

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

DIREITO INTERNACIONAL

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo, Valesca Raizer Borges Moschen –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-044-2

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional. I.
Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o Livro Eletrônico de Direito Internacional do CONPEDI. A obra possui como objetivo a divulgação e análise de diferentes questões controvertidas do Direito Internacional contemporâneo. A coletânea está composta pelos artigos selecionados e apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, organizado pela Universidade Federal de Sergipe UFS, em Aracaju SE, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015. Em sua estrutura observam-se temas de diversos aspectos do Direito Internacional, como aqueles inerentes:

a. à Teoria Geral do Direito Internacional, tais como O Debate entre os conceitos de Guerra Anglo-saxão e Europeu-continental: o Direito Internacional na concepção de Carl-Schmitt; Hans Kelsen e a Prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm; A centralidade do indivíduo no pensamento indigenista de Francisco de Vitoria; Direito Internacional em Matéria Indígena: uma ampliação necessária;

b. ao Sistema de Segurança Coletivo do Direito Internacional: O combate ao Estado Islâmico e o Uso da Força no Direito Internacional Contemporâneo; A Assembleia Geral das Nações Unidas como Pilar da Manutenção da Segurança Internacional: Uma proposta de reestruturação da ONU frente ao precedente da Resolução 377 (V) da AGNUA Cooperação Internacional como Instrumento de Enfrentamento ao Terrorismo: uma análise do caso BOKO HARAM;

c. à Integração Regional: A Economia Política Amalgamada na Forma Jurídica da União Europeia; Integração Energética no MERCOSUL: uma solução estrutural para a crise energética nacional?; Por uma reinterpretação dos elementos do Estado a partir da criação e consolidação dos processos de integração regional; O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Construção do Direito da União;

d. ao Direito Ambiental Internacional: A Impunidade Ambiental Marítima Internacional: sobre a falta de Efetividade dos Instrumentos Protetivos por Ausência de Órgão de Competente para Julgamento dos Crimes Ambientais a Nível Internacional; As Fontes Formais do Direito Internacional do Meio Ambiente e a Necessidade de Novas Fórmulas

Jurídicas para a Proteção Ambiental; Análise a partir do Estudo da Formatação do Direito Ambiental Internacional (DAI), das Conferências sobre o Meio Ambiente e a Água; Biopirataria Internacional e o Economicismo; O Tratamento Dispensado ao Meio Ambiente em diferentes contextos: MERCOSUL/ UNASUL/ PARLASUL/ E REDE MERCOCIDADES; Marco da Biodiversidade: Instrumento Neocolonial de Internacionalização do Patrimônio Genético e Cultural Brasileiro; Boa-fé, lexicis e lexisitus no tráfico ilícito de bens culturais;

e. ao Direito Econômico Internacional: O Regime Jurídico Brasileiro de Proteção da Propriedade Intelectual em Face da Negociação dos MEGA Acordos Regionais de Comércio: TTIP, TPP E RCEP; A Aplicação das Normas da Organização Mundial do Comércio pelo Juiz Brasileiro; O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio Pós-Bali: a posição do Brasil; Análise Econômica dos Direitos Compensatórios: os Efeitos da Imposição de Tarifas à Importação para o Contencioso do Algodão na OMC a partir do Modelo de Equilíbrio Geral do Comércio Internacional;

f. aos temas contemporâneos do Direito Internacional Público e Privado e do Direito Comparado: Objetivos de desenvolvimento do milênio e os acordos sobre troca de informação; Caso Cesare Battisti à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro; A Importância Geopolítica da CPLP e o Projeto de Estatuto do Cidadão Lusófono; O Usuário de Entorpecentes: Uma Análise Internacional à Luz das Decisões das Cortes Supremas do Brasil e da Argentina; e

g. Da relação entre Fontes do Direito Internacional: O Papel dos Tratados Internacional para Evitar a Dupla (Não) Tributação Involuntária; A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o sistema de Varsóvia e a Convenção de Montreal; O modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos 2015: considerações a respeito do impacto dos acordos internacionais de investimentos estrangeiros sobre o ordenamento jurídico interno.

Esperamos que este livro possa ser útil no estudo do Direito Internacional.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del'Olmo

Profª. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen

O USUÁRIO DE ENTORPECENTES: UMA ANÁLISE INTERNACIONAL À LUZ DAS DECISÕES DAS CORTES SUPREMAS DO BRASIL E DA ARGENTINA

THE DRUGS USER: A INTERNATIONAL ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE DECISIONS OF SUPREME COURTS OF BRAZIL AND ARGENTINA

Marcos Jose Pinto

Resumo

O presente artigo tem por objeto a análise no âmbito do direito internacional das decisões das Cortes Supremas do Brasil e da Argentina, em relação à incriminação do usuário de entorpecentes. O seu propósito consiste em investigar, como problemas centrais, quem é considerado usuário e quem se caracteriza como traficante, nas cortes citadas. Além disso, verifica-se, se o referido usuário deve ser merecedor de tratamento (política preventiva-educativa) ou criminalização (política repressiva). O objetivo geral, formulado como hipótese central de investigação, aborda esse fato à luz da Bioética e seus princípios, bem assim, analisando-se as jurisprudências no Brasil e na Argentina, via direito comparado. Em conclusão, enfatiza-se que o tema em foco, embora tenha sido despenalizado no Brasil, é problema afeto à saúde pública, não devendo ter o Direito Penal como órgão de tutela. Se carece, com a urgência que o caso requer, da descriminalização desta conduta (de consumir drogas), à exemplo do que fez a Corte Suprema da Argentina. Educar, e se for o caso, tratar o usuário, ao invés de puni-lo, é a alternativa mais viável.

Palavras-chave: Entorpecentes, Incriminação, Usuário, Jurisprudência, Brasil, Argentina.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper focuses on the analysis within the framework of international law decisions of the supreme courts of Brazil and Argentina in relation to the criminality of drug user. Its purpose is to investigate, as central problems, who is considered to be an user, and who is characterized as a drug dealer cited in the courts. Moreover, it is verified if the user of drugs should be worthy of treatment (preventive and educational policy) or criminality (repressive policy). The overall goal, formulated as central hypothesis of research, addresses this fact in light of Bioethics, and its principles, as well as it analyzes cases from Brazil and Argentina, through comparative law. In conclusion, we emphasize that the central subject, although it has been decriminalized in Brazil, it affects public health and it should not have the Criminal Law as the organ of guardianship. With urgency that this case requires, we need the decriminalization this conduct (of using drugs), as it was done by the Supreme Court of Argentina. The education, and if it is the case to use treatments to the user, rather than punishments, it is the most viable alternative.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Drugs, Incrimination, User, Jurisprudence, Brazil, Argentina.

1 INTRODUÇÃO

A presente investigação trata de abordagem doutrinária, incluindo-se a construção jurisprudencial, à luz do direito penal internacional. Serão analisados aspectos transnacionais e transnormativos do direito, no caso, interdisciplinar, abordando-se o direito internacional, penal, constitucional e direitos humanos. Por certo, o assunto em questão é instigante e provocativo. Pode-se asseverar que o fato da incriminação do usuário de drogas é um grande equívoco, vez tratar-se a questão de um problema de saúde pública, ou, com algum exagero, de direito à intimidade, à vida privada, à autonomia da decisão, ou à autodeterminação, enfim, a tudo, menos matéria afeta ao mais rigoroso dos direitos, o penal. Isto porém, por si só, seria muito simples. Como consta na canção feita para as crianças na rua, na voz da saudosa Mercedes Sosa¹, a situação é bem mais aguda. É o que se vê *in verbis*:

A esta hora, exactamente, Hay un niño en la calle. Hay un niño en la calle! Todo lo toxico de mi país a mi me entra por la nariz. Lavo autos, limpio zapatos, huelo pega y también huelo paco. Es honra de los hombres proteger lo que cresce, cuidar que no haya infancia dispersa por las calles, evitar que naufrague su corazón de barco, su increíble aventura de pan y chocolate poniéndole una estrella en el sitio del hambre. De otro modo es inútil, de otro modo es absurdo ensayar en la tierra la alegría y el canto, porque de nada vale si hay un niño en la calle.

As questões fundamentais a serem abordadas no presente trabalho se centralizam nos seguintes problemas: a) Quando se caracteriza a condição de usuário de drogas? b) Quem pode ser considerado usuário e quem é traficante? c) O usuário de drogas deve ser tratado (política preventivo-educativa), ou criminalizado (política repressiva)? d) Como a bioética analisa o problema? e) Como as Cortes Supremas do Brasil e da Argentina estão decidindo?

Uma das matrizes do problema em questão, é que não existem políticas de Estado em matéria de educação para a saúde, nem saúde pública que se ocupe pontualmente com o tema (do uso de drogas), vez que, não se pode perder de vista, que a criminalização de uma conduta, como dito, respeitando as opiniões em contrário, é a última “*ratio*” de um sistema penal. Sociologicamente o tema das drogas nunca poderá ser um assunto de governo, mas sim, uma razão de Estado, com apontamento para a saúde e a educação, a fim de que esses sejam os suportes da liberdade individual. Qualquer cidadão medianamente informado sabe

¹ “*Canción con todos*” é uma música composta em 1969 pelos argentinos Armando Tejada Gómez (letra) e César Isella (música).

que só o aumento do rigor punitivo, não consegue resolver com um problema que tem outras causas muito mais profundas.

O Professor constitucionalista argentino, Bidart Campos, escrevendo o artigo “A nova jurisprudência da Corte em matéria de drogas”, enfatizou que o artigo 19, da Constituição Argentina imuniza as ações privadas dos homens que não ofendam a ordem, nem a moral pública, nem os direitos de terceiros, subtraindo as ações das autoridades dos Juízes, para entregá-las ao juízo de Deus, criando uma zona de reserva ou autonomia pessoal, que é a liberdade juridicamente relevante, é o direito à liberdade, inofensivo ao bem comum, é o campo da licitude jurídica. Estaria ele correto?

Este modesto estudo, sem a pretensão de apresentar respostas definitivas, tem a intenção de despertar um salutar debate, e uma reflexão sobre as ideias que serão propostas.

2 CONCEITOS

Inicialmente cumpre-nos tentar definir o que seja usuário, bem assim, quem pode ser considerado traficante. Usuário é todo cidadão, doente, dependente, que utiliza droga para seu próprio prazer. Em regra é pessoa despossuída de bens materiais, não ostenta riqueza, ao contrário, vive sempre na miséria, com o único intuito de conseguir bens materiais, muitas das vezes praticando crimes, para permutá-los por drogas. Enfim, é o sujeito que se “enquadra”, no que prevê o §2º, do artigo 28, da Lei brasileira nº 11.343/06, *in litteris*: “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”.

Traficante, por outro lado, é a antítese do usuário. É o cidadão de “posses”, com prestígio e poder, que normalmente, não faz uso de drogas (regra básica de todo traficante), que sempre porta grandes quantias de dinheiro, mora em mansões (obviamente fruto oriundo do tráfico), em suma, explora os usuários consumidores, com o intuito de lucro, às custas da miséria humana. É aquele que não se amolda ao que elenca o artigo retromencionado, da Lei nº 11.343/06.

O sentido da palavra “tóxico” é muito bem definido, não deixando qualquer dúvida a seu respeito. Ele deriva diretamente do vocábulo grego “*toxon*”, que significa “arco”, referindo-se ao uso de flechas envenenadas. Assim, tóxico é veneno. O veneno na sociedade do espetáculo, atualmente convertido em consumo, com certo prestígio, pois passou a ser quase um costume social, um uso como se fosse uma recreação compartilhada, em especial,

pelos jovens. A existência do tóxico se dá dentro de um contexto social e espiritual, sendo promovida como forma de se esquecer dos fundamentos, dos afetos, da estrutura familiar, bem como da ética e da finalidade dos grupos humanos.

Na antiguidade, o uso de drogas era restrito, e sempre foi unido à visão cósmica, mágica, ou religiosa da vida. Também se usava drogas como fins médicos (terapêuticos). Para os aborígenes, era uma forma de se conectar com os deuses. A droga era o fator intermediário, a forma possível de mediação sagrada entre o homem e o sobrenatural. Hoje, como se disse, se está em uma sociedade do espetáculo. Tem-se uma sociedade secularizada, individualista, baseada na ética de mercado. A família e a escola perderam força educativa. O Estado se omite. A mídia forma, como e quando quer, opiniões. Neste marco simbólico e fantástico, de criação permanente de sonhos, cresce o jovem de hoje.

A Organização Mundial de Saúde (OMS) estabeleceu, genericamente, que droga é toda substância que tem capacidade de modificar uma ou várias funções do organismo. Ainda segundo a OMS, "dependência psíquica é o impulso psicológico que leva ao uso contínuo da substância" e "dependência física é o estado fisiológico, manifestado por sintomas dolorosos, decorrente da interrupção da ingestão da substância em questão".

Assim, diante desta realidade, o tóxico começou a se inserir, inaugurando um “novo” caminho. O vazio de sentir e existir, a alienação, a incerteza, acompanha o jovem neste contexto, especialmente quando falham a família, a escola, e as instituições. Somente resta uma alternativa. A prevenção-educação, em conjunto com o oferecimento de oportunidade aos jovens usuários de drogas, para poder remediar a atual situação. Longe de ser uma técnica, isso passa a ser um ato ético e cultural, que no mínimo pode amenizar o problema. Seria uma busca às origens, aos princípios e aos fundamentos, para se poder edificar um projeto: o de livrar as pessoas do consumo de drogas. Atualmente, a estatística acerca da questão das drogas ilícitas é alarmante. A ONU condensa dados, estimando que 5% (cinco por cento) da população mundial seja consumidor de drogas ilícitas, o que equivale a aproximadamente duzentos milhões de usuários, eventuais ou freqüentes, de maconha, cocaína, heroína, anfetaminas, entre outras. Para tanto consumo, estima-se a produção anual de mais de dez mil toneladas de drogas. Em um atual sistema penal seletivo e estrutural, como diz Zaffaroni²: “[...] que funciona de maneira irracional, bárbara e genocida, cumpre-nos apontar um novo direcionamento para a questão envolvendo o mero usuário de drogas.”

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5ª Edição, Rio de Janeiro: Revan Editora, 2001.

No Brasil, em razão de suas dimensões continentais, e da fronteira e proximidade com países produtores de drogas (como o Paraguai, a Bolívia e a Colômbia), e, em razão de sua imensa população, carecia de uma legislação que apresentasse mecanismos mais eficazes quanto ao enfrentamento punitivo das drogas. Importante seria, além disso, estabelecer como prioridade medidas preventivas ao uso indevido de tais substâncias. Ademais, torna-se urgente, o reconhecimento expresso em sede legislativa das diferenças entre usuário, pessoa em uso indevido, dependente, e traficante de drogas, dando a cada um, tratamento diferenciado. Por sorte, isto ocorreu com a publicação da lei nº 11.343, de 23.08.2006.

3 NORMAS LEGISLATIVAS

Consoante Maquiavel³: “[...] a conquista e a manutenção do poder, bem assim, os cuidados para não perdê-lo, com os fins justificando os meios, constituíam a base da ação governamental antigamente.” Felizmente hoje, tem-se as normas e os juízes. No Brasil, a primeira legislação criminal que puniu o uso e o comércio de substâncias tóxicas vinha contemplada no Livro V das Ordenações Filipinas: quem guardasse em casa ou vendesse substâncias como o rosalgar e o ópio, poderia perder a fazenda, ser expulso do Brasil e enviado para a África. Depois vieram o Código Penal Republicano de 1890, a Consolidação das Leis Penais em 1932, o Decreto 780, modificado pelo Decreto-Lei 891 de 1938, o código Penal de 1940 e finalmente a Lei n. 6.368 de 1976, que continuou em vigor, apesar de constituir um texto legal claramente ultrapassado, até ser revogada pela Lei nº 11.343/06.

Na legislação brasileira, a Lei sobre Drogas (nomenclatura da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006) veio acompanhada de algumas inovações no tocante à parte criminal, de modo bem diverso daquele tratado na Lei nº 6.368/76 e também nos dispositivos vetados da Lei nº 10.409/02. Entretanto, não obstante sua tramitação legislativa lenta, feita e refeita, ainda assim ensanchou possibilidades de eliminar textos que ensejam dúvidas ou pluralidade de interpretações.

A primeira celeuma, seguramente, diz respeito à tipificação sobre a conduta do indivíduo considerado usuário de drogas. Pratica-se ou não conduta infracional criminosa? A doutrina já está se manifestando dubiamente, situação que seria totalmente pacificada se o

³ MAQUIAVEL, Niccolo. **O Príncipe**. Tradução: José Cretella Jr.; Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

legislador fosse mais preciso. É o que se observa em relação à conduta disposta no art. 28, inserta no Título III, Cap. III., como se vê a seguir:

Título III - Das Atividades de Prevenção Do Uso Indevido, Atenção, e Reinserção Social de Usuários e Dependentes de Drogas

Capítulo III- Dos Crimes e das Penas:

Art. 27. As penas previstas neste Capítulo poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, bem como substituídas a qualquer tempo, ouvidos o Ministério Público e o defensor.

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Portanto, de acordo com o §2º, do artigo 28, da Lei nº 11.343/06, se encontra resposta às indagações sobre ser ou não, a droga apreendida, para consumo próprio (ocorre, como já se disse, a caracterização, ou não, da figura do usuário), ou para outro fim, como tráfico, por exemplo.

O artigo 28, da citada Lei, figura no capítulo que trata dos crimes relacionados unicamente às condutas do título "Das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas", e o capítulo se refere aos crimes e às penas às quais está sujeito o infrator. Contudo, não há, no artigo em tela, propriamente, cominação de pena privativa de liberdade e nem mesmo pecuniária. Porém, há menção à prestação de serviços à comunidade, que, por si, é sanção do tipo pena, a teor dos arts. 43 e 44, do Código Penal. Assim, ou estão criadas novas modalidades de sanções penais (advertência e medida educativa), ou a lei se referiu a estas sanções com o vocábulo *pena* sem sua definição propriamente do Direito Penal. Ademais, como se sabe, inexistente infração penal sem cominação de pena.

E quais as consequências da incógnita? Muitas. Desde a questão da reincidência, do conflito de leis ou o tratamento nominal ao infrator (criminoso?), até mesmo civis, como tutela, pátrio-poder e outras, tais quais trabalhistas, etc. E caso o infrator não cumpra a prestação de serviços ou medida educativa, a sanção por sua desídia é a aplicação de multa, ser fixada consoante o art. 29. Mas esta multa não é pena de multa, tal qual o art. 49, do

Código Penal estipula, porém reprimenda pela não realização da determinação judicial. E, em hipótese alguma, poderá ser revertida em quaisquer outras penas, pois que, nem mesmo a multa de natureza originária penal assim o pode. Então, caso o infrator não cumpra a determinação judicial, ficará sem nenhuma obrigatoriedade de cumprimento, salvo a execução civil da própria multa, funcionando a decisão judicial como título executivo. Poderia se falar na ocorrência do crime de desobediência (art. 330, do Código Penal), o que, sinceramente, não parece cabível. Para o não cumprimento dos incs. II e III, do art. 28, já existe a cominação de sanções específicas, ou seja, a admoestação e a multa do § 6º, do mesmo artigo. Logo, inviável duas sanções pelo mesmo descumprimento, porque a multa já é o castigo pela não obediência. Deveras, está fecundada mais uma polêmica para a legislação penal brasileira a ser resolvida em nossos Pretórios, já tão abastecidos com centenas de falsos truísmos legais. Eis nosso dilema legislativo.

Na vizinha Argentina, normatiza o problema das drogas (mitigado pelo caso “Arriola” que descriminalizou o usuário), a Lei nº 23.737/89, que em relação ao assunto ora analisado (criminalização do usuário) elenca em seu artigo 14, o porte (“La tenencia para el consumo”) para uso pessoal, *in litteris*: “Será reprimido con prisión [...] el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la tenencia es para uso personal”. Interessante é registrar o que dispõe o artigo 15, da citada Lei, descriminalizando a mastigação da folha de coca: “La tenencia y el consumo de hojas de coca en su estado natural, destinado a la práctica del coqueo o masticación, o a su empleo como infusión, no será considerada como tenencia o consumo de estupefaciente”.

4 A BIOÉTICA E SEUS PRINCÍPIOS.

O conceito de Bioética, conforme João dos Santos do Carmo e Jusele de Souza Matos⁴ é: “a disciplina que busca discutir, refletir e lançar bases criteriosas para a prática da ética nas pesquisas, nas decisões e nas aplicações biotecnológicas que envolvem seres humanos e outros seres vivos”.

A Enciclopédia de Bioética, a define como o: “estudo sistemático das dimensões morais, incluindo visão, decisão, conduta e normas morais das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar”. E ainda

⁴ CARMO, João dos Santos; MATOS, Jusele de Souza. **Bioética: um texto introdutório**. Lato & Sensu. Belém, v.4, n.2, p. 6, out, 2003.

como um: “estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios éticos”.

Falando sobre a Bioética Jurídica, Eduardo Luis Tinant⁵, ensina que:

Bioética jurídica es la rama de la bioética que se ocupa de la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de la problemática bioética, constituyendo al mismo tiempo una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre la bioética y el derecho, a escalas nacional, regional e internacional. Bioética y derecho. La bioética es en su “núcleo duro” una parte de la ética, pero es también algo más que ética. Fenómeno social y actividad pluridisciplinar que procura armonizar el uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los Derechos Humanos y en relación con los valores y principios éticos universalmente proclamados, se encuentra hoy en la encrucijada entre la manipulación de la vida y la atención de la salud y el bienestar de las personas, procurando no solo interpretar sino también orientar los extraordinarios avances de la moderna tecnociencia y los cambios sociales y culturales de la globalización. Se plantea así la necesidad de volver a considerar la dignidad del hombre como un valor superior al de la utilidad económica y de afirmar la primacía del orden ético sobre la técnica y los intereses puramente comerciales, mediante una toma de conciencia individual y colectiva respecto de la capacidad y la sensibilidad de prever efectos y riesgos sobre el inadecuado uso de las aplicaciones de ciencia y tecnología sobre la vida.

O campo da Bioética, assim, é bastante amplo, tratando de assuntos variados, como o do tema em questão (direito à vida e a intimidade), envolvendo administração da vida e morte em todos os seus aspectos, tais como: pesquisa com seres humanos e animais; direitos reprodutivos/reprodução assistida; engenharia genética; aborto; eutanásia; transplante de órgãos e tecidos, etc.

Vale a pena se reportar ao escrito por Bruno Marini⁶, que realiza, como se observa nas linhas a seguir, uma breve análise sobre os quatro princípios angulares da bioética: Autonomia, Consentimento Informado, Beneficência e Justiça.

Consoante Marini, o Princípio da Autonomia (também chamado de Autodeterminação) é aquele que visa reconhecer o direito da pessoa humana de decidir acerca da utilização de determinado procedimento ou tratamento médico, livre de interferência ou pressão externa, levando-se em conta seus valores mais íntimos.

Affonso Renato Meira, Professor titular de medicina da USP e Presidente da Associação Brasileira de Ética Médica (Abradem), em seu artigo intitulado "O direito de dizer

⁵ TINANT, Eduardo Luis. **Bioética Jurídica, dignidad de la persona y derechos humanos**. 2ª ed. Buenos Aires: Dunken, 2010.

⁶ MARINI, Bruno. **O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6641>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

não", publicado no jornal O Estado de São Paulo⁷, define o referido princípio do seguinte modo: “A autonomia se refere a um conjunto de diversas noções, incluindo autogovernança, direito à liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade para seguir seus desejos e decidir sobre seu comportamento. Enfim, ser sua própria pessoa”.

No mesmo sentido, o Doutor Marco Segre⁸, também Professor titular de medicina da USP, em um Parecer sobre o assunto em análise, define:

Autonomia, de acordo com sua etimologia grega, significa capacidade de governar a si mesmo [...] é a capacidade de autogoverno, uma qualidade inerente aos seres racionais que lhes permite escolher e atuar de forma pensada, partindo de uma apreciação pessoal das futuras possibilidades, avaliadas em função de seus próprios sistemas de valores [...] é uma qualidade que emana da capacidade dos seres humanos de pensar, sentir e emitir juízos sobre o que considera bom.

Os parlamentares/legisladores de nossa Constituição incumbiram-se de assegurar condições favoráveis para a busca da felicidade. Eles reconheceram o significado da natureza espiritual do homem, de seus sentimentos e de seu intelecto. Sabiam que somente uma parte da dor, do prazer, e das satisfações na vida são encontradas nas coisas materiais.

Prossegue Marini enfatizando que da Autonomia decorre inexoravelmente outro princípio bioético denominado Consentimento Informado (também conhecido como Consentimento Conscientizado). Segundo o referido princípio, antes de uma intervenção o médico deve esclarecer ao paciente os benefícios e riscos da terapia (bem como alternativas), deixando com que o paciente expresse seu consentimento para o tratamento que considera ser o mais adequado aos seus interesses. Assim, nota-se que é muito importante o médico ter uma mentalidade democrática e estar disposto a explicar ao seu paciente de maneira clara e didática os fatores envolvidos. Ao passo que na maioria dos casos os pacientes optarão pelo tratamento aconselhado pelo médico, em outros casos pode ocorrer de escolher a terapia que não é a preferida do profissional, e é neste momento que entra o Consentimento Informado, ou seja, o médico não utilizará um tratamento que não lhe foi consentido.

Explica Marini que o Consentimento Informado e a Autonomia são realidades tão próximas que ambos são tratados juntos sob o tópico "Derecho a la Autodeterminación", na "Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre los Derechos Del Paciente", a qual foi

⁷ "O direito de dizer não", "O Estado de São Paulo", 11 de Outubro de 1994.

⁸ Parecer "Situação ético – Jurídica da Testemunha de Jeová e do médico e/ou instituição hospitalar que lhe presta atenções de saúde, face à recusa do paciente – religioso na aceitação de transfusões de sangue", São Paulo, SP, 4 de julho de 1991

adotada na 34ª Assembléia Médica Mundial em 1981 na cidade de Lisboa (Portugal) e emendada na 47ª Assembléia Geral no ano de 1995, na cidade de Bali (Indonésia). O referido tópicos determina:

Derecho a la Autodeterminación:

A) El paciente tiene derecho a la autodeterminación y a tomar decisiones libremente en relación a su persona. El médico informará al paciente las consecuencias de su decisión.

B) El paciente adulto mentalmente competente tiene derecho a dar o negar su consentimiento para cualquier examen, diagnóstico o terapia. El paciente tiene derecho a la información necesaria para tomar sus decisiones. El paciente debe entender claramente cuál es el propósito de todo examen o tratamiento y cuáles son las consecuencias de no dar su consentimiento.

Outro Princípio é o da Beneficência, que é aquele que inspira o médico a direcionar sua atividade e intervenção sempre em benefício do seu paciente. Está expresso no Juramento de Hipócrates (médico grego): “Usarei o tratamento para ajudar os doentes, de acordo com minha habilidade e julgamento e nunca o utilizarei para prejudicá-los”.

No entanto, surge uma questão interessante: ao se analisar o juramento hipocrático parece que este disponibiliza ao médico o direito de se utiliza dos meios que ele acha ser o mais benéfico independente da concepção do paciente, pois diz que usarei o tratamento... de acordo com minha habilidade e julgamento. Assim sendo, será que há um conflito entre o Princípio da Beneficência e o Princípio da Autonomia (bem como do Consentimento Informado)?

Inicialmente, não se pode esquecer que a visão tradicional hipocrática sobre a Beneficência deve ser encarada num contexto histórico diferente do nosso. De fato, vivemos numa era em que cada vez mais os direitos do paciente e do cidadão (e aqui se inclui à autonomia) vêm ganhando mais destaque na bioética e na ciência jurídica. Ao contrário do que ocorria na Idade Média, o médico não é mais encarado como uma autoridade (de caráter quase que mítica) inquestionável e autoritária. Aliás, tal posição era até mesmo constrangedora não só para o paciente que ficava a mercê de critérios e preferências alheias, mas até mesmo para o médico, pois toda a responsabilidade recaia sobre seus ombros.

De fato, agora o médico pode compartilhar com seu paciente (se este o desejar) a responsabilidade e a análise do melhor tratamento não só do ponto de vista físico, mas levando em consideração o "homem inteiro", ou seja, sua estrutura axiológica. E no caso em análise, há boas técnicas e tratamentos isentos de sangue que vem sendo desenvolvidos graças a essa atitude compreensiva e altruísta de vários profissionais da medicina.

Os professores Muñoz e Almeida⁹ delineiam com clareza e lógica a relação que há entre beneficência e autonomia, ao dizer que respeitar a autonomia das pessoas competentes pressupõe beneficência: quando as pessoas são competentes para escolher, ainda que a escolha não seja a que faríamos respeitar suas escolhas é um ato beneficente. Isto permite que seus desejos sejam respeitados em circunstâncias que os afetem diretamente.

Assim sendo, longe de haver um conflito, na realidade o Princípio da Beneficência reforça o respeito à Autonomia. Affonso Renato Meira, no já referido artigo para o jornal O Estado de São Paulo (O direito de dizer não), raciocinou que:

Dentro de sociedades autocratas, com o domínio de uma camada sobre outras, o médico, com seu etnocentrismo profissional e com seu desejo de fazer o bem, determinava o que devia e o que não devia ser feito quando se tratava de saúde [...] Com as tendências renovadoras da segunda metade do século 20 mostrando o caminho da democracia às sociedades autocratas e, realmente, com o aparecimento do pensamento bioético, o entendimento do papel do médico e dos demais profissionais de saúde se viu modificado... É necessário saber o que é bom, qual o bem que o paciente considera para si. Do seu ponto de vista, este seria o maior bem para o paciente.

Diante do exposto, em uma visão moderna do Princípio da Beneficência, se nota que o médico deve “fazer o bem” sob a ótica do paciente, o qual é o destinatário da intervenção médica. Marco Segre, no parecer já mencionado, chama à atenção de que o termo “saúde”, para a Organização Mundial de Saúde, não se refere apenas à ausência de doença, mas também o bem estar do indivíduo no aspecto mental e social, incluindo a não violação de seus valores ético-culturais.

Ademais, o Código de Ética Médica, no seu artigo 46, diz ser vedado ao médico efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévio do paciente, ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida. Na realidade, a parte final deste artigo é um resquício da visão hipocrática da Beneficência e entra em choque com os princípios bioéticos da Autonomia e do Consentimento Informado.

Portanto, ao abordar a parte final do artigo 46 do Código de Ética Médica, o professor Marcos Segre¹⁰, aduz que não deve ser interpretada como recomendação ao médico para que intervenha sobre o paciente, contrariamente a sua vontade, conforme muitos querem crer, e que poderá o médico intervir por sua própria vontade, quando ele não veja outro meio

⁹ MUÑOZ, Daniel Romero; ALMEIDA, Marcos de. **Noções de Responsabilidade em Bioética**. In Segre & Cohen, Bioética, Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

¹⁰ Op. cit.

de salvaguardar a vida de seu paciente, não se podendo, entretanto ver nessa ‘exceção’ uma recomendação ou obrigação a ser seguida.

Torna-se obrigatório ressaltar que o Código de Ética Médica não pode se sobrepor às liberdades públicas e clássicas garantidas aos cidadãos na Constituição.

No dizer de Foucault¹¹: “[...] a disciplina sobre os corpos humanos, não pode fabricar corpos submissos e exercitados, ou seja, corpos dóceis e úteis”. Portanto, diante desta evolução principiológica, conclui-se que médicos e pacientes devem num espírito de cooperação buscar soluções e alternativas que “façam o bem”, ou seja, não viole a consciência da pessoa humana sob quaisquer circunstâncias. Do que adiantaria lograr um resultado físico mediante o aniquilamento dos valores mais íntimos do indivíduo? Não seria mais razoável se buscar meios que curam a enfermidade física do paciente sem ferir-lhe psicologicamente?

Por fim, tem-se o Princípio da Justiça, que consiste em promover, dentro do possível, um igualitário acesso dos cidadãos aos bens da vida. Desta forma, Justiça envolve respeitar as diferenças existentes na comunidade, e ao invés de discriminá-las ou segregá-las, deve-se buscar meios de compreendê-las e satisfazê-las. Este dever envolve os preceitos religiosos, a classe médica e o Estado.

Podemos observar um exemplo verificado no famoso caso Bahamondez¹², ocasião em que a Corte Suprema da Argentina proferiu o seguinte julgado:

Que la Corte ha tenido oportunidad de dejar claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Así, en el caso “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios” (Fallos 306:1892) el tribunal, al resolver que era ilegítima la divulgación pública de ciertos datos íntimos de un individuo, señaló que el citado art. 19: ... protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión,

¹¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução: Raquel Ramalhe. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación (CS) FECHA: 1993/04/06. **Bahamondez**, Marcelo. Buenos Aires, 6 de abril de 1993.

siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

5 AO USUÁRIO: TRATAMENTO OU CRIMINALIZAÇÃO?

Enfatizou o Marquês de Beccaria¹³: “[...] prevenir os delitos é mais fácil que puní-los.” Interessante aspecto a ser falado sobre o tópico em epígrafe, é a análise do Direito como controle social. Uma vez mais, nos lembramos do Professor Tinant, que tratando do assunto em exame, enfatizou que: “El Derecho es un fenomeno social y, como tal, encuéntrase en íntima correlación con la sociedad a la que regula y de la que recibe su imprimatur”.

Continua o mestre dizendo que, como falou Cícero, “onde há homens, há sociedade, e onde há sociedade, há direitos”. Direito que possui dupla função social: a) como sistema de regras sociais que ordena a convivência humana; b) como produto social que realiza uma ordem desejável.

Eduardo L. Tinant, assevera que, em seu livro “Sobre Derecho e Justiça”, Alf Ross se encarregou de dizer, através de várias interrogantes, as áreas investigativas que planejam interação entre o direito e a sociedade, como por exemplo: que outros fatores impõe limites ao legislador? Que reações podem provocar uma determinada Lei?

Assim, o direito se apresenta como um fator de cambio social, mas também de resistência ao mesmo. O direito desempenha um rol primordial no controle social, de acordo com princípios e regras que a própria sociedade estabelece ou consente.

Enuncia o Professor Tinant¹⁴:

El orden jurídico aparece así como una técnica de regulación de conductas humanas, transformando en ilicitudes las manifestaciones o actitudes no deseables, para que no se realicen...La institución de la sanción jurídica surge así, como el hito indesplazable del sistema normativo jurídico en su función de control social, traduciendo un determinado proyecto estatal de política jurídica [...] En otros términos, define si estamos en presencia de un Estado arbitrario o un Estado de Derecho. En tal sentido, mantienen su vigencia aquellas palabras de ROUSSEAU: El más fuerte no es nunca bastante fuerte par ser siempre el señor. Si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber.

O uso de drogas remonta aos primórdios da humanidade, sendo que o ópio e a "cannabis", por exemplo, já eram utilizados no ano 3000 antes de Cristo. Tal uso só se tornou

¹³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

¹⁴ Op. cit.

criminalmente punível com a evolução das sociedades. Em torno desse existem incontáveis questões culturais, políticas e econômicas e, também, muito preconceito.

A grande questão hoje concernente às drogas é a seguinte: se deve adotar uma política puramente repressiva ou repressivo-preventiva? Os Estados Unidos da América constituem exemplo da linha repressiva (apesar disso, nunca conseguiram diminuir nem o tráfico nem o número de consumidores). A Europa Continental adota outra política, a da prioridade para a prevenção. O consenso é praticamente absoluto no que diz respeito ao tráfico de drogas, que faz parte do processo de globalização do planeta, devendo continuar sendo crime. A polêmica, tema objeto do presente trabalho, gira em torno da posse para uso próprio, e de como o caso está sendo visto pelas Cortes supremas do Brasil e Argentina.

Pretendendo-se (quanto ao uso para consumo próprio) privilegiar a linha mais preventiva que repressiva, cabe então definir os caminhos que se abrem para um moderno enfoque do tema: a Lei n. 9.099/95, ao permitir a suspensão do processo no que diz respeito ao art. 16 (posse para uso), despenalizou o delito, isto é, permitiu nova resposta penal, sem retirar o caráter ilícito do fato. Mas na Europa continental o enfoque tem sido outro, pois praticamente todos os países já descriminalizaram a posse para uso, é dizer, retiraram dessa conduta o caráter de ilícito penal. Sancionam o fato com multa administrativa e dão absoluta prioridade para o tratamento (sempre que haja anuência do interessado).

O que se entende, exatamente, por descriminalização? Descriminalizar não é a mesma coisa que legalizar, pois significa apenas retirar de algumas condutas o caráter de criminosas, não implicando, entretanto, em retirar-lhes o caráter de ilicitude. Exclui-se a competência do Direito Penal e desqualifica-se a conduta como crime. Descriminalizar, assim, é diferente de legalizar, pois o ato não deixa de ser contrário ao Direito; apenas não constitui um ilícito penal, podendo ser cominadas sanções civil ou administrativa.

As novas tendências deslegitimadoras do Direito Penal, como o Minimalismo (Direito Penal Mínimo), têm desempenhado papel marcante na problemática das drogas, pois impõem críticas severas ao modelo puramente repressivo (norte-americano), que é o menos eficaz. Isso não significa que tais tendências incentivem o uso dessas substâncias, mas somente tornam transparente que o Direito Penal, repressor que é, tornou-se absolutamente ineficaz neste tópico, devendo ceder lugar para as demais instâncias de controle social e para os demais ramos do Direito. Mesmo porque, não há nas prisões condições de vida adequadas para quem nunca foi criminoso, servindo estas como aprendizado, e para quem está doente por dependência de droga, ou seja, o encarceramento provoca o contato destes consumidores dependentes, não-criminosos com delinquentes criminosos, ladrões, homicidas, estupradores

etc. Além disso, nas prisões existem restrições, mas a droga nunca deixou de ali estar presente.

No último ano, e reafirmando o papel das novas tendências do Direito Penal, houve no mundo vários países que deixaram de punir o porte para consumo de determinadas drogas. Neste sentido, a Lei nº 30/2000 de descriminalização das drogas em Portugal, que descriminalizou o crime de porte para consumo, prevendo multa aos consumidores ocasionais, vindo também reforçar o tratamento para os dependente-doentes. Na Califórnia, crimes que envolvem drogas sem violência não geram mais prisão. Na Bélgica a descriminalização é iminente.

Em países adiantados nesse tópico, como a Suíça, já há a distribuição de seringas nas prisões para o uso das drogas, seguida recentemente pela Espanha, que adotou a mesma iniciativa, para conter o número de prisioneiros infectados com o vírus da Aids. Na semana passada a ONU publicou um relatório no qual se conclui que o consumo de drogas pesadas como a heroína e cocaína no mundo diminuiu entre 1992 e 1999. Resta saber (e sobre isso não temos dados empíricos confiáveis), se isso ocorreu em razão da política puramente repressiva norte-americana, ou em razão da política mais preventiva européia.

Uma boa orientação, no Brasil, está sendo adotada pelo Banco do Nordeste: depois daquela famosa operação do Exército para a destruição de plantações de maconha no sertão nordestino, chamada Operação Mandacaru, o Banco do Nordeste está financiando culturas lícitas, o que mantém os agricultores longe do plantio deste entorpecente.

Importa registrar os ensinamentos sobre a saúde e a integridade do ser humano, de Eduardo Luis Tinant¹⁵, em que nos permitimos traduzir para o português, nos seguintes termos:

[...] A saúde e a integridade física, psíquica e espiritual do ser humano não constituem somente um bem jurídico individual, como marco da relação entre pacientes e um profissional de saúde, ou uma equipe médica, mas também, um, fim valioso, cuja proteção interessa à ordem pública, razão pela qual, cabe apreciá-la como um bem jurídico social constitutivo do objeto do direito social à saúde. Este pertence ao grupo dos direitos humanos de segunda geração, pois, à luz da concepção social do constitucionalismo, seu centro de gravidade foi deslocado do individual para o social.

Em síntese, a política da prevenção educacional nos parece ser o melhor dos caminhos a se trabalhar. Tratamento ao invés de penalização. Eis uma singela (e óbvia) proposta.

¹⁵ TINANT, Eduardo Luis. **Bioética Jurídica, Dignidad de la Persona y Derechos Humanos**. 2ª edición. Buenos Aires: Dunken, 2010.

6 ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA NAS CORTES SUPREMAS DO BRASIL E DA ARGENTINA

Em razão das últimas decisões de Supremas Cortes Latinoamericanas e a decisão da 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, que declararam a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para consumo pessoal em razão do conflito de valores constitucionalmente assegurados, notadamente a privacidade, importa saber se a atual Lei de Drogas, a Lei 11.343/2006, contempla especificidades merecedoras de consideração nessa exegese. Afinal, essa Lei descriminalizou, despenalizou ou considerou o fato uma infração “*sui generis*”?

Com relação ao tema em exame, é de fundamental importância ressaltar que o próprio substrato ideológico que lastreia a nova lei de drogas experimentou substanciais modificações, aproximando a Política Nacional de Drogas do modelo europeu, de características mais tolerantes. Não que a Política Nacional de Drogas tenha rompido com o modelo hegemônico mundial, mas, é inegável que, no tocante ao delito de porte para uso pessoal, arrefeceu o tratamento dado à questão, aproximando seu ideário basilar dos princípios constitucionais e garantias individuais constantes da Constituição da República de 1988. Nessa medida, pode-se dizer que a lei, embora sem abandonar a guerra, despiu-se do uniforme militar.

Assim, o arcabouço principiológico do sistema, conforme é enunciado no artigo 4º da nova lei de drogas, abandona os fundamentos norteadores da ideologia de segurança nacional, rompendo, ainda que formalmente, com a perspectiva de “enfrentamento do inimigo interno”, que colocava todo o cidadão que eventualmente usasse drogas sob suspeita de atentar contra a segurança interna do País. O novo balizamento constitucional prevê expressamente como princípios: “o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade”, conforme a dicção do artigo 4º, inciso I; “o respeito à diversidade e às especificidades populacionais existentes”, nos termos do inciso II do mesmo dispositivo legal; além da necessidade do “fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas”, conforme o disposto no seu artigo 19, inciso III.

E essa base ideológica não tem mero interesse programático, pois servirá como parâmetro a ser seguido tanto pelo intérprete como pelo operador que se defrontar com situações de conflito na aplicação dos seus dispositivos legais.

As possibilidades que decorrem desse novo posicionamento são inúmeras e impossíveis de se enumerar nessa fase inicial de vigência da nova lei, mas apenas a título de ilustração, vale considerar um aspecto sobre o qual a doutrina já tem se posicionado, todavia sem considerar a mudança de paradigmas aqui apontada.

Ao punir o delito de porte de substâncias psicotrópicas para uso pessoal, isolada e unicamente, com pena restritiva de direitos, a nova lei as denomina, inclusive, de medidas educativas, conforme expressamente se vê da dicção do § 6º do artigo 28 e artigo 29, o legislador inaugura uma nova modalidade de delitos em nosso sistema penal, vale dizer, os delitos de mínimo potencial ofensivo.

Essa afirmação é possível uma vez que não existe, no ordenamento penal brasileiro, nenhuma outra infração cujas penas cominadas sejam mais brandas que as previstas para a prática do delito de porte de drogas para uso próprio. Nem mesmo as contravenções penais ou os delitos de menor potencial ofensivo têm semelhante previsão de preceito sancionatório.

Consagrando esse entendimento, a lei veda em seu artigo 48, § 2º, a imposição de prisão em flagrante ao autor da conduta prevista no artigo 28, devendo este ser encaminhado imediatamente ao juízo competente ou assumir o compromisso de a ele comparecer. Tal compromisso poderá ser tomado pela própria autoridade policial, sempre vedada a detenção do autor do fato, conforme estabelece o § 3º, do artigo 48, da nova lei de drogas.

Dessa forma, ao contrário do que tem sido afirmado pela maioria da doutrina, não será possível, realmente, a prisão em flagrante do autor da conduta tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/2006. É bem verdade que a autoridade que surpreender o autor na prática delitiva poderá conduzi-lo coercitivamente à repartição policial se, e apenas nessa hipótese, o autor se negar a acompanhá-lo para a lavratura da ocorrência, caso em que estaria configurada a desobediência ao cumprimento de uma ordem legal, circunstância que não se confunde com a prisão em flagrante em razão do delito de porte para uso pessoal.

Como decorrência lógica da impossibilidade de prisão em flagrante, a teor, como já analisado, do disposto no artigo 48, § 2º da Lei de Drogas, tem-se que está absolutamente vedado o ingresso em casa particular para a constatação ou apreensão de drogas ilícitas que estejam sendo utilizadas para consumo próprio sem mandado judicial, uma vez que a norma constitucional excepciona, nessas hipóteses, apenas a necessidade da prisão em flagrante, conforme prevê o inciso XI, do artigo 5º, da Constituição Federal. Portanto, no caso de porte para uso pessoal será vedada a intervenção desmotivada do Estado no âmbito do domicílio da pessoa que usa drogas.

E essa interpretação se coaduna, sistematicamente, com o fato de que a nova lei não criminaliza a conduta de quem utiliza local ou bem de sua propriedade ou posse, por qualquer título, para o uso de substâncias psicotrópicas, conduta que era anteriormente equiparada ao tráfico conforme o inciso II, do §2º, do artigo 12, da Lei 6.368/76, e que, na Lei 11.343/2006, não mais foi prevista como crime restando, pura e tão somente, a criminalização daquela utilização de imóveis e bens para o tráfico de drogas, consoante a exata dicção do inciso III, do §1º, do artigo 33, da Lei de Drogas.

Essa nova conformação legislativa, na verdade, reconfigura o âmbito da atuação legítima do Estado. Caso a conduta não tenha relevância e permaneça no plano da intimidade do cidadão que faça uso da droga, fora do espaço público, não será permitida a intervenção desmotivada do Estado que nesse limite somente poderá ingressar munido de autorização judicial.

Pois bem, ao delimitar o âmbito e a forma da atuação estatal legítima, o legislador deu nova solução ao conflito de direitos constitucionalmente assegurados. A conduta está criminalizada, contudo, se praticada no espaço público terá potencialidade de expansão e sujeitará o infrator à pronta e imediata intervenção estatal, com a apreensão da droga e o registro da ocorrência, podendo até mesmo, em caso de recalcitrância do infrator, resultar na sua condução coercitiva às dependências policiais, pura e tão somente para a lavratura do Termo Circunstanciado.

Contudo, se praticada no recesso de sua privacidade, no interior de sua residência, por exemplo, o infrator, embora cometendo um ilícito penal, somente estará passível da intervenção estatal se a autoridade pública se apresentar munida de mandado que lhe franqueie o acesso à residência da pessoa averiguada.

E nem se alegue que esse fato inibirá a ação estatal com relação ao tráfico de drogas porque, nesse caso, a autoridade policial continuará autorizada a intervir, obviamente agora com redobrados cuidados para não cometer os frequentes e usuais abusos que fazem parte da crônica policial diária nessa seara.

Nessa linha de raciocínio é possível realizarmos um prognóstico acerca da autorização e adoção de novas medidas práticas que podem integrar o elenco das chamadas estratégias de redução de danos. Trata-se aqui de examinar as chamadas salas de uso seguro ou locais especialmente destinados ao uso de drogas, que já vêm sendo implantadas com êxito em outros países como Espanha e Austrália, além da sempre lembrada política holandesa dos *coffe-shops*, cuja finalidade é a de reduzir danos, de desmarginalizar e de desestigmatizar o usuário/dependente.

A assertiva se sustenta porque o embasamento legal já se encontra estabelecido em nosso ordenamento e resta apenas a vontade política e a regulamentação própria para a sua efetiva implementação. Caso a autorização para o uso seja restrito a determinados locais e certos grupos de pessoas, a conduta estará contida naquele âmbito específico e será passível de um melhor controle criminal, social e médico-sanitário.

Dessa forma, embora perfilhando o entendimento adotado nas recentes decisões destacadas no início e que declararam a inconstitucionalidade da criminalização da conduta do porte de drogas para uso pessoal (notadamente pela ausência de lesividade e alteridade), importa reconhecer que a nova lei de drogas encerra especificidades que permitem a implementação de mudanças e a realização de novas ponderações no tocante ao conflito de princípios constitucionais aqui abordados.

Como se disse, no Brasil, a Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, veio atender a esses objetivos, punindo o traficante e o usuário, sem deixar de reconhecer este último como objeto de proteção social. Dispensou-lhe tratamento, não só de infrator penal, mas também, como membro da sociedade com direito a cuidados especiais.

Grande avanço legislativo, recebendo aplausos por sua prudência. Sem descriminalizar a droga, nossa lei vigente pune severamente o traficante (art. 33) e vê dupla subjetividade no usuário: ativa e passiva, infrator penal e doente (art. 28 da Lei).

O tema da descriminalização do porte de droga para uso próprio, já se falou, não é novo. Tem-se acompanhado as duas correntes durante dezenas de anos. Argumentos fundamentados dos dois lados, tornando a discussão acalorada, árdua e interminável.

O jornal *O Estado de S. Paulo*, na edição de 23 de maio, no caderno Cidades, C1, publicou notícia que espantou o mundo jurídico-penal: "TJ-SP diz que porte de droga não é crime", "decisão de desembargador abre precedente para outros casos".

Segundo a notícia, três magistrados da 6ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo absolveram, em grau de apelação (Ap. Criminal nº 135.633, de 31.08.08), um réu condenado em primeiro grau por ter cometido crime de porte de cocaína para uso próprio. Para eles, portar droga para uso próprio, fato definido como crime no art. 28, da Lei 11.343/06, não é delito. Cabe recurso do Ministério Público ao Supremo Tribunal Federal, ficando esclarecido que a decisão da segunda instância só tem eficácia para o réu recorrente, não tendo caráter de generalidade, isto é, não vale todos os casos.

No dia seguinte, a vez da Folha de S. Paulo, no caderno Cotidiano, C4: "TJ de São Paulo considera que portar drogas não é crime", "decisão declara inconstitucional a lei que criminaliza o porte de drogas ilícitas", sem restringir a notícia ao "porte de droga para uso

próprio". Revelam os diários que, de acordo com o relator do Acórdão, a norma que define o crime de porte de entorpecente para uso próprio é inconstitucional, pois infringe os princípios da ofensividade (o fato não atinge terceiros pessoas); intimidade (escolha subjetiva; livre arbítrio) e da igualdade (portar drogas lícitas não é infração penal). Segundo ele, no caso, não há lesão a terceiros, mas autolesão impunível. O bem jurídico tutelado seria a própria integridade física do indivíduo.

Para se entender a questão, é preciso retroceder um pouco e apreciar a história dos bens jurídicos, como também ficar consignada a diferença entre dois fatos: 1. usar droga (por exemplo, fumar maconha): não é crime; 2. portar droga para uso próprio: constitui delito.

Após o término da Segunda Guerra Mundial observou-se o surgimento do Estado Social de Direito. No plano da saúde pública, o progresso da humanidade trouxe novos tipos de doenças e vícios, exigindo do Estado cuidado redobrado no sentido de assegurar um mínimo de nível decente de vida, surgindo para a lei novos interesses jurídicos ligados ao meio ambiente, saúde pública etc.

A tradicional dogmática penal estava acostumada a tratar de interesses jurídicos tangíveis, como a vida, a incolumidade física, o patrimônio etc., normalmente relacionados a um indivíduo e de lesões pessoais facilmente perceptíveis. Com o progresso da sociedade, entretanto, surgiram novos interesses jurídicos de difícil apreciação e determinação. Assim, a saúde pública, no que se relaciona especialmente com o crime de tráfico ilícito de drogas, cujo interesse de prevenção e repressão se encontra previsto nas Constituições Federais da maioria dos países, traduzindo a pretensão de o Estado garantir o normal funcionamento do sistema no que diz respeito à observância dos direitos dos cidadãos em todos os atributos de sua personalidade, em que se inclui o referente à saúde.

O objeto jurídico principal da proteção penal nos crimes de tráfico ilícito e uso indevido de drogas é a saúde pública, bem palpável, uma vez que se encontra relacionado a todos os membros da coletividade. Deste modo, o dano, ainda que se entenda como potencial, interfere na vida real de todos os membros da sociedade, ou de parte dela, antes de lesão individual. No tocante ao cidadão, isoladamente considerado, o direito à vida, à saúde (própria), à segurança coletiva e à ordem pública integram sua objetividade jurídica secundária (mediata), *i. e.*, são tutelados por eles de forma indireta. Há uma superposição de interesses jurídicos. A vida e a incolumidade física, *p. ex.*, são protegidas como objetos jurídicos principais no Código Penal, no Capítulo próprio (arts. 121 e 129). Nos delitos referentes a tóxicos, contudo, aparecem como interesses jurídicos secundários. Esse bem

individual se sobrepõe àquela. Protegendo-se o interesse coletivo, a saúde pública, obliquamente está sendo assegurada tutela aos bens particulares.

A saúde pública, como interesse jurídico difuso, não resulta da soma das saúdes individuais dos membros que compõem a coletividade. Realmente, o nível de saúde dos membros do corpo social é algo mais que a saúde de seus integrantes. Esse interesse superior é garantido pela CF (arts. 196 e seguintes) e protegido pelas normas penais incriminadoras da Lei n. 11.343/06. Trata-se de um interesse de relevante importância, uma vez que o cidadão, enquanto membro do corpo social, tem direito a um nível coletivo de saúde diferente da saúde individual (pessoal).

Tem-se, pela Constituição Federal, direito a um nível "coletivo" de saúde. Todos o possuindo, eu desfruto dele; se ninguém o tem, eu não o tenho. Logo, protegendo o coletivo, tutela-se o individual. Lesionando-se o interesse difuso, reduz-se o nível de vida do individual. Há lesão ao bem jurídico primário, no sentido de que o fato delituoso abaixa o nível mínimo aceitável de saúde da população (Maria Paz Arenas Rodríguez).

Desse modo, a essência do delito de porte de droga para uso próprio se encontra na lesão ao interesse jurídico da coletividade, que se consubstancia na própria saúde pública, não pertencendo aos tipos incriminadores a lesão a pessoas que compõem o corpo social. Tomando em consideração o respeito que deve existir entre os membros da coletividade no que tange à proteção da saúde pública, o portador da droga lesiona o bem jurídico difuso, i. e., causa um dano massivo, uma lesão ao interesse estatal de que o sistema social funcione normalmente. O delito por ele cometido decorre da "falta de respeito com a pretensão estatal de vigilância" do nível da saúde pública (Schmidhauser), fato que não se confunde com o uso da droga, evento que se passa na esfera íntima do cidadão. Como se nota, não é necessário socorrer-se da tese do perigo abstrato, uma vez que, partindo-se do conceito de interesse difuso, pode-se construir uma teoria adequada à solução do tema. Essa lesão já conduz à existência do crime, dispensando a demonstração de ter causado perigo concreto ou dano efetivo a interesses jurídicos individuais, se houve invasão da sua esfera pessoal ou se o fato causou ou não perigo concreto a terceiros.

Em voto proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cujo Relator foi Ministro Sepúlveda Pertence, com o tema se referindo à natureza jurídica da posse de drogas para consumo próprio (art. 28, Lei nº 11.343/2006), pela 1ª Turma, no Recurso Extraordinário (RE) nº 430.105, julgado em 13.02.2007, e publicado no *DJU* 27.04.2007, obteve-se a seguinte decisão:

Relatório: RE, do Ministério Público, em matéria criminal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que julgou ser o Juizado Especial o competente para o processo e julgamento de crime de uso de drogas, previsto à época dos fatos no art. 16 da Lei 6.368/76 (fls. 114/120). Alega-se violação dos 2º; 5º, XL; e 98, I, todos da Constituição, sob o fundamento de que, ao contrário do afirmado pelo acórdão recorrido, o art. 2º, parágrafo único, da Lei 10.259/01, nos casos de competência da Justiça Estadual, não ampliou o conceito de crime de menor potencial ofensivo previsto no art. 61 da Lei 9.099/95. O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal *sui generis*. Perdeu objeto, pois, o recurso extraordinário que, por isso, julgo prejudicado: é o meu voto.

Esse foi o notável voto proferido pelo STF, em atenção ao assunto ora examinado. Porém, como dito, ainda não pacificado naquela Corte Suprema.

Prosseguindo, e ingressando-se no campo da Justiça Argentina, tem-se a dizer que o controle de constitucionalidade das leis é uma conquista civilizatória. E, obviamente, não poderia haver leis imunes a sindicabilidade. Fosse verdadeira a tese de que a anulação de uma lei que estabelece favores legais ao acusado fere o princípio da legalidade e estaria criado um "enclave penal" no interior do direito constitucional. A questão não é nova. Por todos, cita-se o caso do aborto na Alemanha, e o julgamento dos soldados da antiga Alemanha Oriental, conhecido como o "caso *Mauerschützen*", em que, após a reunificação, um grupo de soldados da antiga RDA foi condenado por homicídio, por atirarem em fugitivos que tentavam ultrapassar o muro de Berlim. O Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), examinando o recurso, negou-lhe provimento.

Não se pode olvidar o recente caso da anulação, por inconstitucionalidade e por malferimento dos tratados internacionais e da Constituição, da lei da "obediência devida", que concedeu anistia aos militares argentinos. A referida lei foi declarada inconstitucional, com votos dos Ministros Ricardo Lorenzetti, Juan Maqueda, Eugênio Zaffaroni e Helena Highton de Nolasco, pela Suprema Corte Argentina, fundamentalmente por violar tratados internacionais, firmados pela República Argentina, de proteção aos direitos fundamentais e de combate à tortura e a outros crimes graves. A Corte Argentina decidiu que os delitos que lesam a humanidade, por sua gravidade, não podem ser objetos de indulto, uma vez que não só afrontam a Constituição, como, também, toda a comunidade internacional. Em suma, acabou por reconhecer o dever de proteção, não só por parte do Estado, mas, também, por parte de toda a comunidade internacional.

No caso Arriola, e outros a Corte Constitucional Argentina (Suprema Corte de Justiça da Nação) (Causa n. 9.080), em 25 de agosto de 2009, deu provimento ao recurso extraordinário interposto contra decisão condenatória pelo delito de posse de entorpecente para uso pessoal. O recorrente sustentou 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 Constituição Argentina, que diz:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

A decisão (dos sete magistrados) foi unânime. Descriminalizou a posse de droga para uso pessoal, porém, só para pessoas maiores (maiores de 16 anos). Cuidava-se, efetivamente, de um genuíno caso constitucional, visto que o recorrente confrontava a lei federal (Lei 23.737/1989, art. 14, § 2º) com o disposto no art. 19 da Constituição Argentina (que garante a isenção de responsabilidade em relação às ações privadas que não ofendem a ordem ou a moral pública nem prejudiquem terceiros). O que foi posto em discussão foi a validade da regra jurídica acima citada. Impõe-se distinguir com clareza a vigência da validade. A norma está vigente desde 1989. Agora o que se questionava era sua validade (porque incompatível com o texto constitucional superior).

A sentença (descriminalizatória) deixou claro que não se trata de legalização: a Corte não legalizou a droga na Argentina. A droga continua proibida. Mas a posse (ou porte) de pequena quantidade, para uso pessoal, está fora do Direito Penal. O que a Corte fez foi declarar inválida a norma contida no § 2º do art. 14 da Lei 23.737/1989. Continua no plano formal vigente, mas no plano constitucional é inválida (logo, não pode mais ter nenhuma eficácia). A decisão da Corte Argentina segue uma tendência mundial, que também está presente na América Latina. Nos anos 70 e 80 preponderou a política repressiva norte-americana (guerra contra as drogas). Essa política está perdendo sua força (diariamente) frente aos usuários. Considerando-se que os recursos destinados ao "combate" das drogas são escassos, melhor (mais justo e mais adequado) é dirigi-los contra os traficantes (não contra os usuários).

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. Uruguai, há anos, não pune a posse de droga para consumo pessoal. Na

Colômbia a Corte Suprema, em 1974, declarou a inconstitucionalidade da lei que punia criminalmente o porte de droga para uso próprio. O Peru descriminalizou a posse de droga para uso próprio há vários anos. Nesse mesmo sentido é a legislação em Costa Rica. A Corte Suprema Argentina, há anos, vem debatendo o assunto. Há cerca de 20 anos chegou a invalidar uma lei que punia a posse de droga para uso pessoal (Caso "Bazterrica" - Fallos: 308:1392). Mas na mesma ocasião houve também uma outra sentença em sentido contrário (Caso Montalvo). O debate já estava estabelecido, como se vê, há anos. No mundo acadêmico as sentenças antagônicas da Corte Suprema foram esgrimidas ardorosamente nas últimas três décadas.

Porém, observa-se que a Jurisprudência da Corte Máxima Argentina, como se vê, sempre foi "zigzagueante". No Caso Colavini (Fallos: 300:254) adotou-se como válida a criminalização. Nos Casos Basterrica e Capalbo a Corte caminhou para a descriminalização (Fallos: 308:1392). No Caso Montalvo, em 1990, voltou novamente para a criminalização (Fallos: 313:1333). Em agosto de 2009 retoma a linha argumentativa do Caso Basterrica (em favor da descriminalização). O que acaba de ser resenhado comprova que o direito não tem autonomia frente às circunstâncias históricas (de cada país, em cada momento). Conforme os ventos que sopram, pode-se alcançar um ou outro rumo (e, às vezes, até consenso) em torno dos assuntos polêmicos.

A Lei 23.737/1989, já conta com vinte e um anos. O Caso Montalvo, que legitimou a política criminalizatória, tem dezoito anos. O longo período já transcorrido estava a justificar a retomada do assunto, mesmo porque, hoje, inclusive a ONU já não tem a mesma posição que adotava há duas décadas. As razões pragmáticas ou utilitaristas que foram invocadas na sentença Montalvo (no sentido de que é preciso punir o usuário porque isso diminui o tráfico de entorpecentes e acaba afetando o traficante) foram perdendo força ao longo dos anos. A punição penal do usuário não reduziu o tráfico de drogas, não afetou o "negócio" dos traficantes.

De todos os fundamentos invocados na Sentença em debate, talvez um dos pontos mais altos seja o que diz respeito à reforma constitucional Argentina de 1994, que incorporou os tratados de direitos humanos (ratificados) à Constituição (art. 75, inc. 22). A reforma constitucional de 1994 reconheceu a importância do sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Com isso o Estado abriu mão, em certo sentido, ainda que parcialmente, de sua soberania ilimitada (Caso Mazzeo, Fallos: 330:3248). O panorama jurídico argentino, conseqüentemente, é outro. A política criminal do Estado já não conta com a soberania

ampliada que ostentava. O Estado já não pode ultrapassar determinados limites, nem tampouco pode deixar de cumprir certos parâmetros afirmativos relacionados com a inclusão social e econômica.

Incontáveis são os reflexos das decisões internacionais sobre o direito interno. Esses parâmetros (civilizatórios) vão sendo incorporados paulatinamente na própria jurisprudência interna. Dizem respeito às condições carcerárias mínimas (Caso Verbitsky, Fallos: 328: 1146), ao duplo grau de jurisdição (Caso Casal, Fallos: 328: 3399), aos direitos dos menores quando violam a lei penal (Caso Maldonado, Fallos: 328: 4343), ao devido processo nas internações psiquiátricas involuntárias (Caso Tufano, Fallos: 328: 4832), à garantia da imparcialidade (Caso Quiroga, Fallos: 327: 5863, Caso Llerena, Fallos: 328: 1491 e Caso Dieser, Fallos: 329: 3034), ao direito de ampla defesa (Caso Benitez, Fallos: 329: 5556 e Caso Noriega, Fallos: 330: 3526), ao direito a um processo sem dilações indevidas (Caso Barra, Fallos: 327: 327), à definição do conceito de periculosidade (Caso Gramajo, Fallos: 329: 3680), ao direito das vítimas (Caso Santillan, Fallos: 321: 2021) e aos direitos das pessoas que são investigadas ou que estão sujeitas a sanção em razão de graves violações dos direitos humanos (Casos Arancibia Clavel, Fallos: 327:3312; Simón Fallos: 328:2056 e Mazzeo, Fallos: 330:3248).

Diante de todo esse novo panorama histórico, jurídico, cultural, social e econômico, geopolítico e internacional, não podia mesmo a Corte Suprema Argentina deixar de reconhecer a inconstitucionalidade do art. 14, § 2º, da Lei 23.737/1989. No mesmo sentido deve caminhar a jurisprudência da nossa Corte Máxima (STF). É o que se espera. Pode-se, de novo, indagar: Porte de substância entorpecente, para uso próprio, é crime?

Como foi dito para a 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo (rel. José Henrique R. Torres), NÃO, pois considerou-se que portar droga para uso próprio não é delito (caso Ronaldo Lopes – *O Estado de S. Paulo* de 23.05.08, p. A1). Fundamentou sua decisão na Constituição brasileira, invocando os princípios da ofensividade (não há crime sem ofensa ao bem jurídico), igualdade (há muitas outras "drogas" cujo consumo não é incriminado: bebidas alcoólicas, p.ex.) e intimidade (o Estado não tem o direito de invadir a intimidade da pessoa para proibi-la de usar o que quer que seja). A Jurisprudência brasileira, de um modo geral, não aceita ainda essa tese (da descriminalização do porte de droga para uso próprio). Ainda não está devidamente trabalhado na Jurisprudência o requisito da transcendentalidade da ofensa como fundamento para se afastar a tipicidade (material) da posse de drogas para uso próprio.

No plano legal, o vigente art. 28 da Lei 11.343/2006, inovando surpreendentemente nosso ordenamento jurídico, passou a cominar tão-somente penas alternativas para o "usuário de droga" (ou seja: portador de droga para uso próprio). Antes (na Lei 6.368/1976) essa conduta era punida com pena de prisão (de seis meses a dois anos de detenção). Antigamente, como se vê, o fato era considerado como crime. Depois da Lei 11.343/2006 surgiu uma grande polêmica na doutrina e na jurisprudência. Hoje, há pelo menos três posições: (a) do STF (Primeira Turma – RE 430.105-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence), entendendo que houve despenalização, tratando-se de infração *sui generis*; (b) Luiz Flávio Gomes, admitindo que houve descriminalização (cf. GOMES *et alii*, Lei de Drogas Comentada, 2.e.d, São Paulo:RT, 2007, p. 145 e ss.) e (c) Alice Bianchini (para quem o fato não é crime nem pertence ao Direito penal).

A decisão do TJ-SP seguiu a terceira corrente. A posição do STF (no RE 430.105-RJ) constitui o seu oposto. Só com o tempo vamos saber qual dessas três correntes vai se pacificar. No plano legal (art. 28) há previsão de uma infração (aparentemente penal). No plano constitucional (por onde transitou o acórdão do TJ-SP), entretanto, a outra conclusão se pode chegar. É por essa via que transitou a decisão da 6ª Câmara do TJ-SP.

Essa decisão (no plano constitucional) não pode ser tida como incorreta. Por quê? Porque a imposição de sanção *penal* ao possuidor de droga para uso próprio conflita com o Estado constitucional e democrático de Direito (que não aceita a punição de ninguém por perigo abstrato e tampouco por fato que não afeta terceiros pessoas).

Por força do princípio da ofensividade não existe crime (ou melhor: não pode existir crime) sem ofensa ao bem jurídico (cf. GOMES, L.F. e GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A., *Direito Penal-PG*, v. 2, São Paulo: RT, 2007, Vigésima Segunda Seção). Ofensa ao bem jurídico significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico. Para a existência de um crime não basta que o sujeito realize a conduta descrita no tipo legal. Mais que isso: além dessa tipicidade (chamada) formal, impõe-se que esse fato seja ofensivo ao bem jurídico protegido. Dessa forma o fato além de ser formalmente típico deve também constituir um fato materialmente típico.

Essa ofensa ao bem jurídico (que é conhecida em Direito Penal como resultado jurídico) precisa ser desvaliosa (para que o fato seja penalmente típico não basta a produção de qualquer resultado: ele precisa ser desvalioso). E quando uma ofensa ao bem jurídico é desvaliosa? Quando concreta ou real (não cabe perigo abstrato no Direito penal regido pelo princípio da ofensividade), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa

(fatos irrelevantes devem ser excluídos do Direito penal) e intolerável (insuportável, de tal forma a exigir a intervenção do Direito penal).

A transcendentalidade da ofensa, como se vê, é a segunda exigência que decorre do resultado jurídico desvalioso. Só é relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros. Se o agente ofende (tão-somente) bens jurídicos pessoais, não há crime (não há fato típico). Exemplos: tentativa de suicídio, autolesão, danos a bens patrimoniais próprios etc. Na transcendentalidade da ofensa reside o princípio da alteralidade (a ofensa tem que atingir terceiros pessoas). Alteralidade (ofensa a terceiros) não se confunde com alternatividade (princípio que conduz ao reconhecimento de um só crime quando o agente realiza, no mesmo contexto fático, vários verbos descritos no tipo). Se em Direito penal só deve ser relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros, não há como se admitir (no plano constitucional) a incriminação penal da posse de drogas para uso próprio. O assunto passa a ser uma questão de saúde pública (e particular), como é hoje (de um modo geral) na Europa (onde se adota a política da redução de danos). Não se trata de um tema de competência da Justiça Penal. A polícia não tem muito que fazer em relação ao usuário de drogas (que deve ser encaminhado para tratamento, quando o caso).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se dizer que a questão envolvendo o simples uso de drogas, além de ser afeta à saúde pública, não é assunto para o Estado tratar, pois viola os princípios da intimidade, da vida privada, da autodeterminação da vontade individual, enfim, não podendo ser cuidado à luz do Direito Penal, não devendo haver criminalização, mas sim, tratamento ao dependente de drogas.

Na seara da Bioética, a questão pode ser encarada de modo a lembrar que a pessoa humana é um fim em si mesmo. O Estado é um instrumento a serviço da pessoa humana, e tem o inescusável dever de tratar o ser humano como fim em si mesmo, e nunca como meio para alcançar outros fins, oposto de tal maneira, ao fim subjetivo e ao fim relativo, vale dizer, os fins intermediários que uma vontade possa propor sem atribuir valor universal. O fim em si, em troca, é fim objetivo, necessário, e por tanto, absoluto e incondicionado. O conceito de dignidade, opera necessariamente como pano de fundo. Se respeitamos a autonomia dos pacientes, é porque eles são sujeitos e não objetos, ou seja, é dizer que eles possuem dignidade. Se protege-se de um modo especial os seres humanos mais vulneráveis, é porque, além de suas deficiências físicas ou psíquicas, possuem eles, enquanto seres humanos, um

valor intrínseco, ou seja, uma dignidade. Se cuida-se da integridade física das pessoas, é porque seus corpos não são meramente coisas, sobre as quais se tem direito de propriedade, mas sim são pessoas, com dignidade. Enfim, sem a idéia de dignidade, nem o respeito à autonomia, nem a proteção aos mais fracos, nem a proteção à integridade das pessoas, encontram justificação.

Se verifica de plano, que o delito de “uso de drogas” é, nos termos da nova lei brasileira, absolutamente incompatível com a privação de liberdade do eventual infrator. A condição de usuário de drogas é caracterizada quando a natureza, as circunstâncias, o poderio econômico, a situação social, afetiva, familiar de uma pessoa é avaliada, chegando-se a conclusão de que aquele indivíduo não passa de um perdedor habitual, um pária da sociedade, um excluído. Também pode ser aferida, em razão da pouca ou ínfima quantia de drogas encontradas com o usuário, presumindo-se, com veementes indícios, que o entorpecente de posse do mesmo, não tem outro destino, que não o seu próprio consumo. Por outro lado, pode ser considerado traficante de drogas, aquele que detém o poder do fabuloso “negócio”, chamado comercio clandestino de drogas. É o gerente, o chefe, quem dá as ordens, quem manda matar, enfim, que possui pleno controle da situação ilícita, e dela, aproveitando-se da fraqueza alheia, constrói sua riqueza material.

No Brasil, o artigo 28, da Lei nº 11.343/06, estabeleceu para os usuários de drogas, as penas de advertência, prestação de serviços à comunidade ou medidas educativas, tudo a fim de evitar que o mero consumidor seja remetido ao cárcere, solução gravosa e muito desproporcional, cuja incidência deve ser destinada apenas aos crimes com maior gravidade. Não houve descriminalização, porém, o usuário, a partir de agora, é considerado um doente patológico, que deve, ao invés da prisão, receber tratamento, havendo despenalização, visto que o fato continua a ser visto como crime, porém, não se subsume aos preceitos do Código Penal Brasileiro, vez que são impostas penas alternativas aos usuários de drogas. A Suprema Corte Argentina declarou recentemente (em 25 de agosto de 2009) a inconstitucionalidade da incriminação do porte de drogas para uso próprio em razão da impossibilidade da intervenção estatal no âmbito privado dos cidadãos.

Ainda no que tange à declaração (ou não) de inconstitucionalidade dos tipos penais que incriminam o uso de drogas, a Corte Constitucional da Colômbia ratificou, recentemente, o mesmo entendimento que já havia adotado desde 1994, confirmando a inconstitucionalidade de dispositivo idêntico. No Brasil, Como se falou anteriormente, a 6ª Câmara do 3º Grupo da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, declarou a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, na Apelação Criminal 01113563.3/0-0000-000, da Comarca de

São José do Rio Pardo, em 31 de março de 2008. O mesmo se deu na Argentina, no já mencionado “Caso ARRIOLA” (“Fallos: 9080”), que descriminalizou o uso de drogas para consumo pessoal.

São corretas as previsões das atividades de prevenção do uso indevido, e atenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas, elencados nos artigos 18 e 19, da Lei nº 11.343/06, como o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence; a adoção de conceitos objetivos e de fundamentação científica como forma de orientar as ações dos serviços públicos comunitários e privados e de evitar preconceitos e estigmatização das pessoas e dos serviços que as atendam; o fortalecimento da autonomia e da responsabilidade individual em relação ao uso indevido de drogas; o tratamento especial dirigido às parcelas mais vulneráveis da população, levando em consideração as suas necessidades específicas; familiares; o investimento em alternativas esportivas, culturais, artísticas, profissionais, entre outras, como forma de inclusão social e de melhoria da qualidade de vida; a implantação de projetos pedagógicos de prevenção do uso indevido de drogas, nas instituições de ensino público e privado, alinhados às Diretrizes Curriculares Nacionais e aos conhecimentos relacionados a drogas.

Finalizando, cabe dizer que, não só no Brasil ou na Argentina, o mais sensato e responsável, de tudo quanto vem acontecendo em termos globalizados, consiste na adoção de uma política claramente preventiva em relação às drogas. Educação antes de tudo. E que os pais e professores, dentre tantos outros, assumam sua responsabilidade de orientação e conscientização. A pior postura que um ser humano pode aceitar consiste em confiar que o Direito Penal possa resolver qualquer questão relacionada com as drogas. Se você não cuida do seu filho, não espere que o Direito Penal faça isso e muito menos que essa tarefa seja desempenhada pelas autoridades policiais, que não contam com o mínimo preparo para cuidar de quem necessita de atenção, não de prisão. Descriminalizar a posse para uso é uma medida mais do que urgente a ser tomada, por quem ainda não o fez. A política de despenalização era necessária, mas não foi suficiente. Isso não significa legalizar as drogas, senão adotar uma política educativa responsável. Para a questão do uso de drogas na sociedade civil, o melhor caminho é a educação, não o cárcere.

8 BIBLIOGRAFIA

ASSIS IGLESIAS, Francisco. **Sobre o vício da diamba. In: Brasil. Serviço Nacional de Educação Sanitária. Maconha.** Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 1958. 138 p.

- ARGENTINA. **Constitución de la Nación (1994)**. Buenos Aires: Scotti, 2006. 230 p.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 84p.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução Campinas: Bookseller, 2008. 28 p.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 3. ed. Rio de Janeiro: Luam, 1996. 175 p.
- CORNEJO, Abel. **Estupefacientes**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 2009. 259 p.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987. 168 p.
- GOMES, Luiz Flávio. **Corte Argentina descriminaliza a posse de droga para uso pessoal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2268, 16 set. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13510>>. Acesso em: 25 fev. 2015.
- GOMES, Luiz Flávio e PERIN, Patrícia Mafalda. **Drogas: política repressiva ou preventivo-educativa?** Disponível em: www.ibccrim.org.br, 04.02.2001.
- _____. **Porte de drogas para uso próprio: é crime?** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1815, 20 jun. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11412>>. Acesso em: 28 fev. 2015.
- _____. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal ‘sui generis’ ou infração administrativa?** disponível em: <http://www.lfg.com.br>. 22 fev. 2015
- _____. **Nova Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 140 p.
- GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos, prevenção e repressão**. São Paulo: Saraiva, 2009. 159 p.
- MAGNO, Levy Emanuel. In: GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **Nova Lei Antidrogas Comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. 134 p.
- MAQUIAVEL, Niccolo. **O Príncipe**. Tradução: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 167 p.
- MARCÃO, Renato Flávio. **Tóxicos. Lei nº 11.343, anotada e Interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2010. 129 p.
- MARINI, Bruno. **O caso das testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue: uma análise jurídico-bioética**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 661, 28 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6641>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

MUÑOZ, Daniel Romero; ALMEIDA, Marcos de. **Noções de Responsabilidade em Bioética**. In Segre & Cohen, Bioética, Editora da Universidade de São Paulo, 1995

RIBEIRO, Maurides de Melo. **A privacidade e a nova lei de drogas**. Boletim do IBCCRIM, nº 205. São Paulo, dezembro de 2009. 136 p.

ROSS, Alf. **Sobre Direito e Justiça**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2000. 194 p.

SODRÉ, Hélio. **Polícia, Tóxicos e Justiça**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1973. 124 p.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11493>>. Acesso em: 28 fev. 2015 .

TEALDI, Juan Carlos (organizador). **Diccionario latinoamericano de bioética**. Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008. 345 p.

TINANT, Eduardo Luis. **Bioética Jurídica, Dignidad de la Persona y Derechos Humanos**. 2. ed. Buenos Aires: Dunken, 2010. 212 p.

YARÍA, Juan Alberto. **La Existencia Tóxica**. Buenos Aires: Lumen, 1993. 168 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Tradução Rio de Janeiro: Revan Editora, 2001. 223 p.