



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Paternalismo Jurídico-Penal na Lei de Drogas

Bianca dos Santos Viana Carvalho

Rio de Janeiro
2011

BIANCA DOS SANTOS VIANA CARVALHO

O Paternalismo Jurídico-Penal na Lei de Drogas

Artigo Científico apresentado à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof. Guilherme Sandoval
Prof^ª Katia Silva
Prof^ª Mônica Areal
Prof^ª Néli Feztener
Prof. Nelson Tavares

O PARTERNALISMO JURÍDICO-PENAL NA LEI DE DROGAS

Bianca dos Santos Viana Carvalho

Graduada pela Faculdade de Direito de Campos.
Advogada.

Resumo: A nova Lei de Drogas trouxe em seu bojo normas violadoras do Estado liberal e democrático de Direito, ao prever a intervenção estatal na vida particular do indivíduo capaz, de modo a afastar o direito penal de sua finalidade precípua. A essência do trabalho é abordar juridicamente a positivação do porte de drogas para uso pessoal. A cuja finalidade do legislador é proteger o usuário de autolesões, sem, contudo, haver ofensas a terceiros e inexistir lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido com a norma incriminadora.

Palavras-chaves: Paternalismo Jurídico. Estado Democrático. Intervenção Mínima. Autolesão. Bem Jurídico. Ilegalidade.

Sumário: Introdução. 1. Paternalismo. 1.1. Atual desenvolvimento do paternalismo no Direito Penal 1.2. Crítica filosófico-jurídica ao paternalismo direto. 2. Bem Jurídico. 3. Incriminação do usuário na Lei 11.343/06. 3.1. Fundamentação do paternalismo na Lei de Drogas. 3.2. Posse de drogas e direito comparado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O trabalho ora proposto enfoca a temática referente aos crimes previstos na Lei 11.343/2006, mais especificamente a legitimidade da tipificação do delito previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006, que incrimina o indivíduo que, para consumo pessoal, faz uso de substâncias entorpecentes. Muito embora a Lei de Drogas tenha representado um avanço ao

diferenciar o tratamento destinado ao usuário e ao traficante de drogas, a questão relativa às drogas continua a receber cuidados excessivos do direito penal. Vê-se o Estado liberal e democrático de direito sendo flexibilizado em nome da política intervencionista da Lei de Drogas, que prevê a interferência do Estado, através do direito penal, na vida particular do indivíduo.

Em uma rápida análise sobre o atual desenvolvimento do direito penal, tanto no plano nacional quanto internacional, há uma clara tendência no sentido da expansão das diversas formas do direito penal paternalista. Todavia, a mais intensa e aguda forma de paternalismo se manifesta nos tipos penais da Lei de Entorpecentes, cuja finalidade é proteger cada cidadão individual da tentação das drogas. Também outras restrições de liberdade que, à primeira vista, são legitimadas pela proteção de outros interesses, atendem cada vez mais a considerações paternalistas. O caráter subsidiário que a norma penal exerce na proteção jurídica em geral mostra-se preterido em nome de uma proteção que ultrapassa os limites intervencionistas do Estado, bem como princípios norteadores da seleção de crimes e pena.

Busca-se despertar a atenção para a necessidade de que toda norma penal paternalista tenha uma legitimação constitucional específica. Isso porque atribui-se ao tipo a finalidade legítima de contenção de efeitos danosos para outros indivíduos, o que tornaria o tipo um caso de paternalismo aparente, porque na verdade o dispositivo serve à proteção de bens jurídicos como outro tipo qualquer. Além disso, é indispensável a proteção de sistemas sociais contra sobrecarga, minimizando os encargos ao sistema social que podem decorrer de um acidente grave. Por fim, busca-se a construção de bens jurídicos supra-individuais ou coletivos, como o objeto a ser protegido pelo tipo que se examina.

Ao longo do artigo, serão analisados os seguintes tópicos: as formas de paternalismo jurídico-penal existentes, flexibilização dos princípios do direito penal em nome da

intervenção estatal e do Estado Liberal e Democrático de Direito, e legitimidade da norma que protege as pessoas de autolesões.

Resta saber, assim, se a política criminal intervencionista do Estado é legítima para evitar que o usuário de drogas, mesmo sendo capaz, cause danos a si mesmo como o consumo de substâncias entorpecentes, aceitando todas as formas de paternalismo jurídico-penal.

1. PATERNALISMO JURÍDICO

O termo “paternalismo” tem origem anglo-saxão, apesar de a raiz “pater” vir do latim, sendo definido como a “prática de uma administração paternal ou, do ponto de vista jurídico, como a intenção de suprir as necessidades ou regular a vida de uma nação de mesma forma com um pai faz com sua família”¹. No âmbito do direito penal, segundo Andrew V. Hirsch² entende-se como o uso de sanções penais para criminalizar alguém que lesiona, ou tenta, unicamente a si próprio. Diferentemente, é o paternalismo jurídico-penal indireto, em que o direito penal pune lesões a terceiros que consente com as agressões, não as autolesões. Todavia, essa última hipótese de paternalismo, à primeira vista, sequer parece um caso de paternalismo. Contudo, como o indivíduo é impedido de dispor de seus bens recorrendo a terceiros, a proibição à lesão causada por esse terceiro com o consentimento do indivíduo acaba sendo uma limitação paternalista indireta da liberdade do cidadão.

As partes envolvidas na relação paternalista são essencialmente duas: aquele que age paternalisticamente, desejando o bem do tutelado; e aquele que tem sua liberdade restringida pelo paternalista, sendo este último considerado o próprio objeto do paternalismo jurídico.

1 MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo na lei de drogas*. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=15>. Acesso: 06 ago. 2010.

² HIRSCH *apud* SCHÜNEMANN, Bernd. “A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo?”. *In: Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, n. 232, p.107 e 108, jan.-jun./2009.

Assim, a lei acaba por se tornar um instrumento do Estado para impedir que a pessoa provoque danos a si mesma³.

Inúmeras são as classificações do paternalismo, sendo duas delas as mais importantes para sua compreensão no plano jurídico. A primeira trazida por Dworkin diferencia o paternalismo puro do impuro. Já a segunda classificação é de Feinberg⁴, dividindo o paternalismo em rígido ou “duro” e moderado ou “suave”.

Dworkin⁵ entende por paternalismo puro aquele em que há “restrição da liberdade de um grupo de pessoas que coincide com o mesmo grupo de beneficiários”; já o impuro “é a falta de coincidência entre os grupos de pessoas atingidas pela restrição e de pessoas para quem se busca um bem”.

Por outro lado, para Feinberg⁶, o paternalismo “duro” (*hard paternalism*) ou rígido, é aquele em que o Estado intervém contra autolesões do indivíduo capaz de se autodeterminar, e o “suave” (*soft paternalism*) ou moderado, se refere às intervenções estatais contra autolesões, quando o agente é incapaz, como nos casos dos indivíduos que não são adultos ou que padecem de uma enfermidade mental. Trata-se da “proteção contra decisões irrefletidas e a proteção contra a exploração da fraqueza alheia”.

A legitimidade do paternalismo “suave” ou moderado é unânime na doutrina. Segundo o professor João Paulo Martinelli⁷:

O direito penal, como instrumento de controle social formal, o mais rigoroso do Estado, só pode ser utilizado para prevenir lesão ou perigo de lesão a bens de terceiro. Quanto às autolesões, somente há legitimidade quando o agente protegido é incapaz de discernir sobre o que faz.⁸

³ MARTINELLI, João Paulo Orsini, *op. cit.*, s.p.

⁴ *Ibidem*, s.p.

⁵ DWORKIN *apud* MARTINELLI, João Paulo Orsini, *op. cit.*, s.p.

⁶ FEINBERG *apud* SCHÜNEMANN, Bernd *op.cit.*, p.108.

⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini, *op. cit.*, s.p.

⁸ Nesse sentido, tem-se observado as recentes ações dos Poderes Executivo e Judiciário do Rio de Janeiro que determinam a internação compulsória de crianças e adolescentes viciados em drogas. Contudo, deve-se ter o cuidado para não transformar tal medida em mera política higienista, de modo a simplificar o problema. Recolher sem tratar não é a solução. A internação tira os jovens drogados da situação de risco, porém a legitimidade e efetividade da medida estão aliadas a estratégias posteriores para ela se reabilite socialmente aqueles usuários menores. AZEVEDO, Solange e Wilson Aquino. O que fazer com as crianças do crack? *Isto é*, ed 2178, 08 ago. 2011. Disponível em:

Recentemente, tem-se observado ações do Poder Executivo

Com relação à classificação estabelecida por Dworkin, somente o paternalismo impuro tem relevância para o direito penal, uma vez que haverá a restrição da liberdade do capaz para proteger o incapaz, enquanto no puro o incapaz não entende o caráter lesivo de sua conduta, não surtindo qualquer efeito na esfera penal.⁹

1.1 ATUAL DESENVOLVIMENTO DO PATERNALISMO NO DIREITO PENAL

Numa análise tanto no direito penal brasileiro quanto no direito penal alienígena, há uma clara tendência de expansão das diversas formas do direito penal paternalista.¹⁰

Uma nítida hipótese de paternalismo direto é aquele em que prevê multa para os condutores ou passageiros de veículos automotor que circulem sem fazer o uso de cinto de segurança, conforme artigo 167 da Lei n.º. 9.503/97.¹¹

Também outras restrições de liberdade atendem cada vez mais as considerações paternalistas, como a proibição de fumar em locais públicos fechados, cujo objetivo é proteger o não-fumante do chamado fumo passivo. Todavia, a proibição se estende a áreas secundárias em estabelecimentos abertos ao público, o que torna a proteção manifestamente desproporcional e faz surgir a suspeita de que, no fundo, se esteja objetivando uma correção dos fumantes através de um atuar paternalista.¹²

Bernd Schünemann¹³ afirma que “a mais intensa e aguda forma de paternalismo se manifesta nos tipos penais da Lei de Entorpecentes”, no Brasil disciplinado pela Lei n.º

<http://www.istoe.com.br/reportagens/paginar/150296_O+QUE+FAZER+COM+AS+CRIANCAS+DO+CRACK+2>. Acesso: 16 out. 2011

⁹ *Ibidem*, s.p.

¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd, *op.cit.*, p.116.

¹¹ BRASIL. Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 11 out. 2010.

¹² SCHÜNEMANN, Bernd, *op.cit.*, p.118.

¹³ *Ibidem*, p.118.

11.343/2006, haja vista que na busca pela proteção de cada cidadão individual da tentação das drogas, o Estado intervém no âmbito particular da vida daquele que, muitas vezes capaz, pretende lesionar a si mesmo através do consumo de drogas.

No Brasil, direito fundamental à liberdade do cidadão está previsto no artigo 5º, *caput* da Constituição da República. Portanto, toda norma penal paternalista, por restringir a liberdade individual, necessita de uma legitimação constitucional específica. Em razão disso, legisladores e doutrinadores ofereceram como fundamento, entre outros fatores legitimadores, o fato de que o autor tenha de ser protegido contra a própria pessoa. Todavia, é o que justamente menos aparece, nas hipóteses do paternalismo indireto, pois traria à tona o conflito com a autonomia de vontade.¹⁴

Quanto ao paternalismo direto, sua legitimação se dá, principalmente, por três estratégias. Inicialmente, procura-se a contenção de efeitos danosos para outros indivíduos. Tal fato acaba por criar os casos de “paternalismo aparente”. A segunda busca a proteção de sistemas sociais contra sobrecarga, sendo o fundamento para o dever de usar o cinto de segurança. Por último, e mais frequente, é a construção de bens jurídicos supra-individuais ou coletivos. Contudo, como bem afirma Bernd Schünemann¹⁵, “a simples soma de bens individuais, reunidos sob uma classe, é claramente insuficiente para construir um bem coletivo legítimo [...]”.

De acordo com Luís Greco¹⁶ a referida insuficiência se dá em razão da não-distributividade do bem jurídico coletivo, sendo ele indivisível entre diversas pessoas. Em verdade, trata-se de uma pseudo-justificação de antecipações intoleráveis da proteção de bens

¹⁴ *Ibidem*, p.118

¹⁵ SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p.119.

¹⁶ GRECO, Luís, “‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 49, p. 115, jul.-ago./2004.

jurídicos individuais. Nesse sentido, bem afirma o professor alemão Schünemann¹⁷, englobando nessa categoria os delitos previstos na Lei de Entorpecentes:

[...] Essa exata estratégia foi usada pelo legislativo e pelo judiciário para justificar os tipos penais paternalistas da lei de tóxicos, nos quais se trata em grande parte de proteger o cidadão contra ele mesmo, ou seja, de paternalismo duro e direto, o que se tenta ocultar por trás do suposto bem coletivo da saúde pública, na verdade, inexistente a saúde de um povo, o que existe é apenas a saúde de cada cidadão individual, e a suposta saúde pública não passa de uma reunião dessas diversas saúdes individuais numa classe - sendo, portanto, inegável que a proibição penal de entorpecentes persegue interesses paternalistas.

1.2 CRÍTICA FILOSÓFICO-JURÍDICO-PENAL AO PATERNALISMO DIRETO

Inicialmente, em se tratando de tipos penais que tentam prevenir autolesões do titular do bem jurídico, cominando-lhe uma pena vulnerável, falta-lhe uma afetação da sociedade no sentido de um dano social ou de uma lesão ao bem jurídico. Além disso, a previsão e imposição de uma pena representam um dano maior para a pessoa afetada do que os benefícios que daí possam decorrer.

É nesse aspecto que se enquadram as intervenções penais do direito de entorpecentes. Ainda, mostra-se ausente de qualquer legitimidade a censura jurídico-penal contra o próprio titular do bem jurídico protegido. Por fim, é crescente o entendimento de que a pena, na maior parte dos casos, não possui qualquer eficácia, de modo que a intervenção do direito penal na esfera do particular não se mostra idônea para alcançar os objetivos do legislador.

Além das referidas objeções, busca-se na autonomia da vontade um elemento essencial, de caráter geral, para afastar qualquer tipo de paternalismo, pois, como enfatiza Miguel Reale¹⁸, “o Estado que fere a liberdade da pessoa contraria a sua própria essência”.

2- BEM JURÍDICO

¹⁷SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 120-121.

¹⁸ REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 363.

O conceito de bem jurídico é tema extremamente controverso na doutrina, como bem preceitua Luís Greco¹⁹

‘sobre o conceito de bem jurídico não há ainda qualquer consenso’. Ou se apresenta como um ‘conceito normativo de bem jurídico’, que não diferiria da *ratio legis* e, por isso mesmo seria incapaz de limitar o legislador, ou então se apresentaria como um ‘conceito naturalístico de bem jurídico’ com pretensão de suprapositividade, o que estaria em contradição ‘com o fato de que, segundo a ordem da Lei Fundamental, é tarefa do legislador democraticamente legitimado fixar não só os fins da pena, mas também os bens a serem protegidos por meio do direito penal’.

Diante de uma perspectiva dogmática, toda norma terá seu bem jurídico, já que se trata do interesse protegido por determinada norma.

Por outro lado, um conceito político-criminal traz o bem jurídico como um limitador ao poder de punir do Estado. Todavia, para que esse último seja válido, deve estar arrimado na Constituição, e não somente refletir os valores que a Constituição consagra, haja vista que somente os valores fundamentais podem justificar a intervenção penal, como corolário do princípio da subsidiariedade.²⁰

Assim, o bem jurídico deve ser mais restrito do que o conjunto dos valores constitucionais, pois nem tudo que a Constituição acolhe pode ser objeto de tutela pelo direito penal. A nossa Constituição protege até mesmo os interesses do Colégio Pedro II, não podendo suas normas servir de irrestrita base para definição de um bem jurídico.

Como bem observa Luís Greco²¹, existem três questões fundamentais no momento de definir o conceito de bem jurídico. Em primeiro lugar, deve-se ter em mente a importância fundamental do bem jurídico para alguém. A segunda questão diz respeito a que “alguém” o bem jurídico pretende ter importância fundamental. “Para os indivíduos, para a coletividade

¹⁹ GRECO, Luís. “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 82, p. 169, jan.-fev./2010.

²⁰ *Idem*, “‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 49, p. 92, 93 e 98, jul.-ago./2004.

²¹ *Ibidem*, p. 102.

ou para os dois?”. Nesse ponto, existe a concepção dualista de bem jurídico, que parece ser a posição dominante, defendendo que há bens jurídicos individuais e coletivos. O problema da concepção majoritária de bem jurídico é distinguir os bens jurídicos autênticos de mera retificações de bens jurídicos individuais.

Por outro lado, há a concepção monista-pessoal de bem jurídico, para a qual o ponto de partida são os interesses individuais, uma vez que a coletividade, *de per si*, não é objeto de proteção do direito penal. Por fim, a concepção monista-estatal ou monista-coletiva defende que todos os bens jurídicos são reflexo de um interesse do Estado ou da própria coletividade. Merece esse último posicionamento severas críticas, pois demonstra um evidente autoritarismo, não podendo mais ser sustentada. Quanto à terceira e última questão, discute-se se o bem jurídico deve ser entendido como realidade fática ou como uma entidade meramente ideal. Segundo Greco²²,

Definições de bens jurídicos que o transformem em uma entidade ideal, em um valor, em algo espiritual, desmaterializado, são indesejáveis, porque eles aumentam as possibilidades de que se postulem bens jurídicos *à la volonté*, para legitimar qualquer norma que se deseje. Ordem pública, segurança pública, incolumidade pública, confiança, tudo isso pode ser mais facilmente entendido como bem jurídico se o conceito deste se referir a meras entidades ideais, e não a dados concretos. Por isso, parece-me mais desejável trabalhar com um conceito de bem jurídico como realidade, posição que entre nós defende Juarez Tavares. Note-se que realidade não é o mesmo que realidade empírica, porque o mundo real não se esgota naquilo que se pode verificar por meio de investigação das ciências naturais: a honra, por exemplo, é uma realidade, apesar de não lhe ser essencial o aspecto empírico.

Os crimes de tóxicos são de perigo abstrato e acabam por legitimar a antecipação do direito penal, sendo bastante criticados por aqueles que defendem um direito penal mínimo. Em situação diversa está o bem jurídico coletivo, em que se antecipa a própria lesão. Assim, diante de uma verdadeira lesão, desaparecem os problemas relativos à legitimidade da norma, já que, diante do princípio da lesividade, a lesão exigida estaria atendida. “Bens

²² *Ibidem*, p. 106.

coletivos resolvem tudo, acabam com todos os problemas, e é nisto, justamente, que está o maior problema.”²³

Trata-se de um artifício usado há décadas por vários autores que buscam inventar bens jurídicos coletivos e que para tanto precisam de fundamento para legitimar uma proibição estranha. O exemplo mais gritante disso está na Lei de Entorpecentes. O bem jurídico protegido é a saúde pública, o que passa a ser, afinal, crime de lesão. Ao afastar esse bem como um bem jurídico coletivo e visualizar um bem jurídico individual, especialmente com a integridade física daquele que recebe a droga, transforma-os em crimes de perigo abstrato, tutelando um bem jurídico individual mesmo contra a vontade de seu titular. Contudo, a referida interferência na vida do particular só se justifica caso a vontade do titular do bem jurídico seja juridicamente irrelevante, sendo ele inimputável.²⁴

Diante de tal narrativa, faz-se necessária a desconstituição de bens jurídicos só aparentemente coletivos. Assim, o bem jurídico saúde pública nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem coletivo. Inexiste saúde de um povo, o que há é tão somente a saúde de cada cidadão individualmente considerado, como bem afirmado anteriormente.²⁵

É necessário formular critérios para distinguir os bens jurídicos genuinamente coletivos dos aparentes, abandonando a utopia das soluções globais. Desse modo, seria impedido “que se legitimem leis absurdas com postulações *ad hoc*, sem qualquer fundamento, mantendo a consciência dos penalistas limpa e imperturbada, em razão de estarem respeitando o tal princípio da lesividade.”²⁶

3- INCRIMINAÇÃO DO USUÁRIO NA LEI N° 11.343/2006

²³ *Ibidem*, p. 113.

²⁴ *Ibidem*, p. 114.

²⁵ SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 120.

²⁶ GRECO, Luís, *op. cit.*, p. 116.

Segundo o artigo 28 da Lei de Entorpecentes²⁷

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.

Portanto, o simples fato de possuir drogas para consumo próprio é fato merecedor de sanção penal. A lei não pretende reprimir lesão ou perigo de lesão a alguém, apenas torna crime a conduta daquele que pretende consumir qualquer substância entorpecente²⁸. Assim, diante de uma possível autolesão, a lei, por meio da pena, pretende impedir tal consequência.²⁹

O crime é o mero porte de drogas para uso próprio, sendo dispensável seu uso para configuração do tipo penal, bem como a lesão a terceiros. Todavia, “pode a pessoa sob efeito de drogas provocar danos a bens de terceiros. No entanto, diretamente, o dano está restrito ao próprio usuário”.³⁰ Trata-se de crime de perigo abstrato em que há uma presunção de dano ao bem jurídico saúde pública.

A proteção ao bem jurídico em questão é passível de críticas, como dito anteriormente, haja vista que a saúde pública é um bem jurídico difuso, enquanto que o porte para uso próprio encontra-se no âmbito individual do usuário. Argumenta-se, assim, que o “bem jurídico saúde pública nada mais é do que a soma das várias integridades físicas individuais, de maneira que não passa de um pseudo-bem jurídico.”³¹

Constata-se, um evidente comportamento paternalista do Estado, tornando ilegítima a norma da Lei de Entorpecentes, uma vez que é vedada a intervenção do direito penal para

²⁷ BRASIL. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 11 out. 2010.

²⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção e repressão*. Comentários à Lei de Drogas – Lei n.11.343/2006. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 130.

²⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini, *op. cit.*, s.p.

³⁰ *Ibidem*, s.p.

³¹ GRECO, Luís, “‘Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, n. 49, p. 115, jul.-ago./2004.

evitar condutas autolesivas de adultos competentes. Nesse sentido, João Paulo Martineli³², invocando o princípio da subsidiariedade, afirma que

Se o Estado entende que o consumo de drogas é prejudicial, por provocar dependência física e psíquica, outros são os meios legitimados a evitar o comportamento lesivo do usuário. Não é finalidade do direito penal coagir o adulto capaz a um comportamento que o Estado entende ser o melhor.

A lei penal deve buscar evitar danos a menores e adultos com problemas mentais, já que eles não possuem capacidade de discernimento. Reprimir a vontade de adultos que pretendem praticar autolesão não é ato legítimo, caracterizando um paternalismo rígido, já que houve a interferência do Estado na vontade de alguém para evitar uma autolesão, buscando o bem da pessoa contra sua vontade.³³

Diferentemente do paternalismo rígido visto na atuação daquele que porta substância entorpecente para uso próprio, está a tipificação do artigo 42, que trata da conduta do usuário dependente, que, por não conhecer a ilicitude da conduta praticada quando estiver sob efeito das drogas, age causando dano a outrem. Nessas situações, será reconhecida a ausência de culpabilidade. A idéia do legislador é que seja dada prioridade ao agente viciado de se tratar da dependência. Desse modo, resta caracterizado um paternalismo moderado, plenamente legítimo no ordenamento jurídico, haja vista que a ação do Estado recai sobre alguém que não tem autonomia para livrar-se do vício.

Diversa é a situação daquele que faz uso esporádico de substância entorpecente, já que o indivíduo possui autonomia sobre seu ato. Assim, se consumiu drogas para prática do delito não será considerado inimputável. Pelo contrario, ser-lhe-á aplicada a *actio libera in causa* do artigo 28,II do Código Penal, não tendo, portanto, sua culpabilidade excluída.³⁴

O dano indireto causado a terceiros pelo usuário sob efeito de drogas não está abrangido pelo tipo penal do artigo 28 da Lei de Entorpecentes, devendo responder o agente

³² MARTINELLI, João Paulo Orsini, *op. cit.*, s.p.

³³ *Ibidem*, s.p.

³⁴ *Ibidem*, s.p.

pelo tipo respectivo, como por exemplo, lesões corporais ou homicídio. O que se protege com o tipo é a saúde pública e o porte de drogas, bem como o uso pelo indivíduo, sendo qualquer dano a terceiro atribuído indiretamente.³⁵ Não há uma vítima em tal conduta, pois quem sofre o dano é o próprio agente. “Não é do direito penal reprimir comportamentos sem vítimas efetivas ou em potencial. A vitimização não é condição suficiente, mas necessária, para tornar crime determinado comportamento”.³⁶

Segundo o Supremo Tribunal Federal, diante do artigo 28, a conduta do usuário continua sendo penalmente punível, todavia com penas alternativas, havendo mera despenalização, sendo o usuário um “tóxico-delinquente”. Nesse sentido foi a decisão do RE nº 430.105-9³⁷”

Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C.Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C.Penal, art. 107).

3.1 FUNDAMENTAÇÃO DO PATERNALISMO NA LEI DE DROGAS

³⁵ *Ibidem*, s.p.

³⁶ *Ibidem*, s.p.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 430.105-9. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DOU de 27 de abril de 2007.

A principal questão que envolve a permissão do Estado em intervir na vida do particular, previsto na Lei de Drogas, diz respeito à construção de um bem jurídico coletivo aparente da saúde pública, o que, aos olhos de respeitada parte da doutrina penalista é dogmaticamente insustentável.³⁸

Diante disso, o Estado perdeu de vista o que o direito penal tem de mais específico, já que se valendo das mais brutais sanções, resulta um aumento exponencial na intensidade da intervenção do estado.

É justamente por tal efeito devastador que o direito penal possui uma limitação qualificada, a da *ultima ratio* para a proteção de bens jurídicos. Desse modo, “a norma penal exerce uma função meramente suplementar da proteção jurídica em geral, só valendo a imposição de suas sanções quando os demais ramos do Direito não mais se mostrem eficazes na defesa dos bens jurídicos”.³⁹

Indo de encontro a essa regra, o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 prevê, no seu inciso I, a possibilidade de o juiz advertir o usuário sobre os efeitos das drogas. Muito embora se trate de uma medida válida, não caberia ao direito penal ocupar-se de tal previsão, sendo suficiente para tanto medidas de políticas públicas, como educação e cultura.⁴⁰

Portanto, resta evidente a violação ao caráter subsidiário das normas penais, já que a “intervenção no círculo jurídico dos cidadãos só tem sentido se se fizer como imperativo de necessidade, isto é, quando a pena se mostrar como único e último recurso para proteção do bem jurídico”.⁴¹ A mera advertência como sanção adequada à conduta proibida demonstra a falta de gravidade para que aquela conduta seja considerada crime. Além disso, pune-se a uma

³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p. 122.

³⁹ TAVARES, Juarez. “Critério de seleção de crimes e cominação de penas”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, número especial de lançamento, p.81-82, 1992.

⁴⁰ MARTINELLI, João Paulo Orsini, *op. cit.*, s.p.

⁴¹ TAVARES, Juarez, *op. cit.*, p. 82.

conduta que antecede à autolesão, não atingindo diretamente bens de terceiros, logo mostra-se ilegítima sua criminalização.⁴²

Como é sabido, a “guerra contra as drogas” há muito mostra-se fracassada em todo o mundo, mas sob a liderança dos Estados Unidos, continua a ser implementada sob o prisma do *more of the same*, reconhecendo uma probabilidade de êxito diante da avaliação do legislador, como bem pontua Bernd Schünemann.⁴³

Em razão disso, “o critério da idoneidade para o combate ao vício foi completamente dissociado da realidade empírica.”⁴⁴ Para tal justificativa, “não levam em consideração o bem jurídico que se pretende proteger individualmente. Consideram-se os efeitos de um ato”.⁴⁵ Portanto, se a liberação do uso de compra e venda de entorpecentes causar resultados prejudiciais à sociedade, caberá à lei reprimir tais condutas, mesmo que se trate de autolesões.

Assim, diante da busca pelo afastamento das consequências indiretas do uso de entorpecentes, como aquelas havidas no âmbito familiar e quanto à violência resultante do uso indevido de drogas, o consumo de bebidas alcoólicas deveria receber, da mesma forma que o uso de alucinógenos, a devida repressão penal, não importando o tipo de usuário, seja adulto capaz, seja criança ou adolescente.⁴⁶

Contudo, as “bebidas alcoólicas possuem livre mercado e são fontes consideráveis de riqueza para os cofres públicos”⁴⁷, não havendo, dessa forma, interesse por parte do Estado em intervir nesse tipo de atividade e comportamento.

Em se tratando de bens jurídicos difusos ou lesões indiretas, é latente o reconhecimento de abuso na atuação do Estado através de criminalização exacerbada. Afirmar que o uso livre de drogas levará a vida social ao colapso, em razão dos já referidos riscos

⁴² MARTINELLI, João Paulo Orsini, *op. cit.*, s.p.

⁴³ SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p.123.

⁴⁴ *Ibidem*, p.124.

⁴⁵ MARTINELLI, João Paulo Orsini, *op. cit.*, s.p.

⁴⁶ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 650.

⁴⁷ MARTINELLI, João Paulo Orsini, *op. cit.*, s.p.

criados nas situações de alucinação, bem como através de condutas ilícitas para adquirir entorpecentes, e permitir o consumo de bebidas alcoólicas, cujos efeitos podem ser os mesmos, mostra-se um paradoxo que deve ser evitado para não gerar tratamento desigual a situações substancialmente semelhantes.

Em outra perspectiva, o catedrático alemão Bernd Schünemann tece em uma significativa análise entre a liberação da bebida alcoólica e a proibição do uso do tóxico⁴⁸:

O tratamento dispar dispensado ao álcool e à *cannabis* é justificado pela alegação de que não se pode proibir o álcool porque ele é indispensável no vinho da eucaristia cristã (BVerfGE 90, 197) – questão que, por um lado, poderia ser facilmente resolvida ainda que houvesse uma proibição similar à da *cannabis*, bastando a previsão para estes casos de uma licença para uso (...), sem contar que a qualquer momento se poderia criar um novo culto religioso em que o consumo da *cannabis* tivesse a importância do incenso e da mirra no culto cristão.

Por fim, em se tratando de uma norma penal que afeta o interesse vital da coletividade, já que se mostra discutível a intervenção do Estado na vida do particular plenamente capaz, propõe Juarez Tavez⁴⁹ que nesses casos seja feita uma prévia consulta direta à população, em que os cidadãos opinam acerca da necessidade da manutenção ou abolição da norma. Trata-se, na verdade, do respeito aos direitos humanos, uma vez que reestrutura o princípio da representatividade popular dentro de um Estado Democrático de Direito. Afirma, ainda, o doutrinador que “o alcance desse princípio, aparentemente populista, se torna mais significativo, ao verificar-se que a nossa própria Constituição (art. 61) confere hoje expressamente aos cidadãos a iniciativa das leis complementares e ordinárias.”

3.2 POSSE DE DROGAS E DIREITO COMPARADO

Recentemente, a Corte Constitucional da Argentina reconheceu que o “tipo penal previsto no art. 14, § 2º, da Lei 23.737/1989, na medida em que reprime a posse de drogas para consumo pessoal, seria incompatível com o princípio de reserva contido no art. 19 da

⁴⁸ SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p.125.

⁴⁹ TAVARES, Juarez, *op. cit.*, p. 83.

Constituição argentina”.⁵⁰ Em decisão unânime, descriminalizou a posse de drogas para uso pessoal para os maiores de 16 anos. A Corte deixou claro que não se trata de legalização, mas a posse de pequena quantidade, para uso pessoal, resta afastada de punição pelo direito penal.

Trata-se, em verdade, de uma tendência mundial, afastando aos poucos a política repressiva norte-americana de “guerra contra as drogas”. Diante da escassez de recursos de combate às drogas, o ideal é que a repressão se destine não mais contra os usuários e, sim, contra os traficantes.⁵¹

Seguindo a mesma linha, o México, em agosto de 2009, “descriminalizou (legislativamente) a posse de drogas para uso pessoal, desde que não exceda o limite de 500 miligramas de cocaína ou de 5 gramas de maconha”.⁵²

Da mesma forma, Uruguai, Peru, Costa Rica e Colômbia há anos não punem a posse do usuário para consumo próprio.

O Tribunal Constitucional da Alemanha entendeu pela constitucionalidade da Lei de Entorpecentes, mas admitiu que o indivíduo não pode ser punido pela posse de uma pequena quantidade para consumo próprio. Todavia, concedeu ao legislador a liberdade de declarar punível esse comportamento se as autoridades de persecução não chegarem a oferecer denúncia. Diante dessa estranha sistemática, SCHÜNEMANN⁵³ diz levar “a uma ‘esquizofrenia regulativa’, pois supostamente dá-se ao legislador o direito de declarar algo impunível, desde que este comportamento não venha, de fato, a ser punido.”

Apesar de ser tendência no direito alienígena, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro mostra-se irredutível e não descaracteriza o porte se aquele usuário o fizer, para consumo próprio, em pequena quantidade.

⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. Corte argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2268, 16 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13510>>. Acesso em: 6 mai. 2011.

⁵¹ *Ibidem*, s.p.

⁵² *Ibidem*, s.p.

⁵³ SCHÜNEMANN, Bernd, *op. cit.*, p.124-125.

Em recente *Habeas Corpus* julgado pela quinta turma do STJ, foi negado o reconhecimento do princípio da insignificância ante a própria característica do tipo de posse de drogas para uso próprio⁵⁴, conforme a ementa que segue:

HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL(ART. 28 DA LEI 11.343/06). PENA: 3 MESES DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, POR 4 HORAS SEMANAIS. PROVA DA MATERIALIDADE E AUTORIADA CONDUTA DELITUOSA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PRECEDENTES DO STJ. POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO (LEI 9.099/95). PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. HC CONCEDIDO, DE OFÍCIO, APENAS PARA DETERMINAR A OUVIDA DO MP SOBRE A POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. 1. **A pequena quantidade de substância entorpecente, por ser característica própria do tipo de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/06), não afasta a tipicidade da conduta.** Precedentes. 2. HC denegado, em consonância com o parecer ministerial. Ordem concedida, de ofício, apenas para determinar a ouvida do MP sobre a possibilidade de suspensão condicional do processo.

No mesmo sentido era entendimento do Supremo Tribunal Federal, conforme o HC 81641⁵⁵

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. POSSE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (ART. 12 DA LEI Nº 6.368/76): PEQUENA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA OU CRIME DE BAGATELA. ALEGAÇÃO DE FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL (ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA). "HABEAS CORPUS". 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não abona a tese sustentada na impetração (princípio da insignificância ou crime de bagatela). Precedentes. 2. Não evidenciada a falta de justa causa para a ação penal, o "H.C." é indeferido.

Entretanto, nos últimos julgados a respeito do tema, o STF, seguido a tendência moderna, reconheceu a descaracterização material da tipicidade penal ante a aceitação do princípio da insignificância nos delitos de posse ou porte de entorpecentes, para consumo próprio, quando se tratar de quantidade ínfima, como se vê no HC 97131⁵⁶

E M E N T A: CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) - PORTE (OU POSSE) DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA - USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - APLICABILIDADE - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 158955. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado no DOU de 17 de maio de 2011.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 81641. Relator: Min. Sydney Sanches. Publicado no DOU de 4 de abril de 2003.

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 97131. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 27 de agosto de 2010.

POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - PEDIDO DEFERIDO. - Aplica-se, ao delito castrense de porte (ou posse) de substância entorpecente, desde que em quantidade ínfima e destinada a uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar, o princípio da insignificância, que se qualifica como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal. Precedentes.

CONCLUSÃO

Por tudo que foi exposto, conclui-se que a reconhecida legitimidade do paternalismo “suave” ou moderado, de forma unânime na doutrina, se contrapõe às severas discussões quanto à legalidade do paternalismo “duro” ou rígido, uma vez que neste o Estado intervém para evitar autolesões do indivíduo capaz de se autodeterminar. Entretanto, deve ser garantida ao cidadão, que possui pleno discernimento para a prática de atos da vida civil, a livre manifestação de sua vontade, limitada apenas pela proteção dos direitos de terceiros, efetivamente demonstrados no caso concreto.

Hodiernamente, é clara a tendência das diversas formas do direito penal paternalista, sendo que a mais intensa e aguda forma se manifesta nos tipos penais da Lei de Entorpecentes, já que em busca pela proteção de cada cidadão da tentação das drogas, o Estado intervém no âmbito particular da vida daquele que, muitas vezes capaz, pretende lesionar a si mesmo através do consumo de drogas.

Dessa forma, falta à norma que incrimina o usuário de drogas uma afetação da sociedade no sentido de um dano social ou de uma lesão ao bem jurídico, já que o dano indireto causado a terceiros pelo usuário sob efeito de drogas não está abrangido pelo tipo penal do artigo 28 da Lei de Entorpecentes, devendo responder o agente pelo tipo respectivo, como por exemplo, lesões corporais ou homicídio. Além disso, é crescente o entendimento de que a pena, na maior parte dos casos, não possui qualquer eficácia, de modo que a intervenção do direito penal na esfera do particular não se mostra idônea para alcançar os objetivos do legislador.

Por fim, em respeito ao Estado Democrático de Direito e por se tratar de norma penal que afeta o interesse vital da coletividade, já que se mostra discutível a intervenção do Estado na vida do particular plenamente capaz, deve ser dada oportunidade à coletividade de se manifestar em prévia consulta direta à população, o que definirá a manutenção ou abolição da discutida norma penal.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Solange e Wilson Aquino. O que fazer com as crianças do crack? *Istoé*. 2178 ed, 08 ago. 2011 Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/paginar/150296_O+QUE+FAZER+COM+AS+CRIAN+CAS+DO+CRACK+/2>. Acesso: 16 out. 2011.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 11 out. 2010.

_____; Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 11 out. 2010.

_____; Superior Tribunal de Justiça. *HC 158955*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Publicado no DOU de 17 de maio de 2011.

_____; Supremo Tribunal Federal. *RE nº 430.105-9*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Publicado no DOU de 27 de abril de 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 97131*. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no DOU de 27 de agosto de 2010.

_____; Supremo Tribunal Federal. *HC 81641*. Relator: Min. Sydney Sanches. Publicado no DOU de 4 de abril de 2003.

GOMES, Luiz Flávio. Corte argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2268, 16 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13510>>. Acesso em: 6 mai. 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Tóxicos: prevenção e repressão*. Comentários à Lei de Drogas – Lei n.11.343/2006. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Luís. “Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch)”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 82, p. 165-185, jan.-fev./2010.

_____; “Princípio da ofensividade’ e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 49, p. 89-147, jul.-ago./2004.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=15>. Acesso: 6 ago. 2010.

REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHÜNEMANN, Bernd. “A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo?”. In: *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, n. 232, p.107-132, jan.-jun./2009.

TAVARES, Juarez. “Critério de seleção de crimes e cominação de penas”. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, número especial de lançamento, p.75-87, 1992.