

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-323-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direito Penal. 3. Processo Penal.
4. Constituição. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA
DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Segue a apresentação de trabalhos que nortearam as discussões do GT de Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, por ocasião do XXV Congresso Nacional do Conpedi, em Curitiba/PR.

Os textos que ora se apresentam, ecléticos que são pela própria amplitude das ideias que contemplam e porque elaborados por autores que estão cientes do papel social que possuem na consolidação de um Estado verdadeiramente Democrático de Direito, demonstram a riqueza das ideias que norteiam o direito penal e o direito processual hodierno.

Os trabalhos contêm estofo interdisciplinar e contemplam desde a dogmática individualista tradicional até as transformações dogmáticas mais aptas à tutela do bem jurídico transindividual. As ideias transbordam o direito nacional e traduzem questões que afetam a modernidade globalizada, e dizem respeito tanto aos aspectos materiais como processuais de uma modernidade que reclama, mais do que nunca, que cada cidadão exerça efetivamente o seu papel social.

Como legado, fica a ideia de que o direito penal e o direito processual penal, como segmentos de controle social de caráter formal e residual, carecem de aperfeiçoamento, principalmente porque subjacentes, hoje, às discussões que envolvem a pertinência das leis e do trabalho dos envolvidos na persecução penal desde sua etapa primeva.

Os textos ora apresentados refletem a vivência de uma sociedade complexa e plural, carecedora de práticas que não estejam ancoradas em velhas e ultrapassadas premissas e tradições. Daí a razão pela qual a leitura permitirá vislumbrar o cuidado que cada autor teve de apresentar textos críticos, que por certo contribuirão para modificações legislativas e práticas materiais e processuais que alimentem o direito penal e o direito processual penal de molde a guardarem mais pertinência à Constituição Federal de 1988 e aos reclamos da sociedade hodierna.

Tenham todos ótima leitura e que venham os frutos das ideias acima destacadas!

Prof. Dr. Fábio André Guaragni - UNICURITIBA

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro - ESDHC

**O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 635.659/SP E A CRIMINALIZAÇÃO DO
USUÁRIO DE DROGAS: POR UMA LEITURA ANTIPATERNALISTA**

**EXTRAORDINARY APPEAL NO. 635659/SP AND THE DRUG USER
CRIMINALIZATION: AGAINST A PATERNALIST READING**

Gustavo Noronha de Avila ¹
Rafaela Simões dos Anjos ²

Resumo

Neste trabalho pretendemos contextualizar a possível repercussão do Recurso Extraordinário n. 635.659/SP, que possui como escopo o debate relativo à (im)possibilidade de criminalização do usuário de drogas. Para tanto, analisamos não apenas os argumentos ali trazidos, bem como as possíveis sustentações dadas à incriminação do usuário desde a dogmática penal. Entendemos que a política de drogas deve estar voltada, primeiramente, ao seu próprio sustentáculo: existe bem jurídico a embasar esse dispositivo punitivo? Ainda, essa criminalização é compatível com os fundamentos constitucionais de proteção à vida privada? Estes são os questionamentos que tentaremos encaminhar no presente trabalho.

Palavras-chave: Política criminal de drogas, Lei 11.343/2006, Bem jurídico-penal

Abstract/Resumen/Résumé

In this paper we aim to analyze the possible impact of the Extraordinary Appeal n. 635.659 /SP, which focus on the the debate about the (im)possibility of criminalizing drug users. Therefore, we analyze not only the arguments brought there, as well as possible given supports the user criminalization. We understand that drug policy should be directed to their own sustenance: is there an ethical value protected by this punitive device? Is this criminalization compatible with the constitutional protection of private life? These are the questions we will try to address in this work.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Drug policy, Decree 11.343/2006, Ethical values ruled by criminal law

¹ Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Mestrado em Ciências Jurídicas do Unicesumar. Professor da UEM. Bolsista Produtividade I do ICETI.

² Mestranda em Ciências Jurídicas no Unicesumar. Bacharel em Direito pela Universidade Paranaense. Conciliadora do Juizado Especial Cível, Criminal e Fazenda Pública da Comarca de Paraíso do Norte - Paraná.

1. Introdução

A transição de uma política criminal de drogas para uma *não* criminal ainda é motivo de intensos debates em nosso contexto. Mesmo com uma importante virada de tratamento em relação ao usuário, promovida a partir da Lei 11.343/2006, que completa dez anos, ainda existe muito a ser debatido quanto às (im)possibilidades de sua criminalização.

A intensificação do debate têm produzido uma série de trabalhos acadêmicos, demonstrando a relação entre o substancial aumento dos índices de encarceramento, desde a edição da atual lei de drogas. Não apenas a confusão entre as figuras de usuário e traficante, como também o sustentáculo da proibição têm sido colocados em xeque: o bem (?) jurídico-penal saúde pública. Além dele, a possível ofensa à vida privada do usuário também precisa ser discutida.

Trabalharemos, neste escrito, com a metodologia hipotético-dedutiva. A técnica de pesquisa é fundamentalmente bibliográfica, com emprego de análise de *leading case* em nosso Supremo Tribunal Federal: o julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.659/SP. Nosso objetivo é analisar como os argumentos *antipaternalistas* estão sendo utilizados nesse caso concreto.

A linha nitidamente paternalista, adotada no presente por nosso legislador, deve ceder lugar a uma política *não* criminal, baseada na autonomia do usuário, no respeito a sua vida privada e também na fundamental ideia de impacto carcerário da criminalização de dez anos atrás.

2. O Porte de Drogas para Consumo

Primeiramente, definir “droga” não é questão singela. Ruggiero (2008, p. 81) demonstra as dificuldades na tentativa de classificar, em acordo com a ciência, a expressão “droga”. Muitas vezes, esta tentativa de rotulação é sustentada em diagnósticos políticos e, fundamentalmente, morais. Dessa forma, “a palavra 'droga' carrega consigo uma noção de norma e de proibição; ela faz alusão a algo a que devemos manter distância: indica uma separação social. Por essa razão, 'droga' não é um conceito descritivo, mas avaliativo: é uma senha que implica automaticamente uma proibição”.

A Lei 11343/2006, mesmo herdeira da mesma sistemática de classificação de “drogas” anterior, trouxe mudanças significativas ao tratar do usuário de drogas. Passou a prever penas de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade, e a medida educativa de comparecimento de programa ou curso educativo ao invés da pena privativa de liberdade constante na Lei anterior (Lei 6368-76). A nova postura político-criminal, em tese, transcenderia à ideia de “*guerra às drogas*” e traria como foco renovado a questão da *saúde* do usuário.

Ocorreu, com essa inovação, polêmica quanto à descriminalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, uma vez que, conforme o artigo 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, “Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção”. Luis Flávio Gomes (2006) defendeu que houve a descriminalização formal da posse de droga para consumo pessoal, passando a ser uma infração *sui generis*, uma vez que não pode ser considerada crime por não prever pena de detenção ou reclusão, tampouco pode ser contravenção, veja-se:

Ora, se legalmente (no Brasil) "crime" é a infração penal punida com reclusão ou detenção (quer isolada ou cumulativa ou alternativamente com multa), não há dúvida que a posse de droga para consumo pessoal (com a nova lei) deixou de ser "crime" do ponto de vista formal porque as sanções impostas para essa conduta (advertência, prestação de serviços à comunidade e comparecimento a programas educativos – art. 28) não conduzem a nenhum tipo de prisão. Aliás, justamente por isso, tampouco essa conduta passou a ser contravenção penal (que se caracteriza pela imposição de prisão simples ou multa) (...) diante de tudo quanto foi exposto, conclui-se que a posse de droga para consumo pessoal passou a configurar uma infração *sui generis*. Não se trata de "crime" nem de "contravenção penal" porque somente foram cominadas penas alternativas, abandonando-se a pena de prisão. De qualquer maneira, o fato não perdeu o caráter de ilícito (recorde-se: a posse de droga não foi legalizada). Constitui um fato ilícito, porém, "sui generis". Não se pode de outro lado afirmar que se trata de um ilícito administrativo, porque as sanções cominadas devem ser aplicadas não por uma autoridade administrativa, sim, por um juiz (juiz dos juizados ou da vara especializada). Em conclusão: não é "crime" nem é "contravenção" nem é um ilícito "administrativo": é um ilícito "sui generis".

Carvalho e Rosa (2012), porém, discordam da posição de Gomes, entendem que não se pode concluir que a conduta de possuir droga para consumo pessoal deixou de ser crime com base na definição de crime no artigo 1.º da LICP, vez que este se encontra defasada. Ademais, argumentam que o artigo 5.º, XLVI, da Constituição Federal expressamente autoriza a existência de crime sem a cominação de pena privativa de liberdade e, por fim, argumentam que o artigo 28 da Lei 11343 – 2006 está inserido no designado “Dos crimes e das penas”.

Ávila e Carvalho (2015) explicam que não houve a descriminalização do crime de porte de drogas para uso próprio, continuando a conduta ser penalizada, porém não com a pena privativa de liberdade. O STF tratou do assunto em fevereiro de 2007, quando apreciou o RE 430105/QO/RJ, do qual fora relator o Ministro Sepúlveda Pertence, resolvendo que o não houve a descriminalização da conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/2006, tampouco constitui infração penal *sui generis*. O que houve foi a despenalização da conduta, ou seja, deixou-se de prever a pena privativa de liberdade para esse crime, prevendo medidas alternativas.

Segundo a redação do artigo 28 da Lei 11343/2006, então, considera-se usuário de drogas aquele que adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. O §1º do mesmo artigo prevê, ainda, o mesmo tratamento penal para aquele que, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

O §2º do artigo 28 da Lei de drogas, por sua vez, regulamenta os critérios que o juiz deve se atentar para aferir se a droga destinava-se a consumo pessoal: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como conduta e antecedentes do agente.

Destaca-se a importância de se averiguar tais condições para um usuário não ser confundido com um traficante, pois o tratamento penal dado ao traficante de drogas é muito mais severo: pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos. Ademais, o crime de tráfico de drogas é equiparado a crime hediondo, conforme o artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Pode parecer que a nova legislação de drogas criou benefícios ao usuário de drogas, bem como reforçou o desencarceramento. Ocorre, porém, que dez anos depois o contexto é radicalmente diferente. Ao estabelecer como critério a ser observado pelo juiz para diferenciar o traficante do usuário o local e as condições pessoais e sociais do sujeito, haverá margem para a introdução de critérios excessivamente subjetivos e, no limite, seletivos.

Neste sentido, ZAFFARONI e BATISTA (2003, p.47) assinalam que o aparelhamento penal brasileiro age como um filtro seletivo de pessoas, o qual capta a vulnerabilidade individual com a correspondência ao estereótipo criminal.

MACHADO (2016, p.431) explica essa seletividade penal:

O traficante é retratado como um rapaz jovem, negro (ou mulato) e morador de favela. Em consequência disso, ao pensarmos onde está situado o tráfico de drogas em nossas cidades, vamos pensar nos locais onde estes jovens moram, ou seja, nas favelas, nas periferias ou em bairros considerados “carentes”.

Tal realidade é facilmente verificada ao analisar o perfil dos presos e condenados no Brasil pelo tráfico de drogas, como foi constatado pela pesquisa intitulada “Tráfico de Drogas e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas”¹. Esta pesquisa confirma o caráter seletivo do sistema penal.

Segundo ela, em Brasília, 68,7% dos processos se referem à réus com quantidade de maconha inferior a 100 g, o que revela a criminalização de quantidades baixas como tráfico. No Rio de Janeiro, em 50% dos casos, a quantidade de maconha apresentada foi de até 104 g. Na capital federal, a faixa de quantidade de cocaína prevalente está entre 100 g a 1 kg, em 28,8% dos casos, sendo que, em 50% dos casos, esta foi de até 106 g.

Nota-se, assim, uma quantidade relativamente baixa de drogas para os réus serem intitulados como traficantes e não como usuários. Isto pode ser justificado pela excessiva subjetividade, manifestada pela ausência de critérios claros de diferenciação, da lei penal de drogas, bem como da existência da já referida seletividade penal, punindo de maneira desigual os (em tese) iguais.

CHRISTOFFOLI e DAVID (2016, p.588) concluem nesse sentido, que falta no ordenamento jurídico brasileiro o critério objetivo referente à quantidade de droga que poderia para diferenciar o usuário do traficante. Essa objetividade serviria para impedir o arbítrio da autoridade no momento da tipificação da conduta.

As drogas são tema recorrente dentre as discussões criminológicas, especialmente nas vertentes críticas. Por outro lado, são raras as tentativas de aproximações entre essa perspectiva e as dogmáticas (críticas). Depois de mais de 30 anos de políticas latino-americanas pautadas pela guerra às drogas promovida,

¹ Trata-se de um projeto de pesquisa realizado entre março de 2007 e julho de 2009, que envolveu uma reflexão sobre a política de drogas brasileira, tanto no campo teórico como na prática dos Tribunais, tendo sido realizada pesquisa de campo na Justiça Criminal do Rio de Janeiro e em Brasília, com a participação de docentes e discentes das Faculdades de Direito da UFRJ e da UnB.

especialmente, pelos Estados Unidos da América (DEL OLMO, 2005), o século XXI viu a tendência revisionista da repressão ganhar espaço. Esta tendência redundou, inclusive, na edição de nossa Lei 11.343/2006 e a dita despenalização das condutas do usuário. Isto, por óbvio, não excluiu a necessidade de discussão quanto ao proibicionismo direcionado ao traficante. Sob pena de o excessivo foco na figura do usuário manifestar o sintoma de uma certa seletividade de tratamento acadêmica.

Thiago Rodrigues (2012, p. 141) traz importante contextualização do proibicionismo enquanto tendência e, não só, de realidade concreta:

Como tônica da Proibição, a guerra às drogas jamais se aproximou da meta em erradicar o negócio e o consumo de psicoativos no mundo. O caráter militar assumido pela luta internacional contra as drogas ilícitas deve ser encarado não como uma inovação completa do proibicionismo, mas sim como a transposição para o plano internacional da lógica coercitiva e policial de controle social consolidada localmente pela via da repressão a consumidores e negociantes de substâncias psicoativas. Com isso, afirma-se que a dimensão diplomático-militar assumida pela Proibição é um desdobrar das táticas de controle social brotadas no início do século XX que forja uma inusitada modalidade de prevenção geral internacional. Questionado como solução universal para a questão do comércio e uso de psicoativos, o proibicionismo vem sendo alvo de críticas que procuram apontar saídas alternativas e novos percursos que prescindam da condenação e da criminalização como caminho para lidar com as drogas, substâncias envoltas em hábitos e práticas que se apresentam, aos olhos de cada vez mais observadores, como não suprimíveis ou incontornáveis.

Dado caráter histórico-persistente da utilização de entorpecentes em nosso meio, é necessário buscar-se alternativas ao tratamento penal. Especialmente as que digam respeito ao tratamento voluntário de usuários e uma ampla campanha midiática de advertência sobre os efeitos dos entorpecentes. A perspectiva belicista está esgotada e a descriminalização da conduta do usuário é o ponto de partida para a superação daquele paradigma.

3. O Fundamento (?) da Saúde Pública

A criminalização do porte de droga para consumo próprio é pautada na proteção ao bem jurídico saúde pública. Ocorre, porém, que esse valor ético-social protegido pelo Estado para relevar a sua intervenção na vida privada do indivíduo pode ser criticada. Fala-se em um falso bem jurídico como justificativa para um paternalismo penal.

O Paternalismo Penal, analisado por João Paulo Orsini Martinelli (2010), pretende proteger o indivíduo de si mesmo. Para o autor, o paternalismo consiste na

"intervenção na liberdade de uma pessoa com o fim de protegê-la de seu próprio ato lesivo ou proteger terceiro que consinta na lesão".

No que tange à proibição do uso de drogas, como consta no artigo 28 da Lei 11.343/2006, o autor defende que esta norma atua sobre a liberdade do indivíduo para lhe evitar um mal, sendo que a proteção da lei não se direciona à saúde pública, já que o resultado do consumo é individual, não público.

Assim, só deve haver proteção pelo direito penal a um bem jurídico quando houver ofensividade ao mesmo, pois o Direito Penal deve ser visto como *ultima ratio*. Nesse sentido, Claus Roxin (2006, p.13) preconiza que o direito penal só deve se manifestar quando "a eliminação do distúrbio social não puder ser obtida através de meios extrapenais menos gravosos".

Conforme exposto por Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Ávila (2016, p. 647), eleger um bem jurídico de caráter coletivo para criminalização de condutas associadas às drogas acaba por disfarçar a inexistência de um bem jurídico que legitime a intervenção penal. Há ausência de concretude na determinação desse fundamento criminalizador.

Schunemann (2012) aponta quatro objeções especificamente penais aos tipos penais que tentam prevenir autolesões do titular do bem jurídico cominando-lhe uma pena :

Em primeiro lugar, uma vez que apenas são afetados os interesses do próprio titular do bem jurídico, **falta uma afetação da sociedade no sentido de um dano social ou de uma lesão a bem jurídico** ou de um *harm to others* (*objeção referida aos fundamentos do Direito Penal*). Em segundo lugar, **tanto a cominação de uma pena como sua imposição representam em geral um dano maior para a pessoa afetada do que os benefícios que daí possam decorrer** (*objeção referida ao utilitarismo penal*). Isso vale especialmente para as intervenções penais do Direito de entorpecentes, tanto em favor como contra o consumidor, de maneira que os únicos tipos legítimos aqui são os que cuidam da proteção de terceiros, como o de dependentes incapazes de culpabilidade, de crianças ou de jovens. Em terceiro lugar, **parece, em regra, moralmente impróprio formular uma censura jurídico-penal contra o próprio titular do bem jurídico**, como já foi demonstrado por Andrew v. Hirsch (*objeção ético-penal*). Por último, **a cominação de uma pena é na maior parte dos casos privada de qualquer eficácia, de modo que a intervenção do Direito Penal sequer é idônea para alcançar qualquer dos objetivos almejados pelo legislador** (*objeção preventivo-penal*). Isso pode ser demonstrado de modo especialmente claro com base no suicídio, pois quem quer pôr fim à própria vida não pode ser mais motivado por uma cominação penal a fazer o que quer que seja. (grifo nosso)

LOPES e PÊCEGO (2016, p.482) adicionam uma crítica à intervenção penal, explicam “que é preciso rechaçar a idéia de administrativização da tutela penal, que ocorre através da intervenção punitiva deste ramo do Direito em questões ligadas ao simples descumprimento de funções meramente administrativas”. Para eles, a intervenção penal tem recaído sobre setores da mera regulação da Administração Pública, afastando de seus princípios constitucionais de intervenção mínima, da idéia de ofensividade e de exclusiva proteção de bens jurídicos-penais.

Necessário (re)pensar sobre o fundamento que sustenta esta criminalização: o quê seria a saúde pública? Não apenas temos uma categoria de difícil determinação, ou seja, cuja concretude enquanto bem jurídico-penal pode ser seriamente questionada, como também é necessário pensar se a *saúde pública* enquanto enunciada como sustentáculo, não significa, ao fim, uma simples soma da *saúde* de cada um dos indivíduos abstratamente protegidos.

Se assim for considerado, outra questão importante precisa ser enfrentada: não estaríamos, em última análise, vendando a *autolesão*? Parece que sim, ou seja, o fundamento de proteção penal está claramente alicerçado em uma concepção paternalista.

Categoricamente, portanto, não há que se falar em proteção ao bem jurídico saúde pública na criminalização do uso de drogas, uma vez que esta conduta ocasiona tão somente a autolesão e não a lesão à saúde pública, conforme quer o legislador. A questão das drogas deve ser vista como uma função administrativa, uma questão de política pública de saúde.

O Estado brasileiro deixa de realizar políticas públicas de emprego, educação, moradia, salário, dentre outras, as quais melhorariam as condições de vida de sua população, diminuindo a marginalização social e, conseqüentemente, baixar os níveis de criminalidade. Ao contrário, o Congresso Nacional preocupa-se em elaborar projetos de leis criminalizando condutas ou aumentando penas, como paliativismos para resolver problemas sociais.

Importante ressaltar que, desde muito, a *panpenalização* assola nosso país. A cadeia de produção de um ato (a ser) criminalizado é a seguinte: ocorre um fato; a mídia e a população pedem atitude do governo; o governo, através do Poder Legislativo, edita leis para responder ao clamor social. Resultado: mais uma conduta considerada crime no Brasil, com conseqüente aumento da população carcerária.

Azevedo (2015) exemplifica essa prática do governo como a que ocorreu com o crime de falsificação de remédios, que passou a ser equiparado a crime hediondo. O autor menciona a verdadeira panacéia penal com a qual temos convivido desde muito e apenas parece aumentar: “O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais”.

Ressalta-se que o indivíduo detém os direitos fundamentais da liberdade de se autodeterminar e decidir o que quer da sua vida. Não pode a liberdade de coexistência de sobrepor sobre a liberdade individual, quando esta não apresentar nenhuma ofensa àquela. Assim, criminalizar a conduta do indivíduo usuário de droga é uma afronta aos seus direitos de personalidade da intimidade e vida privada, além de ferir o princípio do direito penal da lesividade.

CHRISTOFFOLI e DAVID (2016, p.598) apontam, ainda, para o paradoxo dos proibicionistas em não defenderem a criminalização do uso do tabaco nem do álcool, destacando os inúmeros acidentes automobilísticos causados pela ingestão de álcool que acarretam a perda de milhares de vidas. Se o objetivo dos legisladores é realmente proteger a saúde pública, nota-se a ocorrência de exatamente o contrário. A guerra às drogas no Brasil fracassou. Hoje significa sangue derramado, além disso, gera uma superlotação no sistema carcerário brasileiro que condicionam seus detentos em condições sub-humanas.

O STF em decisão recente na Medida Cautelar da ADPF 347 reconheceu que o sistema carcerário brasileiro vive um verdadeiro “Estado de Coisas Inconstitucional”, caracterizado “pela violação exponencial e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e de falência de políticas públicas relativa a questão criminal” (ANDRADE, 2016, p.553).

O Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça divulgou recentemente estatísticas do sistema prisional brasileiro. De acordo com uma análise geral da população prisional brasileira, no primeiro semestre de 2014 o número de pessoas privadas de liberdade, no Brasil, ultrapassou seiscentos mil. O que alerta para a situação do sistema prisional brasileiro, já que o número de pessoas é superior às 376.669 vagas no sistema penitenciário.

O Brasil ocupa o 4º lugar no ranking mundial de população prisional e quando comparado com os demais países da América do Sul, se encontra ocupando o primeiro lugar.

Destaca-se que o microssistema punitivo de drogas é responsável pela maior fatia dos encarcerados. Azevedo e Hypolito (2016, p. 250) ilustram que o tráfico de drogas representa 27% dos aprisionamentos, demonstrando que o crescimento das prisões por esse crime teve um aumento desproporcional quando comparada às taxas de crescimento total dos números de encarcerados.

Por todo o exposto, é possível ultimar que o aumento expressivo no encarceramento brasileiro decorre da interpretação discricionária dada pelo sistema de justiça criminal ao promover a distinção entre o traficante, o qual passou a ser penalizado mais severamente, e o usuário.

Também as neurociência trazem importantes questionamentos ao argumento relativo à *saúde pública*, especialmente nos correntes pânicos morais disseminados em relação ao efeito de adição (vício) relativo ao uso das consideradas substâncias entorpecentes “ilícitas”. Hart (2014, p. 23) menciona a existência de pesquisas que demonstram: mais de 75% dos usuários de “drogas” - seja o álcool, remédios ou as ilegais – não enfrentam o problema do vício.

De acordo com o autor, os estudos estão consolidados e representam mais de duas décadas de pesquisas. Apenas são cometidos pelo vício (compulsão) entre 10 e 25% daqueles que utilizam as substâncias, inclusive as consideradas mais pesadas, como heroína e crack.

Além disso, Hart (2014, p. 95 e ss.) cita a existência de pesquisas envolvendo ratos e a necessidade de dopamina, causada especialmente pela cocaína, questionando as possíveis causas do vício. Isto porque, quando os roedores são colocados em um ambiente onde não existe apenas uma alavanca que libera uma nova dose da substância, o uso tende a diminuir sensivelmente. Ou seja: os fatores ambientais/sociais são determinantes para a adição em “drogas”.

No Brasil, vemos aquilo que é denominado por Zaccone (2015, p. 266) como a “forma jurídica de extermínio de traficantes”, os autos de resistência:

Se no período 2001/2011 contabilizamos mais de 10 mil pessoas mortas a partir de ações policiais em nosso estado, podemos afirmar que uma parte significativa dessas mortes foi legitimada no marco de uma 'guerra às drogas'. Não podemos afirmar, no entanto, se neste mesmo período tivemos o mesmo número de pessoas mortas pelo consumo destas substâncias proibidas.

Por último, é necessário destacar que saúde pública e saúde coletiva não são conceitos idênticos. A última, contemporânea, contrasta com a primeira, pois “A prática

da saúde coletiva requer do profissional uma atitude que vai além da observação, diagnóstico e prescrição de tratamento ao paciente, este como indivíduo isolado” (LENHARO, 2005).

Por qual ótica que se olhe, como vimos, há insubsistência da ideia de *saúde pública*. Este ponto deve, necessariamente, fomentar o debate. Seja a partir dos fundamentos da criminalização, seja de seus nefastos efeitos concretos ou, ainda, do ponto de vista médico, inexistem motivos concretos para legitimar a intervenção penal.

4. O Recurso Extraordinário nº 635.659/SP

Neste ponto, tentaremos realizar uma síntese dos argumentos discutidos neste *leading case*. Muitos deles foram discutidos ao longo da anterior fundamentação teórica. A partir da descrição abaixo, pretende-se comparar o grau de adesão desses discursos à *persistentes* críticas à criminalização das condutas relativas à drogas.

Iniciou-se em 2015 o julgamento do Recurso extraordinário nº 635.659/SP que aprecia a (in)constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal. O processo teve origem em Diadema, Estado de São Paulo, cujo réu é Francisco Benedito de Souza, defendido pela procuradoria do Estado de São Paulo.

O recorrente cumpria penas que somavam mais de dez anos de prisão no CDP de Diadema e a polícia encontrou 03 gramas de maconha em uma marmita na cela de Francisco, vindo a ser processado por posse de drogas. Após a instrução, Francisco foi condenado à pena restritiva de direito consistente na prestação de serviços à comunidade. Inconformado, seu defensor recorreu da decisão, alegando, em síntese, que a decisão ofende o princípio da intimidade e vida privada, direito expressamente previsto no artigo 5º, X da Constituição Federal e, por conseguinte, o princípio da lesividade, valor basilar do direito penal.

O recurso chegou então até o STF, o qual reconheceu a Repercussão Geral do tema nas seguintes palavras:

Trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação desta Corte para a pacificação da matéria.

Portanto, revela-se tema com manifesta relevância social e jurídica, que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Nesse sentido, entendo configurada a repercussão geral da matéria constitucional.

O relator do caso é o ministro Gilmar Mendes, o qual já se manifestou pela inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11343-2006, sem redução de texto. Em sua manifestação, o relator revelou que o crime de porte de droga para consumo pessoal ofende a privacidade e a intimidade do usuário por desrespeitar sua decisão de colocar em risco a sua própria saúde; que a criminalização da conduta em questão contraria a política do SISNAD de redução de danos e prevenção de riscos; que cabe a acusação demonstrar a finalidade da droga apreendida para distinguir a conduta do usuário e do traficante, pois é o que distingue um crime do outro; e, ainda, que a prisão em flagrante gera um enquadramento jurídico preliminar feito pela autoridade policial, baseando-se na palavra dos policiais condutores.

O Ministro Edson Fachin se pronunciou pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, restringindo seu voto à maconha. O ministro explicou que, em temas de natureza penal, o Tribunal deve agir com autocontenção, “pois, a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais” (RE 635.659/SP). Para ele deve ser declarada a inconstitucionalidade do crime de porte ou posse para consumo próprio de maconha, mantendo-se a criminalização do porte ou posse para consumo próprio de todas as demais drogas ilícitas. Votou, ainda, pela manutenção da criminalização do tráfico de maconha e concomitantemente pela declaração no ato da inconstitucionalidade progressiva do tráfico de maconha até uma regulamentação legislativa sobre o tema e reconheceu que cabe ao legislador estabelecer a quantidade mínima de drogas para diferenciar o usuário do traficante.

O Ministro Roberto Barroso, por sua vez, articulou que a descriminalização do porte de drogas consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima. Como justificativa, apontou como razões pragmáticas, o fracasso da atual política de drogas, o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade e os prejuízos à saúde pública. Juridicamente, apontou como razões que justificam e legitimam a descriminalização o direito à privacidade, a autonomia individual e a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.

Destaca-se que o Ministro pronunciou pela imposição de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas e, ainda, recomendou a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a

posse de até 25 gramas de *Cannabis*. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas.

O Ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos, para então proferir seu voto, seguindo suspenso o Recurso Extraordinário. Este pedido já tem mais de um ano. Ainda restam 08 (oito) votos a serem proferidos pela Corte, porém, pelos votos analisados, denota-se que o guardião da Constituição está prestes a legitimar mais uma vez a liberdade constitucionalmente assegurada. É a esperança de superação de anos de retrocesso.

Enquanto esperamos, a população carcerária apenas cresce. Movida pelo anseio de uma guerra sem sentido, cujo inimigo somos, no fundo, todos nós.

5. Considerações Finais

A lei 11.343/2006 foi, inicialmente, saudada como avanço em termos da tutela dos direitos dos usuários. Não apenas a pena privativa de liberdade havia sido afastada, como também o próprio escopo legislativo transcendia a um paradigma puramente belicista para focar em ações preventivas e de saúde. Em tese.

Por outro lado, as diferenciações legais entre usuário e traficante, cujo tratamento punitivo é radicalmente diferente, não são suficientemente claras. Infelizmente, a regra são os estereótipos e características vinculadas a um típico direito penal do autor, atuando como determinantes para essa distinção.

Ainda, percebemos um intenso incremento nas taxas de encarceramento desde a edição da lei. Além do aumento substancial, a análise crítica da legislação também exige uma séria dúvida quanto à concretude do bem jurídico-penal *saúde pública*.

A tentativa de tutela de um pseudo bem jurídico-penal, cuja substância revela, em verdade, o tratamento da *saúde individual* do usuário, importa ainda em intolerável invasão da vida privada do indivíduo. Tal atitude revela não apenas a vocação paternalista da lei, como também está eivada de inafastável inconstitucionalidade.

O julgamento do Recurso Extraordinário N. 635.659/SP será de bastante importante para uma ampla discussão político (não) criminal em relação ao tema das drogas. Sabe-se, porém, que não será a decisão do STF determinante para a diminuição do arbítrio resultante da obscuridade legislativa.

Provavelmente, os estereótipos seguirão sendo determinantes para determinar a pena mais branda ou severa. Ou seja, se hoje discutimos a tipificação da conduta como

de “usuário” e “traficante”, possivelmente no futuro aprofundaremos o gargalo seletivo ao simplesmente escolher entre nenhuma pena e as duras sanções referentes ao tráfico.

Por outro lado, os efeitos da decisão podem dar início a um essencial debate, dessa vez amplificado pelo Judiciário. É neste aspecto que reside a esperança na substancial diminuição dos níveis de encarceramento.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Andressa Paula de. Atuação do Supremo Tribunal Federal na Lei 11343 entre 2006 e 2016: Leituras Constitucionais – Entre o Proibicionismo e os Direitos Fundamentais. In: CARVALHO, E. M., ÁVILA, G. N. (Org.). **10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político -crimiais**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. CARVALHO, Érika Mendes de. Falsos Bens Jurídicos e Política Criminal de Drogas: Uma Aproximação Crítica. In: CARVALHO, E. M., ÁVILA, G. N. (Org.). **10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político -crimiais**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. CARVALHO, Érika Mendes de. Há fundamento jurídico-penal para a criminalização das drogas? Disponível em: <<http://justificando.com/2015/08/13/ha-fundamento-juridico-penal-para-a-criminalizacao-das-drogas/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. CIFALI, Ana Cláudia. *Política Criminal e Encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma*. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/download/19940/12835>>. Acesso em: 07 dez 2015.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. HYPOLITO, Laura Girardi. Impacto da Lei 11343-2006 no Encarceramento e Possíveis Alternativas. In: CARVALHO, E. M., ÁVILA, G. N. (Org.). **10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político -crimiais**. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

BOITEUX, Luciana. Tráfico de Drogas e Constituição, um estudo sobre a atuação da Justiça Criminal do Rio de Janeiro e do Distrito Federal no crime de drogas. Disponível em:

<https://www.uniceub.br/media/907107/Boiteux_Tr%C3%A1fico_e_Constitui%C3%A7%C3%A3o_.pdf>. Acesso em 14 set 2016.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 set 2016.

BRASIL, **DECRETO-LEI Nº 3.914, DE 9 DE DEZEMBRO DE 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 14 set 2016.

BRASIL, Lei 11.343 de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 18 mai. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 430.105/RJ*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo465.htm>. Acesso em 18 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 635.659/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347*. Relator: Ministro Marco Aurélio <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 set 2016.

CARVALHO, Gisele Mendes. ROSA, Gérson Faustino. Uso de Drogas e Paternalismo Jurídico: os limites da intervenção penal. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/resources/Artigos/USO%20DE%20DROGAS%20E%20PATERNALISMO%20JUR%20iDICO%20COMPL%20ETO.pdf>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

CHRISTOFFOLI, Gustavo Trento. DAVID, Décio Franco. Constatações sobre a política repressiva Antidrogas: Seletividade Penal e Falácia do Bem Jurídico Saúde Pública. In: CARVALHO, E. M., ÁVILA, G. N. (Org.). **10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político -criminais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

DEL OLMO, Rosa. *A América Latina e sua Criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. Nova Lei de Drogas. Descriminalização da posse de drogas para o consumo pessoal. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/9180/nova-lei-de-drogas> >. Acesso em 15 dez. 2015.

HART, Carl. *Um Preço Muito Alto*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

LENHARO, Mariana Pereira. Saúde pública e saúde coletiva: diferenças e semelhanças. Disponível em: < <http://www.usp.br/aun/exibir?id=1356> > Acesso em 15 Jul. 2015.

LOPES, Luciano Santos. PÊCEGO, Antônio J. de F. A Inconstitucionalidade da Criminalização da Posse para Uso de Entorpecentes: A questão do Bem Jurídico Protegido. In: CARVALHO, E. M., ÁVILA, G. N. (Org.). **10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político -criminais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. Usuário e Traficante de drogas: A Seletividade Penal na Lei 11343-06. In: CARVALHO, E. M., ÁVILA, G. N. (Org.). **10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político -criminais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal. 16 nov. 2010. 297p. Tese - USP. São Paulo, 16 nov. 2010. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-27012011-113618/pt-br.php>>.

Acesso em: 12 mar, 2016.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 140-152.

ROSA, Pablo Ornelas. RIBEIRO, Humberto. LEMOS, Clécio. Encarceramento em Mass e Criminalização da Pobreza: Ponderações Sobre os efeitos Biopolíticos da Guerra às Drogas. In: CARVALHO, E. M., ÁVILA, G. N. (Org.). **10 Anos da Lei de Drogas: Aspectos Criminológicos, Dogmáticos e Político -criminais**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e Mercados – Ensaio e Anticriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal – um trabalho de Sísifo? Trad. Luís Greco. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v.4, n° 7, jul/dez. 2012.

ZACCONE, Orlando D'Elia Filho. *Indignos de Vida*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 266.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.;BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.