordado, analisar esse ramo do direito em consonância com o modelo de Estado escolhido pelo Constituinte e todos institutos integrantes desse sistema, sendo eles: Estado de Direito – Direitos Fundamentais – Direito de Liberdade, visto que estão entreteçados.

Frise-se ainda que o Direito Penal, ao incriminar a conduta do porte de drogas para consumo pessoal, atua diretamente na esfera da liberdade do indivíduo, ao vedar comportamento que causa somente autolesão, por tal motivo, necessário se faz, breve estudo acerca dos direitos fundamentais com a finalidade de investigar acerca da constitucionalidade deste tipo penal.

Conceituam-se direitos fundamentais, como direitos subjetivos assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade¹².

Ademais, importa revelar que a eficácia dos direitos fundamentais é atinente ao âmbito do Direito Público, devendo a atividade legislativa estatal estar em conformidade com tais direitos, assim como atuar administrativo deve levá-los em conta, sendo portanto, assegurados pelo Poder Judiciário em caso de violação.

Desta forma, deve o legislador, ao pontuar condutas tidas como incriminadoras, além de especular previamente a teoria dos direitos fundamentais, atentar também para os limites constitucionais em razão da liberdade individual, sob pena de ao não observar seus preceitos, violar a Constituição e a tônica do Estado Democrático de Direito.

Em que pesem tais considerações, importante revelar que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, sendo alvo de restrições quando se encontrem em conflito com outro direito que ostente a mesma natureza¹³.

Por esta razão é que se torna legítima a conduta estatal em incriminar estas condutas, em alguns casos, cercear a liberdade individual, mas, frise-se, tal conduta

¹² MORAES, Guilherme Peña de, *Curso de Direito Constitucional*, 2008, p.499.

¹³ Sobre este tema, importante ressaltar na doutrina, a voz de Gilmar Mendes, que leciona: “Tornou-se voz corrente na nossa família do Direito admitir que os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. (ob. cit, p.230)”

estatal somente reputar-se-á legítima, se sua atuação obedecer rigorosamente aos limites constitucionais traçados pelo Estado Democrático de Direito.

O aspecto da relatividade dos direitos fundamentais traz à tona o tema acerca da colisão desses direitos, valendo-se o intérprete de critérios científicos para solucionar o conflito, citando-se como exemplo, o critério da ponderação e o da reserva legal.

Assim, ao se deparar o intérprete com direitos fundamentais colidentes, deve esse ponderar para optar pela prevalência de um deles no concreto, sem entretanto, retirá-lo do mundo jurídico.

No caso em exame, fácil constatar a existência de dois direitos em conflito, estando de um lado, o direito de liberdade individual em usar entorpecente, e do outro, o direito à saúde pública.

2.3. DIREITO DE LIBERDADE

O Direito Penal é, por excelência, o ramo do direito que atua diretamente no direito de liberdade individual, seja tutelando-o, seja cerceando o direito de ir e vir do indivíduo, razão pela qual mister se faz neste trabalho de pesquisa traçar, também, comentários acerca desse direito.

Relevante também traçar considerações acerca da liberdade individual neste trabalho, porque será examinada mais adiante, a constitucionalidade do tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, uma vez que tal tipo penal denota intervenção estatal direta no direito de liberdade individual.

Com efeito, mister se faz demonstrar o significado e as concepções doutrinárias acerca da liberdade bem como se revela a sua tutela em um Estado Democrático de Direito.

A liberdade em sentido jurídico ostenta várias acepções em consonância com os ramos do direito pelo qual é tutelada e pela sua natureza constitucional de direito fundamental, sendo ponto central do estudo da liberdade individual, a conciliação com convivência entre os seres humanos.

A adoção pelo modelo de um Estado Democrático de Direito enseja grande problema para o intérprete do direito, que deve conciliar o direito de liberdade

individual com o modelo democrático e com os interesses do grupo social, razão pela qual o estudo da liberdade é feito em graus.

Consoante leciona Luiz Leonardo Figueiredo da Costa, “no seu sentido liberal clássico, a liberdade se consubstancia no reconhecimento de a pessoa ter a própria vida, sem interferências externas. A idéia de liberdade formal, portanto, está fundamentada na não-intervenção estatal nos atos do indivíduo, que deve dispor de amplo espectro de autonomia de ação, sem a presença do Estado”¹⁴.

A acepção de liberdade formal foi combatida pela doutrina marxista que propôs um modelo real de liberdade, argumentando que a liberdade formal, atendia tão somente aos direitos de uma minoria, diga-se de passagem, a classe dominante.

A classificação esposada não solucionou o problema referente ao direito de liberdade, fazendo com que a doutrina evoluísse e buscasse novas dimensões acerca deste direito, observando a liberdade em seu sentido positivo e negativo.

A idéia de liberdade negativa seria correlata à ausência de interferência estatal, ao passo que a idéia de liberdade positiva estaria relacionada ao fato de existir elementos necessários para a garantia de tais direitos.

É de ressaltar que nenhuma dessas acepções soluciona o problema da liberdade, uma vez que todos, embora importantes, somente observam a liberdade sob o aspecto individual e frente à esfera pública, o que não é compatível em um Estado Democrático de Direito, onde todos os integrantes da coletividade merecem tutela estatal acerca de sua liberdade.

Desta forma, o estudo do direito de liberdade individual deve ser analisado sob a ótica social, refletindo acerca do bem comum, e garantindo a todos o exercício deste direito fundamental. Assim, em caso de uso nocivo do direito de liberdade, necessário e legítimo se torna a intervenção estatal, fazendo valer os fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

Amparado nessa concepção social de liberdade é que a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26-8-1789 preocupou-se em conceituar o direito de liberdade.

O art. 4º do documento acima citado, assim prescreve: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos

¹⁴ COSTA, Leonardo Luiz Figueiredo, *Limites Constitucionais do Direito Penal*, 2007, p.65.

direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos”.

A leitura do dispositivo suscita na mente do intérprete, de plano, a idéia da possibilidade de colisão entre direitos fundamentais, bem como a possibilidade de sua limitação pela legislação.

Frise-se que a mesma preocupação não foi alvo do Constituinte de 1988, que estabeleceu no art. 5º, inciso II, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, não fazendo menção expressa à possibilidade de restrição de direito fundamental quando esse utilizado de forma abusiva, perturbasse a ordem social.

Desta forma, através de uma leitura apressada, parece que o legislador constitucional estatui de forma absoluta a liberdade individual, não podendo, portanto, sofrer restrições por parte do legislador quando não se confrontasse com a ordem social.

Essa é a questão que surge quando se depara com o tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343./06, cujo teor incrimina a conduta de porte para fins de consumo, visto que, a priori, tal conduta, somente causa prejuízo a quem se entregue ao consumo da substância e não a ordem social.

Questiona-se, assim, se a intervenção estatal nessa seara seria legítima ou se estaria o ente federativo a invadir abusivamente a liberdade individual, pois, em princípio, não restaria em afronta a direito de terceiros.

2.4. O PODER DE POLÍCIA

Sem a pretensão de estender o assunto, mister se faz, tão somente conceituar a prerrogativa estatal que denominou-se Poder de Polícia, bem como atestar a sua legitimidade no Estado Democrático de Direito, pois é prerrogativa estatal que atua na esfera de liberdade individual, relacionando-se, assim, com o tema desenvolvido neste trabalho de pesquisa.

Questão de fácil constatação é o fato de a atuação estatal nortear-se pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público de forma a restringir os interesses individuais, sob pena de se não assim agir, instaurar-se o caos social.

O Poder de Polícia funda-se justamente no Princípio da Supremacia do Interesse Público, uma vez que inexistindo esse princípio, não poderia o Ente Estatal atuar na esfera de liberdade individual de forma a restringir direitos.

O Poder de Polícia, na clássica lição de Marcelo Caetano, chamado a colação por José dos Santos Carvalho Filho, “É o modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir¹⁵.”

Desta forma, torna-se compreensível o motivo pelo qual o Estado intervém constantemente na esfera da liberdade individual, bem como se afigere a legitimidade desta atuação no Estado Democrático de Direito.

Ademais, deve ser frisado, que o interesse público, interesse esse que rege toda a tônica da idéia de Estado como uma sociedade politicamente organizada, além de supremo ao interesse individual, é ele também indisponível, não podendo os agentes dos poderes da União dispensar a sua aplicação quando na gestão da coisa pública.

É, assim, que se deve pensar o atuar legislativo, vale dizer, é também o Princípio da Supremacia do Interesse Público e o da sua Indisponibilidade que deve nortear o Legislador no momento de incriminar condutas, refletindo acerca do bem-estar social frente ao direito de liberdade individual.

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 15.ed, 2006 p. 64, Lumen Juris, Rio de Janeiro. *Apud. Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, p.339.

3. O USO DE DROGAS

3.1. ABORDAGEM INAUGURAL DO TEMA

A Lei nº 11.343/06, publicada no Diário Oficial da União no dia 23 de Agosto de 2006 veio à tona com a finalidade de instituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definir crimes e traçar outras providências.

A nova lei substitui os preceitos que anteriormente eram regulamentados pela Lei 6.368/76 e 10.409/02 revogando expressamente todos os seus dispositivos, o que representa uma inovação legislativa no cenário jurídico brasileiro, em todos os aspectos.

No capítulo III do Título III o legislador cuidou dos crimes e das penas previstas na lei ora em exame, e tratou especificamente no art. 28 e seus parágrafos do tipo penal alusivo à posse de drogas para consumo pessoal, onde discriminou as penas incidentes sobre o usuário, bem como as medidas de recuperação do mesmo, finalidade esta que vem esboçada na lei.

Feitas estas considerações iniciais neste trabalho de pesquisa, resta agora analisar os aspectos estruturais do tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, bem como abordá-los à luz dos preceitos constitucionais adotados na República Federativa do Brasil.

3.2 TENDÊNCIAS INTERNACIONAIS

No cenário mundial atualmente predominam quatro sistemas acerca das políticas criminais em relação às drogas.

- A) Modelo norte-americano: Neste modelo vigora o sistema prisional dos envolvidos com drogas.
- B) Modelo liberal-radical: Neste modelo, busca-se a liberalização total da droga.

- C) Modelo da redução de danos: Originário do sistema europeu, preocupa-se com os danos causados pela droga, utiliza-se de políticas como a entrega de material ao usuário, destinação de locais para uso efetivo, controle de consumo e assistência médica aos consumidores, propugnando ao mesmo tempo por uma descriminalização gradual.
- D) Justiça Terapêutica: Objetiva o tratamento como forma de recuperação do usuário de drogas.

Em que pese a existência dos sistemas citados, a tendência internacional acerca do uso de drogas é no sentido da sua descriminalização, deixando de punir criminalmente o usuário, direcionando a solução do problema com a instituição de tratamento.

Vale citar, como exemplo, a Lei 30/2000 de Portugal, que prevê a aplicação de multa ao usuário ocasional, centralizando seus esforços no tratamento e recuperação do usuário.

Além de Portugal, outros Estados, a exemplo da Califórnia no Estados Unidos da América, deixam de aplicar pena de prisão para crimes que envolvam drogas, desde que praticados sem violência ou grave ameaça, havendo já países como a Suíça e a Espanha que adotam, inclusive, política de distribuição de seringas para o uso de drogas.

3.3 DESPENALIZAÇÃO MODERADA E DESCRIMINALIZAÇÃO

Descriminalizar – significa retirar o caráter criminoso de determinada conduta, o fato descrito na lei deixa de ser considerado crime. A descriminalização pode se operar de duas maneiras, uma quando o legislador retira o caráter penal da conduta, mas não a legaliza, e outra quando ao retirar a ilicitude penal, legaliza o fato totalmente.

No primeiro caso a conduta é excluída do Direito Penal, embora continue a ostentar o caráter ilícito, que, por sua vez, pode ser ilícito de ordem civil ou administrativa. Ao passo que na legalização o fato deixa de ser inteiramente considerado ilícito, não sendo, portanto objeto de qualquer sanção.

Despenalizar – significa o abrandamento da resposta penal ao ilícito cometido, mantendo-se o caráter ilícito do fato, mas como consequência de sua violação, penas mais leves, do tipo medidas alternativas. Vale citar como exemplo de despenalização, a Lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais, onde constam diversas medidas despenalizadoras, sem retirar o caráter de infração penal aos fatos nela elencados.

Importa fixar tais conceitos pois, como cediço, o novo diploma penal acerca das drogas trouxe uma inovação no tipo penal previsto no art. 28 da Lei 11.343/06, pois não mais prevê a pena de prisão para o usuário, porém, prevendo medidas alternativas como a advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade, medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

O cenário jurídico restou inovado com o tratamento dispensado pela legislação ao usuário de droga, o que levou a doutrina a proceder a debates acerca da natureza jurídica deste novo tipo.

Na doutrina, Luis Flávio Gomes¹⁶ posiciona-se no sentido da existência da descriminalização, argumentando, com âncoras no art. 1º da LICP, que define crime como a infração penal ao qual o legislador comine pena de reclusão ou detenção e a contravenção, a que comine pena de prisão simples.

Por tal motivo, entende o autor que o legislador, ao não prever nenhuma das modalidades das penas previstas no artigo acima citado, teria retirado a etiqueta de crime para tal conduta, embora continue a mesma a integrar o direito penal, uma vez que, o legislador não a legalizou.

Para o citado autor, o que ocorreu na realidade foi uma descriminalização formal, isto é, o fato deixou de ser considerado crime sob o aspecto formal, continuando a integrar o Direito Penal, entretanto, tratar-se-ia de um infração penal *sui generis*.

Assim, o tipo penal previsto no art. 28 configuraria, para o autor, uma infração *sui generis*, por não se enquadrar nem no conceito legal de crime e nem no de contravenção.

Sob outro enfoque, defende Alice Bianchini¹⁷, citada por Luiz Flávio Gomes, a tese de que em relação ao art. 28 da Lei nº11.343/06 teria ocorrido “*abolitio criminis*”,

¹⁶ GOMES, Luis Flávio. *Lei de Drogas Comentada*, p.135

¹⁷ Gomes, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada*, p. 135.

passando o tipo penal previsto neste artigo a integrar o Direito Judicial Sancionador, pois as medidas aplicadas ao usuário são estritamente de natureza educativa, uma vez que nenhuma das consequências aplicadas em razão da transação penal geraria reincidência ou antecedentes, motivo porque tal infração não integraria o Direito Penal.

Em que pese toda argumentação pormenorizada pelos citados autores, essa não foi a orientação seguida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 430.105-9- RJ, que entendeu ter ocorrido despenalização moderada, uma vez que o novo tipo penal somente não previu pena de prisão para o usuário, adotando penas alternativas para o delito, sem retirar o caráter ilícito do fato.

Ademais, deve ser lembrado que o fato de a lei não prever a pena de reclusão ou detenção, como reclama o art. 1º da LICP, não lhe retira o caráter criminoso da conduta, pois, como é cediço, a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, XLVI, prevê outras penas que não estas, de reclusão, de detenção e prisão simples.

A conclusão do Supremo Tribunal é de fácil constatação diante dos conceitos aduzidos acima, pois despenalizar significa tão somente o abrandamento das penalidades previstas para determinado tipo penal, e foi essa a postura adotada pelo legislador brasileiro, que inclusive tratou da conduta de posse para consumo pessoal no capítulo que versa acerca dos crimes e das penas, sem, entretanto, adotar para esta espécie de delito, uma pena privativa de liberdade.

3.4 POSIÇÃO BRASILEIRA

O Brasil, com o advento da Nova Lei de Drogas, modificou o panorama com relação ao tratamento dispensado ao usuário de drogas.

O art. 28 da Lei 11.343/06, que trata do tipo penal para porte de drogas para consumo pessoal, inovou o tratamento dispensado ao usuário, uma vez que, não previu, como nas legislações anteriores, a pena de prisão para esse.

O novo tipo penal prevê penas alternativas, trazendo inclusive em seu dispositivo a pena de advertência e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, levando a crer que o legislador brasileiro passou a se

preocupar em conscientizar o usuário acerca dos efeitos da droga bem como priorizar o seu tratamento.

Embora tenha o legislador brasileiro inovado no que concerne ao tratamento dispensado ao usuário, não chegou ele ao avanço de algumas legislações alienígenas, pois ainda caracteriza a conduta do tipo penal de uso de drogas como crime.

Percebe-se, assim, que o legislador brasileiro começa a adotar a política criminal que mais se aproxima com o modelo europeu, qual seja, o da redução de danos, sem, contudo, adotá-lo em sua inteireza, pois ainda trata o uso como crime, malgrado de maneira mais moderada.

3.5 O TIPO PENAL DO ART. 28 DA LEI 11.343/06

O art. 28 da Lei nº:11.343/06, que prevê a conduta relacionada ao uso de drogas, foi assim redigido pelo legislador:

“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.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I – admoestação verbal;

II – multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.”

3.5.1 Condutas sancionadas, sujeitos, objeto jurídico.

Pela leitura do dispositivo, fica fácil perceber que com o advento da nova lei de drogas, passaram a ser cinco as condutas sancionadas, sendo elas: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar e trazer consigo.

“Adquirir” traduz a idéia de tornar-se proprietário da droga sendo irrelevante a forma de aquisição.

“Guardar” significa vigiar com o fim de proteger.

“Ter em depósito” significa a conduta de disponibilizar a droga de imediato.

“Transportar” revela a conduta de o agente deslocar a droga de um local para outro.

“Trazer consigo” significa estar portando a droga.

As condutas incriminadas pelos núcleos “guardar”, “ter em depósito” e “trazer consigo”, revelam o caráter permanente da infração praticada sob essas modalidades, o que faz estar o agente em flagrante delito a todo o momento, pois a consumação se protraí no tempo.

O artigo em foco traz ainda em seu bojo o elemento subjetivo do injusto que se caracteriza pela expressão “droga para consumo pessoal”, o que revela a finalidade específica do agente, a configurar a conduta descrita no tipo penal.

É ainda relevante salientar que o tipo penal aludido não prevê a forma culposa da conduta, somente sendo o infrator punido a título de dolo.

É imprescindível que o agente saiba estar portando droga ilícita sem autorização ou em desacordo com a legislação, uma vez que ao desconhecer tratar-se de substância ilícita, incidirá em erro de tipo, que tem o condão de excluir o dolo e tornar atípica a conduta.

Sujeitos do delito: o crime em foco pode ser praticado por qualquer pessoa, não fazendo a lei, qualquer distinção ou exigindo qualquer qualidade específica do agente, tratando-se assim, de crime comum.

Neste ponto, vale frisar a importância da discussão doutrinária acerca da natureza da infração penal prevista no art. 28, pois ao concluir parte da doutrina pela existência de uma descriminalização, não poderia o menor infrator ser punido por violar o dispositivo em estudo.

Ora, tal conclusão é de fácil constatação ante a previsão no artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cujo teor preconiza considerar-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção. Assim, se a conduta prevista no art. 28 não é considerada crime ou contravenção, não haveria como se admoestar o adolescente que faça uso de drogas.

Este entendimento traz um inconveniente no cenário jurídico, dando asas para afrontar o Princípio da Razoabilidade, pois seria considerado o fato de usar drogas como crime para um sujeito maior de idade, e não o seria para um menor.

Desta forma, determinada conduta seria crime para uns e não para outros, tratamento este que violaria inclusive o Princípio Constitucional da Igualdade perante a Lei.

Por tal motivo, torna-se de suma importância, e foge meramente ao meio acadêmico, analisar com precisão a natureza do art. 28, refletindo inclusive nas conseqüências que podem advir do entendimento fixado.

Sujeito passivo: o sujeito passivo para a doutrina tradicional é a coletividade, fato este que será aprofundado na conclusão deste trabalho de pesquisa, ao se proceder a uma análise do tipo penal frente ao direito de liberdade individual e os paradigmas da autolesão no Direito Penal.

Objeto Jurídico: O bem jurídico protegido, também para a doutrina tradicional, é a saúde pública, o que faz com que a maioria conclua também ser o sujeito passivo a coletividade, e não o próprio indivíduo usuário ou dependente.

Consumação: A infração consuma-se com a realização de qualquer das condutas descritas, uma vez que a lei não exige a ocorrência de qualquer resultado para a configuração do ilícito.

Tentativa: A maior parte das condutas discriminadas na nova lei configura ser o art. 28 uma infração de mera conduta, sendo assim, um crime de consumação antecipada, e, portanto impossível de se viabilizar a ocorrência do instituto da tentativa.

Entretanto, cabe frisar que, com relação ao verbo “adquirir” seria possível vislumbrar-se a ocorrência da tentativa, eis que tal conduta desdobra-se em vários atos, sendo crime plurisubsistente.

Em que pese tal possibilidade, a da tentativa na modalidade de “adquirir”, na doutrina, Luiz Flávio Gomes defende a sua impossibilidade, ao argumentar:

Mas para essa conduta nenhuma sanção foi contemplada expressamente na nova lei. É impunível, portanto (não sendo possível aplicar o art. 14, parágrafo único, do CP, por analogia). O tipo já não exige nenhum resultado. Não exige perigo concreto para um ser humano. Contenta-se (para a consumação) com a mera realização da conduta, que então é um “perigo de um perigo concreto”...Toda a conduta que represente menos que a efetiva posse deve ficar impune, pois do contrário haveria uma exagerada antecipação da tutela legal¹⁸.

A tentativa realmente deve ser inviável na prática do delito do art. 28 da nova lei, não porque seria impossível a aplicação do art. 14, parágrafo único., do CP em razão da ausência de previsão do instituto da tentativa na Lei de Drogas, pois como cediço, as regras da parte geral são aplicáveis à legislação especial, desde que esta não disponha de modo diverso.

Entretanto, por força dos objetivos traçados pela nova lei, que é de recuperar e não de punir o usuário, fica difícil incriminar a tentativa de aquisição, pois o agente sequer coloca em risco a coletividade ou sua saúde individual na prática de tal ato, revelando, sim, a mera intenção de usar.

Objeto material da infração: Objeto material do delito previsto no art. 28 é a droga, que nos moldes do art.66 da mesma lei, é uma das substâncias consideradas entorpecentes previstas na Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio, *Lei de Drogas Comentada*, p.151

3.6. SANÇÕES COMINADAS

A República Federativa do Brasil adota como valor fundamental do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana, que se encontra assentada no art. 1º, parágrafo único, III, da Carta Política de 1988.

Sendo um valor adotado pelo Estado Democrático de Direito, todo o ordenamento jurídico deve estar em consonância com o norte por esse traçado.

Assim, se de um lado o Pacto Fundamental da República de 1988 prevê como penas em seu art. 5º, XLVI, a privação de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos, por outro turno, veda penas que tenham caráter desumano, tais como as de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, cumprindo assim o postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a Constituição da República limita a atuação da pretensão punitiva estatal, pois não confere um “cheque em branco” ao legislador infraconstitucional na escolha das penalidades cominadas aos agentes infratores, embora permita a possibilidade de criação de novas modalidades de penas, o que se extrai da simples leitura do art. 5º, XLVI da CR/88, quando se utiliza da expressão “entre outras”.

Em que pesem as possibilidades da criação de novas penas outorgadas pelo Constituinte, estas devem guardar compatibilidade com o sistema constitucional vigente, frise-se, com o seu o vetor fundamental, dignidade da pessoa humana, e com os princípios informadores do Direito Penal, quais seja, legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, dentre outros.

O Código Penal, em seu art. 32, previu como penas as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e a multa, não sendo por isso vedado que nova lei criasse outras modalidades de sanções.

De há muito os estudiosos do Direito Penal vem debatendo acerca da eficácia e necessidade da pena de prisão para alguns delitos, o que tocou de certa forma o legislador, fazendo com que este editasse a Lei 9.714/98, prestigiando e alargando o conteúdo das penas restritivas de direito.

Já em 1995, o legislador, atento as modificações sociais, e também preocupado em atender ao caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal,

editou a Lei 9.099, onde passou a prever no ordenamento jurídico pátrio, institutos despenalizadores para infrações de menor potencial ofensivo, desprezando o cárcere nesses casos.

E por aí não parou. No ano de 2006, adveio ao cenário jurídico, a nova Lei de Drogas, promulgada sob o número 11.343, onde inovou quanto às sanções previstas para os usuários e dependentes de drogas.

O art. 28 da Lei nº: 11.343/06 adotou como penalidade para o usuário ou dependente de drogas as seguintes penas: advertência sobre os efeitos da droga, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, excluindo desta seara, totalmente, a previsão de pena privativa de liberdade.

3.7. NATUREZA JURÍDICA DAS SANÇÕES COMETIDAS À INFRAÇÃO DO USO DE DROGAS

A Constituição da República de 1988 estabeleceu em seu art.5º, XLVI as espécies de penas que poderiam ser criadas pelo legislador ordinário, ao informar que, dentre outras, poderiam existir as penas de privação da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

Além de discriminar as espécies de penas existentes no sistema jurídico brasileiro, o constituinte originário limitou, no inciso XLVII do dispositivo acima citado, o poder conferido ao legislador ordinário na criação das sanções penais, ao vedar expressamente criação de outras modalidades, que seriam: a) morte; b) caráter perpétuo; c) trabalhos forçados; d) banimento , e) cruéis.

Pela análise dos dispositivos constitucionais acima elucidados, resta claro que o legislador infraconstitucional pode perfeitamente criar outras modalidades de sanções penais além das expressamente previstas, somente sendo-lhe vedado, ao inovar, inserir no sistema qualquer das penalidades elencada no art.5º, XLVII do Pacto Fundamental.

Em que pesem as assertivas acima, para se concluir acerca da natureza de pena pela medida adotada pelo Legislador como tal, mister se faz, além de verificar sua compatibilidade com a norma constitucional, averiguar também se a mesma ostenta, em sua essência, as características inerentes ao instituto.

Por força de todas as considerações efetuadas é que surge em nosso ordenamento jurídico, acesos debates e divergências referentes a alguns institutos inovadores.

A Lei nº: 11.343/06, ao criar o art. 28 referente à regulamentação do uso de entorpecentes, inovou o sistema jurídico ao prever novas modalidades de punição incidentes quanto ao fato incriminado como de uso, sendo eles: Advertência; prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa educativo.

As espécies de penalidades inovadoras constante da nova Lei de Drogas ensejaram controvérsias no seio jurídico ao ponto de dividir a doutrina nacional acerca do tema, pois para alguns pensadores do direito, não se tratam de penas.

A discussão doutrinária acerca da natureza das punições previstas para o usuário de drogas teve origem no próprio texto legislativo, pois a nova Lei de Drogas, ao inaugurar o capítulo III do título III, o intitulou “dos crimes e das penas”, fato esse que levou a vários estudiosos do direito concluírem pela natureza das penalidades para as sanções previstas no art. 28 da Lei nº: 11.343/06.

Ocorre que o próprio artigo 28 possui sete parágrafos, onde se verifica utilização de linguagem contraditória entre eles, pois no parágrafo primeiro e sexto, optou o legislador por adotar a nomenclatura “medida”, e no parágrafo terceiro e quarto, empregou a palavra “pena”.

Com efeito, a imprecisão legislativa referente à natureza das sanções previstas para o usuário não tem, por si só, o condão de ensejar dissidência doutrinária acerca do tema, sendo certo que incumbe ao intérprete antes de concluir sobre a natureza jurídica de determinado instituto, verificar a sua essência dentro do sistema.

Entretanto, não foi precisa a conclusão doutrinária sobre a natureza das sanções previstas no artigo 28 da Lei 11.343/06, pois o jurista Renato Marcão, com base na Constituição da República de 1988, conclui pela natureza de pena das aflições previstas no artigo citado¹⁹, ao passo que Andrey Borges de Mendonça, em direção contrária, esposou entendimento cujo teor revela não ostentar as sanções previstas no artigo sob comento, natureza de pena, e sim de medida educativa.

¹⁹ MARCÃO, Renato. *Tóxicos*, 5ª ed., p. 68, São Paulo: Saraiva, 2008.

3.8. PENA DE ADVERTÊNCIA

O artigo 28 da Lei 11.343/06 inaugura os seus incisos com a nova modalidade de sanção aplicável ao usuário de drogas, ao prever a “advertência.”

Seria realmente a advertência uma espécie de pena?

Antes de responder ao quesito, mister se faz averiguar acerca da sua finalidade e sua consequência dentro do contexto do Direito Penal.

A advertência tem por escopo esclarecer ao usuário de drogas, seja ele dependente ou consumidor eventual, sobre os efeitos maléficos que a substância acarreta à saúde, bem como aos danos sociais oriundos do seu uso.

Ora, por tais motivos é possível afirmar-se que a advertência aproxima-se mais do aconselhamento do que do conceito de pena, pois esta, como cediço, tem caráter punitivo em razão de uma infração.

A advertência não caracteriza uma consequência aflitiva em virtude de uma violação normativa, e sim em uma orientação, auxílio, decorrente de um desvio comportamental, e, assim, forçoso concluir que a sua distância da natureza de penalidade não é ocasionada por força da imprecisão legislativa, e sim por não carregar em sua essência as características de uma sanção penal.

Pena é, ao mesmo tempo, uma prevenção, pois inibe ou ao menos tenta prevenir a prática de um crime, e retribuição dada ao infrator de uma norma penal.

A idéia de retribuição configura uma resposta ao mal praticado, ou seja, uma punição em razão de uma adoção de conduta violadora dos bens jurídicos penalmente tutelados.

Desta forma, não há como se vislumbrar na advertência, tão somente por constar no capítulo que trata dos crimes e das penas, uma espécie de pena, pois inexiste nela o caráter aflitivo.

3.9. PENA DE FREQUÊNCIA A CURSO EDUCATIVO

As mesmas questões ventiladas acerca da medida de advertência podem ser transportadas para esta modalidade de “sanção”, uma vez que inexiste nesta espécie de resposta, o caráter encontrado em uma sanção penal.

Esta medida é de cunho totalmente educativo, pois tem como escopo a orientação, ao consumidor de drogas, acerca dos malefícios produzidos pela mesma, bem como importa na prestação de informações ao infrator da lei, da possibilidade de libertação do vício ou uso rotineiro.

A nova lei, ao prever expressamente essas medidas, aproxima-se da política de redução dos danos e passa a dispensar ao usuário de entorpecentes um tratamento diferente daquele que o constante das legislações anteriores.

Na atualidade, o consumidor de drogas é visualizado mais como um doente que necessita de tratamento do que como um criminoso, razão pela qual a nova lei se preocupa em recuperá-lo, oferecendo um tratamento, e não em repreendê-lo, como faziam as legislações anteriormente existentes sobre o tema.

Por esses motivos, não há também como se vislumbrar, aqui, uma pena, e sim uma medida educativa.

3.10. PENA DE SUBMISSÃO A TRATAMENTO

A nova Lei de Drogas não previu em seu texto legislativo a penalidade de submissão do usuário ao tratamento compulsório, talvez porque essa penalidade esbarraria na problemática do direito de liberdade individual.

O tratamento compulsório, que poderia ser inclusive a internação, neste caso, se utilizado, equivaleria a uma pena de privação da liberdade ou medida de segurança, o que estaria totalmente em descompasso com a política adotada pela nova legislação.

O assunto em foco desencadeia algumas questões polêmicas referentes às drogas, sendo uma delas a possibilidade de sua aplicação mediante adesão voluntária do usuário e a sua incidência em caso de descriminalização do uso de drogas.

A submissão do usuário a tratamento compulsório encontra empecilho no direito de liberdade individual, uma vez que sua existência ensejaria violação ao direito da intimidade.

O Estado Democrático de Direito tem o seu norte no respeito e no asseguramento dos direitos fundamentais, razão pela qual a submissão de uma

pessoa a tratamento sobre dependência decorrente de uso de drogas violaria a esfera de sua intimidade.

Diferente hipótese seria aplicar o tratamento compulsório para o usuário em países cuja legislação tenha optado pela política de redução de danos e descriminalização do uso, pois nestes casos o Estado avoca para si o controle sobre o consumo de entorpecentes através da legalização da venda, e, portanto tem o dever de assumir a responsabilidade pelos possíveis danos causados aos indivíduos.

Ainda assim, o tratamento compulsório deve ser recebido com reservas, somente sendo aceito nos casos em que a dependência e o uso abusivo das substâncias acarretem dano exorbitante ao ser humano a ponto de conflitar com os interesses sociais.

Seria um contra-senso optar por uma penalidade de tratamento compulsório diante da permissão do Estado na prática do suicídio, pois tal fato, acarretaria total desproporcionalidade na tutela conferida ao maior bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, a vida.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSIVAS

4.1. LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO

As conclusões a serem apresentadas neste trabalho de pesquisa foram alcançadas a partir da análise dos princípios e regras constantes do texto constitucional adotados em nosso país, afirmadamente um Estado Democrático de Direito.

A Constituição da República de 1988 traz, no Título I, os Princípios Fundamentais oriundos do Estado Democrático de Direito, modelo este de Estado adotado expressamente no seu art.1º.

Dentre os princípios fundamentais elencados no art.1º do Pacto Fundamental da República importa relevar, neste trabalho de pesquisa, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, cujo teor, em breve síntese, determina a preponderância do ser humano sobre qualquer outro valor existente na sociedade, sendo forçoso concluir, assim, que as leis e os atos políticos somente se reputam legítimos caso visem atender aos anseios sociais no que pertine à melhoria de vida do cidadão.

Ao amparo da conclusão acima alcançada, o mesmo documento político assentou, dentre os objetivos fundamentais da República (art.3º,I), o de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo certo que somente resta respeitada a tônica da dignidade da pessoa humana, caso seja respeitado o direito de liberdade, uma vez que, pela análise dos dispositivos, ambos reputam-se indissociáveis.

O título II da Carta Magna inicia-se com o subtítulo “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, onde traz no art.5º, o rol exemplificativo desses direitos.

Ora, ao se observar a organização topográfica, afigura-se fácil perceber a intenção do Constituinte em fazer preponderar sobre quaisquer outros direitos, os Direitos Fundamentais, até mesmo porque não há como se alcançar conclusão diversa em um Estado Democrático de Direito.

Pela simples leitura do caput, do art.5º, constata-se na exegese dos direitos fundamentais básicos existentes em uma sociedade livre e justa, a vedação à inviolabilidade do Direito de Liberdade, fato este que é complementado pelo inciso II

do mesmo dispositivo, que exige a existência de Lei para incutir uma obrigação ao ser humano.

Em que pese a exigência de Lei para controlar o direito de liberdade da pessoa humana, mister se faz salientar que, além da exigência de existência legal para legitimar a intervenção estatal na liberdade individual, é necessário, também, que o ato normativo expedido pelo Congresso Nacional esteja adequado aos parâmetros traçados pela Constituição da República e pelo Estado Democrático de Direito, sob pena de, em caso de assim não proceder, incidir em vício de inconstitucionalidade.

Como já destacado neste trabalho de pesquisa, inexistente direito fundamental absoluto, o que permite, em caso de colisão entre direitos da mesma espécie, a possibilidade de o intérprete adotar um critério de preponderância, e optar pela prevalência de um destes.

O critério de preponderância para solução da colisão entre direitos fundamentais indica que o Estado somente pode intervir e limitar qualquer dos direitos fundamentais, quando o seu exercício for abusivo por parte do ser humano, a ponto de causar lesão a terceiros e a sociedade.

Como cediço, o ramo do direito que intervém de forma intensa no direito de liberdade individual é o Direito Penal, uma vez que suas sanções chegam ao ponto de acarretar restrição integral ao direito de liberdade individual através das suas penas restritivas de liberdade.

Por trazer em seu bojo as medidas mais drásticas a restrição da liberdade individual, é que se torna imperiosa a análise da legitimidade do Direito Penal em incriminar condutas e definir crimes, para se concluir pela sua adequação, ou não, ao texto constitucional.

Para evitar equívocos e abusos por parte do legislador é que a Constituição traz em seu texto, expressamente, diversos princípios constitucionais que norteiam o Direito Penal, princípios estes que exsurgem do modelo de Estado adotado pelo constituinte, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

Assim, ao legislar em matéria penal, e não só em matéria penal, deve o Congresso Nacional observar integralmente os Princípios Constitucionais do Direito Penal com o fito de restar legítima a intervenção estatal no direito de liberdade individual.

No art. 98,I da CRFB/1988 encontra-se assentado o Princípio da Ofensividade, o que traz como exigência para configuração de determinada conduta como criminosa, a existência de o fato definido como crime causar, no mínimo, lesão a bem jurídico de terceiro, sob pena de assim não sendo, ser impossível qualquer incriminação.

Em atendimento a este princípio, e também ao da subsidiariedade é que se percebe ser o Direito Penal, a *ultima ratio*, ou seja, somente deve ser chamado a intervir quando impossível ou ineficaz a solução por outros ramos do direito, e também quando a conduta lesione bens de terceiro, o que, frise-se, se adequaria integralmente à tônica traçada pelo Estado Democrático de Direito.

O Direito Penal estruturou-se ao longo dos tempos através das tradicionais Escolas Clássica, Positiva e Garantista, escolas estas que contribuíram para evolução da ciência penal em razão da transformação por que passou a sociedade, o que culminou com a adoção do modelo de estado opcionado pelo Constituinte de 1988.

De acordo com as lições empregadas pela Escola Garantista, o Estado transmuda-se do papel autoritário para a figura do “amigo do cidadão”, motivo porque valoriza e protege os direitos fundamentais do ser humano.

Assim, percebe-se que os princípios pregados pela Escola Garantista são os mesmos que os valorados no Estado Democrático, sendo certo que não há outra opção em termos de regulamentação do Direito Penal neste modelo de Estado, que não seja de se colocar ao lado do Garantismo Penal.

Frise-se: adotar uma postura garantista não significa proteger criminosos, e nem tampouco proteger somente a vítima, mas significa, sim, limitar a intervenção estatal por força da preponderância dos direitos fundamentais, independente da posição jurídica em que se encontre o ser humano.

Desta forma, em um Estado Democrático de Direito, onde a regulamentação do Direito Penal deve se nortear pelos Princípios lançados pela Escola Garantista, é que o legislador está obrigado, antes de editar um ato normativo, observar a possibilidade de o Direito Penal intervir quando se encontre diante de um direito fundamental.

Resta claro e imune de dúvidas, que a própria utilização do Direito Penal não pode ser maximizada em razão do Direito Penal de Liberdade, somente podendo

limitar esse direito, caso o uso do mesmo acarrete lesão a bem de terceiros, ou à sociedade.

É com base nessas premissas que vale investigar a constitucionalidade do art.28 da Lei 11.343/06 e observar os bens jurídicos tutelados pelo legislador em confronto com a Teoria dos Direitos Fundamentais.

Pela análise do art.28 da Lei 11.343 é fácil constatar a existência de dois direitos fundamentais em suposta colisão, quais sejam, o direito de liberdade e a saúde pública, sendo possível também afirmar-se que o legislador optou pela preponderância do direito à saúde pública em detrimento da liberdade individual.

Seria essa mesmo a questão enfrentada, ou foi esta a solução mais fácil de ser encontrada?

Consta nos parágrafos acima elucidados a premissa no sentido da intervenção legítima do Direito Penal sobre o Direito de Liberdade Individual, quando o uso da liberdade for abusivo e acarretar ofensa a bens jurídicos de terceiro.

Ora, onde está violado bem jurídico de terceiro na conduta que incrimina o uso individual de drogas?

Onde resta violado o bem jurídico “saúde pública” com a conduta de consumir drogas?

O tabaco, como cediço, é também substância tóxica que causa dependência e prejudica a saúde, tanto quanto as drogas ditas “pesadas” como o “crack”, a maconha, a cocaína, o “ecstasy” e outras mais. E porque não ofenderia o seu consumo a saúde pública?

Diante destes questionamentos é que vale investigar a legitimidade da intervenção penal ao ponto de limitar a liberdade individual, sendo o seu usuário maior e capaz de se autodeterminar.

Primeiramente, vale refletir acerca de outras condutas equiparadas ao uso de drogas incriminadas na legislação penal, e indagar acerca da constitucionalidade da incriminação dessas condutas diante dos casos em que as mesmas ensejaram punição.

Ao se verificar o Código Penal de 1940, depara-se o intérprete com condutas incriminadoras que limitam o direito de liberdade individual, mas todas essas condutas foram destacadas porque lesionam bem jurídico de terceiro ou tendo o legislador optado por punir as condutas acessórias.

Basta uma simples análise dos tipos penais previstos nos seguintes artigos: art.122, art.129 e 171§2º, V todos do Código Penal, e também o art. 184 do Código Penal Militar, pois nesses casos a lei pune a autolesão em virtude de ofender bem jurídico de terceiro.

Inicialmente, percebe-se flagrante desproporção entre as incriminações, pois como é curial, o maior bem jurídico que o ser humano possui é a vida, embora o legislador admita perfeitamente o suicídio, uma vez que somente pune condutas acessórias ao atentado a própria vida, quais sejam, o induzimento, a instigação e o auxílio que alguém preste a outrem, para tirar sua própria vida. E, ainda assim, o tipo somente se consuma caso da tentativa de suicídio, resulte, ao menos, lesão corporal grave aquele que pensou em tirar a sua própria vida.

A simples análise deste tipo penal mencionado já bastaria para levar o legislador a refletir acerca da incriminação da conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, e questionar sobre a legitimidade da intervenção estatal, pois ao menos encontraria de plano uma total incoerência ao selecionar as condutas incriminadoras.

A lei permite o atentado à própria vida, mas proíbe a utilização de substância nociva a saúde, o que já revela uma total desproporcionalidade na seleção dos bens jurídicos protegidos.

Outra questão também importante nesta seara, e que corrobora a assertiva acima feita, resulta da simples leitura do caput do tipo penal previsto no art.129 do C.P, qual seja, ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.

O texto do artigo citado revela claramente a possibilidade de incriminação da lesão quando a ofensa for direcionada à saúde de outrem, o que por força de uma interpretação a contrário sensu permite a ocorrência de autolesão. Este fato se coaduna perfeitamente com o princípio da ofensividade e guarda coerência com a incriminação do art.122 do CP.

No mesmo sentido deve ser avaliado o tipo penal assentado no art.171§2º,V do Código Penal, cujo teor revela a punição da autolesão quando esta vise fraudar seguro, ou seja, somente pune a autolesão quando esta acarrete ofensa a bem jurídico de terceiro.

Como se ainda não bastassem tais lições, encontram-se ainda na legislação penal outros tipos incriminadores que confirmam o acima dito, sendo eles, os artigos 228 e 229 do Código Penal.

Ora, em tais dispositivos o legislador também somente pune as condutas que gravitam em torno da prostituição, o que revela ser possível ao ser humano fazer uso do seu próprio corpo da maneira que melhor lhe aprouver, tudo em consonância com o respeito ao direito de liberdade individual e ao princípio da lesividade.

Diante destes meros exemplos, não há como se atestar a legitimidade estatal ao incriminar o tipo penal previsto no art.28 da Lei 11.343/06, uma vez que o tipo *sub examem* ofende tão somente a saúde individual, não sendo apto para acarretar lesão a bem jurídico de terceiro ou, sequer, a saúde pública.

Pela análise dos princípios constitucionais enfocados neste trabalho de pesquisa, e por força da adoção do Estado Democrático de Direito cujo pilar de sustentação é a prevalência dos direitos fundamentais e mais o que acrescenta, ao Direito Penal, a Escola Garantista, fica fácil concluir que a restrição ao direito geral de liberdade e autodeterminação somente é viável quando exista uma razão plausível. E esta razão somente existe quando haja ofensa a coletividade ou a bem jurídico de terceiro, o que não ocorre na hipótese do art. 28 da Lei 11.343/06.

4.2. CONTRADIÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Resta ainda investigar a constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06 acerca do tratamento que o próprio legislador optou por oferecer ao usuário e dependentes de drogas com a nova legislação, frente ao sistema jurídico brasileiro.

A Lei 11.343/06 inaugura o Título I com o artigo 1º onde prevê que a intenção do ato normativo é prescrever medidas para prevenção ao uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, além de reprimir a produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas, optando por uma política de atenção ao consumidor.

Mais adiante, no Título II, inaugurou a nova legislação em seu capítulo I, art.4º, os princípios e objetivos adotados pelo Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas, onde positivou, no inciso I, como princípio legal, o princípio da

liberdade fundamental que preconiza o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade.

Logo após ao artigo citado, repete o legislador no art.5º, em seu inciso I, ser objetivo do SISNAD contribuir para a inclusão social do cidadão, visando torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, além de reprimir o tráfico.

No Título III, capítulo II, a lei visa tornar eficaz as políticas públicas optadas pelo Estado, ao prever como atividade de atenção ao usuário, aquelas que visem a melhoria da qualidade de vida e a redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas, e revela, no art. 22 e seus incisos, os princípios que norteiam as atividades de atenção ao usuário de drogas, dentre as quais se destacam o respeito ao usuário e ao dependente de drogas, independentemente de quaisquer condições, observados os direitos fundamentais da pessoa humana e definição de projeto terapêutico individualizado, orientado para a inclusão social e para a redução de riscos e de danos sociais e à saúde.

Pela atenta leitura dos princípios e objetivos adotados pela nova legislação, resta claro que a intenção do legislador foi conferir tratamento diferenciado das posturas adotadas em legislações anteriores sobre o tema, ao usuário e dependente de drogas, sendo certo que sua real intenção teria sido respeitar o direito fundamental de liberdade e ofertar condições para melhorar a sua qualidade de vida em auxiliá-lo na luta frente às drogas.

Afigura-se certo, pela leitura atenta dos dispositivos citados, que o legislador passou a encarar o problema relacionado ao uso abusivo de drogas não como comportamento que enseje a intervenção do Direito Penal, mas sim como um problema que reclama a intervenção médica e terapêutica, embora outorgue responsabilidade do atuar na prevenção do uso indevido de drogas, a todos os órgãos públicos e à sociedade em geral.

Em que pesem tais observações e parecer que esta tenha sido a intenção do legislador, o mesmo no capítulo III, capítulo este inaugurado sob o título “dos crimes e das penas”, do Título II, descreve no art. 28 a conduta de “adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas” e informando que tal conduta sujeita o usuário às penas de advertência sobre os

efeitos da droga; prestação de serviços a comunidade, e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Com efeito, a descrição desta conduta ensejou debate no seio jurídico acerca da natureza deste dispositivo, no que tange a sua incriminalização.

Esta discussão tem pertinência, pois esta representa a primeira e mais relevante incoerência encontrada na legislação comentada pois, pela leitura dos dispositivos inaugurais e dos princípios e objetivos adotados em relação ao usuário, ficou claro que a intenção do legislador era não mais incriminar a conduta relativa ao uso indevido de drogas.

Além deste motivo, outra questão que intriga aos estudiosos do direito é o fato de o dispositivo em comento não prever sanções de natureza penal, à exceção da prestação de serviço a comunidade.

Surgiu então a primeira questão: A conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06 é crime ou ocorreu sua despenalização?

A resposta doutrinária a esta indagação encontra-se já exposta neste trabalho de pesquisa na parte em se que abordou a natureza do art.28. Neste contexto afirma-se mais coerente e plausível, frente ao sistema constitucional penal, entender-se a ocorrência da descriminalização, isto porque tal tese, é mais coerente com o sistema penal constitucional: primeiro, porque restaria observado o direito fundamental de liberdade e a possibilidade de autolesão; segundo, porque o uso de drogas não acarreta lesão à bem de terceiro; finalmente, porque não há como se concluir pela existência de um tipo penal sem a cominação de sanção de natureza penal, pois nesta reside a característica do Direito Penal.

Ora, seria totalmente incoerente definir um tipo penal sem a existência de penalidade, pois não seria encontrado, nesta hipótese, o caráter punitivo do Direito Penal. Todas estas normas penais são, necessariamente, incriminatórias, quando não explicativas ou integrativas.

Além destes fatores, há que se elucidar ainda, a imprecisão terminológica empregada pelo próprio legislador no momento de regulamentar a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, pois no caput do dispositivo, utilizou-se da palavra “pena” e já no parágrafo primeiro utilizou da palavra “medidas”.

Mais adiante, no art.45 da Lei 11.343/06, o mesmo legislador admite expressamente a possibilidade de a droga ocasionar dependência ou limitar a

capacidade de autodeterminação do agente, e realça que, na hipótese destas evidências, ser o agente isento de pena.

Com o advento deste dispositivo, o legislador passa a tratar o usuário como inimputável, em equiparação ao doente mental de que cuida art.26 do Código Penal, o que, de comum sabença, não ser esta a hipótese, na maioria dos casos envolvendo consumidores de drogas.

As incoerências não param por aí, pois no parágrafo único a lei informa que em caso de uso de drogas, poderá o Juiz, após a análise do exame pericial, encaminhar o agente a tratamento adequado que pode ser tanto a internação quanto o tratamento ambulatorial, o que revela, sob outro enfoque, a adoção da política de redução de danos.

Desta forma, parece que o legislador foi tímido quando resolveu tratar do assunto relacionado ao uso de drogas, e que vem mantendo a interpretação de que tal conduta continua a ostentar natureza criminosa, tão somente porque não encontrou solução adequada para lidar com o tráfico de drogas, este sim, pano de fundo para toda a violência que assola a sociedade.

Por tal motivo, importa investigar se haveria eficácia nas sanções traçadas pelo legislador na redação do art. 28, e, após, averiguar acerca da conveniência de uma revisão legislativa para tratar do problema relacionado ao uso de drogas.

4.3. CONVENIÊNCIA DE UMA REVISÃO LEGISLATIVA

Diante de tudo que foi abordado neste trabalho de pesquisa, além da questão jurídica, tornar-se-ia conveniente que o Congresso Nacional refletisse acerca do problema referente ao consumo de drogas, com a finalidade de encontrar solução mais adequada.

Pelo histórico das legislações anteriores, a exemplo da Lei nº 6368/76, é possível concluir que a prisão e o tratamento do usuário como criminoso não solucionou o problema relacionado ao consumo pessoal de substância tóxica, pois ainda assim o uso continuou a se fazer presente do cotidiano da sociedade.

Registre-se ainda que o argumento da punição do uso com o objetivo de aniquilar o tráfico não solucionou nenhum desses dois problemas sociais, uma vez que, da mesma forma que o uso continuou ocorrendo, o tráfico também permanece.

Ademais, não é somente o consumo pessoal de substância entorpecente que contribui para a existência do tráfico. Há outros fatores a serem analisados, como segurança pública, fiscalização intensa de plantações destinada a elaboração de matéria-prima, dentre outros, para extirpar esse mal social.

Frise-se ainda que tratar o usuário e curá-lo da necessidade do consumo de drogas é também uma solução para acarretar uma queda financeira ao tráfico, e é com base nessa esperança que o legislador brasileiro deveria também repensar o tratamento legal dispensado ao consumidor de substância tóxica.

Uma sugestão, nesse trabalho, é a modificação legislativa no que concerne à regulamentação do uso de drogas, onde se deveria adotar uma postura de tratamento ao dependente e consumidor de entorpecente.

A legislação deveria tomar por base o grau de dependência em que a pessoa se encontra e encaminhá-la ao tratamento adequado, seja ele ambulatorial ou internação.

É necessário, entretanto, que o legislador tenha total atenção no momento da regulamentação dessa questão, para não invadir a esfera individual da pessoa humana e violar também a Constituição da República, pois uma medida de internação compulsória somente poderia ser imposta em grau máximo de dependência e quando o consumidor ofertasse perigo à sociedade, seja através da vadiagem, seja através do comportamento agressivo.

Ademais, a adoção de tratamento compulsório em alguns casos, enquanto inexista regulamentação e controle do uso das substâncias pelo governo, é medida plenamente aceitável, pois enquanto criminosa a conduta da mercancia, mister se faz utilizar dessa tática como forma de coibir também aquela prática.

O Estado, previamente a qualquer mudança legislativa, deve organizar centros de tratamento e recuperação com profissionais especializados em lidar com dependência química para atender aos casos encaminhados pelo Judiciário ou Executivo.

O tipo penal do art. 28 da Lei 11.343/2006 deve ser reformulado e assumir a natureza de uma infração administrativa, o que seria totalmente plausível diante ainda da inexistência de um controle regulamentado pelo Estado acerca de todas as substâncias tóxicas que causam dependência física e /ou psíquica.

Ora, não havendo a legalização do uso e um controle acerca do consumo através de receituário médico, e existindo o tráfico ilícito, imperioso e legítimo se torna a intervenção estatal na seara do consumo de drogas, intervenção essa cujo teor visaria ao estabelecimento da paz social, e que poderia perfeitamente ser efetuada pelo Poder Judiciário por uma mera opção legislativa em razão da estrutura desse órgão.

O uso, ao ostentar natureza de infração administrativa, ao menos temporariamente, enquanto não se solucione por completo a problemática acerca da venda das substâncias entorpecentes, viabilizaria a intervenção estatal não mais com objetivo punitivo, mas sim com o fito de controlar o consumo e tratar os usuários em consonância com o grau e natureza da dependência. Possibilitando ainda, como forma de controlar o ato ilícito da aquisição de drogas, e evitar o seu acesso pela via do tráfico, a imposição de multa e apreensão da mercadoria.

Essa seria uma reformulação a ser experimentada pelo Estado, sem a pretensão de aqui afirmar acerca da eficácia da medida, o que, por certo, deve contar com a participação de profissionais da área de saúde para o amadurecimento do tema.

Dentro do contexto deste trabalho de pesquisa, argumenta-se que, de futuro, a questão do uso próprio seja retirado da esfera penal – onde se encontra, a nosso aviso, de forma indireta. Mas, considerando-se ainda a sua criminalização, até porque antes da sua exclusão da legislação penal o país deve estar estruturado em relação à regulamentação do comércio de drogas, razoável seria, ao menos por ora, uma adequação legislativa.

Desta forma, o artigo 28 da Lei nº: 11.343/2006 poderia ser reformulado e contar com a seguinte redação:

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 à:

- I) multa de até R\$ 2.000,00 (dois mil reais);
- II) medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo;
- III) prestação de serviços à comunidade;
- IV) tratamento terapêutico.
- V) internação;

§ 1º A multa será imposta cumulativamente com qualquer das medidas previstas, devendo o juiz ao arbitrar o valor, levar em consideração as condições econômicas do agente.

§ 2º As demais medidas serão somente aplicadas após constatação em laudo, do grau de dependência, tipo de droga consumida e o relacionamento psicológico desenvolvido entre o agente e a droga, além de estar esclarecido até que ponto o uso vem afetando a capacidade de cognição do usuário.

§ 3º O laudo previsto no parágrafo anterior será elaborado por comissão estadual formada por profissionais da área de saúde especializados em tratamento de dependência química ou psíquica.

§ 4º Após as conclusões lançadas no laudo técnico, poderá o juiz escolher dentre as medidas previstas nos incisos II, III, IV e V e aplicar ao usuário, devendo a medida de internação somente ser aplicada em caso de dependência grave constatada no laudo, considerando-se essa, como a que afeta totalmente a capacidade de cognição e liberdade de autodeterminação.

§ 5º O tratamento terapêutico não poderá ser imposto compulsoriamente e durará pelo período recomendado no laudo;

§ 6º Constatada a necessidade de tratamento, e não sendo o mesmo aceito pelo usuário, será imposto a medida de prestação de serviços a comunidade que se efetivará, preferencialmente, em estabelecimento destinado ao tratamento de dependência física ou psíquica, não podendo exceder o prazo de 06 (seis) meses.

§ 7º Em qualquer caso, a medida de prestação de serviços a comunidade não poderá exceder ao prazo previsto no parágrafo anterior, somente sendo dobrado o prazo em caso de reincidência.

§ 8º A medida de internação será imposta compulsoriamente quando constatado no laudo a sua necessidade extrema, e durará pelo período indicado pelo profissional habilitado, devendo o laudo, nesse caso, prever medidas de progressão para o tratamento.

6. BIBLIOGRAFIA

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Legislação Penal Especial*. 3. ed.: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 4. ed: Edunb, Brasília, 1997.

FERNANDES, Luciana Medeiros. *Direito Penal Máximo ou Intervenção Mínima do Direito Penal? Breves Lineamentos sobre a função do Direito Penal*. RBCCrim 69, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed.: Lumen Juris, 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Vozes, Petrópolis 2000.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. 17. ed.: Forense.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Drogas Comentada*. 2. ed: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. *Legislação Penal Especial*. 4. ed.: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 4. ed.: Impetus, 2004.

KARAM, Maria Lúcia. *Políticas de Drogas: Alternativas à Repressão Penal*. RBCCRIM 47, 2004.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo, *Limites Constitucionais do Direito Penal*. Lumen Juris, 2007.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos*. 5. ed.: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gionet. *Curso de Direito Constitucional*. Saraiva, 2007.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*. Lumen Juris, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais – Conflitos e Soluções*. Labor Juris, 2000.

SARLET, Inacio Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição do Excesso e de Insuficiência*. RBCCRIM 47, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Constituição, Bem Jurídico e Controle Social: A Criminalização da Pobreza ou de como “La ley es como La sepriente; solo pica a los decalzos”*. Revista de Estudos Criminais, 31, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos do Direito Penal* Editora Saraiva – 5. ed.: Saraiva, 1994.

ANEXO I

. JURISPRUDÊNCIA. ARTIGO

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“Entorpecentes. Tráfico (art.12 da Lei 6368/76). Prova insuficiente. Desclassificação para o tipo do art.16, agora art.28 da Lei 11.343/06. Atipicidade penal. Absolvição. Insuficiente a prova para demonstrar que o entorpecente apreendido com o réu, três gramas de maconha, destinava-se ao tráfico, desclassifica-se a imputação para o tipo do art.16, da Lei 6368/76, agora art.28, da nova Lei 11.343/06 – “para consumo pessoal”. E esta conduta é penalmente atípica, sequer cominando-se pena privativa de liberdade ou sanção de Direito Penal, mas medidas educativas.(art.28§6º). (Apelação Criminal nº:2006.050.00147 – Rel. Des. Sérgio de Souza Verani – Julgamento:06.12.2006)”

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: – Penal. Art.16 da Lei 6368/76. Ausência de lesão a bem jurídico penalmente relevante. Inconstitucionalidade. (unânime) – A lei anti-tóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o “emprego constante das normas penais em branco (...) e de tipos penais abertos, isentos de precisão semântica e dotados de elaborações genéricas” (ver: Salo de Carvalho, “A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial as razões da descriminalização”, Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33-34) – Diante destes dados, tenho como limites ao labor da matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgências punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade da pessoa, humanidade e da ofensividade. – No Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o Direito Penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros. – Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida – bem jurídico maior – atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional. (Apelação Criminal nº:70004802740 – Rel. Des. Amilton Bueno de Carvalho – 5ª Câmara Criminal - Julgado em 07.05.2003 – Publicado em 13.11.2003 – TJ/RS).

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes, para a comprovação da mercancia, denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante. 2 – O artigo 28 da Lei n.11.343/06 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade e afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. (processo TJ nº 01113563.3/0-0000-000 – 6ª Câmara Criminal – Rel. Des. José Henrique Rodrigues Torres – Julgamento: 31.03.2008 – Data do Registro: 23.07.2008)

Artigo

Recentemente, no dia 03 de Julho deste ano, foi publicado na Cidade de Porto um artigo de autoria de Marina Ito, sob o tema “ Juízes apontam fracasso da política-antidrogas”, cujo teor revela através de pesquisas realizadas pelo UNDOC os seguintes fatos: Não se deve sacrificar-se a saúde pública à segurança pública, devendo, sim, favorecer-se “o acesso universal ao tratamento da toxicodependência”, com “um dos melhores meios para reduzir o mercado ilegal de drogas”.

Também reconheceu que a repressão excessiva gerou um mercado ilícito de proporções macroeconômicas desconhecidas que se serve da violência a favoreceu a corrupção de sectores do aparelho estatal.

2. A transnacionalização dos fenômenos criminosos determinou a importação e imposição de figuras penais, provocando uma colonização legislativa que não teve em conta as particularidades da criminalidade de cada país.
3. A cooperação penal internacional representa uma das partes mais frágeis do Direito Penal, onde abundam instrumentos internacionais bilaterais e multilaterais, que revelam fragilidade material em geral, e que devem ser melhorados num enquadramento generalizado, para poderem cumprir fins para que foram concebidos.
4. Enquanto os tribunais estão saturados de pequenos crimes, escapam-lhes os mais graves, que envolvem não só crimes de tráfico e de lavagem de dinheiro, mais ainda de corrupção cometidos por funcionários estatais.
5. Frente à observação do fenômeno anterior, constata-se que o Estado se demite de intervir nos espaços próprios de controle estatal, como o controle e fiscalização de precursores químicos, o mercado de medicamentos, o sistema institucional, o sistema financeiro, como também do estabelecimento e cumprimento de políticas preventivas, educativas ou de implementação de penas alternativas.
6. Da informação de diversos estudos empíricos realizados, resulta que chegam maioritariamente ao sistema penal os caso menores e insignificantes, o que provocou a sobrelotação do sistema penitenciário, e gerou um imenso e desnecessário desgaste do sistema judicial.

7. A legislação em matéria de drogas contende com os princípios da legalidade da lei penal, e ainda como os princípios *pro homine*, da ofensividade e da proporcionalidade, todos consagrados pelo Tratados de Direitos Humanos, de que os nossos países são signatários.
8. A legislação em matéria de drogas é uma legislação de emergência e, como tal, carece de um bem jurídico certo e determinado a proteger, possui técnica legislativa deficiente, uma proliferação excessiva de verbos, entre outros problemas técnicos que foram assinalados pela mais reconhecida doutrina.
9. A pretendida solução de um problema social complexo por meio do sistema penal viola o direito de acesso à saúde, o qual só é realizável, como assinalou o Comitê do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais se os membros da população tiverem nas mãos bens e serviços que lhes garantam direitos mínimos, de forma que se deve reservar o sistema repressivo para os casos graves.
10. Deve acentuar-se e aprofundar-se o papel do direito no desenvolvimento da tutela dos direitos individuais ponderando de forma positiva a redução da violência étnica e urbana, e favorecendo a harmonia multicultural.
11. Perante o conflito entre diversos bens jurídicos, deve dar-se sempre prevalência ao direito que conceda maior proteção à dignidade humana, à saúde, à vida, em detrimento do direito à segurança, na sua aceção reducionista.
12. A falta de políticas públicas em matéria preventiva por parte dos diversos governos de distinto sinal político é inversamente proporcional ao crescimento da propaganda de mão dura ou de campanhas de lei e ordem, as quais, confrontadas com a realidade, demonstram ser meras ilusões.
13. A proibição do consumo por meio da repressão da detenção de estupefacientes marginaliza os consumidores de drogas e condiciona o seu contacto com as instituições de saúde e outros organismos de assistência social, já que os identifica com a política, privando-os de receber informação sobre como evitar o consumo problemático e proteger a sua saúde.

14. É necessário substituir o conceito de redução de danos, para que não se limite a um conceito meramente assistencial, antes inclua a redução da violência que os departamentos estatais produzem sobre a população, por ação ou omissão, o que deve implicar uma mudança de paradigma.
15. O consumidor de drogas deve gozar de um efetivo direito à saúde. Quanto ao tratamento voluntário a seguir, são invioláveis o seu direito à informação, o direito ao conhecimento do diagnóstico, e também a confidencialidade dos dados pessoais. Os tratamentos a efetuar não devem prolongar-se excessivamente no tempo, devendo aplicar-se os meios e os fármacos adequados à problemática de cada pessoa. O internamento deverá ser sempre a última medida a aplicar, apenas quando nenhuma outra possa ser efetuada.
16. A imposição de um tratamento compulsivo, que como medida de segurança, quer como pena alternativa, não só viola o princípio da autonomia individual, como constitui uma ferramenta ineficaz para cuidar dos consumidores de drogas, pois as estatísticas mostram que este tipo de intervenção não conseguiu impedir o incremento de recidivas. Daí a necessidade de se conceder aos consumidores um amplo leque de alternativas em matéria de tratamento. (ACUÑA, Vasquez Martin – Argentina / CUÑARRO, Mônica – Argentina / TORRES, José Henrique Rodrigues – Brasil / CASARA, Rubens Roberto – Brasil / ALEGRE, Clara Penin – Espanha / GUTIÉRREZ, Pablo Ruz – Espanha / MARINI, Luigi – Itália / GHERSI, Renato Finocchi – Itália / CLUNY, Antonio – Portugal / COSTA, Eduardo Maia – Portugal.

Decisão – (Proc.Nº:2006.800.160387-8 / III Jecrim/RJ)

“ A denúncia deve ser rejeitada porque o fato narrado, após a entrada em vigor da Lei numero 11.343/2006, passou a constituir infração administrativa, sendo, portanto, apenado com sanções administrativas para as quais os Juizados Criminais não têm competência...A própria utilização do direito penal não pode ser maximizada em razão do direito geral de liberdade, princípio reitor das constituições democráticas e também da brasileira. A atuação do direito penal só se justifica quando ele for a *ultima ratio*, a última medida para lidar com a conduta agressiva aos valores da sociedade...Não pode ocorrer restrição no direito geral de liberdade, ainda que mínima, sem que exista uma razão plausível...Conclui-se, assim, que o tipo do artigo 28 da Lei nº: 11.343/2006 não é penal, mas administrativo, e que seu preceito secundário contém penas administrativas, que fogem à competência dos Juizados Criminais, bem como de qualquer outro órgão criminal.

Por isso, rejeito a denúncia. Custas *ex lege*. P.R.I. Transitando em julgado, dê-se baixa e archive-se.” (Adriana Therezinha Carvalho Souto Castanho de Carvalho).