



GABRIEL PINHEIRO CAYRES PINTO

**DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA PARA
USO PRÓPRIO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA
AUTONOMIA E DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

LAVRAS-MG

2020

GABRIEL PINHEIRO CAYRES PINTO

**DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA PARA
USO PRÓPRIO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA
AUTONOMIA E DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Monografia apresentada à Universidade
Federal de Lavras, como parte das
exigências do Curso de Direito, para a
obtenção do título de Bacharel.

Profa. Me. Alessandra Margotti Santos Pereira
Orientadora

**LAVRAS-MG
2020**

GABRIEL PINHEIRO CAYRES PINTO

**DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE MACONHA PARA
USO PRÓPRIO: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DA
AUTONOMIA E DO DIREITO PENAL MÍNIMO**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Aprovado em 17 de agosto de 2020
Me. Alessandra Margotti Santos Pereira – UFLA
Me. Guilherme Sairava Brandão – FBMG
Prof. Pedro Henrique Borges Viana – UFLA

**LAVRAS-MG
2020**

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente ao Universo, não sou muito religioso, mas acredito que há forças supremas que de diversas formas regem a nossa existência e, por isso, sou grato. Sou grato às coisas mais simples, ao levantar com saúde, disposição e forças para lutar. Às dificuldades, pois sempre existiram, sempre foram muitas, mas, longe de romantizá-las, elas com certeza representaram desafios propulsores do sucesso.

Dito isso, agradeço aos meus amigos de Lavras, todos que de alguma forma colaboraram para a minha formação pessoal e profissional durante a graduação.

Em especial, aos meus grandes amigos Bruno Villela e Nikolas Lima, porque sem eles eu com certeza não teria conseguido! Sem mais delongas, foram os maiores suportes nos mais variados aspectos para que eu pudesse concluir o curso, por isso, cumpre-me agradecer!

Agradeço especialmente também à minha querida amiga do ensino médio, Ana Vitória, por ter me salvado no momento mais sombrio da minha vida! Tenha certeza que sou e serei eternamente grato, te amo!

À minha mãe Maria Paula, com quem eu recentemente refiz laços, e a quem eu jamais quero deixar de ter por perto! Saiba, mãe, você foi fundamental para essa conquista também, pelo apoio emocional e estrutural, por sempre acreditar em mim!

À minha irmã, Beatriz, pelas risadas, momentos, histórias compartilhadas e apoio!

Ao meu pai, Ari, que infelizmente se encontra longe por razões alheias às nossas vontades, mas a quem nunca deixou de acreditar nos meus sonhos e no meu sucesso, enfim, em mim mesmo!

Muito, à minha orientadora Alessandra Margotti, pelos milhares de ensinamento nas aulas e na orientação do trabalho! Você foi peça fundamental para o desenvolvimento e a conclusão do trabalho, e é uma pessoa muito especial! Sentirei saudades, e espero que nos encontremos qualquer dia na profissão!

Ao fim, à UFLA, universidade que pouco conhecia quando cheguei como calouro, e pela qual me apaixonei rapidamente! Obrigado por me oportunizar experiências com docentes incríveis, dentro de uma estrutura incrível! Orgulho de ser UFLA!!!

*“Quando perdemos o direito de ser diferente,
perdemos o direito de ser livre. ”*

(Charles Evan Hughes)

RESUMO

O presente trabalho teve como problema central evidenciar a ineficácia, o fracasso e a insustentabilidade flagrantes da atual política brasileira no controle de drogas, relativamente à criminalização do porte de *Cannabis* para uso pessoal. Nesse sentido, partiu-se do marco teórico da autonomia, em primeiro plano, e do direito penal mínimo, num segundo olhar, para que se pudesse encontrar e expor sólidos argumentos contrários à criminalização da conduta de portar maconha para consumo próprio. O trabalho foi feito por meio de pesquisa e levantamento bibliográficos, referente não só à área jurídica, histórica e sociológica, mas também à área científica médica, buscando, por meio da interdisciplinaridade, fomentar os argumentos que serão opostos à criminalização da droga, posto que eles darão maior suporte para se ratificar a ilegitimidade da norma incriminadora do artigo 28 da Lei de Drogas, sobretudo em relação ao porte de maconha. Destarte, o trabalho buscou apresentar a ideia de que a autonomia é a finalidade última que o direito penal deve almejar, sendo ela o marco para que se interfira ou não, legitimamente, nas escolhas restritas à interioridade do indivíduo constituinte. À luz da autonomia, então, almejou-se atestar que a incriminação do porte de maconha para consumo pessoal se traduz ilegítima, visto que o indivíduo autônomo, pelo trabalho delineado, deve ter suas escolhas de foro íntimo resguardadas da ingerência Estatal, mormente pelo direito penal. De outro lado, o direito penal mínimo fornece bases para que se vislumbre, novamente, a ilegitimidade da norma incriminadora em comento, vez que suas diretrizes se direcionam à diminuição do Direito Penal, ao revés de sua ampliação, especialmente no que se relaciona às condutas autorreferentes praticadas por indivíduos autônomos e capazes. Ao fim, estabelecidos os argumentos norteadores do trabalho, far-se-á um esboço da política mais adequada referente ao porte de maconha para uso próprio, qual seja, a descriminalização, a ser operada no Brasil, na contramão da atual política de drogas pátria, numa análise que respeita a autonomia e as diretrizes do direito penal mínimo e garantista.

Palavras-chave: Autonomia. Direito penal mínimo. Lesividade. Drogas. Descriminalização.

ABSTRACT

The present work had as a central problem to highlight the flagrant ineffectiveness, failure and unsustainability of current Brazilian drug control policy regarding the criminalization of cannabis possession for personal use. In this sense, we started from the theoretical framework of autonomy, in the foreground, and the minimum criminal law, in a second look, so that we could find and expose solid arguments against the criminalization of the conduct of carrying marijuana for own consumption. The work was done through bibliographic research and survey, referring not only to the legal, historical and sociological area, but also to the medical scientific area, seeking, through interdisciplinarity, to encourage the arguments that will be opposed to the criminalization of drugs, since they will give greater support to ratify the illegitimacy of the incriminating norm of article 28 of the Drug Law, especially in relation to marijuana possession. Thus, the work sought to present the idea that autonomy is the ultimate aim that criminal law should aim for, being the framework for legitimate interference or not, in the choices restricted to the constituent individual's interiority. Through autonomy, then, it was aimed to attest that the incrimination of possession of marijuana for personal consumption is rendered illegitimate, since the autonomous individual, due to the work outlined, must have his / her intimate choices protected from State interference, especially by criminal law. On the other hand, the minimum criminal law provides a basis for seeing, again, the illegitimacy of the incriminating norm in question, since its guidelines are directed to the reduction of Criminal Law, to the reverse of its expansion, especially with regard to conduct. self-referrals practiced by autonomous and capable individuals. At the end, once the guiding arguments of the work are established, an outline of the most appropriate policy will be made regarding the possession of marijuana for own use, namely, decriminalization, to be operated in Brazil, against the current national drug policy. , in an analysis that respects the autonomy and the guidelines of the minimum and guarantor criminal law.

Keywords: Autonomy. Minimum criminal law. Injury. Drugs. Decriminalization.

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO	1
2.	O DIREITO PENAL ENQUANTO GARANTE DA AUTONOMIA	3
2.1	Da Autonomia	7
2.2	Ofensa, Lesão e Autolesão	13
2.2.1	Da ofensa.....	13
2.2.2	Da lesão	13
2.2.3	Da autolesão	14
2.3	Do afastamento de aspectos puramente morais do contexto jurídico-penal	16
2.4	Do Paternalismo Jurídico	19
2.4.1	Paternalismo Puro x Paternalismo Impuro.....	22
2.4.2	Da Vulnerabilidade	23
2.5	A doutrina antipaternalista de Joel Feinberg.....	23
2.6	Dos tipos de paternalismo aplicados à Lei de Drogas e sua (i)legitimidade.....	27
3.	ENSAIO COMPARATIVO ENTRE O ÁLCOOL E A CANNABIS RELATIVO AO DANO	32
3.1	Análise do dano individual e social da <i>Cannabis</i> e do <i>Álcool</i>	33
3.2	Considerações finais sobre o estudo comparativo do dano entre <i>Cannabis</i> e <i>Álcool</i>	37
4.	POLÍTICA DE DROGAS COMPARADA: O CASO DE PORTUGAL E A PERTINENTE ADAPTAÇÃO AO BRASIL	40
4.1	A mudança de paradigma no controle das drogas	40
4.2	A nova política de Drogas em Portugal	41
4.2.1	O contexto histórico da descriminalização.....	42
4.2.2	A política inovadora de Portugal no controle das drogas.....	43
4.2.3	Da descriminalização	44
4.2.4	Da prevenção, comissão de dissuasão, redução de danos e tratamento	45
4.2.4.1	Da prevenção.....	45

4.2.4.2 Da comissão de dissuasão	45
4.2.4.3 Da redução de danos	47
4.2.4.4. Do tratamento	47
4.2.5 Da reintegração social	48
4.3 Resultados positivos da nova política de descriminalização.....	48
5. O PARADIGMA PROIBICIONISTA E A NECESSIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO	50
5.1 A gênese da repressão	50
5.2 Da Lei 11.343/06 e a manutenção da lógica proibicionista.....	58
5.3 Dos crimes sem vítimas: análise do art. 28 da Lei 11.343/06.....	59
5.4 Dos princípios constitucionais penais violados pelo art. 28 da Lei 11.343/06	62
6. DA NECESSIDADE DE MUDANÇA DO PARADIGMA PARA UMA POLÍTICA DESCRIMINALIZADORA.....	68
6.1 Considerações pertinentes à política de descriminalização relativa à <i>cannabis</i> no Brasil.....	70
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	80

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versará sobre a ilegitimidade da norma incriminadora do artigo 28 da Lei 11.343/06 – Lei de Tóxicos –, cuja previsão é de apenar aquele que porta drogas para consumo pessoal, haja vista que seus fundamentos jurídicos afrontam o direito penal mínimo consagrado pela nova ordem constitucional. Nesse sentido, ainda que a argumentação que busque deslegitimar as bases da incriminação citada supra seja pertinente a todas as drogas, restringir-se-á, o presente trabalho, à maconha, visto que esta é a droga ilícita de maior consumo no Brasil e no mundo e que seus danos são baixos e de fácil verificação e quantificação.

Para tal, parte-se do marco teórico da autonomia e de direito penal mínimo, vale dizer, garantista, cuja legitimidade de incidência reside na proteção de bens jurídicos mais relevantes, e alheios, isto é, de terceiros estranhos à pessoa que age. Assim, sob esse prisma, descartar-se-ão as ações autorreferentes, pois o titular do bem pode dele dispor e, no momento que o faz, dispensa tacitamente a proteção do Estado sobre ele. A autonomia, de outro lado, deve ser dispendida aos cidadãos capazes para o autogoverno, sendo a sua garantia a finalidade última do direito penal, vez que esta assegura não só a vida digna da pessoa humana, mas a fruição adequada de todos os demais bens

Nessa perspectiva, após caracterizadas as premissas que nortearão o trabalho, bem como os fundamentos do direito penal mínimo – a exemplo da lesividade, fragmentariedade e subsidiariedade – será construído o conceito de autonomia segundo as obras de Joel Feinberg (1985 e 1986) e Gerald Dworkin (1997). Empréstimo-se da ideia de autonomia enquanto capacidade de autogoverno, proposta por Feinberg, sugere-se que a presunção de ser autônomo aqui seja estendida a todos aqueles capazes segundo a aceção legal pátria, vale dizer, aos que possuem dezoito anos ou mais.

Nessa esteira, serão apresentados os princípios da lesão, ofensa e autolesão a partir da obra de Feinberg (1984) para saber se se faz e quando se faz justificável a interferência da norma penal na proteção dos indivíduos. Assim, pretende-se afastar aspectos puramente morais que influenciam o direito penal e influenciaram a incriminação trazida pelo art. 28 da Lei 11.343/06, mormente no que se refere à maconha. Com esse intuito, será apresentado o paternalismo jurídico e sua aplicação no direito penal e, estabelecidas tais premissas, se fará um esboço dos tipos de paternalismo aplicados ao artigo 28 da Lei 11.343/06, bem como serão apresentadas razões que se contrapõem à sua legitimidade, a exemplo da carência de lesividade da conduta e da não proteção efetiva do bem que se visa a proteger.

No segundo capítulo, passa-se a traçar um estudo comparativo entre a *cannabis* e o álcool, droga ilícita versus droga lícita, especialmente sob o prisma do dano, para que se possa deslegitimar esse argumento de ordem pragmática, de que a maconha seria mais danosa – por ser considerada droga ilícita – do que as demais drogas lícitas, devendo por isso ser proibida. Assim, parte-se de dois estudos sérios e renomados realizados no âmbito do Reino Unido e da União Europeia, com a participação de diversos especialistas nas mais variadas áreas relacionadas às drogas, cujo fim é elaborar uma política mais eficaz de combate e controle de entorpecentes, despindo-se de preconceitos e moralismos. Nesse contexto, serão apresentados resultados dos estudos reveladores de que o argumento fundado no dano para a incriminação do uso pessoal de maconha não se sustenta em fatos.

Já no terceiro capítulo parte-se de uma análise da política de descriminalização operada em Portugal – cuja cultura e tradição é afeta à brasileira – no ano de 2000, em que os resultados foram muito positivos, nos mais diversos aspectos, para se evidenciar os ganhos auferidos com ela e lançar esperança de que o mesmo, senão melhor, poderá ocorrer no Brasil. Considerando os valores e tradições comuns entre os países, faz-se um esboço, ao fim do trabalho, de como poderia ser operada uma política descriminalizadora no Brasil, guardadas as diferenças.

No quarto e último capítulo apresenta-se o paradigma proibicionista e de repressão instaurado no mundo a partir do século passado, especialmente influenciado pelos EUA, que firmarão as bases supostamente mais humanizadas da Lei 11.343/06, atual Lei de Drogas. Será traçada a origem da proibição, não exhaustivamente, mas englobando aspectos bem relevantes, perpassando as legislações passadas sobre drogas, desde a Consolidação das Leis Penais de 1932, passando pela descodificação operada pela Lei 5.726/71 e pela Lei 6.368/76, até a promulgação da atual lei vigente, que não mudou o paradigma na realidade prática, mas o intensificou.

Com efeito, serão abordados os aspectos jurídicos e práticos de mudança mais relevantes trazidos no bojo da Lei 11.343/06, especialmente em relação à figura do usuário, criminalizada pelo artigo 28 da referida normativa. Após, são feitas considerações acerca da afronta do instituto penal referente a alguns princípios constitucionais penais, e encerra-se com a apresentação de algumas políticas públicas de redução de danos, assim como de um modelo de descriminalização, em alternativa à atual política repressiva e proibicionista, vale dizer, fracassada.

2. O DIREITO PENAL ENQUANTO GARANTE DA AUTONOMIA

Nesse capítulo do trabalho, passa-se a expor qual é o objetivo do direito penal, de modo a determinar em que momento este incide/deve incidir, com vistas a saber se e quando sua aplicação se faz justificável. Ademais, analisa-se a atuação paternalista da via penal e do Estado no geral, sob uma perspectiva jurídico-liberal.

Sabe-se que o Direito Penal é o meio de controle social do Estado investido de maior repressão, com consequências jurídicas consideradas mais graves aos que suas normas infringem e, sendo assim, Claus Roxin (1987) o classificou como um mal necessário do Estado. Nessa esteira, o penalismo jurídico encontra limites muito claros, a exemplo de alguns princípios basilares, como o da lesividade, o da fragmentariedade, o da subsidiariedade e o da proporcionalidade, que norteiam e oferecem diretrizes ao manuseio do aparato penal, não só aos magistrados e tribunais, mas a todos que da persecução penal participam.

Há que se destacar, acerca dos princípios retrocitados, especialmente o da subsidiariedade e o da proporcionalidade. O primeiro é o mandamento segundo o qual o direito penal tem caráter e incidência subsidiários, só podendo ser aplicado à resolução do conflito no momento em que nenhuma outra seara do direito for apta a resolvê-lo de forma satisfatória. Não se trata de expressa previsão da Constituição, mas é extraído de outras normas, a exemplo da dignidade da pessoa humana, do Estado Democrático de Direito, eis que o uso desmedido do direito penal leva ao estado policialesco, próprio dos regimes absolutistas e/ou autoritários (GOMES, 2015, p. 15).

Nessa esteira, quando nenhuma outra área do direito é capaz de oferecer uma resposta justa e necessária do Estado, incide o direito penal, punindo o agente que praticou a conduta antijurídica. Já o da proporcionalidade, também chamado de proibição do excesso, é uma extensão do primeiro, na medida em que estabelece a diretriz de que toda conduta antijurídica deve ter uma resposta penal proporcional à sua gravidade, vedando inclusive penas muito extensas, degradantes e de morte (art. 5º, incisos III e XLVII da CF/88). Tal princípio visa a coibir arbitrariedades, estabelecendo que a pena só é devida quando adequada a finalidade proposta, necessária, vale dizer, eficaz para prevenção do crime, e equilibrada, numa ponderação entre a restrição da liberdade e os fins que ela almeja atingir (GOMES, 2015, p. 48).

Assim, sob uma perspectiva garantista do direito penal e processual penal, tem-se que o aparato penal do Estado deve se dirigir à proteção dos bens jurídicos mais relevantes, e traduzir-se na *ultima ratio* do Estado nesta proteção. A perspectiva garantista e de direito penal mínimo

está voltada à limitação do poder punitivo ilegítimo, caracterizada pela observância à dignidade humana (CARVALHO, 2016, p. 150).

Com efeito, cumpre delinear, em linhas gerais, o conceito de bem jurídico penal voltado a uma teoria de intervenção mínima do direito penal. Canton Filho (2012, p. 12) assevera que um conceito de bem jurídico penal satisfatório deve se situar não apenas sob uma ótica positiva, mas também e principalmente à égide de uma visão social, posto que é a sociedade que define quais condutas são socialmente aceitas e quais merecem reprimenda estatal.

Doutra parte, entretanto, adverte-se que os anseios sociais, por si só, não são aptos a sustentar as incriminações do legislador, visto que é preciso haver um consenso destes com a doutrina, com os operadores do direito e com o próprio legislador (CANTON FILHO, 2012, p. 13). Assim, e só assim, é que exsurge o espaço para um direito penal mínimo e eficiente.

Considerando-se que vivemos numa sociedade de risco (CANTON FILHO, 2012, p. 34-35), a política criminal, à luz de uma perspectiva progressista, se destina à limitação de atuação do direito penal, ao revés de sua ampliação. Nesse sentido, a nova ordem constitucional, influenciada por convenções internacionais no âmbito da ONU, consagraram como direitos e garantias individuais os bens que merecem primária tutela do Estado, seja penal, seja por outra via do direito, sendo estes de caráter imodificável (CANTON FILHO, 2012, p. 113).

O bem jurídico então, para o autor (2012, p. 133), representa um:

Conjunto de valores inerentes e necessários ao bom convívio social, que são mutáveis e correspondem ao conjunto ideológico de cada grupo social, sendo o bem jurídico penal aquele conjunto de valores que não pode ser eficazmente tutelado sem a proteção constitucional, e que muitas vezes precisará se socorrer dos recursos drásticos do Direito Penal.

Em que pese a sociedade de risco imanente à realidade hodiernamente posta, o direito penal subsidiário e garantista encontra dificuldades em conciliar-se com a tutela de seus novos valores (CANTON FILHO, 2012 p. 136). Assim, deve se fazer um esforço para que estas necessidades sociais sejam protegidas, prioritariamente, por outras searas do direito, e preferencialmente por políticas públicas.

Canton Filho (2012, p. 128) então, sob uma perspectiva sociológica, e com vistas a justificar a legitimidade da proteção penal a determinado bem, se envida no esforço de categorizar os bens jurídicos que são permanentes e, portanto, mercedores da tutela penal, e aqueles que são transitórios, isto é, contingentes a uma ideologia ou necessidade social particular, condição que afastaria a expansão das incriminações penais em sua salvaguarda.

Outrossim, na medida em que a proteção dos bens jurídicos é a condição legitimadora das intervenções penais nos tempos atuais, o direito penal liberal fundamenta-se na ideia de proteção de bens jurídicos individuais, vale dizer, palpáveis, em contrapartida aos bens gerados por meio do processo de aglutinação dos interesses públicos da coletividade e do próprio Estado (CARVALHO, 2016, p. 213). Estes últimos, assim, são caracterizados pela imaterialidade, a exemplo da incolumidade pública ou saúde pública, bem jurídico em tese protegido pela Lei 11.343/06. Ademais, ações que contra o agente atentam e não atinjam terceiros, se afiguram como autolesão e não devem ser balizadas pela seara penal, eis que não possuem a lesividade necessária a atrair a sua incidência (FERRAJOLI, 1998, p. 478).

Canton Filho (2012, p. 125 e 137), então, diz que os bens que remanescem como essenciais à vida social, independentemente de outros fatores contingentes, são os que merecem proteção jurídica, vale dizer, não necessária. Isto, pois aqueles oriundos da ideologia ou da moral, ainda que dominantes, não são necessários à convivência da sociedade. Desta feita, a exclusão de alguns bens da seara penal deve-se à sua não essencialidade ao bem-estar social, e não puramente pelo seu caráter imaterial, como defendido pelos positivistas.

Para determinar quais bens jurídicos seriam permanentes, o autor supramencionado, estabelece, grosso modo, dois critérios: a necessidade de proteção expressa pela sociedade e o processo legislativo que autoriza à sua proteção à luz da Constituição (2012, p. 149). Nessa esteira, o legislador ainda há de considerar se utilizará ou não da proteção penal na busca de salvaguardar o valor eleito, tendo em vista que tem outras opções disponíveis, bem como que a eventual incriminação não pode se traduzir em mero clamor social imediatista, mas sim numa real necessidade ao bom convívio daquela sociedade (CANTON FILHO, 2012, p. 150).

Destarte, deve o legislador superar a ideologia dominante ao se debruçar no processo legislativo de incriminação penal (CANTON FILHO, 2012, p. 151), fundamentando-se nos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente e visando à sua proteção.

Neste passo, defende-se aqui a criminalização apenas das condutas ofensivas à fruição dos bens socialmente relevantes, a exemplo da liberdade e da autonomia, eis que sem eles o indivíduo é impedido de usufruir de todos os demais bens (CANTON FILHO, p. 117). A constitucionalização do direito, de outra banda, tem o fito de limitar o Estado em sua interferência sobre dos direitos fundamentais dos constituintes, sendo dirigida a fins garantistas (CANTON FILHO, p. 118).

Lado outro, Fabio Canton Filho (2012, p. 150) adverte sobre os perigos da expansão do direito penal, como proposto pela lógica punitivista. Isto pois, sob a escusa da proteção ampla

de bens jurídicos, acaba por flexibilizar as garantias individuais constitucionais, v.g., a proporcionalidade e a legalidade, características de um estado de exceção.

O direito penal mínimo como proposto é um exercício de política criminal, e de reduzir a tutela penal dos bens, ainda que com status de fundamentais, no momento que a melhor hipótese reside na baliza por políticas públicas de prevenção de eventual lesão, ou até mesmo por outros ramos do direito, menos repressivos (CANTON FILHO, 2012, p. 129). Sobre a proteção jurídica dos bens permanentes, e do perigo de um direito penal maior, Canton Filho (2012, p. 141) nos leciona:

O bem jurídico permanente clama, antes, as políticas públicas como forma de proteção, recorrendo à tutela do direito e à variante penal apenas em última instância. O ponto de partida é o imperativo de cobertura ou proteção de novos bens, mas também a noção de que não existe uma relação de causa e efeito entre tutela jurídica severa e o afastamento definitivo dos riscos, posto que não se pode pretender eliminar o risco a partir do Direito Penal, já que criminalizar indiscriminadamente é, na realidade, gerar mais risco.

Desta forma, conclui-se que a proteção dos direitos pela via penal deve ser moderada, e as condutas incriminadas que atentem contra eles devem passar por uma análise de pertinência a esta área do direito, em concurso sucessivo. É dizer, quando tais condutas não puderem ser tratadas nem por políticas públicas, nem por outras vias do direito, pode-se falar em legitimidade da incriminação.

E, ademais, Maria da Conceição Ferreira da Cunha (1995, p. 138-139), sobre as sociedades democráticas e a importância da liberdade, afirma que:

Em sociedades democráticas, cuja essência reside no princípio da liberdade, ligado à exigência de respeito pela dignidade humana (de todo e qualquer homem, quaisquer que sejam as suas particulares convicções e modo de vida); sociedades que não se baseiam num monismo axiológico, mas que provoquem até a “diversidade ética como algo de intrinsecamente valioso”, sociedades pluralistas e, necessariamente, compromissórias, não se pode vir defender ser a moral e a ideologia majoritária (mesmo que bastante dominante), em si e por si mesma considerada – ou seja, desligada de eventuais efeitos danosos para outros valores considerados básicos – um bem jurídico penal ancorado constitucionalmente, assim como não se poderia defender a púnico de meras intenções, não competindo ao Estado exercer o papel de conformador ou tutor moral dos cidadãos, mas apenas, a menos ambiciosa função de preservação dos bens essenciais a vida em comunidade. Até porque, o valor da liberdade individual e a tolerância se sobrepõe, como mais essenciais, à moral dominante.

Destarte, sob uma concepção jurídico-liberal, tem-se, portanto, que o Direito Penal deve interferir na liberdade individual apenas para proteger os bens jurídicos permanentes – não contingentes –, bem como, preferencialmente, os individualizados, e quando estes não puderem ser protegidos de outra forma.

2.1 Da Autonomia

Para melhor elucidar a questão da autonomia dentro do Estado Liberal, e considerando os preceitos de que o direito penal deve ser subsidiário e instrumento de garantia da autonomia individual, necessário se faz propor algumas considerações acerca do termo autonomia e de sua concepção num Estado Democrático e Liberal de Direito.

Preliminarmente, histórica e etimologicamente, o termo autonomia, grosso modo, significa “possuir ou construir as próprias leis”. Nesse sentido, a pessoa autônoma é aquela que pode conduzir sua vida de acordo com os seus próprios preceitos, sua consciência e vontade (MARTINELLI, 2010, p. 167).

A autonomia então, em linhas gerais, pressupõe alguns paradigmas. Primeiro, o de que a liberdade de eleição define a autonomia, vez que por meio do representante há uma espécie de autogoverno (indiretamente). Em segundo lugar, há que se considerar que sujeito autônomo é aquele que não sofre interferência externa de controle, a exemplo de coerção, paternalismo, persuasão ou manipulação. A autonomia, nesse ínterim, é a liberdade de escolha individual de se autodeterminar, de controle sobre sua própria vida, e define, portanto, quem a pessoa é. Essa liberdade reúne as faculdades que um sujeito possui para agir e interagir conforme a sua consciência. O autônomo, em conclusão, é aquele que decide sua própria vida como bem entende e dispensa, nesta tomada de decisão, qualquer permissão de terceiros. O autônomo resiste à imposição externa, seja do Estado, seja de um terceiro, que seja contrária aquilo que ele acredita ser melhor para si (MARTINELLI, 2010, p. 168 e ss).

Nesse ínterim, o ser autônomo, quando se vê diante de uma restrição injustificada em suas escolhas, sente que, de alguma forma, foi violado, e não tão somente contrariado (FEINBERG, 1986, p. 27), como se, v.g. tivesse a sua propriedade ou privacidade violadas.

Aqui se analisa a autonomia sob a perspectiva de dois autores que muito bem estudam a questão, quais sejam, Joel Feinberg, em sua obra *Harm to self* (1986), e Gerald Dworkin, quanto à obra *The Theory and Practice of Autonomy* (1997), sem tanto aprofundamento nas teorias propriamente ditas, mas com o fim de fornecer parâmetros claros a respeito do ser efetivamente autônomo, cujas escolhas devem estar isentas de interferências paternalistas.

Destarte, Gerald Dworkin (1997, p. 5) assevera o que seja o ser autônomo, e define como tal a pessoa que se vê soberana na decisão que toma e assim se acredita, por ser capaz de ponderar racionalmente sobre as várias ações concorrentes disponíveis.

Nesse ínterim, o autor estabelece alguns critérios de julgamento para pautar a definição do termo “autonomia”, que não serão aqui expendidos, mas, vale dizer, foram utilizados como fundamentos para a elaboração empírica da noção de pessoa autônoma.

O autor desenvolve a sua teoria sobre autonomia a fim de aplicar a construção estabelecida nas searas moral, política e social. À priori, concebe a autonomia como negação ao paternalismo (DWORKIN, 1997, p. 10). Parte-se, desta feita, da ideia grega de autogoverno, oposta àquela remissiva à submissão de controle por parte de um poder ou autoridade (DWORKIN, 1997, p. 13).

Lado outro, o autor promove uma distinção importante entre os valores de liberdade e de autonomia, na medida em que o primeiro representa a capacidade de uma pessoa fazer o que deseja sem influência de ação de outros agentes, e o segundo a capacidade de decidir a sua vida refletindo sobre os desejos imediatos – de primeira ordem – e os mediatos – de segunda ordem –, que serão explicados mais à frente. Assim, cumpre salientar que existem formas de interferir na liberdade de uma pessoa, por força ou coerção, por exemplo, interferindo ou não, simultaneamente, em sua autonomia, que é mais ampla, pensada enquanto um poder de autodeterminação (DWORKIN, 1997, p. 13-14). É o caso, v.g., de forçar um testemunha de jeová a fazer uma transfusão de sangue. Tal interferência forçada não representa apenas uma intervenção direta em sua liberdade, mas também e principalmente uma violação em sua capacidade de determinar por si próprio quais tipos de tratamentos médicos lhe são aceitáveis (DWORKIN, 1997, p. 13-14).

Com efeito, para Dworkin (1997, p. 15-16), em linhas gerais, o ser autônomo é aquele que é capaz de observar os desejos de primeira ordem de suas ações, bem como os de segunda ordem, e refletir sobre eles, ainda que não haja identificação entre um e outro. Por exemplo, a pessoa que fuma ou que usa droga identifica o desejo de fumar ou de usar a droga e também as motivações que o levaram a essa ação, podendo concluir que não queira de fato praticá-la, vale dizer, ter esse desejo, de acordo com a análise de seus motivos. Outra demonstração sobre essa reflexão é a dada por situação na qual uma pessoa sente ciúmes demasiado em um relacionamento – primeira ordem – mas não deseja assim se sentir – segunda ordem. Assim, ainda que os desejos não se identifiquem, por ela ser capaz de refletir sobre os dois, ela é autônoma em sua ação. É dizer, é dispensável a identificação entre os desejos para determinar

a autonomia, mas é necessária a capacidade de levantar a questão de se identificar ou de rejeitar as razões pelas quais se age. Sob tal ótica, o usuário de drogas que deseja ser motivado por seu vício, mas não o é, e ainda assim não pode mudar o seu comportamento, é autônomo porque suas ações expressam sua visão e os motivos que as influenciam, tendo a capacidade de alterá-los se assim o desejar.

Em síntese, se tais reflexões não houverem sido manipuladas ou coagidas por forças internas, isto é, representarem um processo independente, com a identificação necessária dos desejos, a pessoa é autônoma. Conclui-se, então, que a autonomia se traduz na capacidade de segunda ordem das pessoas, aquela em que estas refletem criticamente sobre as suas preferências, desejos, vontades, etc. de primeira ordem, assim como na capacidade de aceitá-los ou alterá-los à luz daquilo que lhes dá sentido e coerência em suas vidas, de modo que possam assumir a responsabilidade pelo tipo de pessoa que são.

Noutro giro, Feinberg, em linhas gerais, propõe que a autonomia individual possui quatro significados, sem os quais, cumulativamente, ela não se materializa. Primeiramente, a capacidade de governar a si mesmo; se refere também à condição real de autogoverno e as virtudes a ele associadas; em terceiro, pode ser concebida como um ideal derivado dessa condição anterior; ao cabo, e analogamente a um Estado, a autonomia pode ser entendida como a “autoridade” ou a “soberania” de governo dentro de seus limites morais (territoriais) (FEINBERG, 1986, p. 28 e 29). Nessa esteira, o direito à autonomia é dependente da capacidade de autogoverno. Adverte-se, nesse ponto, que a capacidade para o autor não se refere necessariamente à capacidade dada pela maioria civil e/ou penal, mas sim porquanto a pessoa é dotada de racionalidade nas suas escolhas.

A autonomia como condição é tida como um ideal, isto é, não um valor isoladamente considerado, mas enquanto algo que o indivíduo aspira também pelos frutos que ela lhe traz – a respeito da autoestima, da responsabilidade e da sua dignidade. Assim, ela também pressupõe que o indivíduo se encontre numa condição boa em que não há circunstâncias aptas a destruir suas oportunidades de autogoverno (FEINBERG, 1986, p. 31). Em circunstâncias normais, a maioria das pessoas se depara com a oportunidade de autogoverno em maior ou menor grau, e a pessoa autônoma é aquela que tenta maximizá-la.

Para além disso, o autor também explicita virtudes que derivam da condição de autonomia individual. São elas: a autopossessão, segundo a qual a pessoa autônoma é seu próprio homem, ou sua própria mulher, na medida em que não pertence a mais ninguém; a autoidentidade, vale dizer, que remete à ideia de que o ser autônomo não reflete em sua vida

a expressão da imagem de nenhum outro ser – nem se condiciona a ela - que não a si mesmo; a autenticidade ou auto-seleção, eis que o ser autônomo é dotado de princípios morais, ideais, objetivos, valores e preferências essencialmente seus; ao fim, a autodeterminação ou autocriação, de modo que o indivíduo, ainda que sofra influências em sua formação, a integra e dela faz parte, com protagonismo, sendo o único criador responsável de seu caráter e modo de vida (FEINBERG, 1986, p. 32-35).

No que diz respeito à autenticidade, para o autor, tem-se que se traduz na capacidade do sujeito de pensar por si próprio. Já no que se refere à capacidade do sujeito, representa a competência de agir sem estar submetido à influência externa de terceiros. Assim, ainda que um indivíduo seja autêntico na capacidade de pensar sobre as suas decisões, este não será livre se não puder usar sua capacidade de agir livre de quaisquer influxos alheios. E, nesse sentido, influência é tomada como aquela pressão capaz de mudar, por obrigação, a decisão do agente (MARTINELLI, 2010, p. 139).

Desta feita, cumpre salientar que a proposta oferecida por Gerald Dworkin para o ser autônomo, ainda que brilhantemente delineada, para os propósitos desse trabalho, seria de difícil verificação, vez que é inerente ao íntimo do ser a sua percepção da capacidade de praticar a reflexão entre as ordens de seus desejos. Assim, ancora-se na ideia de autonomia promovida por Feinberg, em que o autor a expõe enquanto capacidade de autogoverno, e que aqui adotar-se-á o padrão de capacidade oferecido pela lei pátria, segundo a qual o ser capaz de autogovernar-se é aquele que já atingiu a maioridade legal, qual seja, a partir dos dezoito anos, nos termos do art. 5º do Código Civil e artigo 27 do Código Penal.

Contudo, a autonomia não confere plena liberdade de agir no Estado democrático de direito, pois todos estão submetidos ao rigor da lei, que visa à limitação da liberdade em prol do bem comum (MARTINELLI, 2010, p. 171). Assim, parte-se do pressuposto de que todos aqueles integrantes do corpo social são sujeitos de direitos, no que deve haver um respeito igual e mútuo entre os indivíduos como tal.

Nessa esteira, é importante esclarecer dois pontos importantes. A autonomia a ser preservada pelo direito penal se traduz no direito individual e inalienável de decidir a própria vida, porém, sem que atinja direitos e interesses de terceiros. Dessa forma, parte do pressuposto de que cada um é o melhor juiz de si mesmo e, tendo capacidade para decidir, deve ter o direito de escolher, desde que não lese ou ameace direitos alheios. O segundo ponto é o que explica como será feita a proteção desta autonomia. Assim, como o exercício da autonomia advém da livre disposição e fruição dos bens jurídicos mais relevantes, é pela proteção destes, por meio

da norma penal, que o direito está a serviço da preservação da autonomia. (MARTINELLI, 2010, p. 14, 31 e 84).

Com efeito, a vida privada de uma pessoa não deve dizer respeito a outra, nem a ninguém, que pode fazer dela o que bem entender. Escolhas feitas no âmbito privado são irrelevantes para a sociedade, e assim devem ser. Nesse sentido, temos como exemplo de alta (e absurda) intervenção moral na sociedade a lei que criminalizava o adultério, em vigor até o ano de 2005. Ora, tal criminalização era totalmente descabida, pois a conduta de adultério envolve apenas aqueles que estão casados, sem exercer a mínima influência negativa ou positiva sobre os direitos de toda a sociedade e de cada membro dela individualmente considerado. Ademais, a conduta tipificada como adultério durante o casamento também não era dotada da lesividade necessária a atrair reprimenda penal, que se traduz na *ultima ratio*.

Finalmente, Martinelli conclui o raciocínio, de forma muito precisa e elucidativa, que se segue:

O exercício da autonomia individual vem sempre acompanhado do respeito à autonomia de terceiros. Ao redor de uma pessoa autônoma vivem outras na mesma situação. O exercício da autonomia de todos depende de certas restrições ao comportamento humano. Ao abrir mão de parte de sua autonomia, em respeito aos demais membros da comunidade, o próprio sujeito é beneficiado, pois todos também sofrerão restrições em suas atividades. É um ciclo contratual. Cada um que dispensa parte de sua autonomia recebe uma compensação pela parte que os demais dispensam. (MARTINELLI, 2010, p. 173).

Vale ressaltar, outrossim, alguns requisitos básicos da autonomia, para melhor encaixá-la neste contexto e dentro do direito penal. Para que a autonomia possa ser assim chamada, o agente deve ter a capacidade de discernimento, as condições para agir de acordo com a sua consciência e a sua liberdade de agir restringida – em alguns momentos – com vistas à preservação do direito de terceiro. Nesse diapasão, o discernimento vem com a capacidade da pessoa de separar e individualizar conceitos, objetos, escolhas, etc. Assim, quando ausente o discernimento necessário, deve a lei intervir para proteger os indivíduos de suas próprias escolhas, já que sem o discernimento eles já não são autônomos (MARTINELLI, 2010, p. 173-174). Na mesma esteira, a partir do discernimento, a pessoa tem de saber fazer uso e processar as informações que lhe são postas, de acordo com a sua consciência. É dizer, conhecer a conduta, suas consequências, e analisar os eventuais custos e ganhos que dela advirá. Desta feita, a pessoa deve respeitar terceiros e a coletividade como

um todo, na medida em que tem a consciência de que deve fazer isso. A sua decisão deve estar pautada no respeito e visando ao bem estar geral, tendo em vista que todos temos os mesmos direitos. Tanto é assim que, brilhantemente, Martinelli (2010, p. 174) desenvolve a autonomia citando Grant Mindle, a saber:

No mesmo sentido de preservar o direito alheio no seu exercício, autonomia é um esforço de se estabelecer o direito do indivíduo de expressar sua personalidade independentemente do lugar ou das circunstâncias escolhidos para fazê-lo. Para garantir que o indivíduo se sentirá livre para exercer esse direito, é necessário que os demais o respeitem apesar de suas preferências. A autonomia exige respeito mútuo entre aquele que manifesta sua personalidade e os demais membros de sua comunidade.

Ressalta-se, nesse diapasão, que o presente capítulo do trabalho – que fornecerá as bases mais sólidas de dogmática jurídica, jurídica-penal, bem como alguns conceitos-chave, como estado liberal e democrático de direito, autonomia e liberdade do sujeito – foi fundamentado precipuamente na tese de doutorado de João Paulo Orsini Martinelli, denominada “Paternalismo Jurídico-Penal”. No texto, o autor pretende analisar situações em que as normas paternalistas têm justificável incidência, e aquelas em que não tem (MARTINELLI, 2010, p. 14 e 32).

Grosso modo, Martinelli (2010) se presta a justificar ou a afastar o paternalismo da seara penal, a depender das particularidades do caso, à luz de um Estado liberal e de um direito penal subsidiário.

Em tal perspectiva liberal do direito há que se destacar três pilares que assumem caráter mais relevante: os direitos individuais, a liberdade e a igualdade de oportunidades.

Assume-se aqui a perspectiva segundo a qual, com vistas a salvaguardar os direitos individuais e principalmente a liberdade, a proibição criminal de condutas se destina à prevenção de lesões ou ofensas, pelo agente, a pessoas alheias, sem seu consentimento ou quando estas não têm a devida capacidade de consentir. Desta forma, conclui-se que ao direito penal não cabe intervenção na liberdade com o fito de prevenir autolesões ou, até, heterolesões consentidas. É dizer, o direito penal, abstendo-se de julgamentos e prescrições meramente morais, deve ater-se às lesões relevantes, aqui dispensadas aquelas que o indivíduo pratica a si mesmo ou a outrem com a devida anuência (MARTINELLI, 2010, p. 32-33).

2.2 Ofensa, Lesão e Autolesão

2.2.1 Da ofensa

A priori, faz-se de fundamental relevância a distinção entre ofensa e lesão na perspectiva do direito penal, pois estas merecem diferente tratamento. Segundo Feinberg (1985, p. 56), as ofensas sérias não são lesões, mas ainda assim merecem reprimenda penal que visem à sua prevenção e/ou proteção. Nesse sentido, a ofensa séria, isto é, de relevância penal, se caracteriza no momento em que provocada uma situação de desconforto ou desprazer que tenha como consequência um infortúnio irrazoável ou intolerável, enquanto a lesão se configura quando há efetiva violação de direitos de outrem, frustrando-lhe algum interesse, isto é, obstando-lhe o exercício do direito (MARTINELLI, 2010, p. 39).

Grosso modo, Feinberg se esforça para determinar quais condutas configurariam ofensas sérias e quais representariam mero incômodo. Com efeito, as ofensas sérias são aquelas que causam alta repugnância experimentada pela vítima ou sociedade, ainda que esta não testemunhe o ocorrido, mesmo que só imagine que o fato ocorreu, mas dele mantenha-se distante. Os meros incômodos, por sua vez, são aqueles que causam uma ofensa mais particular a quem experimenta e presencia o fato. Assim, para se diferenciar, deve o indivíduo que experimenta o fato fazer um exercício de imaginação: neste, deve imaginar a incidência da mesma situação que experimentou, mas restrita à esfera privada daquele que pratica a conduta, isto é, sem testemunhá-la. Subsistindo a repugnância, será uma ofensa séria. Não remanescendo a sensação ruim experimentada, será um mero incômodo, de ordem pessoal, influenciada, geralmente, por um padrão moral (FEINBERG, 1985, p. 57-60).

2.2.2 Da lesão

Distinguindo-se da ofensa, é importante definir bem o conceito de lesão, a fim de determinar os comportamentos que merecem tratamento penal, sendo aqueles, como dito alhures, que impedem o livre exercício da autonomia pessoal, sob uma ótica jurídico-liberal. Nessa esteira, o princípio da lesão apregoa que o direito penal deve interferir na liberdade individual somente para regular comportamentos lesivos a terceiros, excluindo-se os meramente imorais ou que atinjam interesses próprios do agente.

Destarte, o Direito Penal deve reprimir apenas as lesões às outras pessoas que não àquela mesma que age, ou seja, a conduta deve sair da esfera pessoal. Nesse sentido, o princípio da

lesão visa a proteger a independência das pessoas sobre suas vidas frente ao Estado (MARTINELLI, 2010, p. 33).

É válido lembrar que, no conceito de lesão merecedora da interferência penal, incluem-se também os graves perigos de lesão, aqui entendidos como as ameaças graves a direitos. Desta forma, condutas que representem graves ameaças a direito e que frustrem efetivamente interesses devem ser proibidas pelo Estado via direito penal. Ao fim, a grave ameaça a direito é o exemplo daquele comportamento que chegou muito perto da frustração efetiva de um interesse e, muitas vezes, não a concretizou por questões alheias à sua vontade.

A utilidade do princípio da lesão é polivalente. De um lado, ele deve ser levado em conta pelo legislador no momento em que incrimina dada conduta. Doutro, pelo magistrado, na hora de aplicar a lei ao caso concreto. De toda forma, também serve ao propósito de análise da lesão em sua verificação e dimensão, para que respeite o princípio da proporcionalidade quando da aplicação da pena ao agente.

Outrossim, na medida em que a constituição consagra a liberdade como um de seus valores primordiais – em seu preâmbulo –, e como uma garantia individual – no rol do art. 5º –, o princípio da lesão atinge status constitucional, pois previne privação arbitrária e exagerada do Estado na vida das pessoas frente a comportamentos considerados de pouca ou nenhuma ofensividade. O Estado deve determinar se o comportamento é danoso o suficiente a ponto de merecer interferência penal, sem, para isso, exercer qualquer juízo de valor ou moral (MARTINELLI, 2010, p. 35). Assim, a reprimenda penal é justificável quando visa a coibir abusos do direito à liberdade que afetem diretamente terceiros.

2.2.3 Da autolesão

O princípio da autolesão, muito defendido e difundido pelos proeminentes penalistas Claus Roxin e Joel Feinberg, tem sua base firmada na autonomia da vontade do sujeito. Desta forma, a autolesão tem duas modalidades, quais sejam, a lesão a si mesmo pelo próprio agente, e aquela em que o ofendido consente para que terceiro faça. Em linhas gerais, ao contrário da concepção que vige no direito penal pátrio, Feinberg (1986, p. 57) propõe que, segundo o princípio da autolesão, é vedado ao Estado a intervenção na conduta de uma pessoa visando ao seu próprio bem, sob pena de subordinar o seu direito de autodeterminação ao bem que se quer proteger. Na mesma esteira, tem-se que a legitimidade de intervenção com vistas a prevenir ou impedir lesões a direitos alheios apenas surge quando não há consentimento por parte dos titulares desses direitos (MARTINELLI, 2010, p. 42).

Destarte, pode-se dizer justificável a incidência do direito penal sobre as heterolesões cujo consentimento inexistente. Há grande controvérsia no que tange à definição de uma lesão única e exclusivamente ao agente em relação àquela que atinge interesse alheio. Nesse sentido, tem-se que o direito penal liberal e mínimo apregoa (FERRAJOLI, 2006, p. 11) ser legítima a intervenção nas lesões que afetam diretamente os interesses de terceiros, e não apenas remota ou subsidiariamente (MARTINELLI, 2010, p. 38 e 58). É por este motivo, também, que o Direito Penal não pune o suicídio, pois a aflição imposta aos familiares, por exemplo, é efeito remoto da conduta, vez que a lesão direta e efetiva é experimentada unicamente por seu agente. Grosso modo, deve-se fazer distinção entre o conceito de heterolesão do de prejuízo vivenciado por terceiros de forma indireta, como no exemplo supracitado.

Assim, o Estado democrático de direito hodierno, marcado essencialmente pelos riscos que lhe são inerentes, mostra-se incompatível com a criminalização de condutas em função de seu efeito remoto, pois, se assim fosse, as consequências da incriminação de certos comportamentos extrapolariam a seara protetiva da norma (MARTINELLI, 2010, p. 62).

Considerando as informações trazidas acerca da autolesão, sabe-se que nela estão inseridas as lesões que o próprio agente pratica contra si mesmo e as heterolesões em que o agente consente para que terceiro pratique. Nesse ínterim, essa segunda espécie de autolesão – que não será o foco neste trabalho –, exige a capacidade do agente para consentir, de modo que a incapacidade de discernir para dar o seu consentimento retira a legitimidade da ação e justifica a intervenção do Estado pela via do direito penal (MARTINELLI, 2010, p. 45).

Para além, há alguns requisitos para que uma conduta seja enquadrada como autolesiva e, portanto, não passível de intervenção estatal. A priori, parte-se do pressuposto da soberania individual, segundo a qual todo indivíduo é capaz de agir munido de autonomia, desde que não afete direito ou interesse de terceiros. Desta forma, cada indivíduo é a pessoa melhor capacitada para decidir sobre seus bens, encontrando limites claros nos direitos alheios. Em segundo lugar, a conduta deve ser guarnecida de voluntariedade, de modo que o sujeito conheça as consequências possíveis de sua ação, mas mesmo assim deseje prosseguir. Acerca do segundo requisito, Feinberg (1986, p. 118-119) estipula que quanto maior o risco inerente à conduta, assim como a irreversibilidade desta, maior deve ser o grau de voluntariedade do agente. Nas palavras do autor, “se o risco de dano de uma conduta é alto, devemos confirmar com o ator se sua suposição é, de fato, voluntária” (FEINBERG, 1986, p. 119). Assim, confirmado o grau de voluntariedade por parte do agente, resta impedida a prevenção impositiva do prosseguimento em sua conduta.

O princípio em análise representa a abdicação da proteção do Estado por parte do indivíduo, encontrando limites de ordem subjetiva e objetiva. Em apertada síntese, o limite subjetivo diz respeito à capacidade da pessoa para consentir (sobre uma heterolesão) ou discernir sobre lesionar a si mesmo. Quando ausente tal capacidade, está-se diante de uma situação de vulnerabilidade do sujeito. Já o objetivo relaciona-se com a disponibilidade do bem, vez que sendo o bem indisponível não pode o sujeito consentir para que alguém o lesione, pois a ele é vedada a disposição deste bem (MARTINELLI, 2010, p. 45-46).

Outrossim, sobre a autolesão relacionada à Lei de Drogas, notadamente ao artigo 28 da referida normativa, Ferrajoli (p. 137) assevera que:

Punindo o consumo se acaba inevitavelmente na punição da toxicodependência enquanto tal, isto é, de uma trágica e infeliz condição pessoal de dependência e de sofrimento que exclui em grande parte, nos casos extremos, a própria vontade da pessoa. Não me ocuparei do fato de que uma similar criminalização de figuras sociais marginalizadas, que necessitam de assistência em lugar de punição, assinala o reflexo de ordenamentos autoritários e, nos melhores dos casos, a nunca extinta ilusão repressiva que confia às penas a solução dos dramáticos problemas sociais e existenciais. O que é grave, sob o ponto jurídico, a punição de uma condição pessoal enquanto tal, a qual contradiz o clássico princípio do Estado de Direito, aquele segundo o qual se pode ser punido apenas pelo que se faz e não pelo que se é, como se age e não pela própria identidade.

À guisa de conclusão, o princípio da autolesão afasta a intervenção estatal pelo direito penal quando há heterolesão consentida, capacidade do ofendido (condição de não vulnerabilidade) e disponibilidade do bem, assim como quando há uma autolesão, sendo o indivíduo capaz de discernir e decidir sobre o que quer ou não fazer.

2.3 Do afastamento de aspectos puramente morais do contexto jurídico-penal

Considerando o paradigma jurídico-liberal, em que o direito penal tem caráter fundamentalmente subsidiário, se traduz na última razão do Estado e deve ater-se à proteção dos bens jurídicos mais relevantes, conjugado com os princípios da lesão e da autolesão, nele inseridos, há que se afastar o princípio adotado por alguns penalistas, qual seja, o da moralidade. Tal princípio legitima a intervenção do Estado na liberdade individual no momento em que a conduta do sujeito é considerada imoral, ainda que não haja efetiva lesão a interesse ou direito. Assim, ele é totalmente incompatível com o paradigma e as diretrizes nesse trabalho expostos, uma vez que, sob a perspectiva liberal, a mera imoralidade não está apta a justificar a sanção criminal.

No que se refere aos aspectos morais da sociedade, que exercem extrema influência no ordenamento jurídico, cumpre traçar, genericamente, o que eles representariam nesse contexto. Há que se diferenciar, nesse ínterim, o conceito genérico e oriundo do senso comum acerca do termo e o conceito jurídico de moral. Isto porque o direito se envida na tentativa de explicar a moral, por meio das leis e da jurisprudência, de modo a promover e incentivar instituições e modos de comportamento aptos ao florescimento humano e para lidar – leia-se, suprimir – a existência de tensões e conflitos (COYLE, 1988, p. 7). Assim, o conceito de moral para a sociedade não é necessariamente condizente com o conceito legal de moral, e vale salientar que a lei nem sempre define um padrão moral, haja vista que existem condutas imorais não criminalizadas, e condutas morais, segundo o conceito genérico de moral, criminalizadas.

Grosso modo, a etimologia do termo “moral” remete à ideia de valores, costumes e normas sociais adequados de conduta, do ponto de vista coletivo, e “caráter”, do ponto de vista individual (GONTIJO, 2006, p. 129)¹. Assim, o termo não é universal, mas sempre contingente à determinada época, sociedade e/ou cultura. E mais, mesmo considerando uma sociedade ou cultura como ditadora de condutas morais, isto é, do que é certo ou errado, ela também é individualizada, de modo que cada um pauta suas ações em seus próprios valores, ainda que influenciados por valores de outrem ou da própria sociedade. Segundo Hegel (1770-1831), a moral possui duas dimensões, quais sejam, a objetiva, que se traduz nas regras que constroem a moral dentro de um dado grupo ou coletividade, e a subjetiva, que representa o desejo espontâneo do indivíduo em seguir as regras determinadas do corpo social, com vistas a harmonizá-lo. Desta forma, o autor apresenta a ideia de que a moralidade está atrelada à autodeterminação livre da vontade, guiada pelos propósitos, intenções e objetivos da conduta de cada pessoa (apud WEBER, 1999, p. 98-100). Aqui, então, nos importa mais a dimensão subjetiva, de modo que a moral é própria de cada um, que, no exercício de sua liberdade e subjetividade, a define de acordo com sua própria experiência e, portanto, a imoralidade de uma conduta para um não o é para o outro.

Destarte, para o liberalismo penal, ainda que haja grande reprovação moral de um comportamento por parte da sociedade, tal condição não pode ser utilizada, por si só, para a sua incriminação, isto é, sem lesão efetiva e direta ao bem jurídico, nem tampouco, por exemplo, na dosimetria da pena, enquanto circunstância judicial desfavorável, sob pena de retorno ao direito penal do autor ou direito penal do inimigo (ROXIN, 1997, p. 186-188). Isto quer dizer que, ainda que haja reprovação social da conduta, só é legítima sua criminalização quando

¹ Disponível também em: < <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/moral/> > Acesso em 11 jul. 2020.

voltada à prevenção e sanção de efetivas lesões. Nesse sentido, todos os crimes são imorais, mas nem toda conduta considerada majoritariamente imoral deve ser criminalizada, vez que o comportamento entre pessoas adultas e capazes, gozando de sua privacidade, não pode ser objeto do direito penal.

É sabido que, até bem pouco tempo atrás, a influência do moralismo legal no direito penal pátrio era bastante significativa, a exemplo dos crimes “contra a dignidade sexual”, que anteriormente eram classificados como crimes “contra os costumes”. Atualmente, mormente no que tange à legislação extravagante, a exemplo da lei 11.343/06 (Lei de Tóxicos), ainda há traços de moralismo legal dentro do direito penal, sendo a intenção deste trabalho afastá-lo, para, quem sabe, impulsionar a evolução do direito no sentido de reforço da democracia, da alteridade e da liberdade.

Assim, o moralismo legal é incompatível com o Estado Democrático de Direito, sobretudo um estado no qual são expressamente consagrados os valores de respeito às diferenças (alteridade) e de pluralismo. Diametralmente oposto ao Estado Totalitário, o Estado de Direito estabelece garantias individuais, inalienáveis e a todos, dentre os quais está a liberdade para agir conforme sua própria consciência e crença, de modo que uma limitação severa no exercício desta liberdade só se justifica quando atinge interesse de terceiro, sendo descabida em função da mera imoralidade (MARTINELLI, 2010, p. 32). Isto porque a criminalização demanda lesão efetiva e grave, em respeito à vedação do excesso e ao princípio da proporcionalidade.

Feinberg (1990, p. xxvii-xxix), ao tratar do moralismo legal e sua influência no direito penal, questiona-se sobre a criminalização de condutas moralmente injustas, mas que não causem lesões, ou condutas lesivas que não são injustas – a exemplo das heterolesões consentidas. Para tal, retomando também o raciocínio do trabalho, que parte de uma perspectiva liberal do Estado, afasta o moralismo legal deste tipo de Estado, pois tal instituto destina-se a imposição de uma máxima de moralidade enquanto aperfeiçoadora de caráter, desnecessária à boa convivência social, mormente porque tenta dizer aos outros como levarem suas vidas (FEINBERG, 1986, p. 03-04).

Nessa esteira, o autor formula argumentos para impedir a criminalização de atos puramente imorais, em que o primeiro é a falta de denúncia da conduta por parte das pessoas, haja vista que se não há nenhum descontentamento, não há falar-se em reprimenda penal (FEINBERG, 1990, p 35-38). Assim, no que toca ao porte para uso de *cannabis* – objeto do trabalho –, deve-se ponderar o descontentamento de parte da sociedade com os direitos porventura atingidos da pessoa que porta a droga. É claro que pode haver incômodo por parte

da sociedade na medida em que flagra uma pessoa portando a droga com intenção de usá-la. Entretanto, retomando a ideia de que o mero incômodo não justifica a intervenção penal, conclui-se que, pela finalidade da norma de proteção, não há lesão muito menos ofensa ao bem jurídico que esta se presta a garantir. A única lesão de fato no caso em voga advém da própria proibição do porte para uso pessoal, haja vista que a proibição tolhe o agente em seu direito à livre escolha, inclusive para se lesionar. Aqui, novamente, há que se ressaltar que devem ser desconsiderados os efeitos remotos da conduta, posto que são inaptos a justificar a sua criminalização à luz do direito penal mínimo.

Nessa toada, para Feinberg (1990, p. 38 e ss), considerando o moralismo que permeia a sociedade e define os estilos de vida que nela são aceitos (estão dentro das expectativas), fica difícil conciliar a salvaguarda de valores individuais, quando estes se contrapuserem aos valores gerais da sociedade, isto é, no momento que romperem de forma brusca tais valores. Assim, os interesses dos sujeitos, quando diversos da maioria, devem restar permitidos na medida em que não forem conflituosos com os valores fundamentais da sociedade. A partir daí, é possível inferir que o ato de portar drogas para fins de consumo pessoal, criminalizado pelo art. 28 da Nova Lei de Drogas, não entra em conflito com esses valores. Todavia, o fato da proibição de tal conduta pela via penal, conflituosa e entra em embate com um deles, qual seja, o da liberdade, previsto expressamente no preâmbulo da Constituição Federal do Brasil, assim como nos valores fundamentais desta, na medida em que é corolário da dignidade da pessoa humana. Ademais, a proibição deste comportamento afronta direitos e garantias individuais à liberdade, à privacidade e à intimidade do sujeito que a pratica.

2.4 Do Paternalismo Jurídico

Inicialmente, é interessante analisar a etimologia da palavra “paternalismo”. Com efeito, *pater* em latim significa “pai”, e o sufixo “ismo” faz as vezes de sistema, fenômeno. Desta forma, o paternalismo jurídico teria suas raízes firmadas sobre a concepção da norma que visa à proteção de um indivíduo pelo Estado, que, fazendo papel de seu pai, passa por cima de sua vontade nesta proteção.

Assim como acontece na relação entre pai e filho, pressupõe-se que o indivíduo a ser protegido pela norma paternalista se encontra em situação vulnerável, indefeso, requerendo a assistência de alguém mais forte (MARTINELLI, 2010, p. 96). Nesse sentido, entre as pessoas debilitadas que merecem proteção especial paternalista se encontram as próprias crianças – que já são sujeitos de diversas normas paternalistas – e os adultos sem o necessário discernimento.

Há que se salientar que existem normas jurídicas paternalistas das mais variadas espécies, como as de âmbito civil, administrativo, trabalhista e as que serão tratadas neste trabalho, de âmbito penal. Deste modo, é necessário traçar limites à incidência do direito penal, para que se possa justificar a finalidade a que dada norma paternalista se destina. No caso do porte para consumo de *cannabis*, popularmente conhecida como “maconha”, tem-se uma norma paternalista de injustificada criação, pois ilegítimo é o fundamento de intervenção na liberdade das pessoas a ela sujeitas, pelo Estado. Ainda, no prosseguir do capítulo será melhor discorrida e justificada a ilegitimidade da intervenção paternalista penal no que tange ao porte de *cannabis* para consumo pessoal.

Destarte, a atuação paternalista em geral diz respeito a um agente que atua em favor de um indivíduo, para promover-lhe um bem ou evitar-lhe um mal. Consiste, neste ínterim, numa restrição da liberdade de alguém, contra a sua vontade, com vistas a promover-lhe um benefício. Para além disso, para que o Estado atue de forma paternalista, visando à promoção de um bem do sujeito, contra a sua vontade, considera-se que este seja presumidamente incapaz.

Dentro do âmbito paternalista, destaca-se a modalidade normativa da imposição, por meio de coerção, de um comportamento sobre a vontade de alguém, usando de ameaça ou sanção ao indivíduo, para obrigar-lhe a seguir um padrão de conduta o qual quem impõe crê ser o melhor para ele. No momento em que há uma sanção, uma ameaça de consequência real e direta caso dada conduta seja praticada, tem-se o meio mais gravoso da intervenção paternalista, a exemplo, principalmente, das infrações de natureza administrativa e penal.

Quando há a imposição de um comportamento, o sujeito a ela submetido não consegue agir conforme sua própria vontade, e resta clara a noção de que o Estado age acreditando estar beneficiando-lhe. A título de exemplo de intervenções paternalistas tem-se: as normas de contribuições obrigatórias à Previdência Social; as que cominam multas aos motociclistas que andem sem capacete ou; como será mais pormenorizadamente discutida no trabalho, a norma que proíbe o porte de *cannabis* para consumo pessoal, cominando sanção de comparecimento obrigatório a curso ou programa educativo, prestação de serviço comunitário ou admoestação verbal sobre o efeito das drogas (art. 28, caput e inciso I a III, da Lei 11.343/06). Neste sentido, imposto um comportamento ao sujeito, este deixa de praticar determinada conduta ou agir conforme queira, de acordo com a sua liberdade, sendo compelido a agir em acordo com o mandamento normativo paternalista, que, em tese, visa ao seu bem. Assim, pouco importa o real desejo e vontade do sujeito, mas sim o comportamento conforme ao que ordenado pela norma paternalista, vez que esta tem como finalidade a promoção de um bem ou a evitação de um mal. (MARTINELLI, 2010, p. 105).

Com efeito, há o paternalismo jurídico em que uma norma prevê a abstenção de dada conduta, sob pena de sanção, e aquele que prevê a exigência de comportamento, sendo o primeiro um comportamento negativo, e o segundo um comportamento positivo. Nessa esteira, a abstenção de um comportamento visa à evitação de um prejuízo, que, em tese, ocorreria caso a pessoa praticasse a conduta vedada pela norma. Dessa forma, o trabalho se aterá à norma paternalista que prevê a abstenção de um comportamento - considerado danoso -, com vistas a evitar um mal para o agente, contra sua própria vontade. Assim, a argumentação girará em torno de afastar a legitimidade da incidência da norma paternalista que criminaliza o porte de *cannabis* com o fim de consumo pessoal, pois, como será demonstrado mais adiante, não se justifica o paternalismo penal para a hipótese *in casu*.

Sob a ótica do paternalismo jurídico, há a tese que subdivide este em duas modalidades: a de paternalismo rígido e a de paternalismo moderado. Neste ínterim, parte da concepção qualitativa acerca dos sujeitos a que norma se dirige, para demonstrar a justificação ou não da interferência penal em suas condutas. No que tange a qualidade dos sujeitos, é feita uma divisão em “responsáveis” e “irresponsáveis”, em que os primeiros seriam aqueles capazes de discernir sobre seus atos e respectivos resultados, e os segundos aqueles que não possuiriam tal capacidade. Frisa-se aqui que a análise do trabalho se aterá a capacidade de discernimento voltada à autolesão, mormente no que se relaciona ao porte de *cannabis* para uso próprio. Assim, a capacidade defendida por este trabalho é a capacidade legal, em que todos os adultos são presumivelmente capazes de realizar escolhas próprias, incluídas as não tão boas e as ruins.

Com efeito, considera-se o paternalismo moderado a análise acerca da consciência da pessoa sujeito da norma para determinar justa a intervenção paternalista. Assim, deve a conduta da pessoa atingida pela norma ser dotada de um alto grau de voluntariedade e consciência, vez que, se assim não o for, restará justificada a interferência da norma paternalista. Nesse sentido, para o paternalismo moderado são justificáveis as intervenções normativas que visem à proteção de menores e demais incapazes, vale dizer, os menores de dezoito anos, doentes mentais e pessoas com o desenvolvimento mental reduzido ou retardado, a depender do grau de sua deficiência, aferível por meio do grau de voluntariedade exigido pela conduta.

A contrário sensu, para o paternalismo rígido são justificáveis intervenções de normas paternalistas ainda que o sujeito esteja consciente de sua conduta e deseje praticar uma autolesão. Nessa esteira, válido salientar a relevância que adquire uma diferenciação entre os dois tipos de paternalismo resumidamente trazidos supra, vez que ela se faz importante na elaboração de normas penais que tutelam bens jurídicos indisponíveis – a exemplo da vida -, cujas bases advém do paternalismo rígido, posto que desconsidera a capacidade de

discernimento do sujeito para sua incidência. Em contrapartida, com relação aos bens jurídicos disponíveis, como será o caso de análise do trabalho em voga, tem-se que estes seriam balizados pelo paternalismo moderado, em que só resta justificado na ausência de consciência plena e voluntariedade do sujeito.

2.4.1 Paternalismo Puro x Paternalismo Impuro

Para além de outras classificações do paternalismo jurídico, cujo estudo é de alta valia para a compreensão da lógica das normas paternalistas, o presente trabalho se aterá muito pontualmente à distinção entre o paternalismo moderado e o paternalismo rígido, e entre o paternalismo puro e o paternalismo impuro.

O paternalismo puro, também chamado de paternalismo direto, como o nome sugere, justifica intervenções paternalistas num grupo de pessoas para protegê-las de si mesmas. É dizer, quem sofrerá a restrição na liberdade é a própria pessoa do beneficiado. A partir daí, sabe-se que este incidirá sobre aqueles indivíduos que de alguma forma pratiquem autolesão, restringindo-lhes o poder de escolha, a liberdade de viver como bem entende (FEINBERG, 1986, p. 08-09).

Noutro giro, o paternalismo impuro é aquele que protege indiretamente um grupo de pessoas, mediante a restrição da liberdade de outro grupo (FEINBERG, 1986, p. 09). Assim, a figura de quem sofre tal restrição não coincide com àquela que será beneficiada pela norma. Um exemplo de paternalismo indireto é o da lei 12.546/11 – Lei Antifumo –, que proibiu o consumo de cigarros e afins em locais públicos e/ou totalmente fechados. Desta forma, quem sofreu a restrição na liberdade foi o grupo de pessoas fumantes, mas o grupo beneficiado foi o da comunidade e sociedade em geral, que não terá mais de conviver com a fumaça tóxica dos cigarros em ambientes públicos.

Considerando que a norma incriminadora da conduta prevista no art. 28 da lei 11.343/06 traveste-se de uma inspiração do paternalismo puro, até por sua finalidade de proteção às autolesões, o trabalho visará à demonstração da ausência de justificativa para interferência penal no âmbito do porte para consumo pessoal, especialmente no que tange à *cannabis*. Ademais, há quem considere que o artigo 28 da referida normativa seria mais afeto ao paternalismo impuro, à medida que a restrição na liberdade do usuário de drogas de praticar autolesão promoveria a salvaguarda, para parte da doutrina, do bem jurídico da saúde pública, que tem caráter difuso (MARTINELLI, 2010, p. 119). Ressalva-se que o bem jurídico protegido

pelo instituto, qual seja, da saúde pública, é uma falácia, eis que o crime do artigo 28 da Lei 11.343/06 é de perigo abstrato, e seus efeitos sobre a sociedade apenas remotos.

2.4.2 Da Vulnerabilidade

O único fundamento para que o Estado intervenha na liberdade do indivíduo quando sua conduta não é lesiva a outrem seria considerá-lo vulnerável. Nesse ínterim, na medida em que a vulnerabilidade do indivíduo o coloca numa posição mais fraca, também o coloca como mais merecedor da proteção legal. Desta forma, a norma penal paternalista resta legítima caso for destinada à proteção de pessoa vulnerável (MARTINELLI, 2010, p. 206).

A vulnerabilidade, em linhas gerais, revela um desequilíbrio nas relações sociais, clamando por intervenção externa para reestabelecer o equilíbrio, protegendo o cidadão vulnerável. Ainda, tem-se que a vulnerabilidade é uma forma de falta de autonomia, podendo ser atribuída a um grupo de indivíduos e, neste ponto, difere-se da total ausência de autonomia, vez que a última é somente individual e pessoal (MARTINELLI, 2010, p. 206-207).

Em síntese, grupos vulneráveis são protegidos por diversos institutos jurídicos – civis, penais e administrativos – e assim merece ser, na medida em que são grupos hipossuficientes em relação aos demais. Nesse sentido, os tipos de vulnerabilidade expressos pela legislação, assim como todas as espécies de vulnerabilidades verificadas, merecem proteção especial da norma. Todavia, a vulnerabilidade não atrai necessariamente medidas paternalistas, e o Estado tem outros meios de balizar situações que envolvam pessoas ou grupos vulneráveis, a exemplo das ações afirmativas (MARTINELLI, 2010, p. 219).

2.5 A doutrina antipaternalista de Joel Feinberg

Feinberg é um dos principais estudiosos do paternalismo, mormente no que se refere à aplicação deste instituto ao direito penal. Nessa esteira, procurou delimitar a atuação legítima do Estado quando da interferência na liberdade individual das pessoas que, por ventura, venham a praticar autolesões. Ainda, o autor se preocupou muito mais em apontar quais seriam diretrizes válidas no processo de criminalização, do que propriamente políticas atinentes à utilidade das normas penais (FEINBERG, 1984, p. 04-05).

Destarte, retomando conceitos muito relevantes para a argumentação do trabalho - que se presta a elidir a justificativa de intervenção penal no tocante ao porte de *cannabis* destinado

ao consumo pessoal -, tem-se que Feinberg (1984, p. 11) utiliza como um dos fundamentos de sua tese o conceito de princípio da lesão, cuja inteligência assevera que a intervenção estatal nas condutas das pessoas só se justifica na medida em que for suficientemente necessária à prevenção de lesões e/ou riscos de lesões às pessoas estranhas àquelas que terão a sua liberdade tolhida. É dizer, deve-se restar demonstrado o grave risco de lesão ou a alta probabilidade desta e, ainda, que esta incidirá sobre sujeito estranho ao destinatário da norma – que sofre eventual restrição -, para que haja justificada a interferência penal.

Nesse sentido, Feinberg (1984, p. 34-35) em sua tese concebe a lesão como uma conduta ilegal e injustificável, que acaba por ferir o direito de outrem, frustrando-lhe algum interesse. Assim, é ressaltado o aspecto relevante da distinção entre coisas indesejáveis socialmente, e aquelas merecedoras de reprimenda penal (lesivas), considerando que este é o mecanismo de controle mais repressivo do Estado. Nesse diapasão, as condutas lesivas de fato são aquelas que impedem um interesse, o exercício de um direito, atingindo e invadindo a esfera de terceiro nesse sentido (FEINBERG, 1984, p. 48). Definindo o que é lesão e quais condutas podem ser consideradas lesivas, consegue-se traçar limites a uma legítima atuação da via penal do direito, que deve ter aplicação apenas sobre essas condutas de fato lesivas.

Noutro turno, deve-se fazer a distinção, a partir do princípio da lesividade, entre incômodos causados por outrem por meio de mero desapontamento ou dissabor e as ofensas e lesões reais. Isto pois, quanto ao incômodo por mero desapontamento, o indivíduo deve procurar agir por outros meios não coercitivos (MARTINELLI, 2010, p. 125).

Não é justificável que se criminalize a conduta do porte de *cannabis* para consumo pessoal tão somente porque um grupo de indivíduos – ou, inclusive, a maioria da sociedade – se sinta incomodado ou desapontado frente a ela. Se, de contrário modo, um grupo de indivíduos opta por fazer uso de *cannabis*, para além do risco de autolesão, assume também o risco de ser mal interpretado, mal julgado, ou até mal falado no âmbito social. Todavia, não é legítimo que, devido a tal fato, seja considerado uma figura criminosa, merecedora do rigor da norma penal, mormente porque a sua conduta não é dotada da lesividade necessária a atrair o aparato penal. Desta forma, conclui-se que os comportamentos indesejados só são lesivos na medida em que forem suficientes para atingir ou impedir o interesse de outrem, o que não se vislumbra na conduta incriminada pelo art. 28 da Lei 11.343/06, especialmente no que tange à *cannabis*.

Destarte, Feinberg constrói uma categoria de condutas que mereceriam a aplicação do princípio da lesividade e, portanto, da persecução penal, entre as quais estão: violar, invadir, enfraquecer, retroceder, provocar defeitos, impedir a realização e evitar e/ou destruir os interesses. Nesta linha, ancorando-se na jurisprudência norte-americana, concebe os interesses

concernentes à personalidade, à propriedade, à reputação, às relações domésticas, à privacidade - entre outros -, como aqueles que mais seriam merecedores da proteção do Estado pelo direito penal (1984, p. 61). É dizer, as condutas que ensejam reprimenda penal devem estar adstritas àquelas indicadas na categoria retrocitada, bem como atingir interesses da personalidade, da propriedade, da privacidade etc., do sujeito – alheio ao agente – que tem seu interesse tutelado pelo Estado.

Fazendo-se a devida relação com o tema central do trabalho, conclui-se que o ato de “portar” a *cannabis*, ou incidência em outra conduta típica descrita no tipo do art. 28 (consumo pessoal) da Lei de Drogas, por si só, não destrói nem frustra qualquer interesse de terceiro. Ainda, em contrário, na medida em que o usuário sofre essa restrição na liberdade prevista pelo dispositivo legal em comento, é submetido a uma ilegal, injustificável e ilegítima violação e invasão à sua privacidade, tida aqui como um interesse que merece especial proteção do Estado. Ademais, a proibição do porte para consumo pessoal afronta a autonomia individual pela restrição injustificada na liberdade de escolha da pessoa, faculdade da primeira, no que viola a própria personalidade do agente, frustrando-lhe o livre exercício desses direitos a ela concernentes.

Retomando a temática da autolesão, o autor conceitua os sentidos de paternalismo, e os compara com outros tipos de limitação da liberdade de conduta. Nessa perspectiva, divide o paternalismo em duas classes, a do paternalismo presumivelmente reprovável e do paternalismo presumivelmente não reprovável. Assim, o primeiro traduz-se no tratamento de adultos como se crianças fossem, visando ao bem da própria pessoa ou de terceiros, dispensando, para tal, o desejo desta. Já o segundo pretende defender pessoas relativamente vulneráveis de perigos externos, aqui inseridas as heterolesões não consentidas, sendo mais afeto ao paternalismo moderado (FEINBERG, 1986 p. 05). Frente a esta conceituação, o autor concebe paternalismo em sua doutrina como o primeiro sentido, aquele que trata adultos como se fossem crianças – visando ao seu bem -, desconsiderando-se a sua vontade. A partir daí, pretende analisar a validade do paternalismo enquanto diretriz limitadora da liberdade, vale dizer, como instrumento a justificar a intervenção do meio de controle mais repressivo do Estado, o direito penal (FEINBERG, 1986, p. 07).

Outrossim, Martinelli (2010, p. 137) discorre sobre a autonomia pessoal e seus diversos sentidos a fim de justificar ou não a interferência paternalista do Estado na sociedade. Nesse diapasão, considera que uma boa construção do termo da autonomia se presta a elidir intervenções estatais em demasia na vida das pessoas, assim como superar o mero cálculo utilitarista de custos e benefícios quanto à prevenção de possíveis lesões e a restrição da

liberdade. Entre outras tantas definições, as mais pertinentes ao trabalho talvez sejam duas: a de autonomia como capacidade, restrita aos homens e mulheres maduros adultos, na medida que são capazes de se autogovernar, de discernir sobre o que é certo e errado, de acordo com a sua consciência; e a de autonomia como responsabilidade, tendo em vista que a escolha do agente é dotada de voluntariedade e, portanto, deve este se responsabilizar por todas as consequências dela advindas – principalmente as negativas -, especialmente quando resultam em lesão a si mesmo (autolesão). Nesse segundo sentido, a responsabilidade, inclusive, contribui para a evolução da autonomia. Com efeito, a autonomia então, para o anti-paternalista, passa pelo respeito às demais convicções e pela consequente exigência deste no que toca às suas próprias convicções.

Há um último sentido importante ao trabalho a ser mencionado para a denificação anti-paternalista de Feinberg (1986, p. 47-48) quanto à autonomia. Tal sentido está atrelado a ideia de autonomia enquanto um direito individual, concebendo-a como “soberania pessoal”. Nesse ínterim, com fundamento na soberania nacional dos Estados, traça uma analogia entre “nações soberanas” e “pessoas soberanas” para se referir à soberania pessoal, na qual cada pessoa, assim como cada nação, merece respeito de seus pares. Como nenhuma pessoa ou outro Estado pode interferir nas relações e modo de vida da população de um terceiro Estado, o mesmo ocorre em relação a cada pessoa individualmente, na medida em que ninguém deve interferir nas suas escolhas, modos de vida, organização familiar, etc (FEINBERG, 1986, p. 48). É dizer, assim como as nações, cada indivíduo possui autonomia para melhor decidir o que quer – resguardados os interesses de terceiros -, e como agir. Assim, as relações mais particulares e situações restritas à esfera privada de um indivíduo autônomo – adulto segundo a capacidade legal – não merecem sofrer interferências paternalistas, sobretudo da lei penal e ainda que se trate de autolesão. Isto porque o indivíduo autônomo é capaz e, portanto, tem o direito de decidir a própria vida.

Vale destacar que, na medida em que o bem estar à luz do Estado liberal foca-se na ideia de autonomia individual, a vontade do sujeito não pode ser desconsiderada, em qualquer cálculo que seja. Feinberg (1986, p. 62), nesse sentido, tem a concepção de que quando não há coincidência entre o bem estar da pessoa (considerado pelo Estado como tal) e a sua vontade, deverá prevalecer a segunda, vez que as pessoas tem o direito de errar e tomar para si os riscos desse erro. Ainda, há que se lembrar que a vontade do sujeito deve estar despida de vícios, isto é, a autonomia exige da pessoa que decide uma compreensão adequada dos fatos e o devido conhecimento dos resultados que se pode esperar. É dizer, se o sujeito autônomo escolhe uma coisa em detrimento de outra, deve, primeiramente, estar voluntariamente decidindo (livre de

coação, fraude e manipulação), e conseguir interpretar os fatos postos à sua escolha, de modo a prever os possíveis efeitos dela. Em contrário, estando a vontade do indivíduo viciada, resta justificada a intervenção do paternalismo moderado para o autor (FEINBERG, 1986, p. 12).

2.6 Dos tipos de paternalismo aplicados à Lei de Drogas e sua (i)legitimidade

O tipo de paternalismo exercido no âmbito do artigo 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Tóxicos) é uma fusão do paternalismo puro e do paternalismo rígido. Como dito antes, representa a restrição de liberdade de escolha do sujeito, a fim de beneficiá-lo, desconsiderando a sua capacidade de discernimento.

Nesse contexto, o direito penal é justificado somente como exceção nos casos de paternalismo rígido. As exceções comportam situações em que a conduta recair sobre bem indisponível, pois assim restará afigurada ameaça à autonomia do sujeito. Assim, conclui-se que o paternalismo rígido com vistas à imposição de valores e padrões morais, sem que haja lesão relevante a bem necessário ao exercício da autonomia, é injustificado, se traduzindo em mero moralismo legal, afastado e criticado pelo presente trabalho.

É descartado, neste íterim, qualquer tipo de paternalismo direto, vez que ninguém merece sofrer as consequências rigorosas da lei penal para ser resguardado de um “mal”. Nesse diapasão, a norma que incrimina o porte de drogas para consumo pessoal, especialmente o porte de maconha, fica esvaziada de sentido, vez que visa à punição do agente com o rigor penal para protegê-lo de um “mal” a si mesmo. É dizer, para que o indivíduo não faça uso da droga é melhor que sofra as devidas consequências penais, o que é ilógico em muitas dimensões. Dispensa-se, desta feita, todas as formas de paternalismo quando há disponibilidade do bem e competência de decisão do agente, acatando o paternalismo penal para os bens indisponíveis, com vistas à preservação da autonomia do sujeito.

Com efeito, infere-se que o essencial fundamento do paternalismo exercido sobre pessoas dotadas de consciência e discernimento advém da possibilidade de perda da autonomia do agente quando da disposição de bens fundamentais à assegurá-la (MARTINELLI, 2010, p. 246). Assim, avalia-se a autonomia do sujeito de acordo com o seu modo e história de vida, para saber se a fruição de determinado bem ameaçará essa autonomia e, por conseguinte, saber se é justificável a intervenção da norma paternalista para garantir que o sujeito continue autônomo no futuro.

Noutro turno, mister ressaltar que aqui se discutirá a aplicação do paternalismo penal

com relação à figura típica do porte para consumo pessoal, prevista pelo art. 28 da Lei 11.343/06, especialmente relacionado à *cannabis*. Assim, não é ocioso lembrar que o instituto jurídico sofreu um abrandamento, vez que não prevê mais pena privativa de liberdade, porém ainda é considerado crime, pois há uma descrição típica e a consequente cominação de uma pena, subsistindo alguns efeitos perversos da condenação, entre os quais, destaca-se a estigmatização criminal (MARTINELLI, 2010, p. 258).

Nesse ínterim, tem-se que o referido dispositivo jurídico está assim previsto:

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.

Desta forma, percebe-se a notória incriminação da conduta do porte de drogas para fins de consumo pessoal, e a previsão de penas, que serão, em caso de condenação do agente, escolhidas alternativa ou cumulativamente pelo juiz. Nesse sentido, ainda que tal medida não viole a Constituição Federal, se se considerar que as penas cominadas não encontram nela qualquer óbice, o conteúdo sancionatório da pena de admoestação – advertência sobre os efeitos das drogas –, por exemplo, revela um caráter moralista da sanção, seja como pena restritiva de direito (art. 28, inciso I), como notificação à recusa injustificada de prestação de serviços à comunidade ou como advertência pela ausência a programa ou curso educativo (art. 28, §6º), posto que viola o núcleo rígido dos direitos fundamentais da constituição, a saber, a alteridade, a liberdade e a pluralidade. Isto, pois a admoestação visa tão somente à reprovação da escolha de fazer uso de drogas, oriunda da livre manifestação da autonomia do indivíduo que as usa. A moralidade entranhada nas espécies de pena do instituto desvela uma resposta ao consumo de drogas típica dos modelos penais de autor (CARVALHO, 2016, p. 358).

Lado outro, o tipo de paternalismo incidente na referida norma traduz-se num paternalismo puro ou direto, vez que a proibição restringe a liberdade do agente com o fito de evitar-lhe um dano. Ainda que digam que a proibição do uso tenha a finalidade de proteger a incolumidade pública, na medida em que a acumulação de pessoas usuárias de droga poderia causar um alvoroço no sistema de saúde, tal argumento cai por terra, pois a saúde pública não é de fato protegida pelo tipo e a incriminação da conduta acaba por negar outro bem, o da saúde individual, relativamente ao usuário. Ademais, mesmo que o uso de drogas

acarrete prejuízos ao sistema de saúde, ressalta-se, já defasado, tal efeito ainda seria remoto em relação ao uso individual – autolesão -, de forma a tonar ilegítima a intervenção paternalista penal, que deve incidir somente para coibir efeitos diretos da conduta. (MARTINELLI, 2010, p. 43).

Com efeito, no que toca à interpretação normativa da lei de tóxicos, apresenta-se como falácia a enunciação da criminalização com vistas a tutelar o bem jurídico “saúde pública” (CARVALHO, 2016, p. 212). Isto, pois é evidente que uma pessoa quando adquire ou porta drogas com o fim de consumo pessoal prejudica tão somente a sua saúde, eis que não há uma expansão desse perigo à saúde pública (KARAM, p. 125). Para além, a saúde pública é um bem dotado de imaterialidade e não individualizado, motivo pelo qual, para o direito penal liberal, e segundo o princípio da lesividade, não deve ser tutelado pela via penal, dado que somente podem ser considerados bens jurídicos penalmente relevantes os que são empiricamente identificáveis, isto é, de titularidade individualizável (FERRAJOLI, 1998, p. 481). É dizer, incriminações de natureza intangível não possuem objeto e, por conseguinte, razão de existir.

Ainda sobre o ardil da tutela do bem jurídico “saúde pública” pela Lei de Tóxicos, especialmente pela incriminação do art. 28, é no mínimo contraditório observar a posição repressiva das agências de punitividade com relação às drogas à luz desse discurso, visto que há muito tempo a gestão pública da saúde vem sendo negligenciada no Brasil. Isso porque o desapareço das autoridades estatais relativo à prestação de serviços de saúde pública minimamente aceitável retira qualquer legitimidade da utilização de incriminações em sua salvaguarda (CARVALHO, 2016, p. 213-214).

Ao revés do que se acredita no direito penal mínimo e garantista, a mentira criada ao redor de bens jurídicos como o da incolumidade pública, foi utilizada não para a efetiva proteção do bem, mas como fundamento para a ampliação do punitivismo estatal. É ilógico e descompassado que a resposta do Estado para a sua própria omissão no que tange à saúde pública seja a recorrente intervenção penal. Nesse ínterim, o próprio indivíduo que porta a droga para uso pessoal é o único e primevo prejudicado, posto que a ânsia criminalizadora do Estado, ao capturá-lo, obsta o seu direito à saúde individual, sob o discurso de estar balizando o seu direito à saúde pública, vale dizer, não promovido (CARVALHO, 2016, p. 214).

A esse respeito, Saulo de Carvalho (2016, p. 215) brilhantemente elucida o raciocínio de falsa proteção à saúde pública pelo artigo 28 da Lei 11.343/06, senão veja-se:

Vê-se, no contexto das políticas criminais de drogas, a incorporação do discurso de tutela da saúde pública pelas agências repressivas, cujo efeito é alçar o combate à criminalidade de drogas ao local privilegiado da política repressiva, tornando reféns os direitos e as garantias de usuários e dependentes.

Refuta-se também o argumento de que o usuário problemático é apto a afigurar-se como perigoso, na medida em que pode traficar a droga para sustentar seu vício e mesmo entrar, a partir daí, no vício de outras drogas. Cai-se outra vez sobre o mesmo ponto, na medida em que tais efeitos, se ocorrerem, seriam mediatos da conduta tipificada, pois nem todos – em verdade, a minoria – usuários são ou serão traficantes.

Com efeito, o uso de drogas configura autolesão, a atingir apenas a pessoa do usuário, podendo-se inferir daí que o único fundamento para a proibição é a ilegítima intervenção paternalista penal, notoriamente influenciada por aspectos morais.

Nessa perspectiva, a saída é o aceite do uso da droga por parte do agente como usufruto de sua própria autonomia. Assim, descarta-se também o argumento de que uma pessoa sob efeito de entorpecentes representa perigo maior por estar mais desenvolvida para a prática de crimes, vez que a norma incriminadora do artigo 28 é taxativa, bastando que o indivíduo porte a droga para recair no delito. Deste modo, mesmo que o indivíduo não faça uso da droga ou incorra em crimes posteriores, estando ele portando qualquer entorpecente vedado por lei, já incidirá no ilícito do artigo 28 da Lei de Drogas.

Ao fim, mister tratar da figura do usuário problemático que, em se tratando dos usuários de *cannabis*, como se demonstrará mais à frente sob a perspectiva do dano, representa uma porcentagem ínfima destes, que tendem a apresentar o problema da dependência e demais infortúnios dela advindos. O problema é complexo e distinto, porém, da mesma forma, não merece tratamento na seara penal. O modo mais adequado de proteção do usuário dependente seria o uso de políticas de saúde pública, aliado às ações afirmativas, sejam de tratamento, sejam de grupos de apoio com exposição dos problemas e ajuda mútua entre os dependentes.

A dependência química é uma doença como todas as demais, classificada assim pela OMS e pelo Ministério da Saúde². Sendo assim, o usuário problemático é alguém que necessita de tratamento médico, psíquico e fisiológico, aliado à ajuda dos mais próximos, família e amigos, que é muito mais eficaz do que o trato sancionatório criminal. Refuta-se,

² OMS. CID-11. 2018. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse10/2019/en#/F10-F19>> e <<https://saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental>> Acesso em: 12 jul. 2020.

em síntese, todo modo de paternalismo penal dirigido à salvaguarda de indivíduo capaz e autônomo que pratique autolesões, na medida em que a norma paternalista acarretará óbice ao livre exercício de sua autonomia, visto ser ele o melhor juiz de si mesmo.

3. ENSAIO COMPARATIVO ENTRE O ÁLCOOL E A CANNABIS RELATIVO AO DANO

No presente capítulo passa-se a traçar um pequeno estudo comparativo entre o álcool e a cannabis, relativamente ao dano, tanto para o usuário, quanto para a sociedade, no sentido de tentar elucidar um pouco mais a ausência de fundamentos lógicos para a proibição criminal da maconha. Isto pois, uma vez demonstrado que o dano decorrente do uso de álcool – droga lícita - é superior ao oriundo do uso de maconha – droga ilícita -, resta notória a ilegitimidade da lógica proibitiva penal relativamente a esta droga.

Primeiramente, cabe uma pertinente observação sobre o emprego do termo “droga” na sociedade, em análise feita sobre uma obra denominada “Guia de Drogas para Jornalistas”, organizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e pela Plataforma Brasileira de Políticas de Drogas. Nesse ínterim, farmacologicamente o termo “droga” pode ser entendido como “qualquer substância que pode afetar o funcionamento de um organismo” (ARAUJO, 2017, p. 21). Assim, qualquer medicamento encontrado em farmácia, ou até mesmo alimentos como o café e o açúcar, inserem-se no significado do termo citado supra, podendo ser concebidos como drogas. No entanto, no cotidiano a palavra droga é mais usada para se referir às psicoativas e psicotrópicas de uso proibido ou controlado, a exemplo das arroladas pela Portaria nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), na qual a maconha é listada.

Lado outro, com relação ao álcool, os jornalistas e as pessoas em geral costumam se referir por seus nomes genéricos, a exemplo dos termos “bebida” e “bebida alcoólica”, ou específicos, pelos termos “cachaça, cerveja, vodka, etc.”.

Nesse diapasão, a mera escolha por estes termos relacionados ao álcool evidencia uma tradição de que esta seria uma droga “social”, isto é, que a sociedade no geral aceita o uso dessa droga pelas pessoas, sem considerar os malefícios que ela acarreta para o indivíduo e para o corpo social, uma vez que desde sempre este foi permeado pelo uso de álcool, que é naturalizado e, muitas vezes, até incentivado. Ressalta-se, ainda, que a licitude conferida a essa droga muito contribui para a naturalização de seu consumo, como se a lei funcionasse de instrumento demarcatório de padrão moral, fato que, se analisado historicamente, não encontra rigor científico nem fundamento sólido.

Nesse mesmo sentido, o emprego desses termos substitutivos ao termo “droga”, por parte dos jornalistas, corrobora para a ausência de compreensão integral do leitor acerca do fenômeno das substâncias psicoativas e as políticas a elas associadas (ARAUJO, 2017, p.

22). Ademais, atribuir o termo “droga” somente às substâncias psicoativas ilícitas contribui para reforçar o preconceito sobre seus eventuais usuários.

Com efeito, com relação ao regime de controle, as ilícitas são assim chamadas para indicar as drogas que são proibidas, sendo encontradas em lista geral de convenção internacional sobre drogas³, ou até em listas do próprio país, em completude à lei que disciplina a questão relacionada às drogas, como é o caso da *cannabis* no Brasil. A contrário sensu, as lícitas, como é o caso do álcool ou do tabaco, são denominadas assim por não haver previsão legal de proibição do uso dessas substâncias, estando sujeitas à regulamentação quanto ao comércio e o consumo pelo Estado.

3.1 Análise do dano individual e social da *Cannabis* e do Alcool

Devido a vastidão de estudos teóricos e artigos de produção científica estrangeiros, e face à empobrecida literatura nacional relativamente ao tema, escolhe-se, neste tópico da discussão, dois artigos que se basearam em estudos muito técnicos acerca da matéria, um realizado pelo Reino Unido (UK) e outro pela União Europeia (UE), que muito se assemelham na questão dos critérios analisados para quantificação do dano e, por conseguinte, nos resultados obtidos a partir deste. Ressalta-se, nesse ínterim, que o movimento de estudo, no âmbito das américas, relacionado aos efeitos das drogas, em seus mais variados aspectos, para o fim de formular uma política mais eficaz de controle relativo ao uso, ainda é tímido, muito por influência das últimas décadas que revelaram políticas proibicionistas e intervencionistas por vias diplomáticas, econômicas e militarizadas nesses locais. Assim, cabe dizer que tais políticas tiveram início no fim da década de 1960 e começo da década de 1970, com o mandato do presidente Richard Nixon nos EUA, que categorizou o problema das drogas como sendo de segurança nacional e de ameaça à soberania, e acabou travando a famigerada “guerra às drogas” sob uma filosofia de “tolerância zero” (FRAGA, 2007, p. 72).

As políticas de “guerra às drogas” e “tolerância” zero se difundiram nas américas, no que muitos países – Bolívia, Colômbia etc. – a adotaram e seguiram sua diretriz proibicionista militarizada (FRAGA, 2007, p. 67). Frente a isso, em que pese as diferenças socioculturais e econômicas entre os países do continente europeu e do continente americano, a atual flexibilização de alguns Estados dos EUA, bem como de outros países da América do Sul –

³ UNODC. O UNODC e a resposta às drogas. 2020. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/index.html>> Acesso em: 13 jul. 2020.

Uruguai, p. ex. – em relação à política de controle da *cannabis*, sugere que a intervenção pela proibição se encontra obsoleta e revela a necessidade da adoção de outra política, vale dizer, não proibicionista.

Desta feita, resguardadas as diferenças entre os países em seus diversos aspectos, o estudo realizado no âmbito da União Europeia – principalmente – pode ser ao Brasil adaptado para a formulação de uma política mais eficaz e menos custosa do controle de *cannabis*, mormente considerando os danos que essa droga apresenta, a serem demonstrados, bem como a unicidade que o estudo pretende atribuir às políticas de drogas no âmbito da UE, que considera os aspectos culturais distintos entre seus países.

Nessa esteira, o primeiro estudo, realizado no Reino Unido e publicado pela revista inglesa *The Lancet*, é intitulado “Danos causados por drogas no Reino Unido: uma análise de decisão multicritério” (*Drugs harms in the UK: a multicriteria decision analysis*), e foi realizado com a intenção de melhor informar a política de drogas local, com vistas à preservação da saúde da população e de mapear quais as drogas que permeiam o país são as mais nocivas à sociedade. Nesse sentido, os membros do Comitê Científico Independente de Drogas, incluindo dois especialistas convidados, reuniram-se em um *Workshop* interativo de critérios referentes aos danos deles advindos, entre estes, nove relativos aos danos a si próprio e sete relativos ao dano social, isto é, ao dano causado a outrem (NUTT, et al., 2010, p. 1558).

Já o segundo estudo, realizado pela União Europeia e publicado pelo jornal *Journal of Psychopharmacology*, é intitulado “Classificação europeia de danos causados pelas drogas” (*European rating of drugs harm*), e muito se assemelha com o primeiro, vez que nele se inspira e utiliza o mesmo método de pesquisa, qual seja, o de decisão baseada em análise multicriterial, utilizando-se, inclusive, o mesmo grupo de drogas e os mesmos critérios para a quantificação dos danos a elas associados. Nesse diapasão, o estudo foi realizado por um grupo de 40 especialistas em drogas da União Europeia, de mais de 21 Estados-membros, e pontuou 20 medicamentos em 16 critérios de dano. Ainda, o principal objetivo do artigo foi testar a viabilidade de uma classificação uniformizada em toda a UE, dos danos relacionados às drogas psicoativas, a fim de desenvolver um modelo da União voltado ao controle de drogas (AMSTERDAM, Van J., et al., 2015, p. 1).

Ambos estudos chegaram a resultados muito próximos, na medida em que a análise foi muito similar, mormente quanto ao método. Assim, no estudo realizado pelo Reino Unido, ressalta-se que, dentre as drogas que figuram como mais nocivas ao próprio indivíduo, não se inserem nem o álcool, nem a maconha, mas sim outras como a heroína, o crack e a metanfetamina, com pontuações, numa escala de 0 a 100, de 34, 37 e 32, respectivamente. Já

relativamente ao dano prejudicial aos outros, isto é, o dano social, figuram o álcool, a heroína e o crack, com pontuações respectivas de 46, 21 e 17, evidenciando, sobretudo, que o argumento proibitivo baseado no dano social oriundo do uso de maconha é contrário às estatísticas. Ademais, revela que o álcool é a mais prejudicial das drogas para a sociedade, enquanto que a maconha não figura entre as que trazem mais dano, seja ao indivíduo, seja ao corpo social (NUTT, David J. et al., 2010, p. 1558).

No âmbito do estudo realizado pela União Europeia, o resultado obtido pela análise, tangente ao dano geral – social e individual – das drogas, apontou como mais nocivas o álcool, a heroína e o crack, com pontuações de 72, 55 e 50, respectivamente, numa escala de 0 a 100 pontos (AMSTERDAM, Van J., et al., 2015, p. 1). Ademais, ressalta-se que as demais drogas ora analisadas tiveram uma pontuação no quesito dano geral de 38 ou menos, o que evidencia que estas são – aqui incluída a *cannabis* (maconha) – infinitamente menos prejudiciais que o álcool. Assim, os dados corroboram com a refutação trazida pelo parágrafo anterior, relativa ao argumento proibicionista de que o dano da maconha – ou das drogas no geral –, social ou individual, seja fundamento idôneo para sua proibição criminal. A título de exemplo, nesse sentido, tem-se que o álcool, em relação ao critério “adversidades familiares à droga relacionadas” obteve pontuação quatro vezes maior que o dano criminal associado à heroína, um número que assusta, mas não surpreende.

Lado outro, a pontuação geral de dano relativa ao estudo realizado pelo Reino Unido aponta, sem surpresas novamente, que o álcool é a droga mais prejudicial das que foram analisadas. Isto pois obteve pontuação geral de 72, seguida da heroína com 55 e do crack e cocaína, ambos com 54 pontos.

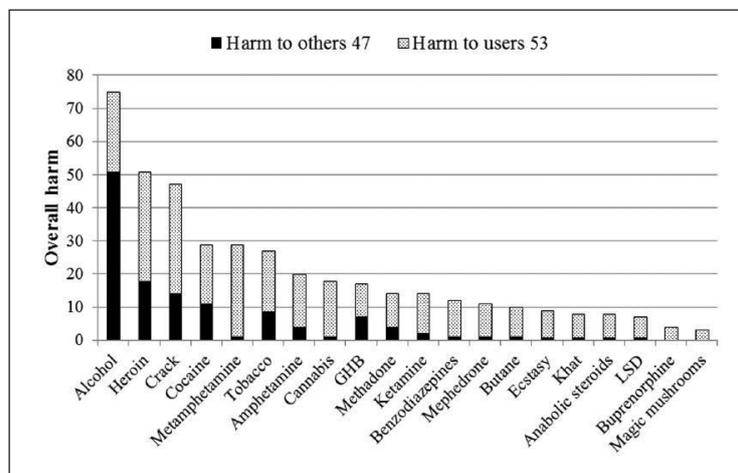
Doutra parte, os estudos apuraram ainda que a mortalidade específica associada às drogas, outro critério utilizado, contribui significativamente com os danos relacionados ao álcool, assim como os custos econômicos gerados ao Estado e oriundos destes danos. Isto pois a mortalidade associada ao álcool se traduz nas mais diversas formas de gastos por parte do Estado, seja com a saúde do usuário, seja com a integridade física dos demais – nos casos de acidente causados pelo álcool –, ou mesmo relativos à proteção de outros bens da criminalidade associada a essa droga.

A título de curiosidade, relativamente aos custos econômicos, tem-se que o tabaco – outra droga lícita no Brasil – figura entre os que apresentaram maior dano nesse critério também, dado que refuta o argumento proibicionista de que o usuário ou viciado em maconha acabaria por sobrecarregar o Estado, na medida em que, hipoteticamente, lhe demandasse custos com a sua saúde ou outros aspectos. Assim, relativamente à problemática do cigarro,

ano após ano são gastos pelo Brasil cerca de R\$56,9 bilhões, sendo R\$39,4 bilhões em custos diretos com a saúde, e R\$17,5 milhões em custos indiretos, a exemplo da incapacitação profissional ou morte prematura oriunda do uso de tabaco⁴.

Nessa perspectiva, os estudos mostraram precipuamente que o dano associado à maioria das drogas que são ilícitas no Brasil – aqui inserida a *cannabis* – são de ordem individual, íntima, ao revés de social, como é o caso do álcool, que é uma droga lícita (aliás, o dano social relacionado ao álcool é sensivelmente superior ao dano individual). Nesse sentido, na medida em que o uso da maconha feito por agente capaz configura, sobretudo e imediatamente, autolesão, e traz baixo dano, se evidencia a ausência de fundamentos jurídicos e fáticos a embasar uma proibição penal relativa à esta droga.

Com relação à *cannabis*, para fins elucidativos, os estudos concluíram resultados muito próximos, em que o dano social teve pontuação abaixo de 10, e os danos para os usuários da droga refletem um escore inferior a 15 pontos, de modo que a pontuação geral de dano associado à droga não passou o patamar de 20. Nesse sentido, ilustrativamente, apresenta-se um gráfico do estudo realizado junto à União Europeia, relativo aos danos específicos citados supra, assim como o dano geral, verificado abaixo:



Legenda:

Harm to others: dano aos outros; *harm to users*: dano aos usuários; *Overall harm*: dano total.

Descrição: medicamentos distribuídos de acordo com a pontuação geral de dano, com barras empilhadas mostrando a soma dos danos aos outros e aos próprios usuários, com um peso de 47 e 53, respectivamente.

Fonte: AMSTERDAM, Van Jan. NUTT, David J. PHILLIPS, Lawrence. DEN BRINK, Van Wim. **European rating of drug harms**. Journal of Psychopharmacology. Figure 2. Ed Original Paper. 2015.

⁴ INCA. Ministério da Saúde. 2020. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/custos-atribuiveis-ao-tabagismo>>. Acesso em: 13 jul. 2020. e; BRASIL, Ministério da Saúde. 2017. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/28578-tabaco-causa-prejuizo-de-r-56-9-bilhoes-com-despesas-medicas-no-brasil>> Acesso em: 13 jul. 2020.

Destaca-se, nesse ínterim, que os critérios utilizados para firmar o dano geral das drogas relacionam-se, a título de exemplo, a condições como a prevalência de uso, danos intrínsecos (individuais e sociais), disponibilidade local, antecedentes socioculturais, envolvimento em crimes e do crime, etc. Assim, estudos multicriteriais como esses servem para orientar a formulação da política de drogas de um dado local, as autoridades de saúde pública e a classe política, com vistas à regulação do uso descontrolado de drogas que, frise-se, deve se dar fora do âmbito penal. Dessa forma, reforça-se a abordagem liberal do trabalho na questão do balizamento das drogas, cujas bases residem nas políticas alternativas e de redução de danos em detrimento de uma ampliação do direito penal que deságua na descabida proibição de todas as drogas.

3.2 Considerações finais sobre o estudo comparativo do dano entre *Cannabis* e Álcool

Destarte, em que pese uma diferença ou outra opinativa relativa a qualquer critério individualmente considerado, restou claro que o álcool, a heroína, o crack e o tabaco são as drogas mais nocivas no âmbito da União Europeia. Ademais, os resultados do estudo realizado pela UE endossam os resultados obtidos em estudos anteriores relativos ao Reino Unido, que também concluiu ser o álcool a droga mais prejudicial entre todas as analisadas (AMSTERDAM, Van J., et al., 2015, p. 5-6).

Nesse sentido também, um relatório global feito pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no ano de 2014 informou que cerca de 3,3 milhões de mortes (5,9% de todas as mortes globais) e 5,1% das doenças e lesões globais são oriundas ao consumo excessivo de álcool em 2012. Na faixa etária compreendida entre 20 e 39 anos, o número correspondente às mortes atribuíveis ao álcool é de 13,5% das mortes globais⁵.

As pontuações e dados estatísticos refletem que o álcool – droga lícita no Brasil – é uma droga extremamente prejudicial, tanto para os usuários quanto para a sociedade, na medida em que ficou em quarto lugar no dano aos usuários e em primeiro quanto ao dano social e geral. Assim, pode-se concluir que a letalidade do álcool é muito maior se comparada a muitas drogas ilícitas, mormente à *cannabis*, motivo pelo qual carece de fundamentos a proibição penal da maconha baseada no critério de dano.

⁵ OMS. ALCOHOL Fact Sheet. 2018. Disponível em: <https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/alcohol>. Acesso em: 19 jun. 2020

Ademais, os resultados obtidos pelo estudo da União Europeia indicam que as medidas da UE e da política nacional de drogas, por óbvio, devem concentrar-se nos medicamentos aos quais foi atribuído maior escore geral de dano, inclusos aqui o álcool e o tabaco – drogas lícitas –, enquanto drogas como a maconha e o ecstasy devem receber menor prioridade, com uma política de controle mais branda.

Ressalta-se, por outro lado, e sem maiores aprofundamentos, que um modelo de política de controle necessita distinguir os danos resultantes diretamente do uso de drogas e aqueles resultantes do sistema de controle dessa droga, pois os últimos muitas vezes superam os primeiros (NUTT, David J, et al., 2010, p. 1564), como ocorre com a fracassada “guerra às drogas” no Brasil, em que morrem inúmeros inocentes pelos confrontos armados nas favelas quando das abordagens policiais nesses locais, dado que a proibição alimenta o poder do tráfico.

Assim, um estudo como o ora exposto pode ser o começo de um processo estruturado de discussão ponderada sobre as drogas e os danos a elas associados. Tal situação pode acontecer no âmbito político, sinalizando ao legislador, por meio dos critérios de dano, quais drogas necessitam de um controle mais rígido, com o fim de atenuar os danos advindos de seu consumo. Mas, repise-se, o controle não deve ser realizado pela seara penal.

Noutro giro, o álcool ainda desencadeia, diretamente, a doença da dependência química (alcooolismo) em uma parcela significativa da população global, até por ser a droga social e mais difundida no mundo todo. Nessa esteira, estima-se que o número de dependentes seja entre 10% e 15% da população mundial e que, só no Estado de São Paulo, ao menos 1 milhão de pessoas estejam submetidas a este mal, ainda que não saibam, por ser esta uma doença silenciosa e associada a muitos outros fatores⁶.

Em contrapartida, a OMS estima que, com relação à *cannabis*, existam cerca de 5% (188,1 milhões de pessoas) de usuários – em relação ao total da população -, no mundo todo, seja de uso recreativo, seja de uso problemático (que representa uma parcela baixa do total de usuários devida ao baixo dano)⁷. Nesse sentido, o número de usuários total de *cannabis* é bem inferior ao número de usuários problemáticos – dependentes – de álcool, o que evidencia o alto potencial lesivo do álcool, e quanto a sociabilidade a esta droga associada influi de uma maneira negativa para o seu controle e atenuação de seus efeitos perversos. Para além disso,

⁶ MIRANDA, Fátima. Maconha x Álcool: qual droga causa maiores danos a sociedade. 2015. Disponível em: <<https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/232819134/maconha-x-alcool-qual-dessas-drogas-causa-maiores-danos-a-sociedade-qual-a-sua-opinioao>> acesso em 18 de junho de 2020.

⁷ OMS. The health and social effects of nonmedical cannabis use. 2016. Disponível em: <https://www.who.int/substance_abuse/publications/msbcannabis.pdf?ua=1> Acesso em: 13 jul. 2020.

ao álcool podem se associar ainda efeitos mais remotos, a respeito do número de homicídios detonados por ele, dos acidentes de trânsito causados pela embriaguez ao volante, e etc. De todo modo, já foi visto e nesse ponto repisa-se, é infundada a criminalização de autolesão direta que, apenas remotamente atinja terceiros, quando praticada por adulto capaz segundo a lei, que deve ter seu direito de escolha ao usar determinada droga respeitado.

Destarte, não é inverdade concluir que o argumento do dano relativo às drogas, para que haja a proibição criminal, carece de fundamentos estatísticos, motivo pelo qual deve ser dispensado para fins de controle dessas substâncias. Ademais, frisa-se que, a partir do critério de dano, não faz sentido que o álcool seja uma droga lícita e a *cannabis* ilícita, no que se comprova pelo dano geral muito maior associado ao primeiro em relação à segunda. Portanto, sob esse prisma, faz-se justificada e legítima, ao menos, a descriminalização do porte de *cannabis* para fins de consumo pessoal, mormente porque tal uso configura autolesão (baixa) e os danos remotos a ele associados mostram-se ínfimos, sendo, inclusive, muito inferiores aos relacionados ao álcool, cuja política de controle não se dá pela seara penal.

4. POLÍTICA DE DROGAS COMPARADA: O CASO DE PORTUGAL E A PERTINENTE ADAPTAÇÃO AO BRASIL

Para a confecção do presente capítulo inspira-se aqui em documento intitulado *Global Drug Policy Program*, formulado em junho de 2011, de autoria de Artur Domosławski e patrocínio da *Open Society Foundations*. O ex-presidente da República (1994-2002) Fernando Henrique Cardoso (2011, p. 3), prefaciando o documento, diz, em linha gerais, que este representa um estudo lúcido e inovador no que tange à política de controle das drogas, que visa à avaliação do impacto da descriminalização das drogas na preservação da saúde e da segurança sociais. Ressalta-se que em Portugal foi operada a descriminalização total das drogas (todas) no ano de 2000.

Cumprir lembrar que o documento foi realizado com base em estudos da *Global Commission on Drug Policy*, de formação composta por quatro ex-presidentes, um ex-Secretário Geral da ONU e um prêmio Nobel, e presidida por Fernando Henrique Cardoso, bem como esses estudos fundamentaram-se em entrevistas a vinte pessoas, sendo quinze delas especialistas dos mais variados em questão de drogas, e cinco consumidores de drogas não identificados.

4.1 A mudança de paradigma no controle das drogas

O grande êxito da política portuguesa no que se refere ao controle das drogas, principalmente tendo em vista o surto de consumo de heroína que assolou o país e a Europa como um todo nas décadas anteriores (1980-1990), foi a mudança paradigmática de “combate à doença, e não aos doentes” (CARDOSO, 2011, p. 3). Isto pois, ante a todas as demais evidências estatísticas até aquele momento (ano 2000) produzidas, o país percebeu que uma política repressiva, com medidas punitivas cada vez mais rígidas nunca se prestou a diminuir o consumo e, por conseguinte, o tráfico de entorpecentes. Ao revés, quanto mais rígida é a política de controle por meio da via penal, mais perversas as consequências, na medida em que o estigma ao usuário, o medo da polícia e o risco da prisão dificultam o seu acesso a eventual tratamento (CARDOSO, 2011, p. 3).

Portugal, então, decidiu por políticas mais brandas, humanitárias e eficazes, de modo que foi pioneiro em acatar inteiramente as recomendações da Comissão Global sobre Políticas de Drogas, entre as quais a principal é a seguinte: “Pessoas que usam drogas, mas não causam dano a outros não são criminosos a encarcerar, mas sim pacientes a tratar” (CARDOSO, 2011,

p.4). Em que pese tal consideração, especialmente com relação à maconha, muitos são os usuários não problemáticos, vale dizer, que não precisam de tratamento e não desenvolvem a doença da dependência química. Sendo assim, os indivíduos que fazem uso de tal droga de forma “recreativa”, o fazem por uma escolha que gravita no âmbito de sua autonomia, de modo que o Estado não deve, frente a isso, os submeter à reprimenda penal. Assim, ressalva-se também que os usuários que, por ventura, desenvolvam problemas de dependência, da mesma forma, não devem receber tratamento penal, mas sim auxílio do Estado por meio de políticas públicas, seja de saúde pública, seja de redução de danos.

A política formulada em Portugal visa à redução do dano social e pessoal das drogas, e se traduz numa experiência pragmática que dispensa o moralismo legal e preconceitos, na medida que almeja a salvaguarda da saúde e da segurança dos seus. Diferentemente das demais políticas existentes à época, em que era flagrante a violação de direitos humanos – à saúde e à reintegração social, p. ex. –, a política em Portugal revelou-se deveras inovadora. Desse modo, o foco a partir dela é o tratamento do usuário problemático, medidas de redução de danos, e a dissuasão e a prevenção do uso de drogas.

4.2 A nova política de Drogas em Portugal

Mesmo diante da forte tradição de valores conservadores e católicos, bem como a democracia relativamente recente, Portugal surpreendeu e no ano de 2000 descriminalizou a posse de drogas voltada ao consumo pessoal, incluindo algumas consideradas mais pesadas, a exemplo da cocaína e heroína. Assim, removeu da esfera penal – e judicial como um todo – a questão relativa à posse de drogas para uso pessoal, e a transferiu para o âmbito da saúde pública, visando ao benefício da sociedade em geral.

Os resultados imediatos da política, grosso modo, foram a redução das infecções por HIV e das mortes associadas ao consumo de drogas. Houve um desafogo do sistema judicial e penitenciário, na medida em que certos delitos relacionados às drogas foram retirados dessa seara, assim como emergiu um tratamento relativo aos dependentes de drogas mais efetivo e que visa à sua reintegração social e à minimização de seu estigma enquanto criminoso. A segurança pública restou reforçada, haja vista que a polícia voltou-se à interceptação do tráfico amplo e internacional de drogas (MALINOWSKA-SEMPRUCH, 2011, p. 8).

4.2.1 O contexto histórico da descriminalização

Os países de Portugal e Espanha, pós Segunda Guerra mundial, tiveram inspiração fascista no controle de seus poderes, de modo que Portugal teve intensa influência de tradições católica e conservadoras. Nesse sentido, vigorou o Estado novo do Presidente Salazar (1933) até meados da década de 1970, em que o sistema era autocrático e fechado a novas ideias e tendências culturais (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 19).

Em 1960 foi deflagrado o uso esporádico de drogas em Portugal – em especial o LSD – , sob influência dos movimentos de contracultura, mas sem chegar a representar um grande problema. Só no final da década de 1970 a questão do consumo de drogas de fato apareceu no país, se tornando visível aos olhos da sociedade, mormente no que tange ao uso de *cannabis* (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 20). Ressalta-se que, à época, a população e as autoridades não detinham conhecimento algum a respeito das drogas, de seus potenciais efeitos lesivos, dos riscos à saúde ou dos problemas sociais que poderiam ser a partir do consumo desencadeados.

O consumo de drogas se tornou uma problemática social real apenas no final da década de 1980 e início de 1990, de modo que o país já apresentava uma alta taxa de prevalência de consumo entre a população, mormente de heroína, que era traficada da Holanda (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 20). Válido ressaltar que a alta taxa de consumo deflagrada não se fundamentava em nenhum estudo, mas sim na percepção e visibilidade sociais a ele relacionadas, na medida em que o uso de drogas se tornou aberto e visível em Lisboa e outras grandes cidades.

Em 1997 uma pesquisa aventada no país demonstrou que a população classificava a problemática do consumo de drogas como o principal problema social do país (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 20). Apesar de Portugal ter sido, em 2001, classificado como um dos países com menores taxas de consumo de droga na Europa, o consumo problemático das décadas anteriores levou a população a crer que essa era uma questão social de muita relevância.

Dada a situação de aumento dos toxicodependentes e usuários de drogas no final da década de 1990, a questão social do controle de drogas veio à tona na política portuguesa no ano de 1998, em que foram realizados intensos debates sobre esta junto ao parlamento, respondendo o governo com uma política inovadora e sem influências moralistas.

4.2.2 A política inovadora de Portugal no controle das drogas

Diferentemente do que acontece em muitas políticas criminais e jurídicas mundo afora, Portugal, ao revés de endurecer o tratamento penal relativo às drogas, com políticas de “tolerância zero” e “rigidez de penas”, optou por medidas de conscientização pública, visando à promoção da saúde e da segurança da sociedade.

Assim, no ano de 1998, foi nomeado um comitê composto por médicos, sociólogos, psicólogos, advogados e ativistas sociais, com o fim de análise da problemática atinente às drogas, seguida de recomendações para que se elaborasse uma estratégia de enfrentamento da questão a nível nacional. O resultado, após um estudo de oito meses, apontou para a descriminalização da posse de todas as drogas com o fim de consumo pessoal, como política mais efetiva voltada à redução do consumo de drogas e do número de dependentes químicos.

Doutra ótica, parte-se do pressuposto de que a ideia de uma sociedade “livre das drogas” é utópica e não se realizou em nenhum tempo e espaço do mundo. Ainda, que a “guerra às drogas” por meio de alta repressão policial e penal fracassou, tanto no que tange à redução da criminalidade, quanto no que se refere à redução do consumo de drogas em geral.

A nova filosofia ainda reconhece os diversos motivos que levam as pessoas a consumir drogas, sejam pessoais, sociais, recreação ou prazer (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 27). Considera, como dito alhures, que a ação de consumo pode ser prejudicial àquele que consome, mas geralmente não o é em relação a terceiros no âmbito social.

Assim, foram criadas, com êxito, as ditas Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência, em substituição à esfera penal como resposta do estado ao consumo de entorpecentes, com o objetivo de informar as pessoas e dissuadi-las do uso dos mesmos. Mais à frente, entrar-se-á no mérito das comissões propriamente consideradas, porém, agora cumpre dizer que estas têm a autoridade de aplicar sanções de via administrativa e, eventualmente, a depender do consentimento do usuário, encaminhar as pessoas dependentes ao tratamento de saúde devido.

Destarte, no ano de 2000 foi posta em prática a estratégia de descriminalização sugerida, no contrafluxo da prática legislativa em Portugal, haja vista que o governo aceitou as recomendações no âmbito do comitê de especialistas (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 27), feito incomum do parlamento português. Ademais, a nova política também inclui as ações afirmativas, como já fora aqui sugerido, a respeito das campanhas de educação e advertência sobre os efeitos das drogas dirigidas aos consumidores e potenciais usuários.

4.2.3 Da descriminalização

Em que pese a resistência da classe política conservadora sobre a estratégia de descriminalização, que apontou como consequências maléficas o aumento no consumo de drogas, e a transformação do país em “paraíso das drogas” (DOMOSŁAWSKI, 2011, p.28), o Instituto da Droga e Toxicodpendência (IDT) acredita que o governo adotou uma política tão decisiva no tocante às drogas, haja vista o fracasso das políticas passadas e os anos vividos sob ditadura, cuja consequência foi uma maior sensibilidade da população em relação aos grupos oprimidos.

Deste modo, a descriminalização em Portugal operou-se da seguinte forma: foi estabelecido um critério objetivo quanto à quantidade de cada droga para que se enquadrasse em consumo pessoal, com base num período de consumo equivalente a dez dias. No que se refere à *cannabis*, a quantidade estipulada foi a de 25 (vinte e cinco) gramas. Cumpre advertir aqui que a tabela de quantidades é meramente indicativa, de modo que se um indivíduo é abordado com uma quantidade de droga dentro da permitida pela lei, mas comercializando-a, incorre no crime de tráfico e, portanto, é tratado na esfera penal.

O caráter da compra, posse e consumo de drogas ilícitas então, depois da descriminalização, não é mais de crime, mas sim de uma contraordenação (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 30). Nessa esteira, Portugal introduziu a descriminalização, em vez da legalização, haja vista que considera que o consumo de drogas é extremamente prejudicial e indesejável, mas não deve mais ser balizado pelo aparato penal, o braço mais repressivo do Estado. É dizer, não se trata de um aval para o uso de drogas, mas substancialmente de uma redução de danos do consumo delas oriundos (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 30).

Com vistas a elucidar o conceito de descriminalização e elidir qualquer confusão que possa surgir com relação a outros institutos, como a despenalização e a legalização, tem-se que ele consiste em retirar a conduta da esfera criminal. O porte e o consumo de drogas nas vias públicas ainda são proibidos – na maioria das vezes –, mas submete a quem for flagrado nessas condições a, no máximo, medidas administrativas e instrutivas, e não mais à repressão penal.

Partindo de um paradigma de respeito e observância à dignidade humana, como dito supra, o foco do enfrentamento agora é a doença – ou o uso difundido em si – e não mais os doentes e/ou usuários. Entende-se, nesse ínterim, que as sociedades, mormente as modernas, são caracterizadas precipuamente pela pluralidade, e visa-se ao respeito às escolhas de vida e às circunstâncias sociais próprias do outro, bem como ao atendimento do direito constitucional à saúde.

4.2.4 Da prevenção, comissão de dissuasão, redução de danos e tratamento

4.2.4.1 Da prevenção

A prevenção na nova política portuguesa é realizada no âmbito do Instituto de Droga e Toxicodependência, em conjunto com outros departamentos governamentais, a exemplo do Ministério da Educação e da própria polícia, assim como de ONG's financiadas pelo Estado (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 32).

Assim, o IDT realizou diagnóstico (2005) em todo o território nacional para identificar grupos sociais mais sujeitos a desenvolver um consumo de drogas considerado problemático, a fim de empenhar ações educativas em escolas, centros de saúde, centros recreativos ou desportivos, e até em festas, levando informação precisa referente aos efeitos maléficos do uso de drogas.

A prevenção visa à dissuasão daqueles que já são usuários de drogas, por meio da informação acerca dos riscos à saúde, realizada de forma contínua e sistematizada. Ademais, não há condenação ou julgamento relativos aos consumidores de drogas – o que se revela uma boa política – e ao mesmo tempo são buscados modos de despertar os jovens para uma vida saudável, por meio do fornecimento de informações precisas e claras sobre os efeitos das drogas.

Válido lembrar que, entre os entrevistados que eram consumidores de drogas, todos disseram já ter tido contato com tais políticas preventivas, de modo que elas tiveram o alcance necessário, haja vista que eles estavam cientes das campanhas que eram realizadas, ainda que fizessem uso das drogas. Mesmo assim, parece-nos que, dada a amplitude da prevenção, houve êxito da política relativamente a muitos jovens desde que ela fora posta em prática. Isto pois, a partir de sua implementação, o consumo de drogas na faixa etária mais problemática (15-19 anos) decresceu acentuadamente (DOMOSŁAWSKI, 2011, p.33).

4.2.4.2 Da comissão de dissuasão

A segunda estratégia operacionalizada para intervenção estatal na tratativa das drogas traduz-se na dissuasão, e é executada no âmbito das Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 34). Existem comissões como esta em cada um dos 18 distritos do país, e ela é composta de três membros indicados pelos Ministros da Saúde (profissionais da saúde) e da Justiça (jurista).

Em linhas gerais, quando da abordagem de indivíduo portando drogas para consumo há o recolhimento da droga pela polícia com a devida notificação para que ele compareça perante a comissão. O não comparecimento perante a comissão sujeita o indivíduo à sanção administrativa – a exemplo de trabalho comunitário ou revogação da carteira de motorista. No âmbito da comissão podem ser discutidas questões como: os motivos que levam ao consumo, o histórico familiar, a dependência, e questões laborais (DOMOSŁAWSKI, 2011, p.34). O objetivo precípua da comissão é propor um debate aberto aos consumidores sobre os riscos associados ao consumo e eventual encaminhamento para tratamento, a depender do consentimento do usuário.

Entre as vantagens dessa auditoria perante à comissão, estão a informalidade, a transparência, e a diminuição do estigma social carregado pelo consumidor de drogas, em contrapartida à audiência perante ao tribunal criminal, que desconsiderava aspectos importantes como a própria saúde do usuário e eventual necessidade de ajuda que este tivesse. Tanto é assim que, entre os entrevistados consumidores de substâncias ilícitas, todos foram unânimes em dizer que sentiram-se mais à vontade de se sentarem perante à comissão do que perante um juízo criminal, como era feito anteriormente.

Cumprе ressaltar, ao fim, alguns aspectos importantes quanto à audiência pela comissão. Em primeiro lugar, sua equipe é formada por técnicos psicólogos, sociólogos ou assistentes sociais e juristas, visando ao melhor atendimento possível do usuário. Em segundo plano, podem os abordados serem acompanhados de terapeuta ou advogado, sendo o representante legal obrigatório para os menores de idade. Outrossim, no caso dos indiciados maiores de idade, ainda é possível escolherem para onde a correspondência com a notificação de comparecimento será enviada, de modo a retirar a obrigatoriedade de ser enviada para a sua residência, com vistas a garantir a máxima discricão possível neste processo. Ao cabo, na primeira audiência perante à comissão geralmente procede-se ao arquivamento do feito sem sanção; na reincidência, pode ser aplicada multa no valor variável de 30€ a 40€, sendo proporcionalmente aumentadas em futuras reincidências; e, ademais, também podem sujeitar o abordado a sanções administrativas como trabalho comunitário, apresentações regulares em local designado pela Comissão, privação da gestão de subsídio ou benefício atribuído por entidades públicas ou a participação em algumas sessões de prevenção em grupo (DOMOSŁAWSKI, 2011, p.34). De todo modo, inexistе registro criminal e as ações são dotadas da mais alta discricão e cuidado, com vistas a inibir os efeitos perversos do estigma social concernente ao uso de drogas ilícitas.

4.2.4.3 Da redução de danos

Novamente, é o IDT quem realiza as políticas de redução de danos do modelo português. Assim, no ano de 2011, o Instituto, em ação conjunta com ONG's, financiava ao menos 69 projetos em todo o país, bem como 30 equipes técnicas e especializadas que trabalham nas ruas e em centros, promovendo a substituição de heroína por metadona aos dependentes e albergues para os consumidores em situação de moradia de rua.

Para além disso, há equipes vão às ruas e fazem rondas diárias em lugares típicos de consumo de drogas. São formadas por duas ou três pessoas (ao menos um profissional de psicologia), e distribuem kits com agulhas e seringas limpas aos consumidores de heroína, visando à coibição de infecções. E mais, o kit ainda conta com outros utensílios de higiene básica, como água destilada, gaze e preservativo (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 37). Tudo isso é realizado almejando prevenir infecção por HIV e outras doenças de transmissão sanguínea, como a hepatite C, entre os consumidores de injetáveis.

Noutro giro, essas equipes de rua também contatam os usuários com o objetivo de discutir sobre possibilidades de tratamento à disposição, fazer mediação com os centros de tratamento, assim como auxiliar no suporte psicológico ou médico, a fim de diagnosticar as causas que levaram tais indivíduos ao uso de drogas.

Ademais, a política de redução de danos portuguesa se apoia na convicção de que o Estado deve agir sobre os toxicod dependentes, mormente sobre aqueles que não se encontram nas condições necessárias a superar a doença da dependência química, promovendo ajuda para que essas pessoas progridam e tenham uma melhor qualidade de vida, ao revés de abandoná-las ou marginalizá-las, como foi feito durante um longo tempo anterior à descriminalização.

4.2.4.4. Do tratamento

O tratamento devido aos toxicod dependentes é realizado junto a vários centros especializados. Os cuidados são abrangentes em diferentes fases e níveis de tratamento (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 40). As equipes dos centros são compostas de psiquiatras, psicólogos, e assistentes sociais, oferecendo consultas, tratamento, psicoterapia e programas relacionados à metadona.

Com relação aos casos considerados mais graves, os usuários podem ficar internados até duas semanas, no que opera-se a desintoxicação e inicia-se o tratamento visando à continuidade. Os dados informam que cerca de metade daqueles que buscam tratamento junto

aos centros especializados o mantém, enquanto a outra metade o abandona após a fase de desintoxicação. Mesmo assim, entre os que abandonam o tratamento muitos retornam ao centro futuramente (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 40). Ainda, aos internos é oportunizada a participação em sessões de fisioterapia – que visa à consciência sobre o próprio corpo – e o aprimoramento em artes ou tecnologias da informação. O número de ingressos nos programas de tratamento em Portugal aumenta de ano em ano, resultado do êxito da política e da facilitação da busca pelo tratamento que ela proporcionou.

4.2.5 Da reintegração social

Ao cabo da política assistencialista voltada aos dependentes químicos e consumidores de drogas surge o suporte à sua reintegração social. Equipes cuja atuação é conjunta com os centros de tratamento são responsáveis por tal reinserção e, juntamente com o indivíduo, elaboram um plano de ação destinado a estipular metas para que ele regresse ao corpo social, de forma mais estruturada. Assim, as equipes auxiliam ou aconselham os usuários no objetivo de galgar um emprego, de modo a tentar transpor as barreiras do preconceito existentes entre a comunidade e o indivíduo que teve problemas com drogas.

Nesse ínterim, há cooperação entre o IDT e empresas que empregam dependentes químicos em recuperação (usuários em efetivo tratamento), fechando um acordo inicial de estágio de nove meses, podendo ser prorrogado, a depender do êxito, para até dois anos. Em que pese a dificuldade dos usuários em tratamento no acesso à habitação, o IDT fornece a estes a oportunidade de candidatar-se para viver em apartamentos de propriedade do instituto por tempo equivalente de seis a doze meses, podendo ser partilhados por mais de uma pessoa, igualmente em tratamento. Assim, fornece a estrutura necessária para que nesse tempo os indivíduos em tratamento possam se reintegrar à sociedade, por meio da procura e conquista de um emprego, com vistas a adquirir uma habitação de qualidade com seu esforço próprio.

4.3 Resultados positivos da nova política de descriminalização

A primeira grande vantagem da descriminalização operada em Portugal é concernente à redução da criminalidade associada ao uso de drogas, inclusive e principalmente à parcela que diz respeito aos crimes pelos quais alguns consumidores obtinham recursos para sustentar seu vício (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 41). Isto pois os usuários problemáticos, segundo o IDT,

não precisam mais roubar para consumir a droga, mas tão somente dirigir-se ao centro que lhe administra a dose terapêutica da droga, numa política redutiva de danos.

Para a população, não é mais visível o consumo de drogas nas áreas comuns à sociedade, vantagem muito bem observada, à medida que as políticas logram êxito em cuidar dos toxicodependentes.

Noutro giro, também diminuiu vertiginosa e gradativamente a porcentagem de infecções oriundas do compartilhamento de agulhas e seringas utilizadas para o consumo de injetáveis, que se afigurava como uma preocupação social latente no que respeita aos usuários de drogas. Para além, o uso de drogas na faixa etária mais perigosa – entre os 15 e 19 anos – que, para os especialistas, determina se a pessoa se tornará um usuário habitual e potencialmente crítico, diminuiu substancialmente, provavelmente em decorrência das campanhas informativas e educacionais feitas nas escolas e em demais âmbitos frequentados precipuamente por jovens dessa idade (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 51).

No mais, há de se considerar tais resultados e a preponderância das notificações à comissão, a exemplo do que ocorre no mundo todo e no Brasil, dos casos relacionados ao consumo de *cannabis*. Estima-se que 73,9% das notificações estejam atreladas ao uso de maconha ou similares, como o haxixe (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 43).

Assim, esse número representa a flagrante difusão local e mundial no consumo de maconha e, ademais, desvela a necessidade, a nosso ver, de se descriminalizar o porte para uso pessoal, ao menos quanto a esta droga. Isto pois, entre outras razões, os entrevistados revelaram preferir sentar-se diante da comissão, no lugar dos tribunais, para tratar das questões associadas ao seu consumo (DOMOSŁAWSKI, 2011, p. 43).

5. O PARADIGMA PROIBICIONISTA E A NECESSIDADE DE DESCRIMINALIZAÇÃO

5.1 A gênese da repressão

O paradigma liberal das substâncias psicoativas perdurou até o início do século XX, no que foi influenciado não só pela classe médica, química e farmacêutica, mas também por filósofos e artistas (ESCOHOTADO, p. 417). Desde o final do século anterior, travava-se uma batalha da razão contra os costumes, com o ideal de que a lei serve ao propósito de nos proteger dos outros, não de nós mesmos. E já no século anterior eram utilizadas drogas com a finalidade de alteração da consciência, em sua forma pura, a saber, a codeína (1932), a atropina (1833), a cafeína (1841), a cocaína (1860), a heroína (1883) e a mescalina (1896) (ESCOHOTADO, p. 421).

Apesar da criminalização das drogas no Brasil ter sua origem no século XVI, com a incriminação das condutas de uso, porte e comércio nas Ordenações Filipinas⁸, o Código Penal do Império (1830) nada previu sobre a criminalização do consumo e comércio de drogas, de modo a sugerir que o paradigma proibicionista se fundiu a partir do século XX e da codificação da República, como assevera Karam (2009, p. 3) e Salo de Carvalho (2016, p. 47).

Tanto é assim que Escotado nos ensina que em 1900 as drogas até então conhecidas, tanto nas Américas quanto na Ásia e na Europa, poderiam ser adquiridas em qualquer farmácia ou drogaria, mormente com a descoberta a heroína, que substituiu o tratamento médico por meio da morfina, o que levou a um abandono do vício causado por essa droga (1998, p. 433). Nesse sentido também eram as propagandas ao redor das drogas, que sustentavam mentiras acerca de suas propriedades viciantes, além do apreço da classe média no que toca às substâncias que alteravam o humor (ESCOHOTADO, 1998, p. 434).

Foi editado no Brasil então o Código de 1890 em que se regulamentou os crimes contra a saúde pública – especificamente, a tranquilidade pública – incluídas as condutas de curandeirismo, espiritismo, envenenamento, entre outras (CARVALHO, 2016, p. 47).

Assim, com a crescente utilização de ópio e haxixe no início dos anos 1900, especialmente nas camadas mais abastadas, vislumbrou-se a necessidade de edição de novos regulamentos acerca do uso e comércio de substâncias psicotrópicas. Mais tarde, a Consolidação das Leis Penais de 1932 regulou a matéria no sentido de complexificar os crimes

⁸ Livro V, Título LXXXIX.

contra a saúde pública, alterando o art. 159, em que foram acrescentados 12 parágrafos, adicionada a pena de prisão celular à pena de multa (PIERANGELI, p. 352-353).

Acerca da época em que foi travada a cruzada proibicionista das drogas em solo pátrio, mister a lição de Salo de Carvalho, no sentido de afirmar:

(..) que, embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir da década de 1940 é que se pode verificar o surgimento de política proibicionista sistematizada. Diferentemente da criminalização esparsa, a qual apenas indica preocupação episódica com determinada situação, nota-se que as políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito. (p. 47-48).

Sobre esta primeira criminalização das drogas, válido advertir que sofreu influências de uma reação “antiliberal”, cujo mais ferrenho propulsor foi representado pela igreja puritana e seus dogmas, que tinham por fim desqualificar infiéis, associando-os com grupos usuários de drogas, no que a maconha foi ligada aos mexicanos invasores (BRANDÃO, 2015, p. 6). Não obstante a esta associação, os grupos mais vulneráveis economicamente eram classificados como “moralmente inferiores”.

Nessa esteira também, os médicos e farmacêuticos, visando ao monopólio da aplicação e prescrição das drogas, apresentaram discursos de controle mais repressivos a elas, a fim de eliminar o curandeirismo e suprimir a medicina alternativa (BRANDÃO, 2015, p. 6). Tal fato influenciou as primeiras leis proibicionistas, notadamente nos EUA, que, na Conferência de Xangai, clamou pela restrição do uso recreativo do ópio, vale dizer, ao revés do uso médico.

A sistematização do viés proibicionista das drogas veio após a anexação da Convenção de Haia sobre ópio ao Tratado de Versalhes, que propôs ser dever do Estado o controle das drogas para que estas tivessem uma destinação de uso legítima. A Convenção ainda previu que os Estados avaliassem a necessidade de criminalização da posse de drogas como ópio, morfina, cocaína e seus derivados (BRANDÃO, 2015, p. 6-7; KARAM, 2009, p. 3; ESCOHOTADO, 1998, p. 700-701).

Talvez o maior e pioneiro marco da ideologia da proibição seja a Lei Seca estadunidense, promulgada pelo Senador Volstead, cuja entrada em vigor se deu em 1920, e provocou uma grande onda de traficantes de álcool nas américas, a exemplo do famigerado italiano “Al Capone”. A proibição versava, grosso modo, sobre multa e encarceramento devidos

aos vendedores e fabricantes de bebidas alcoólicas, no que não se incluía o vinho dos cultos religiosos e a finalidade médica do álcool (BRANDÃO, 2015, p. 7).

Todavia, a Lei Seca norte-americana logrou grandes fracassos, a respeito do encarceramento em massa de pequenos traficantes, do alto número de mortos por envenenamento e da corrupção interna, fazendo com que fosse revogada em 1933, o que ocasionou a migração dos traficantes do álcool para a heroína. Esta última foi incluída no elenco de psicotrópicos controlados, assim como a maconha, devido à criação, pelos EUA, de uma comissão de vigilância das drogas no cenário internacional (BRANDÃO, 2015, p. 8).

No cenário internacional, a Convenção de Genebra de 1936 foi o grande marco da consolidação do paradigma proibicionista penal das drogas, como nos leciona Escotado (1998, p. 705), a saber:

A Chamada «Convenção para a supressão do tráfico ilícito de drogas », resultado da conferência realizada em Genebra durante o verão de 1936 é um triunfo pessoal de H. J. Anslinger e o começo de uma perfeita identidade entre os critérios vigentes e os defendidos pela autoridade internacional. Apesar do nome, ela é uma norma que obriga os Estados a buscar não apenas ao tráfico, mas qualquer envolvimento em "drogas nocivas" e que recomenda a todos que criem "serviços policiais especializados".

Assim, percebe-se que o Brasil seguiu a tendência proibitiva internacional sobre as drogas, por meio da já mencionada Consolidação das Leis Penais de 1932. Nesse sentido, a política criminal de drogas encontra grandes diretrizes repressivas, especialmente decorrentes do Decretos 780/36 e 2.953/38 e do Decreto-Lei 891/38, que internalizou o modelo internacional de controle relativo às drogas, de modo a buscar compatibilizar o modelo com a Convenção de Genebra citada supra, cujas punições se direcionavam tanto ao tráfico quanto ao consumo (CARVALHO, 2016, p. 50).

Desta feita, Brandão (2015, p. 8-9) resume a consolidação da nova política proibicionista, como se verifica:

Assim, não obstante as anteriores disposições legais sobre drogas no país, é só partir de meados da década de trinta que surge, no Brasil, uma verdadeira política proibicionista, criminal e sistematizada, sobre drogas. Forma-se então um sistema punitivo, aliado ao discurso oficial, com objetivos específicos e que se vale de diversos aparatos repressivos especialmente moldados para seus fins.

Em solo pátrio, com a edição do Código Penal de 1940 ocorre uma tentativa de manutenção da lógica criminalizadora, aliada ao advento do Decreto-Lei 4.720/42 – sobre o

cultivo -, bem como à publicação da Lei 4.451/64 – sobre o ato de plantar -, que inicia um processo de descodificação, ao revés do antigo caráter sistematizado de controle e erradicação das drogas. Futuramente, a descodificação apresentará consequências muito negativas no que respeita ao controle em matéria criminal (CARVALHO, 2016, p. 51). Nesse sentido, segundo Salo de Carvalho (2016, p. 51), o discurso da proibição se recrudescer na década de 1950, com ênfase na repressão de substâncias entorpecentes, cujo uso até o momento era associado a grupos considerados de personalidade desviante, sob análise sociológica, fator que corroborou para que se formasse um estigma social e moral negativo do consumidor de drogas ilícitas (OLMO, 2004, p. 123).

Já na América do Norte, Escohotado (1998, p. 744-745) adverte que na década de 1950 surgiu um movimento de reação liberal frente ao proibicionismo – que antes era altamente difundido -, encabeçado por um comitê da *American Medical Association* e da *American Bar Association*, com o fim de formular um relatório informatizado e acabar com as falácias do discurso repressivo em torno das drogas. O documento elaborado considerou a atual política contraproducente, entre outras razões, porque:

a cruzada contra as drogas constituiu uma empresa pseudomédica e extrajudicial, que em vez de resolver problemas de marginalização, os produziu. O sociólogo R. K. Merton (...) desenvolveu o conceito de "profecia autorrealizável". O relatório foi servido amplamente deste conceito, apresentando os resultados da cruzada farmacológica como consequência de um mecanismo circular, onde uma certa imagem da realidade lhe é imposta e depois apresentada como um efeito independente da imposição. (...) a cruzada farmacológica criou e sustentou o problema que pretendia resolver, ignorando a correlação íntima entre "abuso de drogas" e o fato de declará-las abusadas e ilegais. Segundo o Relatório, nenhuma proibição poderia suprimir o uso de tais e tais drogas, como mostra claramente a experiência chinesa e americana.

Destarte, pode-se considerar que a lei proibitiva foi a mola propulsora do abuso no consumo de drogas, da marginalização e estigmatização do usuário, bem como da miséria e da criminalidade (BRANDÃO, 2015, p. 9).

Frente a este contexto, o Brasil se consolidou definitivamente em âmbito internacional como integrante dessa política combativa e repressiva às drogas após o Regime Militar, no qual foi aprovada e promulgada a Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/64, no mandato de Castelo Branco (CARVALHO, 2016, p. 51-52). Nessa mesma década (1960), no Brasil e no mundo, os movimentos de contracultura e a favor da liberdade acabam por difundir a maconha e o LSD, opondo-se, grosso modo, às políticas militarizadas instauradas para gerar o medo. Assim, o consumo dessas drogas ganhou visibilidade pública, ocasionando

um pavor moral e social, que impulsionou a atividade legislativa penal (CARVALHO, 2016, p. 53).

Como reflexo desses movimentos eclode a transnacionalização do controle de drogas, por meio da convocação da Convenção Única sobre Estupefacientes, em Nova Iorque no ano de 1961. O projeto é de suprimir as fronteiras dos países para que se combata a criminalidade associada às drogas, sob a ideologia de defesa social (OLMO, 1984, p. 90). O precípua objetivo era a estabelecer a obrigação criminalizadora do uso, travando uma batalha global contra as drogas. Sobre os perigos de se uniformizar mundialmente o entendimento e controle sobre as drogas, Rosa Del Olmo (1984, p. 90) adverte que “Ao querer padronizar o controle social transnacionalmente por meio desses códigos, o crime recebe um caráter abstrato e a-histórico, esquecendo sua especificidade em cada formação social”.

Daí que surge o que Salo de Carvalho e outros teóricos chamaram de modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos indivíduos que se relacionam com drogas, com a criação da dicotomia entre usuário-doente e traficante-delinquente, em que os primeiros fariam jus ao discurso médico-psiquiátrico, fundado no estigma da dependência, e sobre os segundos recairia o discurso jurídico-penal, aliado a todos os seus efeitos rigorosos e perversos (CARVALHO, 2016, p. 54). Sobre esse modelo, Rosa Del Olmo (1990, p. 34) assim se expressa:

Deste modo, pode-se afirmar que na década de sessenta se observa um duplo discurso sobre a droga, que pode ser chamado de discurso médico-jurídico, por tratar-se de um híbrido dos modelos predominantes (o modelo médico-sanitário e o modelo ético-jurídico), o qual serviria para estabelecer a ideologia da diferenciação, tão necessária para poder distinguir entre consumidor e traficante. Quer dizer, entre doente e delinquente.

Ainda na década de 1960, ocorreu a “demonização das drogas” – especialmente da maconha –, depois de seu consumo explodir nos EUA com a droga que vinha do México e era consumida em amplos setores da juventude. Com o crescente número de jovens de classe média utilizando a droga, Richard Nixon classificou a problemática como a “crescente enfermidade de nossa terra”. Mudou-se o discurso no final dos anos 1960, e a maconha então passou da “erva assassina” para a “droga do excluído”, não sendo mais associada à violência e agressividade, mas sim à falta de motivação (OLMO, 1990, p. 36).

A ideologia da “Lei de Ordem” e dos “Movimentos de Defesa Social” já era realidade global, principalmente por influência dos discursos estadunidenses do Governo Nixon (1969-1974), que venderam à opinião pública a ideia de que as drogas eram o novo inimigo interno da nação. A dependência química é agora considerada um perigo social real, uma ameaça aos

Estados, à sua segurança nacional e soberania (CARVALHO, 2016, p. 60; FRAGA, 2007, p. 87).

No Brasil, houve a adaptação definitiva do ordenamento jurídico interno com as diretrizes internacionais de combate às drogas por meio do Decreto-Lei 159/67, que acabou igualando aos entorpecentes todas as substâncias aptas a causar alguma dependência, no que todos estes foram criminalizados. Nesse ínterim, ocorre uma mudança mais drástica por meio do Decreto-Lei 385/68, que contrariou a orientação internacional de diferenciação ao equiparar as penas das figuras do usuário e do traficante, modificando o art. 281 do Código Penal (CARVALHO, 2016, p. 56).

Em 1971 foi promulgada a Lei 5.726/71, em observância ao plano internacional, que denotou de vez a descodificação da disciplina relativa às drogas. A mencionada lei reorienta as situações criminalizadas e altera o rito processual. Entretanto, a lei não retirou a figura do consumidor do tipo, mas tão somente a do dependente, de modo que o usuário continuava a ser enquadrado como se traficante fosse e sofrer os efeitos perversos da lei, que agora previa pena maior, de reclusão de um a seis anos (CARVALHO, 2016, p. 57; FAYET DE SOUZA, 1997, p. 58-59).

Após o modelo médico-sanitário-jurídico, a Lei 6.368/76 inaugura um novo período no Brasil, chamado agora de modelo político-criminal (CARVALHO, 2016, p. 59), acompanhando os tratados e convenções internacionais – especialmente a Convenção Única de Estupefacientes e o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas, em Viena (1971) – e incorporando os ideais Nixonianos de que as drogas representam inimigo a ser combatido. A partir da institucionalização deste discurso, há “a instauração de modelo genocida de segurança pública” (CARVALHO, 2016, p. 61), provocando guerras internas, na medida em que a repressão militarizada era imposta do centro à periferia, ignorando a alteridade e alheio à historicidade de cada lugar, às suas questões sociais, políticas e econômicas e à relação entre a droga e os grupos que a usavam (OLMO, 1984, p. 41).

No que respeita à transição dos discursos e legislações de drogas no Brasil, Salo de Carvalho (2016, p. 57) elucida bem a lógica punitivista e seu desenvolvimento, senão veja-se:

A legislação [Lei 5.726/71] preserva o discurso médico-jurídico da década de 1960 com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-lei 385/68, iniciando o processo

de alteração do modelo repressivo que se consolidará na lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a lei 11.343/06.

Deste modo, o Movimento de Defesa Social (MDS) e a Doutrina de Segurança nacional (DSN) eram as ideologias basilares do modelo proibicionista pátrio (BRANDÃO, 2015, p. 13). No Brasil e na América Latina opera-se também a seletividade penal relacionada às drogas, visto que “tudo dependia na América Latina de quem a consumia. Se eram os habitantes de favelas, seguramente haviam cometido um delito, porque a maconha os tornava agressivos. Se eram os "meninos de bem", a droga os tornava apáticos” (OLMO, 1990, p. 46).

Os principais efeitos dessa política proibicionista e repressiva consolidada pela Lei 6.368/76 são: a fusão dos modelos ideológicos médico-sanitarista e político-criminal, não excludentes e que a sustentam; a aplicação do ideal de Defesa Social judicial e legislativamente; a lógica militarizada, incluindo punições de comportamentos desviantes por instituições civis; o alarmismo e moralismo instituído na sociedade – inspirado nas ideias de Lei e Ordem -, haja vista que foi transferido às pessoas o “dever moral” de colaborar com a repressão às drogas (capítulo um da Lei); hiatos de criminalização, com penas altas para os pequenos traficantes e para o usuário e; a preocupação com ações preventivas que recrudescem a repressão. Tudo isso, nas palavras de Salo de Carvalho, representam medidas típicas de um direito penal de exceção ou do inimigo, em se tratando do traficante (CARVALHO, 2016, p. 65-66).

Nesse ínterim, com o crescimento do tráfico e a sua alta lucratividade devida ao aumento no consumo de drogas, é realizada uma Nova Convenção de Viena (1988) – contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas -, recrudescendo ainda mais a diretriz repressiva e proibicionista, no que se opera a adequação da política mundial à norte-americana, com o tratamento despendido ao tráfico similar ao dado para o terrorismo, por meio do endurecimento global das penas (ESCOHOTADO, 1998, p. 1101).

Com efeito, no mesmo ano foi promulgada a Constituição Federal da República do Brasil atualmente vigente, que, paradoxalmente às suas diretrizes democráticas e antiautoritárias – de limitação da interferência estatal –, acentuou ainda mais o belicismo no combate às drogas. Foram sistematizadas normas de criminalização das drogas, cujo apogeu repressivo se dará com a edição da Lei de Crimes Hediondos (nº 8.072/90), que equipara o tráfico a este rol (BRANDÃO, 2015, p. 16). A referida Convenção de Viena é incorporada no ordenamento jurídico pátrio no ano de 1991, assentando-se no tripé entre os Movimentos de Lei e Ordem (MLO's), a Ideologia de Segurança Nacional e a Ideologia de Defesa Social e sob nítido influxo dos clamores internacionais.

O texto introdutório da Convenção incorporada dizia respeito ao dever coletivo e social da população no combate ao tráfico ilícito de entorpecentes, bem como traçava uma estratégia de cooperação internacional voltada a esta finalidade. Mais tarde, em 1996, foi criado o Programa de Ação Nacional Antidrogas (PANAD) no Brasil, cujo precípua e propagado objetivo era de repressão ao tráfico e auxílio aos dependentes, inclusive com algumas propostas de reforma da então lei de tóxicos vigente, a Lei 6.368/76, eis que já se encontrava obsoleta.

Em que pese o fracasso da referida normativa de criminalização das drogas quanto aos seus objetivos, evidenciado pela não diminuição do consumo e eliminação do comércio, bem como pela promoção da violência oriunda da criminalidade subsidiária e estigmatização de grupos vulneráveis (pobres), a estratégia era reorientar a política, em que uns defendiam o aumento da punitividade e outros a retirada da problemática da seara criminal (BRANDÃO, 2015, p. 17; CARVALHO, 2016, p. 91-92). Nessa esteira, é promulgada a – atualmente revogada – Lei 10.409/02, cuja redação previa, em linhas bem gerais, um abrandamento no tratamento dado ao usuário de drogas ilícitas, que agora auferia os benefícios processuais da Lei 9.095/99, dos Juizados Especiais.

Aliada a Lei 10.409/02 estão as Leis 9.034/05 – crime organizado – e 10.792/03 – regime disciplinar diferenciado –, que comporão as práticas repressivas às organizações criminosas responsáveis pelo tráfico ilícito de entorpecentes, e farão as vezes de pilares do surgimento da Lei 11.343/06, nova (à época) Lei de Tóxicos (CARVALHO, 2016, p. 92-93). Assim, Carvalho (2016, p. 93-94) traça um esboço do percurso normativo e político brasileiro até a atual Lei de Drogas, a saber:

Cabe, portanto, para esboçar o complexo quadro das reformas legais e das práticas repressivas que desembocam na nova lei de Drogas (lei 11.343/06), realizar o percurso que define seu rito processual inquisitório (lei 10.409/02 e lei 9.034/05, lei do Crime organizado), que densifica os suplícios na estrutura da execução da pena (lei 10.792/03, Regime Disciplinar Diferenciado) e que regula práticas de intervenção invasivas no controle de aeronaves suspeitas de tráfico de entorpecentes (Decreto 5.144/04, lei do Abate de Aeronaves). Isto porque a emergência da lei 11.343/06 ocorre sob o signo da repressão às organizações criminosas responsáveis pelo comércio ilegal de entorpecentes.

Ao cabo, mister ressaltar a acertada explanação de Guilherme Brandão (2015, p. 18) acerca das inúmeras políticas e legislações sobre o tema e da necessidade de reforma legislativa nesse sentido, como se verifica:

Após trinta anos de vigência, a legislação de 1976 aliada ao processo de descodificação, com várias reformas e inovações legislativas parciais,

tornaram o sistema brasileiro de repressão às drogas ilícitas exageradamente complexo, um verdadeiro *frankenstein* jurídico, ambíguo e contraditório. Mas tantas disposições foram capazes de fornecer elementos substanciais ao projeto de reforma da legislação sobre o tema.

5.2 Da Lei 11.343/06 e a manutenção da lógica proibicionista

Firmadas as bases ideológicas, políticas e normativas que referenciaram a atual Lei de Tóxicos, assim como delineado o paradigma proibicionista da temática que permeou o século passado, especialmente influenciado pelos discursos internacionais e estadunidenses (nixonianos) de repressão às drogas (a partir da década de 1960), cumpre agora salientar alguns aspectos modificados pela normativa da Lei 11.343/06 – criminalização primária –, mormente no que tange ao instituto do art. 28, além de seus efeitos práticos – criminalização secundária, vale dizer, fracassada.

À priori, é certo que a Lei 10.409/02 forneceu as bases de recrudescimento da repressão ao tráfico, posto que inclui mais verbos ao seu núcleo do tipo, bem como estabeleceu os primórdios modelos de intervenção terapêutica e psiquiátrica, projetando a estrutura material e processual da Lei 11.343/06. Assim consolida-se, ao menos aparentemente, a ideologia da diferenciação (CARVALHO, 2016, p. 104).

Todavia, a descarcerização supostamente operada pela Lei 10.409/02 e confirmada pela Lei 11.343/06, na qual não há mais previsão de pena privativa de liberdade para o usuário que incorre no crime do art. 28 desta, não representou mudança na lógica proibicionista atinente à lei anterior – nº 6.378/76 –, mas a reforçou, na medida em que o tratamento dado ao tráfico tornou-se cada vez mais duro. Não houve acatamento de medidas descarcerizadoras de fato, a exemplo das políticas de redução de danos, mas tão somente se baseou no discurso da dicotomia entre usuário e traficante, densificando o estigma sobre o primeiro e a repressão ao segundo.

Tanto é assim que o número de presos por tráfico de drogas disparou na última década, especialmente depois da Lei 11.343/06, chegando até a marca de 28% do total da população carcerária brasileira em 2018⁹. A alta repressão ao tráfico, aliada à ideia de abstinência da população e da ausência de critérios objetivos de diferenciação entre o traficante e o usuário produziu tal desastre, cujo fim parece distante de um ideal proibicionista.

Como dito, não há critérios para se diferenciar a figura do traficante e do usuário, e tal distinção fica a cargo do juiz, socorrendo-se a critérios subjetivos como a natureza e quantidade

⁹ MARTINS, Helena. Lei de drogas tem impulsionado encarceramento no Brasil. 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>> Acesso em 15 jul. 2020.

da droga, o local e condições em que o sujeito foi abordado, as suas circunstâncias sociais e pessoais, assim como a sua conduta e seus antecedentes, nos termos do art. 28, §2º da referida lei. Nessa esteira, a ausência de um parâmetro objetivo para determinar se a droga se destinava ao consumo pessoal ou ao comércio produziu encarceramento em massa, mormente (e quase que exclusivamente), dos grupos sociais mais vulneráveis – negros, favelados e pobres.

Sobre o projeto moralizador, alarmista e proibicionista ainda inerente à política brasileira de drogas, veja-se citação de Salo de Carvalho (2016, p. 104-105), *in verbis*:

O pêndulo estabelecido entre as graves sanções previstas aos sujeitos envolvidos individual ou organizadamente com o tráfico de drogas e a sutil implementação de medidas alternativas de terapêutica penal para usuários e dependentes manifestam a lógica histórica da dupla face do proibicionismo: obsessão repressivista às hipóteses de comércio ilegal e idealização da pureza e da normalidade representada socialmente por condutas abstinências (ideal da abstinência). Assim, o aumento desproporcional da punibilidade ao tráfico de drogas se encontra aliado, bem como potencializa, o projeto moralizador de abstinência imposto aos usuários de drogas.

No que toca ao porte para consumo pessoal – artigo 28 –, a Lei 11.343/06 continuou e reforçou o projeto moralizador e normalizador, na contramão das técnicas de descriminalização oriundas de políticas redutoras de danos flagradas em diversos países europeus nos últimos, ao manter um sistema punitivo, variando entre penas restritivas de direitos e medidas de segurança atípicas (educacionais). Assim, os usuários ficaram fadados ao discurso sanitarista, que, mesmo sem serem privados de sua liberdade, agora são compulsoriamente destinados a medidas terapêuticas, no que corrompe a ideologia de redução de danos e submete-os aos mecanismos de controle penal (CARVALHO, 2016, p. 106).

Assim, defende-se urgente uma política inovadora relacionada às drogas, mais que formalmente descarcerizadora, e sim de fato eficaz, fora da seara penal, eis que o ideal repressivo, punitivista e proibicionista fracassou, assim como em vista do sucesso que lograram políticas estrangeiras baseadas no sistema de redução de danos.

5.3 Dos crimes sem vítimas: análise do art. 28 da Lei 11.343/06

Quando se fala no crime do artigo 28 da Lei 11.343/06, que prevê a conduta de porte de drogas para consumo pessoal, mister trazer o assunto dos crimes sem vítimas, cujo estudo foi de extrema importância para a criminologia do interacionismo (BROWN et al., 2011, p. 19).

Como já brevemente exposto, o crime do porte para uso pessoal de drogas protege o bem jurídico “saúde pública”. É dizer, a intenção da norma incriminadora do art. 28 da Lei 11.343/06 é a salvaguarda da “saúde pública”, na medida em que se acredita estar protegendo a sociedade dos supostos males oriundos do uso de drogas. Assim, os defensores da ideia vislumbram como exemplo o suposto colapso da saúde pública, devido ao incremento no número de usuários, e ao incentivo que o consumo público exerceria sobre as camadas mais jovens da população, cujos custos seriam experimentados e divididos por toda a comunidade.

Todavia, a proteção à saúde pública é falaciosa por dois motivos preponderantes: primeiro, na medida em que se protege a saúde pública – bem de natureza difusa – e se nega o direito à saúde individual do usuário, opera-se uma inversão de valores cuja resposta é a repressão para suprimir a omissão própria do Estado; segundo porque o bem “saúde pública” não é individualizável, e, como já exposto, sob uma perspectiva garantista do direito, os bens imateriais e coletivos não devem ser objeto de proteção penal, senão somente quando não conflitar com algum direito individual, o que não ocorre no caso da lei em comento.

A maioria dos crimes possui vítima, a exemplo dos homicídios, lesões corporais, furtos e roubos, que podem sofrer danos físicos e/ou emocionais a partir de uma conduta ilegal de outrem. Assim, de contrário modo, a característica comum dos crimes sem vítimas se dá pelo consenso voluntário entre as partes envolvidas, tanto no que toca à conduta quanto às suas consequências (BROWN *et al.* 2011, p. 453). Nesse sentido, as formas mais comuns de crimes sem vítimas são representadas pelo uso de drogas e pelo jogo de azar, de modo que se percebe um movimento global, ainda tímido, no sentido de se descriminalizar tais condutas (BRANDÃO, 2016, p. 506).

No momento em que nenhuma pessoa (vítima) ofende-se com a conduta, vale dizer, há consentimento e consenso voluntário dos agentes sobre ela, sobra ao Estado se colocar em objeção a ela, por meio da criminalização. Para além disso, outra característica comum da incriminação dessas condutas é representada pelo paternalismo jurídico-penal exercido pelo Estado sobre as pessoas que as praticam – como já elucidado em capítulo anterior –, visto que elas não reclamam tal proteção. Segue-se que a vítima, pelo que ausente, não sente o dano – também ausente –, oriundo da conduta, no que implica a falta da lesividade exigida pela dogmática penal (BRANDÃO, 2016, p. 497-498).

Ao cabo, mister trazer válida citação de Guilherme Brandão (2015, p. 498) acerca da última característica dos crimes sem vítimas, a saber:

Por fim, a última característica dos crimes sem vítima seria o fato da conduta criminalizada oferecer bens ou serviços socialmente desaprovados, mas amplamente requisitados. Ou seja, apesar da criminalização e da desaprovação social da conduta, há sempre uma demanda de tal prática, na própria sociedade que hipocritamente a proíbe.

Assim, é possível inferir que o crime do porte de drogas para consumo pessoal é um clássico exemplo de crime sem vítima, eis que reúne todas as suas características, especialmente a última, pois a sociedade repudia o uso, mas demanda a droga ao tráfico. Ademais, tem-se que o usuário tem voluntariedade na ação de portar a droga com intenção de usá-la, bem como consente sobre todos os seus efeitos e possíveis riscos, na esmagadora maioria das vezes por ele conhecidos.

Em que pese alguns teóricos do direito penal e criminólogos advogarem a ideia de defeito na construção da categoria dos “crimes sem vítimas”, posto que sempre existirá um dano a outrem decorrente de suas condutas, defende-se aqui, sob o prisma jurídico-liberal, que a democracia pressupõe a liberdade – faculdade da autonomia – garantida a todos, sendo limitada tão somente quando invasiva à esfera de terceiros. Nesse sentido, os crimes sem vítimas como estão postos podem se pautar em ditames religiosos, teológicos e morais, mas seria inverdade dizer que há fundamento jurídico de lesividade a bem jurídico relevante deles integrante (BROWN *et. al.*, 2011, p. 471).

Deve-se afastar a ideia de que a lei tem de ditar um padrão moral a ser seguido, eis que na democracia a liberdade é a regra. Nesse sentido, Brandão (2015, p. 16-17) sintetiza a prevalência da liberdade, dizendo que:

A nosso ver, para responder àquela questão [criminalização dos crimes sem vítimas], é preciso determinar em qual ordenamento jurídico estamos inseridos, no caso brasileiro, a constituição da república determina em seu primeiro artigo que vivemos em um “Estado Democrático de Direito”, ou seja, numa democracia garantida e regulada por normas previstas na legislação. Assim, a democracia reconhece e aceita a diversidade de ideias, ideais, crenças e padrões morais, não cabendo às leis a imposição de um determinado padrão moral.

Por fim, a posição é de que “não cabe à lei, muito menos à lei penal (instrumento mais violento e extremista do ordenamento jurídico), coibir condutas que não ofendam a liberdade alheia nem causem dano real a outra pessoa” (BRANDÃO, 2016, p. 499).

5.4 Dos princípios constitucionais penais violados pelo art. 28 da Lei 11.343/06

Expostos os ideais bélicos e militarizados da política de drogas em solo pátrio, resta claro o caráter moralizador da punitividade do Estado frente ao indivíduo que incorre no tipo do artigo 28 da Lei 11.343/06, sobrepondo a razão do Estado à razão do direito. Assim, cumpre agora fazer uma análise dos argumentos que foram suscitados a fim de atestar, também, a inconstitucionalidade do instituto.

É flagrante que o artigo 28 da Lei de Drogas conflita com a Constituição em muitos aspectos, e entre os princípios a priori invocados para retirar a legitimidade do dispositivo jurídico estão: o da secularização do direito, da lesividade, da autonomia individual e da intimidade e da vida privada, todos limitadores do poder punitivo estatal (CARVALHO, 2016, p. 345).

Desta feita, sabe-se que a incriminação trazida pelo artigo 28 da referida lei se sustenta precipuamente em dois pontos, quais sejam, o caráter abstrato do perigo inerente ao crime e a suposta tutela do bem jurídico “saúde pública”. Ocorre que, por ser bem intangível, imaterial e difuso, sua suposta proteção não pode, por si só, legitimar a criminalização da conduta de porte para consumo pessoal, mormente porque a tutela de interesses coletivos, aliada ao perigo presumido do ato, faz com que até quantidades pequenas ou ínfimas de droga sejam objeto de incriminação, em desrespeito ao princípio da bagatela (KARAM, 1991, p. 125). É dizer, é inconciliável que se relacione o porte ou guarda de drogas para consumo pessoal, desconsiderando-se a quantidade, e ofensa ou lesão à saúde pública, vez que o perigo na conduta não se expande à seara pública, sendo a destinação unicamente individual. Nessa linha, assevera Maria Lúcia Karam (1991, p. 126):

A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal.

Destarte, a proteção dos bens jurídicos considerados como de “interesse público”, como é a saúde pública, acaba por espiritualizar o valor jurídico tutelado. Para Ferrajoli, no caso das drogas, à escusa de salvaguarda da saúde pública, são causados diversos danos à saúde individual, à autonomia e à liberdade das pessoas de carne e osso (apud CARVALHO, 2016, p. 340). Outrossim, segundo Alexandre Morais da Rosa (2005, p. 217), em livro que comenta sobre o antigo instituto de posse para uso pessoal, o art. 16 da Lei 6.368/76, a proibição de tal

posse se desvela fato atípico, tendo em vista que o bem jurídico por ele protegido seria a “integridade física” e não a “incolumidade pública” e, uma vez que o agente dele pode dispor, inexistente o crime.

Lado outro, Zaffaroni (2005, p. 27) leciona que a sobreposição do bem jurídico “saúde pública” à saúde individual do usuário é típica do direito penal do autor, contrário ao direito penal do fato. Isto pois a argumentação de que todo usuário é um traficante em potencial – especialmente no que toca às drogas que não causam rígida dependência – importa assumir o modelo de direito penal do autor, e viola a legalidade, a igualdade perante a lei, entre outros direitos, a exemplo do direito ao próprio corpo do consumidor, que pode e deve poder dele dispor.

Com efeito, parte-se do pressuposto de que, para o direito penal mínimo e garantista, os direitos e garantias individuais prescritos no rol do art. 5º da Carta Republicana servem de limite à intervenção estatal, especialmente pela via penal, e de objeto maior a ser garantido por essa seara do direito. Assim, deve-se considerar também, como já exposto, que a conduta do porte de uso de drogas é um exercício de liberdade, faculdade da autonomia individual do sujeito que age, bem como que eventual dano é próprio dele, isto é, configuraria autolesão. Nesse ínterim, pode-se inquirir acerca da constitucionalidade da criminalização do art. 28 da Lei 11.343/06, sob a ótica do princípio da ofensividade, previsto no art. 5º, XXXV da CF/88.

O princípio supramencionado diz que a lei não excluirá da apreciação pelo judiciário a lesão ou ameaça a direito. Considerando a falácia em torno do bem “saúde pública”, bem como a sua faceta de interesse público, coletivo e intangível, a autolesão praticada pelo usuário que porta a droga para uso próprio não sai de sua esfera e, portanto, não é apta a afigurar-se como lesão ou ameaça a direito – de pessoa alheia a que está agindo.

Para além disso, o princípio da igualdade (art. 5º da CF/88) recrudescer a tese de inconstitucionalidade ao redor do art. 28 da Lei de Drogas, na medida em que, como já citado no trabalho, estipula diferenciação de tratativa penal para as drogas ilícitas, e não penal despendido para as drogas lícitas, voltada aos usuários de diferentes substâncias, e em que pese que as duas têm potencialidade de causar dependência física ou psíquica. Tal distinção e a seletividade na incriminação são de cunho fundamentalmente moral (CARVALHO, 2016, p. 343).

No que tange aos princípios que tutelam a intimidade e a vida privada (art. 5º, inciso X da CF/88), tem-se que eles relevam a discussão de violação, pelo art. 28 da normativa de tóxicos, ao núcleo de garantias e direitos individuais constitucionais que sustentam o direito

penal. Sobre o assunto, aliado à secularização do direito penal, pela recepção constitucional dos valores de tolerância e pluralismo, Carvalho (2016, p. 343-344) afirma que:

Os direitos à intimidade e à vida privada instrumentalizam em nossa Constituição o postulado da secularização que garante a radical separação entre direito e moral. Neste aspecto, nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser padrões de comportamento que reforcem concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo, da tolerância e do respeito à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade. Assim, está garantida ao sujeito a possibilidade de plena resolução sobre os seus atos (autonomia), desde que sua conduta exterior não afete (dano) ou coloque em risco factível (perigo concreto) bens jurídicos de terceiros. Apenas nestes casos (dano ou perigo concreto) haveria intervenção penal legítima.

Frente ao exposto, repisa-se na tese de que os valores da autonomia individual e liberdade, garantidos ao indivíduo capaz segundo a aceção legal, imunizam o indivíduo de interferência externa – leia-se, estatal –, especialmente pelo direito penal, nas condutas restritas à sua esfera privada, vale dizer, aquelas que não atinjam direitos e interesses de terceiros, como é o caso do porte para consumo pessoal, eis que o dano alcança tão somente o próprio indivíduo que age.

Veja-se, nesse sentido, importante decisão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela inconstitucionalidade do art. 16 da Lei 6.368/76 – antiga normativa de drogas –, a saber:

PENAL. ART. 16 DA LEI 6368/76. AUSÊNCIA DE LESÃO A BEM JURÍDICO PENALMENTE RELEVANTE. INCONSTITUCIONALIDADE. A Lei Antitóxicos brasileira é caracterizada por dispositivos viciados nos quais prepondera o ‘emprego constante de 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 às razões da descriminalização, Rio de Janeiro: Luam, 1997, p. 33- 34). Diante destes dados, tenho como limites, ao labor na matéria, a principiologia constitucional impositora de freios à insurgência punitiva estatal. Aqui interessam primordialmente os princípios da dignidade, humanidade (racionalidade e proporcionalidade) 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!

Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Karam e Salo de Carvalho”. (TJRS, 5ª Câmara Criminal, AP. Cr. 70004802740, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, j. 07.05.2003).

Desta feita, resta clara a ofensa aos direitos constitucionais da intimidade e da vida privada quando da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, eis que a tutela desses valores deve nortear o legislador infraconstitucional penal, que é destinatário desses preceitos. Assim, a liberdade individual pressupõe escolhas de foro íntimo em diversos aspectos e o respeito do Estado e da sociedade sobre elas, sendo que a criminalização de alguma delas desvela a moralização do direito penal, contrária à Constituição e aos seus princípios sustentáculos de direitos e garantias individuais (TORON, 1991, p. 38-39).

Tanto é assim que o instituto do artigo 28 da Lei 11.343/06 é, desde 2011, objeto de Repercussão Geral (tema 506) em sede do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, em que o defensor público constituído suscitou a sua inconstitucionalidade, por violação aos preceitos fundamentais da intimidade e da vida privada, nos termos do art. 5º, inciso X da Lei Maior. Nesse sentido, o Ministro Relator do Recurso Extraordinário, Gilmar Mendes, ressaltou como fundamento de decidir pela descriminalização do porte de drogas para uso pessoal, entre outros, a inconstitucionalidade do tipo por ofensa à proporcionalidade – combate ao exercício arbitrário do poder de punir –, à legitimidade das incriminações às condutas de perigo abstrato sem periculosidade real – que deve ser observada pelo legislador como limite ao direito penal –, e à intimidade e à vida privada do indivíduo que age, que é, ao mesmo tempo, criminoso e vítima, dada à carência de lesividade a terceiros da conduta. Assim, para o Ministro, um tipo penal deve observar tais fundamentos e preceitos que limitam a sua existência e legitimidade.

Ademais, o douto Ministro defendeu a atipicidade do porte de drogas para uso pessoal, de qualquer que seja a espécie entorpecente, haja vista ser inconstitucional o tipo prescrito pelo artigo 28 da Lei 11.343/06. Gilmar Mendes salientou, nesse ínterim, que a política de drogas atual está alinhada à inclusão do usuário nos temas afetos à saúde pública, e que a lei que criminaliza o uso conflita com este novo paradigma, bem como com a liberdade, visto que este valor freia as restrições indevidas, vale dizer, não necessárias, à autonomia da vontade individual e à própria dignidade humana, que engloba o direito à autodeterminação.

Com efeito, no mesmo sentido foi o voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 635.659, com uma abrangência um pouco menor e resguardadas pequenas diferenças, mas de decretar a inconstitucionalidade do artigo 28 e seus parágrafos da Lei de Drogas, restringido a

descriminalização – judicial – à maconha, objeto do presente trabalho. Para tal, expôs qual deve ser o objetivo de uma política de drogas satisfatória, que se preste a desincentivar o consumo, tratar os dependentes e combater – diminuir – o tráfico. Em síntese, constatou que a política repressiva e proibicionista de “guerra às drogas” fracassou, de modo que é preciso formular uma alternativa política de controle das substâncias entorpecentes. Sob essas premissas, mister salientar que o Ministro fundamentou a inconstitucionalidade instituída na violação aos direitos da intimidade, privacidade e vida privada, bem como à autonomia individual, núcleo intangível do indivíduo, que o utiliza para a sua autodeterminação. É dizer, não cabe a ingerência do Estado nas situações restritas à esfera íntima e privada individual, a menos que o agente lese direitos e interesses de terceiros, igualmente fundamentais aos seus, que, para o Ministro, não ocorre quando do porte de maconha para uso pessoal. Vai além, e vislumbra também que a incriminação do art. 28 na Lei 11.343/06 viola o princípio implícito na Constituição da proporcionalidade – ou vedação ao excesso –, na medida em que ele é corolário da lesividade e a carência desta implica na não criminalização de condutas não afetas à esfera jurídica alheia. Por fim, a restrição das reflexões do Ministro Barroso à maconha, no que toca à descriminalização, se deu porque esta é a droga de objeto do Recurso Extraordinário (caso concreto) e porquanto seus danos individuais e sociais são pequenos e facilmente verificáveis – o que já foi demonstrado por este trabalho.

Não seria ocioso lembrar que ambos ministros foram concordes em pontuar a violação pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 no que se refere aos mesmos princípios, todos de envergadura constitucional, cujas diretrizes devem ser observadas tanto pelos legisladores penais na criminalização primária, quanto pelas agências de punitividade na criminalização secundária. Assim, cita-se passagem feliz de Luiz Flávio Gomes *et. al.* (2015, p. 7) acerca da força vinculante e normativa da cadeia principiológica constitucional penal, senão vejamos:

Também importa ressaltar que os princípios não são apenas um conjunto de valores ou de prescrições éticas ou programáticas; eles são normas jurídicas e possuem caráter cogente. Assim, quando, por exemplo, o magistrado não presta obediência a um princípio, isso pode levar à reforma da sentença penal por ele prolatada. Da mesma forma quando se trata do processo de criminalização de condutas. A desconsideração dos princípios constitucionais penais pode acarretar a invalidade da figura delitiva criada pelo legislador.

Desta feita, o caráter cogente das normas principiológicas importa estrita e obrigatória observância de suas diretrizes, tanto pela sociedade, quanto, principalmente, pelos membros do judiciário e demais partícipes da persecução penal, visto serem os princípios os valores

primordiais eleitos por uma sociedade, que se dispõem expressa ou tacitamente na Constituição Federal Pátria. Conclui-se, portanto, que a inobservância ou ignorância sobre um princípio, em menor ou maior grau, por pessoa que deveria lhe prestar atenção, pode acarretar a consequência jurídica de invalidade do ato, seja a sentença proferida por um juiz, seja a criminalização de conduta executada pelo legislador infraconstitucional. A Carta Republicana teve o fito de, ao dispor seus princípios, estabelecer diretrizes a serem realizadas no maior grau seja possível e, quando não se vislumbra a máxima otimização possível de dado comando normativo principiológico, por exemplo, na criação de uma lei, pode-se falar em inconstitucionalidade do dispositivo, em vista do desrespeito ou ignorância da diretriz de obrigatória observância.

6. DA NECESSIDADE DE MUDANÇA DO PARADIGMA PARA UMA POLÍTICA DESCRIMINALIZADORA

Com o fracasso da política repressiva e proibicionista relativa às drogas, demonstrado nas seções anteriores, passa-se a expor brevemente a necessidade de mudar tal paradigma e, então, balizar o porte de drogas para consumo pessoal de uma forma alternativa, a saber, por uma política de saúde pública efetiva e de redução de danos causados pelas drogas, fora da esfera penal.

Partindo do pressuposto de que as drogas representam um fenômeno social e antropológico, vez que sempre estiveram presentes em todas as sociedades e épocas desde a civilização, e de que a política proibicionista não se prestou a diminuir o consumo, mas intensificou a violência, deve haver uma análise fática e histórica, inclusive comparativa com outras nações semelhantes, antes de se formular uma nova política de controle sobre às drogas. Como já exposto, as políticas redutivas de danos em solo português – país cuja cultura é bem afeta à brasileira – lograram significativo êxito, posto que o consumo geral de drogas não disparou, que o consumo de drogas por jovens de 15 a 19 anos (idade considerada mais problemática) diminuiu substancialmente, e que agora os toxicodependentes buscam com muito mais tranquilidade um adequado tratamento.

Assim, qualquer projeto descriminalizador e pautado na redução dos danos causados pelas drogas deve observar no centro a pessoa humana, bem como abranger todas as drogas psicoativas e entender que o uso de drogas pela humanidade é um evento multifatorial, sendo, de certa forma, universal (CONFEN, 1992, p. 10).

Sendo certo que uma política de redução de danos deve se dar de forma a respeitar a autonomia individual e as necessidades dos dependentes, deve-se reconhecer, nessa esteira, a responsabilidade dos indivíduos sobre suas condutas, o não uso e o retardamento do uso como resultados cobiçáveis, a individualização do tratamento aos sujeitos e grupos mais vulneráveis, e que o abuso indevido de drogas é apto a interferir na qualidade de vida do usuário (CARVALHO, 2016, p. 225). A redução de danos, então, também deve visar à eliminação do estigma – de criminoso – que contra o usuário pesa, cujo custo social é alto, posto que o toxicodependente deve estar bem inserido no corpo social para que tenha mais chances de abandonar o seu vício (AEBI, KILLIAS, 1999, p. 1).

É pela valorização e garantia dos direitos humanos que se legitima o processo descriminalizador, de modo que as balizas agora serão voltadas à redução de efeitos perversos oriundos da criminalização. Nessa perspectiva, à priori, as políticas preventivas devem ser

pautadas na informação e no ensino sobre os aspectos envolvidos às drogas, desde a propagação por comissões estatais voltadas a este fim, até, quem sabe, a efetiva regulamentação do Estado sobre a comercialização e o uso.

Pelo exposto, vale citar algumas das principais propostas de redução de danos formuladas por Salo de Carvalho (2016, p. 228-230) e inspiradas no estudo italiano sobre a descriminalização, feito por Manconi (p. 203), bem como no projeto antiproibicionista elaborado pelo Conselho Federal de Entorpecentes (CONFEN), de 1992, como se verifica:

- (a) Definir estratégias de assistência aos dependentes em dois níveis: terapia, destinada ao auxílio do controle do abuso de drogas que causam dependência; e tratamento, voltado não à assistência, mas ao melhoramento dos comportamentos dos dependentes sob o ponto de vista físico e social;
- (b) Oferecer, não obstante as estratégias imediatas, opções diversas e diferenciadas de programas de tratamento e terapia, conforme as demandas dos diferentes grupos consumidores – “é direito de cada cidadão escolher e decidir, numa gama ampla de ofertas sanitárias, qual a mais apropriada às suas necessidades”;
- (c) Afirmar como necessárias, como condição de legitimidade das terapias e dos tratamentos, a intervenção e a voluntariedade do usuário, como forma de diálogo (escuta e fala), afastando dois tipos de medidas coativas: judiciária, representada pelos sistemas de penas e sanções, sobretudo a carcerária; e sanitária, que subordina o auxílio e assistência à decisão de total abstinência;
- (d) Excluir, de qualquer hipótese interventiva, interrupção ou mudança do tratamento em virtude de naturais recaídas, prática comum prevista em legislações ou programas de tratamento autoritários;
- (e) Estabelecer políticas de ação médica, psicológica e social nas zonas de risco, de forma a realizar aproximação com os grupos vulneráveis;
- (f) Oferecer estratégias de aproximação do usuário com o mercado de trabalho e a rede de ensino, bem como com associações de voluntariado, comunidades de acolhimento e ONGS;
- (g) Limitar o consumo a determinados locais e ao domicílio – “o consumo teria que se submeter a limitações, restringindo- se, ou mesmo vedando- se, o uso em lugares públicos de determinadas drogas mais danosas, a exemplo do que, hoje, se começa a fazer em relação ao tabaco”;
- (h) Proibir a veiculação de qualquer tipo de publicidade sobre entorpecentes, inclusive álcool e tabaco;
- (i) Estabelecer sanções administrativas ao consumo em locais proibidos que impliquem a apreensão da droga (e não do usuário), aliadas à suspensão de determinados direitos (v.g. condução de veículos, porte de armas, multas);
- (j) Prever, em caso de manutenção da criminalização do comércio e da produção de determinadas drogas, figuras típicas privilegiadas ou autônomas do tráfico com penas reduzidas, ou ainda de causas de diminuição de pena (atenuantes ou minorantes), em caso de produção eventual ou de comércio esporádico ou de pequena quantidade, facultando institutos com a transação penal e a suspensão condicional do processo, evitando-se os danos advindos do encarceramento.

Essas são só algumas das medidas viáveis de uma política social alternativa de controle das drogas fora do âmbito penal. Todas as medidas sugeridas por Carvalho corroboram com a retirada da conduta do porte de drogas para uso próprio das prescrições penais, ainda que subsista, numa delas (item “i”), a antijuridicidade administrativa do porte e uso em espaços públicos, na medida em que pode sujeitar o usuário às sanções de natureza administrativa. No mais, ressalta-se o caráter de ações afirmativas – meio alternativo à repressão do direito penal, sugeridas ao longo do presente trabalho – de muitas dessas medidas, bem como a voluntariedade do usuário dependente enquanto condição legitimadora de qualquer tratamento médico ou terapêutico, no que reforça a sua autonomia enquanto adulto e capaz de realizar suas próprias escolhas.

Finalmente, é possível atestar a incompatibilidade entre um modelo proibicionista e as políticas de redução de danos, posto que o primeiro ofusca as segundas. Desta feita, a redução de danos propõe a ruptura com os discursos alarmistas e com a máxima da solução penal para todos os males, eis que a sua ocorrência – lesiva – deve ser mais benéfica do que custosa, o que não acontece sobre a conduta do porte de drogas para uso próprio. Para Carvalho, “a enunciação de programas mínimos de redução de danos objetiva, em última análise, evitar a transformação do toxicodependente em tóxico-delinquente” (2016, p. 231).

6.1 Considerações pertinentes à política de descriminalização relativa à *cannabis* no Brasil

À priori, tentar-se-á fazer um esboço de descriminalização relativamente à *cannabis*, retirando-se o porte para consumo pessoal da droga do ordenamento jurídico-penal brasileiro, inspirado no modelo português, e resguardadas as diferenças e particularidades.

Nesse ínterim, e ante a toda informação que fora aqui reunida nos capítulos anteriores, entende-se que a descriminalização do porte para uso pessoal da maconha deve ser materializada, precipuamente por três motivos: primeiramente, o ato de usar a droga concerne à autonomia e liberdade de escolha do indivíduo – que opta pela suposta autolesão –, razão pela qual não cabe ao Estado intervir, sobretudo por meio de seu aparelho mais repressivo (o direito penal). Segundo porque, mesmo configurando autolesão, já restou claro que o dano individual é baixo – menor que o do álcool, inclusive –, e que o dano social é ínfimo, para não dizer inexistente, se afigurando ainda como remoto em relação ao uso pessoal. E, ao cabo, porque a descriminalização do porte de drogas para uso pessoal logrou enorme êxito no modelo português e, sendo a maconha a droga ilícita mais consumida no Brasil e no mundo, a tendência positiva seria a mesma para a sua descriminalização em solo pátrio.

Cumprе ressaltar que aqui é proposto modelo de descriminalização do porte apenas da maconha, e não das demais drogas ilícitas, pois há enorme controvérsia acerca dos efeitos pessoais e sociais dessas segundas. Assim, tendo em vista que a maconha é amplamente consumida no Brasil e no mundo, a descriminalização a ela relativa seria melhor aceita pela população. Ademais, como já exposto, os danos relacionados à maconha são baixos e de fácil verificação, motivo pelo qual, neste trabalho, foi feito um recorte descriminalizador que reflete sobre esta droga, ainda que a argumentação aqui utilizada sirva de base para que o ser autônomo e capaz faça uso de quaisquer substâncias psicoativas ele desejar, sem que o Estado o sancione por essa opção.

Do exposto, propõe-se aqui a descriminalização do porte para consumo pessoal relativo à maconha, com a devida retirada da droga do âmbito do art. 28 da Lei 11.343/06, pelos motivos que se passa a expor.

Primeiramente, válido mencionar o aspecto da prevalência do uso de drogas ilícitas no país. Nessa esteira, segundo já dito, estima-se que no Brasil há cerca de 2,5 milhões de usuários regulares de maconha, podendo tal número atingir a marca de 5 milhões de pessoas, se se considerar os usos recreativos e esporádicos da droga (TEIXEIRA, 2016, p. 48). Assim, é cediço que a maconha é droga de uso muito difundido no Brasil e no mundo.

Corroborando os dados acima trazidos, sobre a prevalência do uso de maconha em relação às demais drogas, exsurtem, relativamente ao Estado de São Paulo, os seguintes dados: no período compreendido entre 2012 e 2017 foram apreendidas 582,2 toneladas de maconha, em detrimento de 65,8 toneladas de cocaína e 11,8 toneladas de crack; no ano de 2016, houveram 32.873 ocorrências associadas a posse drogas para uso pessoal; apenas no período entre janeiro de 2015 e setembro de 2017 foram apreendidas aproximadamente 372 toneladas de maconha, enquanto esse número é de 39 toneladas de cocaína e 5 toneladas de crack; no ano de 2016, o número de autuações por tráfico e por porte para uso pessoal foi bem próximo, com uma diferença de cerca de 10% em favor do tráfico; a massa de maconha apreendida de 2015 a 2017 nas autuações de posse, em relação ao total das apreensões, corresponde a apenas 3%; ao fim, ressalta-se que a cada quatro ocorrências relacionadas às drogas, uma se dá no Estado de São Paulo e que os gastos anuais com a política atual de repressão às drogas exasperam os 3 bilhões de reais, divididos entre as ações policiais e o sistema prisional (LANGEANI *et. al.*, 2018, p. 5, 9, 13, 23 e 27).

A partir de tais estatísticas, o primeiro argumento apresentado é de ordem pragmática. Assim, considerando que desde a publicação da atual Lei de Drogas (2006) os dados pouco variam, é pacífico que as apreensões de maconha representam uma faixa de 80 a 90% do total

de drogas pela polícia retidas, deflagrando o amplo uso da droga no país. Pode-se inferir, desta feita, que uma droga de tão difundido consumo demanda especial atenção quanto à política de controle, a saber, fora da esfera penal. Isto pois, à medida em que as autuações por posse de maconha para uso pessoal representam uma faixa de 30 a 40% das autuações totais relacionadas às drogas, a descriminalização permitiria à força policial que se concentrasse muito mais na repressão ao tráfico, em detrimento de voltar-se à figura do usuário, que pouco perigo representa (LANGEANI *et. al.*, 2018, p. 23-24).

Doutra parte, informa-se que apenas 3% do volume de drogas apreendidas advém do porte para uso pessoal, carecendo de base estatística o argumento de que a repressão ao uso “livra a sociedade das drogas” (LANGEANI *et. al.*, 2018, p. 27). Destarte, o foco da ação policial deve ser o tráfico, pois o usuário, no ato do porte, ou mesmo do uso, não se afigura como ameaça social e tampouco à segurança dos demais. Tanto é assim que, dos milhões gastos, anualmente, em operações policiais, e dos bilhões empregados no sistema prisional, é certo que boa parcela é oriunda da autuação sobre a figura do usuário, dinheiro que poderia ser poupado ou até investido em melhores condições de trabalho da polícia nas demais operações que visem a assegurar a segurança e a paz social tão almejadas (LANGEANI *et. al.*, 2018, p. 5).

Neste ponto, faz-se uma observação. Serão assim, apresentados argumentos de ordem de justiça social e humanitária. Considerando, então, a ausência de parâmetros objetivos para a diferenciação da figura do traficante e do usuário na Lei 11.343/06, que atribui ao magistrado tal responsabilidade, unicamente sob critérios subjetivos – condições pessoais do acusado, lugar da infração, entre outros¹⁰ – a criminalização do porte para consumo pessoal também acaba por injustiçar as camadas mais pobres da sociedade, bem como as pessoas pretas e pardas (que aqui coincidem com as mais pobres)¹¹. Assim, a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal, aliada ao estabelecimento de um parâmetro de análise objetiva, a saber, a quantidade da droga, também desafogaria, sob esta ótica, o sistema carcerário e o dinheiro a ele despendido, pois resultaria que o usuário de maconha, objetivamente classificado (qualquer que seja abordado portando a quantidade de droga permitida), não estaria mais inserido na esfera penal.

¹⁰ BRASIL, Lei de Drogas. 2016.

Lei 11.343/06 - Art. 28. (...):

§ 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.

¹¹ Para saber mais: REIS, Alane. Política de drogas e racismo: legislação brasileira contribui para o genocídio e encarceramento das populações negras. 2018. Disponível em: <<https://revistaafirmativa.com.br/politica-de-drogas-e-racismo-legislacao-brasileira-contribui-para-o-genocidio-e-encarceramento-das-populacoes-negras/>>; ou: MARTINS, Vinícius. Guerra às drogas e encarceramento em massa revelam racismo brasileiro. 2017. Disponível em: <<https://almapreta.com/editorias/realidade/guerra-as-drogas-e-encarceramento-em-massa-revelam-racismo-brasileiro>>. Acesso em 31 jul. 2020.

Aqui propõe-se, de outra banda, uma diferenciação relativa à política de descriminalização operada em Portugal, que prevê retenção da droga pela polícia, comparecimento “forçado” à comissão de dissuasão, e sanção para os reincidentes. Acredita-se, desta feita, que a forma mais adequada de a polícia balizar a abordagem de um indivíduo que porte maconha para consumo próprio, em local público, seja, no máximo, proceder à apreensão da droga, seguida da liberação dele. Isto pois, sendo feito dessa maneira, há um reforço da autonomia e liberdade de escolha individuais, na medida em que o abordado não é compelido a comparecer perante um tribunal ou comissão, nem tampouco tem sua escolha de suposta autolesão, proveniente do uso de maconha, desrespeitada pelo Estado. O Estado, nesse ínterim, só apreende a droga, sem reter o indivíduo ou sobre ele exercer qualquer juízo de valor ou influência. É interessante também, como sugerido por Carvalho (2016, p. 228-230), arbitrar sanção verbal – nas primeiras abordagens – e administrativa de multa – aos reincidentes –, quando o indivíduo se encontrar portando ou usando maconha em espaço público, para reforçar a ideia de que o uso deve se restringir aos espaços privados – residências, casas de show e bares que o permitirem, e etc. Assim, sobre o usuário abordado não pesa qualquer estigma ou obrigação

A título de curiosidade, cita-se o estudo de consultoria legislativa (TEIXEIRA, 2016, p. 49) elaborado no âmbito da Câmara Legislativa, que aponta como ideal de política relativa à maconha a legalização e regulamentação de vendas pelo governo, tendente a gerar uma receita na casa de R\$ 5.691.434,20 (cinco milhões, seiscentos e noventa e um mil, quatrocentos e trinta e quatro reais e vinte centavos). Assim, para além de, em tese, reduzir substancialmente o tráfico, a legalização e regulamentação ainda seriam aptas a render alta importância de recursos públicos, que poderiam ser revertidos em prol dos direitos sociais, como a educação, a saúde e a segurança públicas.

Ressalta-se, nessa esteira, que o argumento contrário à legalização ou descriminalização da maconha, de que restaria colapsado o sistema público de saúde às custas da população, não possui guarida fática. Isto pois, ante ao pequeno dano pessoal, bem como ao ínfimo e remoto dano social, associado ao uso da droga, pouquíssimos seriam os usuários problemáticos e dependentes a acionar algum tipo de tratamento.

O argumento de que a maconha representa porta de entrada para as demais drogas também não é condizente com os fatos, ainda que internos por drogas mais pesadas afirmem que façam uso de maconha. Um estudo realizado nos EUA por meio de entrevista com o total de 2.835 alunos da 12ª série (17-18 anos) concluiu que a droga de primeiro contato dos jovens é o álcool – droga mais consumida no mundo –, antes que o tabaco e que a maconha. O estudo,

ainda, concluiu que os entrevistados que iniciaram o uso do álcool mais cedo (6ª série – 11/12 anos) revelaram um uso maior de substâncias ilícitas durante a vida, bem como um uso destas mais regular, em comparação àqueles que se iniciaram no álcool mais tardiamente (9ª série ou posterior – a partir dos 14 anos) (BERRY et. al., 2016, p. 31). Assim, sob tal premissa, se fosse para criminalizar alguma droga, que criminalizassem antes o álcool. De todo modo, não se vislumbram boas razões para criminalizar nem o álcool, nem a maconha.

Diante de todo o exposto, a descriminalização do porte de maconha para uso pessoal é medida de flagrantes vantagens, em detrimento de não provadas e contestáveis desvantagens. Nessa esteira, primeiramente, respeitaria a autonomia e liberdade individuais, porquanto não devem restar violadas quando de autolesão, mormente de baixo dano. Em segundo plano, pouparia grande quantia de recurso aos cofres públicos, bem como reforçaria a concentração policial para as operações relativas a perigo real ao corpo social.

Um terceiro ponto positivo, diz respeito à desestigmatização da figura do usuário, eis que o retira do sistema penal, não o submete a julgamento perante o tribunal, nem às sanções e efeitos perversos próprios de eventual condenação. Quando se retira da esfera penal a pessoa que faz uso de maconha, também permite-se que o indivíduo toxicodependente busque o devido tratamento de forma mais tranquila e efetiva.

Doutra parte, tendo em vista os dados da descriminalização de Portugal, em que pouco variou o número de consumidores, pode o Estado, no âmbito de uma sociedade em que o porte de maconha não é crime, combater ou controlar o uso de outras formas, como dito alhures, por meio das ações afirmativas. Desta feita, as campanhas educativas e informativas nas escolas, assim como a criação de equipes de acompanhamento de rua, relativamente aos usuários, lograram êxito na diminuição – ainda que singela – do consumo de drogas em Portugal, fato que inspira que no Brasil possa assim se proceder. Para além, as equipes também sugerem tratamento para os usuários problemáticos, que foi amplamente mais buscado após a operacionalização da política descriminalizadora em Portugal, outra vantagem que pode se repetir na descriminalização aqui proposta para o Brasil.

Por conseguinte, e à guisa de conclusão, a descriminalização da maconha proposta seria aquela que considera o uso desta droga como uma escolha concernente à esfera íntima do indivíduo e, portanto, que não deve ser restrita ou tolhida pelo Estado. Assim como entende-se em relação ao uso de álcool, deve-se interpretar que o indivíduo que faz uso de maconha, vale dizer, capaz e autônomo, opta por fazê-lo por meio de sua liberdade, não cabendo ao Estado repreendê-lo por isso – senão somente apreender a droga quando usada em locais públicos –, sobretudo por meio do direito penal.

Na situação descrita supra, pode-se falar em uma política de respeito à subsidiariedade e à lesividade penais, bem como à autonomia e à liberdade individuais, tão importantes sob a ótica de um Estado Liberal e Democrático de Direito e do direito penal mínimo, em que a intervenção repressiva do Estado deve se dar somente quando houver lesão direta a interesses de terceiros. Para além, a política respeita o direito à saúde individual do usuário, diminui o estigma social que carrega, além de reforçar a própria segurança de toda a sociedade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, é possível tecer algumas considerações finais a atestar a ilegitimidade da norma incriminadora disposta pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 – Lei de Tóxicos.

Preliminarmente, considerando que o Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição Federal de 1988 pressupõe a liberdade e a autonomia nas escolhas individuais e de foro íntimo, a proibição do porte para uso pessoal de maconha seria uma afronta a tais diretrizes, posto que a escolha de um indivíduo de usar a droga deve ser respeitada pelo Estado, sob pena de violar tais valores. Assim, como a finalidade última do direito penal é a de garantia da máxima autonomia possível, não deve ele incidir em escolhas que gravitam nesse âmbito.

Com efeito, em que pese que a conduta prescrita no art. 28 da Lei 11.343/06 com relação à maconha é autolesiva, a ingerência do Estado sobre ela, quando se tratar de indivíduo autônomo e capaz, é indevida, visto que ela não alcança a esfera jurídica de terceiros, vale dizer, não lesa direitos e interesses alheios.

Doutra parte, deve-se considerar que o paradigma de direito penal mínimo é norteado pela subsidiariedade e proporcionalidade penais, que também são violados pela norma do art. 28 da Lei 11.343/06, tendo em vista que outras áreas do direito ou outras ações do Estado seriam mais aptas a balizar uma política relativa ao uso de maconha.

Nesse ínterim, a suposta proteção pela norma do bem jurídico “saúde pública” não ocorre, e evidencia mais uma ilegitimidade da incriminação da conduta prevista pela norma em comento, haja vista que é negado ao usuário o acesso ao direito à saúde individual, que é estigmatizado enquanto criminoso e se sente desincentivado a procurar o sistema de saúde pública.

Considerando, de outra banda, que os que possuem dezoito anos ou mais devem ter sua autonomia presumida pelo Estado, e que esta blinda o indivíduo de interferência externa em suas escolhas não lesivas a terceiros, pela sua capacidade de autogoverno, a norma incriminadora do art. 28 da Lei 11.343/06 afronta essa garantia e, pior, pelo meio mais repressivo do direito, qual seja, o do aparato penal. Assim, o indivíduo que opta por fazer uso de maconha, em suposta autolesão, sinaliza tacitamente ao Estado que abdica da proteção do bem em questão, posto que tem capacidade e autonomia para decidir acerca de sua disposição.

Desta feita, sobram aspectos meramente morais a influenciar a norma incriminadora do art. 28 da Lei 11.343/06, que devem ser afastados pela análise que aqui se faz, eis que a secularização do direito estabeleceu rigorosa separação entre o direito e a moral. Em complemento, a Constituição Federal também consagrou os valores de alteridade e pluralidade,

de modo que a reprovação moral da maioria sobre uma conduta, por si só, não legitima a sua criminalização, especialmente quando não lesiva a direitos alheios. É preciso que a sociedade plural aceite escolhas de foro íntimo sem lesividade a terceiros, mesmo que sejam minoritariamente difundidas ou compartilhadas.

Afasta-se, portanto, a doutrina do paternalismo rígido, norteadora da norma que incrimina o porte de drogas para consumo próprio, pois ela desconsidera a vontade e escolha do agente, ferindo a sua autonomia e demais faculdades por ela conglobadas. Seria muita presunção do Estado a tarefa de escolher por seus constituintes, sob a escusa de proteção, além de desvelar um caráter dominador daquele para com estes, na medida em que só são permitidas pela lei as condutas que o Estado julga adequadas, restringindo uma sociedade plural a uma em que só circule ideias dominantes ou majoritariamente aceitas.

Nessa perspectiva, a única intervenção paternalista justificável à luz da Constituição Federal é aquela que visa à proteção de menores de idade e demais incapazes, assim como a de grupos ou indivíduos que se encontrarem momentaneamente em posição de vulnerabilidade, pois tal aspecto revela um desequilíbrio na relação considerada *in casu*, e a norma paternalista visará ao reestabelecimento do equilíbrio tangente a esta.

Destarte, também não é razoável que o Estado aja sob o pressuposto de estar beneficiando o indivíduo que porta drogas para consumo pessoal, o impedindo penalmente de fazê-lo. Isto pois, para evitar um “mal” à saúde do indivíduo, o submete aos rigores da Lei penal e seus efeitos perversos – v.g. estigma criminal –, em total descompasso com uma tutela penal eficaz e adequada. É dizer, para protegê-lo de um “mal” vamos infringi-lo um outro “mal”, pior do que o primeiro, além de obstar o seu acesso ao sistema de saúde pública pela ameaça penal da norma incriminadora.

Sob o prisma do dano, não se vislumbra razão para incriminar a conduta prescrita pelo art. 28 da Lei 11.343/06 no que toca à maconha, dado que drogas lícitas como o álcool e o tabaco se mostraram muito mais danosas, não só ao indivíduo que usa, mas principalmente à sociedade. De todo modo, a criminalização de condutas autorreferentes cujo dano social seja remoto não se compatibilizam com a diretriz do direito penal mínimo, que deve incidir sobre lesões diretamente atribuídas às condutas incriminadas.

Inspirando-se no modelo Português, são grandes as esperanças que uma política descriminalizadora e alternativa do controle de maconha possa ser exitosa no Brasil, que se preste efetivamente a reduzir o consumo – ao menos nas faixas etárias mais perigosas –, combater o tráfico e tratar os toxicod dependentes, maiores vítimas do abuso de drogas.

Nesse sentido, propõe-se seja descriminalizada a conduta do porte para uso pessoal, especificamente da maconha, por três razões: primeiro porque seus danos são baixos e de fácil quantificação e verificação; segundo porque ela é uma droga ilícita bastante consumida no Brasil e no Mundo; ao fim, porque uma mudança na política de drogas deve ser gradual e levar em conta aspectos históricos e sociológicos do país em que se opera, para que não se torne de difícil ou impossível implementação.

Considerando que o paradigma proibicionista do século passado fracassou, é mister e urgente que se reformule a política de drogas brasileira, se fazendo extremamente necessária uma política de descriminalização relativa à maconha. Ademais, é preciso que se estabeleça um critério de quantificação da droga objetivo, bem como referencial, para que possa elidir o subjetivismo concedido ao juiz na hora de determinar a destinação da droga, posto que a Lei 11.343/06 só fez aumentar a seletividade penal incidente majoritariamente sobre os mais pobres.

Com efeito, a atual Lei de Drogas acabou tão somente recrudescendo a repressão e a própria violência institucional, à medida em que, até o ano de 2018, cerca de 26% dos presos homens estavam nessa condição por delitos relacionados às drogas, por não raras vezes coligados a pequenas quantidades de droga. Entre as mulheres o número impressiona ainda mais, vez que cerca de 60% delas estão presas por crimes associados às drogas, inclusive e principalmente pela tentativa de tráfico para dentro dos presídios no desesperador esforço de ajudar seus maridos. Para além, 65% da população carcerária atual é composta de negros, um paradoxo evidenciado em relação às diretrizes dispostas na Constituição Federal de 1988, que consagra, precipuamente, a igualdade de tratamento despendido aos constituintes¹².

O crime do porte de maconha para uso pessoal não vitimiza terceiros nem os submete a perigo real, sendo tal assertiva mais um fundamento de sua ilegitimidade. Assim, no Brasil, a liberdade é a regra e não cabe a lei ditar um padrão moral de como os indivíduos devem viver, ou o que devem escolher, sob pena de um preciosismo e perfeccionismo Estatal que, além de utópico, é prejudicial, posto que viola e/ou suprime garantias e direitos individuais de seus cidadãos em nome de suposta proteção.

À luz do direito constitucional, também é ilegítima a criminalização do art. 28 da referida lei, especialmente voltada à maconha, por violação ao princípio da lesividade – ou ofensividade – em matéria penal, basilar para que se faça justa uma ação penal. Isto, visto que a conduta prescrita é autolesiva – esfera de liberdade e autonomia do sujeito – e, portanto, não

¹² BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. 2016. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>> Acesso em: 21 jul. 2020.

dotada da lesividade necessária a atrair reprimenda penal. É dizer, somente condutas penalmente relevantes serão apreciadas pelo judiciário e estas representam as que interfiram de maneira efetivamente lesiva na esfera jurídica alheia.

O indivíduo que opta por fazer uso de maconha age dentro do seu direito legítimo de escolha, de ser autônomo, mesmo ciente de que a conduta possa lhe trazer prejuízos.

Conclui-se também que há clara ofensa pelo art. 28 da Lei 11.343/06 aos direitos à intimidade e à vida privada, núcleo intangível pelo direito penal, assim disposto pela Constituição, de modo que só pode sofrer restrição quando a conduta no âmbito privado for ofensiva a direitos de terceiros.

Por fim, infere-se que a criminalização da conduta esculpida no artigo 28 da Lei de Drogas fere principalmente a autonomia individual, na qual é conglobada, não só a liberdade de escolha dos indivíduos, mas também e precipuamente a liberdade de se autodeterminarem, vale dizer, de realizar suas escolhas íntimas e privadas da forma como entenderem mais produtivo. Frise-se que a mais medida acertada, nesse sentido, é a mudança de paradigma para uma política alternativa, a saber, de saúde pública e redução de danos, em todo caso, fora da seara penal. Nessa esteira, inúmeras são as alternativas de ações, afirmativas, assistenciais, e educativas, acerca do controle de drogas, mormente no que toca ao consumo, cuja aptidão de balizar a questão já se mostra melhor que a antiga política, bastando lançar os olhos pelo mundo para ver a tendência descriminalizadora, sobretudo da maconha, que se difunde, por exemplo, nos Estados Unidos, na Europa e na América Latina.

Deve-se considerar não só o fracasso de uma guerra militarizada às drogas, cujos resultados são desastrosos e desumanos, mas especialmente que o uso de drogas reflete um problema de saúde pública, sendo a dependência química, inclusive, classificada como doença pelas autoridades sanitárias locais e mundiais.

Com efeito, munidos dessas informações, temos argumentos fáticos, jurídicos, pragmáticos e humanitários para que pensemos na necessidade de se tratar a questão das drogas sob uma ótica diferente, vale dizer, não proibicionista nem repressiva. O intuito aqui é valorizar o cidadão enquanto humano e detentor de mínimas garantias e direitos fundamentais, que devem nortear todas as relações nas sociedades modernas, tidas como de alto risco. Assim, não se pretende afirmar definitivamente o que é certo e o que é errado. A pretensão é mais simples, tão somente trazer sólidos argumentos sobre a insustentável criminalização do artigo 28 da Lei de Drogas, relativamente – e sobretudo – à maconha, para que se possa influenciar e iluminar positivamente o ambiente político nesse sentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AEBI, Marcelo & KILLIAS, Martín. **La Prescripción de Heroína como Medida de Prevención de la Delincuencia: Resultados de la Experiencia Suiza**. Boletín Criminológico, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, n. 39, fev. 1999.

ARAUJO, Tarso. **Guia Sobre Drogas para Jornalistas**. 1ª ed. – São Paulo: IBCCRIM-PBPD-Catalize-SSRC, 2017.

AMSTERDAM, Jan V. NUTT, David. PHILLIPS, Lawrence. WIM, Van den Brink. **European rating of drug harms**. Journal of Psychopharmacology. Europa: 2015, pp. 1-6.

BERRY, Adam E. KING, Jessica. SEARS, Cynthia. HARVILLE, Cedric. BONDOC, Irina. JOSEPH, Kessy. **Priorizing alcohol prevention: establishing alcohol as the gateway drug and linking age of first drink with illicit drug use**. American School Health Association. 2016; 86(1): pp. 31-38. Disponível em: <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/26645418/>> Acesso em: 01 jul. 2020.

BRANDÃO, Guilherme Saraiva. **Uma genealogia da criminalização das drogas: o discurso proibicionista no Brasil**. 5º SEMINÁRIO INTERDISCIPLINAR EM SOCIOLOGIA E DIREITO Niterói: PPGSD-UFF, 14 a 16 de outubro de 2015, ISSN 2236-9651, n. 5.

_____. **Criminologias, drogas e proibições**. Coletânea Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea. Orgs. Luís Augusto Sanzo Brodt. Flávia Siqueira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. p. 483 a 510.

BRASIL. **Constituição Federal (1998)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 21 jul. 2020.

_____. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848/1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 25 jul. 2020

_____. Lei de Drogas: Lei 11.343/06. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em 21 jul. 2020.

_____. **Lei nº 6.368/76**. Revogada normativa de drogas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6368.htm>. Acesso em 25 jul. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Governo Federal. **Tabaco causa prejuízo de R\$56,9 bilhões com despesas médicas no Brasil**. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/28578-tabaco-causa-prejuizo-de-r-56-9-bilhoes-com-despesas-medicas-no-brasil>>. Acesso em 13 jul. 2020.

BROWN, Stephen E. et al. **Criminology: explaining crime and its context**. 7. ed. New Providence, NJ: LexisNexis, 2010.

CARVALHO, Saulo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico dogmático e da Lei 11.343/06**. 8ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2016.

CANTON FILHO, Fábio Romeu. **Bem jurídico penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE ENTORPECENTES (CONFEN). **Proposta para uma Política Nacional de Drogas**. Brasília: Ministério da Justiça/Conselho Federal de Entorpecentes, 1992.

COYLE, Sean. **From positivism to idealism: A study of the moral dimensions of legality**. Londres (UK): University College London, 2007.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DOMOSŁAWSKI, Artur. **Política da Droga em Portugal: Os Benefícios da Descriminalização do Consumo de Drogas**. Tradução: Nuno Portugal Capaz. Global Drug Policy Program. Open Society Foundations. Jun. 2011.

DWORKIN, Gerald. **The Theory and Practice of Autonomy**. Chicago (EUA): Cambridge. 1997.

ESCOHOTADO, Antonio. **Historia general de las drogas**. 1. Ed. Madrid: Editora Espasa, 1998.

FAYET DE SOUZA, Ney. **Lei Anti-Tóxicos: Reparos e Sugestões para o art. 314 do Novo Código Penal**. Estudos Jurídicos (4). São Leopoldo: Unisinos, 1997.

FEINBERG, Joel. **Harm to others**. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1984.

_____. **Offense to others**. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1985.

_____. **Harm to self**. Nova Iorque (EUA): Oxford. 1986.

_____. **Harmless wrongdoing: The Moral Limits of criminal law**. Vol. 4. Nova Iorque (EUA): Oxford, 1990.

FERRAJOLI, LUIGI. **Garantismo Penal**. Estudios jurídicos. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de Mexico. Serie n. 34. México: 2006.

_____. **Derecho y Razón: Teoria del garantismo penal**. Ed. Trotta. Madrid: 1998.

_____. **Proibizionismo e Diritto**. In: MANCONI, luigi (curatore). *Legalizzare la Droga: una ragionevole proposta di sperimentazione*. Milano: Feltrinelli, s/d.

FRAGA, Paulo César Pontes. **A geopolítica das drogas na América Latina**. Revista Em Pauta. UERJ. Nº 19 – 2007.

GOMES, Luiz Flávio. BIANCHINI, Aline. DAHER, Flávio. **Princípios Constitucionais Penais à luz da Constituição e Tratados Internacionais**. LivroeNet. Ebook Atualidades do Direito. Agosto/2015.

GONTIJO, Eduardo Dias. **Os termos “Ética” e “Moral**. Vol. IV, número 7. Universidade Presidente Antônio Carlos. Barbacena: nov. /2006, pp. 127-135.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **De Crimes, Penas e Fantasias**. Niterói: Luam, 1991.

INCA. Instituto Nacional do Câncer. Ministério da Saúde. **Custos atribuíveis ao tabagismo**. Disponível em: <<https://www.inca.gov.br/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/custos-atribuiveis-ao-tabagismo>>. Acesso em 13 jul. 2020.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

LANGANI, Bruno. SILVA, Leonardo Carvalho. **Apreensão de drogas no Estado de São Paulo: Um raio-x das apreensões de drogas segundo ocorrências e massa**. Instituto Sou da Paz. São Paulo: maio/2018. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Apreensoes_de_drogas_no_estado_de_SP.pdf?fbclid=IwAR11fR9hqjJYCZdS_EWfdTfBzKcNIIdUej2yIdXx8HwC1O9p7JkPAH6hZwR4>. Acesso em: 01 jul. 2020.

MANCONI, Luigi (curatore). **Legalizzare la Droga: una ragionevole proposta di sperimentazione**. Milano: Feltrinelli, s/d.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. Tese (doutoramento em Direito). Universidade de São Paulo. São Paulo: 2010, 297 p.

MARTINS, Vinicius. **Guerra às drogas e encarceramento em massa revelam racismo brasileiro**. Nov./2017. Disponível em: <<https://almapreta.com/editorias/realidade/guerra-as-drogas-e-encarceramento-em-massa-revelam-racismo-brasileiro>> Acesso em 31 jul. 2020.

MARTINS, Helena. **Lei de Drogas tem impulsionado encarceramento no Brasil**. Agência Brasil. Brasília: jun. /2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-06/lei-de-drogas-tem-impulsionado-encarceramento-no-brasil>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

MICHAELIS. Dicionário. **Termo “moral**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/moral/>> Acesso em 11 jul. 2020.>. Acesso em 11 jul. 2020.

MIRANDA, Fátima. **Maconha x álcool: qual dessas drogas causa maiores danos à sociedade?**. 2015. Disponível em: <<https://amitafamitaf.jusbrasil.com.br/artigos/232819134/maconha-x-alcool-qual-dessas-drogas-causa-maiores-danos-a-sociedade-qual-a-sua-opinioao>>. Acesso em 18 jun. 2020.

NUTT, David J. KING, Leslie A. PHLLIPS, Lawrence D. **Drug harms in UK: a multicriteria decision analysis**. Reino Unido: Lancet, nov. /2010, vol. 376, pp. 1558-1565.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **The health and social effects of nonmedical cannabis use**. OMS: 2016. Disponível em: <https://www.who.int/substance_abuse/publications/msbcannabis.pdf?ua=1> Acesso em 13 jul. 2020.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Alcohol**. Disponível em: <<https://www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/alcohol>>. Acesso em 19 jun. 2020.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **ICD-10: 2019**. Disponível em: <<https://icd.who.int/browse10/2019/en#/F10-F19>> e <<https://saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental>>. Acesso em 12 jul. 2020.

OLMO, Rosa. **Las Drogas y sus Discursos**. In: PIERANGELI, José Enrique (coord.). *Direito Criminal (05)*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **América Latina y su Criminología**. México: Siglo veintiuno, 1984.

_____. **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

REIS, Alane. **Política de drogas e racismo: legislação brasileira contribui para o genocídio e encarceramento das populações negras**. Nov./2018. Disponível em: <<https://revistaafirmativa.com.br/politica-de-drogas-e-racismo-legislacao-brasileira-contribui-para-o-genocidio-e-encarceramento-das-populacoes-negras/>> Acesso em 31 jul. 2020.

ROSA, Alexandre Moraes. **Direito infracional: garantismo, psicanálise e movimento antiterror**. Florianópolis: Habitus, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general. Tomo 1 - fundamentos la estructura de la teoria del delito**. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1997.

TEIXEIRA, Luciana da Silva. **Impacto econômico da Legalização das drogas no Brasil**. Consultoria Legislativa. Política e planejamento econômicos, desenvolvimento econômico, economia internacional. Brasília-DF: ago. /2016. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema10/impacto-economico-da-legalizacao-das-drogas-no-brasil>> Acesso em: 01 jul. 2020.

TORON, Alberto Zacharias. **A Proteção Constitucional da Intimidade e o art. 16 da lei de tóxicos**. In: BUSTAMANTE, Ricardo Silva de & TUBENCHIAK, James (coords.). *Livro de Estudos Jurídicos (03)*. Rio de Janeiro: IEJ, 1991.

UNODC. United Nations Office on Drugs and Crime. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/index.html>>. Acesso em: 13 jul. 2020.

WEBER, Thadeu. **Ética e Filosofia Política: Hegel e o formalismo kantiano**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999, p. 98-100.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em Busca das Penas Perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. In: KARAM, Maria Lúcia (org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2005.