

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

**PORTE DE DROGAS
PARA USO PRÓPRIO
E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO
E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

PIERPAOLO CRUZ BOTTINI

**PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO
E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**



VIVARIO

Copyright © 2015 Pierpaolo Cruz Bottini
Direitos desta edição reservados ao Viva Rio

Impresso no Brasil | Printed in Brazil

Todos os direitos reservados. A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação do copyright (Lei nº 9.610/98).

Os conceitos emitidos neste livro são de inteira responsabilidade do autor.

1ª edição — 2015

Coordenação editorial: Ronaldo Lapa

Produção editorial: Renata Rodrigues

Texto: Pierpaolo Cruz Bottini

Revisão: Ronald Polito

Projeto gráfico da capa: Carollina Bulcão

Miolo: Ana Cristina Secco

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Bottini, Pierpaolo Cruz

Crime de porte de drogas para uso próprio :
com a palavra, o Supremo Tribunal Federal /
Pierpaolo Cruz Bottini. -- Rio de Janeiro :
Viva Rio, 2015.

1. Brasil. Supremo Tribunal Federal 2. Crimes
(Direito penal) - Brasil 3. Direito penal - Brasil
4. Drogas - Leis e legislação - Brasil 5. Porte
de drogas - Brasil 6. Tóxicos e crime I. Título.

15-04565

CDU-343.347(81) (094)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Lei de drogas : Direito penal
343.347(81) (094)
2. Leis : Drogas : Direito penal
343.347(81) (094)

PREFÁCIO

Prefaciando o livro de um grande amigo é motivo de alegria. Prefaciando o livro de um grande amigo, que é também um combativo advogado e destacado acadêmico, é motivo de honra e gratidão. Alegria, honra e gratidão são os sentimentos que me causaram o convite para apresentar ao leitor este “Porte de drogas para uso próprio e o Supremo Tribunal Federal”, por meio do qual o ilustre autor publica o memorial apresentado pelo Viva Rio, na qualidade de *amicus curiae*, nos autos do Recurso Extraordinário nº 635.659, em trâmite na Suprema Corte desde o ano de 2011, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na qual se discute a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

A alentada argumentação, expendida pelo ilustre lente da velha e sempre nova Academia do Largo São Francisco, conduz à inafastável conclusão de que a punição em questão não se afigura compatível com a natureza fragmentária e subsidiária de um direito penal de cariz democrático, que se caracteriza precisamente por não ser a *prima*, nem mesmo a *unica ratio*, mas sim a *ultima et extrema ratio*, a mais violenta e problemática instância de controle social, e que, por isso mesmo, deve ser reservada apenas e exclusivamente aos desvios capazes de ofender interesses essenciais à vida comunitária.

O tema foi objeto de deliberação em outros países, com destaque para as decisões recentes proferidas pelos órgãos de cúpula do Judiciário da Colômbia e da Argentina – e, em ambos os casos, o resultado foi o mesmo, no sentido da inconstitucionalidade da incriminação da posse de drogas para uso pessoal.

Não cabe ao Estado realizar a educação moral de pessoas adultas. Nas palavras do juiz paulista Bruno Cortina Campopiano, a “possibilidade de fazer escolhas, por mais esdrúxulas ou inexplicáveis que possam parecer aos terceiros expectadores, deve ser encarada como uma prerrogativa inexorável da espécie humana, umbilicalmente ligada à autonomia da vontade que, antes e para além de ser um direito, é uma característica que nos distingue das demais espécies” (Juizado Especial de Cafelândia/SP, Autos nº 183/2010, j. 26.01.2011, publicada em 26.01.2011, *in* Boletim IBCCRIM, edição especial, outubro de 2012).

Na democracia, a diferença no que se refere a questões afetas ao núcleo intangível da intimidade, como por exemplo as atinentes ao estilo de vida, à cosmovisão, às formas enfim de busca e atingimento da felicidade, da realização, do gozo e da transcendência, não podem jamais ser criminalizadas, exceto quando houver concreta ameaça de lesão a terceiro.

A declaração de inconstitucionalidade é um primeiro e importante passo na transformação da nossa política de drogas, afastando-a do sistema de justiça criminal e aproximando-a de uma abordagem que privilegie a saúde, o respeito aos direitos humanos e que possibilite a implantação efetiva de estratégias de redução de danos e de prevenção ao uso problemático.

A questão que se abre, a partir da perspectiva de reconhecimento da ilegitimidade da intervenção penal dada a ausência de alteridade, diz respeito à modulação dos efeitos da decisão na direção da autorização para autocultivo de *cannabis* e à possibilidade de criação de cooperativas e clubes sociais, nos moldes do que já existe em algumas províncias espanholas e no Uruguai.

Nesse mesmo diapasão, será necessário estipular limites objetivos baseados em quantidades definidas para cada substância, como forma de garantir segurança jurídica, evitando que usuários sejam enquadrados como traficantes, como acontece hoje. Na fixação desses limites quantitativos, abaixo dos quais a presunção será de uso (e não de tráfico), há que se levar em conta a realidade das ruas; caso contrário, definindo-se limites excessivamente modestos e que não levem em conta a peculiaridade dos padrões de consumo de cada substância, colheremos resultados opostos aos pretendidos, notadamente no que se refere ao superencarceramento retroalimentado pela guerra às drogas.

Países que descuraram dessa necessária adequação normativa à vida real de pessoas que usam substâncias, como parece ser o caso do México, onde os parâmetros quantitativos foram fixados em patamares excessivamente baixos, não diminuíram, ao contrário, agravaram o fenômeno de prisão de consumidores de drogas.

O movimento que pressiona por reformas na política global de drogas cresce em todo o mundo e a UNGASS 2016, uma reunião especial sobre a questão das drogas da Assembleia das Nações Unidas pode ser um marco formal da mudança do fracassado modelo proibicionista. O detalhado e refinado trabalho que Pierpaolo Bottini apresenta ao debate é também um marco no campo jurídico brasileiro e é, desde já, contribuição de referência para que o Brasil se alinhe ao movimento global que busca modelos de políticas de drogas justos, responsáveis e racionais.

Cristiano Maronna

Advogado e Secretário-Geral da Plataforma
Brasileira de Políticas de Drogas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
DA QUESTÃO CENTRAL: O ART. 28 DA LEI 11.343/06	8
DA INCOMPATIBILIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06 COM OS ARTS. 1º, III E V, 5º, <i>CAPUT</i> E X, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	10
DA PROTEÇÃO DA SAÚDE INDIVIDUAL	15
DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	27
CONCLUSÃO	29

PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

INTRODUÇÃO

O debate sobre a criminalização do porte de drogas ilícitas para uso próprio ganha espaço na mídia e nos tribunais. Personalidades, autoridades públicas, estudantes e representantes da sociedade civil têm tratado o tema em diversos foros, colocando em pauta a reflexão sobre a legitimidade do uso do direito penal para reprimir escolhas pessoais de condução de vida.

O Viva Rio tem participado ativamente do debate. Entre suas iniciativas, destaca-se o pedido de ingresso no Supremo Tribunal Federal (STF) para colaborar nos debates do Recurso Extraordinário 635659, que discute a constitucionalidade do crime de porte de drogas ilícitas para uso próprio.

Os argumentos jurídicos e políticos apontados pelo Viva Rio ao STF são agora reproduzidos para que sejam conhecidos e debatidos em outros setores, de forma a contribuir para a expansão da reflexão sobre um tema importante, premente e sensível.

DA QUESTÃO CENTRAL:

O ART. 28 DA LEI 11.343/06

A questão jurídica central que se pretende analisar é inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, sob a ótica dos princípios da *dignidade humana* (CF, art. 1º, III), do *pluralismo* (CF, art. 1º, V), da *intimidade* (CF, art. 5, X) e da *isonomia* (CF, art. 5º, *caput*).

A Lei 11.343/06 – que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – alterou o tratamento penal para o *porte de drogas ilícitas para consumo pessoal*, substituindo a prisão de 6 meses a 2 anos (e o pagamento de 20 a 50 dias-multa) prevista no art. 16 da revogada Lei 6.368/76, pelas penas de *advertência*, *prestação de serviços à comunidade* ou *medida educativa obrigatória*, dispostas no art. 28 da Lei 11.343/06.

Ainda que o novo tipo penal *abrande* as consequências penais para os *usuários de drogas ilícitas*, afastando em definitivo a *pena privativa de liberdade*, mantém o *desvalor penal* do comportamento, não retira sua *natureza delitiva*, nem o caráter *estigmatizante* da incidência da norma penal¹.

Vale destacar que a lei comentada prevê, dentre as sanções para o usuário de drogas, a *prestação de serviços à comunidade*. A pena restritiva de direitos é destinada a crimes com pena privativa de liberdade superior a *seis meses* (CP, art. 46)², fato que distancia o comportamento – mesmo na seara material – de uma mera *infração administrativa*, no que concerne às consequências jurídicas do ato.

1. Nesse sentido, KARAM, Maria Lucia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, 2006.

2. Embora a lei estabeleça o prazo máximo de 5 meses de pena para os réus primários, a menção à Parte Geral se faz apenas para estabelecer parâmetros de gravidade dentro de uma suposta sistematicidade do ordenamento jurídico.

A *natureza penal* do porte de drogas para consumo mantém a chamada “*junkyzação*” do usuário, uma *caracterização pejorativa* que, “*ampliada pelos meios de comunicação*”, produz uma intensa reação social informal sobre os consumidores de entorpecentes³, dificultando sua recuperação e submetendo-os a tratamentos degradantes por parte de autoridades policiais e pela própria Justiça⁴.

Assim, parece claro que o art. 28 da Lei 11.343/06, apesar de *abrandar* o tratamento penal para o usuário de drogas, não retira o caráter *delitivo* do comportamento. Esta é a razão pela qual o dispositivo merece uma análise de sua compatibilidade com os preceitos constitucionais que pautam o uso do *direito penal* pelo Estado.

3. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil* (do discurso oficial às razões de descriminalização). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 200.

4. A iniciativa da Comissão Brasileira de Drogas e Democracia (CBDD) e da Associação Nacional de Defensores Públicos (Anadep) de criar o Banco de Injustiças, um cadastro de relatos sobre injustiças praticadas na seara do “combate às drogas”, em especial em relação aos usuários, demonstra a realidade do tratamento policial ao consumidor de drogas, mesmo na vigência da nova lei. Disponível em <<http://www.bancodeinjusticias.org.br/categoria/oscasos>>. Acesso em: 24 jan. 2013.

DA INCOMPATIBILIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06 COM OS ARTS. 1º, III E V, 5º, CAPUT E X, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao criminalizar o *porte de droga para uso pessoal*, o dispositivo em discussão afronta não apenas a norma constitucional que protege a *intimidade e a vida privada* (art. 5º, X) – tida como paradigma para o reconhecimento da *repercussão geral* do recurso em tela –, mas primordialmente aquela que prevê as bases sobre as quais se sustenta todo o modelo político e jurídico nacional: a *dignidade da pessoa humana* e a *pluralidade* (CF, art. 1º, III e V).

Dignidade humana pode ser definida como a *capacidade de autodeterminação* do ser humano para o desenvolvimento de um modo de vida autônomo, em que seja possível a *reciprocidade*⁵. E *pluralidade* significa a tolerância, no mesmo corpo social, de diferentes *modos de vida*, estilos, ideologias e preferências *morais*, respeitadas as fronteiras do *modo de vida* dos outros.

Essa concepção *liberal* da Constituição não significa a aceitação de um Estado *mínimo*, pois a materialização da *dignidade humana* exige mais que a garantia da *liberdade* de cada indivíduo. Exige o desenvolvimento de *políticas sociais positivas* de promoção de direitos e de cidadania. Não por acaso, a Constituição indica diretrizes para a promoção de *justiça social* (CF, art. 193 e ss.), exigindo empenho do setor público (e privado) para assegurar *desenvolvimento econômico e humano, saúde, educação, cultura, previdência e assistência social*, entre outros direitos essenciais para a construção do *espaço de desenvolvimento* de cada indivíduo.

5. Nesse sentido, PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada*. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal. Madri: marcial Pons, 2010 e GRECO, Luis. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Rbccrim*, São Paulo, v. 18, n. 87, nov./dez. 2010.

No entanto, os princípios da *dignidade* e da *pluralidade* desenham limites ao uso do *direito penal* como instrumento de controle social ou de promoção de valores funcionais. Sendo essa a faceta *mais grave e violenta* da manifestação estatal, sua incidência se restringe à punição de comportamentos que violem esta *liberdade de autodeterminação do indivíduo*, que maculem este *espaço de criação do modo de vida*⁶.

A definição do *espaço de legitimidade do direito penal* exige do intérprete da Constituição o reconhecimento de que comportamentos praticados dentro do espaço de *autodeterminação do indivíduo*, sem repercussão para terceiros – ou seja, que não afetem a *dignidade* de outros membros do corpo social –, não têm *relevância penal*.

Com base nessa assertiva, são estranhos ao direito penal comportamentos *religiosos, sexuais, ideológicos, ínsitos à liberdade individual*, que possam ser praticados com *reciprocidade*, ou seja, cujo exercício *mútuo* seja possível por todos os demais membros da sociedade. Em suma, que não afetem a *autodeterminação* de outros componentes do corpo social. Não por acaso, a criminalização do *homossexualismo*, da opção *religiosa*, do *incesto* é rechaçada pelo direito penal

6. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. 2. ed. Madri: Thomson, 2006, p. 51; SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* de proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 13, n. 53, p. 18, mar./abr. 2005; HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-gerra. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 52, abr./jun. 1994; NESTLER, Cornelius. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes. In: ROMEO CASABONA, Carlos Maria. *La insostenible situación del derecho penal*, Granada: Comares, 2000, p. 63; MIR PUIG, Santiago. La perspectiva “ex ante” em derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madri, v. 36, fasc. 1, p. 9, jan./abr. 1983; Id. e *Derecho penal*. Parte General. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996, p. 91; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro* – Parte geral 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 466; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 14; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supraindividual: interesses difusos. São Paulo: RT, 2003, p. 35 e ss.

brasileiro e duramente criticada nas legislações estrangeiras⁷. Como ensina Roxin, “*la protección de normas morales, religiosas o ideológicas, cuya vulneración no tenga repercusiones sociales, no pertenece em-nabsoluto a los cometidos del Estado democrático de Derecho, que por el contrario también debe proteger las concepciones discrepantes de las minorías y su puesta en práctica*”⁸.

Não foi outro o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o conhecido caso Ximenes Lopes x Brasil - primeira condenação do país na Corte:

10. Desde luego, el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía - que es prenda de madurez y condición de libertad - e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones.”⁹

Válida aqui a lição de Pawlik, professor da Universidade de Regensburg (Alemanha), para quem a função do direito penal é

7. Vide o intenso debate sobre a constitucionalidade do crime de incesto na Alemanha em GRECO, Luis. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto, *Rbcrim*, 82, p. 165-182.

8. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte General. 2. ed. Madri: Thomson, 2006, p. 63.

9. Sentencia de 4.06.06. Disponível em: <http://www.justica.sp.gov.br/novo_site/paginas/tabela_corte.htm>

“respetar y garantizar el deseo de que cada uno pueda conducir su vida de acuerdo con su propio entendimiento”, sempre observando evidentemente uma condição de *reciprocidade* dos *espaços de autodeterminação* entre os membros da sociedade, em condições de igualdade¹⁰.

Tal percepção não afasta a discussão sobre a necessidade de tutela penal em casos extremos de lesão *irreversível* de bens jurídicos *indisponíveis*, mesmo com *consentimento* de seu titular, como no caso da *vida* ou da *integridade física* (em casos graves). No entanto, mesmo nessas hipóteses, o uso do direito penal não se afasta do preceito constitucional da *dignidade*. Ao contrário, a repressão é usada para *proteger a autodeterminação*, impedindo a violação do substrato que permite seu exercício.

No entanto – e isso é fundamental para esta discussão –, mesmo nestes extremos casos de afetação da *vida* ou da *integridade física* em graus exagerados, a norma penal não incide sobre os *titulares do bem jurídico*, mas sobre terceiros que pratiquem ou colaborem com a lesão. Ainda que se tutele a vida com a determinação da *irrelevância do consentimento* nos casos de sua lesão, o ato *criminoso* será sempre o do *terceiro causador da morte* – ou da tentativa – e não do *titular do bem jurídico*. Pune-se o *induzimento, a instigação ou o auxílio ao suicídio*, mas não a *tentativa do suicídio* em si¹¹.

A Constituição Federal – ao consagrar a *dignidade humana* e a *pluralidade* como *vértices* do sistema jurídico – limita materialmente a produção da lei penal àqueles comportamentos que afetem, ou tenham potencial de afetar, *bens jurídicos* relevantes para a *autodeterminação do indivíduo*. Rechaça, portanto, a criminalização da

10. PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada*. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal. Madri: Marcial Pons, 2010.

11. Nesse sentido, nosso “As drogas e o direito penal na sociedade de risco”. In: REALE JR., Miguel Reale (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 81.

autolesão ou da *autocolocação em perigo*¹², o que nos leva novamente à questão central: a *inconstitucionalidade* da criminalização do *porte de entorpecentes para consumo próprio*.

O uso do direito penal para inibir o *uso de drogas* somente seria legítimo – do ponto de vista do sistema constitucional pátrio – se justificado pela necessidade de proteger algum bem jurídico imprescindível à garantia da *dignidade humana*. Não é o que parece ocorrer, como indicado a seguir.

12. O que não quer dizer que autorize ou legitime tais comportamentos.

DA PROTEÇÃO DA SAÚDE INDIVIDUAL

No que concerne à saúde *individual*, não há dúvidas de que impedir o acesso do usuário à droga é relevante para a preservação de sua integridade física e psíquica, ou seja, para a preservação de seu *espaço de dignidade*.

No entanto, como já exposto, a proteção de um bem jurídico não pode passar pela criminalização de seu próprio *titular*. A incidência da sanção penal sobre alguém retira uma parcela de sua *autodeterminação*, em operação apenas autorizada para assegurar um *patamar de dignidade* de terceiros, afetados pelo crime. Não parece fazer qualquer sentido a subtração da *liberdade* de alguém com o objetivo de proteger essa mesma *liberdade* sob outro prisma.

Por isso, o uso do direito penal contra o *usuário de drogas ilícitas* com a justificativa de protegê-lo carece de legitimidade. Não é outro o entendimento de inúmeros juristas que se dedicaram ao estudo do tema, como Hassemer¹³, Ripolles¹⁴, Reale Jr.¹⁵, Nilo Batista¹⁶, Luis Greco¹⁷, Salo De Carvalho¹⁸, Abra-

13. HASSEMER, Winfried. Descriminalização dos crimes de droga. In: *Direito penal. Fundamentos, estrutura, política*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 321.

14. DIEZ RIPOLLES, Jose Luis. Alternativas a la actual legislacion sobre drogas. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 46, p. 73-115, 1992.

15. REALE JR. Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. *Rbccrim*, n. 85, p. 67, 2010.

16. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 91.

17. GRECO, Luis. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Rbccrim*, São Paulo, v. 18, n. 87, nov./dez. 2010.

18. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil* (do discurso oficial às razões de descriminalização). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

movay¹⁹, Silveira²⁰, Boiteux²¹, Karam²², Toron²³, Cavaliere²⁴, entre muitos outros. No mesmo sentido, decisões judiciais pátrias²⁵ e de outros países²⁶ apontam a incompatibilidade entre o tipo penal em discussão e a *dignidade humana*.

Vale destacar, dentre os últimos, a Colômbia, onde a Corte Constitucional afastou a constitucionalidade da *criminalização* do uso de drogas, com o seguinte fundamento:

“Si a la persona se le reconoce esa autonomía (esfera de liberdade individual) no puede limitárse sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atañen, sólo por ella deben ser decididos.

19. ABRAMOVAY, Pedro. *A política de drogas e a marcha da insensatez*. Disponível em: <http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo16.php?artigo=16,artigo_09.htm>, Acesso em: 22 jan. 2013.

20. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Drogas e política criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional. In: REALE JR., Miguel Reale (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41.

21. BOITEUX, Luciana. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 18, n. 217, dez. 2010.

22. KARAM, Maria Lucia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 14, n. 167, p. 6-7, 2006.

23. TORON, Alberto Zacarias. A proteção constitucional da intimidade e o artigo 16 da Lei de Tóxicos. *Fascículos de Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 4, n. 3, passim, jul./set. 1991.

24. Antonio. Il controllo del traffico di droghe tra politica criminale e dogmatica: l'esperienza italiana. *Rbccrim* 99, n. 99, p. 155-169, nov./dez. 2012.

25. 6ª Câmara Criminal do TJ-SP. Apelação 01113563.3/0-000-00, relator José Henrique Rodrigues Torres, j. 03/08/2010.

26. Item 06 infra.

Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en médio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, no más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia” ²⁷.

O *paternalismo penal*, caracterizado pela criminalização de *comportamentos* inerentes ao *espaço de autonomia* do indivíduo²⁸, é incompatível com um sistema pautado pela *dignidade humana*, elemento que – como dito – norteia a aplicação do direito penal e fundamenta os princípios da *intervenção mínima*, da *subsidiariedade* e da *fragmentariedade*, que indicam seu uso apenas em situações intoleráveis de agressão a bens jurídicos que não possam ser inibidos por meios menos gravosos²⁹.

A supracitada Corte Constitucional colombiana, em interessante passagem, aproxima o Estado *paternalista* do Estado *totalitário*, apontando que o primeiro, ao tentar *proteger o cidadão de si mesmo* pela via do direito penal, chega ao mesmo resultado do segundo, qual seja: “*la negación de la libertad individual, en aquel ámbito que*

27. Sentença C-221/94 da Corte Constitucional Colombiana, de 05 de maio de 1994.

28. FEINBERG, Joel. *Harm to self*. Nova York/Oxford, 1986, p. 09, apud GRECO, Luis. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Rbccrim*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 94, nov./dez. 2010.

29. FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 48; REALE JR., Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 25.

*no interfirera con esfera de la libertad ajena*³⁰.

Mas não é só. A proteção à *dignidade humana* e ao *pluralismo* irradia-se pela Constituição e se manifesta em outros preceitos, como no art. 5º, X, que protege a *intimidade* e a *vida privada* do indivíduo, também afetado pelo dispositivo legal em discussão.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. diferencia *intimidade* da *vida privada*, indicando o primeiro como “o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social” e o segundo como “formas exclusivas de convivência (...) em que a comunicação é inevitável”³¹. Parece-nos que o *consumo de drogas*, enquanto comportamento exclusivo do indivíduo, sem afetação de terceiros, encontra-se no campo da *intimidade*, daquilo que é exclusivo, que “passa pelas opções pessoais, afetadas pela subjetividade do indivíduo e que não é guiada nem por normas nem por padrões objetivos”. Por isso, esse espaço é indevassável. Assegurar esse campo de *intimidade* é, nas palavras de Hannah Arendt, garantir “ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos proporcionados pela niveladora pressão social e pela incontrastável impositividade do poder político”³². Jakobs reconhece que “sem um âmbito de privacidade não existe o cidadão”³³.

Esse círculo dentro do qual o cidadão exerce sua liberdade de pensamento e de ação não pode sofrer qualquer ingerência do Poder Público ou de terceiros. Sendo o “conjunto de modo de ser e

30. Corte Constitucional da Colombia, Sala Plena, sentença C-221/94, Bogotá, 05 de maio de 1994, ponente Carlos Gaviria Diaz, p. 14.

31. FERRAZ JR. Tércio Sampaio Ferraz. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, São Paulo, n. 1, p. 141-154, 1992.

32. Ibid.

33. JAKOBS, Günther (1985) p. 755, apud PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada*. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal. Madri: Marcial Pons, 2010, p. 101.

viver, o direito de o indivíduo viver sua própria vida”³⁴, a intimidade não é outra coisa que não a concretização de uma parcela da *dignidade*.

É bem verdade que em situações-limite é possível relativizar uma parcela do espaço *privado* do indivíduo. Mas não é esse o caso do *consumo de drogas*, porque o ato se limita à *esfera individual*, ao já indicado *âmbito de autonomia* do usuário. Pode-se considerar a *intimidade* pelo *aspecto positivo*, como um comportamento cuja prática *não exclui* que outros indivíduos também o pratiquem³⁵, ou pelo *aspecto negativo*, como ato de exercício de liberdade individual incapaz de afetar bens jurídicos alheios³⁶. Use-se a primeira ou a segunda definição. O resultado, para os fins almejados na presente discussão, será o mesmo: o *consumo individual* de drogas integra-se no *círculo de privacidade* do indivíduo, intangível pelo *ius puniendi* – a não ser que se entenda que o comportamento *incentiva o tráfico* ou *outros crimes*, argumento enfrentado a seguir.

Merece transcrição trecho do voto do e. ministro Enrique Santiago Petracchi, da Corte Constitucional argentina, por ocasião da prolação da sentença no *Recurso de Hecho A. 891. XLIV (25.08.09)*, que declarou inconstitucional a criminalização do *porte de drogas ilícitas para consumo pessoal* com base – dentre outros argumentos – no princípio da *intimidade* (art. 19 da Constituição argentina):

“*En este cometido, corresponde reiterar que el artículo 19 de la Constitución Nacional ha ordenado la convivencia*

34. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 188.

35. GRECO, Luis. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Rbccrim*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 91, nov./dez. 2010.

36. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Recurso de Hecho A. 891. XLIV (25.08.09)*.

humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos, conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito de enervar los límites de aquella. En este contexto vital, puede afirmarse que en una sociedad horizontal de hombres verticales, en la que la dignidad es un valor entendido para todo individuo por su sola condición de tal, está vedada toda medida que menoscabe aquella prerrogativa (artículo 19 de la Constitución Nacional)³⁷.

Pode-se atacar o raciocínio exposto apontando que é legítimo ao Estado também afastar a *intimidade* quando o bem jurídico do próprio titular deste direito está exposto a risco de lesão. Seria o caso da *invasão de domicílio* para salvar a vida de alguém que tenta o suicídio, autorizado pelo art. 5º, XI, da Constituição Federal.

No entanto, retornamos ao raciocínio anterior. A violação da *intimidade* representa uma afetação da *dignidade*, possível de ser usada diante de casos extremos de *autolesões à vida* ou à *integridade física* em determinados níveis. Assim, é possível a intervenção na *intimidade* diante do uso de drogas em situações de *risco de morte* ou de *lesão corporal grave*. E, evidentemente, que tal atuação do Estado pode se dar pela violação do *domicílio* (por ex., para salvar alguém em *overdose*) ou por outras condutas similares, mas jamais através da *imposição de sanção criminal* àquele que se expôs ao risco pelo uso da droga.

Assim, fica afastada a legitimidade do uso do *direito penal* para inibir o *consumo de drogas*, pela perspectiva da *saúde individual*, pela violação ao art. 1º, III e V e do art. 5º, X. Isso não significa *autorizar* o entorpecente ou *legalizar* sua posse. É função do Poder Público desenvolver programas para *proteger a saúde* dos cidadãos, alertan-

37. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho A. 891. XLIV (25.08.09), p. 284.

do-os para o risco do uso de drogas, *criminalizando do tráfico de drogas* (CF, art. 5º, XLIII), promovendo atividades pedagógicas, oferecendo estruturas de tratamento³⁸ – e mesmo adotando medidas de proteção diante dos efeitos colaterais do consumo de entorpecentes para a saúde, como a distribuição de seringas descartáveis para usuários de drogas injetáveis, com o escopo de reduzir contaminações por HIV.

Em suma, a *descriminalização* do uso de drogas pode e deve ser substituída por uma política de *redução de danos*, defendida por especialistas em saúde pública como mais eficaz e útil na proteção da saúde do usuário³⁹.

Assim, por mais clara que seja a afetação da saúde produzida pelo consumo de drogas, e por mais legítima que seja a utilização de políticas públicas para reduzir sua difusão, inclusive por meio do direito penal, parece evidente que os princípios constitucionais apontados impedem a repressão criminal do consumidor.

O argumento de que a *criminalização do consumo* protege a *saúde pública* porque se trata de estratégia de inibição do *tráfico de drogas* peca pela *ilegitimidade* e pela *indemonstrabilidade*.

No que concerne à *ilegitimidade*, é preciso notar que o

38. Sobre a justiça terapêutica, ver SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Drogas e política criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional. In: REALE JR., Miguel Reale (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*.

39. RIBEIRO, Maurides de Melo. A redução de danos e a legislação penal. In: NIEL, Marcelo; DA SILVEIRA, Dartiu Xavier. *Drogas e redução de danos: uma cartilha para profissionais de saúde*. São Paulo, 2008. Programa de Orientação e Atendimento a Dependentes (PROAD). Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Ministério da Saúde, p. 53-58. Vale anotar que a OMS e a UNAIDS recomendam o modelo de redução de danos como política mais adequada para a proteção da saúde do usuário de drogas, em BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Tráfico de drogas e Constituição*. Pensando o Direito. Ministério da Justiça. Brasília, n. 1, p. 23, 2009.

pragmatismo da eficácia não pode levar à restrição da liberdade do cidadão para combater comportamentos de outros, sobre os quais ele não tem domínio. Tratar-se-ia de uma afronta clara e evidente ao *princípio da culpabilidade*, pelo qual só é punível o comportamento controlável pelo autor, e da admissão de uma espécie de *responsabilidade objetiva* na aplicação da norma penal⁴⁰. Como ensina Rudolphi, a pena “*sólo es apropiada para evitar o propiciar aquellas acciones corporales que le son posibles al autor individual, sobre la base de su capacidad de conducir su comportamiento externo*”⁴¹.

Ora, o usuário de drogas não tem qualquer controle sobre o comportamento do traficante. E, ainda que se admita a possibilidade de o usuário evitar o consumo de drogas – o que não é verdadeiro em inúmeros casos –, é impossível atribuir a ele o *controle* ou a *condução* do comportamento doloso do comerciante de drogas. A aplicação da pena com essa motivação seria punir alguém pelo ato do *outro*. Uma punição fundada na incapacidade do Estado de controlar o verdadeiro comportamento danoso. Em suma, aplica-se a sanção no usuário diante da dificuldade de encontrar, investigar e condenar o verdadeiro *culpado* – no sentido dogmático – pela violação à *saúde pública*: o comerciante de produtos ilícitos.

Aqui cabe a crítica de Kant ao *utilitarismo* penal, para quem “*o indivíduo não pode ser utilizado como meio para as intenções de outrem, nem misturado com os objetos do direito das coisas, contra o que o protege sua personalidade natural*”⁴². Nesse sentido, completa

40. MARONNA, Cristiano Ávila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 20, p. 4-6, out. 2012.

41. RUDOLPHI, Hans Joachin. El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación juridico-penal. P. 95. In: SCHUNEMANN, Bernd (Coord.). *El sistema moderno del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: IB de F, 2012.

42. KANT, Immanuel. *Metaphysik der Sitten*, §49, EI, Studienausgabe, p. 453, apud ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Univ. Direito e Ciência Jurídica, 1993, p. 24.

Roxin, “*mesmo quando seja eficaz a intimidação, é difícil compreender que possa ser justo que se imponha um mal a alguém para que outros omitam cometer um mal*”⁴³.

Por outro lado, ainda que se afastasse a questão *ética* inerente à argumentação exposta, permaneceria o problema da *demonstração da eficácia* da diretriz político-criminal. Não existem estudos suficientes – ou incontroversos – que revelem ser a *repressão ao consumo* o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas. Corroboram tal assertiva os números referentes ao aumento do tráfico de drogas e do crime organizado a ele ligado no mundo nos anos recentes, nos quais a tônica legislativa foi a *criminalização do consumo de entorpecentes*⁴⁴. Apenas para exemplificar, o consumo de *opiáceos* no mundo aumentou em 35% entre os anos de 1998 a 2008. No mesmo período o consumo de cocaína foi incrementado em 27%⁴⁵. Nos Estados Unidos – segundo Araujo – o uso corrente de drogas ilícitas entre pessoas maiores de 12 anos aumentou 46% entre 1998 e 2007⁴⁶.

Estudos demonstram que a “*política proibicionista fracassou aos fins que se propôs, além de não ter conseguido ‘proteger’ a saúde pública, ainda serviu de agravante na pandemia da AIDS e outras doenças, além de ter agravado a situação social dos países periféricos*”⁴⁷. Em suma, a criminalização falhou na proteção da saúde pública

43. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Univ. Direito e Ciência Jurídica, 1993. p. 24.

44. DROGAS e democracia: rumo a uma mudança de paradigma. Declaração da Comissão Latino Americana sobre drogas e democracia. Sobre o tema, ver MAGALHÃES, Mariângela. Notas sobre a inidoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas. In: REALE JR., Miguel Reale (Coord.). *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 98, fls. 4.

45. WAR on drugs. Repport of the global commision on drug policy, junho. 2011.

46. ARAUJO, Tarso. *Almanaque das drogas*. São Paulo: Leya, 2012, p. 232.

47. BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA,

e contribuiu para intensificar o dano à *saúde individual*, uma vez que impede o desenvolvimento das já mencionadas políticas de *redução de danos*, como a distribuição de seringas descartáveis e o aparelhamento de um sistema de saúde *atrativo* para o usuário.

Isso não significa que o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma terá o condão de automaticamente *diminuir o consumo ou o tráfico de drogas*, uma vez que tais resultados dependem do desenvolvimento de políticas alternativas de orientação e tratamento dos cidadãos usuários.

No entanto, tais dados demonstram a inadequação *empírica* de legitimar a política repressiva em uma suposta prevenção ao comércio de entorpecentes à custa da liberdade de suas principais vítimas: os usuários.

Por fim, o argumento de que a criminalização do porte para uso próprio de entorpecentes protege a *segurança pública* e bens jurídicos individuais como o patrimônio e a vida, em razão da *periculosidade* do viciado e sua potencialidade de cometimento de delitos em razão da droga – seja para obter recursos para sua aquisição, seja em razão da incapacidade de autocontrole decorrente de seu uso –, também não procede em um modelo penal de *culpabilidade*, baseado no princípio da *ofensividade*.

Da mesma forma que o consumidor não tem *culpabilidade* em relação ao *traficante*, também não a possui em referência aos seus próprios *atos futuros*, ao menos no momento em que porta ou usa o entorpecente.

Poder-se-ia fundamentar a punição do *uso de drogas* em um suposto desvalor do comportamento do usuário em se tornar voluntariamente *incapaz de autocontrole* (espécie de *actio libera in cau-*

Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Tráfico de drogas e Constituição*. Pensando o Direito. Ministério da Justiça. Brasília, n. 1, p. 25, 2009.

sa), em situação propensa ao cometimento de crimes futuros.

Porém, ainda que o direito penal admita a punição daquele que voluntariamente se tornou *inimputável* (CP, art. 28, II), isso apenas ocorre quando praticado efetivamente um *ato criminoso posterior*. Assim, se alguém se embriaga e pratica um crime posterior – como *lesões corporais* –, será punido por este, independentemente de sua capacidade de autocontrole no momento do ato. Mas não haverá sanção criminal pelo *ato de se embriagar*. Da mesma forma, não se justifica a punição do *uso de drogas* pela possível prática de crimes posteriores, o que não impede a punição por estes últimos, se cometidos, independentemente da *imputabilidade* do agente.

Ademais, se admitidas tais razões para a criminalização do consumo de drogas ilícitas, imperiosa seria sua extensão para o uso de outras substâncias também (ou mais) associadas à lesão de bens jurídicos, como o de álcool, uma vez que as estatísticas revelam sua íntima ligação com crimes dolosos e culposos (65% dos acidentes de trânsito são causados por motoristas que dirigem sob efeito do álcool)⁴⁸.

Por fim, poder-se-ia discutir, nesse contexto, a legitimidade de lançar mão do direito penal nos casos de *uso público* das substâncias em discussão. Nesse caso, a *liberdade de ação* estaria limitada pela necessidade de proteção diante da *limitação* do comportamento, em especial por parte de crianças e adolescentes⁴⁹. Mas tal uso do direito penal enfrentaria um problema de justificação, diante do princípio da *igualdade* (CF, art. 5º, *caput*), uma vez que o uso de

48. Fonte: <<http://www.antidrogas.com.br/mostraartigo.php?c=897>> Acesso em: 24 jan. 2013. Nesse sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Drogas e política criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional. In: REALE JR., Miguel Reale (Coord.). *Drogas: aspectos legais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 41.

49. SANGUINÉ, Odone. É inconstitucional a incriminação do porte de tóxicos para uso pessoal? *Fascículos de Ciências Penais*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, p. 64, maio 1988.

substâncias/prática de comportamentos tão ou mais prejudiciais à saúde – como o álcool, o tabaco, ou mesmo a prática de esportes perigosos – não tem relevância penal⁵⁰.

Tal assertiva não significa *autorizar* o uso de entorpecentes *em público*. Pode o estado *proibir* no âmbito *administrativo* o consumo de entorpecentes fora do *espaço de intimidade do indivíduo*, ou restringi-lo a/em determinados lugares, sob pena de *multa* ou sanções *não penais* ao descumprimento de tais regras, como ocorre em Portugal ou na Espanha. Mas a *criminalização*, mesmo do uso em locais públicos, afeta a *isonomia*, como já mencionado, e a *subsidiariedade*, pois a inibição ao consumo pode ser alcançada por meio de políticas menos gravosas já mencionadas, como o combate ao tráfico, ações educativas, vedação de propaganda e proibição *administrativa* do consumo em locais públicos.

50. Nesse sentido, PEREIRA, Rui. A descriminalização do consumo de drogas. In: ANDRADE: Manuel da Costa. *Librer discipulorum para Jorge de Figueredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1164.

DA EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Ainda que as experiências internacionais não sejam o argumento central na discussão sobre a compatibilidade de lei ordinária brasileira com a Constituição nacional, parece oportuno expor que inúmeros países de matiz constitucional semelhante ao nosso afastaram a legitimidade do direito penal diante do porte de drogas para consumo próprio.

Portugal aprovou em 29 de novembro de 2000 a Lei nº 30, dispondo que o *consumo, a aquisição e a detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações* caracterizadas como drogas deixa de ser *crime* e passa a ser *contraordenação* (ilícito administrativo). Ainda que o comportamento esteja sujeito à *coima* (espécie de prestação pecuniária) ou a *outras sanções* (art. 17º), trata-se de medidas de *limitação de direitos* que não impõem *obrigações positivas*⁵¹, como *de prestação de serviços à comunidade* ou *comparecimento a cursos educativos*, previstas na legislação brasileira (Lei 11.343/06, art. 28).

Na mesma linha, o legislativo espanhol⁵², o chileno⁵³, o uruguaio, o italiano deixaram fora da seara penal o consumo de drogas, ainda que considerem a conduta *ilícita* sob o prisma *administrativo*. Também a legislação da Áustria, França, México, Noruega e Alemanha, dentre outras, dispõe que o *porte de drogas* só tem relevância penal quando esteja destinado ao *tráfico ilícito*⁵⁴.

51. Com exceção do disposto no item “e” do art. 17º: “apresentação periódica em local a ser designado pela comissão”.

52. BOITEUX, Luciana; CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de; VARGAS, Beatriz; BATISTA, Vanessa Oliveira; PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Tráfico de drogas e Constituição*. Pensando o Direito. Ministério da Justiça. Brasília, n. 1, p. 20, 2009.

53. Ley 20.000, de 16 de fevereiro de 2005 (art. 4º).

54. Passagem de Fernando Velasquez, mencionada na sentença da Corte Suprema de Justiça da Colômbia, processo 31531, j.08.07.2009, Ponente Yesid Ramírez Bastidas. *Boletim Ibccrim*, n, 241, p. 1610, dez. 2012.

Em outros países, o Judiciário foi o protagonista da descriminalização do consumo de drogas.

A Corte Constitucional colombiana, em 1994 (Sentença C-221), caracterizou inconstitucional a criminalização do consumo de entorpecentes. Também na Argentina a descriminalização do consumo de drogas decorreu de decisão da Corte Constitucional. Em 25 de agosto de 2009 – após inúmeras decisões conflitantes – o órgão supremo da Justiça daquele país reconheceu a incompatibilidade da norma penal com a garantia da *intimidade* prevista no art. 19 da Carta Magna daquele país, bem como diante da *ineficácia* da política de criminalização⁵⁵.

Em suma, em inúmeros países nos quais a *dignidade humana* e a *intimidade* pautam o modelo constitucional, o *uso de drogas* tornou-se matéria estranha ao direito penal, seja pela ação legislativa, seja pela judicial, indicando a perfeita convivência de Estados democráticos, voltados para o combate ao tráfico de drogas e à inibição do consumo, com um ordenamento penal que respeite a *dignidade* do usuário de entorpecentes.

55. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Recurso de Hecho A. 891. XLIV (25.08.09).

CONCLUSÃO

Sabe-se que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma produzida regularmente pelo Poder Legislativo é um ato delicado e reservado a situações excepcionais, onde exista uma clara incompatibilidade entre o texto legal e as normas magnas.

Mas sabe-se, também, que onde a incongruência se faz evidente – como é o caso em tela –, deve o Judiciário afastar a vigência da norma, reconhecendo limites materiais à produção legislativa com o escopo de preservar o sistema político/jurídico desenhado pela Constituição Federal.

O presente artigo – que foi apresentado na forma de petição ao STF - tem o escopo de contribuir para que a Suprema Corte se pronuncie definitivamente sobre a *autêntica diretriz* constitucional acerca da questão das drogas no País.

Não se pretende aqui discutir os efeitos prejudiciais das substâncias entorpecentes, nem minimizar as preocupações de amplos setores da sociedade civil e do governo com os problemas inerentes ao tráfico e ao consumo de drogas.

O objetivo das ponderações tecidas ao longo do presente documento é apenas identificar a *inconstitucionalidade* de uma política de combate ao tráfico de drogas apoiada na *criminalização* de uma das vítimas de tais organizações, o *usuário*.

São legítimos os diversos instrumentos e políticas desenvolvidas pelo Poder Público para assegurar a *saúde individual e coletiva* diante do sério e grave problema das drogas. No entanto, o uso do *direito penal – ultima ratio* do controle social, destinado aos comportamentos mais graves e agressivos – para coibir comportamentos *individuais*, praticados na *esfera íntima* do indivíduo, sem capacidade para afetar – por si – terceiros, atenta contra a *dignidade humana, a pluralidade, a intimidade* e a *isonomia*, todas previstas na Constituição

Federal (CF, arts. 1º, III, V, e 5º, *caput*, e X).

Como afirmou Friedman: “*as drogas são uma tragédia para os viciados. Mas criminalizá-las converte essa tragédia em um desastre para a sociedade, para usuários e não usuários igualmente*”⁵⁶.

56. Na open letter to Bill Bennett. The wall street journal. 07.09.2006, p. 20, apud, ARAUJO, Tarso, Almanaque das drogas. São Paulo: Leya, 2012, p. 227.



Pierpaolo Cruz Bottini

Advogado, professor de Direito Penal da Universidade de São Paulo, diretor de Direito Penal Econômico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, foi secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Criminologia.

