

UNICESUMAR – UNIVERSIDADE CESUMAR
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

SILVIO LUIS CORDEIRO JÚNIOR

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS E A
AFRONTA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE**

MARINGÁ
2023

SILVIO LUIS CORDEIRO JÚNIOR

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS E A
AFRONTA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar – UNICESUMAR, como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas.

Linha de pesquisa: Os direitos da personalidade e seu alcance na contemporaneidade.

Orientador: Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro.

MARINGÁ

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

C794i Cordeiro Júnior, Silvio Luis.

A (in)constitucionalidade do Artigo 28 da Lei de Drogas e a afronta aos Direitos Fundamentais da Personalidade / Silvio Luis Cordeiro Júnior. Maringá-PR: UNICESUMAR, 2023.

164 f.; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro.

Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2023.

1. Direitos da personalidade. 2. Lei de drogas. 3. Política criminal de entorpecentes. 4. Criminalização das drogas. 5. Intervenção estatal mínima. I. Título.

CDD – 345

Leila Nascimento – Bibliotecária – CRB 9/1722
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

SILVIO LUIS CORDEIRO JÚNIOR

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS E A
AFRONTA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Cesumar – UNICESUMAR, como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas, sob orientação do Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro.

Aprovado em: 24/02/2023

BANCA EXAMINADORA

Orientador:

Prof. Dr. Alexander Rodrigues de Castro
UNICESUMAR

Membro:

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila
UNICESUMAR

Membro:

Prof. Dr. Daniel Lena Marchiori Neto
UFPel

Suplente:

Prof. Dr. Marcus Geandré Nakano Ramiro
UNICESUMAR

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus avós, Pedro e Isabel Simionato, pelos valiosos ensinamentos e que, mesmo distantes, sempre estarão presentes em meus pensamentos, no anseio de reencontrá-los junto ao Pai.

AGRADECIMENTOS

À Deus, pelo dom da vida e por ter me guiado até mais essa conquista, os meus eternos agradecimentos.

À minha família, meu bem mais precioso, agradeço pelo amor incondicional e por todo o suporte que me foi dado não só durante a árdua jornada deste mestrado, mas por toda a vida. Agradeço, em especial, ao meu pai, por ser o maior exemplo de vida, de ser humano, de superação e, principalmente, por toda a sabedoria compartilhada ao longo da vida.

Ao Professor Doutor Alexander Rodrigues de Castro, agradeço profundamente pela orientação deste trabalho, dividindo seu enorme conhecimento e me auxiliando em todas as dificuldades que surgiram no decorrer do mestrado.

Aos amigos Dr. Carlos Alexandre Granzotti e Dr^a. Lorena Paes Landin, que por diversas ocasiões asseguraram meus compromissos profissionais quando haviam conflitos de horário com o programa de mestrado. Em especial, agradeço pela inestimável amizade e pelo incentivo e apoio para terminar este curso.

Aos companheiros de luta, João Gabriel Yaegashi e Victor Hugo Ferreira Brito, que batalharam ao meu lado neste mestrado, dividindo as angústias e dificuldades advindas da trajetória acadêmica, mas também as boas conversas fora da sala de aula, meu sincero agradecimento. Sem vocês, tudo seria muito mais difícil.

(...)

*Não tolero o magistrado,
Que do brio descuidado,
Vende a lei, trai a justiça
- Faz a todos injustiça –
Com rigor deprime o pobre
Presta abrigo ao rico, ao nobre,
E só acha horrendo crime
No mendigo, que deprime.*

(...)

Luiz Gama

RESUMO

A presente pesquisa busca discutir e analisar o artigo 28 da Lei 11.343/2006, que criminaliza a conduta do usuário de drogas, frente aos direitos fundamentais da personalidade. O objetivo geral que norteia a presente pesquisa é o de identificar e analisar se os direitos da personalidade estão em confronto com o tipo penal e, em caso positivo, quais direitos são estes, indicando os limites à atuação do Direito Penal, bem como revendo a posição do STF sobre o tema ao julgar o Recurso Extraordinário 635.659/SP. Também orientam essa pesquisa os seguintes objetivos específicos: introduzir a atual situação do usuário e dependente de drogas na Lei 11.343/2006, comparando com a anterior Lei de Drogas; indicar os direitos constitucionais possivelmente violados pela tipificação penal da conduta do usuário; demonstrar os limites de atuação do Direito Penal no âmbito do combate ao comércio e uso de entorpecentes; comparar as disposições constitucionais com o artigo 28 da Lei de Drogas; avaliar a posição dos ministros do STF no julgamento do RE 635.659/SP e determinar se o artigo 28 da Lei 11.343/2006 é, de fato, inconstitucional. Foi utilizada a abordagem hipotético-dedutiva, através da pesquisa bibliográfica, e também do método dogmático clássico para abordar a temática das drogas. Por fim, conclui-se que a criminalização da conduta do usuário de drogas, tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/2006, fere de morte diversos direitos fundamentais da personalidade, afrontando diretamente a Constituição Federal Brasileira de 1988.

Palavras-chave: Direitos da Personalidade; Lei de Drogas; Política Criminal de Entorpecentes; Criminalização das Drogas; Intervenção Estatal Mínima.

ABSTRACT

This research sought to discuss and analyze article 28 of Law 11.343/2006, which criminalizes the behavior of drug users, in view of the fundamental rights of the personality. The general objective that guides this research is to identify and analyze whether personality rights are in conflict with the criminal type and, if so, what these rights are, indicating the limits to the performance of Criminal Law, as well as reviewing the position of the STF on the subject when judging Extraordinary Appeal 635.659/SP. The following specific objectives also guide this research: introduce the current situation of drug users and dependents in Law 11.343/2006, comparing it with the previous Drug Law; indicate the constitutional rights possibly violated by criminal classification of the user's conduct; demonstrate the limits of action of Criminal Law in the context of combating the trade and use of narcotics; compare constitutional provisions with article 28 of the Drug Law; evaluate the position of the STF justices in the judgment of RE 635.659/SP and determine whether article 28 of Law 11.343/2006 is, in fact, unconstitutional. A hypothetical-deductive approach was used, through bibliographical research, and also the classic dogmatic method to address the issue of drugs. Finally, it was concluded that the criminalization of drug user conduct, typified in article 28 of Law 11.343/2006, injures several fundamental personality rights to death, directly affronting the Brazilian Federal Constitution of 1988.

Keywords: Personality Rights; Drug Law; Criminal Drug Policy; Criminalization of Drugs; Minimal State Intervention.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ASEP	Acordo Sul Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos
CF	Constituição Federal
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
COAF	Conselho de Controle de Atividades Financeiras
CONAD	Conselho Nacional Antidrogas
CONFEN	Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes
CNPCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
CPM	Código Penal Militar
CPP	Código do Processo Penal
DIMED	Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos
FUNAD	Fundo Nacional Antidrogas
FUNCAB	Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso
IDT	Instituto da Droga e da Toxicodependência
ONG's	Organizações Não- Governamentais
ONU	Organização das Nações Unidas
RDC	Resolução da Diretoria Colegiada
RE	Recurso Especial
SENAD	Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
SNFMF	Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL	16
2.1 POSIÇÃO CONSTITUCIONAL	16
2.2 A LEGISLAÇÃO ESPECIAL DE DROGAS	19
2.3 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	24
2.3.1 Ordenações Filipinas	24
2.3.2 Código Criminal do Império	25
2.3.3 Código de 1890.....	25
2.3.4 Código Penal de 1940	26
2.3.5 Código Penal Militar	28
2.3.6 Lei 5.726/71	30
2.3.7 Lei 6.368/76	33
2.3.8. Lei 10.409/2002	34
2.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	36
2.5 LEGISLAÇÃO PENAL E PROCESSUAL EXTRAVAGANTE COM CONSEQUÊNCIAS AO COMBATE DAS DROGAS	36
2.5.1 Lei dos Crimes Hediondos	36
2.5.2 Lei das Desapropriações	37
2.5.3 Lei de Interceptação Telefônica.....	37
2.5.4 Lei de “Lavagem” de Valores.....	38
2.5.5 “Lei do Abate”	39
2.6 LEIS, MEDIDAS PROVISÓRIAS, DECRETOS, RESOLUÇÕES E PORTARIAS SOBRE DROGAS PROMULGADOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.343/2006, AINDA EM VIGOR.....	40
2.6.1 Portarias	40
2.6.2 Resoluções	41
2.6.3 Medidas provisórias.....	41
2.6.4 Decretos	42
2.6.5 Leis	43
2.7 ESPÉCIES NORMATIVAS PROMULGADAS A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 11.343/2006.....	43
3 A CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO FRENTE AOS DIREITOS DA	

PERSONALIDADE E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	44
3.1. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	51
3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO E SUA FUNÇÃO DE DEFESA/LIBERDADE.....	57
3.3 DIREITO À VIDA	59
3.4 DIREITO À LIBERDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA.....	61
3.5 LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E AUTODETERMINAÇÃO	67
3.5.1 Aspectos Gerais	67
3.5.2 O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade.....	68
3.5.3 Os Limites aos Atos de Disposição.....	72
3.5.4 A Criminalização da Conduta do Usuário e o Confronto com o Livre Desenvolvimento da Personalidade e Autodeterminação	79
3.6 DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO VOLUNTÁRIA COMO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	80
3.7 O SUPOSTO BEM JURÍDICO “SAÚDE PÚBLICA” TUTELADO NO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE..	91
3.7.1 Função do Direito Penal e a Teoria do Bem Jurídico	92
3.7.2 Saúde Pública e a Falsa Ideia de Bem Jurídico.....	96
3.7.3 Política de Redução de Danos como Alternativa à Proteção da Saúde do Usuário de Drogas.....	102
3.7.3.1 A descriminalização do uso de drogas e o modelo português	105
3.8 ANÁLISE CRÍTICA DOS CRITÉRIOS DIFERENCIADORES ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE NA LEI 11.343/2006.....	110
4 O STF E O JULGAMENTO DO RE 635.659/SP	117
4.1 VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES	118
4.1.1 Controle de Constitucionalidade das Normas Penais	119
4.1.2 Considerações Sobre os Crimes de Perigo Abstrato	119
4.1.3 Posse de Drogas para Consumo Pessoal: Políticas Regulatórias.....	120
4.1.4 Adequação da Norma Impugnada: Controle de Evidência e de Justificabilidade	121
4.1.5 Necessidade da Norma Impugnada: Controle Material de Intensidade ..	122
4.1.6 Alternativas à Criminalização.....	124
4.1.7 Manutenção das Medidas do Artigo 28 da Lei 11.343/2006.....	124

4.1.8 Apresentação do Preso por Tráfico ao Juiz Competente.....	125
4.1.9 Dispositivo	125
4.2 O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO	126
4.2.1 Introdução	126
4.2.2 A Interpretação Constitucional	127
4.2.3 Premissas Fáticas e Filosóficas	128
4.2.4 Razões Pragmáticas para a Descriminalização.....	129
4.2.5 Uma Janela para o Mundo	130
4.2.6 Fundamentos Jurídicos para a Descriminalização	131
4.2.7 Necessidade de um Critério Objetivo que Sirva de Orientação para Distinguir Consumo Pessoal de Tráfico	133
4.2.8 Enfrentando os Argumentos Contrários.....	134
4.2.9 Conclusão	135
4.3 O VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN	136
4.4 VOTOS DOS DEMAIS MINISTROS DO STF	139
4.5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS VOTOS DE GILMAR MENDES, LUÍS ROBERTO BARROSO E EDSON FACHIN	140
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	147
REFERÊNCIAS.....	152

1 INTRODUÇÃO

A problemática das drogas sempre foi palco de insuperáveis debates e polêmicas. É uma questão que, nos últimos anos, recebeu maior atenção dos especialistas e, sobretudo, da população em geral. Isso ocorre porque o problema deixou de ser concentrado e passou a ser difuso, afetando diretamente toda a sociedade.

Nos dias atuais, não são raros os casos de indivíduos que apresentam dependência química ou que cometeram algum delito sob influência de substâncias entorpecentes, sejam elas lícitas ou ilícitas. Este problema não é exclusivo do Brasil, podendo a questão das drogas ser concebida, em nível mundial, como um dos mais relevantes conflitos sociais contemporâneos. Na esfera médica e científica, inúmeros são os estudos e pesquisas sobre o efeito das drogas e a origem da dependência química, além dos métodos mais eficientes para se alcançar a abstinência. No campo jurídico, especialmente no tocante ao Direito Penal e à Criminologia, não é diferente.

Os debates se estendem desde a ineficácia da punição estatal ao usuário à suposta necessidade de maior repressão ao tráfico de entorpecentes, passando por estudos que afirmam a necessidade de se criar e adotar microssistemas jurídico-penais específicos sobre a questão das drogas.

A Lei 11.343/2006, sancionada em 23 de agosto de 2006, é a atual Lei de Drogas. Este diploma legal instituiu o SISNAD – Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, prescrevendo medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Ainda, estabeleceu normas para a repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito, além de definir os respectivos ilícitos penais e regulamentar o procedimento para sua apuração.

Em face dos direitos personalíssimos da intimidade, liberdade e vida privada, levando-se em consideração o princípio da lesividade como norteador do Direito Penal, é inadmissível ter como válido um dispositivo legal que define como crime o porte e a posse de drogas ilícitas para consumo pessoal.

A Lei 11.343/2006 assim descreve o usuário:

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.¹

Portanto, a atual Lei de Drogas, assim como sua antecessora, mantém a classificação da conduta do usuário como crime. Somado a isso, tem-se que o procedimento estabelecido para apuração do fato é junto ao Juizado Especial Criminal, bem como a prescrição do tipo, conforme estabelece o artigo 30 da referida lei, se rege pelas regras do artigo 107 do Código Penal, reforçando, portanto, a condição de crime.

Pode-se verificar, no texto do artigo 28, que houve a despenalização do delito de possede drogas para consumo pessoal, tendo em vista a abolição da pena privativa de liberdade ao usuário surpreendido na posse de substância entorpecente, fazendo com que o Estado dispense ao usuário um tratamento preventivo e terapêutico, em substituição à antiga linha repressiva e prisional, com fundamentação na premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão.

A Constituição Federal de 1988 elenca diversos direitos e garantias fundamentais para assegurar aos cidadãos o status de indivíduos de direito, conforme se observa no artigo 5º da Lei Maior:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].²

Sob esta perspectiva, tais disposições constitucionais traduzem relevante dimensão dos direitos fundamentais, decorrentes de seu aspecto objetivo na ordem

¹ BRASIL. **Lei n. 11.343, 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

constitucional. Legitima-se, assim, a ideia de que o Estado é obrigado não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face do Poder Público, como também garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros.

Neste sentido, considerando-se as diversas violações de direitos fundamentais, a justificativa da presente pesquisa se dá pela necessidade de discutir a inconstitucionalidade do tipo penal previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, ante aos direitos personalíssimos do cidadão brasileiro, ainda que usuário de drogas.

Partindo do pressuposto de que a Lei 11.343/2006 ataca diretamente a Constituição Federal de 1988, posto que o porte para consumo próprio de substâncias ilícitas não pode ganhar tipicidade penal sem violar o inciso X do artigo 5º da Lei Maior, bem como maltrato ao princípio da lesividade penal, questiona-se: em face do direitos personalíssimos da intimidade, liberdade e vida privada, levando-se em consideração o princípio da lesividade como norteador do Direito Penal, é admissível ter como válido um dispositivo legal que define como crime o porte e posse de drogas ilícitas para consumo pessoal?

Na busca de respostas a essa indagação, o objetivo geral que norteia a presente pesquisa é o de identificar e analisar se os direitos da personalidade estão em confronto com o tipo penal e, em caso positivo, quais direitos são estes, indicando os limites à atuação do Direito Penal, bem como revendo a posição do STF sobre o tema ao julgar o Recurso Extraordinário 635.659/SP³. Também orientam essa pesquisa os seguintes objetivos específicos: introduzir a atual situação do usuário e dependente de drogas na Lei 11.343/2006, comparando com a anterior Lei de Drogas; indicar os direitos constitucionais possivelmente violados pela tipificação penal da conduta do usuário; demonstrar os limites de atuação do Direito Penal no âmbito do combate ao comércio e uso de entorpecentes; comparar as disposições constitucionais com o artigo 28 da Lei de Drogas; avaliar a posição dos ministros do STF no julgamento do RE 635.659/SP e determinar se o artigo 28 da Lei 11.343/2006 é, de fato, inconstitucional.

A presente pesquisa, portanto, versa sobre a problemática descrita acima, na busca de demonstrar a inconstitucionalidade do tipo penal inscrito no artigo 28 da atual Lei de Drogas. Para tanto, são elencadas algumas hipóteses que amparam

³ STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 635.659 – SP**. 12/09/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 01 jan. 2023.

essa justificativa, quais sejam: a hipótese inicial é no sentido de que a atual redação do artigo 28 da Lei 11.343/2006 afronta gravemente os direitos personalíssimos da liberdade, intimidade e vida privada, livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação.

Tem-se como outra hipótese a necessidade de barrar a intervenção estatal na esfera individual do cidadão, de forma que os indivíduos possam decidir livremente sobre quais substâncias querem fazer uso, independentemente das possíveis consequências que elas trarão ao organismo.

Por fim, outra hipótese levantada é a questão da legalização do uso e consumo de drogas, se todas devem ser liberadas ou apenas algumas drogas em específico, considerando-se os danos causados no indivíduo ou o reflexo destas na sociedade.

Sob essa perspectiva, considerou-se adequada à pesquisa a abordagem hipotética – dedutiva, pois essa parte de um problema de pesquisa, do qual são formuladas hipóteses que servem para expressar as dificuldades da problematização, e de onde são deduzidas consequências que deverão ser confirmadas ou falseadas, conforme afirmam Prodanov e Freitas⁴.

O procedimento adotado para a obtenção das informações é o da pesquisa bibliográfica, pois, conforme Prodanov e Freitas⁵, é aquele realizado pelo contato direto do pesquisador com o material já publicado sobre o assunto da pesquisa, em livros, revistas, periódicos e artigos científicos. Para a elaboração desse trabalho, foram utilizadas as bases de pesquisa *EBSCO Discovery Service*, *Scielo* e *Lilacs*, além de livros e revistas atualizados e relacionados à parte jurídica.

Verifica-se que a criminalização da conduta do usuário de drogas, com fundamento legal no artigo 28 da Lei 11.343/06, fere de morte diversos direitos personalíssimos, além de afrontar diretamente a Constituição Federal de 1988.

Por essa característica fundamental, neste trabalho utiliza-se o método dogmático clássico para abordar a temática das drogas, além de se apresentar como a opção mais adequada à consecução dos objetivos propostos.

A dogmática clássica é um método de investigação, conhecimento, interpretação e crítica de um objeto, em específico o Direito Penal, partindo de

⁴ PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Cleber Cristiano Prodanov. **Metodologia do trabalho científico** [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. p. 45.

⁵ Idem. p. 54.

preceitos legais (dogmas) e racionalizando a interpretação e aplicação do Direito, estruturando seu conteúdo.

Em que pese o fato de que a dogmática penal tenha como ponto de partida um conjunto de normas positivas, não deve assumir o caráter puramente dogmático – inquestionável e imutável. Deve, portanto, reconhecer seu caráter crítico e valorativo, conduzindo ao aperfeiçoamento do direito positivo.

A dogmática exerce importante papel jurídico no Estado Democrático de Direito, garantindo os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário estatal. Isto porque, ainda que existam claros limites a este poder, é extremamente necessário o controle e segurança de tais limites.

Neste sentido, tem-se que a dogmática jurídica deve se concentrar na tutela de bens jurídicos-penais em benefício de direitos e garantias fundamentais, de forma constitucionalmente orientada.

Assim, ao propor a configuração de um sistema aberto e permeável ante a incidência de princípios inspiradores da intervenção jurídico-penal, a dogmática clássica tem a principal vantagem de restringir a incidência do poder punitivo estatal ao mínimo necessário.

Ademais, também é utilizada no presente trabalho a pesquisa de jurisprudência, tendo em vista que os questionamentos elaborados no decorrer do trabalho podem ser respondidos por meio de análise de julgado, em especial, o RE 635.659/SP.

Segundo Feferbaum e Queiroz⁶, estudos jurisprudenciais são guiados por uma questão de pesquisa, ou seja, todo o trabalho se propõe a responder um ou mais questionamentos e os resultados de pesquisa dialogam diretamente com eles, delimitando o tema e dando coerência ao texto. Complementam as autoras que a particularidade das pesquisas jurisprudenciais está no fato de que esses questionamentos podem ser respondidos por meio da análise de julgados, orientados por uma metodologia de investigação.

Tendo como norte da pesquisa jurisprudencial o estudo de julgado por um colegiado, existem diferentes opiniões nos votos dos ministros, razão pela qual estes

⁶ FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (Coords.). **Metodologia da pesquisa em direito**: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

são analisados individualmente e, para o saudável exercício do contraditório, são confrontados na sequência, para o fim de se determinar qual argumentação melhor responde ao questionamento do presente trabalho.

O trabalho encontra-se organizado da seguinte maneira: após a introdução, no segundo capítulo, é apresentada a trajetória histórica da legislação antidrogas no Brasil, desde os fins do século XIX até os dias atuais, em que são analisadas as posições legais contidas nas Constituições Brasileiras, dissertando sobre a evolução da Legislação Especial de Drogas, com apontamentos sobre os pontos positivos e as lacunas nelas existentes.

O terceiro capítulo versa sobre os direitos da personalidade, com ênfase naqueles considerados possivelmente violados pela tipificação penal da conduta do usuário, quais sejam os direitos à liberdade, intimidade e vida privada. Também são objetos de análise o livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação perante a legislação antidrogas, bem como as características dos direitos fundamentais.

O quarto capítulo apresenta uma visão crítica acerca do bem jurídico “saúde pública”, que foi utilizado como pilar pelo legislador para edição da Lei 11.343/2006, justificando que o uso de drogas merecia ser criminalizado à luz da proteção de um bem maior.

O quinto capítulo, por seu turno, contém uma análise do Recurso Extraordinário 635.659/SP, que foi levado ao Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral reconhecida, que debate a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/06, no tangente aos principais pontos de divergência. E, na sequência, são analisados os votos dos então ministros Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, confrontando os diferentes aspectos elencados em cada um dos pareceres com relação ao caso apresentado.

Finalmente, são apresentadas as considerações finais, nas quais conclui-se que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 é inconstitucional, tendo em vista a afronta aos direitos da personalidade do usuário, bem como o desrespeito à norma constitucional.

2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL

Retrocedendo historicamente na política criminal brasileira de combate às drogas, até o fim do século XIX, não havia preocupação direta do Estado, e sequer discussão versando sobre o controle do uso de substâncias alucinógenas. Conforme leciona a doutrina, este período é denominado de fase da anomia.

Ressalta-se, neste ponto, a utilização de conteúdos jurídicos das Ordenações Filipinas, enquanto conjunto assistemático de normas de caráter eminentemente aleatório, como a pioneira forma de incriminação do uso, porte e comercialização de determinadas substâncias tóxicas no país.

Apenas em 1851 surgiu no Brasil um regramento de origem própria, tratando relativamente de algumas substâncias psicoativas. Tratava-se do Regulamento nº 828, que disciplinava a polícia sanitária e a venda de substâncias medicinais e outros medicamentos.

Não houve abordagem da matéria de drogas no Código Criminal do Império, de 1830. Na sequência temporal, os Códigos Penais de 1890 e 1940, além de alguns decretos e inúmeras leis especiais, trataram da “onda de toxicomania” que invadia o país.

Todos estes ordenamentos jurídicos foram se aprimorando, numa tentativa de abarcar estratégias efetivas de combate às drogas. Por fim, é notória a evolução no que tange a esta matéria, culminando na atual legislação objeto deste estudo, a Lei 11.343/2006.

2.1 POSIÇÃO CONSTITUCIONAL

As Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1934, 1937 e 1946 não versaram especificamente sobre o tema das drogas, sendo que somente com o advento da Constituição Federal de 1967 é que a lei maior brasileira cuidou do tema, adotando, desde já, um modelo repressivo de combate ao tráfico de entorpecentes. A referida lei de 1967 dispunha, em seu Capítulo II, acerca da competência da União, que:

Art. 8º - Compete à União:

VII – organizar e manter a polícia federal com a finalidade de prover:
b) a repressão ao tráfico de entorpecentes;⁷

Em 1969, a Constituição de 1967 foi emendada, sofrendo diversas modificações em seu texto. Tais mudanças atingiram, também, o dispositivo constitucional que versava sobre entorpecentes, acrescentando ao texto a necessidade da prevenção, ampliando a norma para alcançar as drogas afins. Diante disso, o dispositivo passou a ter a seguinte redação:

Art. 8º - Compete à União:

VII – organizar e manter a polícia federal com a finalidade de prover:
b) prevenir e reprimir o tráfico de entorpecentes;⁸

Em 1968, com o fim da ditadura militar, foi promulgada a atual Constituição Federal, mantendo sua figura paternalista e abrangendo diversas matérias, inclusive tratando das substâncias psicoativas.

A lei maior, em seu artigo 5º, dispondo sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, fez questão de afirmar que o crime de tráfico de drogas é inafiançável e insuscetível de graça. Este dispositivo não estava presente nas constituições anteriores.

Assim dispõe a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLIII:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII – a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;⁹

Greco Filho¹⁰ leciona que o artigo 5º da Constituição de 1988 fez referência ao tráfico quando dispôs que o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado, desde

⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁸ Idem.

⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

que seja comprovada sua participação em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, independentemente se o crime foi cometido antes ou depois da naturalização (art. 5º, inciso LI). O estrangeiro pode ser extraditado, via de regra, exceto quando se tratar de crimes políticos ou de opinião.

A atual Constituição, ao versar sobre as atribuições destinada à Polícia Federal, disciplinou que:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;¹¹

Quando tratou dos direitos e deveres de proteção da família, da criança, do adolescente e do idoso, a Constituição também versou sobre a necessidade de se elaborar programas de combate às drogas e acolhimento de dependentes, individualizando as crianças e adolescentes.

Neste sentido, o artigo 227, § 3º, inciso VII, afirma que o direito a proteção especial abrangerá programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

Ainda, o legislador constitucional impôs a regra de expropriação das glebas destinadas ao cultivo de plantações ilícitas e a destinação dos bens oriundos da traficância censurável pelo sistema penal.

De acordo com Greco Filho¹², o art. 243 *caput* e parágrafo único da Constituição dispõe que as glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, assim como os bens decorrentes do tráfico ilícito serão apreendidos, confiscados e utilizados em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados, bem como no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

¹² GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

2.2 A LEGISLAÇÃO ESPECIAL DE DROGAS

A legislação pioneira a versar sobre drogas foi a Lei nº 5.726, de 29 de outubro de 1971, regulamentada pelo Decreto nº 69.845/1971. Esta Lei discorreu sobre formas de prevenção e repressão ao tráfico de entorpecentes e substâncias psicoativas, dando nova redação ao artigo 281 do Código Penal Brasileiro, bem como alterando o rito processual para os delitos previstos neste artigo. Desta forma, naquele momento histórico representou a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos.

Em suma, o objetivo da Lei nº 5.726/71¹³ era afirmar a importância da educação e conscientização geral na luta contra os tóxicos, sendo o único instrumento realmente válido na obtenção de resultados no combate ao vício. Ademais, em sua época representou a normativa mais abrangente sobre a questão das drogas.

É necessário salientar que, no referido instrumento normativo, o dependente químico deixou de ser considerado um criminoso. Entretanto, ainda não diferenciava expressamente o usuário eventual de drogas do dependente químico.

A lei em comento ainda mantinha o discurso médico-jurídico vigente à época e seu visível efeito de delimitar o usuário habitual como dependente – estereótipo da dependência – e traficante como delinquente – estereótipo do criminoso. Além desta falsa ideia da realidade, segmentando a sociedade entre “bons” e “maus” indivíduos, o diploma legal em questão representou um avanço real em relação ao decreto anterior e iniciou o processo de substituição do modelo repressivo, de acordo com Salo de Carvalho¹⁴.

Desta forma, conforme exposto, tal Lei não obteve êxito em atingir completamente seu objetivo, principalmente pelo fato de que, naquela época, não havia a uniformização das leis antidrogas no Brasil. De fato, o que se constata é a predominância do discurso médico sobre o jurídico, sendo inevitável e necessário incrementar a repressão e criar uma nova estratégia político-criminal. Essa realidade político-jurídica impôs a elaboração de nova ordem de caráter especial que

¹³ BRASIL. **Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971**. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=5726&ano=1971&ato=54eMTTU50MjRV T60d>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁴ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

disciplinasse a matéria, dando origem à Lei nº 6.368/76.

Esta Lei foi inspirada na Convenção Única Sobre Entorpecentes de 1961, além das pesquisas realizadas e publicadas pelo ASEP – Acordo Sul Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos, firmado em 1973, após visita do Grupo de Estudos do Congresso Norte-Americano à América Latina.

Salo de Carvalho¹⁵ ressaltou a incompatibilidade que marcava as proposições norte-americanas, por razões que se pautavam não apenas quanto ao tipo de droga que liderava a preferência dos consumidores latino-americanos quanto pelas pautas preventivas e repressivas das propostas. Desta forma, o doutrinador afirma que:

As propostas trazidas pelos Estados Unidos não condiziam com o padrão nem com o perfil do consumidor latino-americano, haja vista que a droga de eleição deste era a maconha, enquanto na Europa e nos Estados Unidos as principais drogas consumidas eram a cocaína e a heroína. Assim, a importação do modelo em nada condizia com o padrão e o perfil do consumidor latino-americano. Igualmente, os programas, tanto repressivos quanto preventivos e de tratamento, eram totalmente obsoletos nesta avaliação empírica.

Por consequência, a Lei nº 6.368/76 instaurou, no fim dos anos 70, um novo tipo de controle que seguia, novamente, as tratativas internacionais, ou seja, as estruturas exógenas comandavam a agenda do controle de drogas no país.

No tocante à essa insuficiência de construir perspectivas próprias para lidar com as questões territoriais, Rosa Del Olmo¹⁶ afirma a necessidade de “[...] romper com tais estruturas, abandonar a intenção de adotar ideologias dos países hegemônicos e começar a construir paradigmas a partir de nosso contexto sociopolítico”.

A lacuna do discurso médico-jurídico, no que se refere à repressão, deu lugar ao sistema predominantemente jurídico, baseado numa legislação severa que, ao mesmo tempo que mantinha resquícios do antigo sistema (discurso médico-jurídico), elaborava e legitimava um novo discurso, enfatizando o jurídico-político.

No tocante às alterações promovidas pela nova Lei, foram de pouca relevância, permanecendo quase inalteradas as composições típicas da Lei nº 5.726/71. Todavia, ressalta-se o crime de tráfico de drogas, que agregou três novos verbos – remeter,

¹⁵ CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil, do discurso oficial às razões de descriminalização**. Rio de Janeiro: Luam, 1996. p. 57.

¹⁶ DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 65-80, jul./dez. 2002. p. 70.

adquirir e prescrever - além de aumentar a pena, que passou a ser de reclusão, de três a quinze anos, além de multa. Houve ainda uma preocupação com as condutas equiparadas ao tráfico de drogas, sendo a elas atribuídas as mesmas penas.

Ainda, o novo texto legal disciplinou a questão referente à posse de maquinário para fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, bem como a conduta relativa à associação de pessoas para cometimento de crimes relacionados ao tráfico:

Art. 13. Fabricar, adquirir, vender, fornecer ainda que gratuitamente, possuir ou guardar mecanismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

Art. 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 ou 13 desta Lei:

Pena – Reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.¹⁷

Após 26 anos de vigência da Lei, não surpreendeu a nova leitura que a doutrina, jurisprudência e, principalmente, a sociedade fizeram sobre o uso de entorpecentes, promovendo alterações a partir da visão desses atores sobre a matéria. Neste momento, era necessário migrar de uma visão proibicionista para uma nova política abolicionista, intensificada pela falência da pena privativa de liberdade.

Seguindo esta linha, o Poder Legislativo buscou aplicar na ordem legal os impactos causados pelas discussões promovidas no meio social, confrontando a falência da pena exagerada e, em alguns momentos, colhendo posicionamentos do pensamento médico-científico. Neste sentido, Mendonça e Carvalho¹⁸ debatem que:

¹⁷ BRASIL. **Lei n. 6.368/76, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=6368&ano=1976&ato=0e7oXRq50MnRVTd44>. Acesso em: 22 nov. 2022.

¹⁸ MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008. p. 145.

O legislador, por sua vez, não se manteve inerte. Bem ou mal, movimentou-se no sentido de fazer refletir, no ordenamento jurídico, as discussões que se multiplicavam na sociedade civil. Em alguns pontos, premido pelo clamor popular que constantemente pressiona pela efetividade da segurança pública, contrariou tendências de setores da doutrina penal que pregam pela insubsistência do agravamento das penas como meio de refrear as práticas criminosas. Por outro lado, acatou as tendências, discutidas com ênfase pela comunidade médico-científica, e pareceu, aos olhos da população, estar tratando com maior leniência a questão das drogas.

Neste contexto surgiu a Lei nº 10.409/2002¹⁹, que visava sincronizar o legislador com as novas tendências mundiais de combate às drogas, mitigando o tratamento anteriormente dispensado ao usuário e ao dependente de psicoativos, no intuito de criar uma separação nítida entre suas condutas, o que já vinha sendo construída ao longo da vigência da Lei nº 6.368/76.

A nova Lei buscava harmonizar-se com as legislações mais avançadas em todo o mundo, a exemplo de Portugal, que conseguia distinguir nitidamente o traficante ou terceiro que se beneficiava do tráfico de drogas, além de separar o usuário do dependente, aquele que é vítima do consumo de drogas que, por este motivo, não pode mais ser tratado de forma igual pelo sistema criminal.

Segundo Sérgio Habib²⁰, a nova lei buscou despenalizar e desprisonalizar o uso e o consumo de drogas, desde que o portador ou o usuário fosse encontrado com pequena quantidade de substância tóxica, o que, afinal, não vingou em face do veto total a esse capítulo pelo Presidente da República.

É importante salientar que as intenções positivas do legislador, por si só, não foram suficientes para que a Lei surtisse o efeito esperado, já que, em expressiva parte, foi vetada pelo Presidente da República.

Segundo Greco Filho²¹, a Lei nº 10.409/2002 tinha a pretensão, enquanto projeto, de substituir a Lei nº 6.368/1976 integralmente. Todavia, este objetivo não

¹⁹ BRASIL. **Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002**. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10409&ano=2002&ato=1eaATVE5ENNpWT620>. Acesso em: 30 dez. 2022.

²⁰ HABIB, Sérgio. O espírito da Lei: a nova lei de tóxicos e a despenalização do uso de drogas. **Revista Jurídica Consulex**, ano VI, n. 19, p. 13, 2002.

²¹ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

poderia ser alcançando em razão da ausência de definição dos crimes, lapso que patrocinou a veto, pelo Poder Executivo, de todo o Capítulo III – Dos Crimes e das Penas.

Desta forma, o diploma legal em exame alterou a Lei de Drogas precedente apenas nos dispositivos de caráter processual. Não houve qualquer alteração quanto a crimes e penas, tampouco na exigência de se formalizar o procedimento perante a autoridade policial, via inquérito policial, já que o Capítulo III – Dos Crimes e das Penas, da Lei 10.409/02 foi totalmente vetado, devido a vício de inconstitucionalidade.

O projeto, de forma lamentável, deixou de fixar normas precisas quanto a limites e condições das penas aplicáveis. Diversamente do que ocorre nos casos de conversão de penas restritivas de liberdade em restritivas de direito e vice-versa, o projeto não contém limites temporais expressos que atendam aos princípios constitucionais.

Importante ressaltar que os vetos presidenciais, porque não sofreu obstrução apenas o Capítulo III, resultou na vigência bastante desfigurada da Lei 10.409/2002. Essa desqualificação legal foi abordada por Mendonça e Carvalho²², para quem o ordenamento passou a ser composto de leis esparsas no tempo e na intenção, passando a valer, de forma conjunta, as Leis 6.368/76 e 10.409/2009.

Entretanto, esta vigência paralela de leis, causou inúmeras discussões no campo doutrinário e jurisprudencial, gerando uma grande insegurança jurídica. Por consequência, buscando ser a solução para todas as lides existentes até o momento, despontou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, denominada de “Nova Lei de Drogas”, entrando em vigor no dia 8 de outubro de 2006, e instituindo sensíveis mudanças na normatização pátria acerca das drogas.

A entrada em vigor da Lei 11.343/06 trouxe, como uma de suas novidades, causa de redução de pena para autores de tráfico ou delitos a ele equiparados, previstos no artigo 33, aplicável se o réu for primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Ainda, indicou medidas para prevenir a utilização indevida, cuidados especiais e recuperação social de usuários e dependentes de substâncias tóxicas, bem como normas para repreensão da produção não autorizada e o tráfico ilícito de entorpecentes.

²² MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008, p. 67.

De certa forma, é possível afirmar que o novo regramento conseguiu atingir o objeto esperado desde a elaboração da Lei 10.409/2002. O que se pretende afirmar é que a Lei 11.343/2006 alinhou-se às novas tendências mundiais de combate a psicoativos, sobretudo, diferenciando o tratamento dado ao usuário e ao dependente de substâncias alucinógenas, no intuito de criar uma nítida barreira impenetrável entre as suas condutas.

Cabe afirmar, neste momento, que a preocupação maior da nova Lei com o dependente químico não é mais reprimir sua conduta de portar substância entorpecente para consumo próprio, e sim dar-lhe atenção e reintegração social.

Assim, estabelece o texto normativo que a conduta do usuário é passível de reinserção social, enquanto a conduta de produção e tráfico deve receber repressão.

As pontuações apresentadas até aqui, neste estudo, traçaram um breve histórico das questões pertinentes à evolução do processo criminalizador dos usuários, portadores, traficantes, dentre outros, de substâncias entorpecentes.

Apesar dos aspectos positivos elencados pela doutrina ao tratar da matéria, é notória a lacuna existente na conduta do usuário, suscitando importantes questionamentos no momento de se identificar e classificar determinado indivíduo como usuário ou traficante.

Desta forma, se faz necessário discorrer acerca dos antecedentes legislativos que influenciaram a edição de textos normativos específicos sobre as drogas, conforme será exposto nos tópicos seguintes.

2.3 ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

2.3.1 Ordenações Filipinas

Podemos encontrar a origem da preocupação da legislação brasileira pelo problema de tóxicos nas Ordenações Filipinas, que em seu Título LXXXIX dispunham: “Que ninguém tenha em casa rosálgar, nem a venda, nem outro material venenoso”.²³

²³ Assim estava disposto o Título LXXXIX:

“Nenhuma pessoa tenha em sua caza para vender, rosálgar branco, nem vermelho, nem amarello, nem solimão, nem agua delle, nem escamonéa, nem opio, salvo se for *Boticario* examinado, e que tenha licença para ter Botica, e usar do Officio.

E qualquer outra pessoa que tiver em sua caza alguma das ditas cousas para vender, perca toda sua fazenda, a metade para nossa Camera, e a outra para quem o accusar e seja degredado para Africa até nossa mercé. E a mesma pena terá quem as ditas cousas trazer de fóra, e as vender as pessoas,

2.3.2 Código Criminal do Império

O Código Criminal do Império não tratou da matéria, mas o Regulamento, de 29 de setembro de 1851, disciplinou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos.

2.3.3 Código de 1890

O Código de 1890 considerou crime “[...] expor à venda, ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios”. Era o que dispunha o seu artigo 159, contido no Capítulo III (Dos crimes contra a saúde pública), do Título III (Dos crimes contra a tranquilidade pública).²⁴ Tal dispositivo, porém, isolado, foi insuficiente para combater a onda de toxicomania que invadiu nosso país após 1914; em São Paulo chegou a formar-se, à semelhança de Paris, um século antes, um clube de toxicômanos. Tentando coibir tal estado de coisas, foi baixado o Decreto 4.294, de 6 de julho de 1921, inspirado na Convenção de Haia de 1921 e modificado pelo Decreto 15.683, seguindo-se regulamento aprovado pelo Decreto 14.969, de 3 de setembro de 1921.²⁵

Por falta de condições de efetivação da legislação, também ainda incipiente, os resultados da repressão foram precários, tendo sido, em janeiro de 1932, editado o Decreto 20.930, modificado pelo Decreto 24.505, de junho de 1934. Grande impulso na luta contra a toxicomania foi dado pelo Decreto 780, de 28 de abril de 1936, modificado pelo Decreto 2.953, de agosto de 1938. Em seguida, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, pelo Decreto-lei 3.114, de 13 de março de 1941, alterado pelo Decreto-lei 8.647, de 1946, com atribuições de estudar e fixar

que não forem Boticarios. E os *Boticarios* as não vendão, nem despendão, se não com os Officiaes, que por razão de seus Officios as não venderão, sendo porem Officiaes conhecidos per elles, e taes, de que se presume que as não darão á outras pessoas.

E os ditos Officiaes as não darão e nem venderão a outrem, porque dando-as, e seguindo-se disso algum dano, haverão a pena que de Direito seja, segundo o dano fôr.

E os *Boticarios* poderão metter em suas mesinhas os ditos materiaes, segundo pelos Medicos, Cirurgiões, e Escriptores fôr mandado.

E fazendo contrario, vendendo-os a outras pessoas, que não forem Officiaes conhecidos, pola primeira vez paguem cincoenta cruzados, metade para quem accusar, e descobrir”.

²⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. São Paulo: RT, 2001. p. 286.

²⁵ SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 177-181.

normas gerais sobre fiscalização e repressão em matéria de entorpecentes, bem como consolidar as normas dispersas a respeito.

Dos trabalhos desse órgão surgiu o projeto para a edição do Decreto-lei 891, de 25 de novembro de 1938, ainda fonte básica de nossa legislação sobre a matéria. Na parte penal, esse decreto-lei modificou o Decreto 20.930, que havia integrado a Consolidação das Leis Penais, a qual, em seu artigo 159, punia ações semelhantes às do artigo 281 do Código Penal em vigor. O texto do Decreto-lei 891/38 inspirou-se na Convenção de Genebra de 1936 e traz a relação das substâncias consideradas entorpecentes, normas restritivas de sua produção, tráfico e consumo, bem como trata da internação e interdição civil dos toxicômanos.

2.3.4 Código Penal de 1940

A parte penal do Decreto-lei 891/38 foi alterada pelo art. 281 do Código Penal de 1940²⁶ e, também, na parte da fiscalização, completada pelo Decreto-lei 3.114/41.²⁷

O Decreto-lei 4.720, de 21 de setembro de 1942, fixou as normas gerais para cultivo de plantas entorpecentes e para extração, transformação e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos.

Em 4 de novembro de 1964, a Lei 4.451 introduziu modificação no art. 281 do

²⁶ Com o *nomen iuris* “Comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”, previa o art. 281, em sua redação original:

Art. 281. Importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de dois a dez contos de réis.

§ 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, de três a doze contos de réis.

§ 2º Incorre em detenção, de seis meses a dois anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, o médico ou dentista que prescreve substância entorpecente fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior do que a necessária, ou com infração de preceito legal ou regulamentar.

§ 3º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que:

I – instiga ou induz alguém a usar entorpecente;

II – utilizar local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ou guarda ilegal de entorpecente;

III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de substância entorpecente.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente é vendida, aplicada, fornecida ou prescrita a menor de dezoito anos.

²⁷ GONZAGA, João Bernardino. **Entorpecentes: aspectos criminológicos e jurídico-penais**. São Paulo: M. Limonad, 1963. p. 24; HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014. p. 124-143; FARIA, Bento de. **Código Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 1961. p. 264-270; NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 69.

Código Penal, acrescentando ao tipo a ação de “plantar”.²⁸

Por ter entrado em vigor a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, promulgada no Brasil em 1964, transformando-se em lei interna, a qual trouxe lista bem mais completa que a do Decreto-lei 891/38, por Portaria de 8 de maio de 1967, o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia (SNFMF) adotou as listas de entorpecentes da referida convenção.

Diploma legal de importância na repressão ao uso de substâncias que causam dependência física ou psíquica foi editado a 10 de fevereiro de 1967 - o Decreto-lei 159 - que equiparou as substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica aos entorpecentes para os fins penais e de fiscalização e controle. Nessa matéria, o Brasil foi o segundo país do mundo a enfrentar o problema, considerando tão nocivo quanto o uso de entorpecentes o uso, por exemplo, dos anfetamínicos ou dos alucinógenos. A 30 de janeiro de 1968, o SNFMF regulamentou a extração, produção, fabricação, transformação, preparação, manipulação, purificação, fracionamento, embalagem, importação, exportação, armazenamento, expedição, compra, venda, troca, oferta, cessão, prescrição e uso das substâncias capazes de determinar dependência física ou psíquica, trazendo em anexo a tabela com o rol das substâncias. Periodicamente, tem o SNFMF divulgado as listas de especialidades farmacêuticas que contenham as referidas substâncias e que, automaticamente, estão sob controle.

Em 1968, o Decreto-lei 385, de 26 de dezembro desse mesmo ano, alterou a redação do artigo 281 do Código Penal²⁹, nos termos que adiante analisaremos, e,

²⁸ Com as alterações, a redação do art. 281 passou a ser a seguinte:

Art. 281. Plantar, importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo, substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa de dois a dez mil cruzeiros. (Redação dada pela Lei 4.451, de 1964) § 1º Se o agente é farmacêutico, médico ou dentista: Pena – reclusão de dois a oito anos e multa de três a doze mil cruzeiros. (Redação dada pela Lei 4.451, de 1964).

²⁹ Com a nova redação, dispôs o art. 281:

Art. 281. Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou de desacordo com determinação legal ou regulamentar: (Comércio, posse ou facilitação destinadas a entorpecentes ou substância que determine dependência física ou psíquica.) (Redação dada pelo Decreto-lei 385, de 1968)

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa de 10 a 50 vezes o maior salário mínimo vigente no país. (Redação dada pelo Decreto-lei 385, de 1968)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: (Redação dada pelo Decreto-lei 385, de 1968)

I – importa ou exporta, vende ou expõe à venda, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito ou sob sua guarda matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica; (Incluído pelo

em 11 de agosto de 1969, o Decreto-lei 753 complementou as disposições relativas à fiscalização de laboratórios que produzam ou manipulem substâncias ou produtos entorpecentes e seus equiparados, de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias e distribuição de amostras.

2.3.5 Código Penal Militar

O Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001, de 21-10-1969)³⁰, no seu Capítulo III, intitulado “Dos crimes contra a saúde”, previu disposição, ainda vigente, bem semelhante ao que era previsto no artigo 281 do Código Penal em sua redação original.³¹ A pena prevista para o *caput* e § 1º é de um a cinco anos de reclusão (art.

Decreto-lei 385, de 1968)

II – faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica. (Incluído pelo Decreto-lei 385, de 1968)

III – traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Matérias-primas ou plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica.) (Incluído pelo Decreto-lei 385, de 1968)

§ 2º Se o agente é farmacêutico, médico dentista ou veterinário: (Redação dada pelo Decreto-lei 385, de 1968)

Pena – reclusão, de 2 a 8 anos, e multa de 20 a 50 vezes o maior salário mínimo vigente no país. (Forma qualificada) (Incluído pelo Decreto-lei 385, de 1968)

§ 3º Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, fora dos casos indicados pela terapêutica, ou em dose evidentemente maior que a necessária ou com infração de preceito legal ou regulamentar: (Redação dada pelo Decreto-lei 385, de 1968)

Pena – detenção, de seis meses a 2 anos, e multa de 10 a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no país. (Receita legal) (Incluído pelo Decreto-lei 385, de 1968)

§ 4º As penas do parágrafo anterior são aplicadas àquele que: (Redação dada pelo Decreto-Lei 385, de 1968)

I – instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica; (Induzimento ao uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.) (Incluído pelo Decreto-lei 385, de 1968)

II – utiliza local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dê-se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica; (Local destinado ao uso de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica.) (Incluído pelo Decreto-Lei 385, de 1968).

III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica. (Incentivo ou difusão do uso de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica.) (Incluído pelo Decreto-lei 385, de 1968)

§ 5º As penas aumentam-se de um terço, se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 16 anos. (Aumento da pena) (Incluído pelo Decreto-lei 385, de 1968).”

³⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.** Código Penal Militar. Disponível em:

[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20N%C3%A3o%20h%C3%A1%20crime,pena%20sem%20pr%C3%A9via%20comina%C3%A7%C3%A3o%20legal.&text=supressiva%20de%20incrimina%C3%A7%C3%A3o-,Art.,aos%20efeitos%20de%20natureza%20civil)

[lei/del1001.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20N%C3%A3o%20h%C3%A1%20crime,pena%20sem%20pr%C3%A9via%20comina%C3%A7%C3%A3o%20legal.&text=supressiva%20de%20incrimina%C3%A7%C3%A3o-,Art.,aos%20efeitos%20de%20natureza%20civil](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20N%C3%A3o%20h%C3%A1%20crime,pena%20sem%20pr%C3%A9via%20comina%C3%A7%C3%A3o%20legal.&text=supressiva%20de%20incrimina%C3%A7%C3%A3o-,Art.,aos%20efeitos%20de%20natureza%20civil). Acesso em: 10 jan. 2023.

³¹Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar” Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância

58 do CPM).

Apesar das críticas sobre a discrepância de tratamento, já existente sob a vigência da Lei 6.368, a jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de se aplicar a legislação penal militar aos crimes de drogas sujeitos à justiça castrense pelo princípio da especialidade, afastando a incidência da legislação penal comum.³²

entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, até cinco anos.

1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar: I – o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;

II – o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;

III – quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.”

Digno de nota, também, é a disposição do *natimorto* Código Penal de 1969, Decreto-lei 1.004, de 21 de outubro de 1969, que inserido nos “crimes contra a saúde pública”, chegou a prever no art. 311: “Comércio, posse ou uso de entorpecentes ou substâncias que determinem dependência física ou psíquica

Art. 311 – Importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo, substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – detenção, de um a cinco anos, e pagamento de dez a cem dias-multa.

§ 3º Incorre nas penas de um a seis anos de reclusão, e pagamento de dez a duzentos dias-multa, quem:

I – instiga alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica;

II – utiliza o local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito, para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica;

III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica.

§ 4º As penas aumentam-se de um terço se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de vinte e um anos, ou a quem tenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação. A mesma exasperação da pena se dará quando essas pessoas forem visadas pela instigação ou induzimento de que trata o n. I do § 3º.

§ 5º Associarem-se duas ou mais pessoas, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos:

Pena – reclusão, de dois a seis anos, e pagamento de até trezentos e sessenta dias-multa.

§ 6º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos, salvo os referidos nos § 1º, n. III, e 2º, a pena se o agente é médico, dentista, farmacêutico, veterinário ou enfermeiro, é aumentada de um terço

§ 7º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos as penas aumentam-se de um terço se qualquer de suas fases de execução ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino, sanatório, unidade hospitalar, sede de sociedade ou associação esportiva, cultural, estudantil, beneficente ou de recinto onde se realizem espetáculos ou diversões públicas, sem prejuízo da interdição do estabelecimento ou local.”

³² Nesse sentido, conferir decisão recente sobre a inaplicabilidade do art. 28 ao crime militar (STF, HC n. 91767, 1ª Turma, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 04.09.2007). Ver também: GORRILHAS, Luciano Moreira. O art. 290 do Código Penal Militar (tráfico, posse ou uso de entorpecente) e a nova Lei Antidrogas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1400, 2 mai. 2007. Disponível em:

2.3.6 Lei 5.726/71

A Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, que dispôs sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, deu nova redação ao artigo 281 do Código Penal e alterou o rito processual para o julgamento dos delitos previstos nesse artigo, representando a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial na sua época³³. Essa Lei foi regulamentada pelo Decreto 69.845, de 27 de

<https://jus.com.br/artigos/9830>. Acesso em: 2 jan. 2023. p. 18; ROCHA, Eduardo Biserra. O novo sistema de políticas sobre drogas e o artigo 290 do CPM. Aspectos relevantes. **Revista Direito Militar**, Florianópolis, ano X, n. 63, jan./fev. 2007. p. 29-34.

³³ Finalmente, a nova redação do art. 281 passou a ser a seguinte:

“I – importa ou exporta, vende ou expõe à venda ou oferece, fornece, ainda que a título gratuito, transporta, traz consigo ou tem em depósito, ou sob sua guarda, matérias-primas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica; (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

II – faz ou mantém o cultivo de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substâncias que determinem dependência física ou psíquica; (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

III – traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica; (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

IV – adquire substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica. (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

§ 2º Prescrever o médico ou dentista substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou em dose evidentemente maior que a necessária ou com infração do preceito legal ou regulamentar: (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

Pena – detenção, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 30 (trinta) vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

§ 3º Incorre nas penas de 1 (um) a 6 (seis) anos de reclusão e multa de 30 (trinta) a 60 (sessenta) vezes o valor do maior salário mínimo vigente no País, quem: (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

I – instiga ou induz alguém a usar entorpecente ou substância que determine dependência física ou psíquica; (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

II – utiliza o local, de que tem a propriedade, posse, administração ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que a título gratuito para uso ilegal de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica; (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

III – contribui de qualquer forma para incentivar ou difundir o uso de entorpecente ou de substância que determine dependência física ou psíquica. (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

§ 4º As penas aumentam-se de 1/3 (um terço) se a substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica é vendida, ministrada, fornecida ou prescrita a menor de 21 (vinte e um) anos ou a quemtenha, por qualquer causa, diminuída ou suprimida a capacidade de discernimento ou de autodeterminação. A mesma exasperação da pena se dará quando essas pessoas forem visadas pela instigação ou induzimento de que trata o inciso I do § 3º. (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971).

§ 5º Associarem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos. (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País. (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

6º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos, salvo os referidos nos § 1º, inciso III, e 2º, a pena, se o agente é médico, dentista, farmacêutico, veterinário ou enfermeiro, será aumentada de 1/3 (um terço). (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971)

7º Nos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos as penas aumentam-se de 1/3 (um terço) se qualquerde suas fases de execução ocorrer nas imediações ou no interior de estabelecimento de ensino, sanatório, unidade hospitalar, sede de sociedade ou associação esportiva, cultural, estudantil, beneficente ou de recinto onde se realizem espetáculos ou diversões públicas, sem prejuízo da

dezembro de 1971.

Como já tivemos oportunidade de escrever, a Lei 5.726/71 continha 27 arts. e estava dividida em três capítulos: I – Da Prevenção; II – Da Recuperação dos Infratores Viciados; III – Do Procedimento Judicial. O projeto original, enviado ao Congresso Nacional, previa um quarto capítulo, “Das Disposições Gerais”, de modo que não se englobassem no Capítulo III, que tem por título “Do Procedimento Judicial”, normas não processuais como foi feito no texto final. Assim, em linhas gerais, procurava a Lei 5.726/71 ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos, único instrumento realmente válido para se obter resultados no combate ao vício, representando, como já dissemos, a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial na sua época.³⁴

A Portaria 131, de 6 de abril de 1972, do Sr. Ministro da Saúde, aprovou, por sua vez, o Regimento Interno da Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes do Ministério da Saúde (CONFEN), órgão orientador e disciplinador da fiscalização e controle de substâncias entorpecentes e equiparados, com o objetivo de reprimir seu tráfico e utilização ilícita. Esse órgão fora criado pelo Decreto 780, de 28 de abril de 1936, e mantido pelo Decreto-lei 891/38. Constitui, ainda, órgão consultivo do Ministério da Saúde para orientação do Governo em suas relações com a ONU e outras autoridades internacionais ou estrangeiras, visando o cumprimento de acordos e convenções sobre a matéria. Releva destacar a importância dessa portaria como instrumento para fixação da política sanitária nacional relativa aos fármacos. De natureza similar é a Portaria 307, de 26 de setembro de 1972, do Sr. Ministro da Saúde, que aprova o Regimento das Comissões de Fiscalização de Entorpecentes dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, com alteração da Portaria 112-Br, de 2 de abril de 1973, do Sr. Ministro da Saúde, na parte relativa à composição dessas Comissões.

Posteriormente, a Portaria 26, de 26 de julho de 1974, do SNFMF, aprovou duas

interdição do estabelecimento ou local, na forma da lei penal. (Redação dada pela Lei 5.726, de 1971) (Revogado pela Lei 6.368, de 1976)”

³⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção e repressão: comentários à Lei 5.726**. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 34. Sobre as críticas da revogada Lei: FRANCESCHINI, Jose Luiz Vicente de Azevedo. **Tóxicos: aplicações da Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973; e sobre a análise jurisprudencial da época, GOMES, Geraldo. **Os alucinógenos e a jurisprudência, 1972**. São Paulo: Juriscredi, 1972.

listas – uma referente à substâncias e outra à especialidades farmacêuticas –, a exigirem controle rigoroso pelo farmacêutico ou responsável pelo estabelecimento. Seus dispositivos retroagem, também, às especialidades farmacêuticas incluídas na Resolução 2, da Portaria 5, de 20 de janeiro de 1969. As medidas de controle que determina referem-se à receitas, escrituração, padronização de embalagem e distribuição de amostras. Estabelece a obrigatoriedade de retenção das receitas pelas farmácias ou drogarias e designa o procedimento para casos de emergência e prescrição em hospitais e para o uso em pesquisa ou atividade de ensino. Ademais, determina a obrigatoriedade de existênciadados dizeres “Venda sob receita médica – sujeito à retenção” nos rótulos e envoltórios e, relativamente às amostras, a observação “Produto sujeito à restrição de venda e uso”. Entretanto, as autoridades sanitárias devem ser comunicadas sobre o início e cessação do fabrico e venda desses produtos.

A Portaria 18, de 28 de setembro de 1973, do SNFMMF, baixou instruções relativas à fiscalização e ao controle das substâncias que determinam dependência física ou psíquica e das especialidades que as contenham, apresentando cinco listas e respectivas normas relativas a receituário, compra, venda, devolução, embalagem e escrituração. Em especial, prescrevia o uso em medicina das drogas arroladas na Lista n. 1 e determinava sua exclusão das especialidades farmacêuticas, permitindo, apenas, seu uso para pesquisa científica com autorização do SNFMMF. Exigia licença especial, outorgada pelas autoridades sanitárias, para que as farmácias pudessem operar com esses fármacos. Regulava, ademais, a forma de importação, exportação e reexportação das drogas dessas Listas.

A Portaria 18/73 foi revogada pela Portaria 20, de 6 de setembro de 1977, que, mantendo a ideia geral, atualizou o assunto, havendo sempre revisões periódicas, como as das Portarias 2, de 30 de março de 1984, e 3, 4 e 5, de 31 de maio de 1984, da Divisão Nacional de Vigilância Sanitária de Medicamentos (DIMED), substituídas pelas Portarias 2/1985, 27/1986 e 28/1986.

Merece ser citada, ainda, por tratar de matéria paralela, a Lei 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispôs sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, os cosméticos, os saneantes e outros produtos.

2.3.7 Lei 6.368/76

A Lei 6.368, de 21 de outubro de 1976, substituiu a Lei 5.726/1971, salvo o seu artigo 22, que trata do procedimento sumário de expulsão do estrangeiro que comete crime de tráfico de entorpecente, sendo regulamentada pelo Decreto 78.992, de 21 de dezembro de 1976.³⁵

A lei, que continha 47 artigos, estava dividida em cinco capítulos: I – Da Prevenção; II – Do Tratamento e da Recuperação; III – Dos Crimes e das Penas; IV – Do Procedimento Criminal; V – Das Disposições Gerais.

O projeto original, como havia sido enviado ao Congresso, tinha mais um artigo, o 12, que foi excluído por desnecessário.

Em suas linhas gerais, seguindo a orientação aberta pela anterior Lei 5.726/71, o diploma procurava ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos, único instrumento realmente válido para se obter resultado no combate ao vício.

O projeto teve base nos trabalhos realizados por comissão nomeada no Ministério da Justiça, integrada pelos Doutores Oswald Moraes Andrade, médico psiquiatra, João de Deus Lacerda Menna Barreto, juiz criminal no Rio de Janeiro, Paulo Ladeira de Carvalho, professor de Direito Penal, e Décio dos Santos Vives, diretor da Divisão de Repressão a Entorpecentes do Departamento da Polícia Federal.

A Lei 6.368/1976, na parte penal, como exposto na “Apresentação” a esta edição, permaneceu até a Lei 11.343, publicada no Diário Oficial da União, de 24 de agosto de 2006, entrando em vigência 45 dias após a publicação.

³⁵ V. sobre os comentários à revogada Lei 6.368/1976: GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção e repressão: comentários à Lei 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da Legislação vigente e de referência jurisprudencial, acrescida de novas emendas**. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996; SILVA, Jorge Medeiros da. **A nova lei de tóxicos explicada**. Imprensa: São Joaquim da Barra, Legis Summa, 1977; CARVALHO, Hilário Veiga de; SEGRE, Marco. **Tóxicos: comentários à recente Lei 6.368/76**. Bauru: Ed. Jalovi, 1978; SILVA, Edevaldo Alves de. **Tóxicos**. São Paulo: J. Bushatsky, 1979; FRANCESCHINI, Jose Luiz Vicente de Azevedo. **Tóxicos: aplicações da Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973; BASAN, Pedro Mudrey. **Tóxicos: a nova lei comentada**. São Paulo: Pro-livro, 1977; DELMANTO, Celso. **Tóxicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982; GOMES, Geraldo. **Os alucinógenos e a jurisprudência**. São Paulo: Ed. Juriscredi, 1972; VIEIRA, João. **O magistrado e a lei antitóxicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

2.3.8. Lei 10.409/2002

A Lei 10.409, de 11 de janeiro de 2002, pretendeu, como projeto, substituir a Lei 6.368/76, integralmente.³⁶

Dada à péssima qualidade no seu aspecto mais importante, qual seja, a definição dos crimes, o Poder Executivo foi obrigado a vetar todo o Capítulo III – “Dos Crimes e das Penas”. Bastava ler o texto vetado para aferir a sua impropriedade e absurdo. Aliás, impropriedades é que não faltam: o artigo 38 usava o termo “mandato” quando o juridicamente correto seria “mandado” (costumamos reprovar nossos alunos que não os usam corretamente).

De forma coerente, o Poder Executivo também vetou o artigo 59 do projeto que disporia sobre a revogação da Lei 6.368/76. Isso nos permitiu concluir que esse diploma continuou em vigor no que não fosse compatível com a então nova lei.³⁷ A definição de crimes e penas não tinha qualquer incompatibilidade. Desse modo, considerando que a Lei 10.409/2002 referia-se toda às medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes, ficaria afastada, como sustentamos naquela oportunidade com a devida *venia*, qualquer interpretação leviana e irresponsável no sentido de que teria havido a descriminalização geral.³⁸

Em acréscimo, lembramos que o Brasil continuava signatário das Convenções Internacionais de Nova York e Viena, com o compromisso de tipificar penalmente o tráfico ilícito de entorpecentes, especialmente a partir daquela época em que a humanidade passou a se empenhar no combate ao crime organizado, do qual o tráfico é um dos principais ramos.

Não houve, naquela oportunidade, a revogação expressa da Lei 6.368/1976 na

³⁶ A base da Lei 10.409 foi o denominado Projeto Murad (Projeto de Lei 1.873/1991), fruto das conclusões da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do Narcotráfico de 1991, instaurada para investigação da “Conexão Rondônia” – rede de tráfico internacional existente na Amazônia. O projeto, portanto, adotou uma postura de recrudescimento, estabelecendo novos tipos penais, principalmente relacionados ao crime organizado e ao seu financiamento. Note-se que o projeto teve seu texto original readequado, influenciado que foi por outras propostas paralelas centradas na lógica da redução de danos. O resultado disso foi a distinção substancial do juízo de reprovação legal entre as condutas do porte para consumo pessoal e aquelas relacionadas ao tráfico. (CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004. p. 61).

³⁷ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Tóxicos: prevenção-repressão**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. XIII-XVI. Ver também: MARCÃO, Renato Flavio. **Tóxicos: Leis n. 6.368/1976 e 10.409/2002 anotadas e interpretadas**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

³⁸ GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Tóxicos: prevenção-repressão**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p. XIII-XVI.

parte penal, e não houve, também, revogação tácita, porque a Lei 10.409/2002 não tratou de toda a matéria, uma vez que os crimes eram referidos, entre outras, na Lei de Crimes Hediondos, na Lei de Lavagem de Dinheiro, além das aludidas Convenções Internacionais.

Qualquer critério interpretativo, inclusive o sociológico, teleológico, lógico, sistemático e até o simples gramatical, recusava a tese de que teria sido revogada a Lei 6.368/1976 na descrição dos tipos penais.³⁹

Outra questão que havia surgido, esta pertinente e relevante, foi relativa à aplicabilidade da parte processual da Lei 10.409/2002.

Referida lei previa normas processuais e procedimentais em três capítulos: no IV – Do Procedimento Penal; no V – Da Instrução Criminal; e no VI – Dos Efeitos da Sentença.

Prosseguindo em sua senda de impropriedade e defeitos, o artigo 27 dispunha: “O procedimento relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei rege-se pelo disposto neste Capítulo...”.

Isso permitiu concluir que, em virtude do veto às disposições penais, “nesta Lei” não havia previsão de crimes, visto que se encontravam na Lei 6.368/1976.

Pior: “nesse Capítulo”, que tratava do “Procedimento Comum” em desnecessária subdivisão em estranha “Seção única”, havia, apenas, disposições sobre o inquérito policial e providências investigatórias. O procedimento processual encontrava-se no capítulo seguinte, o V – Da Instrução Criminal, que não era “neste”. Muito menos no posterior.

Como seria possível entender, então, a aplicação imediata do novo procedimento?

É certo que, por intermédio de interpretação criativa (menos admissível no Direito Penal), poder-se-ia entender que, por extensão, o procedimento seria o novo.

Acontece, todavia, que o procedimento é mal-amanhado. Previa o incompreensível ~~d~~interrogatório: após a citação (artigo 38) e na audiência (artigo 41).

Diante desse contexto, posicionamos no sentido de que deveria continuar sendo aplicado, também, o procedimento da Lei 6.368/1976, talvez por razões exclusivamente práticas, o que suscitou polêmicas.⁴⁰

⁴⁰ MARCÃO, Renato Flavio. **Nova Lei de Tóxicos: tribunais anulam processos em razão da não observância do procedimento novo**. 14 out. 2002. Disponível em:

Diante da péssima situação legislativa que se instaurou, sustentamos que o melhor seria a elaboração de uma nova lei, revogando-se a Lei 6.368/1976 e a Lei 10.409/2002, o que acabou acontecendo com a promulgação da Lei 11.343/2006.

2.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal referiu-se ao tráfico de entorpecentes como crime inafiançável (artigo 5º, XLIII), insuscetível de graça e anistia.⁴¹

Também referiu ao tráfico, ao dispor que o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado, desde que comprovada a sua participação em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas, independentemente se o crime cometido foi antes ou depois da naturalização (artigo 5º, LI). O estrangeiro poderá ser, em regra, extraditado, salvo se se tratar de crimes políticos ou de opinião.⁴²

Por fim, dispôs no seu artigo 243 e parágrafo único que as glebas cultivadas com plantações ilícitas serão expropriadas, assim como os bens decorrentes do tráfico ilícito serão apreendidos, confiscados e utilizados em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

2.5 LEGISLAÇÃO PENAL E PROCESSUAL EXTRAVAGANTE COM CONSEQUÊNCIAS AO COMBATE DAS DROGAS

2.5.1 Lei dos Crimes Hediondos

<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/896/Nova-Lei-Antitoxicos-anulacao-do-processo-em-razao-da-nao-observancia-do-procedimento-novo>. Acesso em: 10 jan. 2023; FERRARI, Eduardo Reale. Nova lei de tóxicos: Ausência política preventiva e suas aberrações jurídicas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 11, n. 42, p. 281–294, jan./mar., 2003.

⁴¹ O dispositivo citado não encontra similar nas Constituições anteriores (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 225). A Constituição de 1967 referia-se ao tráfico de entorpecentes ao dispor como competência da União, entre outras, organizar e manter a polícia federal com a finalidade de prevenir e reprimir o tráfico de entorpecentes e drogas afins (art. 8º, VIII, “b”) (MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 59).

⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 520.

A Lei 8.072⁴³, de 25 de julho de 1990, referiu o tráfico de entorpecentes ao lado dos crimes hediondos, prevendo, nos artigos. 8º e 10, alterações na revogada Lei 6.368/1976. Além disso, trouxe consequências de ordem penal e processual, muitas das quais passaram a ser tratadas, de forma específica, na Lei 11.343/2006.

2.5.2 Lei das Desapropriações

A Lei 8.257, de 26 de novembro de 1991⁴⁴, regulamentou a desapropriação de glebas nas quais se localizem culturas ilegais de substâncias psicotrópicas, conforme artigo 243 da Constituição.

2.5.3 Lei de Interceptação Telefônica

Medida processual importante ao combate da criminalidade envolvendo drogas são as interceptações telefônicas.

A Lei 9.296, de 24 de julho de 1996⁴⁵, regulamentando o inciso XII do artigo 5º da Constituição, disciplinou a interceptação das comunicações telefônicas para prova em investigação criminal e instrução processual penal.⁴⁶

Os requisitos autorizadores da interceptação estão previstos no artigo 2º e incisos da referida lei em uma redação lamentavelmente negativa. Em vez de enumerar os casos de sua admissibilidade, de forma taxativa, previu os casos em que ela não é admissível. Dentre eles, não será admitida a interceptação telefônica quando o fato apurado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção

⁴³ BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

⁴⁴ BRASIL. **Lei nº 8.257, de 26 de novembro de 1991**. Dispõe sobre a expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8257.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.257%2C%20DE%2026%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201991.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20expropria%C3%A7%C3%A3o%20das,psicotr%C3%B3picas%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A Ancias. Acesso em: 28 nov. 2022.

⁴⁵ BRASIL. **Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm#:~:text=Constitui%20crime%20realizar%20intercepta%C3%A7%C3%A3o%20de,a%20quatro%20anos%2C%20e%20multa. Acesso em: 28 nov. 2022.

⁴⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 2006.

(inciso III).⁴⁷

Dessa forma, o procedimento da interceptação, que tem natureza cautelar preparatória com a finalidade de produção de prova penal, será cabível, em tese, nos crimes de drogas punidos com reclusão, excetuando-se os crimes dos artigos. 38 e 39 da Lei de Drogas, que são punidos com detenção, desde que presentes os demais requisitos legais e que seja obedecido no caso concreto o princípio da proporcionalidade dos bens jurídicos envolvidos. Na hipótese concreta, violada a proporcionalidade, a aplicação da norma do inciso III será inconstitucional.

2.5.4 Lei de “Lavagem” de Valores

Outro instrumento fundamental previsto na legislação brasileira utilizado na luta contra a narcomania é a Lei 9.613, de março de 1998, que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos ou valores, a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos nela previstos e a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

O crime de lavagem de dinheiro está previsto na Convenção de Viena, embora limitado somente aos crimes de drogas (artigos. 3º, § 1º, a, ii, e 5º, § 4º, a e g).

A antiga redação da lei, vigente até a promulgação na Lei 12.683, de 9 de julho 2012, previa de forma mais abrangente a punição da ocultação, dissimulação da natureza, origem etc. de bens provenientes além do tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, de outros crimes (artigo 1º)⁴⁸. A nova redação da lei proposta pela Lei 12.683, por sua vez, excluiu o rol de crimes antecedentes, possibilitando a

⁴⁷ Registre-se nosso entendimento de que a possibilidade de interceptação a todos os crimes de reclusão precisa ser restringida, porque muito ampla. Conforme tivemos oportunidade de defender em comentários à Lei 9.296, “[...] há muitos crimes punidos com reclusão que, de alguma forma, justificariam a quebra do sigilo das comunicações telefônicas, considerando-se especialmente o ‘furor incriminatório’ de que foi tomado o legislador nos últimos anos e, em muitos casos, a desproporcionalidade da pena cominada. Há necessidade de se ponderar a respeito dos bens jurídicos envolvidos: não se pode sacrificar o bem jurídico da magnitude do sigilo das comunicações telefônicas para a investigação ou instrução de crime em que não estejam envolvidos bens jurídicos de maior valor” (GRECO FILHO, Vicente. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22-23).

⁴⁸ “Sobre a natureza a questão do bem jurídico preponderante no crime de lavagem de valores, e a conclusão que daí se tira quanto à prática da ocultação de bens ou valores pelo próprio agente que praticou o crime antecedente” (GRECO FILHO, Vicente. *Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores*. In: _____. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 147- 169).

consumação do delito de lavagem em face de qualquer infração penal⁴⁹. Outras disposições foram previstas, de natureza processual, como apreensão e sequestro de bens com a inversão do ônus da prova; de natureza administrativa, como mecanismos de controle dos registros de operações consideradas suspeitas, etc.

2.5.5 “Lei do Abate”

O Decreto 5.144, de 16 de julho de 2004⁵⁰, mais conhecido como “Lei do Abate”, regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do artigo 303 da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), estabelecendo procedimentos a serem seguidos no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de drogas, levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública (art. 1º).

Para uma aeronave se submeter à medida de destruição, deverá ser considerada hostil nos termos da lei (artigo 3º). No entanto, antes de ser considerada hostil, deverá ela ser classificada como suspeita (artigo 2º), caso em que sofrerá medidas coercitivas definidas no artigo 3º, consistentes em averiguação (§ 1º), intervenção (§ 2º) e persuasão (§ 3º). Se nenhum desses procedimentos de coerção forem atendidos pela aeronave, será ela destruída na forma definida pelo artigo 5º, desde que cumpridas as condições do artigo 6º.⁵¹

⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 84-85.

⁵⁰ BRASIL. **Decreto n. 5.144, de 16 de julho de 2004**. Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

⁵¹ Várias são as críticas apontadas pela doutrina à chamada “Lei do Abate” que, inclusive, chega a considerá-la inconstitucional. Entre elas, pode ser mencionada a formulação pelo Decreto de conceitos abertos de aeronave suspeita e hostil, a imposição de medidas coercitivas drásticas, previstas em nosso ordenamento somente em caso de guerra declarada (art. 84, XIX, da CF), o que reforça a afirmação do modelo belicistade repressão às drogas adotado pelo Brasil etc. A inconstitucionalidade residiria, principalmente, no fato de o Decreto ter legitimado a pena de morte e previsto procedimento que afronta o princípio constitucional do devido processo legal (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019. p. 68-70). Em acréscimo, segundo afirma Ana Lúcia Ceolotto Guimarães, devido sua característica de mutação e fluidez, o tráfico de drogas não tem sido coibido pelo implemento da “Lei do Abate”. Noticia a autora que, se de um lado o número de voos não autorizados nas áreas fronteiriças com a Colômbia, o Peru e a Bolívia havia sido reduzido em mais de 60%, por outro, soube-se que a cocaína passou a ser levada diretamente da Colômbia para o Paraguai, onde os traficantes de drogas brasileiros passaram a controlar o tráfico de cocaína, lugar que, até então, limitava-se ao plantio de maconha. Do Paraguai passou a ingressar no território brasileiro por carros, caminhões e até por meio das “mulas”, cujo aumento de prisões aumentou consideravelmente no estado do Mato Grosso do Sul (GUIMARÃES, Ana Lúcia Ceolotto. A quem interessa a “Lei do Abate”? **Boletim Ibccrim**, São Paulo, v. 13, n. 156, nov. 2005. p. 16-17).

2.6 LEIS, MEDIDAS PROVISÓRIAS, DECRETOS, RESOLUÇÕES E PORTARIAS SOBRE DROGAS PROMULGADOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 11.343/2006, AINDA EM VIGOR

Estão em vigor e, portanto, integram a legislação atual (Lei 11.343/2006) as seguintes espécies normativas, além das normas antes citadas e constantes do item anterior.

2.6.1 Portarias

Integra, principalmente, a legislação em vigor a Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998, várias vezes modificada,⁵² que relacionou os entorpecentes e regulamentou a fiscalização das demais substâncias que determinem dependência física ou psíquica, cuja terminologia deve ser atualizada para a terminologia da lei em vigor. Outras podem ser citadas:

(a) Portaria 6, de 29 de janeiro de 1999, da ANVISA, que estabelece, aprimora e atualiza as ações de vigilância sanitária com vistas ao aperfeiçoamento do controle e fiscalização das substâncias constantes das listas do Regulamento Técnico aprovado pela Portaria SVS/MS n. 344/98, bem como os mecanismos para evitar o comércio e uso indevido das referidas substâncias ou medicamentos.

(b) Portarias do Ministro Chefe do Gabinete de Segurança Institucional e Secretário Nacional Antidrogas n. 2, de 17 de fevereiro de 2000, sobre aprovação e execução de projetos de prevenção, tratamento, pesquisa e eventos científicos na área de drogas; e n. 4, de 13 de novembro de 2000, que dispõe sobre recenseamento e cadastro de instituições públicas e privadas com atuação nas áreas de prevenção, pesquisa, tratamento e reinserção social de dependentes químicos.

(c) Portaria Interministerial 10, de 31 de março de 2004, do Ministro de Estado Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e Presidente do Conselho Nacional Antidrogas (CONAD) e do Ministro da Saúde,

⁵² Sua última atualização foi pela RDC 103, de 31 de agosto de 2016 (BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Legislações**. Disponível em: www.anvisa.gov.br. Acesso em: 01 nov. 2022).

dispondo sobre a instalação de Câmara Técnica Temática de Tratamento e Câmara Técnica Temática de Redução de Danos, coordenadas pelo Ministério da Saúde.

2.6.2 Resoluções

A Resolução 3, de 19 de junho de 1995, do então Conselho Federal de Entorpecentes, estabelece critérios de prioridade na apreciação de processos sobre liberação dos recursos de que trata o art. 5º e seus incisos da Lei 7.560/1986.

A Resolução 201, de 18 de julho de 2002, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, determina os pontos de entrada e saída, no País, de mercadorias à base de substâncias entorpecentes.

A Resolução 5, de 4 de novembro de 2004, do Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), instituindo um Grupo Multidisciplinar de Trabalho para o levantamento e acompanhamento do uso religioso da *ayahuasca*. O objetivo final do grupo era a elaboração de documento que traduzisse a deontologia do uso de *ayahuasca*, como forma de prevenir seu uso inadequado.

A Resolução 3, de 27 de outubro de 2005, do Conselho Nacional Antidrogas (CONAD), que, em decorrência do processo que realinhou a Política Nacional Antidrogas até então vigente, aprovou a nova Política Nacional Antidrogas.

2.6.3 Medidas provisórias

As medidas provisórias anteriores a 12 de setembro de 2001 continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional, por força do art. 2º da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001.

A Medida Provisória 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, ainda em tramitação, alterou a denominação do órgão criado pela Lei 7.560/1986 para Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD), bem como transferiu a sua gestão do âmbito do Ministério da Justiça para a Secretaria Nacional Antidrogas do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República.

2.6.4 Decretos

Em 1938, surgiu o Decreto-lei 891, que aprovou a Lei de Fiscalização de Entorpecentes e se encontrava quase que totalmente revogado tacitamente pela legislação posterior.

Já o Decreto-lei 753/1969, dispunha sobre a fiscalização de laboratórios que produziam ou manipulavam substâncias ou produtos entorpecentes e seus equiparados, de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias e de distribuição de amostras desses produtos.

O Decreto 85.110, de 2 de setembro de 1980, instituiu o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão de Entorpecentes, integrando-o o Conselho Federal de Entorpecentes como órgão central, o qual já tem baixado diversas orientações e recomendações.

Por sua vez, o Decreto 95.650, de 19 de janeiro de 1988, regulamentou a Lei 7.560/1986, criando o FUNCAB (Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso).

Em outubro de 1996, O Decreto 2.018 regulamentou a Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias, defensivos agrícolas, nos termos do art. 220, § 4º, da CF.

O Decreto 85.110/80 foi substituído pelo Decreto 3.696, de 22 de dezembro de 2000, que regulamentou o artigo 3º da Lei 6.368/1976, que tratava do Sistema Nacional Antidrogas (SISNAD).

Em 2001, O Decreto 3.845 aprovou a criação da estrutura do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, no que tange à organização da Secretaria Nacional Antidrogas.

O Decreto 4.262, de 10 de junho de 2002, regulamentou a Lei 10.357, de 27 de dezembro de 2001, que estabeleceu normas sobre o controle e fiscalização de produtos químicos que direta ou indiretamente possam ser destinados à elaboração ilícita de drogas.

Por fim, o Decreto 6.117, de 22 de maio de 2007, por sua vez, aprova a política nacional sobre o álcool, dispondo sobre medidas para redução do uso indevido de álcool e sua associação com a criminalidade.

2.6.5 Leis

A Lei 7.560/1986, alterada pela Lei 8.764, de 20 de dezembro de 1993, criou o Fundo de Prevenção, Recuperação e de Combate às Drogas de Abuso (FUNCAB), e dispôs sobre os bens apreendidos ou adquiridos com produtos de tráfico de drogas ou atividades correlatas. O FUNCAB foi ratificado pela Lei 9.240, de 22 de dezembro de 1995. Referida denominação, como já dissemos, foi alterada para Fundo Nacional Antidrogas (FUNAD) e sua gestão foi transferida do Ministério da Justiça para a Secretaria Nacional Antidrogas do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República pela Medida Provisória n. 2.216-37/2001 (em tramitação).

A Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, dispôs sobre restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do artigo 22 da Constituição. Referida lei foi regulamentada pelo Decreto presidencial 2.018, de 1º de outubro de 1996.

A Lei 10.357, de 27 de dezembro de 2001, estabeleceu normas de controle e fiscalização sobre produtos químicos que direta ou indiretamente possam ser destinados à elaboração ilícita de drogas e foi regulamentada pelo Decreto 4.262, de 10 de junho de 2002.

2.7 ESPÉCIES NORMATIVAS PROMULGADAS A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 11.343/2006

Decreto 5.912, de 27 de setembro de 2006, que regulamentou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), criado pela Lei 11.343/2006, atualmente em vigor. Revogou, portanto, o Decreto 3.696, de 21 de dezembro de 2000, que dispôs sobre o Sistema Nacional Antidrogas, revogando os Decretos 2.632, de 19 de junho de 1998, e 2.729, de 1º de outubro de 1998.

Resolução da Diretoria Colegiada, RDC 58, de 5 de setembro de 2007, que regulamenta a fiscalização e controle de substâncias anorexígenas. Tais substâncias deverão ser prescritas em Notificação de Receita “B2”, cujo modelo e orientações se encontram na referida RDC.

3 A CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO FRENTE AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O avanço que o Direito Constitucional apresenta hoje é resultado, em grande parte, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana e da visão de que a Constituição é o local adequado para positar as normas asseguradoras dessas pretensões.

Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem.

A relevância da proclamação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito pode ser sentida pela leitura do preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Ali se proclama que a Assembléia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança”⁵³.

Isto posto, tem-se que o Direito Penal é o núcleo do sistema repressivo do Estado. Tipifica condutas e comina penas, tendo em vista a proteção de bens jurídicos importantes para o convívio social. Nesse sentido, René Ariel Dotti⁵⁴ afirma que o sistema de Direito Penal deve se harmonizar com as liberdades, as garantias e os direitos estabelecidos pela lei fundamental.

A inter-relação entre o Direito Constitucional e o Direito Penal tem raízes históricas longínquas e profundas, pois a humanidade, no decorrer do tempo, viveu horrores praticados contra pessoas acusadas de terem praticado algum delito. São diversos casos que ocorreram num passado distante e, ainda hoje, repugnam consequências.

Para Zulmar Fachin⁵⁵, a interligação entre esses dois campos do conhecimento

⁵³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁵⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 103.

⁵⁵ FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 24.

é ainda mais intensa nos dias atuais, visto que o legislador deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Na mesma linha de pensamento, Luiz Regis Prado⁵⁶ leciona que na norma constitucional encontram-se as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas, de forma que o fundamento primeiro da ilicitude material tem suas raízes no texto magno. Ademais, o legislador penal está vinculado às normas constitucionais – regras e princípios – das quais não pode se afastar

A Constituição Federal de 1988⁵⁷ contém múltiplos direitos e garantias fundamentais positivados para assegurar aos cidadãos o status de indivíduos de direito, conforme se observa no *caput* e incisos X e XLI do artigo 5º.

Entende-se que estas disposições traduzem relevante dimensão dos direitos fundamentais, decorrente de seu aspecto objetivo na ordem constitucional. Tal concepção legítima, assim, a ideia de que o Estado é obrigado não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face do Poder Público, como também, a garantir os direitos fundamentais contra agressão de terceiros, segundo entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e outros⁵⁸.

Desta forma, tem-se que os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção do Estado e de terceiros. Expressam, do mesmo modo, um postulado de proteção. Conforme preceitua Robert Alexy⁵⁹, pode-se dizer que os direitos fundamentais contemplam não apenas uma proibição de excesso, mas também uma proibição de proteção insuficiente.

Nesta perspectiva, é nítido que a ideia de um dever genérico de proteção, balizado nos direitos fundamentais, relativiza sobremaneira a separação entre a ordem constitucional e a ordem legal, permitindo que se reconheça uma irradiação dos efeitos desses direitos sobre toda a ordem jurídica.

Assim, ainda que não se reconheça em todos os casos, uma pretensão subjetiva contra o Estado, tem-se, inequivocamente, a identificação de um dever estatal de tomar as providências necessárias à realização ou concretização dos direitos

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal na Constituição**. São Paulo: RT, 1997. p. 76.

⁵⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁵⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

fundamentais.

Por este caminho, as normas constitucionais acima transcritas explicitam o dever de proteção identificado pelo constituinte, traduzido em mandados de criminalização implícitos, dirigidos ao legislador.

Em outra perspectiva, além dos mandados expressos de criminalização, a Constituição Federal confere ao legislador margem de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal.

Ademais, é impossível discorrer sobre a temática do consumo de drogas sem levar em consideração a dignidade da pessoa humana como base dos direitos da personalidade do usuário, que também é um dos fundamentos da Estado Democrático de Direito.

A atual Lei de Drogas já apresentou um posicionamento divergente das anteriores, visto que apresentou uma preocupação maior com atividades voltadas à prevenção do uso de drogas⁶⁰ e também à reinserção social dos usuários, indicando sua opção por uma política criminal guiada pela dignidade da pessoa humana, mesmo que permanecendo o modelo proibicionista e punitivo ao usuário – se mostrando, inclusive, incongruente no discurso jurídico-penal dispensado à política criminal de entorpecentes.

A criminalização do consumo de drogas afasta o usuário do tratamento médico adequado para sua dependência química, além de inviabilizar políticas de prevenção, consumo consciente e redução de danos. Ainda, a ausência de critérios objetivos para diferenciar usuário e traficante fomenta o discurso do estereótipo do criminoso e também da rotulação social, onde determinados grupos e indivíduos considerados “bandidos” serão enquadrados por tráfico de drogas, e não pelas condutas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Esta seletividade penal fere de morte os direitos personalíssimos do indivíduo e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, se revelando como um instrumento de tratamento desigual. Neste sentido, o modelo de guerra às drogas, atualmente adotado pelo Brasil, é marcado por sua incapacidade de resolver o problema que se dispôs a enfrentar, principalmente no que tange à figura do usuário, já que embora tenha abolido o caráter criminoso da posse de drogas para consumo pessoal, ainda

⁶⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006-Artigo por Artigo**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.

manteve a tipificação penal de tal conduta⁶¹.

Quando a Lei Maior do Estado elenca como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, tendo o ser humano como valor supremo a tutelar, por consequência impõe-se à ordem legal a obrigação de tratar o usuário de drogas de maneira diferente do tratamento dispensado ao traficante, que é muito mais severo. O que se observa, na realidade, é o usuário sendo estigmatizado como alguém que já se encontra corrompido e inserido no mundo do crime, marginalizado na consciência moral da sociedade, que é representada pela tradução das crenças e sentimentos comuns à média dos componentes de determinada sociedade⁶².

Tal tratamento dispensado ao usuário, com base na consciência moral coletiva, ataca gravemente a dignidade da pessoa humana, conduzindo ao tratamento repressivo, marcado pela ausência de conhecimento específico sobre a questão das drogas e toxicodependência, utilizando-se da sanção penal como instrumento de combate e mecanismo de erradicação das drogas.

Segundo Schreiber⁶³, a dignidade da pessoa humana se entende como o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana: seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido, deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural. Desta forma, quando se constata que o proibicionismo nasceu há mais de um século, rodeado por inúmeros fracassos em seus objetivos, esta estigmatização do usuário se choca com a definição de dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Nesta vertente, considerando a estigmatização do usuário e a constatação de que a criminalização do consumo de drogas nada mais é do que tipificação penal de uma escolha feita pelo usuário, sendo o autor do fato e também a própria vítima – já que o uso de drogas afeta, a princípio, tão somente a esfera pessoal do usuário –, tal

⁶¹ Idem, p. 36.

⁶² DIAS, Felipe da Veiga; SILVEIRA, Alexandre Marques. Usuários de Drogas e Tratamentos Seletivos no Século XXI: Entre a estigmatização e a legitimação por meio dos crimes dos poderosos. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 18, n. 3, p. 739-765, set./dez. 2018.

⁶³ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 8.

proibição é ilegítima⁶⁴, segundo Zaffaroni⁶⁵, especialmente diante dos direitos da personalidade.

Para Borges⁶⁶, os direitos da personalidade têm sua base no princípio da dignidade da pessoa humana, e que tal princípio tem sido o valor-guia de um processo de releitura dos variados setores do direito, que vão abandonando o liberalismo e o materialismo de outrora em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e mais solidária das relações jurídicas. Logo, é inquestionável e imprescindível que o tratamento dado ao usuário de drogas, seja ele habitual ou compulsivo, também seja baseado na dignidade humana, tendo este princípio como um norte a ser seguido.

No que tange ao tratamento dispensado aos direitos da personalidade, direitos humanos e direitos fundamentais ao longo do tempo, é necessário salientar que estes foram tratados através de diferentes enfoques e denominações. Para Schreiber⁶⁷, a Assembleia Constituinte Francesa refere-se à declaração de 1979 como Direitos do Homem e do Cidadão, enquanto a Declaração das Nações Unidas utiliza o vocábulo direitos humanos; a Constituição Federal Brasileira, de 1988, por seu turno, indica

⁶⁴ “A utópica legitimidade do sistema penal. O sistema penal é uma complexa manifestação do poder social. Por legitimidade do sistema penal entendemos a característica outorgada por sua racionalidade. O poder não é algo estático, que se ‘tem’, mas algo que se exerce, e o sistema penal quis mostrar-se como um exercício de poder planejado racionalmente. [...] É necessário esclarecer que não acreditamos que a coerência interna do discurso jurídico-penal esgote-se em sua não-contradição ou complexidade lógica, mas, ao contrário, requer também uma fundamentação antropológica básica com a qual deve permanecer em relação de não-contradição, um vez que, se o direito serve ao homem – e não ao contrário –, a planificação do exercício de poder do sistema penal deve pressupor esta antropologia filosófica básica ou ontologia regional do homem. No momento atual, esta afirmação no plano jurídico não implica uma remissão livre ao pântano da metafísica e do opinativo, embora subsista um enorme campo aberto à discussão. Acima deste âmbito discutível, é inegável que existe uma positivação jurídica mínima dessa antropologia, materializada nos mais importantes documentos produzidos pela comunidade jurídica internacional em matéria de direitos humanos. A consagração positiva de uma antologia regional do homem (que bem pode chamar-se antropologia jurídica jus-humanista) impõe a consideração do homem como pessoa. Por pessoa deve-se entender a qualidade que provém da capacidade de autodeterminar-se em conformidade com um sentido (capacidade que pode ser real ou potencial e, inclusive, pode limitar-se à reunião dos caracteres físicos básicos dos que podem exercê-la). Pessoa é o ator – a máscara do teatro grego –, o protagonista central da tragédia que decide sobre o bem e o mal. A fundamentação antropológica permite estabelecer um nível de crítica à coerência interna do discurso jurídico-penal; o outro nível, obviamente, refere-se à não-contradição de seus enunciados entre si. Fica clara a negação da coerência interna do discurso jurídico-penal quando se esgrímam argumentos tais como ‘assim diz a lei’, ‘a faz porque o legislador o quer’ etc. Estas expressões são frequentemente usadas em nossa região e implicam a confissão aberta do fracasso de qualquer tentativa de construção racional e, por conseguinte, legitimadora do exercício de poder do sistema penal”. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em Busca das Penas Perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 7-16.

⁶⁵ Idem, p. 16.

⁶⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 13.

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 13.

Direitos e Garantias Fundamentais e, o Código Civil, logo em seu início, positivou um capítulo aos Direitos da Personalidade. Observa-se, desta forma, que tais expressões tratam do mesmo fenômeno encarado por diversos ângulos, não devendo gerar confusões, especialmente considerando que todas essas diferentes designações se destinam a contemplar atributos da personalidade humana merecedores de proteção jurídica⁶⁸.

Segundo Filho⁶⁹, ainda é comum utilizar variados nomes para a disciplina dos Direitos Humanos. Em alguns lugares, chamam-na de Direitos do Homem, em outros, de Liberdades Públicas, como preferem os franceses. De qualquer modo, a expressão direitos humanos é mais utilizada no âmbito internacional, enquanto que direitos fundamentais refere-se aos direitos positivados na constituição de determinado país. Os direitos da personalidade, por sua vez, se referem aos atributos humanos protegidos pela lei, nacional e internacional, que disciplinam as relações privadas.

A utilização da expressão direitos humanos como direitos fundamentais ou vice-versa, ocorre em especial pela convergência entre tais direitos, já que, no cenário brasileiro, em grande parte os Direitos Fundamentais são uma réplica dos direitos e garantias assegurados por uma série de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, sendo tal processo conhecido po “constitucionalização dos direitos humanos” ⁷⁰.

Tendo como norte a ideia de que personalidade jurídica é a condição natural do homem, e que os direitos personalíssimos são próprios do ser humano, inerentes à condição de pessoa, surge a compreensão de que a carência de tutela destes bens essenciais corresponderia à perda do valor de qualquer outro bem tutelado pela norma jurídica. Neste sentido, trata-se da tutela da própria pessoa, protegendo direitos como vida, integridade física e psíquica, honra, imagem, nome, autodeterminação entre outros. Todos estes direitos são expressões da pessoa humana considerada em si mesma, de forma que os bens jurídicos mais fundamentais estão contidos nos direitos da personalidade⁷¹.

Na perspectiva do usuário de drogas, vários dos direitos acima elencados estão

⁶⁸ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 14.

⁶⁹ FILHO, Napoleão Casado. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 20.

⁷⁰ Idem, p. 22.

⁷¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 21.

inter-relacionados, em especial o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, que prevê a inviolabilidade da vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, assegurando, ainda, o direito de reparação em caso de dano material e moral decorrente da agressão, seja ela causada por terceiros ou pelo próprio Estado.

A intimidade deve ser entendida como a liberdade de se ter tranquilidade no desenvolvimento das relações pessoais e íntimas da vida⁷², enquanto que a privacidade⁷³ se aproxima da ideia de segredo, de sigilo, de não-publicidade, de direito de estar só, como se diz na doutrina americana, ou direito de estar tranquilo, como afirma Carbonnier⁷⁴.

Não restam dúvidas de que estes direitos garantem a realização pessoal do indivíduo, e são inerentes à sua condição de ser humano, relacionados principalmente com o direito de liberdade. Para Riccitelli⁷⁵, esses direitos confundem-se com as chamadas liberdades públicas negativas, aquelas em que o Estado deve interferir o mínimo possível nas relações entre particulares, demonstrando o sentido negativo das liberdades públicas.

Com base na dignidade humana, o Estado deve se abster diante da busca individual de realização, respeitando o direito natural já reconhecido ao homem, o livre arbítrio, a dignidade pessoal, o direito de realização de sua felicidade terrena conectada com seu destino transcendental e outras inúmeras características, consideradas personalíssimas⁷⁶. Ainda, os integrantes do direito natural são insuscetíveis a variações espaço-temporais ou a quaisquer influências da lei humana, sendo conhecidos como direitos subjetivos do homem contra o Estado.

Assim, ao adotar o proibicionismo, no modelo de guerra às drogas, como política criminal de drogas, enquadrando-o especialmente dentro do pragmatismo jurídica, em face dos direitos da personalidade e da dignidade humana, tem-se que a criminalização da conduta do usuário acarreta mais prejuízos do que benefícios, tanto no aspecto social quando no econômico e jurídico.

Embora haja previsão legal para punir violações dos direitos fundamentais (à

⁷² FILHO, Napoleão Casado. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 170.

⁷³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 163.

⁷⁴ CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Trad. de Diogo Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979. p. 233.

⁷⁵ RICCITELLI, Antonio. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Barueri: Editora Manole, 2007. p. 112.

⁷⁶ Idem, p. 108.

exemplo, art. 5º, incisos V, X, XXV e XLV, da CF/88) não é o que se observa no atual Estado Brasileiro, visto que o mesmo incorre nas condutas por ele tipificadas, conforme se expõe a seguir.

3.1. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nos mais diversos Estados Democráticos, o modo como são tratados os direitos fundamentais varia. Segundo Konrad Hesse⁷⁷, as soluções oscilam desde a regulação por um catálogo minucioso de direitos fundamentais na Constituição (à exemplo da Alemanha), ou remeter-se a uma declaração histórica de direitos humanos (como na França), até reconhecer vigência aos direitos fundamentais como garantias não escritas, como ocorre essencialmente na Grã-Bretanha.

Da mesma maneira são diferentes o desenvolvimento concreto dos direitos fundamentais, na medida em que vinculam o legislador ou a fiscalização judicial para garantir sua observância. Daí a conclusão de que a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade, e a razão é bem conhecida – o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos.

É comum ouvirmos que os direitos fundamentais são universais e absolutos, entretanto, o traço da universalidade deve ser compreendido em termos. Não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos.

Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira de direitos fundamentais, há direitos de todos os homens, como o direito à vida, mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, refletindo-se apenas a alguns, aos trabalhadores, por exemplo.

Isso significa que o constituinte também quis privilegiar certos bens que vêm satisfazer necessidades do homem histórico, isto é, de alguns homens na sua específica posição social. A fundamentalização desses direitos implica reconhecer que determinados objetivos vitais de algumas pessoas têm tanta importância como os

⁷⁷ HESSE, Konrad. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 84-85.

objetivos básicos do conjunto de indivíduos.

Noutro vértice, não é exato falar sempre em universalidade, quanto ao pólo passivo das relações jurídicas que se desenrolam em torno de um direito fundamental. Há casos em que se discute o delicado problema de saber se os direitos fundamentais têm por obrigados não só os poderes públicos como também os particulares; em outros casos, há direitos que, por sua natureza, apenas podem ter por obrigado o Estado (por exemplo, o direito de petição aos órgãos públicos).

Pode-se ouvir, ainda, por alguns doutrinadores, que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de se situarem no patamar máximo de hierarquia jurídica e de não tolerarem restrição. Tal ideia tem premissa no pressuposto jusnaturalista de que o Estado existe para proteger direitos naturais, como a vida, a liberdade, a propriedade, que, de outro modo, estariam ameaçadas.

Se é assim, todo poder aparece limitado por esses direitos e nenhum objetivo estatal ou social teria como prevalecer sobre eles. Os direitos fundamentais gozariam de prioridade absoluta sobre qualquer interesse coletivo.

Essa assertiva esbarra em dificuldades para ser aceita. No entendimento de Gilmar Mendes e outros⁷⁸, tornou-se voz corrente na doutrina brasileira admitir que os direitos fundamentais podem ser objetos de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive com outros direitos fundamentais.

De mesmo modo no âmbito internacional, as declarações de direitos humanos admitem expressamente limitações “[...] que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais de outros”⁷⁹.

A leitura da Constituição brasileira mostra que essas limitações são, às vezes, expressamente previstas no Texto. Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do artigo 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada.

⁷⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁷⁹ Art. 18 da Convenção de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU. (OAS. Organization of American States. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**. Atual. 24 jul. 2003. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023).

Desta forma, não há como se falar, a princípio, em direitos absolutos, já que podem sofrer limitações tanto por outros direitos fundamentais quanto por outros valores de sede constitucional.

Se os direitos fundamentais não são, em princípio, absolutos, não podem pretender valia unívoca de conteúdo a todo tempo e em todo lugar. Por isso, afirma-se que os direitos fundamentais são um conjunto de faculdades e instituições que somente faz sentido num determinado contexto histórico. O recurso à História mostra-se indispensável para que, à luz da gênese e do desenvolvimento dos direitos fundamentais, cada um deles se torne mais bem compreendido.

O caráter da historicidade, ainda, explica que os direitos podem ser proclamados em certa época, desaparecendo em outras, ou que se modifiquem no tempo. Revela-se, desse modo, a índole evolutiva dos direitos fundamentais, segundo José Afonso da Silva⁸⁰. Essa evolução é impulsionada pelas lutas em defesa de novas liberdades em face de poderes antigos, já que os direitos fundamentais costumam ir se afirmando gradualmente, e em face de novas feições assumidas pelo poder.

Para Bobbio⁸¹, os direitos não nascem todos de uma só vez, nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

A confirmar o caráter histórico-evolutivo (e não necessariamente uniforme) da proteção aos direitos fundamentais, nota-se, às vezes, descompasso na compreensão de um mesmo direito diante de casos concretos diversos.

Inalienável é um direito ou uma coisa em relação a que estão excluídos quaisquer atos de disposição, quer jurídica (renúncia, compra e venda, doação), quer material (destruição material do bem). Isto significa que um direito inalienável não admite que seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente. Neste sentido, o direito à integridade física é inalienável, porque o indivíduo não pode vender uma parte do seu corpo ou uma função vital.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 166.

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

Para Martínez Puljate⁸², a inalienabilidade resulta da fundamentação do direito no valor da dignidade humana, traduzida como consequência da potencialidade do homem de ser autoconsciente e livre. Da mesma forma que o homem não pode deixar de ser homem, não pode ser livre para ter ou não dignidade, o que acarreta que o Direito não pode permitir que o homem se prive da sua dignidade.

Outra característica associada aos direitos fundamentais diz com o fato de estarem consagrados em preceitos da ordem jurídica. Essa característica serve de traço divisor entre as expressões “direitos fundamentais e direitos humanos”.

A expressão “direitos humanos”, ou direitos do homem, é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais do homem. São direitos postulados em bases jusnaturalistas, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a positivação numa ordem jurídica particular. Ainda, e até por conta de sua vocação universalista, supranacional, é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional.

Já a locução “direitos fundamentais” é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. São direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os consagra.

Segundo Canotilho⁸³, essa distinção conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em esferas estanques, incomunicáveis entre si. Há uma interação recíproca entre eles. Os direitos humanos internacionais encontram, muitas vezes, matriz nos direitos fundamentais consagrados pelos Estados e estes, de seu turno, não raro acolhem no seu catálogo de direitos fundamentais os direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais. Ressalta-se, neste ponto, a importância da Declaração Universal de 1948 na inspiração de tantas constituições do pós-guerra.

Esses direitos, porém, não são coincidentes no modo de proteção ou no grau de efetividade. As ordens internas possuem mecanismos de implementação mais céleres e eficazes do que a ordem internacional.

⁸² MARTÍNEZ PULJATE, Antonio Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 93.

⁸³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986. p. 422.

Se é verdade que um direito fundamental se peculiariza por estar recepcionado por algum preceito de direito positivo, é também fato que, no direito comparado, essa técnica de recepção pode variar. No direito brasileiro, como nos sistemas que lhe são próximos, os direitos fundamentais se definem como direitos constitucionais.

Essa característica da constitucionalização dos direitos fundamentais traz consequências de evidente relevo. As normas que os abrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, até ao poder de reforma da Constituição.

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos - Executivo, Legislativo e Judiciário - passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes.

Nenhum desses poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem.

Verifica-se marcado zelo nos sistemas jurídicos democráticos em evitar que as posições afirmadas como essenciais da pessoa quedem como letra morta ou que só ganhem eficácia a partir da atuação do legislador. Essa preocupação liga-se à necessidade de superar, em definitivo, a concepção do Estado de Direito formal, em que os direitos fundamentais somente ganham expressão quando regulados por lei, com o que se expõem ao esvaziamento de conteúdo pela atuação ou inação do legislador.

Os efeitos corrosivos da neutralização ou da destruição dos direitos postos na Constituição foram experimentados de modo cruel e notório na Alemanha, durante a vigência do sistema nazista. A noção de que os direitos previstos na Constituição não se aplicavam imediatamente, por serem vistos como dependentes da livre atuação do legislador, e a falta de proteção judicial direta desses direitos propiciaram a erosão do substrato democrático da Constituição de Weimar, cedendo espaço ao regime totalitário a partir de 1933. A Lei Fundamental de 1949 reagiu contra essas falhas, buscando firmar-se em princípios como o da proteção judicial dos direitos fundamentais, o da vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais e o da aplicação direta e imediata destes, independentemente de tradução jurídica pelo legislador.

A Constituição Brasileira de 1988 filiou-se a essa tendência, conforme se lê no

§ 1º do artigo 5º, em que se diz que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁸⁴. O texto se refere aos direitos fundamentais em geral, não se restringindo apenas aos direitos individuais.

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter perceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.

Por consequência, os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. Para José Afonso da Silva⁸⁵, o artigo 5º, § 1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.

Essa característica indicada pela própria Constituição, entretanto, não significa que, sempre, de forma automática, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos, segundo entendimento de Canotilho⁸⁶.

Há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que evidentemente não são auto-aplicáveis. Carecem da interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação do legislador. É o que acontece, por exemplo, com o direito à educação, disposto no artigo 205 da Constituição.

Mesmo algumas normas constantes do artigo 5º da Constituição Federal não dispensam a concretização, por via legislativa, para que possam produzir efeitos plenos e mesmo adquirir sentido. É o caso do inciso XXII, em que se diz garantido o

⁸⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 79.

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986. p. 400.

direito de propriedade. Se faz necessário que a lei venha a definir o regime do instituto da propriedade a que se refere o constituinte.

A inteligência do artigo 5º, § 1º, da Constituição não pode fazer-se sem atenção à natureza das coisas, consoante lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸⁷, ao afirmar que “pretender que uma norma incompleta seja aplicada é desejar uma impossibilidade, ou forçar a natureza que, rejeitada, volta a galope”.

Tanto é que, no entendimento de Celso Bastos⁸⁸, quando a norma de direito fundamental não contiver os elementos mínimos indispensáveis que lhe assegurem aplicabilidade, nos casos em que a aplicação do direito pelo juiz importar infringência à competência reservada ao legislador, ou ainda quando a Constituição expressamente remeter a concretização do direito ao legislador, estabelecendo que o direito apenas será exercido na forma prevista em lei – nessas hipóteses, o princípio do § 1º do artigo 5º da CF haverá de ceder.

Essas circunstâncias levam a doutrina a entrever no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal uma norma-princípio, estabelecendo uma ordem de otimização, uma determinação para que se confira a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. O princípio em tela, segundo Sarlet⁸⁹, valeria como indicador de aplicabilidade imediata da norma constitucional, devendo-se presumir a sua perfeição, quando possível.

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO E SUA FUNÇÃO DE DEFESA/LIBERDADE

Os direitos fundamentais de primeira dimensão estão vinculados ao princípio da liberdade. São direitos civis e políticos, que passaram a ser objeto das preocupações de estudiosos a partir do século XVIII.

Segundo Paulo Bonavides⁹⁰, os direitos de primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzindo-se como

⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 99.

⁸⁸ BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 393.

⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Editora do Advogado, 2012. p. 245.

⁹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 563.

faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico, ou seja, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Entende-se, desta forma, que são por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil⁹¹.

Tais direitos não foram concedidos pelo Estado, mas conquistados contra a força do poder exercido arbitrariamente. Eles podem ser encontrados, de modo mais visível, na Magna Carta, na Petição de Direitos, na Lei do Habeas Corpus, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, entre outras. Na Constituição Federal Brasileira de 1988, estão previstos no artigo 5º e nos artigos 12 a 17.

Ademais, é necessário indicar que estes direitos fundamentais possuem função de defesa ou de liberdade. Segundo Canotilho⁹², a função de defesa ou de liberdade impõe ao Estado um dever de abstenção.

Essa abstenção significa o dever de não interferência ou de não intromissão, respeitando-se o espaço reservado à sua autodeterminação. Nesta linha, para Andrade⁹³, impõe-se ao Estado a abstenção de prejudicar, ou seja, o dever de respeitar os atributos que compõem a dignidade da pessoa humana.

Noutras palavras, a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais limita o poder estatal (por exemplo, não é possível editar leis retroativas, exceto para beneficiar o indivíduo), mas também atribui dever ao Estado.

Ainda segundo Canotilho⁹⁴, a função de defesa ou de liberdade dos direitos fundamentais tem dupla dimensão: num primeiro momento, constituem no plano jurídico-objetivo normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; num segundo momento, implicam, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

⁹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 564.

⁹² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 407.

⁹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 192.

⁹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 410.

Assim, a função de defesa ou de liberdade está relacionada com os direitos fundamentais de primeira geração, que serão abordados nos tópicos seguintes.

3.3 DIREITO À VIDA

A vida, protegida pela Constituição de 1988, é a vida humana. Mais do que isso, é a vida humana vivida com dignidade e liberdade, já que a vida é o bem mais precioso da pessoa humana. Somente quem a tem pode exercer direitos: logo, o direito à vida é um pressuposto para o exercício dos direitos fundamentais protegidos pelo ordenamento jurídico de um país.

Para Canotilho e Vital Moreira⁹⁵, o direito à vida é o primeiro dos direitos fundamentais constitucionalmente enunciados. É, logicamente, um direito prioritário, pois é condição de todos os outros direitos fundamentais. Ainda, o conteúdo jurídico objetivo da proteção do bem da vida humana implica, de forma incontornável, o reconhecimento do dever de proteção do direito à vida, quer quanto ao conteúdo e extensão, quer quanto às formas e meios de efetivação desse dever.

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse.

O constituinte brasileiro, coerentemente, proclama o direito à vida, mencionando-o como o primeiro dos cinco valores básicos que inspiram a lista dos direitos fundamentais enumerados no art. 5º do texto constitucional, seguido da liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Os atentados dolosos contra a vida devem ser perseguidos criminalmente, conforme o constituinte deixa sentir, instituindo para tais casos o processo penal seguindo o rito especial do tribunal do júri (artigo 5º, inciso XXXVIII).

No artigo 225, § 1º, a Constituição, impondo que o meio ambiente seja ecologicamente equilibrado, dispõe que incumbe ao Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que

⁹⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. v. 1. São Paulo: RT, 2007. p. 446-447.

comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente”⁹⁶. O preceito enfatiza a importância do direito à vida e o dever do Estado de agir para preservá-la em si mesma e com determinado grau de qualidade.

Dada a capital importância desse direito e em reconhecimento de que deve ser protegido sobretudo nos casos em que o seu titular se acha mais vulnerável, a Constituição, no artigo 227, dispõe ser “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida”⁹⁷.

A centralidade para qualquer ordem jurídica do direito à vida é também ressaltada em tratados internacionais de que o Brasil é parte. A Convenção Americana de Direitos Humanos – o Pacto de San José – de 1969⁹⁸, declara em seu artigo 4º que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida”, acrescentando que “esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção”, e que “ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Da mesma forma, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966⁹⁹, explicita que “o direito à vida é inerente à pessoa humana” e que “este direito deverá ser protegido pela lei”, além de dispor que “ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida”. Neste sentido, a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de 1989¹⁰⁰, entende “por criança todo ser humano menor de 18 anos de idade” (artigo 1º), e assevera que “os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida” (artigo 6º-1), estabelecendo que “os Estados-partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança” (artigo 6º-2).

Proclamar o direito à vida responde a uma exigência que é previa ao ordenamento jurídico, inspirando-o e justificando-o. Trata-se de um valor supremo na

⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁹⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁹⁸ Ratificado pelo Brasil em 25 de setembro de 2002. (BRASIL. Ministério Público do Paraná. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/convencaoamericanaDireitosHumanos.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022).

⁹⁹ Ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 2002. OAS. Organization of American States. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**. Atual. 24 jul. 2003. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

¹⁰⁰ Ratificado pelo Brasil em 24 de setembro de 1990. (UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 01 dez. 2022).

ordem constitucional, que orienta, informa e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais.

Essa compreensão da relevância sem par do direito à vida é importante para o esquadramento de alguns temas da atualidade que giram em torno desse postulado.

A expressão “direito à vida” está particularmente ligada, hoje, à discussão sobre a legitimidade da interrupção do processo de gestação e ao debate sobre a liceidade da interrupção voluntária da existência em certas circunstâncias dramáticas e peculiares – como é o caso da eutanásia passiva. O direito à vida, entretanto, não tem sua abrangência restrita a essas questões. Estudos já o contemplavam desde tempos mais remotos, tanto em discursos seculares como em produções de cunho religioso.

Recorda-se que, no século XIII, o filósofo escolástico Henry de Ghent sustentava que todas as pessoas têm o direito, segundo a lei natural, de se lançar a atos de autopreservação. Noutros contextos, o direito à vida aparece vinculado aos direitos a integridade física, a alimentação adequada, a se vestir com dignidade, a moradia, a serviços médicos, ao descanso e aos serviços sociais indispensável.

No século XX, porém, sobretudo a partir da sua segunda metade, intensifica-se o exame do direito à vida em seus desdobramentos ligados à reprodução humana. Nesse âmbito, dois problemas básicos se põem – o do início do direito à vida e o da sua harmonização com outros direitos que lhe disputem incidência num caso concreto.

Entende-se, portanto, que sem vida não há pessoa e, por consequência, não há um titular de direitos.

3.4 DIREITO À LIBERDADE, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

O direito à liberdade é um direito fundamental expressamente consagrado na Constituição Federal de 1988 e é, inequivocamente, um direito da personalidade. Pontes de Miranda¹⁰¹ afirma que à base de todo direito de liberdade está a personalidade e, portanto, todos os direitos de liberdade são direitos da personalidade. Já Capelo de Souza¹⁰², por sua vez, afirma que a proteção juscivilística

¹⁰¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. VII. Rio de Janeiro: Borsoi. p. 30.

¹⁰² CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Portugal-Brasil: Coimbra Editora, 1995. p. 256.

do bem da liberdade humana decorre diretamente da tutela geral da personalidade.

Houve a tentativa de caracterizar a liberdade como algo alheio ao ordenamento jurídico sob o argumento de que o exercício da liberdade pelos titulares seria irrelevante ao Direito. Entretanto, a própria distinção entre fatos lícitos e ilícitos permite crítica a tal concepção, já que os fatos lícitos também importam ao mundo jurídico: o exercício lícito dos direitos está abarcado pela tutela positiva conferida pelo ordenamento jurídico.

Assim, podemos definir a liberdade como a faculdade de fazer o que a vontade pode. Ou seja, a pessoa pode agir livremente na esfera da licitude, e isso não significa que o exercício da liberdade esteja condicionado pela prescrição jurídica.

Neste sentido, podemos afirmar, também, que a liberdade juridicamente tutelada não tem um conteúdo típico, já que isso implicaria na negação da liberdade em si mesma. Se a liberdade deve ser entendida como o poder de autodeterminação que a pessoa exerce sobre si mesma, autorregulamentando seu corpo, seus pensamentos, seus comportamentos, sua vontade, tanto na ação como na omissão, determinando os valores que são válidos para si próprio, trata-se de um bem jurídico tutelado em sua natureza, admitindo as direções e escolhas feitas pelo próprio titular.

Embora não tenha conteúdo típico, restrito, não pode ser confundida com arbítrio, já que o exercício da liberdade é dirigido é por “coordenadas gerais”, ou seja, ninguém pode ser constrangido a fazer algo que não queira (liberdade negativa), bem como pode o titular praticar qualquer ato que não seja proibido e desde que não atinja a esfera dos direitos e interesses alheios, não seja contrário à boa-fé, à ordem pública, além de não violar a dignidade humana (liberdade positiva).

Ademais, para que a pessoa possa se desenvolver plenamente, conforme suas vontades próprias, aqui incluída a vontade usar drogas, pressupõe-se a liberdade: é ela que permite o desenvolvimento da personalidade, e assim, não há que se falar em tipificação ou restrição de seu conteúdo. Assim, a liberdade não pode ser considerada um bem típico justamente porque se identifica com a possibilidade de desenvolvimento da pessoa humana.

São tantas as manifestações da liberdade que se pode falar em “liberdades”: de comunicação, de pensamento, de praticar quaisquer atos jurídicos, de dispor do seu próprio corpo, de dispor de sua vida privada, entre outras tantas que refletem a autodeterminação dos comportamentos pessoais.

Capelo de Souza¹⁰³ dispõe que algumas liberdades são expressamente tipificadas, todavia, há no ordenamento uma tutela geral da liberdade que vai além das especiais proteções prescritas, eis que se trata de um poder amplo de livre atuação, positiva ou negativa, desde que respeitados certos limites.

A liberdade de agir, de definir o próprio comportamento na vida cotidiana, liga-se com a autonomia privada. Liberdade e autonomia são conceitos absolutamente interligados, mas não são sinônimos; o exercício da autonomia é uma manifestação da liberdade.

Tal liberdade de autodeterminação dos interessados é que autoriza o indivíduo a agir conforme sua razão, entendimento e opção, logicamente, de matriz kantiana, que serviu de base para a construção da dignidade humana como valor inerente à condição humana.

Essa formulação kantiana de liberdade individual, que afirma a esfera de autodeterminação pessoal, ainda ocupa o conteúdo objetivo do princípio da dignidade da pessoa humana, mas não pode a ela se restringir, sob pena de restabelecimento de uma ordem jurídica centrada na individualidade, desconsiderando uma perspectiva relacional do ser com os demais em comunidade.

Capelo de Souza¹⁰⁴ leciona que a ligação da dignidade não somente com a liberdade, mas também com a igualdade, muda o foco da concepção da dignidade, ou seja, não apenas em função do indivíduo singular, mas também em função das relações deste com os outros.

Neste sentido, a liberdade é sim um postulado do substrato material da dignidade humana, mas a igualdade e mesmo a solidariedade também o são. Assim, a liberdade e o direito à liberdade devem ser garantidos, mas na mesma medida são limitados pela igual dignidade dos demais, sem que com isso, como bem adverte Sarlet, se esteja funcionalizando a dignidade no sentido de sacrificar a dignidade pessoal em função da comunidade.

Pontes de Miranda¹⁰⁵ já indicava que, quando a liberdade entra no mundo jurídico, é ela limitada pelo direito de personalidade dos outros.

¹⁰³ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Portugal-Brasil: Coimbra Editora, 2000. p. 149.

¹⁰⁴ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Portugal-Brasil: Coimbra Editora, 2000. p. 259.

¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 29.

Entende-se, assim, que o direito à liberdade é garantido, mas o seu exercício deve levar em consideração a igualdade e a solidariedade, justamente porque há uma tendência socializante e protetiva da pessoa humana que permeia toda a ordem jurídica contemporânea.

Pode-se dizer que na concepção do liberalismo jurídico havia pouquíssimas restrições ao exercício da liberdade pelos particulares. A autonomia individual, como sinônimo de liberdade, tinha como limite apenas a ordem pública, a moral e os bons costumes, tríade considerada como princípios fundantes dos ordenamentos jurídicos. Os interesses da coletividade apenas em raríssimas situações poderiam prevalecer sobre os interesses particulares, isso porque a livre vontade era a única comandante das relações jurídicas privadas.

O particular que permitisse uma restrição de um direito seu por vontade própria, mesmo que tal comportamento o prejudicasse, não poderia ser impelido pelo Estado para impedir tal situação. É por isso que se podia afirmar que o exercício da liberdade era irrestrito, a liberdade era absoluta, assim como a autonomia.

Essa perspectiva somente começa a se alterar diante da necessidade de regulamentação dos interesses extrapatrimoniais. Num primeiro momento, Savigny buscar afirmar o sujeito de direitos como sendo o proprietário do seu próprio corpo, até como forma de adequar o direito subjetivo para estas situações, o qual foi concebido para a regulação dos interesses patrimoniais. Esta corrente não encontrou muitos simpatizantes, prevalecendo a adequação do conceito de direito subjetivo para abarcar também os bens e interesses extrapatrimoniais.

Permaneceu apenas a questão que levava em consideração os limites do poder de disposição sobre o próprio corpo, ou melhor, até que ponto a autonomia e o exercício da liberdade poderiam avançar sem violar a ordem pública, a moral e os bons costumes.

Embora a moral, os bons costumes e a ordem pública ainda sejam os tradicionais limites impostos à autonomia privada, é certo que, ao exercício da liberdade, no contexto contemporâneo, onde as fronteiras do Direito Privado e do Direito Público foram severamente abrandadas, o principal limite imposto é a preservação da dignidade humana, já que esta foi elevada ao fundamento da ordem jurídica.

Diante de tais premissas, da mesma forma como ocorre com a autonomia privada, conclui-se que o direito à liberdade ainda pode ser definido como o poder de

realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor lhe convier, aproximando-se cada vez mais o princípio da liberdade individual do exercício da vida privada.

Pode ser definido ainda, na visão de Moraes¹⁰⁶, como o poder que a pessoa tem de direcionar suas energias no mundo fático, em consonância com a própria vontade, no alcance dos objetivos visados, seja no plano pessoal, seja no plano negocial, seja no plano espiritual.

A diferença fundamental que existe entre a concepção atual do princípio da liberdade e a forma como era concebido durante o liberalismo é apenas uma questão de limites. Os limites deixam de ser a exceção para fazerem parte da função das situações jurídicas. Se os limites passam a fazer parte da essência, são eles internos, para além dos limites externos antes já impostos.

Capelo de Souza¹⁰⁷, fazendo a distinção entre limites internos e externos, afirma que estes se traduzem nas delimitações à liberdade resultantes do próprio sistema jurídico em função da necessidade de defender outros bens jurídicos que são considerados, *a priori*, prioritários, como a vida, a saúde, a integridade e a própria dignidade. Já que os limites internos se dão na medida em que a liberdade tem um conteúdo autodefinível que emerge de sua própria natureza, e sua amplitude resulta da dialética existente entre o indivíduo e a sociedade, do agir autônomo respeitando a diversidade, a solidariedade e a dignidade humana.

O autor explica ainda que, partindo da premissa de que a liberdade de um acaba quando inicia a do outro, que há um “círculo mínimo de liberdade” que deve ser preservado sob pena de a pessoa não poder desenvolver plenamente. Trata-se de uma esfera irrestringível, impingindo ilicitude a qualquer ato que seja atentatório a esse núcleo mínimo de liberdade.

Em contrapartida, há um círculo amplo de liberdade, cujos limites são mais flexíveis, já que resultantes da ponderação entre os interesses interindividuais conflitantes, ponderação esta essencial para manter o equilíbrio nas relações sociais, cujo intuito último é permitir o desenvolvimento das personalidades de todos os que vivem em sociedade.

¹⁰⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 779, 2000. p. 57.

¹⁰⁷ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Portugal-Brasil: Coimbra Editora, 1995. p. 283.

As situações jurídicas que se exprimem através de direitos subjetivos, direitos potestativos, faculdades, poderes, ônus etc., passaram a sofrer importantes limitações, já que devem estar sempre em sintonia com a principiologia constitucional. Até porque todas as situações subjetivas, sejam elas patrimoniais ou existenciais, são devidamente tuteladas pelo ordenamento jurídico, desde que conforme a vontade do titular, conforme o interesse social, bem como se não atentatórias à dignidade humana. A pessoa está no centro do ordenamento não para garantir um agir libertário de sua vontade, mas para ser preservada como valor em si mesmo.

Desta forma, é límpido que a mera conduta de utilizar substâncias entorpecentes está abarcada pelo direito à liberdade, no sentido de que deve ser respeitada a escolha do cidadão dese entorpecer, ainda que isto possa lhe causar danos físicos.

Por sua vez, o artigo 5º, inciso X, elenca o direito à liberdade, intimidade e vida privada do cidadão e, ainda, assegurando o direito à indenização caso estes sejam violados. Assim, confere-se ao cidadão o direito de impedir que intrusos, aí incluído o Estado, venham a intrometer-se na sua esfera particular.

A esfera particular do indivíduo é apresentada como um conjunto do modo de ser e viver, o direito do indivíduo viver sua própria vida, legitimando a pretensão de estar separado dos demais grupos, mantendo-se livre da observação de outras pessoas. Ainda, reconhece-se o direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida¹⁰⁸.

Nelson Hungria¹⁰⁹, a respeito do tema, leciona que o indivíduo merece do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-lhe a autonomia, pela simples condição de ser humano. Assim, incumbe ao Estado garantir que seus cidadãos possam buscar livremente as realizações de sua vida pessoal.

Indispensável salientar que a pessoa deve ter ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros, visto que a conduta realizada em esfera privada - seja em local público ou particular - é lícita, desde que não cause danos à bens jurídicos ou direitos de terceiros.

¹⁰⁸ COSTA Jr, Paulo José da. **O direito de estar só – tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. p. 32.

¹⁰⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Tomo I, v.1. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes e outros¹¹⁰, o direito à intimidade faz parte do direito à privacidade, já que este seria mais amplo. O direito à privacidade tem por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público.

Nesta linha, Tércio Sampaio Ferraz¹¹¹ afirma que o direito à privacidade é proclamado como resultado da sentida exigência de o indivíduo encontrar na solidão aquela paz e equilíbrio, continuamente comprometido pelo ritmo da vida moderna.

A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado, como se observa na tipificação penal do porte de drogas para consumo próprio, pode ser defendida com a invocação do princípio da proporcionalidade, do princípio da liberdade e mesmo pelo apelo ao princípio da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo tão larga quanto possível no quadro dos diversos valores constitucionais.

3.5 LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE E AUTODETERMINAÇÃO

3.5.1 Aspectos Gerais

A construção da teoria dos direitos da personalidade colocou como um de seus pilares de sustentação a indisponibilidade desses direitos, em virtude da qual seriam direitos irrenunciáveis ou ilimitáveis, salvo se autorizado por lei. Tal característica merece ser relativizada para considerar a possibilidade de uma disponibilidade relativa dos direitos da personalidade, já que a tutela não se restringe apenas ao âmbito protetivo, alcança também o âmbito do exercício positivo desses direitos.

Isso porque, segundo Cantali¹¹², tutelada a dimensão prestacional da dignidade da pessoa humana, a partir da qual se considera a capacidade de autodeterminação

¹¹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹¹¹ FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, n. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 22 nov. 2021.

¹¹² CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 201.

dos interesses pessoais uma dimensão da própria dignidade, não há como negar a incidência da autonomia privada nas situações jurídicas existenciais, conferindo ao titular do direito um poder de disposição sobre os bens ligados à própria personalidade humana.

Ademais, algumas situações fáticas analisadas deram conta de que efetivamente tais direitos são essencialmente indisponíveis, mas, diante das circunstâncias concretas, contam sim com uma esfera de disponibilidade, desde que atendidos os pressupostos de admissibilidade, principalmente o consentimento livre e esclarecido do titular do direito que será restringido, o qual é suficiente para a legitimação do ato dispositivo desde que mantida a intangibilidade mínima do núcleo essencial da dignidade.

Diante disso é que se pode afirmar que a indisponibilidade essencial e a disponibilidade relativa no caso concreto (uso de drogas) não são posições contraditórias. Convivem e empregam um caráter ambivalente aos direitos da personalidade. Aproximando a realidade social da realidade jurídica, buscou-se a desconstrução de critérios absolutos de caracterização e a construção de uma teoria que admite relativizações e prima pela unidade do sistema centrado no valor da dignidade humana.

A complexidade da questão está justamente no fato de que, reconhecendo a disponibilidade relativa dos direitos da personalidade e a capacidade de autodeterminação pessoal como postulado do substrato material da dignidade humana, emerge a questão dos limites para a admissibilidade do poder de disposição e a metodologia que deve ser empregada para a solução dos casos concretos que envolvem colisões de direitos fundamentais em uma mesma pessoa (vida, liberdade, livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação).

Assim, é necessário afirmar os contornos atuais da autonomia privada e da liberdade para a garantia de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade, os limites que são impostos a este exercício positivo do direito e a necessária ponderação dos interesses postos em causa para a solução dos casos que se apresentam na atualidade.

3.5.2 O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade

De início, é necessário definir o conceito de autonomia privada, fixando suas

premissas. Para tanto, parte-se de sua forma clássica, de seu antecedente histórico lógico, que é o individualismo que sacralizou a autonomia, a partir do que se delineou o dogma da vontade, característico do Estado Liberal.

A autonomia e a liberdade, juntamente com a propriedade, formavam a base de estruturação de todo o pensamento civilístico clássico, calcado na igualdade formal e na soberania individual, de forma que a autonomia reconhecida aos indivíduos desempenhava papel predominante que traduzia em liberdade, como valor individual.

Entende-se a autonomia privada como a faculdade ou poder conferido pelo ordenamento jurídico aos privados para autorregular seus próprios interesses, inclusive o de usar drogas, caso fosse sua vontade. Noutras palavras, trata-se do poder conferido às pessoas para livremente conformarem seus interesses, governando a sua esfera jurídica, no exercício cotidiano dos direitos, o que é garantido pela tutela positiva reconhecida pela ordem jurídica.

No exercício da autonomia, o titular do direito disciplina as relações concretas do seu cotidiano, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas. Assim, estabelece as regras que regulam as situações específicas de sua vida, regras estas que são reconhecidas e validadas pelo ordenamento jurídico, desde que não atinjam direitos de terceiros e não configurem um ato ilícito, além de respeitar o conteúdo mínimo da dignidade humana. A autonomia é, portanto, legítima fonte de direito, já que se traduz em um poder normativo.

É possível afirmar, que, com a repersonalização do Direito Civil, a pessoa passa a ser a finalidade e a função do Direito, visto que não é possível não levar em consideração a sua capacidade interna de tomada de decisão, ou a sua própria vontade, e o seu poder de autorregulamentação dos interesses segundo a sua vontade, que é a própria autonomia.

Segundo José de Oliveira Ascensão¹¹³, a autonomia surge assim para o Direito enriquecida em relação ao livre arbítrio, marcando decisivamente a pessoa e tem de ser assegurada, sem o que se ignora o caráter axiológico e ético da realização pessoal. Mas a própria autonomia não é o valor final, é também um caminho para o fim do desenvolvimento pessoal.

¹¹³ ASCENSÃO, José de. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 43–66, abr./jun., 2006. p. 43.

Ainda neste sentido, leciona Jorge Miranda¹¹⁴ que o princípio da autonomia é o princípio geral do ordenamento: é o princípio da realização da pessoa humana como decorrência imediata da afirmação da sua dignidade, princípio este homólogo ao princípio da tutela geral da personalidade. Para ele, a dignidade, além de impor o primado do ser em função do ter e de considerar o âmbito de proteção da dignidade humana, pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às entidades públicas e às outras pessoas.

Se devemos respeitar as escolhas que as pessoas fazem para si mesmas em relação aos seus bens e interesses existências, o papel da vontade nessas situações é ser o promotor do livre desenvolvimento da personalidade, cujo limite primordial é a própria dignidade e a intangibilidade do seu núcleo essencial.

A dignidade garante o trânsito da autonomia nas situações existenciais e ao mesmo tempo limita esta atuação, podendo a vontade ganhar maior relevância ou ser restringida, dependendo apenas das circunstâncias do caso concreto.

A busca pela efetividade do princípio da dignidade humana impõe que sua atuação se dê de modo bifrontal, em perspectiva protetiva e promocional, ou seja, garantindo o imperativo de assistência por meio da ação estatal ou coletiva, além de garantir uma esfera de autodeterminação pessoal, expressão da autonomia privada e da liberdade pessoal.

O direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade não está expressamente consagrado no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, na medida em que a Constituição de 1988 reconhece a dignidade humana, que tem como substrato material o postulado da liberdade e da autodeterminação pessoal, não há como discordar que daí se pode (ou se deve) extrair tal direito, merecendo ser admitido e consagrado como princípio da ordem constitucional, ainda que implícito.

Para Sarlet¹¹⁵, é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se poderá admitir, apesar da omissão do legislador constituinte, a consagração, mesmo que de modo implícito, de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Na legislação pátria, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade não

¹¹⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 152.

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000. p. 86.

está expressamente garantido, mas é implicitamente garantido através do reconhecimento da dignidade humana. Neste caso, é possível extrair o direito geral de liberdade do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que consagra expressamente o direito à liberdade, aliado ao princípio da legalidade (inciso II) e do direito à liberdade de consciência (inciso IV).

Portanto, deve-se considerar a existência de um direito geral de liberdade no direito brasileiro (ainda que de forma implícita), o qual encontra respaldo nas normas acima indicadas, bem como no direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

Quando se admite que, no exercício positivo dos direitos da personalidade, os titulares podem dispor voluntariamente de seus bens existenciais, desde que respeitada ao menos a necessária proteção do núcleo mínimo da dignidade, se está automaticamente reconhecendo que há um direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O recurso à autonomia privada, manifestada pelo consentimento do titular, desde que não viole o fundamento da ordem pública que é a dignidade humana, é o instrumento para o livre desenvolvimento da personalidade.

A ordem jurídica brasileira reconhece, no âmbito da tutela da personalidade, uma tutela positiva, uma tutela de exercício desses direitos, a qual permite o trânsito da autonomia privada nas situações em que bens ligados à personalidade estejam envolvidos.

Em que pese os bens jurídicos ligados à personalidade sejam essencialmente indisponíveis, até como forma de proteger tais bens contra ameaças e violações advindas de terceiros, quando se fala em esfera pessoal, permite-se a sua disposição, dentro de certos limites, como forma de permitir o livre desenvolvimento da personalidade. Para permitir o livre desenvolvimento da personalidade, não há como condenar, *a priori*, um ato de disposição que implique a renúncia ou a limitação de um bem ligado à personalidade, desde que ao menos resguardada a dignidade humana.

Os direitos da personalidade são essencialmente indisponíveis, mas garante-se uma relativa disponibilidade justamente para atender o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Se algum direito da personalidade for restringido voluntariamente pelo titular do direito, ocorrem mutações juridicamente tuteláveis, as quais são oriundas do poder de autodeterminação do ser humano.

Para José de Oliveira Ascensão¹¹⁶, o homem tem o direito de exercitar cotidianamente o poder de decisão sobre seus próprios interesses, de desenvolver-se conforme seu projeto de vida, principalmente no que toca à personalidade, a qual, garantida embora na sua existência e na sua individualidade, não é evento acabado.

Ainda segundo Ascensão, os direitos de personalidade têm caráter dinâmico, ou seja, a garantia do espaço de atuação de cada um concentra-se essencialmente na ideia de liberdade: porque só em liberdade o homem pode desenvolver a sua personalidade; as várias liberdades asseguram o exercício de autonomia necessário ao desenvolvimento humano.

Por fim, temos que o princípio da dignidade da pessoa humana, aliado aos direitos fundamentais à liberdade e à autonomia privada, assegura o livre desenvolvimento da personalidade. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade é o fundamento de admissão dos atos de disposição sobre os bens e os interesses vinculados à personalidade.

3.5.3 Os Limites aos Atos de Disposição

O Código Civil Brasileiro, partindo do pressuposto de que os direitos da personalidade são indisponíveis, salvo se os atos de disposição forem autorizados por lei, não traz menção a qualquer limite que possa ser imposto à atuação dos particulares nessa seara. O único artigo que fazer referência ao critério dos “bons costumes” é o 13, o qual justamente traz reserva legal para as disposições do próprio corpo.

Na Alemanha, à título de comparação, a norma que consagra o livre desenvolvimento da personalidade impõe como limites os direitos de terceiros, a ordem constitucional e a lei moral; na Espanha, os limites são os direitos alheios, a ordem política e a paz social; já em Portugal, o texto constitucional não faz menção a qualquer limite, mas por certo que limitações existem, mesmo que não expressamente previstas, já que é insustentável a concepção de um direito fundamental ilimitado¹¹⁷.

No que tange aos direitos de terceiros, não há que se falar em qualquer

¹¹⁶ ASCENSÃO, José de. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 43–66, abr./jun., 2006.

¹¹⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 224.

objeção, isto porque a legislação brasileira protege os direitos da personalidade através da tutela reparadora e preventiva contra violações e ameaças oriundas de terceiros.

Quando o Código Civil foi concebido, negava-se trânsito à autonomia privada nas situações jurídicas existenciais. Por isso não há qualquer menção aos limites a essa atuação nas normas que tratam dos direitos da personalidade. Em que pese a lacuna legislativa, já se demonstrou que a vontade e a autonomia privada também incidem sobre os interesses existenciais.

Para além das fronteiras que outras normas específicas podem impor à atuação dos particulares no exercício de sua autonomia privada, a ordem pública e os bons costumes são também tradicionalmente invocados como limites.

Para Francisco Amaral¹¹⁸, os bons costumes compreendem o conjunto de regras morais que formam a mentalidade de um povo e que se expressam em princípios como o da lealdade contratual, da proibição de lenocínio, dos contratos matrimoniais, do jogo etc. Já Capelo de Souza¹¹⁹ dispõe que bons costumes é a noção de base sociológica que se traduz nos usos e costumes valorados como bons conforme o conjunto de regras morais impostas pela consciência social.

Bons costumes é um conceito nebuloso e, muitas vezes, apegado a noções ultrapassadas. Ainda, se apresenta como algo absolutamente subjetivo diante de uma sociedade diversificada e multicultural e, nessa medida, não há como deixar a cargo da consciência social a sua definição.

Quando tratamos dos atos de disposição do próprio corpo, demonstrou-se o quão subjetivo é o conceito de bons costumes. Na visão de uma pessoa conservadora, usar drogas pode ser atentatório aos bons costumes. Entretanto, para o usuário, certamente se trata, na sua visão, de um “bom costume”. Inclusive nas pessoas de convívio do usuário, o uso de drogas pode até ser tido como um fator de aceitação e inclusão.

Normalmente, estas contrariedades são baseadas em fundamentos religiosos. Todavia, a crença religiosa não pode ser argumento relevante diante de uma ordem constitucional democrática e laica, que deve levar em consideração o pluralismo e a

¹¹⁸ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 238.

¹¹⁹ CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 530.

tolerância.

Diante da dificuldade em determinar o que é um bom costume, Capelo de Souza¹²⁰ afirma que ao desenvolvimento da personalidade, numa sociedade eminentemente personalista, em que se garante também o direito fundamental à liberdade, impõe-se severa cautela para limitar uma atuação particular sob o argumento de violação dos bons costumes. Neste ponto, questiona-se: esta cautela deve levar em consideração quais critérios, para definir se um determinado comportamento é imoral, contrário aos bons costumes?

Na esfera jurídica, os conceitos não podem ser pautados a partir de rígidas classificações ou modelos arcaicos, já que um direito excessivamente dogmático é inadequado porque não é suficiente para abarcar a diversidade da realidade fática que se apresenta.

Para Carlos Konder¹²¹, crer na existência de uma ordem conceitual perfeita, fruto de uma racionalidade atemporal, representa um raciocínio errôneo calcado em uma dogmática que se pretendia neutra e racional, como a do liberalismo jurídico. O direito, assim como qualquer ciência, deve ser compreendido dentro do contexto social em que se insere e, dessa forma, qualquer qualificação jurídica é sempre marcada pelas opções históricas, culturais e ideológicas. Não existem conceitos absolutos, a relatividade é a marca da contemporaneidade.

Portanto, a noção de bons costumes, fruto de um juízo de valor fundado na moralidade, é extremamente subjetivo e impreciso, mostrando-se insuficiente para limitar a atuação dos particulares no desenvolvimento de seu projeto de vida.

Neste sentido leciona Orlando de Carvalho¹²², afirmando que o Direito precisa ser vivo, precisa acompanhar as mudanças sociais e, dessa forma, não há como estabelecer um padrão de conduta que se considere como bons costumes.

Também é necessário ressaltar que o próprio conceito de dignidade está sempre em processo de construção e desenvolvimento, já que, para além de sua dimensão ontológica ou natural, que é considerada como qualidade inata da pessoa humana, a dignidade conta com uma dimensão histórico-cultural. O contexto cultural e histórico determina a mobilidade do conteúdo da dignidade humana, que é o fruto

¹²⁰ Idem. p. 531.

¹²¹ KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 15, jul./set. 2003. p. 62.

¹²² CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. São Paulo: Centelha, 1981. p. 50.

do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo e, assim, não admite um conceito fixo e imutável.

Para Fachin¹²³, a lógica do sistema jurídico está na congruência da relação que interpenetra o Direito e a sociedade, sofrendo uma contínua turbulência, ou melhor, o sistema jurídico sofre os abalos do dinamismo que compõem a história, pois os valores a ele incorporados estão em constante mutação.

Se nem a dignidade pode fixar-se em um conteúdo estático, quem dirá os bons costumes. O importante é que a tomada de decisão que implique limitação à atuação dos particulares seja pautada conforme os preceitos constitucionais, principalmente em relação aos direitos que emanam do princípio da dignidade da pessoa humana.

Devem ser afastados, portanto, os bons costumes como critério de limitação ao exercício da autonomia privada, já que o que é bom para um, pode não ser bom para outro; ainda, o que é bom em determinado momento histórico pode vir a ser considerado mau em outro momento.

A ordem pública, por sua vez, pode ser definida como o conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado. A ordem pública, sem que se adentre profundamente ao tema, deve ser desenhada conforme os princípios e os valores que permeiam a ordem constitucional.

Violar a ordem pública é violar os direitos, as liberdades e as garantias constitucionais, todos estes vinculados ao princípio mestre da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, os atos de disposição sobre os direitos da personalidade podem ser admitidos quando não violarem direitos, liberdades e garantias constitucionais (como é no caso do uso de drogas).

Os direitos fundamentais da personalidade são essencialmente indisponíveis, mas, em função do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, há que se reconhecer a existência de uma esfera de disponibilidade. Essa disponibilidade relativa, no entanto, deve atender à finalidade do desenvolvimento e formação da personalidade, mas não pode chegar ao extremo da objetificação da pessoa humana.

Alguns doutrinadores defendem a indisponibilidade absoluta dos direitos da personalidade, como receio da mercantilização da pessoa humana, reduzindo-a a mero objeto de direito. Entretanto, este temor não pode ser argumento para obstar o livre desenvolvimento da personalidade.

¹²³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. São Paulo: Editora Renovar, 2012. p. 202.

Solucionado o possível impasse, tem-se que, nos casos de disposição dos direitos fundamentais da personalidade, sempre pressuposta de uma vontade livre e esclarecida, pode ser excluída a aplicação do preceito constitucional, mas somente se não atingir aquele mínimo de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo se reduz à condição de objeto.

Devemos aceitar a liberdade de atuação pessoal, mas desde que não prejudique a ideia de dignidade humana, já que esta é o conteúdo essencial do direito, a qual não pode ser afetada pois é a garantia mínima que se pode retirar da Constituição.

Quando se fala em direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, se está aceitando a hipótese de que a pessoa poderá sim, voluntariamente, dispor de seus direitos fundamentais da personalidade, inclusive restringindo-os, seja através da renúncia à titularidade do direito ou através de uma limitação voluntária, quando escolhe usar substâncias entorpecentes.

Se não fosse possível restringir posições protegidas por direitos fundamentais, não teria sentido algum a preocupação com a proteção do núcleo essencial desses direitos, tanto mais seria desnecessário falar em ponderação e proporcionalidade.

Os direitos fundamentais são passíveis de limitações ou restrições, ao passo que a doutrina traz essa assertiva de forma significativa, mas até as próprias restrições são limitadas em nosso ordenamento jurídico atual.

A admissibilidade de uma restrição a um direito fundamental está alicerçada no exercício desses direitos pelos particulares, consubstanciado no poder de disposição que o titular tem sobre as faculdades que integram o direito. Uma restrição a um direito fundamental, tanto a renúncia à titularidade como a limitação do exercício, carecem de prévia e expressa autorização legal, já que o poder de disposição diz respeito essencialmente à autonomia privada e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Ainda, considerando estes direitos fundamentais, poderia se dizer que aí está a reserva legal autorizativa, decorrendo da própria Constituição, portanto, a possibilidade de restrição. Além disso, quando há uma expressa autorização legal para a disposição do direito, não significa uma presunção de validade do ato restritivo, o qual somente terá validade concreta após a ponderação das circunstâncias fáticas e jurídicas.

Nesta seara, segundo Cantali¹²⁴, é necessário refletir sobre os “limites dos limites” dos atos restritivos que perspassam pela necessidade da proteção do núcleo essencial do direito fundamental, onde se encontra entronizado o valor da dignidade humana, bem como a necessidade de utilização do critério da proporcionalidade para validação das restrições em concreto.

O exercício positivo do direito tem como barreira última a dignidade da pessoa humana, isto porque todos os direitos fundamentais guardam, com modos de intensidade diversos, reflexos do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que todos possuem um intuito último de proteção da pessoa.

A ideia de direitos fundamentais é, neste sentido, indissociável da ideia acerca da dignidade da pessoa humana, não apenas porque esta figura como elemento referencial daqueles, mas também porque todos os direitos materialmente fundamentais são exigências de concretização do princípio da dignidade.

Não por acaso que se valida concretamente o ato dispositivo que leva à renúncia do direito à vida ou as partes não renováveis do corpo. Tais situações são legitimadas como forma de proteger a dignidade humana, permitindo no primeiro caso uma morte digna e no segundo o desenvolvimento da personalidade em atendimento à livre vontade do indivíduo de usar drogas, o qual, negado, fere cabalmente a dignidade. Dispor sobre a saúde, a privacidade, a imagem, a voz, dentre outros, nada mais é do que o exercício positivo tutelado por um direito fundamental: o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

A preservação do conteúdo intangível da dignidade, como limite aos atos de disposição, também já foi tratada quando da verificação de que o homem não pode ser reduzido à condição de objeto, já que há um dever de proteção da pessoa contra atos atentatórios à dignidade, sejam advindos do Estado, de terceiros ou mesmo da própria pessoa que se autolimita, o que decorre do caráter indisponível da dignidade enquanto parte do núcleo mínimo dos direitos fundamentais.

É necessário salientar, ainda, que muito embora os direitos fundamentais sejam explicitações da dignidade em diferentes intensidades, esta não se confunde necessariamente com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, já que nem todos os direitos fundamentais possuem um conteúdo em dignidade, mas todos possuem um núcleo essencial que deve ser protegido na medida em que não pode ser

¹²⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 237.

suprimido.

Para José Afonso da Silva¹²⁵, se a identificação fosse possível, a afetação do núcleo essencial faria desaparecer o direito fundamental, e assim a dignidade deixaria de gozar de proteção jusfundamental. Muito embora a Constituição de 1988, a *contrario sensu* da Constituição portuguesa e da Lei Fundamental alemã, não conte com garantia expressa da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tal garantia vem sendo reconhecida tanto na doutrina como na jurisprudência, na medida em que tais direitos estão garantidos enquanto cláusulas pétreas, vedando-se a sua abolição pelo poder de reforma constitucional.

Ao analisar as características dos direitos da personalidade, é possível observar que, num primeiro momento, não há qualquer direito que seja absoluto em conteúdo, imune a qualquer tipo de restrição, mas conforme Sarlet¹²⁶, a possibilidade de restrição está sujeita a um limite, o chamado “limite dos limites”, no sentido de assegurar pelo menos o núcleo essencial dos direitos fundamentais, coibindo, assim, abusos que possam levar à supressão destes direitos.

A dignidade, como pressuposto e fundamento dos direitos fundamentais, é também empregada como limite dos direitos e limite dos limites: a última fronteira dos atos restritivos dos direitos fundamentais. Não há, portanto, como dispor da própria dignidade, até porque ela é um valor, o valor fundante e princípio supremo da ordem jurídica.

O dever de proteção imposto em função da proteção da dignidade incluiu a proteção da pessoa contra si mesma, de tal modo que o Estado se encontra autorizado e obrigado a intervir em face de atos de pessoas que, mesmo voluntariamente, atentem contra sua própria dignidade. Isto porque é decorrência da irrenunciabilidade do núcleo mínimo da dignidade pessoal.

Portanto, admitidas as restrições em função do poder de disposição que o titular do direito possui em função de sua autonomia e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, ambos substratos da própria dignidade que também serve como “limite dos limites”, validando-se concretamente uma renúncia ou uma limitação desde que justificada a partir da preservação da dignidade, é possível dizer que o indivíduo

¹²⁵ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, 1998. p. 93.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Editora do Advogado, 2012. p. 115.

tem liberdade para utilizar substâncias entorpecentes, mesmo que isso possa lhe trazer algum prejuízo físico.

3.5.4 A Criminalização da Conduta do Usuário e o Confronto com o Livre Desenvolvimento da Personalidade e Autodeterminação

A criminalização da posse de drogas para consumo pessoal afeta o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas diversas manifestações. A Constituição Alemã, em seu artigo 2º, inciso I, dispõe que todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.

No ordenamento jurídico brasileiro, inexistente um dispositivo paralelo ao art. 2, inciso I, da Lei Fundamental Alemã. Conhecemos, todavia, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, como princípio implícito que embasa tanto a tutela da intimidade quanto a autonomia privada.

O livre desenvolvimento da individualidade é condição essencial para o bem-estar do cidadão, cabendo somente a ele decidir quais experiências se amoldam às suas próprias circunstâncias e personalidade. Entende-se, portanto, que a pessoa deve decidir livremente sobre a configuração do seu modo de ser. John Stuart Mill¹²⁷, ao tratar do tema, afirmou que o indivíduo não pode ser privado de desenvolver sua personalidade, desde que tal desenvolvimento não afete os demais membros da sociedade.

Ademais, observa-se que o livre desenvolvimento da personalidade explicita os elementos de autonomia, autodeterminação e liberdade presentes na noção de pessoa, perfazendo um âmbito de proteção desta liberdade e dos direitos da personalidade.

No tangente à autodeterminação, o direito de personalidade em geral garante ao particular determinar, por si próprio, sua identidade. Disso faz parte, entre outros itens, o direito de se assegurar da própria identidade e a liberdade de não ser onerado de maneira que afete massivamente a formação e a afirmação da identidade. Ainda,

¹²⁷ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 1. ed. São Paulo: L&PM Pocket, 2006. p. 75.

Luís Roberto Barroso¹²⁸ sustenta que é necessário evitar o paternalismo, o moralismo, a tirania das maiorias.

Os direitos da personalidade são, por sua vez, direitos subjetivos absolutos, sendo que regulamentam os aspectos mais essenciais e relevantes da personalidade humana. Estes direitos não possuem caráter patrimonial e são inalienáveis, intransmissíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. Ainda, são previstos no Código Civil (artigos 11 a 21) e na Constituição Federal como direitos e garantias fundamentais e por diversas Convenções Internacionais.

É sabido que as drogas causam prejuízo físicos e sociais ao seu consumidor. Ainda assim, tratar criminalmente o usuário de drogas é uma medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à autodeterminação. O uso privado de drogas é conduta que coloca em risco apenas a pessoa do usuário. Mesmo que este adquira as drogas através de um traficante, não se pode imputar a ele os malefícios coletivos decorrentes da atividade ilícita. Os malefícios são consequência de uma política de *war on drugs* fracassada, onde se persegue a todo custo uma erradicação das drogas ilícitas na sociedade. A ideia de que a violência e criminalidade gerada pelo tráfico de drogas vão ser resolvidas pela redução do consumo já foi uma política adotada em diversos países, e se mostrou completamente equivocada.

Tais efeitos coletivos estão muito afastados da conduta em si do usuário. A ligação é excessivamente remota para atribuir a ela efeitos criminais. Logo, o resultado está fora do âmbito de imputação penal. A relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria, assim, da validade da incriminação da autolesão, conduta esta irrelevante para o Direito Penal.

3.6 DOS ATOS DE DISPOSIÇÃO VOLUNTÁRIA COMO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

A tutela da personalidade deve ser a mais ampla e variada possível, eis que tal elasticidade é a única forma de se garantir proteção diante dos inúmeros aspectos em que a personalidade humana se manifesta¹²⁹. Neste sentido, estende-se a tutela da

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 147.

¹²⁹ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 153.

personalidade para atingir toda e qualquer situação jurídica em que esteja envolvido algum direito da personalidade, situações estas que não envolvem apenas dever de proteção, mas também faculdades e poderes, tutelando também o direito de exercício.

O titular do direito fundamental de personalidade, diante da constatação de que há também um dever de promoção da dignidade humana e não somente de proteção contra os atos que possam gerar danos a tais direitos, comporta uma dimensão positiva de exercício, ou seja, o titular tem o direito de dispor dos seus direitos fundamentais da personalidade, desde que respeitados alguns limites.

Para Novais¹³⁰, a titularidade de uma qualquer posição de direito fundamental envolve, em princípio, o poder de disposição sobre todas as possibilidades de ação que dela decorrerem, mormente o poder de disposição acerca do “se”, do “quando” e do “como” do seu exercício fático.

Estes “se”, “quando” e “como” envolvem o fundamento e os pressupostos para o ato de disposição no sentido de exercer se quiser, já que garantida a dimensão positiva do exercício dos direitos, como quiser, o que importa necessariamente no seu consentimento e delimitação dos efeitos, e quando quiser, já que o exercício não é obrigatório, mas se o fizer poderá revogar o ato de disposição a qualquer tempo.

É evidente que o ato de disposição de um direito fundamental da personalidade tem íntima relação com a autonomia privada e a liberdade, as quais também configuram substratos da própria dignidade¹³¹.

A personalidade indissoluvelmente ligada à dignidade é valor fundante de toda a ordem jurídica. Entendida como valor, está ela na base de uma infinidade de situações jurídicas subjetivas que refletem a exigência de tutela na forma mais ampla e variada possível¹³². Essa elasticidade de tutela que a personalidade exige é fundamental, isto porque é o instrumento necessário para que seja possível garantir proteção também em situações atípicas, fundadas nos interesses existenciais, que, ao fim e ao cabo, atingem o intuito de desprendimento da doutrina clássica que rotula os direitos da personalidade apenas como direitos subjetivos absolutos, que exigem de todos uma atitude de abstenção.

¹³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 286.

¹³¹ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 154.

¹³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 241.

Tal apego à classificação dos direitos da personalidade, segundo Cantali¹³³, apenas como direitos subjetivos, é visível na maioria dos estudos que se destinam a tratar da temática, os quais enfocam basicamente a tutela negativa destes direitos, ou seja, restringem-se ao momento patológico, depois de perpetrada a lesão, onde incide o intuito da responsabilidade civil, hoje já com seus fundamentos um tanto quanto modificados ou, pelo menos, em discussão, para se adequar à nova ordem que privilegia os interesses existenciais.

A excessiva preocupação com o momento patológico da proteção da personalidade, centralizada no binômio dano-reparação, revela um resíduo da tradição patrimonialista característica do Direito Civil clássico. Todavia, há que se levar em consideração que a personalidade se realiza nas mais diversas situações jurídicas existenciais e por isso se afirma que o dever de abstenção não é o suficiente para exaurir a relevância da pessoa no universo normativo¹³⁴.

A tutela da personalidade, em função da Constituição e mesmo da legislação civil, conta também com uma esfera de prevenção e precaução de danos, a qual, para além da configuração do dano injusto e sua reparação, impende evitar ou fazer cessar a violação a um direito de personalidade.

Não obstante as esferas ressarcitória e preventiva, embora sejam formas importantes de tutela, há que se considerar que não são suficientes para abarcar a elasticidade de tutela exigida quando em jogo os interesses existenciais da pessoa. Assim, na mesma medida em que nas situações jurídicas patrimoniais existe a tutela quando do exercício destes direitos, o que é inegável frente às faculdades de contratar e testar, há também nas situações jurídicas existenciais uma tutela do exercício dos direitos que são inerentes ao ser.

Diante deste fato, inequívoco o papel que a vontade exerce também nas situações jurídicas existenciais: é o elemento útil ao pleno desenvolvimento da personalidade.¹³⁵

Portanto, a violação a qualquer dos direitos da personalidade não pode ser o objeto exclusivo da tutela jurídica negativa dispensada, eis que esta deve se dar primordialmente no exercício cotidiano desses direitos, permitindo a realização dos

¹³³ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 154.

¹³⁴ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 25, jan.-mar., 2006. p. 230.

¹³⁵ Idem. p. 232.

interesses existenciais e o livre exercício da vida de relações, principalmente em um ordenamento em que a pessoa e sua dignidade forem consideradas a própria finalidade-função do Direito¹³⁶.

Ademais, a dignidade da pessoa humana, dentre outras dimensões, possui uma dupla dimensão, negativa e prestacional. A dimensão negativa se manifesta como a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, tanto por parte do Estado como por parte dos particulares em sociedade, especialmente quando fragilizada, ameaçada de lesão ou até mesmo ofendida.

Já a dimensão prestacional se manifesta no direito à autodeterminação pessoal, em função da qual se garante à pessoa a tomada de decisões a respeito de sua própria existência. Tal dimensão, de acordo com Sarlet¹³⁷, é a expressão da autonomia da pessoa humana que denota também respeito à própria condição humana.

Na medida em que se garante à pessoa o direito de decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais, aí incluído o direito de usar drogas, garante-se também um poder de disposição sobre as posições jurídicas tuteladas por normas de direitos fundamentais. A realização de um direito fundamental incluiu, desta forma, a possibilidade de o titular dele dispor, mesmo que o ato importe em restrição – restrição esta que nada mais é do que a expressão mais genuína do direito de autodeterminação pessoal, fundamental para o livre desenvolvimento da personalidade¹³⁸.

Partindo da admissibilidade dos atos de disposição como uma das formas de realização do próprio direito, mesmo que provoquem restrições, dentro de certos limites, reconhece-se ao titular do direito da personalidade um poder básico de disposição, já que sua vontade é também juridicamente relevante nesta sede.

Tal poder de disposição não se revela no não exercício de um direito fundamental, mas sim em um ato de exercício do direito. A pessoa, perseguindo a realização de seus interesses existenciais, pode restringir seus direitos fundamentais da personalidade através de um poder de disposição que se manifesta em um

¹³⁶ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 155.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 30.

¹³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 287.

exercício positivo do direito. É necessário, portanto, conferir tutela jurídica positiva a estes direitos.

A questão nevrálgica é que o poder de disposição é um dos atributos da propriedade¹³⁹. O proprietário tem, conforme o artigo 1228 do Código Civil¹⁴⁰, a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa. Dentre essas faculdades, diz-se que o poder de disposição é a principal delas, já que na situação jurídica patrimonial, as quais são suscetíveis de avaliação econômica, é possível dispor, o que se traduz na possibilidade de alienação, transmissão e renúncia.

Neste sentido, as situações jurídicas existenciais, que envolvem interesses extrapatrimoniais, seriam em regra inalienáveis, intransmissíveis e irrenunciáveis e, portanto, o titular do direito careceria do poder de disposição. Entretanto, nada pode ser considerado como absoluto, já que um dos atributos essenciais do direito contemporâneo é a relatividade.

Assim como há propriedade garantida com cláusula de inalienabilidade e obrigações *intuito personae*, incindíveis de seu titular, não sendo possível a sua transmissibilidade, há situações jurídicas existenciais que admitem disponibilidade, como ocorre com o uso de drogas, onde o usuário dispõe do seu direito à saúde e integridade física, por exemplo.

O poder de disposição é fundamental para o pleno exercício de qualquer situação jurídica existencial, portanto, não é exclusivo do proprietário, da categoria do *ter*, fazendo parte também da categoria do *ser*, onde a pessoa humana é o centro do interesse independentemente do seu patrimônio¹⁴¹.

O importante, neste ponto, é compreender que cada situação jurídica possui um âmbito próprio de expressão desse poder de disposição, principalmente porque nas situações jurídicas existenciais não há uma separação entre o sujeito e o objeto da relação, já que o vínculo entre a pessoa e o bem tutelado pelo direito é orgânico.¹⁴². A atuação da autonomia privada, expressa através do poder de disposição, será diversa dependendo da situação jurídica que se apresente.

¹³⁹ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 156.

¹⁴⁰ Art. 1228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

¹⁴¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 25, jan.-mar., 2006. p. 521.

¹⁴² PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155.

Para que o exercício do direito esteja de acordo com a função da situação, necessário verificaís quais interesses estão envolvidos na relação. É necessário compreender o sentido da situação, ou melhor, os valores que a situação envolve no caso concreto, para poder qualificar um comportamento como exercício de um determinado direito.

É possível identificar três momentos sucessivos nas situações jurídicas, de acordo com Perlingieri¹⁴³, quais sejam: a existência, a titularidade e o exercício. A situação existe quando há um fato jurídico que a constitui, deste fato nasce a relação jurídica que inclui a situação; a titularidade é a ligação entre o sujeito e a situação existente, e somente pode exercer o direito quem é titular. Portanto, a titularidade pressupõe a existência da situação, e o exercício pressupõe a titularidade do direito. Diante disso, conclui Perlingieri¹⁴⁴, que o exercício deve estar de acordo com a função da situação, sua dinâmica deve levar em consideração se estão em jogo interesses patrimoniais ou existenciais, para que se possam delimitar os efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos que dele emergirão.

Ao passo que o ordenamento jurídico vigente tem como valor central a pessoa humana, extraindo-se da dignidade da pessoa humana a cláusula geral de tutela e promoção da personalidade, não seria coerente negar a incidência da autonomia privada nas situações jurídicas existenciais, já que o poder de disposição neste caso deve ser entendido em perspectiva ampla, ou seja, como uma forma de exercício destas situações.

Tal exercício está ligado à dimensão da dignidade como direito à autodeterminação pessoal. Neste ponto responde-se positivamente, de que a ordem jurídica deve sim reconhecer a existência de um poder de disposição sobre posições jurídicas protegidas por normas de direitos fundamentais, no caso, os direitos fundamentais da personalidade¹⁴⁵.

A partir desta constatação, Meireles¹⁴⁶ afirma que não há apenas um implemento quantitativo na autonomia privada, estendendo esta às situações jurídicas existenciais para além das patrimoniais, mas que o critério delimitador do trânsito da

¹⁴³ Idem, p. 522.

¹⁴⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 285.

¹⁴⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 25, jan.-mar., 2006. p. 524.

autonomia privada nas situações objetivas deve ser qualitativo, já que o poder de disposição deve estar adequado à função da situação jurídica subjetiva correspondente para ser digno de tutela.

O poder de disposição é uma forma de exercício dinâmico da situação jurídica subjetiva, é o poder que a pessoa tem de regular os próprios interesses determinando os efeitos constitutivos, modificativos e extintivos em relação ao direito de que é titular. Assim, o poder de disposição não é exclusivo das situações jurídicas patrimoniais, manifestando-se de forma diversa quando os interesses existenciais estiverem envolvidos. Tratando-se de situação jurídica existencial, os limites impostos ao poder de disposição e seus efeitos são diversos dos limites impostos nas situações patrimoniais, sendo necessário discorrer sobre os pressupostos para o exercício dos atos de disposição.

O ato de disposição implica necessariamente o enfraquecimento de uma posição jurídica subjetiva tutelada por uma norma de direito fundamental. Este enfraquecimento, que amplia a esfera de atuação do titular sobre o direito, se dá por força da vontade concordante do seu titular¹⁴⁷. Tal decisão voluntária é elemento essencial do ato dispositivo: portanto, qualquer ato de disposição que recaia sobre um direito fundamental da personalidade tem como pressuposto o consentimento, livre e voluntário, do titular do direito.

O consentimento do interessado, como uma declaração unilateral de aquiescência que é, expressa uma manifestação de vontade fruto da liberdade e autonomia que a pessoa tem para a gerência de seus interesses. Ocorre que o ato do consentimento, assim como o direito subjetivo, a obrigação, o contrato e todos os demais instrumentos jurídicos civilísticos, nasceram no contexto histórico do liberalismo, onde a liberdade tomava proporções quase ilimitadas, permitindo a livre utilização da propriedade e a livre atividade negocial, já que o indivíduo abstratamente considerado, “produto mais acabado da razão humana”, era “hipoteticamente livre e senhor de suas circunstâncias”¹⁴⁸. Esse sistema exaltava a atividade do indivíduo no âmbito da vida econômica, segundo Giorgianni¹⁴⁹.

¹⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 271.

¹⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 16.

¹⁴⁹ GIORGIANNI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, ano 87, jan. 1998. p. 41.

O consentimento tradicional, portanto, foi estruturalmente concebido para a prática de atos de natureza patrimonial, era a projeção direta e imediata da autonomia privada na sua acepção estritamente negocial. Tratava-se de um consentimento meramente formal que permitia o pleno exercício da vontade negocial, protegido apenas contra vícios extrínsecos, como o dolo, a coação e a fraude.

Noutras palavras, o consentimento tradicionalmente concebido no seio do individualismo e patrimonialismo do liberalismo era um consentimento meramente negocial, tido como a expressão mais pura de uma autonomia privada ligada ao exercício de uma atividade econômica.

A releitura que se processa em todos os institutos do Direito Civil, diante do atual contexto de um Estado Social interventor e de um sistema jurídico constitucionalizado e funcionalizado aos interesses da pessoa simplesmente porque dotada de dignidade, incide também sobre o consentimento, cuja disciplina merece ajustes para se adequar à primordial tutela dispensada aos interesses existenciais¹⁵⁰. O consentimento atual, para além do esquema proprietário, assume feição bastante diversa, já que também deve ser considerado como instrumento para o exercício da autodeterminação dos interesses pessoais.

A autonomia privada em sua perspectiva recente mais abrangente não é aquela identificada com a iniciativa econômica ou com a autonomia contratual em sentido estrito, já que o contrato, como negócio patrimonial, não exaure a área de relevância de liberdade da pessoa. A autonomia também se manifesta nas situações jurídicas existenciais e, dessa forma, o ordenamento não pode considera-la apenas de forma abstrata, já que ela está profundamente investida do valor da pessoa, segundo Perlingieri¹⁵¹.

Os atos de autonomia, portanto, podem ter diversos fundamentos, não se limitando à garantia da liberdade econômica. Quando a pessoa toma uma atitude autônoma em relação aos interesses existenciais, dispondo de seus direitos fundamentais da personalidade, consentindo com alguma restrição que recaia sobre um bem da personalidade – no caso, para consumir drogas –, está se falando de uma autonomia fundada diretamente na garantia da dignidade da pessoa humana¹⁵².

¹⁵⁰ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 160.

¹⁵¹ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 276.

¹⁵² Idem. p. 277.

A fundamentação do consentimento na restrição que recaia sobre algum bem da personalidade reside na própria dignidade, na sua dimensão de capacidade de autodeterminação dos interesses existenciais. Esse é o fundamento que deve ser levado em consideração para a caracterização da natureza jurídica e dos efeitos desse consentimento. O consentimento não necessariamente está ligado à atividade econômica: todavia, isso não quer dizer que não se trate de um ato negocial.

Os fatos jurídicos, no ordenamento jurídico brasileiro, dividem-se em naturais ordinários – nascimento e morte –, extraordinários, imprevisíveis ou imprevisíveis e inevitáveis – como o caso fortuito e a força maior –; e humanos, aqueles que dependem da vontade e que podem ser lícitos ou ilícitos. No presente trabalho, importam os fatos jurídicos humanos, que se subdividem em atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos.

Para diferenciá-los, Vencelau¹⁵³ explica que os atos jurídicos em senso estrito são aqueles cujo fator volitivo se dirige à produção de certos efeitos previstos em lei, imodificáveis pelo mero consentimento; os negócios jurídicos são atos em que o elemento volitivo possui uma direção certa, a dos efeitos jurídicos reconhecidos pelo ordenamento, mas cujo conteúdo tem um âmbito livre de disposição.

Neste sentido, a autora conclui que o negócio jurídico representa o ponto alto da autonomia privada, pois através dele que se manifesta a maior expressão da vontade, como auto-regulamentação dos próprios interesses.

Desta forma, se os negócios jurídicos podem ter como conteúdo bens patrimoniais e extrapatrimoniais, nestes últimos o consentimento se expressa como ato negocial não necessariamente vinculado à atividade econômica, já que na base da situação jurídica estão os bens ligados à personalidade, ou seja, interesses existenciais, e não patrimoniais. Isso também não quer dizer, entretanto, que em determinadas situações onde o negócio for realizado mediante contrato, não haja efeitos econômicos oriundos da exploração de um bem protegido por um direito fundamental de personalidade¹⁵⁴.

Por tal motivo é possível dizer que a imagem ou a privacidade podem ser objeto de negócios jurídicos que provocam a sua limitação, limitação esta que se legitima se

¹⁵³ VENCELAU, Rose Melo. **O negócio jurídico e suas modalidades**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁵⁴ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 162.

na ponderação dos interesses em causa prevalece a autonomia do sujeito que restringe seu direito ligado à sua personalidade. É válido ressaltar, ainda, que tais negócios não implicam a patrimonialização dos direitos da personalidade, eis que a sua disposição pelo particular é garantida pela tutela positiva conferida a estes direitos, podendo dizer que tais negócios apenas geram efeitos patrimoniais.

Quando não há efeitos econômicos, no caso da disposição do corpo, da saúde, da integridade física e até mesmo da vida, consubstanciado no direito de morrer com dignidade, ou ainda quando a pessoa dispõe voluntariamente de suas informações pessoais na internet, não se trata de contratos, mas sim de negócios jurídicos unilaterais.

Conclui-se, assim, que a declaração de vontade expressa quando do exercício do poder de disposição sobre um bem da personalidade é uma declaração negocial no contexto de um negócio jurídico que pode ser unilateral ou bilateral. A manifestação de vontade é sempre unilateral, já que está diretamente ligada ao titular do direito, mas tem caráter de declaração negocial, seja unilateral, seja contratual, gerando inclusive efeitos patrimoniais.

Neste ponto, Novais¹⁵⁵ sustenta que a renúncia a uma posição protegida por norma de direito fundamental manifesta-se através de uma declaração unilateral de vontade, dada a sua natureza incindível de seu titular, mas tal declaração de renúncia apresenta grande similitude à declaração negocial no contexto dos negócios jurídicos de Direito Privado. E, dessa forma, conclui o autor que a manifestação da renúncia enquanto declaração unilateral pode surgir como uma prestação ou contra prestação contratual.

Paulo Mota Pinto¹⁵⁶, ao tratar em específico das limitações voluntárias aos direitos fundamentais da personalidade, conclui no mesmo sentido, indicando que o consentimento para com o ato de disposição sobre bens da personalidade é um ato negocial, seja ele no âmbito de um contrato que contenha autorização da exploração do bem ligado à personalidade por terceiros, seja no âmbito de um negócio unilateral.

Entende-se, portanto, que o consentimento, como expressão da autonomia privada, quando estiver relacionado com algum ato de disposição sobre bens ligados

¹⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 303.

¹⁵⁶ PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 21, 2000. p. 34.

à personalidade, deve estar funcionalizado aos interesses existenciais e, dessa forma, é também considerado como fator de ponderação para que se admita ou não o ato restritivo diante do caso concreto.

O consentimento do titular pode legitimar ato restritivo dos direitos fundamentais da personalidade, desde que, no caso concreto, se verifique que o ato dispositivo não atinge o núcleo essencial da dignidade humana e resulta em alguma finalidade ao interessado, denotando aí apenas a esfera de exercício do direito que reflete o direito de autodeterminação pessoal decorrente da própria dignidade.

Novais¹⁵⁷ salienta ainda que, como ato volitivo ligado aos interesses existenciais, o consentimento, para ser autônomo, deve ser expressado pelo próprio titular do direito. Assim, o consentimento prestado por alguém absolutamente capaz pode funcionar como fator de ponderação para a admissibilidade do ato restritivo.

É necessário indicar, também, que na doutrina portuguesa, o consentimento do lesado afasta a ilicitude do ato, desde que não sejam feridos direitos personalíssimos de terceiros. Quando se trata de consentimento que autoriza uma restrição ou renúncia a direitos fundamentais da personalidade, não há que se falar em justificação ou excludente de ilicitude, mas sim de atitude que exclui a própria existência de lesão, afastando a tipicidade do ato – logo, se o indivíduo decide usar drogas, mesmo que tal conduta lhe apresente riscos, não há que se falar em crime, e muito menos puní-lo por uma decisão que afeta tão somente sua esfera particular.

Na medida em que se concebe o poder de disposição também incidente nas relações jurídicas existenciais, já que a autonomia privada, considerada como expressão do direito de autodeterminação pessoal necessário para o pleno desenvolvimento da personalidade, possui trânsito nesta seara, e tal possibilidade está inserida no âmbito da tutela positiva, tutela de exercício dos direitos fundamentais da personalidade, não há como considerar, depois de analisadas as circunstâncias que envolvem o caso concreto, que os atos dispositivos geradores de limitação ou renúncia sejam lesivos ou ilícitos¹⁵⁸.

Se o poder de disposição é tutelado pelo direito, não há que se falar em ilicitude do ato restritivo, até porque sequer poderá cogitar a existência de lesão. Assim, deve

¹⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 302.

¹⁵⁸ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 165.

ser afastada a concepção de consentimento do lesado como instrumento que afasta a ilicitude do ato, para considerar o consentimento como uma declaração expressa do titular do direito que serve de pressuposto de admissibilidade de renúncia ou limitação de algum direito fundamental da personalidade, possível em função do poder de disposição garantido na esfera das situações jurídicas existenciais.

O consentimento é ato jurídico que faz parte da própria tutela da pessoa humana, já que instrumento por excelência do direito de autodeterminação pessoal que se expressa em uma das dimensões da dignidade da pessoa humana.

Por fim, conclui-se que o ato de disposição que importe em restrição a um bem da personalidade, desde que não atente contra o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e que tenha como pressuposto a manifestação expressa que representa consentimento livre e esclarecido, é legítimo, além de ser a mais pura expressão da tutela do exercício destes direitos personalíssimos, dimensão necessária para o pleno desenvolvimento da personalidade e proteção da própria dignidade.

3.7 O SUPOSTO BEM JURÍDICO “SAÚDE PÚBLICA” TUTELADO NO ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PERSONALIDADE

A discussão sobre as drogas ilícitas consiste numa questão social polarizada e também polêmica, isto porque durante toda a trajetória da humanidade há registros de utilização das mais diversas substâncias que alteram o estado físico e psicológico dos indivíduos, em maior ou menor escala. Entretanto, apesar das drogas sempre estarem presentes na sociedade, algumas substâncias passaram a ser mal vistas por determinados grupos sociais que detinham o poder, proibindo-as, através de discursos religiosos e moralizantes.

A atual Lei de Drogas, a Lei 11.343/2006¹⁵⁹, em seu artigo 28, proíbe a posse de drogas para consumo pessoal, independente da quantidade de gênero da droga, sendo tal proibição respaldada pela possível lesão ao bem jurídico “saúde pública”.

Ademais, conforme indicado pelo ministro Fachin em seu voto no RE

¹⁵⁹BRASIL. **Lei n. 11.343, 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 30 dez. 2022.

635.659¹⁶⁰ (vide tópico 5.3), a proibição é mera desculpa para a proteção paternalista do Estado, afrontando direitos personalíssimos do cidadão, mesmo na vigência do Estado Democrático de Direito, onde, em tese, o indivíduo poderia exercer seus direitos de liberdade, intimidade e vida privada, autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade, sem intervenção estatal na sua esfera privada.

Desta forma, será necessário abordar a função do Direito Penal e a teoria do bem jurídico, para ao final desmonstrarmos que, ao que tudo indica, o objetivo da Lei de Drogas não é proteger o suposto bem jurídico “saúde pública”.

3.7.1 Função do Direito Penal e a Teoria do Bem Jurídico

Segundo a doutrina majoritária, guiada por Roxin¹⁶¹, o Direito Penal tem por função a proteção subsidiária de bens jurídicos, na medida em que só deve atuar quando os outros ramos do Direito não forem suficientes para a proteção de determinados bens jurídicos, ou seja, aqueles bens mais relevantes, intervindo somente na última fase do controle social – a ideia de *ultima ratio*.

Neste cenário, à medida em que a atuação penal estatal deverá ser utilizada somente quando não houver outra maneira de reestabelecer o controle social, a necessidade de limitação do poder punitivo estatal origina-se diante da agressividade implícita às sanções que estão sujeitos aqueles que cometerem ilícitos penais. Entende-se, portanto, que a intervenção penal deve ser consciente e moderada, pois se manifesta através de penas ou de medidas de segurança.

O bem jurídico, por seu turno, estabelece um limite ao poder punitivo estatal, pois impede que delitos e penas não tenham em sua base a proteção a determinado bem jurídico. O conceito de bem jurídico surgiu na primeira metade do século XIX, período em que os penalistas acreditavam que o Direito Penal protegia direitos, sendo Feuerbach o notável representante desta corrente, de modo que o delito era considerado lesão a um direito.

Este entendimento foi refutado por Birnbaum, ao afirmar que, se o delito for considerado uma lesão, este não se refere a direitos, mas a bens pertencentes aos

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral**. Relator Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

¹⁶¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução: André Luís Callegaria e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

cidadãos, e que deveriam ser protegidos pelo Estado. Na sequência, Karl Binding afirmou que o bem jurídico seria tudo que fosse relevante para a vida em coletividade, de forma que a norma era considerada sua única origem.

Segundo Binding¹⁶², a desobediência à norma configuraria lesão jurídica a um direito subjetivo do Estado, implicando também em lesão a um bem jurídico. Em contrapartida, Von Liszt¹⁶³ preceitua que bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. Assim, pode-se afirmar que os interesses estão situados na própria vida, ultrapassando o ordenamento jurídico.

Após a Segunda Guerra Mundial, retomou-se a ideia de que o bem jurídico está relacionado a garantias do homem, sendo definido como um estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões, segundo Busato¹⁶⁴. Entretanto, Claus Roxin discorre que os bens jurídicos são circunstâncias reais e necessárias para a vida livre e protegida, de modo a garantir os direitos civis perante uma sociedade, objetivando o funcionamento do sistema estatal que se funda nestes objetivos¹⁶⁵.

Com base nestes pensamentos, o entendimento é de que o bem jurídico caminha em torno dos valores sociais, bens e interesses vitais, já que, apesar da controvérsia na definição, é uniforme a ideia de que crimes são aqueles que ameaçam ou ferem bens jurídicos¹⁶⁶.

Nesta seara, é necessário compreender o bem jurídico como um princípio, uma diretriz normativa, e sua imprecisão deve ser vista como positiva, pois assim permite que ele absorva as mudanças da sociedade¹⁶⁷.

Com o passar do tempo e a evolução social, verifica-se que novos valores e interesses surgem, necessitando também de proteção do Direito. Ainda, a proteção de interesses individuais passou a ser insuficiente, demonstrando a necessidade de proteção dos bens jurídicos supraindividuais. Deste modo, segundo Busato¹⁶⁸, não se deve indagar a respeito da referência a bens jurídicos coletivos nas legislações, mas sim de qual modo deverão ser tratados tais bens.

¹⁶² BUSATO, Paulo César. **Direito penal – parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

¹⁶³ Idem. p. 357.

¹⁶⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal – parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução: André Luís Callegaria e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁶⁶ GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção de bens jurídicos como fundamentos do direito penal**. 2010. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141076.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

¹⁶⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal – parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 370.

¹⁶⁸ Idem. p. 373.

Para Roxin¹⁶⁹, os bens jurídicos não podem ser limitados aos individuais, pois abrangem também os “bens jurídicos da generalidade”. Assim, distingue-se os bens jurídicos individuais percentes à pessoa – vida, patrimônio, saúde – dos bens jurídicos coletivos – segurança, meio ambiente, ordem econômica.

No que tange aos bens jurídicos coletivos, a conceituação é imprecisa e difícil, tendo em vista que os bens coletivos não só não encontram correspondência com um objeto material corpóreo, como às vezes são de complexa identificação, tais como o ambiente, as relações jurídicas de consumo, o mercado de capitais ou a economia popular, traduzindo-se nos chamados bens jurídicos supraindividuais¹⁷⁰.

Ao tratarmos do conceito de bem jurídico, tem-se o seguinte problema: a Constituição Federal de 1988 adotou uma antiga maneira de definição preocupada apenas com a proteção individual. Salienta-se que o desenvolvimento pouco acompanhou os direitos fundamentais que tinham como base um bem jurídico penal de matriz liberal-individualista, onde sempre era preparado para dirimir conflitos individuais. Por consequência, ao tratar de direitos supraindividuais e coletivos, há uma crise que se estende ao Direito Penal e Processual Penal.

No mesmo sentido, as mudanças sofridas na concepção de bem jurídico ao ser tutelado pela esfera penal, destacando-se a “saúde pública”, estão contidas nesse problema. Isto porque, na organização do direito penal liberal, os bens jurídicos eram individuais (palpáveis), e com a constante alteração em sua natureza ocorreu o processo de agregação de interesses públicos representados na coletividade e no próprio Estado¹⁷¹. Além disso, a maioria dos bens jurídicos é qualificada pela incorporalidade, como acontece na saúde pública¹⁷².

Salo de Carvalho, de forma ímpar, problematiza a questão ao citar Luigi Ferrajoli¹⁷³, denotando que o paradoxo apontado encontra raízes na cisão artificial entre os interesses públicos e os direitos individuais (privados), na medida em que, para apresentar soluções ao problema, se faz necessário observar que não há

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução: André Luís Callegaria e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 19.

¹⁷⁰ GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. **Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal**. São Paulo: Almedina, 2016.

¹⁷¹ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 228.

¹⁷² Idem, p. 229.

¹⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995.

hierarquia entre os direitos, sendo impossível vislumbrar confronto entre os direitos individuais, identificados tradicionalmente como interesses privados, e os coletivos e/ou transindividuais, incorporados à ideia de interesse público¹⁷⁴.

O que se observa, portanto, é que o problema no desenvolvimento da resolução de conflitos transindividuais dificultando ainda mais a estrita observância aos princípios de garantia do cidadão (legalidade, intervenção mínima, lesividade e insignificância) contra o poder punitivo estatal. Desta forma, cabe ao Estado ponderar e adequar socialmente a legislação conforme o atual momento em que se vive, descriminalizando condutas quando necessário, intervindo minimamente, visto que a tutela dos bens jurídicos deve observar o princípio da intervenção mínima.

Segundo Carvalho e Ávila¹⁷⁵, o recurso a um bem jurídico de caráter coletivo para a criminalização de condutas associadas às drogas acaba por mascarar o problema central da decisão pela intervenção penal nessas hipóteses: a ausência de um autêntico bem jurídico que a legitime.

Ainda segundo os autores¹⁷⁶, uma crítica às incriminações constantes da Lei de Drogas a partir da perspectiva da teoria do bem jurídico deve, primeiramente, demonstrar que a incriminação daquelas condutas – sob a ótica da tutela de bens individuais – não respeita o princípio da autonomia e indica claramente a opção do legislador por um inadmissível paternalismo penal. Não obstante, é necessário demonstrar que essa intervenção punitiva não tem qualquer chance de êxito, no tocante à prevenção, para alcançar a proteção pretendida.

Acerca da tutela de um bem jurídico coletivo, deve operar precisamente para a desconstrução daqueles comumente apontados como legitimadores da intervenção penal – saúde pública, segurança pública, paz pública –, seja porque não possuem qualquer realidade existencial, seja porque representam a soma de bens jurídicos individuais¹⁷⁷.

Entende-se que a ideia de bem jurídico coletivo não deve ser utilizada para justificar e legitimar intervenções estatais desproporcionais, ao passo que os bens jurídicos coletivos não podem ser “cartas na manga” de um legislador ávido por

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 10, 2015. p. 145.

¹⁷⁶ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 10, 2015. p. 146.

¹⁷⁷ Idem, p. 147.

justificar seus excessos¹⁷⁸.

3.7.2 Saúde Pública e a Falsa Ideia de Bem Jurídico

Em tempos remotos, o Direito Penal tipificava exclusivamente crimes de lesão ou de colocação em perigo concreto. Com a complexa evolução social, tornou-se necessário criminalizar os crimes de perigo abstrato, que nada mais são do que a punição do risco, da colocação em perigo.

Vislumbra-se o questionamento acerca da lesão a bem jurídico de terceiro no uso de drogas, já que, num primeiro momento, o uso de drogas prejudica somente o indivíduo que as utiliza, e não as demais pessoas da sociedade. O legislador, por sua vez, ao editar a Lei 11.343/2006, tipificou diversas condutas tendo em vista o perigo abstrato em relação à saúde pública.

Segundo Maronna¹⁷⁹, ao demonizar algumas substâncias entorpecentes, é possível perceber um antagonismo entre o consumo pessoal e a proteção à saúde pública, pois, se o consumo é pessoal, afeta a saúde individual. Assim, para o doutrinador, tem-se que as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas não atingem terceiros.

O ministro Barroso, em seu voto no RE 635.659¹⁸⁰ (vide tópico 5.2), entendeu que, para constituir o crime, é necessário que ocorra ofensa a bem jurídico alheio. De tal modo, se a ação não extrapolar o âmbito individual do agente, o Estado não poderá criminalizar a conduta. Entende-se, neste aspecto, que o princípio da lesividade representa o conceito de que não são puníveis as ações que não prejudiquem bens jurídicos de terceiros, excluindo, portanto, as condutas autolesivas.

No mesmo sentido, Salo de Carvalho¹⁸¹ constata que do ponto de vista da principiologia conformadora do direito penal contemporâneo, a criminalização das condutas relativas ao uso de entorpecentes é injustificável, porque a literatura jurídico-penal é vasta e as críticas são amplamente conhecidas, notadamente pela violação

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, Ed. Especial, p. 04-06, out. 2012.

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral**. 2012. Relator Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

¹⁸¹ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 225.

ao postulado da secularização e aos princípios da lesividade, da intimidade e da vida privada.

Desta forma, não havendo lesão a bem jurídico de terceiros, é discutível o custo da punição ao usuário de drogas em troca de um benefício irrelevante, pautado num falso bem jurídico, qual seja, a saúde pública.

Segundo Bottini¹⁸², em situações extremas quando a vida ou a integridade física do indivíduo é afetada, a lei penal não recai sobre quem é titular do bem jurídico, mas recai sobre os terceiros que praticaram a lesão. Deste modo, não seria correto criminalizar o próprio titular do bem jurídico com o intuito de proteção desse bem. Sendo assim, quando existe a punição penal sobre o indivíduo, lhe é retirada sua autodeterminação, pois para proteger a dignidade de terceiros afasta-se a dignidade de quem é punido, algo sem sentido pois se subtrai a liberdade para proteger essa mesma liberdade sob outro prisma.

No mesmo entendimento, ações que não lesionem terceiros ou que sejam causadas contra si mesmo, como o suicídio, embriaguez, uso de entorpecentes e a prostituição, não devem ser punidas. Ademais, o principal bem jurídico lesado pelo consumo de drogas é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio¹⁸³. Assim, o Estado não pune a autolesão ou a tentativa. Logo, a autolesão situa-se na esfera de privacidade do indivíduo, nela sendo defeso ao Direito – especialmente o Direito Penal – penetrar¹⁸⁴.

Por consequência, quando o consumo de drogas é punido, na verdade o que se pune é a dependência de drogas, sendo isso uma condição pessoal, que em alguns casos, exclui a própria vontade da pessoa. Ainda, tal punição vai na contramão do princípio do Estado Democrático de Direito, o qual somente poderá ser punido pelo que se faz, e não pela sua própria identidade.

Quando se entrega o problema das drogas para administração do Estado, além de impedir a correta regulamentação e seu controle, permite-se a dominação econômica para as associações criminosas, não sendo razoável criminalizar pessoas

¹⁸² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crime de porte de drogas para uso próprio e o Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Viva Rio. 2015.

¹⁸³ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 228.

¹⁸⁴ MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, Ed. Especial, p. 04-06, out. 2012.

adultas e capazes por escolherem fazer o uso de drogas. Para Carvalho¹⁸⁵, é incoerente criminalizar e condenar pessoas maiores de idade apenas por escolhas supostamente erradas.

Nesse contexto, tem-se a questão do controle social, que se divide em dois tipos: o controle social normal, que gera solidariedade e integração social, realizando-se através de bens, serviços e políticas públicas que gerem equilíbrio social; e controle social perverso, com o objetivo de encobrir desigualdades, negando diferenças, excluindo conflitos sociais, como é o caso da política proibicionista das drogas com caráter seletivo, que acaba por criminalizar a pobreza e não as drogas em si¹⁸⁶.

Com isso, a definição de crime é repartida de maneira injusta perante a sociedade, haja vista que tais regras legais produzem noções excludentes de um determinado extrato social, originadas de grupos detentores do poder. Assim, quando o indivíduo é definido como fora da lei, trata-se primeiramente de relação de poder.

Quando pensamos na proibição das drogas, observamos que mesmo antes de uma substância ser proibida, existiam grupos de pessoas empenhadas em uma cruzada moral para a demonização das drogas¹⁸⁷. Essas pessoas são conhecidas como empreendedores morais, e acabam por desenvolver uma cruzada moral, determinando o que seria adequado, com a falácia de estarem salvando vidas (a falsa ideia de se proteger o bem jurídico saúde pública).

Existe, também, a questão do paternalismo estatal, traduzido aqui na ideia de que o Estado pode substituir a vontade do indivíduo para protegê-lo de si mesmo, contrariando o pensamento liberal segundo o qual a pessoa tem o direito de seguir seu próprio plano de vida¹⁸⁸.

Portanto, o paternalismo estatal evidencia-se quando o Estado dita as regras do que seria melhor para cada indivíduo, fazendo o uso de leis como meio de restringir a liberdade individual, seguindo sempre o mesmo sistema: rompe-se a liberdade de alguém, limitando os interesses individuais, em face de sua própria liberdade de ação,

¹⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 227.

¹⁸⁶ SOUZA, Aknaton Toczek. **Perigo à ordem pública: um estudo sobre controle social perverso e segregação**. 2015. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

¹⁸⁷ CAMARGO, Giovane Matheus; BORDIN, Marcelo. Guerra às drogas: as periferias como locus da violência e a tendência da hipermilitarização. In: VIII Seminário Nacional de Sociologia e Política, 2017, Curitiba. **Anais ...**, 2017. v. 1. p. 1-1. 2017.

¹⁸⁸ MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, Ed. Especial, p. 04-06, out. 2012.

não sendo oferecida a escolha de recusar a medida protetiva¹⁸⁹.

É exatamente o que ocorre no artigo 28 da Lei 11.343/2006, pois se trata de paternalismo na forma pura, ocorrendo quando uma lei incide sobre a liberdade/vontade do indivíduo para evitar um mal. O discurso é o de que a proibição do uso tem por objetivo a proteção da saúde pública, de forma a evitar um colapso no sistema de saúde.

Entretanto, este argumento não é válido, visto que não há qualquer comprovação do mal gerado à saúde público (se é que tal bem jurídico de fato existe). Não obstante, a proibição estatal com fundamento na proteção da saúde pública é uma justificativa paternalista e hipócrita. A dissimulação se mostra na medida em que existe a proibição das drogas, mas o álcool e o tabaco são considerados lícitos. O álcool, além de ser letal, é o maior causador de violência doméstica, e o tabaco também apresenta altíssimo nível de dependência química (nicotina), causando os mais diversos prejuízos de saúde no fumante.

Deste modo, não há outra razão para proibição do consumo de drogas a não ser o paternalismo estatal para com o usuário. Para Salo de Carvalho¹⁹⁰, quando o Estado cria mecanismos retóricos abstratos de legitimação da punição aos usuários, produz significativa violência ao núcleo constitucional que deveria sustentar o direito penal.

Para Carvalho e Ávila¹⁹¹, defronte a ausência de um bem jurídico hábil a fundamentar as tipificações previstas na Lei 11.343/2006, em especial seu artigo 28, questiona-se sobre os motivos que estão por trás dessa intervenção punitiva, exemplo claro de um tipo penal de autor: delitos sem bem jurídico, ou delitos de comportamento, são manifestações de um punitivismo inadmissível, edificado sobre incertas e questionáveis bases dogmáticas, onde se vê a presença de uma convicção enraizada da obrigatoriedade da norma de comportamento.

Segundo Neto e de Castro¹⁹², o bem jurídico tutelado pelo dispositivo inspirado

¹⁸⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Lei de Drogas anotada**: Lei nº 11.343/2006. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 258.

¹⁹⁰ CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 344.

¹⁹¹ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 10, 2015. p. 18.

¹⁹² DE CASTRO, Alexander; NETO, Silvio Toledo. Política criminal de entorpecentes: uma análise dos direitos da personalidade do usuário de drogas em face da repressão penal. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas UNIFAFIBE**, São Paulo, v. 8, n. 3, 2020. p. 26.

na política proibicionista não pode mais ser justificado devido ao reconhecimento e a proteção aos direitos da personalidade da pessoa do usuário, que por livre e espontânea vontade opta por fazer uso de determinada substância. Tal decisão, de caráter eminentemente individual, tomada com base na autonomia deferida pelo reconhecimento constitucional da esfera privada e intimidade, é protegida em especial pelo direito a privacidade.

Conclui-se, portanto, que a proibição do uso de drogas é baseada na ordem moral, religiosa e política, que preconiza o ideal de um mundo livre de drogas, utilizando-se da falsa ideia de proteção do bem jurídico saúde pública para legitimar tamanho autoritarismo do Estado.

É necessário, na temática das drogas, conferir atenção especial ao personagem principal – o usuário de drogas –, visando sua integral proteção garantida pela Constituição Federal de 1988, frente às arbitrariedades estatais por meio da repressão penal. A partir da análise de fundamentos teóricos dos modelos alternativos, como o garantismo e o abolicionismo, tem-se que o dispositivo brasileiro que criminaliza o uso de entorpecentes é inconstitucional, demonstrando a contradição entre os direitos personalíssimos previstos na Lei Maior e as condutas tipificadas na Lei 11.343/2006.

Conforme indicado nos capítulos anteriores, constata-se que a conduta do usuário de drogas, tipificada no artigo 28 da Lei 11.343/2006, não ultrapassa a esfera individual da pessoa, ou seja, o autor é também vítima da sua escolha. Isto porque o consumidor, em regra, tem consciência do que está fazendo e consente com tal ato: consentir na ofensa a um bem jurídico é renunciar a proteção penal que o Estado oferece a este bem, desde que seja disponível¹⁹³.

Tendo em vista que o bem jurídico tutelado na Lei de Drogas é a saúde pública, inclusive para a conduta do artigo 28, não há como sobrepor este alegado bem jurídico que, ao menos em tese beneficiaria todos, em face da constatação de que a ação e o resultado do crime de uso de drogas são unilaterais e individuais, com pleno consentimento do autor e vítima da conduta criminosa.

Traçando um paralelo com outros delitos que se procedem mediante representação da vítima, conclui-se que a tutela a determinados bens jurídicos podem ser renunciados pela vítima, demonstrando que o consentimento do ofendido no

¹⁹³ MORAES, Carlos Alexandre; CARDIN, Valéria Silva Galdino. (Coords.). **Novos Direitos e Direitos da Personalidade**. Maringá: Clichetec Editora, 2013. p. 35.

Direito Penal pode ser definido como a renúncia à proteção penal de determinado bem¹⁹⁴ e, no caso da opção individual de usar determinada substância psicoativa, com perspectiva ao próprio corpo como objeto de expressão da personalidade do sujeito, realizar a experiência que bem entender para a construção de sua identidade quanto pessoa.

Noutras palavras, trata-se da esfera mais individual possível do ser humano, onde o mesmo se encontra consigo e desenvolve sua personalidade enquanto humano e cidadão, sendo que este universo individual deve ser resguardado pelo Estado, agindo em pleno comportamento de abstenção, eis que relacionado intrinsecamente com os direitos da personalidade, que são anteriores à própria formação do Estado.

Desta forma, tal renúncia é calcada na ponderação de valores, ou seja, nos casos em que a liberdade de dispor do direito tem mais valor que o desvalor da ação e do resultado¹⁹⁵, fazendo remontar as bases de um Estado Social e Democrático de Direito ancorado em um sistema penal de responsabilidade subjetiva, de respeito aos direitos da personalidade e fundado nos princípios de liberdade e justiça.

A legislação aplicável ao tratamento das drogas deve aproximar os direitos personalíssimos do usuário de drogas com mecanismos para sua realização. Logo, deve o Estado desenvolver políticas públicas visando informação e conhecimento sobre o tema das drogas, permitindo que a própria pessoa se autodetermine em relação ao uso de determinadas substâncias psicoativas.

Considerando a impossibilidade de erradicar a presença e o uso de drogas em nossa sociedade, é necessário fomentar a ideia de tornar o uso mais seguro, impedindo transmissão de doenças e com um acompanhamento mais próximo aos usuários, pois mais vulneráveis do ponto de vista da saúde pública¹⁹⁶.

Neste sentido, o próximo capítulo apresenta um modelo de política de drogas que poderia ser utilizado no Brasil, para reduzir os danos do consumo de drogas ao mesmo tempo em que protege o usuário e seus direitos da personalidade.

¹⁹⁴ Idem. p. 35.

¹⁹⁵ RODRIGUES, Giselly Campelo; ARRUDA, Talita da Fonseca. "A Livre Disposição do Próprio Corpo e o Consentimento do Ofendido Como Excludente da Responsabilidade Penal em Atos Cirúrgicos de Redesignação Sexual" In **Novos Direitos e Direitos da Personalidade**, org. Carlos Alexandre Moraes & Valéria Silva Galdino Cardin, p. 36. Maringá: Clichetec Editora, 2013.

¹⁹⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUILHERME, Vera Maria. **Abolicionismos Penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015. p. 46.

3.7.3 Política de Redução de Danos como Alternativa à Proteção da Saúde do Usuário de Drogas

Segundo Bastos¹⁹⁷, podemos conceituar a política de redução de danos como um conjunto de estratégias que visam minimizar os danos causados pelo uso de diferentes drogas, sem necessariamente exigir a abstinência do seu uso. Neste sentido, enquanto não for possível ou desejada a abstenção total do uso, outros agravos à saúde do usuário podem ser evitados, como por exemplo, as doenças infectocontagiosas transmissíveis por via sanguínea quando do compartilhamento de agulhas e seringas (HIV e hepatites, dentre outras).

Esta nova abordagem leva em consideração diversos aspectos, como a) a complexidade do fenômeno, b) a diversidade de substâncias e seus usos, e c) as particularidades sociais, culturais e psicológicas dos usuários, possibilitando, do manejo de tais variáveis, uma melhor ponderação e individualização dos riscos e das vulnerabilidades na cena de uso de drogas.

Na concepção da política de redução de danos tem-se como pressuposto o fator histórico-cultural do uso de psicotrópicos e, uma vez cientes de que o uso dessas substâncias é parte indissociável da própria história da humanidade (como já indicado no início deste trabalho), que a pretensão de um mundo livre das drogas, como prescreve o modelo de *war on drugs*, não passa de uma utopia.

Dentro dessa perspectiva estão contempladas ações voltadas às drogas lícitas e ilícitas, e suas intervenções não são de natureza estritamente públicas, delas participando também ONG's e, necessariamente com ênfase especial, o próprio consumidor de drogas.

A redução de danos contrapõe-se, deste modo, ao modelo tradicional, de cunho meramente proibicionista-punitivo, que desconsidera a complexidade do fenômeno, tendo um único (surreal) objetivo: erradicar a produção e o consumo das drogas consideradas ilícitas. O modelo de redução de danos, por sua vez, é fundamentado nos princípios da pluralidade democrática, exercício da cidadania e respeito aos direitos humanos e de saúde¹⁹⁸.

¹⁹⁷ BASTOS, Francisco Inácio; MESQUITA, Fábio. **Drogas e Aids: estratégias de redução de danos**. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 181.

¹⁹⁸ DOMANICO, Andrea. **“Craqueiros e cracados: bem vindo ao mundo dos nórias!” – Estudo sobre a implementação de estratégias de redução de danos para usuários de crack nos cinco projetos-piloto do Brasil**. Salvador: A. Domanico, 2006. p. 133.

A multiplicação dos programas de redução de danos pelo mundo e o consequente aumento de pesquisas nas mais diversas áreas do conhecimento sobre o tema, resultaram na elaboração e adoção de novas estratégias visando a atenção a outros públicos e outras drogas, terminando por proporcionar uma ampliação de seu campo de atuação, diversificando suas aplicações e ganhando novos foros que não mais se restringem à saúde pública.

Diante deste novo cenário, pode-se almejar uma ampliação conceitual da política de redução de danos, definindo-a como uma política humanista e pragmática que visa a melhora do quadro geral do cidadão que usa drogas, sem que lhe seja exigida a abstinência ou imposta a renúncia ao consumo de drogas.

A ótica da nova abordagem é a de que o cidadão que usa drogas, ao menos que o faça com os menores danos possíveis à saúde, física e mental, à sua vida de relação, família, trabalho, sociedade e etc., e, finalmente, à própria comunidade em que vive e está inserido.

Um dos expoentes na implantação das estratégias de redução de danos é o pesquisador australiano Alex Wodak, destacando que em muitos países onde as estratégias de redução de danos já se encontram sedimentadas há anos, firmou-se uma estreita cooperação entre as agências de segurança pública e as de saúde pública, no sentido de notificar, por exemplo, os serviços médicos de novas substâncias no mercado ilícito de drogas ou ainda da presença de substâncias psicoativas adulteradas no comércio clandestino¹⁹⁹.

Em contrapartida, a polícia tem constatado uma diminuição dos índices de criminalidade conexos ao uso e comércio clandestinos de substâncias psicoativas, em função da adesão dos cidadãos que usam drogas aos programas de redução de danos.

Além do estabelecimento de vínculos com os serviços de atenção, o cidadão usuário de psicotrópicos passa a se reconhecer não mais pela rotulagem sociocultural que assumiu como estigma – maconheiro, marginal, bandido, drogado –, para assumir-se como um cidadão sujeito de direitos, protagonista das reivindicações de

¹⁹⁹ WODAK, Alex. Redução de danos e programa de trocas de seringas. In: BASTOS, Francisco; MESQUITA, Fábio; MARQUES, Luiz Fernando. **Troca de seringas drogas e aids: ciência, debate e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 1998. p. 56.

seu contexto social e responsável pela implementação das modificações necessárias para a melhoria de sua vida pessoal e relacional²⁰⁰.

Neste vértice, entende-se a redução de danos têm como fio condutor o respeito à dignidade humana, fundada na autonomia e liberdade individual do usuário, ao contrário do modelo proibicionista-punitivo, que estabelece o máximo controle penal sobre o comércio de drogas e sobre a própria vida do usuário, perseguindo um ideal utópico de abstinência²⁰¹. Esses princípios éticos encontram respaldo na Constituição Federal de 1988, que elencou significativamente diversos direitos e garantias fundamentais, alicerçando o Estado Democrático de Direito²⁰².

Ademais, a política de redução de danos também leva em consideração a vulnerabilidade do usuário de drogas, tendo em vista a seletividade do sistema penal atual (estereótipo do criminoso e a rotulagem social). Segundo Zaffaroni²⁰³, podemos definir três planos interdependentes de vulnerabilidade: individual (psicossocial), social (comunitária) e institucional (diante das agências estatais, penais ou não). Ainda, a vulnerabilidade hoje é entendida como uma situação dinâmica, sujeita a mudanças e interações constantes, surgindo a necessidade de participação ativa dos indivíduos e da própria comunidade na elaboração e execução das intervenções preventivas de riscos e danos.

A utilização do conceito de vulnerabilidade possibilita, na individualidade do usuário, identificar os mais propensos aos danos decorrentes do consumo de drogas, tanto físicos como sociais, como também, na dimensão social, de grupos de maior vulnerabilidade. Diversas são as possibilidades que se abrem com a utilização desse instrumento, vez que diversos elementos interferem na maior ou menor exposição ao risco e consumação de danos, tanto é que a própria Política Nacional sobre Drogas indica a vulnerabilidade como critério indicativo das intervenções necessárias.

Embora alguns adeptos do modelo de redução de danos se filiem à uma política proibicionista moderada, nos atuais moldes da maioria dos países europeus que funcionam neste modelo, os fundamentos ideológicos da redução de danos convergem numa perspectiva antiproibicionista. Isto porque o modelo proibicionista-

²⁰⁰ RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva Jur, 2013. p. 47.

²⁰¹ Idem. p. 58.

²⁰² PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 58.

²⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001. p. 245-246.

punitivo provoca muitos e mais graves danos do que os eventuais agravos à suposta “saúde pública”, bem jurídico que o modelo de guerra às drogas alega proteger, causados pelas substâncias tidas como ilícitas.

O proibicionismo não só não soluciona os problemas de saúde pública como, pelo contrário, potencializa o eventual prejuízo, tornando lesão consumada o que era perigo abstrato. Se considerarmos a realidade dos países subdesenvolvidos, como é o caso do Brasil, os danos sociopolíticos e jurídicos são intensificados da seguinte forma: na ótica da saúde pública, ausência de controle sobre a qualidade das drogas comercializadas, alto índice de contaminação por doenças infectocontagiosas quando do compartilhamento de instrumentos para consumo da droga, dificuldade na adoção de estratégias de redução de danos devido a clandestinidade do consumo, confronto permanente entre polícia e usuários; perante as agências de controle estatal, a supressão de direitos e garantias fundamentais, superlotação carcerária e a prevalência do aparato policial perante o sistema judicial; e na perspectiva política/social/econômica, aumento da repressão às populações mais desfavorecidas, estímulo ao recrutamento de jovens para atividades criminosas, fomento à lavagem de dinheiro, aumento da corrupção nos órgãos públicos e estabelecimento de um estado de exceção em extensas faixas urbanas (rotulamento social) com incremento da violência e dos índices de mortalidade sobre esses grupos.

Considerando-se que, conforme demonstrado ao longo do trabalho, o proibicionismo traz mais prejuízos do que benefícios à toda sociedade, e que a política de redução de danos se mostra como uma alternativa vantajosa, necessário se faz demonstrar como o modelo português é um exemplo de política de drogas bem-sucedida, que poderia ser utilizada como um parâmetro para a evolução das tratativas sobre drogas no Brasil.

3.7.3.1 A descriminalização do uso de drogas e o modelo português

Em 1º de julho de 2001, através da entrada em vigor da Lei n. 30/2000, Portugal, um país conservador e com forte influência religiosa, implementou uma nova política de drogas, ousada e pioneira, que tem como marco legal a descriminalização da posse de pequena quantidade de droga para consumo pessoal, inclusive aquelas consideradas como “drogas pesadas”.

A quantidade estabelecida pela lei foi indicada como suficiente para o consumo

de uma pessoa pelo período de dez dias, nos seguintes moldes: *cannabis* folha, 25g (vinte e cinco gramas); haxixe, 5g (cinco gramas); cocaína, 2g (dois gramas); heroína, 1g (um grama), e ecstasy, 10 (dez) comprimidos. Atualmente, no cenário português, prevalece o entendimento de que essas quantidades são indicativas, devendo ser cotejadas com informações subsidiárias de outra modalidade de conduta (tráfico), como por exemplo, local da apreensão da droga, forma de acondicionamento etc.

O tráfico de drogas continua recebendo um tratamento penal severo, com penas variando de um a doze anos, de acordo com o tipo de substância. Essas penas podem sofrer acréscimos de até um quarto na ocorrência de circunstâncias agravantes, sendo prevista ainda a figura do traficante-consumidor, que recebe tratamento penal mais brando.

A estratégia adotada por Portugal foi a de retirar a infração do âmbito penal e transformá-la num ilícito de mera ordenação social, ou contra-ordenações, que se situam no campo do Direito Administrativo ou, mais precisamente, administrativo-penal²⁰⁴. Desta forma, ao invés de tentar diminuir o uso através da punição dos consumidores, as novas medidas mantêm as drogas ilegais, mas já não tratam o consumo como crime.

Essa política viabilizou a implantação de todo um conjunto de novas estratégias com abordagens mais tolerantes e que possibilitam o estabelecimento de vínculos com os usuários dessas substâncias, sem que fosse necessário abdicar do controle sobre sua utilização, todavia realizando através de institutos não penais e, com isso, sem afrontar as Convenções Internacionais das quais Portugal também é signatário²⁰⁵.

Tal reenquadramento legal permitiu a implantação de um vasto leque de medidas em áreas como a prevenção e a educação, o tratamento e assistência na reinserção social das pessoas que usam drogas, sem estigmatizá-las pela criminalização de sua conduta, favorecendo inclusive que estas busquem auxílio quando necessário. noutro vértice, os agentes públicos e privados, integrantes dos serviços de atenção que trabalham nessa área, deixaram de temer pela segurança jurídica das ações que praticam uma vez que, sob o regime anterior, lhes era

²⁰⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Justiça terapêutica: redução de danos ou proibicionismo dissimulado? In: SEIBEL JR., Sérgio Dario. **Dependência de drogas**. São Paulo: Atheneu, 2010. p. 128.

²⁰⁵ Idem, p. 130.

frequentemente imputado o delito de auxílio ao uso de drogas.

O novo modelo criou o ambiente jurídico-político adequado para que a nova política de drogas pudesse se concentrar nas ações de prevenção e educação, redução de danos, ampliação e melhoria dos programas de tratamento e em atividades que ajudassem grupos de risco ou consumidores de drogas a manter ou restaurar as suas relações familiares, laborais e sociais.

Na base dessa nova filosofia de ação estava o reconhecimento da pessoa que usa drogas como um interlocutor qualificado para determinar sua própria conduta, um sujeito detentor de direitos personalíssimos e não apenas um alvo da tutela penal do Estado. Isso implica o reconhecimento da diversidade das razões etiológicas do uso de drogas: problemas pessoais, fatores sociais ou por recreação/prazer e, portanto, no tratamento diferenciado que devem receber essas pessoas. Nesse contexto, a resposta meramente punitiva não tem explicação racional e é desproporcional em relação a uma conduta que pode não ser saudável, mas que também não prejudica bens jurídicos de terceiros.

As reformulações operadas na política de drogas portuguesa partiram, ainda, da constatação de que, ao contrário do preconizado pelo proibicionismo, tratar o consumo de drogas por meio do sistema criminal, longe de tutelar a saúde pública, colaborava para sua ineficácia, vez que dificulta a procura voluntária de tratamento pelos eventuais dependentes de drogas ou por pessoas acometidas por crises de intoxicação aguda em situações de uso abusivo.

A criminalização faz com que os consumidores de drogas se sintam amedrontados pelo receio de uma pena criminal ou mesmo pela necessidade da confissão de um crime com toda estigmatização dela decorrente, com evidentes reflexos em termos laborais e de inserção na sociedade.

A Política Nacional de Drogas de Portugal é formulada e coordenada pelo Instituto da Droga e da Toxicodependência (IDT) e sua implementação se baseia em cinco grandes eixos de ações: prevenção, dissuasão, redução de riscos e danos, tratamento e reinserção social.

As ações preventivas são realizadas por meio de campanhas informativas, em geral dirigidas a grupos de potenciais consumidores. As campanhas de largo alcance apresentam um baixo índice de efetividade e podem, inclusive, surtir efeito contrário ao pretendido quando desperta a curiosidade de um público que ainda desconheça as potencialidades das drogas ou de alguma droga específica.

Desta forma, as campanhas televisivas foram substituídas por ações dirigidas a públicos específicos (escolas, estudantes universitários, imigrantes e desempregados), tendo cada campanha suas especificidades, em termos de mensagem e argumentos, de acordo com as necessidades e cultura de cada um desses grupos. Também são realizadas ações informativas de intervenção direta com os promotores atuando nas chamadas cenas de uso, clubes noturnos, casas de shows e outros ambientes que propiciam o uso de drogas.

Para operacionalizar o eixo de ações dissuasivas foram criadas as Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência. Essas comissões são organismos administrativos que funcionam na forma de grupos multidisciplinares com competência regionalizada. Elas recebem as pessoas apanhadas na posse das substâncias proibidas e buscam informá-las e dissuadi-las dessa prática. Também têm o poder de aplicar sanções administrativas e de encaminhá-las para tratamento, desde que obtido o seu consentimento²⁰⁶.

Numa primeira ocorrência, a intervenção da comissão se limita a uma abordagem onde são tratadas questões como: motivações e histórico do consumo, frequência e uso compulsivo e abusivo, repercussões no âmbito familiar e laboral e, não sendo caso de dependência, suspenderá o procedimento sem imposição de nenhuma sanção. Todavia, a ocorrência fica registrada no IDT para hipótese de reincidência quando, aí sim, serão aplicadas a coima (multa) ou outra modalidade de restrição de direitos, como prestação de serviços comunitários, suspensão de habilitação para dirigir veículos, obrigatoriedade de comparecimento para prestar informações etc. O não cumprimento da sanção imposta é considerado crime de desobediência.

A partir da opção descriminalizante, as atividades de redução de riscos e danos puderam ser consolidadas e sistematizadas. Elas são articuladas por departamento próprio do IDT e atualmente financiam diversos projetos em todo o território português, dispondo de equipes de técnicos especializados que trabalham nas ruas e em centros de acolhimento, providenciando, entre outras ações, metadona a dependentes de heroína e albergues para consumidores que moram nas ruas.

A maioria desses projetos é operada por ONG's, com financiamento estatal, obtido por concorrências públicas realizadas pelo IDT. Essa solução foi adotada com

²⁰⁶ DOMOSTAWSKI, Artur. **Política da droga em Portugal: os benefícios da descriminalização do consumo de drogas**. Global Drug Policy Program, Open Society Foundations, 2011. p. 31.

apoio na experiência internacional no trabalho de campo de redução de danos, que indica a maior eficácia se realizado por agentes de saúde comunitários, em geral usuários em tratamento ou ex-usuários, especialmente treinados para a abordagem de grupos específicos com os quais mantêm vínculos, proporcionando, dessa forma, um melhor acesso às pessoas na rua e estabelecendo uma relação de confiança entre os prestadores de serviços e os consumidores. Essas equipes são também multidisciplinares e trabalham disponibilizando informações, providenciando serviços e encaminhamentos e fornecendo kits novos²⁰⁷.

O tratamento oferecido ao usuário dependente é disponível em todo território nacional por meio de uma rede de serviços públicos ou financiados pelo sistema público, como clínicas e comunidades terapêuticas, de qualquer forma referenciados pelo IDT. O centro de referência na área de tratamento é a Unidade de Desabilitação – Centro de Taipas, localizado nas proximidades de Lisboa. O modelo de tratamento é notadamente ambulatorial com possibilidade de internação, quando indicada, especialmente para desintoxicação e por períodos de, no máximo, duas semanas.

Finalmente, um importante eixo de ações de reinserção social complementa a ampla rede de atenção às pessoas que usam drogas, em conformidade com a Política de Drogas Portuguesa. As equipes de reinserção social trabalham em consonância com as unidades de tratamento e realizam um levantamento prévio das condições da pessoa em tratamento para posteriormente, em conjunto com ela, planejarem ações com metas concretas visando a qualificação do indivíduo para o retorno ao trabalho, sua recolocação no mercado de trabalho e outros aconselhamentos necessários.

Além disso, respeitando o sigilo, buscam sensibilizar a sua própria comunidade (estudo, emprego etc.) com o intuito de superar o preconceito e preparar o regresso do indivíduo à sua vida normal. O IDT mantém, ainda, programas de incentivo a empresas que empregam dependentes em tratamento, com financiamento de estágios, incentivos fiscais e outras modalidades de apoio.

Ainda na atividade da reinserção, uma importante ação é desenvolvida no sentido de garantir acesso à habitação. Foi constatado que muitos abandonos de tratamento foram motivados pela falta de um local para a moradia próximo da unidade de atenção à saúde. Assim, após uma avaliação de sua situação familiar, os indivíduos podem candidatar-se a viver em apartamentos do próprio IDT por um período de seis

²⁰⁷ O kit é composto por seringa e agulha esterilizadas, utensílios de higiene como gaze e água esterilizada e camisinhas.

a doze meses. Há um compartilhamento de vagas com outras pessoas que se encontram na mesma situação e, nesse período, são implementadas as ações que lhes permitam assegurar uma moradia com os seus próprios recursos.

Após vinte anos de sua implantação, contrariando as críticas inicialmente recebidas, a nova política de drogas portuguesa se tornou referência, apresentando resultados que mereceram atenção mundial. Primeiramente, ficou estatisticamente demonstrado que, ao contrário do que é dito pelo senso comum, o número de consumidores de drogas não aumentou dramaticamente em decorrência da descriminalização, chegando até mesmo a diminuir em algumas categorias²⁰⁸.

Por outro lado, o número de pessoas com doenças relacionadas ao uso de drogas pelo compartilhamento de seringas e agulhas (como AIDS e hepatites) diminuiu significativamente. Por consequência, os níveis de consumo de drogas em Portugal são dos mais baixos de toda a União Européia.

Em que pese tal política de drogas receba críticas com relação ao seu custo, principalmente diante da última crise econômica que assolou Portugal e grande parte da Europa, a descriminalização e todo o arcabouço principiológico que a sustenta encontra uma aprovação quase unânime da sociedade portuguesa, sendo reconhecida como um paradigma para a elaboração de alternativas viáveis ao proibicionismo, que se mostrou completamente ineficaz com relação às suas finalidades declaradas.

3.8 ANÁLISE CRÍTICA DOS CRITÉRIOS DIFERENCIADORES ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE NA LEI 11.343/2006

As primeiras notícias divulgadas à época nos meios de comunicação do Brasil foram favoráveis à Nova Lei de Drogas, tendo sido enfatizado que, com a nova lei, o usuário não poderia mais ser preso. Apesar da suposta aprovação social, foram penosos e longos os caminhos pelos quais passaram os projetos de lei de drogas que tramitaram no Congresso Nacional, até que se chegasse à lei então em vigor.

De início, o Poder Executivo, após a realização dos vetos, enviou um novo projeto de lei ao Congresso – nº 6.108/02 – que tramitou por dois anos na Câmara dos Deputados, e foi apensado ao PL nº 7.142/02, originário do Senado Federal – PLS

²⁰⁸ GREENWALD, G. **Drug descriminalization in Portugal: lessons for creating fair and successful drug policies**. The Cato Institute, 2009. p. 14.

nº 115/02. A Câmara debateu sobre os dois conjuntamente e aprovou no plenário, em 2004, o Substitutivo da Câmara de Deputados – PLS nº 7.134-B. Devido às alterações feitas na Câmara, o projeto retornou ao Senado, tramitando como SCD nº 115/02, que deu origem à Nova Lei de Drogas – nº 11.343/2006.

Conforme se verificou, o PL nº 7.134/02 percorreu um longo caminho até se tornar a Lei nº 11.343/2006. Este diploma legal, por sua vez, abordava de forma inovadora e extensa a questão das drogas, construindo políticas públicas apropriadas e modernas, a partir da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas.

Ainda, era visível a preocupação com o atendimento e reinserção de usuário e dependentes de drogas, atribuindo ao Sistema Único de Saúde – SUS a responsabilidade de criar e aperfeiçoar programas de cuidado aos usuários e dependentes de drogas, seguindo as diretrizes indicadas pelo Ministério da Saúde.

Segundo o artigo 28 da Lei 11.343/2006, o usuário de drogas é quem “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Conceitualmente, adquirir é comprar, passar a ser proprietário, dono do objeto. A conduta ter em depósito significa manter sob controle, à disposição. Agora, transportar traz a ideia de deslocamento, ou seja, de um local para outro. Trazer consigo, por sua vez, é o mesmo que portar a droga, tendo total disponibilidade de acesso ao uso.

Desta forma, a punição passa a ser mais branda para o usuário, trazendo medidas educativas, tanto de tratamento, quanto de reinserção ao convívio social. Com isso, não mais possibilita a prisão do usuário ou dependente, passando a tratá-lo como um doente – o que de fato o é – e não mais como um criminoso. Assim que abolidas as penas privativas de liberdade, busca-se, de logo, medidas educativas para os comportamentos de dependências ou toxicomanias.

É necessário ressaltar que as condutas tipificadas no artigo supracitado contemplam apenas a forma dolosa, ou seja, saber e querer ter a posse da droga. Não se admite a forma culposa, ignorando as modalidades de culpa – negligência, imprudência e imperícia. Assim, o agente que tiver a posse da droga sem saber do que se trata, encontra-se em erro de tipo.

O tipo requer, ainda, outro elemento subjetivo: a intenção especial do agente em ter a droga para consumo pessoal. Desta forma, se o sujeito tem a posse da droga para destinação a terceiros, não há incidência do artigo 28. O elemento subjetivo do

tipo é o dolo específico, isto é, juntamente com a intenção do agente de financiar ou custear o tráfico ou os crimes semelhantes.

Válido se atentar, como elemento normativo, para a expressão “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. Por consequência, o julgador tem a responsabilidade de verificar a ocorrência ou não de tal elemento no caso concreto.

A Lei 11.343/2006 surgiu para dar tratamento diferenciado aos usuários de entorpecentes, entretanto, diversos questionamentos surgiram acerca da inovação no artigo 28: houve a descriminalização – *abolitio criminis* –, a modificação para infração *sui generis*, surgiu um novo tipo para uma modalidade de contravenção especial, promoveu a despenalização ou a conduta do usuário continua sendo crime?

Segundo o entendimento majoritário do STF nos casos julgados até o presente momento, com o advento do artigo 28 da Lei 11.343/2006, houve uma despenalização, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade, mas não uma redução do tipo para contravenção, criação de uma infração *sui generis* ou descriminalização – *abolitio criminis* – do porte de drogas para consumo pessoal, que continua sendo crime.

O traficante, por sua vez, é o sujeito ativo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, tipificado no artigo 33 da referida Lei. Entretanto, à exemplo da lei anterior, a atual Lei de Drogas também não indicou expressamente a conduta, ou condutas, portadoras deste *nomem juris*. Nem o próprio artigo 33, bem como seus parágrafos e incisos, e nenhum outro dispositivo da Lei 11.343/2006, são assinalados com a denominação legal de “tráfico de drogas”.

Importante lembrar que a doutrina penal e a jurisprudência têm utilizado, de forma pacífica, a expressão “tráfico ilícito de drogas” para denominar o crime anteriormente descrito no artigo 12 da Lei 6.368/76 e agora tipificado no artigo 33 da Lei 11.343/2006.

A forma fundamental do crime de tráfico de drogas, descrito no *caput* do artigo 33, compreende dezoito verbos que indicam as condutas típicas que, de imediato, vão muito mais além do seu significado etimológico. Tráfico, portanto, ganha um sentido jurídico-penal muito mais amplo do que o comércio ilegal: a expressão abrange desde os atos preparatórios às condutas mais estreitamente vinculadas à noção lexical de tráfico. Isto indica que a intenção do legislador penal continua sendo a de oferecer uma proteção penal mais ampla ao (suposto) bem jurídico tutelado: a saúde pública.

Entre os dois dispositivos mencionados, artigos 28 e 33, há quase uma total identidade no tocante à descrição das condutas. O legislador, ao reformar a Lei de Drogas, se limitou a modificar a ordem de alguns verbos e acrescentou, ao fim do rol, a expressão “ainda que gratuitamente”, a qual pode ser considerada como referência, também, à conduta de entregar droga para consumo.

Apesar de que a criação de alguns tipos penais permita um enquadramento mais certo de condutas antes subsumidas de forma genérica ao revogado artigo 12²⁰⁹, o crime de tráfico de drogas é o mais relevante da atual Lei de Drogas. No tocante ao tráfico, a mais importante inovação foi prescrever o aumento das penas privativas de liberdade e pecuniária, aumentando de 3 para 5 anos de prisão, e elevando de 50 a 360 dias-multa para 500 a 1500 dias-multa.

O aumento da pena mínima foi para evitar a substituição por penas restritivas de direitos, expressa no artigo 4º, possibilidade esta que causava expressa divergência doutrinária e jurisprudencial em face da Lei nº 6.368, cuja pena mínima era de três anos. A justificativa apresentada para este aumento, desde a referida Lei, sempre foi em decorrência da distinção feita entre aquele que traz consigo, adquire ou guarda para uso próprio – atualmente para “consumo pessoal” – agora punido com as penas não privativas de liberdade do artigo 28, bem como a de outras condutas punidas de maneira diferenciada, como os parágrafos 2º e 3º, agora previstas.

Ainda, levando em consideração que a principal finalidade do traficante é obter lucro, entendeu o legislador que era necessário aumentar a pena pecuniária para desestimular a traficância, conforme lecionam Mendonça e Carvalho²¹⁰.

Vale citar que, de acordo com o § 4º do artigo 33 da Lei atual, a pena pode ser reduzida de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, com bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Dessa forma, criou-se uma espécie de “tráfico privilegiado”, para beneficiar o indivíduo que recém ingressou na traficância.

Essa previsão é interessante, e deveras justa, ao permitir uma individualização mais adequada e proporcional da pena; todavia, requer-se uma cautela maior do

²⁰⁹ Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a consumo, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

²¹⁰ MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008. p. 89.

magistrado quando de sua aplicação, devende este apurar os requisitos legais no curso da instrução criminal, evitando-se conceder ou negar tal benefício fora das hipóteses almejadas pelo legislador.

O contexto social brasileiro deixa claro que o legislador procurou inovar no tratamento dado ao usuário e ao traficante na Nova Lei de Drogas, gerando as mais diversas críticas, em especial aos critérios e à forma que estes serão utilizados pelos agentes que atuam no enquadramento da conduta praticada por cada indivíduo.

Para Luiz Flávio Gomes²¹¹, no momento de definição se a conduta é de tráfico ou apenas uso, existem dois sistemas legais para fazer tal diferenciação: sistema de quantificação legal (fixa-se, neste caso, um quantum diário para o consumo pessoal), onde até esse limite legal não há que se falar em tráfico; sistema do reconhecimento judicial ou policial (cabe ao juiz ou à autoridade policial analisar cada caso concreto e decidir sobre o correto enquadramento típico), onde a autoridade policial deve fazer a diferenciação, mas sendo a última palavra sempre do magistrado.

O artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/2006, não trouxe inovação alguma à questão dos critérios utilizados para diferenciação entre usuário e traficante, perdendo a oportunidade de definir, claramente, a conduta do dependente de drogas proibidas no Brasil. A nova lei conservou a redação do artigo 37 da lei anterior, omitindo-se sobre o tema, e promovendo divergências judiciais causadores graves consequências para os destinatários da lei.

Pelo fato do dispositivo acima mencionado não especificar quantidades determinadas para diferenciar o usuário do traficante, atribuindo que somente o juiz deve analisar as circunstâncias da infração, perfil do infrator dentre outros, surgiram diversas discussões após a promulgação do referido diploma legal.

Desta forma, infelizmente ainda existe uma tendência a continuar encarcerando aqueles que se enquadram no “estereótipo do criminoso” – pretos, pobres e moradores de regiões periféricas – como traficantes, ainda que encontrados com ínfima porção de droga. Estes têm grande probabilidade de serem acusados e condenados por tráfico de drogas, devido às circunstâncias pessoais e sociais em que estão inseridos, ao passo que o indivíduo de classe social privilegiada terá condições

²¹¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo, Lei 11.343, de 23.08.2006**. 6. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 84.

de pagar um bom advogado para promover sua defesa, mostrando que, com seu perfil e condição social, é um mero usuário, e não traficante.

Para agravar a discussão, ao flexibilizar os critérios de definição de que quantidade da substância poderia ser para consumo e o que caracteriza tráfico, o SINAD colocou a cargo da autoridade policial ostensiva a decisão – ou poder – de abrir ou não um processo criminal judicial, permitindo que o policial escolha quem será liberado e quem será encaminhado à justiça. A nova Lei de Drogas, em afronta direta aos direitos da personalidade, legalizou a seletividade de sua aplicação, institucionalizando a ideia de estereótipo do criminoso e também da rotulação social.

A lei se omite quanto à quantidade específica de droga para diferenciar o usuário e o traficante, ficando a seleção ao arbítrio dos representantes do Estado. Desta forma, há uma seletividade social, sendo que a raça e a posição social de certos indivíduos serão fatores determinantes na aptidão à captura seletiva da polícia e dos magistrados.

Desta forma, para o magistrado distinguir se determinado indivíduo é usuário ou traficante, analisa apenas as circunstâncias sociais e pessoais, bem como os antecedentes do agente. Desta forma, caso a pessoa se enquadre no estereótipo do criminoso e na teoria da rotulação social, será considerado traficante, independente da quantidade de droga apreendida consigo.

Neste sentido, Luiz Flávio Gomes²¹² afirma que a análise das características pessoais e sociais do agente, sua conduta e antecedentes, a atividade que o sujeito desenvolve seu processo histórico, como se dão suas relações, qual é sua fonte de renda e patrimônio são características que formam o *modus vivendi* do agente.

Este critério é o principal alvo de crítica da doutrina, já que, nessa oportunidade, passa a vigorar o princípio da seletividade penal, isto é, na maioria dos casos, somente os indivíduos marginalizados é que acabam sendo punidos como traficantes pelo sistema criminal. Ainda, tais critérios precisam ser aplicados com especial atenção, isto porque, tomando esta orientação ao “pé da letra”, serão condenados e presos por tráfico os “suspeitos de sempre”, criando uma rotulação perigosa de indivíduos. Deixa-se de analisar o fato criminoso objetivamente para realizar uma apreciação subjetiva do agente.

²¹² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo, Lei 11.343, de 23.08.2006**. 6. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 86.

No momento em que o magistrado for verificar esses critérios, no caso de um indivíduo marginalizado, deverá ser sopesada levando em consideração, sim, a sua realidade e problemática social, mas não no intuito de prejudicar ainda mais sua situação, fazendo com que a sua condição sirva não só de propulsão ao envolvimento com drogas, mas também seja a própria navalha pronta a lhe proferir novo golpe.

A situação econômica e social precária do indivíduo igualmente não podem ser, ao mesmo tempo, motivo de seu sofrimento diário e a justificativa para indiciá-lo como criminoso, sob pena de violação dos direitos personalíssimos do cidadão e da própria política de prevenção trazida pela nova Lei de Drogas, que – em tese – resguarda uma proteção maior aos vulneráveis.

Portanto, apesar de algumas diferenças doutrinárias acerca do tema, todas acordam no mesmo ponto: a análise desarrazoada dos critérios diferenciadores previstos na Lei 11.343/2006, pelos aplicadores da lei, podem levar à graves consequências aos destinatários, culminando na penalização seletiva, onde o alvo principal será sempre o indivíduo que se enquadra no estereótipo do criminoso.

4 O STF E O JULGAMENTO DO RE 635.659/SP

O Recurso Extraordinário 635.659²¹³, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, foi recebido pelo Supremo Tribunal Federal em 2011, e encontra-se com julgamento suspenso desde 2015. Depois de proferidos três votos, o pedido de vistas do ministro Teori Zavaascki, substituído mais tarde pelo ministro Alexandre de Moraes, suspendeu o julgamento.

O RE ganhou repercussão geral, visto que, segundo decisão do relator, trata-se de discussão que alcança, certamente, grande número de interessados, sendo necessária a manifestação da Corte para pacificar a matéria. Ainda, revelando-se tema com manifesta relevância social e jurídica, ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Por consequência, configurou-se a repercussão geral da matéria.

O caso em tela resume-se à situação em que foi apreendida substância entorpecente análoga à maconha nas dependências de uma cela da unidade prisional de Diadema/SP. A quantidade apreendida foi de apenas 3g (três gramas), que o acusado alegou ser para consumo pessoal, enquadrando-se, em tese, na conduta tipificada no artigo 28 da Lei de Drogas.

Em 1ª instância, o réu foi condenado a uma pena de 2 (dois) meses de prestação de serviços à comunidade ou entidade pública. A Defensoria Pública, por sua vez, apelou da decisão, pedindo a reforma da sentença e a absolvição do acusado, alegando a atipicidade da conduta ou, subsidiariamente, a absolvição por falta de provas. O Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal da Comarca de Diadema resolveu, por unanimidade, negar provimento ao recurso da defensoria.

O Recurso Extraordinário em questão foi interposto pela Defensoria Pública de São Paulo, contra o acórdão proferido pelo Colégio Recursal do Juizado Especial de Diadema/SP que, por entender constitucional o dispositivo legal questionado, manteve a condenação do acusado pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo discute, à luz do art. 5º, X, da

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral**. 2012. Relator Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

Constituição Federal, a incompatibilidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, fundamentando suas razões na ofensa ao direito da intimidade e vida privada, direitos personalíssimos previstos no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal e, por consequência, o princípio da lesividade, valor fundamental do direito penal.

O referido dispositivo constitucional afirma que a intimidade e a vida privada são direitos invioláveis, sendo assegurado o direito à indenização quando da violação destes, seja por terceiros ou pelo próprio Estado. Em sua argumentação, a Defensoria Pública argumenta que o texto constitucional em debate protege as escolhas dos indivíduos, desde que não ofensivas a terceiros, e que, desta forma, as condutas descritas no artigo 28 da Lei de Drogas pressupõem a não irradiação do fato para além da vida privada do agente, razão pela qual não estaria caracterizada, a princípio, lesividade apta a justificar a edição e aplicação da norma impugnada.

O artigo 28 da Lei 11.343/2006 afirma consubstanciar tipicidade quanto ao uso, adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, prevendo como “punição”, em seus incisos, penas de advertência, prestação de serviços comunitários e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A controvérsia está em determinar se o preceito constitucional invocado autoriza o legislador infraconstitucional a tipificar penalmente o uso de drogas para consumo pessoal, tendo em vista a possível violação à direitos da personalidade e, por consequência, violação da própria Constituição Federal.

Desta forma, considerando-se a relevância do tema em debate, tanto para o âmbito acadêmico quanto para a realidade social, necessária se faz uma análise dos votos proferidos até o momento pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, conforme se vê na sequência.

4.1 VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES

Em agosto de 2015, o ministro Gilmar Mendes proferiu brilhantemente seu voto no recurso em questão, indicando já de início que o art. 28 da Lei 11.343/2006 foi impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada, não se fundando o recurso na natureza em si das

medidas previstas no referido artigo, mas essencialmente na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente inculminado.

O voto do ministro foi dividido em nove partes, assim indicadas, e que serão analisadas individualmente: 1) controle de constitucionalidade de normas penais – parâmetros e limites; 2) considerações sobre os crimes de perigo abstrato; 3) posse de drogas para consumo pessoal – políticas regulatórias; 4) adequação da norma impugnada – controle de evidência e de justificabilidade; 5) necessidade da norma impugnada – controle material de intensidade; 6) alternativas à criminalização; 7) manutenção das medidas do art. 28 da Lei 11.343/2006; 8) apresentação do preso por tráfico ao juiz competente; 9) dispositivo.

4.1.1 Controle de Constitucionalidade das Normas Penais

No início de seu voto, o Ministro reiterou o dever estatal de tomar as providências necessárias à realização ou concretização dos direitos fundamentais, reconhecendo que a ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para definir a forma mais adequada de proteção a bens jurídicos fundamentais, mas que neste espaço de atuação a liberdade estará sempre limitada pelo princípio da proporcionalidade, e que sua inobservância configura excesso de poder legislativo.

Ainda, identificou nesta seara, a inadequação entre meios e fins, não observada a utilização de tal princípio, e que a proibição do excesso no direito constitucional envolve a apreciação da necessidade e adequação da providencia adotada.

Aludiu, também, que essa orientação permitiu converter o princípio da reserva legal, no princípio da reserva legal proporcional, onde prima-se a adequação dos meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a necessidade da sua utilização. Por consequência, incumbiria ao Supremo Tribunal Federal examinar se o legislador utilizou sua margem de ação de forma adequada e necessária à proteção dos bens jurídicos fundamentais que objetivou tutelar.

4.1.2 Considerações Sobre os Crimes de Perigo Abstrato

Segundo o ministro, apesar da ampla controvérsia doutrinária, os crimes de perigo abstrato podem ser identificados como aqueles em que não se exige efetiva

lesão ao bem jurídico protegido pela norma, nem a configuração do perigo em concreto desse bem jurídico.

Na espécie do delito em questão, baseado em dados empíricos, o legislador selecionou grupos ou classes de condutas – estereótipo do criminoso e rotulação social – que geralmente trazem consigo o indesejado perigo a algum bem jurídico fundamental. Sendo o perigo não concreto, mas abstrato, consuma-se o delito com a mera conduta descrita na lei penal.

Concluiu, portanto, que apesar da tipificação das condutas que geram perigo abstrato ser a alternativa mais eficaz para a proteção de bens de caráter difuso ou coletivo tais como meio ambiente e saúde pública, as características e os contornos da relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade/ofensividade, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade.

Assim sendo, estas deveriam ser as premissas para a construção de um modelo rígido de controle de constitucionalidade de leis em matéria penal, fundado no princípio da proporcionalidade.

4.1.3 Posse de Drogas para Consumo Pessoal: Políticas Regulatórias

Neste tópico, o ministro afirma que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal está caracterizada por diversos debates polarizados, vagando entre proibição e legalização, de forma a desviar questões essenciais ao debate. Foram diferenciados pelo ministro os conceitos de a) proibição, b) despenalização, c) descriminalização e d) redução de danos e de prevenção de riscos.

Entende-se por proibição o estabelecimento de sanções criminais em relação à produção, distribuição e posse de certas drogas para fins não medicinais ou científicos, sendo este termo utilizado pelo regime internacional de controle de drogas. Assim, quando se fala em proibição, estamos nos referindo essencialmente à políticas de drogas estruturadas por meio de normas penais.

A despenalização, posição menos rígida, é traduzida pela exclusão de pena privativa de liberdade em relação à condutas de posse de drogas para uso pessoal, bem como em relação à outras condutas de menor potencial ofensivo, sem afastá-las

da criminalização, sendo este modelo adotado pelo art. 28 da Lei 11.343/2006²¹⁴.

Mais adiante, tem-se a descriminalização, que descreve a exclusão de sanções criminais em relação à posse de drogas para uso pessoal. Neste vértice, em que pese a conduta não ser mais considerada crime, não se pode dizer que houve a liberação ou legalização irrestrita da posse de drogas para uso pessoal, de forma que, em determinadas circunstâncias, a conduta pode ser censurada por medidas de natureza administrativa (tipo de droga, quantidade, local para consumo etc.).

Após a descriminalização, o que se observa em diversos países é a adoção de programas e práticas que visam mitigar as consequências sociais negativas decorrentes do consumo de drogas psicoativas, sejam elas legais ou ilegais. Tal prática é denominada de política de redução de danos e prevenção de riscos.

Após feitas tais diferenciações, o ministro afirma que do deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública, estamos tratando de uma caminhada gradual e ordenada dos processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos, e não simplesmente de uma pura e indiscriminada legalização irrestrita da posse de drogas para uso pessoal.

4.1.4 Adequação da Norma Impugnada: Controle de Evidência e de Justificabilidade

Para Gilmar Mendes, quando da aferição de constitucionalidade da norma restritiva de direitos fundamentais, é necessário examinar inicialmente se as medidas adotadas pelo legislador se mostram idóneas à efetiva proteção do bem jurídico fundamental – controle de evidência – e se a decisão legislativa foi tomada após apreciação objetiva e justificável das fontes de conhecimento então disponíveis – controle de justificabilidade.

O traço que distingue a conduta do artigo 28 (consumo pessoal) do artigo 33 (tráfico de drogas) reside na expressão “para uso pessoal”. Neste aspecto, o objetivo do legislador era conferir tratamento penal diferenciado para os dois tipos. Entretanto,

²¹⁴ BRASIL. **Lei n. 11.343, 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 30 dez. 2022.

na própria política de drogas adotada pelo legislador à época se observa que a criminalização do porte para uso pessoal é incompatível com a realização dos fins almejados no que diz respeito a usuários e dependentes.

Segundo Mendes, a previsão da conduta como infração de natureza penal contribui para a estigmatização, neutralizando os objetivos definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação aos usuários e dependentes químicos. Isto porque a lei confere tratamento distinto aos tipos penais (28 e 33), mas não foi objetiva em relação à distinção entre usuário e traficante, e que na maioria dos casos todos acabam classificados simplesmente como traficantes.

Ainda, afirmou o ministro que é ônus da acusação produzir os indícios que levem à conclusão de que o objetivo era finalidade diversa do consumo pessoal, já que os critérios objetivos de distinção entre usuário e traficante são muito vagos. Por consequência, fica exclusivamente a cargo da autoridade policial a definição de quem será levado ao Poder Judiciário como traficante, e que há uma nítida incongruência entre a criminalização da conduta de consumo pessoal e os objetivos do legislador em relação aos usuários e dependentes.

Por fim, evidenciou a inadequação da norma impugnada e a violação ao princípio da proporcionalidade.

4.1.5 Necessidade da Norma Impugnada: Controle Material de Intensidade

Na utilização do direito penal como instrumento de repressão à posse de drogas para consumo pessoal, questionou-se a existência de um bem jurídico digno de proteção, pois trata-se de conduta que causaria, quando muito, danos apenas ao usuário e não a terceiros.

Neste aspecto, de um lado temos o direito coletivo à saúde e à segurança pública, e de outro lado o direito à intimidade e à vida privada – que se traduzem no direito à autodeterminação, no caso da posse de drogas para consumo pessoal. É necessário, portanto, um exame da necessidade de intervenção penal, o que significa indagar se a proteção do bem jurídico coletivo não poderia ser efetivada de forma menos gravosa aos direitos da personalidade.

Para o ministro, não se está ignorando os riscos e malefícios associados ao uso de drogas, mas sim examinando se a intervenção penal realmente se mostra necessária. Para tanto, é preciso avaliar, a partir de aportes teóricos sobre restrições

a direitos fundamentais em situações de aparente conflito – ponderação entre direitos fundamentais – a intensidade da intervenção e os fundamentos que a justificaram (proporcionalidade em sentido estrito).

Por conseguinte, é extremamente necessário identificar não só o objeto da proteção, mas também contra qual tipo de agressão se apoia essa proteção. Quanto mais amplo o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior a possibilidade de qualificar o ato do Estado como restrição. Ao revés, quanto mais restrito o âmbito de proteção, menor será a possibilidade de um conflito entre Estado e indivíduo.

O ministro levantou ainda a questão sobre o livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação, sustentando que a Constituição consagra a dignidade da pessoa humana e o direito à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem, e que deles se extrai o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da autodeterminação.

Em que pese as drogas possam causar prejuízos ao usuário e/ou dependente, dar tratamento criminal a estes indivíduos é uma medida totalmente desproporcional que fere de morte tais direitos personalíssimos. Ainda que a pessoa adquira as substâncias através de um traficante, não se pode imputar ao consumidor os malefícios coletivos decorrentes da traficância.

Estes efeitos estão muito afastados da conduta do usuário, pois a relevância criminal da posse para consumo pessoal dependeria da validade da incriminação da autolesão, que é criminalmente irrelevante.

No exemplar entendimento do ministro, utilizar o direito penal para controle do consumo de drogas prejudica tantas outras medidas de natureza não penal que não seriam tão drásticas e de questionáveis efeitos (proibição do consumo em lugares públicos, limitação da quantidade para uso pessoal etc.).

Para Mendes, a finalidade de um dos princípios do SISNAD, a prevenção ao uso indevido, pode ser alcançada por meio de diversas medidas administrativas, tomando como destinatários das políticas de atenção e de reinserção social o dependente e, eventualmente, o usuário não dependente em situação de fragilidade.

Por consequência, entendeu o ministro que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal é inconstitucional, visto que atinge em grau máximo e de forma desnecessária o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, mostrando-se claramente desproporcional.

4.1.6 Alternativas à Criminalização

Segundo o ministro, em todo o mundo discute-se qual o modelo mais adequado para uma eficiente política de drogas, e que, na atualidade, a alternativa à criminalização mais destacada é a não criminalização do porte e uso de pequenas quantidades de drogas, sendo este modelo adotado por diversos países europeus, a exemplo de Portugal e Holanda.

Não obstante, em diversos países, inclusive naqueles em que a posse para uso pessoal ainda é definida como crime, a distinção entre usuário e traficante é feita por critérios objetivos, geralmente com base no peso e na natureza da droga apreendida: para cada tipo de droga, define-se limites máximos de peso, abaixo dos quais se presume que a droga se destina a uso pessoal.

Para Mendes, não há como negar que a adoção de critérios objetivos para distinção entre uso e tráfico, fundados no peso e na natureza da droga apreendida, às vezes até em seu grau de pureza, é uma medida bastante eficaz na condução de políticas voltadas a tratamento diferenciado entre usuários e traficante.

Entretanto, considerando-se as peculiaridades e estatísticas dos diversos países indicados, e tendo em vista o padrão de consumo, os objetivos específicos e demais variantes, não podemos tomar como referência o modelo adotado por um ou outro país cegamente.

Desta forma, é recomendável que, no caso do Brasil, ainda sem critérios objetivos de distinção entre usuário e traficante, se tenha uma regulamentação nesse sentido, precedida de estudos sobre as peculiaridades do nosso país.

Novamente o ministro assentou que a criminalização do usuário restringe, em grau máximo e desnecessariamente, a garantia da intimidade, da vida privada e da autodeterminação, ao reprimir condutas que denotam, quando muito, autolesão, em detrimento de opções regulatórias de menor gravidade. Neste contexto, restou evidenciada, também nesse perspectiva, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, por expressa violação ao princípio da proporcionalidade.

4.1.7 Manutenção das Medidas do Artigo 28 da Lei 11.343/2006

Após reconhecer, em seu voto, a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas, e considerando que as políticas de redução de danos e de prevenção de

riscos positivadas na legislação atual conferem ponderável grau de legitimidade à medidas restritivas de natureza não penal, afirmou o ministro ser importante viabilizar, até que se aprimore a legislação, uma solução que não resulte em vácuo regulatório, que poderia em última análise acarretar uma interpretação errada de sua decisão, sem qualquer restrição, a legalização do porte de drogas para consumo pessoal.

Tendo em vista os resultados práticos obtidos pelos países indicados, afigura-se que a aplicação, do que for possível, das medidas previstas no referido artigo, sem qualquer efeito de natureza penal, mostra-se como uma possível solução apropriada, em caráter transitório, ao cumprimento dos objetivos da política nacional de drogas, até que sobrevenha uma legislação específica.

Assim, afastada a natureza criminal das medidas indicadas, com o consequente deslocamento de sua aplicação da esfera criminal para o âmbito civil, seria possível dar maior efetividade no alcance dessas medidas, além de oportunizarem novas abordagens ao problema do uso de drogas, sem as amarras da lei penal, por meio de práticas mais coerentes com as complexidades do tema.

4.1.8 Apresentação do Preso por Tráfico ao Juiz Competente

Por fim, caso no caso da autoridade policial entender que a conduta em questão seja tráfico de drogas, prevista no artigo 33 da Lei 11.343/2006, o indivíduo detido em posse de drogas deve ser imediatamente apresentado ao juízo competente, para que este possa avaliar se a situação concreta configura consumo pessoal ou tráfico de drogas.

Isto até que se editem normas específicas para promover tal diferenciação, com critérios revestidos de maior objetividade, o que não se observa nos atuais critérios trazidos pela Lei 11.343/2006.

4.1.9 Dispositivo

No dispositivo do respeitável acórdão, o ministro Gilmar Mendes se mostrou com o voto mais progressista, declarando a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, e afastando todo e qualquer efeito de natureza penal, restando mantidas no que couber as medidas ali previstas, até que sobrevenha legislação específica.

Ainda, absolveu o réu por atipicidade da conduta, e não restringiu sua posição

apenas à droga objeto do recurso (maconha), abrangendo todas as drogas hoje consideradas ilícitas.

4.2 O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

O ministro Luís Roberto Barroso²¹⁵, em seu voto, trabalhou exclusivamente sobre o pressuposto da droga em questão no caso concreto, que é a maconha. Logo de início, o ministro ressaltou que, para uma melhor compreensão geral, era necessário diferenciar os termos descriminalizar, despenalizar e legalizar. Para ele, descriminalizar significa deixar de tratar como crime, e despenalizar significa deixar de punir com pena de prisão, mas punir com outras medidas, sendo este o sistema vigente. Ainda, legalizar significa que o direito considera um fato normal, insuscetível de qualquer sanção, mesmo que administrativa. Completou afirmando que o presente recurso versa sobre a descriminalização, e não sobre a legalização.

O voto foi fundamentado essencialmente no direito à privacidade, autonomia individual e no princípio da proporcionalidade, alegando que os direitos fundamentais funcionam como uma reserva mínima de justiça aplicável a todas as pessoas, servindo como limites ao legislador e mesmo ao poder constituinte reformador.

O referido voto foi dividido em nove partes, assim indicadas, e que serão analisadas individualmente: 1) introdução; 2) a interpretação constitucional; 3) premissas fáticas e filosóficas; 4) razões pragmáticas para a descriminalização; 5) uma janela para o mundo; 6) fundamentos jurídicos para a descriminalização; 7) necessidade de um critério objetivo que sirva de orientação para distinguir consumo pessoal de tráfico; 8) enfrentando os argumentos contrários; 9) conclusão.

4.2.1 Introdução

Para introduzir seu posicionamento, o ministro trouxe primeiramente que a problemática das drogas não encontra uma solução juridicamente simples, e nem moralmente “barata”. Isto porque todas as decisões trazem consigo as mais diversas

²¹⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral**. 2012. Relator Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

consequências, que podem agradar e/ou desagradar a sociedade. Desta forma, o Supremo Tribunal Federal estava discutindo o tema em boa hora, buscando a melhor solução possível, baseada em fatos e razões, desprendida de preconceitos e visões moralistas.

Tendo em vista que o objeto do recurso, inclusive que recebeu repercussão geral, envolve o consumo de três gramas de maconha, indicou que seu voto seria trabalhado exclusivamente sobre a maconha.

Diferenciou as terminologias descriminalizar, despenalizar e legalizar, para uma melhor compreensão geral do que seria discutido em seu voto – a descriminalização da maconha. Para o ministro, o consumo de qualquer droga continuará sendo ilícito, mas o que estaria em debate era quais medidas o Direito iria adotar: medidas penais ou outros instrumentos, por exemplo, sanções administrativas (apreensão da droga, proibição de consumo em lugares públicos, submissão a tratamento de saúde etc.).

4.2.2 A Interpretação Constitucional

Para Barroso, a interpretação constitucional se desenvolve desde a proteção dos direitos da personalidade até o pragmatismo jurídicos, sendo que os direitos fundamentais funcionam como uma reserva mínima de justiça aplicável a todas as pessoas, e sua principal característica é que eles são oponíveis às maiorias políticas, funcionando como limites ao legislador e mesmo ao poder constituinte reformador.

Por sua vez, o pragmatismo jurídico é um herdeiro distante do utilitarismo e descendente direto do pragmatismo político, pois ele tem, em meio a outras, duas características destacadas: o contextualismo, que significa que a realidade concreta à época da questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e o consequencialismo, visto que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento crucial de sua prolação, cabendo ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade em geral.

No caso de não se estar em risco direitos ou princípios fundamentais, na maior parte dos casos será legítimo e desejável que o intérprete, dentro das possibilidades e limites constitucionais, construa uma solução adequada produzindo melhores consequências para a sociedade. Nesta vertente, na visão do ministro, por qualquer dos dois critérios – seja sob a égide da primazia dos direitos fundamentais, seja por avaliação pragmática –, chega-se à mesma solução no caso em debate.

4.2.3 Premissas Fáticas e Filosóficas

Segundo Barroso, o consumo de drogas ilícitas, em especial as drogas consideradas pesadas, é uma coisa negativa, devendo o Estado e a sociedade desincentivar o consumo, tratar os dependentes químicos e combater o tráfico de drogas. Por consequência, as palavras do ministro não deveriam ser interpretadas como autorização ou incentivo ao consumo de drogas.

Para ele, deve ser interpretado justamente da forma contrária: a discussão é determinar que medidas são mais eficazes e constitucionalmente adequadas para realizar os três objetivos acima indicados e, em última análise, decidindo se são medidas de natureza penal ou se devem ser medidas de outra ordem para (tentar) resolver a questão.

Salientou também o fracasso da guerra às drogas, política criminal adotada desde a década de 70 pelo governo norte-americano, que tem por objetivo a repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, assim como o consumo. Para ele, a triste realidade é de que, mesmo após tantos anos de adoção dessa política, o consumo e o tráfico de drogas cresceram exponencialmente, e os dependentes químicos ainda continuam sem o tratamento adequado. Não obstante, o custo econômico, social e político desse modelo criminal tem sido altíssimo.

Insistir num modelo fracassado, mesmo após tantas décadas, seria uma forma de fugir da realidade, sendo necessário ceder aos fatos.

Ademais, segundo o ministro, é preciso enxergar a problemática das drogas sob o contexto brasileiro, visto que nos outros países o grande problema é o usuário, enquanto que no Brasil o maior problema é o poder do tráfico de drogas, originado da ilegalidade das drogas. Neste cenário, o tráfico oprime as comunidades mais pobres, criando sua própria lei e captando cada vez mais jovens para trabalhar no mundo do crime. Por consequência, as famílias que residem em regiões periféricas praticamente ficam impedidas de educar e criar os filhos com base na honestidade, porque o aliciamento do tráfico é muito forte: o crime ostenta uma vida luxuosa, cheia de regalias, o que atrai a atenção do jovem para viver essa “realidade”.

Como primeira prioridade, é necessário neutralizar o poder do tráfico a médio prazo, acabando com a ilegalidade das drogas e regulando sua produção/distribuição. Isso tudo devendo ser feito de forma gradual, passo a passo.

A segunda prioridade, segundo Barroso, deve ser impedir a lotação de presídios com jovens pobres e primários, envolvidos com o mundo das drogas, porque eles geralmente são primários, de baixa periculosidade, e dentro dos presídios passam a frequentar uma verdadeira “escola do crime”, sendo aliciados por facções criminosas.

A terceira prioridade, por sua vez, é o consumidor de drogas, que não deve ser tratado como um criminoso, mas como alguém que voluntariamente se sujeita a um comportamento de risco, decorrente de suas escolhas.

4.2.4 Razões Pragmáticas para a Descriminalização

O ministro enumerou três razões pragmáticas que, no seu entendimento, justificam a descriminalização: o fracasso da política atual, o alto custo para a sociedade e a criminalização afeta a proteção da saúde pública.

Acerca do fracasso da política atual, Barroso afirma que ao invés de reduzir a produção, comércio e consumo, a guerra às drogas produziu um forte mercado ilegal, criando e fortalecendo o crime organizado em escala mundial. Consequentemente, floresceu a criminalidade associada ao tráfico, em especial o tráfico de armas, que são amplamente utilizadas nas disputas por territórios entre facções e nos confrontos com a polícia.

Para ilustrar seu ponto de vista, o ministro indicou a questão do consumo de tabaco, que caiu drasticamente nos últimos anos, isto porque a informação e a advertência sobre os malefícios do tabagismo, em especial veiculadas pelo próprio governo, geram a médio prazo resultados melhores do que a criminalização.

Ademais, a guerra às drogas tem um alto custo para sociedade, considerando-se que o resultado desse modelo é o superencarceramento, o aumento da violência e também da discriminação social (estereótipo do criminoso e rotulação social). Trouxe como informação o número de detentos que estão cumprindo pena em regime fechado por crimes relacionados à Lei de Drogas, indicando um aumento epressivo desde a promulgação da Lei.

Justificando a necessidade de se estabelecer critérios mais efetivos para distinguir o usuário do traficante, o ministro indica que, além do alto custo de manter um detento no sistema penitenciário, jovens primários são encarcerados juntamente com bandidos perigosos e, por consequência, passam pela escola do crime no

presídio. Desta forma, quando o jovem é reinserido na sociedade, ele está muito mais agressivo e perigoso, sendo o índice de reincidência acima de 70%.

Conforme indicado pelo ministro, a criminalização afeta a proteção da saúde pública, já que o atual modelo de *war on drugs* tira a preocupação da saúde pública, que é o principal objetivo do controle de drogas, e torna prioridade as políticas de segurança pública e a aplicação da lei penal. Desta forma, a política de repressão penal consome cada vez mais recursos do governo, recursos estes que poderiam e deveriam ser investidos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde.

A consequência mais grave da criminalização do uso é a exclusão e marginalização do usuário, dificultando cada vez mais o acesso a tratamentos de saúde, visto que a criminalização do consumo aproxima a população jovem do mundo do crime. Assim, ao contrário do que a sociedade acredita, a criminalização compromete a saúde pública, ao invés de protegê-la.

Concluiu o relator que a descriminalização do consumo é a melhor alternativa para o cenário brasileiro, já que os malefícios da atual política de drogas superam amplamente seus benefícios. Ainda, a pesada repressão penal e a criminalização do consumo produzem consequências muito mais negativas para a sociedade, em especial sobre as comunidades mais pobres, do que aquelas produzidas pelas drogas sobre o próprio usuário.

4.2.5 Uma Janela para o Mundo

Neste tópico de seu voto, o ministro apresentou um panorama do cenário mundial no que tange a guerra às drogas: segundo ele, quase todos os países democráticos e desenvolvidos estão abrandando sua política sobre as drogas.

À exemplo, nos Estados Unidos, que lideraram a *war on drugs*, 27 dos 50 Estados já descriminalizaram o porte de maconha para uso recreativo ou medicinal, e em quatro deles houve a legalização do comércio.

Portugal, por sua vez, descriminalizou o porte de drogas para consumo pessoal há mais de dez anos e, no caso da *Cannabis*, o porte de até 25g (vinte e cinco gramas) da erva é presumido como porte para consumo pessoal. Após este lapso temporal, foi possível verificar que o consumo em geral não disparou, houve um aumento de dependentes químicos em tratamento e houve a diminuição do índice de infecção por HIV entre os usuários de drogas.

Na Espanha, o consumo não é criminalizado, mas proibido em espaço público, sendo que o porte de até 100g (cem gramas) de maconha é considerado para uso pessoal. O Uruguai, em 2013, foi pioneiro no mundo todo a legalizar a produção, comércio e consumo de maconha, permitindo o porte de até 40g (quarenta gramas) de maconha e autorizando o cultivo doméstico de até seis plantas fêmeas de *cannabis*.

Colômbia e Argentina, entretanto, alcançaram a descriminalização através de decisões do Tribunal Constitucional e da Suprema Corte.

Verifica-se, portanto, que aos poucos o mundo está percebendo que são necessários meios alternativos à criminalização para combater o consumo de drogas ilícitas, ressaltando que descriminalizar não significa tornar o uso lícito e muito menos incentivar o consumo.

4.2.6 Fundamentos Jurídicos para a Descriminalização

Para Barroso, existem pelo menos três fundamentos jurídicos que justificam e legitimam a descriminalização do consumo de drogas à luz da Constituição: violação ao direito de privacidade, violação à autonomia individual e violação ao princípio da proporcionalidade.

A intimidade e vida privada são direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, e compõem o direito de privacidade. O direito de privacidade se refere ao espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas, sejam elas de outros indivíduos ou do próprio Estado. Se não há afetação a bens jurídicos de terceiros, o que um indivíduo faz na sua intimidade deve ficar na sua esfera pessoal de decisão e discricionariedade.

Exemplifica o ministro que, se um indivíduo escolhe “beber até cair desmaiado na cama”, não parece ser uma boa escolha, mas não é ilícita. No caso do consumo de maconha, é o mesmo cenário. Para uns pode não ser bom, mas não é papel do Estado se intrometer nessa esfera pessoal.

Para Barroso, a liberdade é um pilar da sociedade democrática, que não é absoluta, visto que pode ser restringida pela lei. Entretanto, a liberdade tem um núcleo essencial e intangível, que é a autonomia individual, sendo fruto da dignidade humana, e que assegura ao indivíduo sua autodeterminação, podendo fazer escolhas existenciais de acordo com seus valores e crenças. A autonomia não pode ser

suprimida pela sociedade e muito menos pelo Estado.

O Estado pode limitar a liberdade individual, desde que seja para proteger direitos de terceiros ou determinados valores sociais. Neste sentido, fumar um cigarro de maconha em casa não afeta nenhum direito de terceiro, tampouco fere qualquer valor social.

Destacou Barroso que o Estado tem o direito de combater o uso, fazendo campanhas contra, no intuito de educar e advertir a população, assim como já é feito no caso do tabaco e álcool. Entretanto, punir o consumo de drogas com o Direito Penal é, em essência, uma conduta autoritária e paternalista, que impede o indivíduo de decidir livremente sobre sua vida particular. Assim, para poupar o indivíduo de um suposto risco, o Estado decide viver a vida dele.

Já o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, em sua dimensão instrumental, exerce a função de limitar as restrições aos direitos da personalidade, isto porque uma restrição só é legítima se ela for proporcional. No âmbito penal, versando sobre o ponto da lesividade da conduta incriminada, tem-se a vedação do excesso e a proibição da proteção deficiente.

O princípio da lesividade exige que a conduta penalmente tipificada constitua ofensa a bem jurídico alheio, de modo que, se a conduta em tela não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode criminalizá-la. No caso da maconha, o bem jurídico lesado é a saúde individual do usuário, e não um bem jurídico de terceiro. Na mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão.

Alguns dizem que o consumo pessoal de drogas viola o suposto bem jurídico saúde pública, o que não condiz com a realidade: primeiro porque tal lesão é vaga, remota, em escala muito menor do que o consumo de álcool e tabaco; em segundo, porque a criminalização afasta o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma; quem poderia obter tratamento, acaba ficando sem ele, sendo um efeito inverso do pretendido. Assim, não havendo lesão a bem jurídico alheio, é ilegítima a criminalização do consumo de maconha.

A proporcionalidade, ainda, inclui a verificação da adequação, necessidade e proveito da medida restritiva. A criminalização, entretanto, vai na contramão do objetivo maior, que seria a proteção da saúde pública, conforme se observa nas estatísticas e, também, porque a saúde pública fica desprotegida e até mesmo é afetada pela criminalização.

A questão da necessidade também admite inúmeras discussões, já que o

número de países que criminalizaram a maconha está caindo – na América Latina, somente Brasil, Suriname e Guianas ainda tratam o porte de drogas para consumo pessoal como crime. Algumas alternativas são vistas com maior frequência, como sanções administrativas para o usuário e também o combate ao consumo através de propagandas e advertências.

O mais relevante princípio nesse cenário é o da proporcionalidade em sentido estrito, quando se afere o custo-benefício da criminalização que a proporcionalidade se evidencia de maneira mais forte. O custo para o governo é muito alto, enquanto o consumo só aumenta: drenagem de recursos para a repressão penal e sistema penitenciário, encarceramento em massa de jovens e manutenção do poder do tráfico nas comunidades carentes.

Desta forma, considerando a ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por notória inadequação, necessidade duvidosa e alto custo da guerra às drogas face aos benefícios irrelevantes que ela traz, a criminalização se mostra irrazoável e desproporcional.

Entendeu o ministro, enfim, por declarar a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006. Ainda, indicando a falta de critérios específicos para delimitar o que seria pequena quantidade para consumo pessoal, Barroso utilizou como parâmetro a quantidade adotada no Uruguai, qual seja, seis plantas fêmeas.

4.2.7 Necessidade de um Critério Objetivo que Sirva de Orientação para Distinguir Consumo Pessoal de Tráfico

Para Barroso, assim como indicado por Gilmar Mendes, também se faz necessário estabelecer um critério objetivo para distinguir consumo de tráfico, por motivos óbvios.

O primeiro é diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando com que o destino do indivíduo fique à mercê do entendimento policial ou judicial (que podem ser liberais ou severos).

O segundo é que a inexistência de um parâmetro objetivo se mostra tendencioso. O impacto discriminatório produzido em larga escala, deixa cada vez mais evidente a questão da rotulação social e do estereótipo do criminoso: o jovem negro, pobre e morador de região periférica, em regra é enquadrado como traficante; por outro lado, o jovem branco, da alta sociedade e morador de região nobre, em regra

é enquadrado como usuário.

Barroso indicou que, no voto do ministro relator Gilmar Mendes, se observam duas propostas acerca da distinção entre consumo e tráfico. A primeira é que cabe à acusação comprovar se a finalidade da droga era tráfico, e não consumo. A segunda, é que a autoridade policial, caso entenda ser o caso de tráfico, deva levar o acusado imediatamente à presença do juízo competente, para realização da audiência de custódia.

Barroso afirmou estar de acordo com as duas propostas, entretanto, que estas seriam insuficientes. Para tanto, propôs um critério quantitativo referencial para os juízes: acredita o ministro ser adequado uma quantidade de referência fixa entre 40g (quarenta gramas) e 100g (cem gramas), isto porque a quantidade mínima é o critério adotado pelo Uruguai e a máxima adotado pela Espanha.

Em sua opinião pessoal, o ministro indicou que o critério quantitativo deveria ser fixado em 40g (quarenta gramas), mas, buscando um consenso ou pelo menos a maioria do Tribunal, propôs a quantia de 25g (vinte e cinco gramas), assim como adotado em Portugal.

Neste sentido, quem esteja portando tal quantidade de maconha seria presumido como usuário e não traficante, sendo que tal presunção pode ser afastada pelo magistrado à luz dos elementos do caso concreto, fundamentando sua decisão quando entender ser o caso de tráfico, e não de consumo pessoal.

4.2.8 Enfrentando os Argumentos Contrários

O ministro enfrentou também sete argumentos contrários à descriminalização do consumo de drogas.

O primeiro é o de que não houve guerra às drogas no Brasil, sendo tal argumento incompatível com a realidade, isto porque o número de encarcerados por crimes previstos na Lei de Drogas aumentou assustadoramente e por causa do desperdício de dinheiro público com esta guerra.

A descriminalização produziria um aumento de consumo apenas num momento inicial, especialmente do usuário experimental. Porém, passado o momento inicial, as estatísticas indicam que não há aumento no consumo, à exemplo de Portugal.

A descriminalização não aumentaria a criminalidade associada ao consumo de drogas, porque as grandes causas da criminalidade envolvem combinações variadas

entre desigualdade, impunidade e cultura de ganho fácil. Ademais, a maconha não tem efeito anti-social relevante e, se assim fosse, faria muito mais sentido criminalizar o álcool. Nos Estados Unidos, entre 1920 e 1933, as consequências da Lei Seca introduzida pela Emenda 18 foram tão graves e destruidoras quanto as que a criminalização das drogas traria hoje.

Acerca da saúde pública, não haveria impacto, sendo justamente o contrário: conforme se observa nos países “modelo”, onde houve a descriminalização, usuários e dependentes passaram a ter maior acesso à tratamento de saúde.

À época, o deputado Osmar Terra afirmou que a descriminalização aumentaria os riscos do trânsito com pessoas dirigindo intoxicadas. Entretanto, o Código de Trânsito já pune essa conduta, em seu artigo 302, § 2º, prevendo que dirigir sob a influência de substância psicoativa é crime. Portanto, desnecessário se faz criminalizar a maconha para este fim.

Existe uma inconsistência em descriminalizar o consumo e manter a criminalização da produção e da distribuição, mas eventual legalização depende de atuação do Congresso Nacional, não havendo soluções fáceis e prontas. Não obstante, temos o exemplo do Uruguai e dos estados americanos que promoveram a legalização, demonstrando os possíveis resultados que seriam obtidos no cenário brasileiro. O Procurador-Geral da República à época afirmou que, fixando uma quantia de drogas para configurar consumo pessoal, seria criado um “exército de formiguinhas”, já que os traficantes passariam a distribuir em pequenas porções. É sim uma possibilidade, mas na atualidade já é assim: existem os “aviões”, jovens que distribuem a droga em partes menores – e que são a maioria dos encarcerados por tráfico de drogas. Quando estes jovens são presos, em poucas horas o tráfico repõe seu “funcionário” para continuar a atividade ilícita.

O que se tem, na verdade, é um exército de reserva do tráfico, com uma consequência óbvia: presídios superlotados e nenhuma diminuição da traficância.

4.2.9 Conclusão

O ministro concluiu seu voto, ementando o mesmo, onde dispôs que a descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, considerando-se o fracasso da guerra às drogas, o alto custo do encarceramento em massa e os prejuízos à saúde pública.

Também justificam e legitimam a descriminalização o direito à privacidade, a autonomia individual e a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta bem jurídico de terceiros, nem constitui meio idôneo para promover a saúde pública.

Barroso advertiu novamente a necessidade de impor um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas, já que a ausência do mesmo produz um efeito discriminatório – na prática, ricos são usuários e pobres são traficantes. Para ele, deve ser considerado por consumo pessoal o porte de até 25g (vinte e cinco gramas) de maconha, assim como é em Portugal, e o cultivo de até seis plantas fêmeas, à exemplo do Uruguai.

Mesmo que sejam definidos estes critérios como parâmetro, o juiz não está impedido de considerar as peculiaridades do caso concreto, fundamentando sua decisão para enquadrar a conduta como tráfico e não como consumo pessoal.

Por fim, deu provimento ao recurso extraordinário para absolver o recorrente, nos termos do art. 386, III, do CPP, afirmando a seguinte tese: “é inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal; para os fins da Lei 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas; o juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvem quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores”.

4.3 O VOTO DO MINISTRO EDSON FACHIN

O ministro Edson Fachin propõe, assim como Barroso, estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto, ou seja, proferindo seu voto apenas à substância objeto do recurso (maconha) para decidir acerca da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, em face dos direitos da personalidade.

De início, o ministro ressaltou que a análise de um recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, possibilita à Corte extrapolar os limites do pedido inicial, para firmar tese acerca do tema, que tem inegável relevância jurídica, social, política e econômica.

Considerando que se trata de um tema sensível, o ministro fixou qual seria o

norte do seu voto: a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face dos direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade.

Deixou nítido que o consumo de drogas pode acarretar diversos transtornos físicos e psíquicos no usuário, inclusive a morte. Ademais, por diversas ocasiões o consumo de drogas está associado à prática de outros crimes para manutenção do vício.

Em que pese os eventuais riscos do consumo de drogas, o ministro afirma que o tema está diante, também, do respeito à liberdade, à autonomia privada e dos limites de interferência estatal sobre o indivíduo. Indicou o posicionamento de Carlos Santiago Nino²¹⁶, discorrente que existem três argumentos independentes para punir o consumo pessoal de drogas: um argumento perfeccionista, um argumento paternalista e, por fim, um argumento de defesa da sociedade.

Detém-se do argumento perfeccionista quando se justifica o tratamento penal do consumidor baseado na reprovabilidade moral da conduta, buscando impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo um modelo de moral privada, a julgar digno e adequado.

Do argumento paternalista, tem-se que o tratamento penal do consumidor justificado com base na reprovação, no desincentivo e na prevenção geral que as respostas penais deveriam gerar, buscando assim proteger as pessoas contra os danos que poderiam vir a ser causados.

Entretanto, interroga-se o papel do Estado, que ao invés de reprovar penalmente os cidadãos, dentre outras medidas, deveria protegê-los na forma de políticas públicas de atenção e cuidado com a saúde das pessoas que fazem uso abusivo de drogas, mas nunca reprovando penalmente suas condutas autodestrutivas.

Ademais, o argumento de defesa da sociedade justifica o tratamento penal do usuário com base na proteção dos demais cidadãos. Todavia, para prevenir e reprovar eventuais condutas delituosas dos usuários de drogas, o direito penal já oferece uma série de outras sanções: se o usuário de drogas furta ou rouba para sustentar seu vício, deve ser punido pelas ações delituosas de furto ou roubo, mas não pelo uso em si da droga.

²¹⁶ NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: um ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Ariel, 1989. p. 423.

O que pode causar mal aos demais cidadãos são as condutas eventualmente derivadas do uso de drogas, contudo não o uso de drogas por si só. Tais condutas derivadas que possam causar dano já são todas elas objeto de previsão e tratamento pelo Direito Penal.

Assim, a diferença entre ações privadas e ações que possam ofender a moral pública por afronta aos bens de terceiros se torna insustentável, já que toda e qualquer ação, privada ou pública, teria o potencial de se desdobrar em outra ação reprovável.

Por consequência, tem-se que criminalizar o porte de droga para consumo próprio representa a imposição de um padrão moral individual excessivamente protetivo, que no fim não protege e nem previne que o sujeito consuma drogas (paternalismo indevido e ineficaz). Ainda, significa uma falsa proteção da sociedade, dado que já existem respostas penais previstas para as eventuais condutas ofensivas que o consumidor de drogas possa realizar.

Neste aspecto, o ministro entende que a autodeterminação individual corresponde a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune à interferência do Estado, ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico de terceiros, o que autoriza a intervenção estatal.

Mencionou, ainda, que o processo de constitucionalização do direito penal passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de criminalização primária (criação de tipos penais). Como premissa para exercício deste controle, a tomada do fundamento da dignidade da pessoa humana em sua matriz kantiana e republicana, impede que a tutela penal atue de forma arbitrária, impondo valores morais e individuais de conduta ou comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros.

No tocante ao artigo 28 da Lei 11.343/2006, tem-se duas rotas de tensão e tendencial colisão, constatando-se que a opção histórica pela criminalização do uso e posse de drogas ilícitas representa atitude político-criminal: o confronto entre a técnica de incriminação por meio dos crimes de perigo abstrato e o princípio da ofensividade; o confronto entre a concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

Fachin definiu como parâmetro confiável para avaliar a constitucionalidade do artigo 28 a análise de eventual ofensividade do bem jurídico protegido. Neste sentido, embora a posse para uso pessoal tipifique a ação, incide sobre uma conduta que, na

maioria dos casos, é condição essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade.

O ponto de partida para se delimitar o campo de restrição à autonomia está no princípio da ofensividade. Somente no caso de haver um dano efetivo à bem jurídico alheio, interferindo na autonomia das outras pessoas, é que podemos legitimar a intervenção estatal. A sanção penal é, desta forma, apenas um meio de proteger os bens jurídicos e, por configurar uma grave restrição na autonomia dos cidadãos, é necessário avaliar se tal sanção é realmente adequada, em face da proporcionalidade.

Complementou, ainda, que em vista da possível ofensa a um bem individual, não se pode dar ensejo à criminalização do consumo pessoal de drogas, e que a tipificação dos crimes de perigo abstrato é necessário ter um cuidado maior que nos outros tipos, já que a intervenção estatal na esfera privada do indivíduo é demasiadamente grave, à luz da Constituição Federal.

O ministro reconheceu também, assim como Gilmar Mendes e Barroso, a relevância de se estabelecer parâmetros objetivos de natureza e de quantidade da droga que possibilitem diferenciar quem é usuário de drogas de quem é traficante. Entretanto, esta função caberia ao Legislativo, e não ao Judiciário, a fim de se evitar o ativismo judicial desnecessário neste caso.

Por fim, o ministro decidiu pelo provimento parcial do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, sem redução de texto, apenas para a droga objeto do recurso (maconha), não abrangendo outras drogas, e declarando a necessidade de regulamentação legislativa para os demais assuntos relacionados à matéria. Ainda, enquanto não houver o pronunciamento do Poder Legislativo sobre os parâmetros e reconhecida a necessidade de preencher essa lacuna, determinou aos órgãos do Poder Executivo responsáveis pela elaboração e execução de políticas públicas criminais sobre drogas – SENAD e CNPCP – que os regulamentem, e que os parâmetros sejam considerados relativos, sempre passíveis de verificação no caso concreto.

4.4 VOTOS DOS DEMAIS MINISTROS DO STF

O ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto em agosto de 2015, e na sequência, em setembro de 2015, votaram os ministros Luís Roberto Barroso e

Edson Fachin. O próximo ministro a votar seria Teori Zavascki, que pediu vista dos autos no mesmo mês. Entretanto, com o falecimento de Zavascki no início de 2017, o caso foi submetido à apreciação de seu substituto recém-empossado Alexandre de Moraes, que o devolveu para julgamento no final de 2018, sem proferir voto naquela ocasião.

Até a presente data, verifica-se que ainda restam pendentes os votos dos seguintes ministros: Rosa Weber, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Alexandre de Moraes, Nunes Marques e André Mendonça.

4.5 CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS VOTOS DE GILMAR MENDES, LUÍS ROBERTO BARROSO E EDSON FACHIN

Respeitado o notório saber jurídico dos referidos ministros, seus posicionamentos são passíveis das mais diversas críticas, já que mantém a problemática e o impasse da guerra às drogas, além de “privilegiar” os usuários de maconha em relação ao consumidor das demais drogas ilícitas.

Apesar dos ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso acompanharem o relator, divergiram num ponto de extrema importância para o presente debate: segundo entendimento destes ministros, a inconstitucionalidade das condutas previstas no artigo 28 da Lei 11.343/2006 só deve ser reconhecida nos casos de quem “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal”, a MACONHA. Entende-se, desta forma, que a criminalização continua em relação a todas as outras drogas consideradas ilícitas.

A pequena diferença entre os dois votos é que o ministro Fachin afirmou que todas as drogas hoje consideradas ilícitas, exceto a maconha, continuam com o uso sendo reprimido por meio da criminalização. Barroso, por seu turno, preferiu não se manifestar acerca das outras drogas.

Explicou Fachin que a dignidade da pessoa humana em sua matriz kantiana e republicana deve impedir que o sistema de tutela do direito penal atue no sentido de introduzir valores morais individuais ou comportamentos que não chegam a ser concretamente lesivos a terceiros. É necessário esclarecer que a discriminação da maconha em relação às demais drogas consideradas ilícitas não resolve nem mesmo o problema atual da criminalização do usuário.

Deve-se estender os fundamentos constitucionais, bem como as diretrizes do

princípio da lesividade, a todas as drogas ilícitas, afastando o usuário do sistema penal, não se manifestando o ministro acerca da conduta do traficante.

Em que pese a importante contribuição dos ministros, seus votos são equivocados. Isto porque o usuário de maconha acaba sendo privilegiado, enquanto os usuários das demais drogas continuam sendo reprimidos penalmente, configurando uma verdadeira “salada criminal”, ou até mesmo uma “meia-descriminalização”.

Em outro aspecto, debateu-se a legitimidade do Supremo Tribunal Federal em estabelecer critérios objetivos para diferenciação do usuário e do traficante, vez que a atual Lei de Drogas possibilita enorme discricionariedade da autoridade no momento de definir a conduta praticada pelo agente.

Gilmar Mendes²¹⁷, ao tratar deste ponto, indicou a necessidade de regulamentação para diferenciar o usuário do traficante, após a realização de estudos locais para delimitar quais quantidades devem ser atribuídas a cada tipo. O ministro chegou nesta conclusão ao demonstrar uma pesquisa dos diferentes modelos pelo mundo para diferenciá-los, considerando que cada país deve adotar uma política pública de drogas de acordo com suas especificidades.

Luís Roberto Barroso²¹⁸ votou no sentido de estabelecer um critério quantitativo, no intuito de definir e diferenciar o usuário do traficante. Para o ministro, deve ser considerado usuário aquele que portar até 25g de maconha ou plantar seis plantas fêmeas para consumo próprio. Edson Fachin, no entanto, afirmou que tal matéria deve ser apreciada pelo Poder Legislativo, afastando a competência judiciária.

Na atual Lei de Drogas, o critério diferenciador toma como base as circunstâncias pessoais e sociais, a natureza e quantidade da substância apreendida, o local, as condições em que se desenvolveu a ação, bem como a conduta e os antecedentes penais do indivíduo, de forma a permitir uma abusiva discricionariedade da autoridade policial, gerando, ainda, preconceito e desigualdade.

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral**. 2012. Relator Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral**. 2012. Relator Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

O critério hoje utilizado, por si só, já promove total divergência em relação aos pontos centrais de um Estado Democrático de Direito, vez que, ao atribuir antecedentes e condições pessoais como critérios aferidores de quem é usuário ou traficante, está se punindo por meio de um direito penal do autor, por aquilo que o indivíduo é, e não pelo que fez.

O que mais chama a atenção nos votos de Barroso e Fachin é o fato dos ministros não enfrentarem por completo a questão das drogas, limitando seus votos apenas à maconha. Eleger apenas uma droga, no caso a maconha, para ser descriminalizada, é tapar o sol com a peneira, visto que não resolve o problema do superencarceramento e muito menos respeita integralmente os direitos de personalidade de todos os usuários de drogas, e não apenas dos usuários de maconha.

Outrossim, ao manter o usuário das demais drogas como criminoso, continua-se afastando-o do sistema público de saúde e dos demais tratamentos essenciais, na medida que dá prosseguimento à marginalização destes, não colaborando em nada para a evolução do debate acerca das drogas. À exemplo, os usuários de crack continuarão sendo vistos e tratados como criminosos, mantendo-os marginalizados e prolongando este problema social, além de não receberem o devido tratamento médico-ambulatorial, que é um dos objetivos do SISNAD.

Tal entendimento apenas fecha os olhos sobre a questão das drogas, dando continuidade à fracassada guerra às drogas e também às transgressões diárias dos direitos personalíssimos dos usuários de drogas. O que se observa, na realidade, é mais uma discriminação do usuário, que optou por consumir outras drogas que não a maconha.

Um ponto em comum que se observa nos três votos até então proferidos é o verdadeiro fracasso da política atual de *war on drugs*, que é inspirada no sistema norte-americano, e também a necessidade de se respeitar as escolhas individuais do indivíduo, em respeito aos seus direitos constitucionais da personalidade (vida privada, intimidade, autodeterminação e dignidade da pessoa humana).

Desta forma, se espera que, com a retomada do julgamento do Recurso Extraordinário 635.659, o voto do ministro relator Gilmar Mendes prevaleça, já que, salvo entendimento contrário, aparenta ser o posicionamento mais abrangente e atualizado sobre a problemática das drogas no cenário político-social brasileiro.

No contexto brasileiro, antes do século XX não se verificava uma preocupação direta do Estado com a questão das drogas, de forma que não havia uma legislação pátria sobre o tema. Entretanto, como primeira forma de criminalizar o porte, consumo e comercialização das drogas, o Estado utilizou-se das Ordenações Filipinas e seus conteúdos jurídicos.

O primeiro texto normativo específico sobre as drogas surgiu apenas em 1851, não sendo abordada a matéria nos Códigos Criminais Imperiais subsequentes. As Constituições Brasileiras, por seu turno, somente passaram a tratar o tema com a devida atenção em 1967, adotando o modelo repressivo de *war on drugs*, na tentativa de combater o consumo e o tráfico de drogas.

No que tange à uma legislação específica sobre as drogas, a lei pioneira surgiu em 1971, representando naquele momento a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos, dispondo que a educação e a conscientização na luta contra os tóxicos era o único instrumento válido para atingir os objetivos da lei, mantendo o discurso médico-jurídico da época.

O que se observa, desde a primeira legislação específica até a atual, é que o Estado brasileiro sempre teve como parâmetro de conduta o modelo norte-americano, da agressiva guerra às drogas a qualquer custo, crendo ser este o modo mais eficaz para tentar pôr fim, ou ao menos diminuir, o problema das drogas.

A própria Constituição Federal de 1988, bem como a atual Lei 11.343/2006, deixam evidente o caráter paternalista do Estado, que insiste em drenar recursos públicos, humanos e financeiros com um modelo repressivo fracassado, que em lugar algum do mundo – inclusive no próprio país referencial – teve êxito.

Ademais, o atual Estado Democrático de Direito, com fundamento constitucional, afirma e garante os mais diversos direitos fundamentais da personalidade, tendo como premissa a proteção da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, cabe ao Estado proteger o indivíduo de transgressões aos seus direitos, seja contra terceiros ou até mesmo contra o próprio Estado (eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais).

Os direitos fundamentais, dotados de suas características ímpares – universalidade, historicidade, inalienabilidade e indisponibilidade, constitucionalizados, vinculam o Poder Público e com aplicabilidade imediata – demonstram seu conteúdo concreto e que impõem verdadeiras proteções aos

indivíduos, para que possam se desenvolver conforme suas crenças pessoais e autodeterminações.

Na atual Lei de Drogas, a 11.343/2006, verifica-se a transgressão dos direitos fundamentais à vida, liberdade, intimidade e vida privada, livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação. Cabe ao indivíduo, e somente a ele, decidir o que fazer com sua vida e seu corpo, de forma que, caso entenda pelo uso de drogas, o Estado não tem permissão legal para impedir tal conduta, isto porque a pessoa tem autonomia para fazer suas próprias escolhas, em face dos direitos personalíssimos acima indicados.

Ainda sobre a atual Lei de Drogas, temos que as condutas descritas no artigo 28 da referida lei foram penalmente tipificadas em face da proteção do suposto bem jurídico “saúde pública”. Tal bem jurídico coletivo, entretanto, não deveria ter sido utilizado para justificar e legitimar uma intervenção estatal desproporcional na esfera privada dos indivíduos, tendo em vista que a “saúde pública” foi utilizada apenas para mascarar o real objetivo do legislador, que era manter e reforçar a política proibicionista de drogas.

Não obstante, o bem jurídico “saúde pública”, mesmo que se considere sua existência, ao ser utilizado como premissa para criminalizar o uso e consumo de drogas, fere de morte os mais diversos direitos fundamentais da pessoa, que por livre e espontânea vontade – autonomia e autodeterminação – opta por consumir drogas.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, especialmente no Recurso Extraordinário 635.659/SP, com repercussão geral reconhecida, está diante de uma preciosa oportunidade de dar novos rumos à política de drogas no Brasil, seja para revolucionar a atual sistemática ou até mesmo amenizar os efeitos colaterais da guerra às drogas, em especial no tocante à figura do usuário, que deve ser o protagonista neste cenário. Até o presente momento, apenas três ministros proferiram seus votos no referido recurso.

O ministro Gilmar Mendes se mostrou o mais progressista, já que em seu voto demonstrou a total incompatibilidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 com os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, indicando que a Constituição Federal veda a criminalização de condutas que dizem respeito apenas e tão somente à esfera pessoal do indivíduo. Por fim, o ministro opinou pela descriminalização de todas as drogas, em face do fracasso da guerra às drogas, o alto custo do encarceramento massivo e os prejuízos causados à própria sociedade.

Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, entretanto, reconheceram a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas apenas para quem é usuário de maconha, mantendo a criminalização das demais drogas.

Tendo em vista o completo fracasso do modelo repressivo de combate às drogas, que diariamente ferem os direitos personalíssimos de diversos indivíduos, espera-se que o entendimento do ministro Gilmar Mendes prevaleça, já que representa o posicionamento mais abrangente e atualizado sobre a problemática das drogas no atual cenário brasileiro.

Os direitos da personalidade garantem que o ser humano possa se desenvolver plenamente em sua individualidade, sendo respeitada sua dignidade e suas convicções pessoais, mesmo que sua opção seja por consumir drogas que causam danos tão somente ao próprio indivíduo. Assim, o Estado deve se abster de criminalizar condutas que não afetam bens jurídicos reais de terceiros, respeitando as liberdades individuais e punindo criminalmente apenas os excessos do exercício dessa liberdade.

É mais do que evidente o fracasso da guerra às drogas que, ao invés de orientar, proteger e resguardar o usuário, que deveria ser o principal personagem dessa história, deixa o mesmo à mercê de traficantes – já que não consegue adquirir legalmente a substância e muito menos cultivá-la em casa para consumo próprio – e, não raramente, da própria autoridade policial e do Poder Judiciário, já que não existem critérios específicos e efetivos para diferenciar o usuário do traficante: aqui se observa a triste realidade da rotulação social e do estereótipo do criminoso, onde o pobre e negro da periferia preso com drogas é traficante, enquanto que o branco morador de uma região nobre é considerado apenas como usuário.

Nesta linha, o bem jurídico “saúde pública”, conforme foi demonstrado, não se mostra como uma justificativa plausível para restringir os direitos personalíssimos do usuário de drogas. O que se observa, na realidade, é que esse suposto bem jurídico foi utilizado pelo legislador à época da edição da Lei 11.343/2006 apenas como uma forma de institucionalizar e legalizar o modelo repressivo de guerra às drogas, desvirtuando totalmente o que deveria ser o objetivo maior da lei: orientar, proteger e assistir o usuário de drogas.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 é o verdadeiro contrato social firmado entre o Estado brasileiro e seus cidadãos, de forma que, se nesse contrato estão previstos os mais diversos direitos da personalidade, a legislação infraconstitucional

não tem permissão para afrontá-los, mesmo que sob a justificativa de proteger a coletividade – que, repito, não era a real intenção do legislador.

Não se pode negar que as drogas causam prejuízos aos usuários eventuais e também aos dependentes químicos, entretanto, cabe apenas ao próprio indivíduo decidir o que fazer, acreditar, pensar ou até mesmo consumir, independente das consequências que apenas ele possa vir a suportar, tudo em face da garantia e efetivação dos direitos da personalidade.

Utilizar-se do Direito Penal, que deveria ser a *ultima ratio* do Estado, para criminalizar condutas que dizem respeito tão somente à esfera privada do indivíduo, se mostra totalmente desproporcional e ineficaz, tendo em vista que o atual modelo repressivo em nada diminui os crimes relacionados às drogas e, principalmente, fere de morte os direitos personalíssimos constitucionalmente previstos.

Também é necessário considerar que, nos países que adotaram posturas mais progressivas, com a descriminalização do consumo de drogas, os números de consumo diminuíram, visto que os próprios Estados desenvolveram e implementaram políticas públicas de orientação e prevenção sobre o uso de drogas – modelo este que deveria ser adotado no Brasil, respeitando suas peculiaridades.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto brasileiro, antes do século XX não se verificava uma preocupação direta do Estado com a questão das drogas, de forma que não havia uma legislação pátria sobre o tema. Entretanto, como primeira forma de criminalizar o porte, consumo e comercialização das drogas, o Estado utilizou-se das Ordenações Filipinas e seus conteúdos jurídicos.

O primeiro texto normativo específico sobre as drogas surgiu apenas em 1851, não sendo abordada a matéria nos Códigos Criminais Imperiais subsequentes. As Constituições Brasileiras, por seu turno, somente passaram a tratar o tema com a devida atenção em 1967, adotando o modelo repressivo de *war on drugs*, na tentativa de combater o consumo e o tráfico de drogas.

No que tange a uma legislação específica sobre as drogas, a lei pioneira surgiu em 1971, representando naquele momento a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos, dispondo que a educação e a conscientização na luta contra os tóxicos era o único instrumento válido para atingir os objetivos da lei, mantendo o discurso médico-jurídico da época.

O que se observa, desde a primeira legislação específica até a atual, é que o Estado brasileiro sempre teve como parâmetro de conduta o modelo norte-americano, da agressiva guerra às drogas a qualquer custo, crendo ser este o modo mais eficaz para tentar pôr fim, ou ao menos diminuir, o problema das drogas.

A própria Constituição Federal de 1988, bem como a atual Lei 11.343/2006, deixam evidente o caráter paternalista do Estado, que insiste em drenar recursos públicos, humanos e financeiros com um modelo repressivo fracassado, que em lugar algum do mundo – inclusive no próprio país referencial – teve êxito.

Ademais, o atual Estado Democrático de Direito, com fundamento constitucional, afirma e garante os mais diversos direitos fundamentais da personalidade, tendo como premissa a proteção da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, cabe ao Estado proteger o indivíduo de transgressões aos seus direitos, seja contra terceiros ou até mesmo contra o próprio Estado (eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais).

Os direitos fundamentais, dotados de suas características ímpares – universalidade, historicidade, inalienabilidade e indisponibilidade,

constitucionalizados, vinculam o Poder Público e com aplicabilidade imediata – demonstram seu conteúdo concreto e que impõem verdadeiras proteções aos indivíduos, para que possam se desenvolver conforme suas crenças pessoais e autodeterminações.

Na atual Lei de Drogas, a 11.343/2006, verifica-se a transgressão dos direitos fundamentais à vida, liberdade, intimidade e vida privada, livre desenvolvimento da personalidade e autodeterminação. Cabe ao indivíduo, e somente a ele, decidir o que fazer com sua vida e seu corpo, de forma que, caso entenda pelo uso de drogas, o Estado não tem permissão legal para impedir tal conduta, isto porque a pessoa tem autonomia para fazer suas próprias escolhas, em face dos direitos personalíssimos acima indicados.

Ademais, o indivíduo tem o poder de disposição de seus direitos fundamentais da personalidade, já que a autonomia privada é considerada como expressão do direito de autodeterminação pessoal necessário para o pleno desenvolvimento da personalidade. Também não há que se falar em ilicitude dos atos de disposição, vez que o consentimento do usuário de drogas é uma declaração expressa do titular do direito que serve de pressuposto de admissibilidade da renúncia ou limitação de algum direito fundamental da personalidade.

Neste sentido, o ato de disposição que importe em restrição a um bem da personalidade, desde que não atente contra o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana e que tenha como pressuposto a manifestação expressa representando consentimento livre e esclarecido, é legítimo e válido, sendo a mais pura expressão da tutela do exercício dos direitos personalíssimos, dimensão necessária para o desenvolvimento pleno da personalidade e proteção da própria dignidade.

Ainda sobre a atual Lei de Drogas, temos que as condutas descritas no artigo 28 da referida lei foram penalmente tipificadas em face da proteção do suposto bem jurídico “saúde pública”. Tal bem jurídico coletivo, entretanto, não deveria ter sido utilizado para justificar e legitimar uma intervenção estatal desproporcional na esfera privada dos indivíduos, tendo em vista que a “saúde pública” foi utilizada apenas para mascarar o real objetivo do legislador, que era manter e reforçar a política proibicionista de drogas.

Não obstante, o bem jurídico “saúde pública”, mesmo que se considere sua existência, ao ser utilizado como premissa para criminalizar o uso e consumo de

drogas, fere de morte os mais diversos direitos fundamentais da pessoa, que por livre e espontânea vontade – autonomia e autodeterminação – opta por consumir drogas.

Demonstrou-se, também que a política de guerra às drogas não soluciona os problemas da saúde pública, mas potencializa os prejuízos à sociedade, tornando lesão consumada o que era apenas perigo abstrato. Tendo em vista que a política atual não gera os efeitos necessários para resolver ou amenizar o problema gerado pelas drogas, a política de redução de danos foi indicada como uma alternativa vantajosa. A política de drogas portuguesa foi citada como paradigma, eis que, neste país, se mostrou benéfica para todos, indicando ainda que houve redução no consumo de drogas e no número de pessoas contaminadas com doenças relacionadas ao uso de tóxicos.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, especialmente no Recurso Extraordinário 635.659/SP, com repercussão geral reconhecida, está diante de uma preciosa oportunidade de dar novos rumos à política de drogas no Brasil, seja para revolucionar a atual sistemática ou até mesmo amenizar os efeitos colaterais da guerra às drogas, em especial no tocante à figura do usuário, que deve ser o protagonista neste cenário. Até o presente momento, apenas três ministros proferiram seus votos no referido recurso.

O ministro Gilmar Mendes se mostrou o mais progressista, já que em seu voto demonstrou a total incompatibilidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 com os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, indicando que a Constituição Federal veda a criminalização de condutas que dizem respeito apenas e tão somente à esfera pessoal do indivíduo. Por fim, o ministro opinou pela descriminalização de todas as drogas, em face do fracasso da guerra às drogas, o alto custo do encarceramento massivo e os prejuízos causados à própria sociedade.

Luís Roberto Barroso e Edson Fachin, entretanto, reconheceram a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas apenas para quem é usuário de maconha, mantendo a criminalização das demais drogas.

Tendo em vista o completo fracasso do modelo repressivo de combate às drogas, que diariamente ferem os direitos personalíssimos de diversos indivíduos, espera-se que o entendimento do ministro Gilmar Mendes prevaleça, já que representa o posicionamento mais abrangente e atualizado sobre a problemática das drogas no atual cenário brasileiro.

Os direitos da personalidade garantem que o ser humano possa se desenvolver plenamente em sua individualidade, sendo respeitada sua dignidade e suas convicções pessoais, mesmo que sua opção seja por consumir drogas que causam danos tão somente ao próprio indivíduo. Assim, o Estado deve se abster de criminalizar condutas que não afetam bens jurídicos reais de terceiros, respeitando as liberdades individuais e punindo criminalmente apenas os excessos do exercício dessa liberdade.

É mais do que evidente o fracasso da guerra às drogas que, ao invés de orientar, proteger e resguardar o usuário, que deveria ser o principal personagem dessa história, deixa o mesmo à mercê de traficantes – já que não consegue adquirir legalmente a substância e muito menos cultivá-la em casa para consumo próprio – e, não raramente, da própria autoridade policial e do Poder Judiciário, já que não existem critérios específicos e efetivos para diferenciar o usuário do traficante: aqui se observa a triste realidade da rotulação social e do estereótipo do criminoso, onde o pobre e negro da periferia preso com drogas é traficante, enquanto que o branco morador de uma região nobre é considerado apenas como usuário.

Nesta linha, o bem jurídico “saúde pública”, conforme foi demonstrado, não se mostra como uma justificativa plausível para restringir os direitos personalíssimos do usuário de drogas. O que se observa, na realidade, é que esse suposto bem jurídico foi utilizado pelo legislador à época da edição da Lei 11.343/2006 apenas como uma forma de institucionalizar e legalizar o modelo repressivo de guerra às drogas, desvirtuando totalmente o que deveria ser o objetivo maior da lei: orientar, proteger e assistir o usuário de drogas.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 é o verdadeiro contrato social firmado entre o Estado brasileiro e seus cidadãos, de forma que, se nesse contrato estão previstos os mais diversos direitos da personalidade, a legislação infraconstitucional não tem permissão para afrontá-los, mesmo que sob a justificativa de proteger a coletividade – que, repito, não era a real intenção do legislador.

Não se pode negar que as drogas causam prejuízos aos usuários eventuais e também aos dependentes químicos, entretanto, cabe apenas ao próprio indivíduo decidir o que fazer, acreditar, pensar ou até mesmo consumir, independente das consequências que apenas ele possa vir a suportar, tudo em face da garantia e efetivação dos direitos da personalidade.

Utilizar-se do Direito Penal, que deveria ser a *ultima ratio* do Estado, para criminalizar condutas que dizem respeito tão somente à esfera privada do indivíduo, se mostra totalmente desproporcional e ineficaz, tendo em vista que o atual modelo repressivo em nada diminui os crimes relacionados às drogas e, principalmente, fere de morte os direitos personalíssimos constitucionalmente previstos.

Também é necessário considerar que, nos países que adotaram posturas mais progressivas, com a descriminalização do consumo de drogas, os números de consumo diminuíram, visto que os próprios Estados desenvolveram e implementaram políticas públicas de orientação e prevenção sobre o uso de drogas – modelo este que deveria ser adotado no Brasil, respeitando suas peculiaridades.

Conclui-se, portanto, respeitados os entendimentos contrários, que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 é inconstitucional, tendo em vista que tal dispositivo afronta os direitos da personalidade, que estão previstos na Constituição Federal de 1988, conforme fundamentado ao longo deste trabalho.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 6. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

ASCENSÃO, José de. Pessoa, direitos fundamentais e direitos da personalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 26, p. 43–66, abr./jun., 2006.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUILHERME, Vera Maria. **Abolicionismos Penais**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BASAN, Pedro Mudrey. **Tóxicos: a nova lei comentada**. São Paulo: Pro-livro, 1977.

BASTOS, Celso. **Comentários à Constituição do Brasil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Francisco Inácio; MESQUITA, Fábio. **Drogas e Aids: estratégias de redução de danos**. São Paulo: Hucitec, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crime de porte de drogas para uso próprio e o Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Viva Rio, 2015.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. **Legislações**. Disponível em: www.anvisa.gov.br. Acesso em: 01 nov. 2022.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

_____. **Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm#:~:text=Art.%201%C2%BA%20N%C3%A3o%20h%C3%A1%20crime,pena%20sem%20pr%C3%A9via%20comina%C3%A7%C3%A3o%20legal.&text=supressiva%20de%20incrimina%C3%A7%C3%A3o-,Art.,aos%20efeitos%20de%20natureza%20civil. Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. **Decreto n. 5.144, de 16 de julho de 2004**. Regulamenta os §§ 1º, 2º e 3º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5144.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.

_____. **Lei n. 5.726, de 29 de outubro de 1971**. Dispõe sobre medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=5726&ano=1971&ato=54eMTTU50MjRVT60d>. Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. **Lei n. 6.368/76, de 21 de outubro de 1976**. Dispõe sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=6368&ano=1976&ato=0e7oXRq50MnRVTd44>. Acesso em: 22 nov. 2022.

_____. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm. Acesso em: 28 nov. 2022.

_____. **Lei n. 8.257, de 26 de novembro de 1991**. Dispõe sobre a expropriação das glebas nas quais se localizem culturas ilegais de plantas psicotrópicas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8257.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.257%2C%20DE%2026%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201991.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20expropria%C3%A7%C3%A3o%20das,psicotr%C3%B3picas%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 28 nov. 2022.

BRASIL. **Lei 9.296, de 24 de julho de 1996.** Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm#:~:text=Constitui%20crime%20realizar%20intercepta%C3%A7%C3%A3o%20de,a%20quatro%20anos%2C%20e%20multa. Acesso em: 28 nov. 2022.

_____. **Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002.** Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=10409&ano=2002&ato=1eaATVE5ENNpWT620>. Acesso em: 30 dez. 2022.

_____. **Lei n. 11.343, 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 30 dez. 2022.

_____. Ministério Público do Paraná. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - Pacto de San José da Costa Rica.** Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/convencaoamericanaDireitosHumanos.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral.** 2012. Relator Gilmar Ferreira Mendes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 com repercussão geral.** 2012. Relator Luís Roberto Barroso. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal – parte geral.** São Paulo: Atlas, 2013.

CAMARGO, Giovane Matheus; BORDIN, Marcelo. Guerra às drogas: as periferias como locus da violência e a tendência da hipermilitarização. In: VIII Seminário Nacional de Sociologia e Política, 2017, Curitiba. **Anais ...**, 2017. v. 1. p. 1-1. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional.** 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. v. 1. São Paulo: RT, 2007.

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito ao livre desenvolvimento da personalidade**. Portugal-Brasil: Coimbra Editora, 2000.

_____. **O direito geral de personalidade**. Portugal-Brasil: Coimbra Editora, 1995.

CARBONNIER, Jean. **Sociologia jurídica**. Trad. de Diogo Leite de Campos. Coimbra: Almedina, 1979.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsos bens jurídicos e política criminal de drogas: uma aproximação crítica. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 10, 2015.

CARVALHO, Hilário Veiga de; SEGRE, Marco. **Tóxicos: comentários à recente Lei 6.368/76**. Bauru: Ed. Jalovi, 1978.

CARVALHO, Orlando de. **A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites**. São Paulo: Centelha, 1981.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil, do discurso oficial às razões de descriminalização**. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

_____. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

COSTA Jr, Paulo José da. **O direito de estar só – tutela penal da intimidade**. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DE CASTRO, Alexander; NETO, Silvio Toledo. Política criminal de entorpecentes: uma análise dos direitos da personalidade do usuário de drogas em face da repressão penal. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas UNIFAFIBE**, São Paulo, v. 8, n. 3, 2020.

DEL OLMO, Rosa. A legislação no contexto das intervenções globais sobre drogas. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, p. 65-80, jul./dez. 2002.

DELMANTO, Celso. **Tóxicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.

DIAS, Felipe da Veiga; SILVEIRA, Alexandre Marques. Usuários de Drogas e Tratamentos Seletivos no Século XXI: Entre a estigmatização e a legitimação por meio dos crimes dos poderosos. **Revista Jurídica Cesumar**, Maringá, v. 18, n. 3, p. 739-765, setembro/dezembro 2018.

DOMANICO, Andrea. **“Craqueiros e cracados: bem vindo ao mundo dos nóias!” – Estudo sobre a implementação de estratégias de redução de danos para usuários de crack nos cinco projetos-piloto do Brasil**. Salvador: A. Domanico, 2006.

DOMOSTAWSKI, Artur. **Política da droga em Portugal: os benefícios da descriminalização do consumo de drogas**. Global Drug Policy Program, Open Society Foundations, 2011.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. São Paulo: Editora Renovar, 2012.

_____. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FARIA, Bento de. **Código Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 1961.

FEFERBAUM, Marina; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo (Coords.). **Metodologia da pesquisa em direito: técnicas e abordagens para elaboração de monografias, dissertações e teses**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal**. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1995.

FERRARI, Eduardo Reale. Nova lei de tóxicos: Ausência política preventiva e suas aberrações jurídicas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 11, n. 42, p. 281–294, jan./mar., 2003.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, n. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 22 nov. 2021.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FILHO, Napoleão Casado. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FRANCESCHINI, Jose Luiz Vicente de Azevedo. **Tóxicos: aplicações da Lei 5.726, de 29 de outubro de 1971, pelo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

GIORGIANI, Michele. O direito privado e suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 747, ano 87, jan. 1998.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção de bens jurídicos como fundamentos do direito penal**. 2010. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141076.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

GOMES, Geraldo. **Os alucinógenos e a jurisprudência**. São Paulo: Juriscredi, 1972.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada: Lei 11.343, de 23.08.2006- Artigo por Artigo**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de Drogas Comentada: artigo por artigo, Lei 11.343, de 23.08.2006**. 6. ed. ver., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GONZAGA, João Bernardino. **Entorpecentes: aspectos criminológicos e jurídico-penais**. São Paulo: M. Limonad, 1963.

GORRILHAS, Luciano Moreira. O art. 290 do Código Penal Militar (tráfico, posse ou uso de entorpecente) e a nova Lei Antidrogas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1400, 2 mai. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9830>. Acesso em: 2 jan. 2023.

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de Drogas anotada: Lei nº 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Interceptação telefônica: considerações sobre a Lei 9.296, de 24 de julho de 1996**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. Tipicidade, bem jurídico e lavagem de valores. In: _____. **Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Tóxicos: prevenção e repressão: comentários à Lei 5.726**. São Paulo: Saraiva, 1972.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção e repressão: comentários à Lei 6.368, de 21-10-1976, acompanhados da Legislação vigente e de referência**

jurisprudencial, acrescida de novas emendas. 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Tóxicos: prevenção-repressão.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

GREENWALD, G. **Drug descriminalization in Portugal: lessons for creating fair and successful drug policies.** The Cato Institute, 2009.

GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. **Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal.** São Paulo: Almedina, 2016.

GUIMARÃES, Ana Lúcia Ceolotto. A quem interessa a "Lei do Abate"? **Boletim Ibccrim**, São Paulo, v. 13, n. 156, nov. 2005.

HABIB, Sérgio. O espírito da Lei: a nova lei de tóxicos e a despenalização do uso de drogas. **Revista Jurídica Consulex**, ano VI, n. 19, p. 13, 2002.

HESSE, Konrad. **Manual de Direito Constitucional.** Madrid: Marcial Pons, 1996.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014.

_____. **Comentários ao Código Penal.** Tomo I, v.1. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017.

KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no Biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 15, jul./set. 2003.

MARCÃO, Renato Flavio. **Nova Lei de Tóxicos: tribunais anulam processos em razão da não observância do procedimento novo.** 14 out. 2002. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/896/Nova-Lei-Antitoxicos-anulacao-do-processo-em-razao-da-nao-observancia-do-procedimento-novo>. Acesso em: 10 jan. 2023.

_____. **Tóxicos: Leis n. 6.368/1976 e 10.409/2002 anotadas e interpretadas.** São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

MARONNA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 20, Ed. Especial, p. 04-06, out. 2012.

MARTÍNEZ PULJATE, Antonio Luis. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Apontamentos sobre o papel da vontade nas situações jurídicas existenciais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, n. 25, jan.-mar., 2006.

MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges; CARVALHO, Paulo Roberto. **Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2008.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 1. ed. São Paulo: L&P M Pocket, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MORAES, Carlos Alexandre; CARDIN, Valéria Silva Galdino. (Coords.). **Novos Direitos e Direitos da Personalidade**. Maringá: Clichetec Editora, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 779, 2000.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: um ensayo de fundamentación**. Buenos Aires: Ariel, 1989.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OAS. Organization of American States. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966)**. Atual. 24 jul. 2003. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PINTO, Paulo Mota. A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 21, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. v. VII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal na Constituição**. São Paulo: RT, 1997.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Cleber Cristiano Prodanov. **Metodologia do trabalho científico** [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: os direitos das pessoas que usam drogas**. São Paulo: Saraiva Jur, 2013.

RICCITELLI, Antonio. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 4. ed. Barueri: Editora Manole, 2007.

ROCHA, Eduardo Biserra. O novo sistema de políticas sobre drogas e o artigo 290 do CPM. Aspectos relevantes. **Revista Direito Militar**, Florianópolis, ano X, n. 63, jan./fev. 2007.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. Justiça terapêutica: redução de danos ou proibicionismo dissimulado? In: SEIBEL JR., Sérgio Dario. **Dependência de drogas**. São Paulo: Atheneu, 2010.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução: André Luís Callegaria e Nereu José Giacomoli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. São Paulo: Editora do Advogado, 2012.

_____. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

SILVA, Edevaldo Alves de. **Tóxicos**. São Paulo: J. Bushatsky, 1979.

SILVA, Jorge Medeiros da. **A nova lei de tóxicos explicada**. Imprensa: São Joaquim da Barra, Legis Summa, 1977.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIQUEIRA, Galdino. **Direito penal brasileiro**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

SOUZA, Aknaton Toczec. **Perigo à ordem pública: um estudo sobre controle social perverso e segregação**. 2015. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

STF. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 635.659 – SP**. 12/09/2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4034145&numeroProcesso=635659&classeProcesso=RE&numeroTema=506>. Acesso em: 01 jan. 2023.

UNICEF. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 01 dez. 2022.

VENCELAU, Rose Melo. **O negócio jurídico e suas modalidades**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

VIEIRA, João. **O magistrado e a lei antitóxicos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

WODAK, Alex. Redução de danos e programa de trocas de seringas. In: BASTOS, Francisco; MESQUITA, Fábio; MARQUES, Luiz Fernando. **Troca de seringas drogas e aids: ciência, debate e saúde pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em Busca das Penas Perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.