JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

JECRIM-CAMPINAS
Proc. n 2.564/2013
Réu: DANIEL PEREIRA DOS SANTOS

RESUMO: O porte de drogas para consumo pessoal não é crime. Trata-se de conduta atípica. É que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso pessoal é inconstitucional, porque (1) não descreve conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade, o que implica afronta ao princípio constitucional da lesividade, (2) viola os princípios constitucionais da igualdade, inviolabilidade da intimidade e vida privada, pro homine e respeito à diferença, corolários do princípio da dignidade humana, albergados pela Constituição Federal e por tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, e (3) contraria os princípios constitucionais da subsidiariedade, idoneidade e racionalidade, que, no âmbito da criminalização primária das condutas, devem ser observados em um Estado de Direito Democrático.

VISTOS ETC.

DANIEL PEREIRA DOS SANTOS, qualificado nos autos (fls. 05), RG n. 50563779, foi denunciado como incurso no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, pelo seguinte fato: no dia 13 de janeiro de 2011, nesta cidade de Campinas, o réu trazia consigo seis microtubos do tipo *eppendorfs* de cocaína, pesando 3,1g, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, droga da qual era usuário (fls. 1d/2d).

A denúncia foi rejeitada pelo juízo da 3ª Vara Criminal de Campinas (fls. 39), mas o Colendo Colégio Recursal de Campinas, dando provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, recebeu a denúncia (fls. 67/71).

Eis o sucinto relatório.

DECIDO, inspirado pelos princípios da economia processual e celeridade, nos termos do artigo 62 da Lei n. 9.099/95, e com fundamento no artigo 397, III do CPP, aplicável a este procedimento especial nos termos do § 4º do artigo 394 do CPP.

A pretensão condenatória improcede.

A absolvição sumária e antecipada do réu é de rigor.

É que o porte de drogas para consumo pessoal, imputado ao réu na denúncia, não é crime, pois constitui conduta atípica em face da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Com efeito, a criminalização primária do porte de entorpecentes para uso pessoal é inconstitucional, porque (1) o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 não descreve conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade, o que implica afronta ao princípio constitucional da lesividade, (2) viola, também, os princípios constitucionais da igualdade, inviolabilidade da intimidade e vida privada, *pro homine* e respeito à diferença, corolários do princípio da dignidade humana, albergados pela Constituição Federal e por tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, e (3) contraria, ainda, os princípios constitucionais da subsidiariedade, idoneidade e racionalidade, bem como os critérios de proibição de criminalização simbólica, promocional ou com objetivo de imposição de pautas morais, os quais, no âmbito da criminalização das condutas, devem ser observados em um Estado de Direito Democrático, que está sujeito à principiologia de garantias do sistema internacional de Direitos Humanos.

Aliás, devo lembrar, antes de qualquer outra coisa, do ensinamento do Ministro Eros Grau[1], que, invocando Jean Boulanger, afirma que os princípios, que são normas, especialmente os intrassistêmicos, nem sempre estão positivados, o que exige do intérprete e dos juízes a tarefa de "incorpora-los e aplica-los ao caso concreto, ainda que aparentemente *contra legem,* pois se as regras são concreções de princípios, nunca deveria haver antinomia entre eles".[2]

E não se olvide que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, afirmando estar ciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao ímpeto da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico, decidiu que, no entanto, "quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder judiciário deve exercer uma espécie de *controle de convencionalidade* entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve ter

---

[1] Ensaio e discurso sob a interpretação/aplicação do direito, 4ª ed. , São Paulo: Malheiros, 2006, p. 50

[2] *Principies généraux du dorit positif et droit positif.* Le droit privé francais eu mileu du XXe siècle. Paris: LGDJ, 1950; apud Grau, Eros Roberto. op. cit., p. 53

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que dele tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana".[3]

Como se vê, essa decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos deixa absolutamente claro, de modo irrefutável, que constitui dever dos juízes internos controlar a convencionalidade das leis em face do disposto nos tratados de direitos humanos em vigor no país, observando suas normas positivadas, seus princípios e, ainda, a interpretação *pro homine.*

Assim, nesta decisão, realizando o controle da constitucionalidade e, ainda, o controle da convencionalidade do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, forte nos princípios e normas que integram o sistema constitucional brasileiro, que incorporou as normas positivadas e a principiologia do sistema internacional de proteção e garantia dos direitos humanos, devo reconhecer e declarar a inconstitucionalidade da criminalização primária do porte de drogas para consumo pessoal e, consequentemente, a atipicidade da conduta imputada ao réu na denúncia.

1.- DA VIOLAÇÃO A PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO ÂMBITO DOS DIREITOS HUMANOS.

> ***"As legislações, que devem servir à justiça, mas não são a justiça, oferecem permanentemente o perigo do erro, da injustiça. Mas elas são a chance de se fazer justiça, na medida em que elas podem e devem ser constantemente repensadas e refeitas, deferidas e diferidas, perfectíveis. A justiça, esta é o indesconstrutível, o objetivo maior da desconstrução. Podemos dizer que a desconstrução, diferentemente da filosofia clássica, não é uma busca da verdade, mas da justiça"***
>
> **Jacques Derrida[4]**

Como ensina Canotilho, "os tribunais estão sujeitos à lei, devendo, por isso, considerar a lei como a primeira mediação metódica do 'justo' constitucional. Todavia, se a lei surge como primeira 'mediação' da vinculação constitucional, nem sempre existe harmonia entre a constituição e a lei, pois esta pode estar em desconformidade com a primeira. Nestes casos, existe uma dupla vinculação (mas vinculação antinómica) para o juiz. Deve obediência à lei, mas, por outro lado, não pode aplicar 'normas que infrinjam o disposto na constituição ou os princípios nela consignados'. Isto significa a

[3] Valério de Oliveira Mazzuoli, Controle Jurisdicional de Convencionalidade, RT, São Paulo: 2009, p. 73.
[4] *Force de loi*, 1994

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

prevalência da vinculação pela constituição (princípio da constitucionalidade) em desfavor da vinculação pela lei (princípio da legalidade). A constituição prevalece como norma superior, reconhecendo-se aos tribunais o direito de acesso directo à constituição – sobretudo às normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias".[5]

Ora, o Brasil tem ratificado inúmeros Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, incorporando-os ao seu sistema jurídico-constitucional, nos termos do artigo 5º, *caput* e §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal.

E as normas e princípios adotados por esses documentos normativos internacionais, nos termos dos dispositivos constitucionais referidos, constituem dogmas constitucionais metidos a rol entre as garantias fundamentais, com natureza de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da CF/88.

Com efeito, como assevera Flávia Piovesan, invocando ensinamentos de Antônio Augusto Cançado Trindade e de José Joaquim Gomes Canotilho, "os direitos garantidos nos tratados de Direitos Humanos de que o Brasil é parte, integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda da interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, com parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional".[6]

E, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet, na obra Comentários à Constituição do Brasil, organizada pelo nomeado constitucionalista e, também, por J.J. Gomes Canotillho, Gilmar Ferreira Mendes e Lênio Streck, "a norma contida no § 2º do art. 5º da CF traduz o entendimento de que, além dos direitos expressamente positivados no capítulo constitucional próprio (dos direitos e garantias fundamentais), existem direitos que, por seu conteúdo e significado, integram o sistema da Constituição, compondo, em outras palavras, na acepção originária do direito constitucional francês, o assim chamado *bloco de constitucionalidade*, que não se restringe necessariamente a um determinado texto ou mesmo conjunto de textos constitucionais, ou seja, não se reduz a uma concepção puramente formal de constituição e de direitos fundamentais. Assim, a despeito do caráter analítico

[5] J.J. Gomes Canotilho. Direito Constitucional, Almedina, 1993, 6ª ed., pp. 587/8
[6] Direitos humanos e o direito constitucional internacional, pg. 83, Ed. Max Limonad, SP, 1996

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

do Titulo II da CF, onde estão contidos os direitos e garantias como tal designados e reconhecidos pelo constituinte, cuida-se de uma numeração não taxativa. O art. 5º, § 2º da CF representa, portanto, uma cláusula que consagra a abertura material do sistema constitucional de direitos fundamentais como sendo um sistema inclusivo e amigo dos direitos fundamentais".[7]

Com efeito, como também ensina o mencionado jurista, "interpretando-se o § 3º do art. 5º da CF no contexto onde se inserem os tratados de direitos humanos na Constituição, chega-se à conclusão que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma constitucional em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, segundo o qual os direitos e garantias expressos no texto constitucional 'não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela dotados, *ou dos tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte', pois na medida e que a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, é porque ela própria os inclui nos seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu 'bloco de constitucionalidade' e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional".[8]

Assim, diante das normas, regras e princípios, do sistema internacional de Direitos Humanos incorporados ao nosso sistema constitucional como normas de garantia fundamental, é inevitável o reconhecimento de que a lei, que estabelece a criminalização primária do porte de entorpecentes para consumo pessoal, é de indisfarçável insustentabilidade no âmbito constitucional, porque, além de não haver previsão típica de conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade, o que implica violação ao princípio constitucional da lesividade, constitui também flagrante violação aos princípios constitucionais da igualdade, inviolabilidade da intimidade e vida privada, *pro homine* e respeito à diferença, corolários do princípio constitucional da dignidade, todos albergados pela Constituição Federal e por tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Além disso, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal também contraria os princípios constitucionais da subsidiariedade, idoneidade e racionalidade, os quais, no âmbito da criminalização primária das condutas, também devem ser observados em um Estado de Direito Democrático, exatamente em razão do império da principiologia do sistema de garantias dos Direitos Humanos.

---

[7] Comentários à Constituiçãodo Brasil, Editora Saraiva, Almedina e IDD, São Paulo, 2013, p. 517
[8] Ingo Wolfgang Sarlet. op. cit. p. 520

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Ademais, não se olvide que, recentemente, a Corte Constitucional Argentina declarou inconstitucional a tipificação do porte de drogas para consumo pessoal, reconhecendo, expressamente, por unanimidade, que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal representa flagrante violação dos mencionados princípios de Direitos Humanos, os quais, exatamente como ocorre no Brasil, foram incorporados à Constituição Argentina como garantias fundamentais.[9]

E a Corte Constitucional da Colômbia, exatamente no mesmo sentido, também decidiu, em 2013, que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é inaceitável, pois viola princípios do Estado de Direito, Social e Democrático.[10]

Aliás, em 05 de maio de 1995, a mesma Corte Constitucional da Colômbia já havia decidido que criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola o direito ao respeito à liberdade individual e ao livre desenvolvimento da personalidade, princípios democráticos que ao Estado cabe garantir e proteger, buscando alternativas distintas à fracassada "guerra contra as drogas".[11]

Decididamente, como afirma Boaventura de Sousa Santos, ao criticar a atual política de drogas, proibicionista, bélica e criminalizadora, é preciso "dar prioridade total aos direitos humanos e à paz".

1.1.- DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA "LESIVIDADE" ALBERGADO PELO SISTEMA NORMATIVO E PRINCIPIOLÓGICO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS

---

[9] ***DECISÃO DA SUPREMA CORTE DA ARGENTINA***
Buenos Aires,
Vistos los autos:
"Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Gustavo Alberto Fares, Marcelo Ezequiel Acedo, Mario Alberto Villarreal, Gabriel Alejandro Medina y Leandro Andrés Cortejarena en la causa Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080", para decidir sobre su procedencia.
Considerando:
(...)
Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V.515.XLII "Villacampa" —que antecede—, se resuelve:
I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando final, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio.
II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país.

[10] Processo n. 31.531, Caso Ancízar Jaramillo Quintero

[11] Alejandro David Aponte. Despenalización del consumo mínimo de drogas em Colombia: uma apuesta por la liberdad. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano3, n. 10, abril-junho, 1995, p. 7-26.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

HUMANOS NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

> **"(*...) quando o legislador, no exercício de sua função legislativa, criminalizar condutas ignorando a necessidade de possuírem conteúdo lesivo, como exige o princípio em exame, essa omissão deve, necessariamente, ser suprida pelo juiz ou intérprete. Com efeito, como essa atividade parlamentar pode apresentar-se de forma incompleta ou imperfeita ou, por alguma razão, mostrar-se insatisfatória, vaga, exageradamente extensa ou inadequada no âmbito de um Estado Democrático de Direito, o juiz, no exercício de sua função jurisdicional, deve corrigir eventual imperfeição da norma legislativa para adequá-la aos princípios norteadores dessa modalidade de Estado de Direito"***
>
> ***Cezar Roberto Bitentcout*** [12]

Ao consagrar o princípio da inafastabilidade do acesso ao sistema judiciário, a Constituição Federal brasileira também *"dispõe que a exigência da submissão de fatos ao exame judicial se faça relativamente a uma lesão efetiva a um bem, ou a uma ameaça a direito. (...) o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, indica como juridicamente relevante a causação de lesões efetivas ou ameaças a direitos, só podendo ser entendidas, como verdadeiras ameaças, as que sejam concretas, pois ameaças abstratas simplesmente inexistem*".[13]

Assim, no âmbito da atuação repressiva penal do Estado brasileiro pelo sistema criminal, em face dessa garantia constitucional expressa, é evidente que "unicamente o fato ofensivo – lesivo ou concretamente perigoso – a um bem jurídico importante pode ser objeto de criminalização e de sanção penal".[14]

Aliás, "a teoria geral do Direito Penal brasileiro tem o referido princípio como parâmetro para esclarecer quais as condutas que devem ou não sofrer os rigores da lei penal".[15]

O princípio da lesividade ou da ofensividade, portanto, em face de seu conteúdo garantista, deve ser utilizado, sempre e

---

[12] *BITENCOURT, Cezar Roberto.* ***Tratado de Direito Penal:*** *parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 53.*

[13] *OLIVEIRA, Marco Aurélio Moreira de. Crimes de perigo abstrato.* ***Revista de Estudos Criminais****, Sapucaia do Sul, ano IV, n. 15, p. 95-100, 2004. p. 99; v. no mesmo sentido: SILVA, José Afonso da.* ***Curso de Direito Constitucional positivo****. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 432.*

[14] *GOMES, Luiz Flávio.* ***Princípio da ofensividade no Direito Penal****. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 6). p. 14.*

[15] *Félix, Andressa Barboza. A inconstitucionalidade da criminalização das drogas*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

sempre, para gizar os limites da criminalização de condutas sob a perspectiva constitucional e dos Direitos Humanos.

E, como observa Nilo Batista, o princípio da lesividade tem funções que não podem ser esquecidas nem desprezadas: em primeiro lugar, proibir a incriminação de uma atitude interna, que não atinja bens, interesses ou direitos de terceiros, pois, "*ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou mesmo por seus sentimentos pessoais (...) se tais sentimentos não forem exteriorizados no sentido de que produzam lesão a bens de terceiros*";[16] em segundo lugar, proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito próprio do autor, como, por exemplo, a tentativa de suicídio e a autolesão[17]; em terceiro lugar, proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, para que as pessoas não sejam punidas por aquilo que são (proscrito princípio do direito penal do autor), mas, sim, por uma conduta que praticou (consagrado princípio do direito penal do fato) [18]; e, por último, proibir a incriminação de condutas consideradas "desviadas" que não afetam qualquer bem jurídico de terceiros, pois não se deve punir determinado indivíduo por uma conduta considerada "imoral" que não lesione o direito de outrem, como, por exemplo, **a decisão de comprar determinada droga e fazer uso dela.**[19]

Portanto, "nenhum sistema penal está legitimado a 'sacrificar' a liberdade individual senão quando incrimina fatos significativamente ofensivos a bens jurídicos de relevância (pessoal) indiscutível" [20] e, em consequência, se determinada conduta não lesionar, oferecer risco real ou perigo concreto de dano a bem jurídico de terceiro tutelado pelo Direito Penal, não deve ser criminalizada.

Entretanto, o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, contrariando todos esses princípios, critérios e proibições, não descreve conduta hábil para produzir lesão que invada os limites da alteridade, o que implica afronta ao princípio constitucional da lesividade consagrado expressamente pela Constituição Federal brasileira e, ainda, pelo sistema internacional de Direitos Humanos.

Basta ler o tipo penal em menção, que descreve, para a incidência da conduta que pretende criminalizar, exclusivamente aquela

---

[16] *GRECO, Rogério.* ***Curso de Direito Penal****: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 57*
[17] *BATISTA, Nilo.* ***Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro****. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 92-93.*
[18] *GRECO, Rogério.* ***Curso de Direito Penal:*** *parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 57.*
[19] *BATISTA, Nilo.* ***Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro****. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 92-94.*
[20] *GOMES, Luiz Flávio.* ***Princípio da ofensividade no Direito Penal****. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 6). p. 14.*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou porta drogas proibidas "para consumo pessoal".

Como se vê nitidamente, o elemento subjetivo do tipo, desvelado pela expressão "para consumo pessoal", delimita com exatidão o âmbito da lesividade e impede qualquer interpretação expansionista que extrapasse os lindes da autolesão.

Como observou, com exação, Alberto Zacharias Toron, nos termos da dimensão típica do dispositivo penal em comento, referindo-se, especificamente, ao disposto no análogo artigo 16 da Lei n. 6.368/76, "o usuário que adquire, guarda ou traz consigo substância entorpecente, ou que determine dependência, tem um fim especial no agir, qual seja, o uso próprio que compõe o elemento subjetivo do tipo".[21]

É o que também observa Celso Delmanto.[22]

E, como ensina Magalhães Drumond, mencionado por Toron, "se o crime em causa é de perigo comum e se o que principalmente caracteriza o crime de perigo comum é a indeterminação do sujeito passivo, suposto alcançável pelo malefício qualquer pessoa, não se poderia continuar considerando criminosa a ação de quem, convencido de ter consigo ou em depósito substância entorpecente, conseguisse comprovar que assim a detivesse para uso próprio, visando e atingindo, assim, a si próprio – pessoa determinada, isto na hipótese de não se repelir desde logo a concepção de crime na ação contra si mesmo".

Realmente, em face do princípio constitucional da reserva legal, é preciso repelir, de imediato, a concepção de crime na ação contra si mesmo, nos exatos termos típicos do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, que, expressamente, tipifica, apenas e tão-somente, a conduta de portar, adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou portar drogas proibidas "para consumo pessoal", ou seja, como o exclusivo e específico fim de consumi-las.

Com efeito, como ensina Menna Barreto, "a expressão 'para uso próprio' define exatamente a natureza do delito".[23]

---

[21] Jurisprudência Comentada. Porte de Droga para consumo imediato. Atipicidade. Revista de Ciências Criminais, ano 10, n. 37, jan-março, 2002, RT, São Paulo, p. 306.
[22] Tóxicos. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 37.
[23] Estudo Geral. 3 ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, p. 73.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Portanto, o argumento de que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é de perigo abstrato, bem como a alegação de que a saúde pública é o bem tutelado, não é sustentável juridicamente, pois contraria frontalmente a expressão típica desse dispositivo criminalizador, lavrado pela própria ideologia proibicionista, o qual estabelece os limites de sua incidência nos estreitos limites do elemento subjetivo elegido, que determina expressamente o âmbito da lesividade pessoal e proíbe o expansionismo indevidamente desejado.

É por isso que Alexandre Morais da Rosa afirma que "no caso de porte de substâncias tóxicas inexiste crime porque, ao contrário do que se difunde, o bem jurídico tutelado pelo artigo 16 da Lei n. 6368/76 (antiga tipificação do porte de droga para consumo pessoal) é a integridade física e não a incolumidade pública".[24]

Como assevera Maria Lúcia Karan, "é evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, adquire ou tem a posse de uma substância, que causa ou pode causar mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo (...). Nesta linha de raciocínio, não há como negar incompatibilidade entre a aquisição ou posse de drogas para uso pessoal – não importa em que quantidade – e a ofensa à saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente fora de lógica sustentar que a proteção à saúde pública envolve a punição da posse de drogas para uso pessoal".[25]

Lembre-se, então, mais uma vez, de que o tipo do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 descreve a conduta de portar droga "para consumo pessoal", evidenciando que, na hipótese fática tipificada, foi criminalizada, com estrita exclusividade, a conduta de quem tem a droga para consumi-la, pessoalmente, não para distribui-la ou entrega-la a terceiros.

É evidente, pois, que a dimensão típica do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 limita-se à descrição de uma conduta potencialmente causadora de dano à saúde do próprio sujeito ativo do fato, o qual, por exigência da elementar subjetiva do tipo, porta a droga para "consumo pessoal".

---

[24] *Rosa, Direito infracional, p. 217.*
[25] *Karan, De crimes, penas e fantasias, p. 126.*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Como tem decidido reiteradas vezes Fernanda Souza Pereira de Lima Carvalho, Juíza de Direito da Vara do Juizado Especial Cível e Criminal de São Vicente, São Paulo, "analisando-se o tipo penal do artigo 28 da Lei 11343/06, verifica-se que o elemento subjetivo, representado pela expressão *para consumo próprio*, delimita com clareza e exatidão a esfera de lesividade, evidenciando a única interpretação possível, qual seja, a autolesão. Assim, na conduta de quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou porta, **para consumo pessoal**, drogas proibidas, não há como identificar ofensa à Saúde Pública, não sendo possível qualquer interpretação extensiva do âmbito de sua lesividade. Isto porque destinação pessoal e perigo para quaisquer interesses de terceiros são conceitos absolutamente paradoxais, inexistindo fundamento para a afirmação de que a proteção à Saúde Pública requer a criminalização do porte para uso próprio".

Assim, transformar aquele que tem a droga apenas e tão-somente "para consumo pessoal" em agente causador de perigo à incolumidade ou à saúde pública, como se fosse um potencial traficante, implica frontal violação do princípio da lesividade, corolário do princípio da legalidade, dogma garantista previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

E não é possível aceitar a afirmação de que o porte da droga para consumo pessoal representa um perigo potencial para a sociedade ou para a saúde pública, em face da possibilidade de uma conduta futura, com lesividade projetada para o futuro, no campo meramente hipotético: em primeiro lugar, porque o tipo penal em referência não faz nenhuma menção a essa lesividade futura, nem sequer faz qualquer referência à possibilidade de um dano ou risco de dano futuro para terceira pessoa; e, em segundo lugar, porque, em um Estado de Direito Democrático, erigido sob as bases da dignidade humana, não se pode admitir a criminalização de uma conduta com fundamento na possibilidade de um dano futuro, incerto e eventual.

Certamente, criminalizar uma conduta realizada no presente, sem qualquer carga de lesividade no campo da alteridade, visando coibir a possibilidade da ocorrência de prováveis danos futuros, decorrentes de uma hipotética conduta futura, constitui, obviamente, violação ao princípio constitucional da lesividade e é inadmissível em um Estado de Direito Democrático.

Em uma Democracia, que preza minimamente a dignidade humana, não se pode admitir que uma conduta seja criminalizada apenas em razão da "perigosidade" de seu autor, especialmente quando essa

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

"perigosidade" é afirmada com base em preceitos abstratos, presunções legais ou projeções futurísticas.

É o que também ensina Zaffaroni: "argumenta-se que qualquer consumidor é um 'traficante em potencial', o que é inexato, especialmente nos casos de drogas que não produzem dependência rígida e, em geral, importa uma presunção *juris et de jure* de 'tipo de autor', o qual viola a legalidade e a igualdade diante da lei, entre outros direitos, sem considerar que nem todo possuidor é consumidor e, ainda, que o consumo faz do direito de disposição da própria pessoa, o qual não pode ser limitado, pois se trata de bem jurídico do próprio consumidor".[26]

Aliás, na Argentina, onde vigem idênticos princípios constitucionais, a Corte Constitucional, na recente decisão acima mencionada, ao afirmar a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal, observou que a jurisprudência internacional também tem repudiado o exercício do poder punitivo dos Estados com base na consideração da mera periculosidade potencial das pessoas, não admitindo, assim, que os Estados criminalizem condutas presentes não danosas com fundamento na afirmação da possibilidade da prática de uma conduta danosa no futuro.[27]

E a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Femín Ramirez vs. Guatemala, em sentença proferida em 20 de junho de 2005, rejeitando a possibilidade da criminalização com base na perigosidade decorrente da projeção de provável dano decorrente de uma conduta futura, afirmou que "a valoração da periculosidade do agente implica a apreciação do julgador sobre a probabilidade de que o imputado cometa delitos no futuro, ou seja, agrega à imputação por fatos realizados a previsão de fatos futuros, que

---

[26] Sistemas Penales y Derechos Humanos em la America Latina, Buenos Aires: Dpalma, 1986, p. 27.

[27] *"20) Que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que "La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos..."(CIDH, Serie C Nº 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005). Este principio también ha sido receptado por esta Corte en el precedente in re "Gramajo" (Fallos: 329:3680) quién además agregó que "...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad — sobrehumana — de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad..." (ver en sentido coincidente "Maldonado" Fallos: 328:4343). Así aquellas consideraciones que fundan la criminalización del consumidor en base a la posibilidad de que estos se transformen en autores o partícipes de una gama innominada de delitos, parecen contradecir el estándar internacional que impide justificar el poder punitivo del Estado sólo en base a la peligrosidad".*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

provavelmente ocorrerão", declarando ser esse procedimento absolutamente inaceitável na perspectiva dos Direitos Humanos.[28]

É por isso que a Corte Constitucional Argentina, na decisão em menção, inclusive em respeito a essa interpretação da Corte Americana de Direitos Humanos, afirmou que os argumentos que sustentam a criminalização dos consumidores de droga, com base na possibilidade de que se transformem em autores ou partícipes de uma gama inominada de delitos, importa violação ao princípio internacional de Direitos Humanos que impede que os Estados justifiquem o exercício de seu poder punitivo com base na perigosidade do agente, em flagrante violação ao princípio da lesividade, corolário do princípio da legalidade.

Como se vê, não é aceita pelo sistema internacional de Direitos Humanos a criminalização antecipada de condutas, visando punir condutas futuras e incertas de elegido "inimigo", com base no proscrito "direito penal do autor".

Como ensina Canotilho, a criminalização antecipada contraria a perspectiva dos direitos humanos, em razão de suas características essenciais, absolutamente incompatíveis com a perspectiva ética e democrática dos direitos humanos: "*(1) tutela marcada, e intencionalmente antecipada, de bens jurídicos (...); (2) centralidade do paradigma do crime de perigo indirecto, de forma a possibilitar a incriminação de condutas que, em abstrato, se revelam inidôneas e desadequadas para criar aquelas situações de perigosidade legitimadoras de antecipação de intervenção penal; (3) formulação estrutural dos pressupostos incriminadores com especial subvaloração dos pressupostos objectivos essenciais do direito penal (...); (4) inversão do ônus probandi, atenuando a presunção de inocência do arguido; (5) radicalização da pena de prisão nos seus limites máximos e mínimos, e intensificação do rigor repressivo nas várias modalidades de execução de penas, acompanhada de bloqueio a políticas criminais alternativas*".[29]

Com efeito, "a norma que protege a privacidade não habilita a intervenção punitiva do Estado embasada exclusivamente na mera possibilidade de que o consumidor de drogas se transforme em autor ou

---

[28] *"La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos..." - CIDH, Serie C Nº 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005.*

[29] *CANOTILHO, José Joaquim Gomes.* ***Estudos sobre Direitos Fundamentais****. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2008. p. 236*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

partícipe de uma gama inominada de delitos. No direito penal, não se admitem presunções *juris et de jure* que, por definição, servem para dar por certo o que é falso, para considerar que há ofensa quando não há. **Nesse sentido, o perigo de perigo seria uma clara suposição de tipicidade sem lesividade**. Em consequência, a análise dos tipos penais no ordenamento vigente e por imperativo constitucional, deve partir da premissa de que existem apenas tipos de lesão e de perigo, e que nestes últimos sempre deve haver uma situação de risco de lesão no mundo real que se deverá estabelecer em cada situação concreta, sendo inadmissível, em caso negativo, a tipicidade objetiva. Este princípio foi aceito por esta Corte (in re: "Gramajo" Fallos: 329:3680). Em um Estado que se proclama de direito e tem como premissa o princípio republicano de governo, a Constituição não pode admitir que o Estado atribua a si próprio a potestade – "sobre-humana" – de julgar a existência mesma da pessoa, seu projeto de vida e a autorrealização, através de quaisquer mecanismos, seja pela reprovação de culpabilidade ou de neutralização da perigosidade, ou, se for preferível, mediante a aplicação de pena ou de medida de segurança".[30]

E não se olvide, também, que, de acordo com o que proclama o preâmbulo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e, ainda, o Pacto de São José da Costa Rica, o princípio da dignidade humana, que consagra a pessoa humana como um fim em si mesmo, repudia o seu tratamento utilitarista, o que afasta a possibilidade da criminalização do consumidor com o objetivo utilitarista de evitar danos sociais futuros.[31]

Portanto, que em face do princípio da lesividade, consagrado pelo sistema internacional de Direitos Humanos, não se pode admitir a criminalização do porte de drogas para uso pessoal com a perspectiva de que se trata da proteção da saúde pública.

---

[30] *"La norma constitucional que protege la privacidad no habilita la intervención punitiva del Estado basada exclusivamente en la mera posibilidad de que el consumidor de estupefacientes se transforme en autor o partícipe de una gama innominada de delitos. En el derecho penal no se admiten presunciones juris et de jure que, por definición, sirven para dar por cierto lo que es falso, o sea, para considerar que hay ofensa cuando no la hay. En cuanto al peligro de peligro se trataría de claros supuestos de tipicidad sin lesividad. Por consiguiente, el análisis de los tipos penales en el ordenamiento vigente y por imperativo constitucional, debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en estos últimos siempre debe haber existido una situación de riesgo de lesión en el mundo real que se deberá establecer en cada situación concreta siendo inadmisible, en caso negativo, la tipicidad objetiva. Este principio ha sido receptado por esta Corte (in re: "Gramajo" Fallos: 329:3680) al señalar que "...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio Estado se arrogue la potestad —sobrehumana— de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefere mediante la pena o a través de una medida de seguridad" (Corte Constitucional Argentina, voto del Señor Presidente Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti).*

[31] *"18) Que también el principio de dignidad del hombre, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana), guarda más compatibilidad con la solución postulada en "Bazterrica". En efecto, tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y "Montalvo", respecto de la conveniencia, como técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico"*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Como tem afirmado reiteradamente em suas decisões a Corte Interamericana de Direitos Humanos, aos Estados é defeso invocar a proteção dos interesses coletivos, arbitrariamente, com a intenção de estabelecer restrições indevidas aos direitos fundamentais.

Com efeito, a CIDH, em sua Opinião Consultiva n. 5/68, afirmou, expressamente, que "**de nenhuma maneira é possível invocar a ordem pública ou o bem comum como meio para suprimir um direito garantido pela Convenção ou para desnaturaliza-lo ou priva-lo de conteúdo real** (v. art. 9º. a da Convenção Americana de Direitos Humanos[32])".

E, como observa com exação Maria Lucia Karan, "a simples posse das drogas tornadas ilícitas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, é uma conduta que diz respeito unicamente ao individuo, à sua intimidade e às suas opões pessoais, não estando autorizado o Estado a intervir sobre condutas de tal natureza, ainda mais através da imposição e uma sanção, qualquer seja sua natureza ou sua dimensão".[33]

Portanto, o artigo 28 da Lei 11.343/2006, em face de sua limitada expressão típica, que não trata da proteção da saúde pública, e que nem sequer poderia tratar da proteção desse bem comum, cuida apenas de criminalizar uma conduta sem danosidade ou prejuízo para terceiros, direcionada a punir a autolesão, ou seja, a potencial danosidade à saúde do próprio agente, o que é inadmissível em face da prevalência garantista do princípio constitucional da lesividade.

---

[32] *"22) Que sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado. Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. Luego agregó: "No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedade democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención" (parágrafos 66 y 67). Es claro que las consideraciones en que se sustenta el precedente "Bazterrica" se ajustan más a esa pauta interpretativa de la Corte Interamericana, que el precedente "Montalvo", en referencia a los bienes colectivos invocados".*

[33] Proibições, Riscos,Danos e Enganos: as Drogas Tornadas Ilícitas, Escritos Sobre a Liberdade, v. 3, Lumen Juris Editora, RJ, 2009, p. 29

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Afirma Otávio Dias de Souza Ferreira que, na realidade, em face da dimensão típica do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, "o bem tutelado na proibição do consumo é o risco à saúde individual" e "os ordenamentos, tradicionalmente, não consideram ilícitos penais as autolesões. As relações de uma pessoa consigo mesma não fazem parte do mundo do direito".[34]

Com efeito, "a afetação de um bem jurídico, ponto que está na base do princípio da exigência de lesividade da conduta proibida, naturalmente, diz respeito a bens jurídicos de titularidade de terceiros. Não apenas por decorrência do princípio da legalidade, mas também pelo próprio sentido de bem jurídico, que se identifica o direito que cada indivíduo tem de dispor (isto é, de usar ou aproveitar) de certos objetos, como a vida, a saúde, o patrimônio, a honra, etc. A lesão, ou o perigo de lesão ao bem jurídico (isto é, a afetação), revela-se, exatamente, quando a conduta de alguém vem perturbar ou impedir a livre disposição daqueles objetos, que, assim, necessária e logicamente, hão de estar referidos a uma pessoa diversa daquele que realiza a conduta perturbadora, devendo ser, portanto, necessariamente, de titularidade de terceiros".[35]

Assim, embora a nocividade de uma conduta privada esteja sujeita a cuidados, críticas, ponderações e até mesmo a atitudes de persuasão, não se pode admitir, sob a perspectiva dos Direitos Humanos, que a pessoa prejudicada pela nocividade decorrente de sua própria conduta seja obrigada pelo Estado a não pratica-la, máxime quando o Estado, para tanto, pretende usar os instrumentos repressivos do sistema de criminalização.

Como afirmou em seu voto, o Presidente da Corte Constitucional Argentina, ao proclamar a inconstitucionalidade da criminalização primária do porte de drogas para consumo pessoal, Ministro Ricardo Luis Lorenzetti, "não cabe penalizar condutas realizadas no âmbito privado, que não acarretam perigo ou dano a terceiros. Os argumentos baseados na mera perigosidade abstrata, na conveniência ou na moralidade pública não suportam ao teste de constitucionalidade, pois a conduta realizada no âmbito privado é lícita, salvo se constituir um perigo concreto ou cause um dano a bens jurídicos de terceiros".[36]

---

[34] Drogas e direito penal mínimo. Análise principiológica da criminalização de substâncias psicoativas. Revista de Ciências Criminais, do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, RT, 2008, v. 75, p. 204
[35] Karan, op. cit. p. 29
[36] Corte Constitucional Argentina, Voto de Señor Presidente Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

E, se não há no respectivo tipo penal previsão de perigo concreto nem de lesão a direitos ou bens de terceiro, se a conduta do porte para consumo pessoal, no âmbito da existência material, também não acarreta nenhum dano direto ou perigo concreto a terceiros, é evidente, então, que a criminalização do porte de droga para consumo pessoal visa à punição do "consumidor" simplesmente por ser ele "consumidor", o que é inadmissível diante do princípio de respeito à dignidade humana.

É evidente, pois, que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal está embasada na proscrita e inaceitável ideologia do "direito penal do autor", em tudo contrária aos preceitos e fundamentos da ética democrática e da principiologia dos Direitos Humanos.

Como ensina Dimitri Dimoulis, o Estado não pode justificar a punição do drogado "pelo fato de ser ele drogado, quando isso não causar danos aos direitos dos demais".[37]

Em uma sociedade que vive sob a égide dos princípios de Direitos Humanos, também não se pode aceitar a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal com a justificativa de que se trata de uma providência para proteger terceiros dos maus exemplos e da influência dos consumidores, pois "punir alguém para evitar que ele dê mal exemplo a outros é uma opção paternalista e antiliberal, que não pertence à lógica do direito penal moderno".[38]

Assim, a criminalização do porte de droga para consumo pessoal, nos termos da expressa tipificação prevista no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, a qual somente se refere à lesão ou perigo de lesão à saúde do próprio agente, viola o princípio da ofensividade e, por isso, é inconstitucional.

É o que ensina Cristiano Avila Marona, quando afirma (1) que o consumo pessoal não afeta a saúde pública, (2) que não é admissível o discurso jurídico que sustenta que a incriminação do porte de drogas para consumo pessoal justificar-se-ia em função da expansibilidade do perigo abstrato à saúde pública, (3) que não é possível ignorar a existência de um antagonismo evidente entre a destinação pessoal do consumo e a proteção jurídica à saúde pública, pois, se o consumo é pessoal, afeta a saúde individual, (4) que não há alteridade, apenas autolesão, o que inviabiliza a atuação do

---

[37] Problemas de constitucionalidade da criminalização do tráfico de entorpecentes na perspectiva da tutela dos dirietos fundamentais, in Revista Ultima Ratio, ano 3, n. 4, Ed. Lumen Juris, RJ, 2009, p. 08
[38] *Dimitri Dimoulis, op. cit. p. 8.*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Direito Penal, (5) que aceitar como justificativa para a incriminação dos consumidores a necessidade de punição do tráfico (ou mesmo de outros crimes) significa adotar critério de responsabilidade objetiva, na medida em que se reprime alguém (consumidor de drogas) por atos de terceiros (traficantes ou autores de delitos relacionados ao consumo ou comércio de drogas) e (6) que constitui inaceitável utilitarismo, instrumentalizador da dignidade humana, a punição do consumo "com vistas à evitação de um futuro e incerto perigo abstrato gerador dessa inaferível expansibilidade do consumo".[39]

Com efeito, como afirma Hirsch, "*o Estado não deve empregar sua violência coativa para impedir que um indivíduo pratique autolesões*".[40]

E, por isso mesmo, sustenta Luiz Greco que é inconstitucional a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.[41]

Luiz Flávio Gomes também afirma que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola o princípio constitucional da lesividade: "*Se em direito penal só deve ser relevante o resultado que afeta terceiras pessoas ou interesses de terceiros, não há como se admitir (no plano constitucional) a incriminação penal da posse de drogas para uso próprio, quando o fato não ultrapassa o âmbito privado do agente. O assunto passa a ser uma questão de saúde pública (e particular), como é hoje (de um modo geral) na Europa (...). Não se trata de um tema de competência da Justiça penal".*[42]

E Nilo Batista afirma, da mesma forma, que incriminar o uso de drogas implica *"franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações político-criminais".*[43]

Aliás, na Colômbia, recentemente, a "Corte Suprema de Justicia" também afirmou que a criminalização do porte de drogas para

---

[39] MARONA, Cristiano Avila. Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal. Boletim IBCCRIM. Edição Especial.Drogas. v. 20, 2012.

[40] HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, 2007, n. 67, p. 14.

[41] Luiz Greco, Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: RT, n. 87, p. 100, 2010.

[42] Luiz Flávio Gomes.Legislação Criminal Especial. Coleção Ciências Criminais, Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.009, p. 174

[43] Nilo Batista, *Introdução crítica ao direito penal brasileiro.* Rio de Janeiro: Revan, 1.996, p. 92/93

consumo pessoal viola o princípio da ofensividade, consagrado pelo sistema internacional de Direitos Humanos, afirmando que não existe crime sem lesão ou perigo concreto de lesão a qualquer bem jurídico tutelado.

A Corte Constitucional Colombiana, em apertada síntese, decidiu o seguinte: (1) "não se pode castigar legitimamente condutas que unicamente causam autolesão, tampouco se pode justificar o castigo de uma conduta unicamente em razão de sua imoralidade"; (2) "os danos para a saúde resultantes do consumo de drogas são autoinfligidos pelos consumidores. E esses danos têm muito pouco ou nada a ver com o menoscabo de interesses de terceiros"; (3) "não é justificável a reação penal contra o consumo voluntário de drogas"; (4) "o princípio da não punição do consumidor implica defender a não incriminação de todas as condutas relacionadas com drogas, não somente o ter ou possuir, que tenham como exclusivo objeto o autoconsumo. (…) A impunidade não alcança somente o dependente, que cultiva ou porta a droga para seu consumo, mas, também, o consumidor ocasional, ou seja, aquele que não é dependente nem física nem psicologicamente e consome drogas esporadicamente. A inexigibilidade de responsabilização criminal nesses casos deriva da falta de tipicidade do consumo, como ato final ou fim objetivo em si mesmo considerado"; (5) "os fatos de portar doses pessoais ou provisionais de drogas constituem comportamentos íntimos e totalmente individuais que não afetam a alteridade ou a coletividade"; e (6) "como fundamento na teoria do delito, que não é uma soma de postulados dogmáticos penais sem conteúdo histórico, mas, ao contrário, deve guardar cumplicidade com os fins e valores do Estado constitucional, social e democrático de Direito, é possível compreender, sem dificuldade, que o dano ou perigo de afetação ao bem jurídico tutelado, a saúde pública, somente se materializa em abstrato ou em concreto em situações de inter-relações em que se produza um resultado de menoscabo ou tentativa de lesão de direitos ou interesses de terceiros", o que não acontece com o porte de drogas para consumo pessoal.

Como se vê, "a conduta de portar drogas para consumo pessoal, por acarretar exclusivamente autolesão, não afeta os direitos de outras pessoas, o que afasta a configuração da antijuridicidade material, ou seja, a lesividade, sendo, portanto, ilegítima a sua criminalização".[44]

---

[44] VELÁSQUEZ y otros, Comentarios al Estatuto Nacional de Estupefacientes, Bogotá, Editorial Temis, 1988, página 115

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

E também é o que ensina Andrex von Hirsch: "não é justificável a reação penal contra o consumo voluntário de drogas".[45]

Lembre-se, ainda, do ensinamento de Stuart Mill, que, em sua obra "On Liberty", publicada em 1859, já afirmava que "o fato de viver em sociedade torna indispensável que cada um se obrigue a observar uma certa linha de conduta com relação aos demais. Essa conduta consiste, primeiro, em não prejudicar os interesses dos outros; ou certos interesses, que, por expressa declaração legal ou por tácito entendimento, devem ser considerados direitos (...). Quando uma conduta de uma pessoa prejudica os interesses de outra, a sociedade tem jurisdição sobre tal conduta e pode discutir-se se sua intervenção é ou não favorável ao interesse geral. Mas não há lugar para essa abordagem quando a conduta de uma pessoa não afeta, em absoluto, os interesses de nenhuma outra pessoa (...). Em tais casos, existe perfeita liberdade, legal e social, para executar a ação e suportar as consequências".[46]

E não se olvide, como afirma Salo de Carvalho, que "a identificação de bens jurídicos sob a chancela do interesse púbico (v.g. saúde pública) estabelece espécie de (neo)espiritualização do valor ou interesse de tutela. No caso das drogas, sob a justificativa da tutela da saúde pública, inúmeros danos à saúde e à autonomia e à liberdade de pessoas de *carne e osso* (Ferrajoli) são cometidos. Esquecer o sujeito concreto para criar mecanismos retóricos abstratos de legitimação da punição aos usuários produz significativa violência ao núcleo constitucional que deveria sustentar o direito penal"[47].

Como ensina o Ministro Zaffaroni, é preciso afirmar que "no Direito Penal de viés libertário, orientado pela ideologia iluminista, ficam vedadas as punições dirigidas à autolesão (caso em tutela), crimes impossíveis, atos preparatórios: o direito penal se presta, exclusivamente, à tutela de lesão a bens jurídicos de terceiros. Prever como delitos fatos dirigidos contra a própria

---

[45] Andrew von Hirsch, El concepto de bien jurídico y el principio del daño, en "La teoría del bien jurídico", Madrid, Marcial Pons, 2007, páginas 38, 39, 45 y 46

[46] "El hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otros; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos (…) Tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente a los intereses de otra, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al interés general. Pero no hay lugar a plantear ésta cuestión cuando la conducta de una persona no afecta, en absoluto, a los intereses de ninguna otra (…) En tales casos, existe perfecta libertad, legal y social, para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias".

[47] A política criminal de drogas no Brasil, Estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006, Ed. Saraiva, São Paulo, 2013, p. 406

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

pessoa é resquício de sistemas punitivos pré-modernos. O sistema penal moderno, garantista e democrático, não admite crime sem vítima. Repito, a lei não pode punir aquele que contra a própria saúde ou contra a própria vida – bem jurídico maior – atenta: fatos sem lesividade a outrem, punição desproporcional e irracional![48]"

E exatamente nesse sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por suas 5ª e 6ª Câmaras Criminais, afirmando, em uníssono, que a criminalização do porte de substâncias entorpecentes para uso próprio constitui violação aos princípios da dignidade humana e ofensividade.[49]

Mas não é só.

O Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, por votação unânime, já em 1995, decidiu que a criminalização do porte de droga para consumo pessoal viola o princípio da lesividade e, por isso, constitui uma conduta atípica, pois não há falar em crime contra a saúde pública quando se trata de posse de drogas para consumo pessoal, "a destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios" e "são coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para si próprio é o oposto de ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente ilógico supor que a proteção à saúde pública possa envolver a criminalização da posse de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica para uso pessoal".

Aliás, julgo oportuno lembrar os fundamentos dessa histórica e precisa decisão da Justiça Militar:

> "*Os crimes contra a incolumidade pública - as chamadas infrações de perigo geral ou comum - caracterizam-se pela natureza coletiva do bem jurídico tutelado, o que significa que, ainda que bens ou interesses particulares possam ser diretamente atingidos pelas condutas delituosas, o que a lei protege, em essência, é o interesse geral da coletividade, em face do perigo indiscriminado que aquelas condutas encerram. Hungria falava do perigo coletivo ou comum como aquele que afeta indeterminado número de pessoas, constituindo o evento*

---

[48] *Lições de Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa del Olmo, Maria Lúcia Karan e Salo de Carvalho.*

[49] *TJRS, 5ª Câmara Criminal, AC 70004802740, rel Amilton Bueno de Carvalho, j. 07.05.2003;* [49]*no mesmo sentido: porte de substância para uso próprio – violação dos princípios da dignidade human e ofensividade, TJRS, 6ª Câmara Criminal, AC 70008952129, rel. Marco Antonio Bandeira Scapini, j. 12.08.2004*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

típico dos crimes e contravenções contra a incolumidade pública (Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo II, página 20). Fragoso definia o perigo comum como a exposição de um número indeterminado de pessoas ou coisas a probabilidade de dano (Lições de Direito Penal, Parte Especial-arts.213 a 359 CP, página 153).
Berinstain, em sua primorosa explicação sobre a natureza de tais infrações - "los delitos de peligro general o común son (...) los que se refieren al público como conjunto de individuos, u objetos, indeterminados; por tanto, el peligro general puede referirse a sólo una persona, o cosa, pero indeterminada, como parte de la colectividad" -, encontrada no ensaio El Delito de Peligro por Conducción Temerária (in Cuestiones penales y criminológicas, Madrid, Reus, 1970, página 304), reporta-se à lição de Welzel, no que este aponta a vinculação do perigo comum à coletividade, fazendo-se, quer pela sua ocorrência em relação a uma multiplicidade de indivíduos, quer pela indeterminação da individualidade (Das Deutsche Strafrecht, § 67). Estas informações doutrinárias já permitem a conclusão de que as infrações contra a incolumidade pública caracterizam-se por fatos que encerram uma possibilidade de expansão do perigo, capazes, desta forma, de atingir a um número indeterminado de pessoas, ou a pessoas indeterminadas, enquanto parte da coletividade.
É evidente que na conduta de uma pessoa, que, destinando-a a seu próprio uso, traz consigo uma substância que causa (ou pode causar) mal à saúde, não há como identificar ofensa à saúde pública, dada a ausência daquela expansibilidade do perigo. Nesta linha de raciocínio, não há como negar a incompatibilidade entre a posse de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica para uso pessoal e a afetação da saúde pública, pois não há como negar que a expansibilidade do perigo e a destinação individual são coisas antagônicas. A destinação pessoal não se compatibiliza com o perigo para interesses jurídicos alheios. São coisas conceitualmente antagônicas: ter algo para si próprio é o oposto de ter algo para difundir entre terceiros, sendo totalmente ilógico supor que a proteção à saúde pública possa envolver a criminalização da posse de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica para uso pessoal. Não se configurando, portanto, na posse de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica para uso pessoal (conduta que, aqui, se atribui ao réu) afetação da incolumidade pública, em seu aspecto relacionado com a saúde da coletividade - bem jurídico expressamente tutelado pela norma incriminadora - impõe-se o reconhecimento da ausência de tipicidade penal em tal conduta. A moderna concepção do Direito Penal como

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

instrumento de tutela de bens jurídicos trouxe ao conceito de tipicidade o conteúdo material, dado pelo bem jurídico, novo conceito este de tipicidade bem expressado na fórmula nullum crimen sine iniuria, a fazer da lesividade da conduta (ou afetação do bem jurídico) elemento integrante da tipicidade penal, assim se entendendo como penalmente típica tão-somente a conduta que, adequada à descrição legal (com seus aspectos objetivos e subjetivos), afeta um bem jurídico, seja efetiva e significativamente o lesando, seja por produzir um perigo concreto de lesão significativa. Inexistindo esta potencialidade da conduta para afetar o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, não se pode afirmar sua tipicidade penal, pressupondo a descrição típica da conduta a existência da norma e do bem jurídico a que é dada a tutela penal, norma e bem jurídico estes que, revelados por aquela descrição legal, a limitam, constituindo uma necessidade lógica da aplicabilidade do dispositivo definidor da tipicidade legal da conduta considerada" [50].

E também reputo oportuno lembrar que o Juiz Rubens Casara, absolvendo um réu, sumariamente, na fase do artigo 397 do CPP, afirmou que "não há como deixar de reconhecer a irracionalidade/ilegitimidade da persecução penal de uma conduta que constitui, na pior das hipóteses, um perigo de autolesão", que "por força do princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), não existe crime sem ofensa ao bem jurídico em nome do qual a norma penal foi criada", que "não se pode reconhecer a existência de crime sem que o resultado da conduta do agente se mostre capaz de afetar terceiras pessoas ou interesses de terceiros", que há "manifesta contradição entre a criminalização primária que resultou no artigo 28 da Lei 11.343/2006 e diversos princípios constitucionais limitadores do poder de punir do Estado", que "cabe ao Poder Judiciário atuar no sentido de dar concretude ao projeto constitucional" e que, "para tanto, é necessário afastar a tipicidade da conduta descrita na denúncia".[51]

Aliás, como afirma Claus Roxin, invocado pelo juiz Rubens Casara em sua decisão, "a proteção de bens jurídicos não só governa a tarefa político-criminal do Direito Penal, mas também a sistemática da teoria do injusto".[52]

---

[50] Processo nº 17/95-5, 2ª Auditoria da 1ª CJM

[51] 43ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, sentença proferida no dia 31 de janerio de 2012, no Processo n. 0074975-39.2010.8.19.0001.

[52] ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 61

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Assim, o princípio constitucional da ofensividade, ao enunciar que a "efetiva incidência do direito penal fica condicionada à real existência de lesão ou de perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado", como assevera Janaina Conceição Paschoal, deve necessariamente, sob pena de violação ao sistema que legitima a punição de condutas desviantes, "ser observado pelo legislador, no momento da elaboração da norma penal, e pelo magistrado, quando de sua aplicação"[53].

É preciso reconhecer que o bem jurídico giza os lindes da criminalização.[54]

Portanto, a tipicidade material, imprescindível para o reconhecimento judicial do delito, exige, cumulativamente, ofensa "concreta e real (não cabe perigo abstrato no direito penal regido pelo princípio da ofensividade), transcendental (afetação contra terceiros), grave ou significativa (fatos irrelevantes devem ser excluídos do direito penal) e intolerável" [55], o que não acontece com a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, nos exatos termos da dimensão típica do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006.

Mas ainda não é só.

Devo lembrar, porque oportuna, a precisa decisão do Juiz Gerivaldo Neiva, que, também ao proferir uma absolvição sumária, com fundamento no artigo 397, III do CPP, proclamando a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n° 11.343/06, reconheceu a atipicidade do porte de drogas para consumo pessoal em razão da violação ao princípio constitucional da lesividade, afirmando o seguinte: "é papel de todos que lidam com o Direito buscar soluções diferentes da simples condenação e encarceramento de milhares de jovens que muitas vezes vendem pequenas quantidades para manter a própria dependência ou que se tornam traficantes de verdade por falta de alternativas e oportunidades sociais. O argumento de que o usuário fortalece o tráfico e que, por isso mesmo, deve ser punido, é frágil e inconsistente, seja em face de argumentos jurídicos ou lógicos. Ora, em primeiro, ninguém poderá ser punido por crime que não cometeu, ou seja, só quem comete o crime de tráfico pode ser punido pela própria conduta; em segundo, a condição de usuário é subjetiva e diz respeito apenas a quem usa, encerrando-se as consequências do ato no próprio usuário. (...). Ora, o acusado confessou ser

---

[53] Direito penal: parte geral. Barueri: Manole, 2003, p. 16

[54] ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

[55] BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; e OLIVEIRA, William Terra de. Drogas: lei 11.343, 23.08.2006 . In Legislação Criminal Especial (Coord. Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 174

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

usuário, mas é pessoa que trabalha, tem endereço certo e nunca cometeu crime com violência contra a pessoa ou contra o patrimônio de quem quer que seja. Sendo assim, qual o bem jurídico que ofende ao comprar quantidade de maconha para seu uso próprio? Qual o prejuízo que causa à saúde pública ao fumar seu cigarro de maconha em sua própria residência?".[56]

Mas não é só.

Também deve ser lembrada a sentença do Juiz Bruno Cortina Campopiano, que, recentemente, decidiu que "a criminalização do porte de drogas para uso próprio afronta o princípio da alteridade, na medida em que pune conduta inofensiva a bem jurídico de terceiro, lesando, igualmente, o direito fundamental à liberdade, já que subtrai do indivíduo a prerrogativa inalienável deste de gerenciar sua própria vida da maneira que lhe aprouver, independentemente da invasiva e moralista intervenção estatal".[57]

Aliás, o Ministro Sepúlveda Pertense, ao proferir o voto condutor do julgamento em que o Supremo Tribunal Federal decidiu ser atípica a conduta de quem consome drogas, afirmou o seguinte: "De minha parte, não hesito em subscrever o acórdão do TACrim na ApCrim 168.697, da lavra do douto Silva Franco (Leis penais especiais ..., cit., p. 1.104), que reputa atípico o fato porque não é punível a conduta de quem usa entorpecente".[58]

E, como afirmou Alberto Zacharias Toron ao comentar essa v. decisão, o STF, embora não tenha enfrentado diretamente a criminalização do porte para consumo pessoal, deixou claro que "é inconciliável a punição de 'trazer consigo', 'portar' ou 'guardar' substância entorpecente, ou que determine dependência, para uso próprio com o bem jurídico tutelado, isto é, a saúde pública, máxime nos casos em que o agente, como no acórdão, consumiu a droga imediatamente. Ainda que se diga que o crime é de perigo, o fato incontornável é que a conduta, tal qual tipificada, está voltada não a punir a possibilidade de expansão, mas sim, como já dito, o próprio uso".

Finalmente, devo deixar consignado que, em 31.03.2008, integrando, por convocação temporária, a Colenda 6ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferi um voto, afirmando o seguinte: "O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que

[56] Titular da Comarca de Conceição do Coité, na Bahia, sentença de 17 de maio de 2012.
[57] Juizado Especial de Cafelândia/SP Autos n. 183/2010 j. 26.01.2011 – public. 26.01.2011.
[58] HC 79.189-1-SP – 1ª T – STF – j. 12.12.2000 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJU 09.03.2001

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil".[59]

E, agora, nesta decisão, ratifico e reitero meu convencimento já esposado no mencionado julgamento: a criminalização primária do porte de drogas para consumo pessoal é inconstitucional, em primeiro lugar, porque viola o princípio constitucional da lesividade, mas, também, porque representa ofensa a outros e inúmeros princípios constitucionais que serão abordados no bojo desta sentença.

É preciso lembrar, pois, como o fez a Corte Constitucional Colombiana ao afirmar que não se pode criminalizar o porte de drogas para consumo pessoal, (a) que o princípio da ofensividade ou lesividade está relacionado com o princípio da intervenção mínima, (b) que, segundo esse princípio, o direito penal somente tutela aqueles direitos, liberdades e deveres imprescindíveis para a conservação do ordenamento jurídico, mas apenas diante dos ataques mais intoleráveis que se realizam contra esses bens fundamentais, (c) que o direito penal tem caráter fragmentário, (d) que a sua atuação deve ser orientada pelo princípio da *ultima ratio* e por sua natureza subsidiária ou acessória, (e) que a atuação do sistema penal somente se justifica como garante da liberdade dos cidadãos e (f) que, por isso tudo, somente é admissível a sua intervenção nos casos de especial gravidade e relevância, para a proteção de bens de grande importância e, ainda, quando os demais meios de controle tornam-se inúteis para prevenir ou solucionar os conflitos, reclamando a imprescindibilidade da intervenção do direito repressivo.[60]

É preciso admitir, portanto, que a criminalização das drogas protege dogmas, mas não vidas, e se sustenta no mito hipócrita de uma sociedade sem drogas, funcionando, ideologicamente, apenas e tão-somente, como adverte Theodomiro Dias Neto, "como álibi justificador da omissão do Estado em relação à proteção da saúde pública".[61]

---

[59] TJ/SP, Sexta Câmara Criminal, Apelação Criminal nº 993.07.126537-3, Rel. José Henrique Rodrigues Torres, j. 31.03.2008

[60] *"Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesoria, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relievancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal" (Corte Constitucional de Justitia de Colombia).*

[61] O direito à vida e o direito penal. Folha de São Paulo, Opinião, São Paulo, 20.01.2005, A3

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

1.2.- DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA "IGUALDADE" ALBERGADO PELO SISTEMA NORMATIVO E PRINCIPIOLÓGICO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

Em Macondo, todas as casas tinham relógios musicais e amendoeiras eternas e o traçado das ruas e o posicionamento das casas era decidido "de modo a que ninguém desfrutasse de privilégios que não possuíssem todos".[62]

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, publicada em 1789, na França, proclama que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" e que "as distinções sociais só podem basear-se na utilidade comum".[63]

E a Constituição Federal Brasileira, no *caput* de seu artigo 5º, declara que "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 igualdade".

Assim, como ensina Bonavides, de acordo com o princípio da igualdade perante a lei, os fatos assemelhados devem ser tratados igualmente pela lei, o que significa que o tratamento desigual em situações iguais implica violação flagrante ao princípio da isonomia.[64]

Ora, de acordo com o artigo 1º da Lei n. 11.343/2006[65], as condutas nela criminalizadas são definidas por normas penais em branco, que recebem complemento normativo produzido pelo "Poder Executivo da União", que elege, por portaria do Ministério da Saúde, em "listas atualizadas periodicamente", por razões de ordem política, econômica ou moral,

---

[62] Gabriel García Marquez, Cem anos de solidão, Tradução de Eliane Zagury, Editora Record, 25ª edição, Rio de Janeiro, 1982, p. 40.

[63] *"Article I. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune''. in: FRANCE.* ***Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen****. 1789. Disponível em: <www.assemblee-nationale.fr>. Acesso em: 10.fev. 2014*

[64] *BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado.* ***Revista Brasileira de Direito Constitucional****, São Paulo, Método, n. 2, p. 209-224, jul./dez. 2003*

[65] *Art. 1º. [...]. Parágrafo único. Para fins desta lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.*

Art. 66. Para fins do disposto no parágrafo único do art. 1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS n. 344, de 12 de maio de 1998.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

nos termos do artigo 66 da mencionada lei, as drogas que devem ser consideradas ilícitas para o fim de criminalização, inclusive da conduta de quem as porta para consumo pessoal.

Assim, no Brasil, não é crime portar, para consumo pessoal, substâncias ou produtos que contenham álcool, nicotina, cafeína, analgésicos, anorexígenos e esteroides anabolizantes, mas, está criminalizado o porte para consumo pessoal de cocaína ou maconha, por exemplo, embora todas essas drogas interfiram no funcionamento do organismo humano e tenham potencialidade de "causar dependência".[66]

Entretanto, os relatórios da OMS revelam que o álcool e o tabaco são importantes e crescentes causas de mortalidade e de doenças em todo o mundo, sendo classificados como "fatores de risco" que poderiam ser prevenidos.[67]

E, como bem observou Andressa Barboza Félix[68], segundo dados coletados em pesquisas, em âmbito mundial, o tabaco é responsável por 8.8% das mortes e por 4.1% das doenças, que poderiam ser evitadas, entre os fumantes, as taxas de mortalidade são até três vezes mais elevadas do que entre os não fumantes, estima-se que, entre os países industrializados, onde o hábito de fumar tem se tornado comum, o fumo aumenta substancialmente o risco de mortalidade por diversos tipos de câncer (é responsável por 66% dos casos de câncer de traqueia, de brônquios e de pulmão, além de câncer aero digestivo superior), doença respiratória crônica (38%), doença cardiovascular (12%), acidente vascular cerebral e uma série de outras doenças. Ademais, vale lembrar que o hábito de fumar também prejudica terceiros, pois há definitivos riscos para a saúde daqueles atingidos pelo fumo passivo[69]. Por sua vez, o álcool é responsável por 3.2% das mortes e por 4%

---

[66] *SAIBA mais sobre drogas.* ***Portal Drogas****, Jundiaí, 17 nov. 2009. Disponível em: <www.drogas.org.br>. Acesso em: 2 jun. 2012.*

[67] *WORLD HEALTH ORGANIZATION.* ***The World Health Report:*** *reducing risks, promoting healthy life. Geneva, 2002. Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 2 jun. 2012. p. 9-10.*

[68] Andressa Barboza Felix. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS. www.ambito-juridico.com.br/site?_link=revista_artigos_leitura. Resumo: Trata da inconstitucionalidade da criminalização das drogas no Brasil tendo em vista o disposto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que assegura em seu artigo 5º como direitos fundamentais a liberdade individual a intimidade a vida privada a igualdade e a tutela jurisdicional em caso lesão ou ameaça a direito além de apresentar como princípio fundamental do Estado a dignidade da pessoa humana no inciso III de seu art. 1 e como objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre elencado no inciso I de seu art. 3. Uma breve conclusão sobre a inconstitucionalidade da criminalização e necessária legalização das drogas finaliza a discussão e defende sua possível e constitucional concretização no Brasil cuja política proibicionista afronta o Estado Democrático de Direito e seus direitos constitucionais.

[69] *"Smoking causes substantially increased risk of mortality from lung cancer, upper aerodigestive cancer, several other cancers, heart disease, stroke, chronic respiratory disease and a range of other medical causes. As a result, in populations where smoking has been common for many decades, tobacco use accounts for a considerable proportion of mortality, as illustrated by estimates of smoking-attributable deaths in industrialized countries […] Worldwide, it is*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

das doenças. Além dos efeitos diretos da intoxicação e dependência alcoólica, que resultam em transtornos e distúrbios pelo consumo de álcool, estima-se que ele seja a causa de até 30% de problemas de saúde crônica como câncer de esôfago, câncer de fígado, cirrose e epilepsia. Em geral, existem relações causais entre volume médio de consumo de álcool e mais de 60 tipos de doenças e ferimentos. Ainda, o álcool é um mediador poderoso que leva a desfechos agudos, tais como homicídios, acidentes automobilísticos, casos de violência doméstica, lesões intencionais ou não, dentre outros problemas sociais[70]. Por outro lado, o uso de drogas consideradas ilícitas está relacionado a apenas 0.4% das mortes e 0.8% das doenças, em nível global.[71] Sobre essa questão, a pesquisadora do Programa de Ensino e Assistência ao Uso Indevido de Álcool e Drogas da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Magda Vaissman, comenta: "É óbvio que a maconha faz mal, mas quantas pessoas você conheceu que morreram por uso abusivo de maconha? Mas casos de pessoas que morreram por beber ou fumar cigarro de forma abusiva existem aos montes.[72] Assim, é nítido e inegável o fato de que a maior parte dos problemas de saúde no mundo ocorre mais em razão do uso de substâncias consideradas lícitas do que ilícitas. Inclusive, segundo as previsões da OMS para o ano de 2020, as substâncias psicotrópicas continuarão a manter a sua elevada posição na lista de "fatores de risco" à saúde".[73]

É evidente, pois, que ao eleger algumas drogas para completar o tipo penal em menção, bem como todos os demais previstos na Lei n. 11.343/2006, o Estado, longe de atuar para proteger a saúde pública, atua inspirado por razões de ordem moral, política ou econômica, olvidando-se, às completas, do princípio constitucional da isonomia.

---

estimated that tobacco causes about 8.8% of deaths (4.9 million) and 4.1% of DALY's (59.1 million). Worldwide, the attributable fractions for tobacco were about 12% for vascular disease, 66% for trachea bronchus and lung cancers and 38% for chronic respiratory disease, although the pattern varies by subregion". (In: WORLD HEALTH ORGANIZATION. ***The World Health Report:*** *reducing risks, promoting healthy life. Geneva, 2002. Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 2 jun. 2012. p. 76-77).*

[70] *"Alcohol consumption has health and social consequences via intoxication (drunkenness), dependence (habitual, compulsive, long-term heavy drinking) and other biochemical effects. Intoxication is a powerful mediator for acute outcomes, such as car crashes or domestic violence, and can also cause chronic health and social problems. Alcohol dependence is a disorder in itself. Overall, there are causal relationships between average volume of alcohol consumption and more than 60 types of disease and injury. […] Worldwide, alcohol causes 3.2% of deaths (1.8 million) and 4.0% of DALY's (58.3 million). [...] Besides the direct effects of intoxication and addiction resulting in alcohol use disorders, alcohol is estimated to cause about 20–30% of each of the following worldwide: oesophageal cancer, liver cancer, cirrhosis of the liver, homicide, epilepsy, and motor vehicle accidents". (In: WORLD HEALTH ORGANIZATION.* ***The World Health Report:*** *reducing risks, promoting healthy life. Geneva, 2002. Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 2 jun. 2012. p. 77-78).*

[71] *"Globally, 0.4% of deaths (0.2 million) and 0.8% of DALYs (11.2 million) are attributed to overall illicit drug use". (In: WORLD HEALTH ORGANIZATION.* ***The World Health Report:*** *reducing risks, promoting healthy life. Geneva, 2002. Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 2 jun. 2012. p. 79).*

[72] *AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar?* ***Época****, Rio de Janeiro, n. 561, p. 82-88, 16. fev. 2009. p. 87.*

[73] *ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE.* ***Neurociências:*** *consumo e dependência de substâncias psicoativas. Genebra, 2004. Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 2 jun. 2012. p. 11.*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Decididamente, não há justificativas racionais e plausíveis, tampouco fundamentos concretos e objetivos, para que haja um tratamento penal diferenciado para situações absolutamente iguais.[74]

É por isso que Salo de Carvalho afirma que essa eleição das drogas ilícitas, além de ser historicamente variável e não estar conjugada à gravidade dos efeitos da droga na sociedade, é essencialmente moral e, portanto, inadmissível em um Estado Democrático de Direito.[75]

Aliás, como também observa Dimitri Dimoulis, como é impossível determinar as características em comum das drogas ilícitas, é evidente que "a definição das drogas é de cunho ideológico e corresponde a opções políticas de grupos que detêm poder", expressando, assim, uma avaliação político-moral, o que contraria os postulados éticos de um Estado Democrático[76].

Portanto, ferindo o princípio constitucional da igualdade, esse sistema criminalizador cria uma situação de profunda e inaceitável desigualdade entre consumidores de drogas consideradas ilícitas, que são tratados como criminosos, e consumidores de drogas lícitas, que não recebem esse tratamento repressivo e discriminatório.

Como se vê, ao criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, que devem ser tratados com igualdade, o legislador torna inteiramente inútil o mandamento constitucional supracitado.[77]

Nos termos da Lei n. 11.343/2006, os portadores de drogas para consumo, em situações análogas, são arbitrariamente tratados de modo desigual pelo Estado e, em consequência, o consumidor de drogas consideradas ilícitas fica, no dizer de Bonavides, "privado de proteção judiciária contra o arbítrio que porventura se insinuasse na sociedade pelas dobras da própria lei, mediante uma vontade formalmente intangível do legislador".[78]

Decididamente, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal também viola o princípio constitucional da igualdade, pois há flagrante "distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não penal (drogas

---

[74] *Bonavides, ibidem, p. 222.*

[75] *CARVALHO, Salo de.* ***A política criminal de drogas no Brasil:*** *estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 270.*

[76] *op. cit. p. 1*

[77] *SILVA, op. cit., p. 215-216, nota 34.*

[78] *BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado.* ***Revista Brasileira de Direito Constitucional****, São Paulo, Método, n. 2, p. 209-224, jul./dez. 2003. p. 217.*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas a potencialidade de determinar dependência física e psíquica".[79]

E foi exatamente isso que, na decisão acima mencionada, ao afirmar que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola o sistema de garantias dos Direitos Humanos, a Corte Constitucional Argentina asseverou o seguinte: "*o Estado tem o dever de tratar a todos os seus habitantes com igual consideração e respeito, e a preferência geral das pessoas por uma determinada política não pode desprezar preferências pessoais de um indivíduo (Dworkin Ronald, Los Derechos en Serio, págs. 392 y ss, Ed. Ariel, 1999, Barcelona España). (...) nossa Constituição Nacional, acrescida dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos hierarquizados* - da mesma forma como o faz a constituição brasileira *-, reflete a orientação garantidora que deve imperar em um Estado de Direito Democrático para resolver os conflitos entre a autoridade e os indivíduos e destes entes si, cabendo ao Estado garantir e fomentar os direitos das pessoas, sendo esse o seu fim essencial*".[80]

Enfim, como observa Dimitriu Dimoulis, "certamente, o consumo regular das drogas ilícitas prejudica a saúde", mas, "a partir do momento em que o legislador considera lícito no Brasil o consumo de álcool e de cigarro, cujos efeitos nocivos e recreativos são semelhantes àqueles de muitas drogas ilícitas, porque os produtores, vendedores e usuários de drogas devem ser tratados de maneira diferenciada, violando o imperativo de tratar os iguais de maneira igual?".[81]

A criminalização do porte de drogas, integrando o sistema de criminalização das drogas, viola o princípio da isonomia e afronta, de modo flagrante, o artigo 7º da Declaração Universal de Direitos Humanos, o parágrafo 1º do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o artigo 5º, *caput* de nossa Constituição Federal.

---

[79] *Salo de Carvalho, op. cit. p. 256.*

[80] *"en efecto, el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo (Dworkin Ronald, Los Derechos en Serio, págs. 392 y ss, Ed. Ariel, 1999, Barcelona España). Y éste es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19, que ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional, recordándonos que se garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio. De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respeto de éstos entre sí, y en ese sentido el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin essencial".*

[81] op. cit. p. 21

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Com efeito, é o que ensina Leonardo Martins, quando afirma que "o preceito constitucional da igualdade é o parâmetro para a aplicação da lei infraconstitucional, que não poderá fazer distinção de qualquer natureza. A expressão significa que os órgãos públicos não poderão fazer distinção quando da aplicação da lei ordinária e sugere que a igualdade neste contexto é, conforme já salientado, igualdade em sentido formal, pois implica proibição de distinção, vale dizer, de distinção formal, pelo aplicador do direito (Administração e Judiciário) que não tenha correlato no texto de lei".[82]

Assim, não se pode admitir distinção formal entre portadores e consumidores de drogas consideradas ilícitas por mero ato administrativo, nos termos do artigo 1º, § único da Lei n. 11.343/2006, como a cocaína e a maconha, e aqueles que consomem e portam drogas que não foram metidas a rol entre as ilícitas, como o tabaco e o álcool.

É evidente que há tratamento desigual, com afronta ao princípio constitucional da isonomia, "quando grupos de pessoas ou situações forem essencialmente iguais e, apesar disso, tratadas diferentemente".[83]

E, nas situações acima mencionadas, pessoas em situações essencialmente iguais, estão recebendo tratamento desigual, umas consideradas criminosas e outras não, simplesmente com base em um ato administrativo, embasado em critérios nitidamente morais e de índole política.

Lembre-se, mais uma vez, de que a Constituição Federal, nos termo do *caput* de seu artigo 5º, proclama que "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 igualdade".

E Paulo Bonavides, interpretando com lucidez esse dispositivo de garantia fundamental, ensina que o princípio da igualdade perante a lei traz o significado de que os fatos assemelhados devem ser tratados igualmente pela lei, de modo que, se o fossem de forma desigual, esse tratamento seria arbítrio por parte do legislador ou do juiz.[84]

---

[82] Comentários à Constituiçãodo Brasil, Editora Saraiva, Almedina e IDD, São Paulo, 2013, p. 222.
[83] Leonardo Martins, op. cit., p. 224
[84] O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, Método, n. 2, p. 209-224, jul./dez. 2003. p. 217

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Entretanto, ao estabelecer a diferença entre portadores de drogas análogas, simplesmente por razões morais ou políticas, o Estado estabelece, no âmbito da criminalização, o que é ainda mais grave, um sistema normativo de discriminação inaceitável diante do princípio da isonomia.

É por isso tudo que Lycurgo de Castro Santos afirma que "deste modo, cremos que ou o legislador proíbe a utilização de todos os tipos de estupefacientes que cientificamente comprovados prejudicam de maneira mais ou menos uniforme a saúde, ou permite o uso e o consumo de todos aqueles que, de uma maneira ou outra, provocam em quem os utilizam situações de certo grau equivalentes. O que não pode ocorrer, desde uma perspectiva penal, é uma diversidade de tratamento que compromete seriamente esse princípio constitucional (isto é, a igualdade)".[85]

Decididamente, como assevera Salo de Carvalho, a criminalização do porte para uso próprio também viola o princípio constitucional da igualdade, pois há flagrante "distinção de tratamento penal (drogas ilícitas) e não penal (drogas lícitas) para usuários de diferentes substâncias, tendo ambas a potencialidade de determinar dependência física e psíquica".[86]

1.3.- DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO "RESPEITO À INTIMIDADE E VIDA PRIVADA", ALBERGADO PELO SISTEMA NORMATIVO E PRINCIPIOLÓGICO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

> **"aunque inicialmente las leyes sobre drogas se dirigieran a proteger a las personas de las drogas que otros deseaban venderles, esse objetivo quedó pronto reemplazado por protegerles del abuso de drogas que ellas mismas deseaban comprar. El gobierno nos despojó asi con éxito no solo de nuestro derecho básico a ingerir cualquier cosa que elijamos, sino tanbién de nuestro derecho a cultivar, fabricar, vender y comprar produtos agrícolas utilizados por el hombre desde la antiguedad"**
>
> **Thomaz Szasz**

---

[85] *Tóxicos: algumas considerações penais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 5, jan./mar. 1994. p. 123-124*

[86] *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 256*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

A criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola, ainda, o princípio constitucional garantidor da intimidade e da vida privada, pois contraria o princípio de que "toda a ideia de Justiça está fundada na ideia de que os homens nascem livres e são livres para agir conforme sua vontade".[87]

E esse proibicionismo criminalizador, obviamente, impede que determinadas pessoas possam livremente escolher o seu próprio destino, quando essa escolha não acarreta danos a terceiros.

Como observa Henrique Carneiro, "a competência e a autoridade para dispor sobre questões é o que estabelece o espaço para o exercício do direito de escolha. O que comer, que remédio tomar, como se divertir, como enfrentar a dor. A questão política é a definição do âmbito da autorregulamentação do indivíduo. A autonomia ou heteronomia das decisões humanas é o que está em causa, ligada à própria constituição da noção de reflexividade do eu e da plasticidade psíquica, cujo desenvolvimento seria uma das marcas típicas das conquistas no terreno das liberdades individuais da época contemporânea".[88]

Assim, não se pode admitir essa intervenção estatal no âmbito da intimidade da vida privada das pessoas, principalmente porque se trata de uma intervenção de índole repressiva e de caráter penal, máxime quando se pretende impor pauta de comportamento na esfera da moralidade.

Como observa Júlio Delmanto, lembrando Thomas Szasz, as leis proibicionistas, elaboradas com o pretexto de estabelecer o controle da produção e comércio de drogas, mas com o objetivo de estabelecer padrão de moralidade, evidenciam que o Estado oferece ao cidadão proteção não contra uma agressão externa de outro indivíduo, mas proteção contra ele mesmo, o que seria um dos motivos do "fracasso inerente à proibição".[89]

O direito à liberdade, de acordo com o nosso sistema constitucional, assegura a cada pessoa a possibilidade de autodeterminação, ou seja, o poder de autonomia, pelo qual ela escolhe por si mesmo o seu

---

[87] *PEDROSO, Marcelo Batuíra Losso. O princípio fundamental da liberdade, sua importância e hierarquia sobre os demais direitos humanos.* ***Revista do Advogado****, São Paulo, ano XXIV, n. 78, p. 53-60, set. 2004. p. 59-60.*

[88] Transformações do significado da palavra "droga": das especiairias coloniais ao proibicionismo contemporâneo. In Alcool e drogas na história do Brasil. Editora PUCMINAS, MG, 2005, p. 21.

[89] Universidade de São Paulo, Camaradas Caretas. Drogas e esquerda no Brasil após 1961. Dissertação de Mestrado. História Social. São Paulo, 2013.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

comportamento pessoal, de acordo com a sua consciência, os seus valores e os seus interesses, desde que não atinja a esfera pessoal de terceiro.[90]

Aliás, nesse particular, é preciso lembrar os versos de Fernando Pessoa, por seu heterônimo Álvaro de Campos, em seu poema Lisbon Rivisite (1923):

> "Queriam-me casado, fútil, quotidiano e tributável?
> Queriam-me o contrário disto, o contrário de qualquer coisa?
> Se eu fosse outra pessoa, fazia-lhes, a todos, a vontade.
> Assim, como sou, tenham paciência!
> Vão para o diabo sem mim
> Ou deixem-me ir sozinho para o diabo!
> Para que havemos de ir juntos?".

Com efeito, como lembra René Ariel Dotti, invocando Norvale Hawkin, no âmbito das liberdades individuais, há de ser garantido a todas as pessoas *"o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente a pessoa ou a propriedade alheia".*[91]

O exercício da liberdade no âmbito da intimidade da vida privada encontra limites apenas na fronteira da alteridade, para garantir aos outros membros da comunidade o gozo dos mesmos direitos.

Lembre-se do que ensina o constitucionalista José Afonso da Silva: *"Liberdade interna (chamada também de liberdade subjetiva, liberdade psicológica ou moral e especialmente liberdade de indiferença) é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso, é chamada igualmente liberdade do querer. Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo; vale dizer, é poder de escolha, de opção, entre fins contrários. (...) feita a escolha, é possível determinar-se em função dela. Isto é, se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e, aí, se põe a questão da liberdade externa. Esta, que também é denominada de liberdade objetiva, consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações, de modo que o homem possa agir*

---

[90] *SILVA, José Afonso da.* ***Curso de Direito Constitucional positivo****. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 233*

[91] Morris, Norvale Hawkin, Gordon J., extraído de *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, encontra-se em parecer de: Dotti, René Ariel. Revista eletrônica de acesso restrito – imputação dos crimes previstos nos arts. 228 e 230 do CP, *RT* 818/456

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

livremente. Por isso é que também se fala em liberdade de fazer, poder fazer tudo o que se quer".[92]

Portanto, quando se trata de consumir drogas, é preciso reconhecer que todas as pessoas têm a liberdade interna de querer e tomar a decisão de consumi-las e, ainda, obviamente, a liberdade externa de agir conforme essa decisão, livremente, ou seja, a liberdade de portar a droga para o consumo pessoal.

É por isso que Luciana Boiteux afirma que "do ponto de vista teórico, de forma coerente, a descriminalização funda-se ainda na defesa do direito à privacidade e à vida privada, e na liberdade de as pessoas disporem de seu próprio corpo, em especial na ausência de lesividade do uso privado de uma droga, posição essa defendida por vários autores, e que foi reconhecida pela famosa decisão da Corte Constitucional da Colômbia".[93]

Os valores humanos da intimidade e da vida privada são direitos individuais conexos ao próprio direito à vida, que compreendem "o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada" [94], dês que não cause danos a terceiros.

O fundamental direito à liberdade, obviamente, como qualquer outro direito, não é absoluto, mas somente poderá sofrer restrições se o seu exercício implicar prejuízo aos direitos fundamentais de terceiros.

Aliás, Roberto Soares Garcia, sustentando a inconstitucionalidade do porte de drogas para consumo pessoal, afirma que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 viola o princípio constitucional de proteção à liberdade, intimidade e vida privada, lembrando que o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal confere ao '*cidadão o direito de impedir que intrusos venham intrometer-se na sua esfera particular'* (Costa Jr., Paulo José da. *O direito de estar só* – tutela penal da intimidade. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995. p. 32) e 'o *direito à liberdade de que cada ser humano é titular para escolher o seu modo de vida'* (Voto da Min. Cármen Lúcia, ADI 132-RJ, j. 05.05.2011), que "a garantia *"traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano". Assim sendo, incumbe*

---

[92] *Ibidem, p. 231-232.*

[93] Luciana Boiteux, Aumenta o consumo. O proibicionismo falhou. *Le Monde Diplomatique* Brasil. Setembro de 2009. p. 10

[94] *O referido conceito, apresentado por José Afonso da Silva, foi estabelecido em decisão da Corte Suprema dos EUA, em 1965, no caso Griswold x Connecticut.*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca de suas realizações de vida pessoal" (Voto do Min. Luiz Fux, ADI 132-RJ), que *"ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio" e que "a funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário"* (Voto do Min. Marco Aurélio, ADI 132-RJ), que, ao falar em respeito à vida privada, está-se a tratar, no fundo, de liberdade e que *"o índice de liberdade de uma sociedade se mede pela autonomia concedida aos seus cidadãos para decidirem por si mesmos o seu próprio destino* (Rosenfield, Denis Lerrer. Liberdade às avessas. *O Estado de S. Paulo*, 12.03.2012, p. A2), que *"é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros"* (Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo* cit., p. 185), que "*la conducta realizada en privado es lícita, salvo que constituya un peligro concreto o cause daños a bienes jurídicos o derechos de terceiros*" (Ricardo Luis Lorenzetti, Juiz da Corte Suprema Argentina, proferidas no precedente "Arriola, Sebástian" – causa n. 9.080, registro A.891.XLIV, p. 31), que *"ninguém, a não ser o próprio homem, é senhor de sua consciência, do seu pensar, do seu agir, estando aí o cerne da responsabilidade. Cabe ao Estado propiciar as condições desse exercício, mas jamais substituir o ser humano na definição das escolhas e da correspondente ação" (*Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Direito constitucional* – Liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007. p. 195-196)".[95]

E Marcelo da Silveira Campos e Rodolfo de Almeida Valente também afirmam que, além da violação ao princípio da lesividade, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal também viola o princípio de respeito à intimidade da vida privada.[96]

Assim, se a opção individual e livre de qualquer pessoa pelo consumo de quaisquer drogas não acarretar danos na esfera da alteridade, não pode o Estado estabelecer limites para essa opção, principalmente quando se trata de uma intervenção repressiva no âmbito do sistema criminalizador.

É por isso que Salo de Carvalho afirma que "nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento

[95] Roberto Soares Garcia, A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. Boletim IBCCRIM. EDIÇÃO Especial sobre droga. 2012.
[96] Marcelo da Silveira Campos e Rodolfo de Almeida Valente. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra as drogas. BIBCCRIM. Edição Especial sobre Drogas. 2012.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade".[97]

É por isso, também, que a conduta tipificada no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 não pode ser proibida pelo Estado.

A conduta de portar drogas para consumo pessoal, tipificada no mencionado dispositivo penal, consiste, apenas, no exercício da liberdade objetiva no âmbito individual da intimidade da vida privada, que, por não causar danos concretos a direitos de terceiros, não pode ser proibida e, muito menos, criminalizada.

Como ensina Maria Lúcia Karan, "a simples posse de drogas para uso pessoal, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam perigo concreto para terceiros, é conduta que, situando-se na esfera individual, se insere no campo da intimidade e da vida privada, em cujo âmbito é vedado ao Estado – e, portanto, ao Direito – penetrar. Assim, como não se pode criminalizar e punir, como, de fato, não se pune a tentativa de suicídio e a autolesão; não se podem criminalizar e punir condutas que podem encerrar, no máximo, um simples perigo de autolesão".[98]

Ademais, como também afirmou a Corte Constitucional Argentina, ao decidir que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal viola o sistema constitucional e o sistema de proteção dos direitos humanos, os tratados internacionais garantem o direito à privacidade, que impede que as pessoas sejam objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada.[99]

E não se olvide que, como já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, "com relação a esse direito à privacidade e sua relação com o princípio da autonomia pessoal, tem sido afirmado, no âmbito interamericano de proteção dos direitos humanos, que o desenvolvimento do ser humano não está sujeito às iniciativas e cuidados do poder público. Sob uma perspectiva geral, aquele possui, retém e desenvolve, em termos mais ou menos amplos, a capacidade de conduzir a sua vida, resolver sobre a melhor forma de fazê-lo, de valer-se de meios e instrumentos

---

[97] *Salo de Carvalho, op. cit. p. 256.*
[98] *Karan, Revisitando a sociologia das drogas. Verso e reverso do controle penal., p. 136.*
[99] Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 11.2; Declaração Ameriana dos Direitois e Deveres do Homem, artigo 5º, Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 12; e Pacto Inernacional de Direitos Civis e Políticos, artigos 17.1

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

para esse fim, selecionando-os e utilizando-os com autonomia – inclusive para resistir ou rechaçar legitimamente a ingerência indevida e as agressões a ele direcionadas. Isso exalta a ideia de autonomia e protege o ser humano de tentações opressoras, que podem ocultar-se sob um suposto desejo de beneficiar o sujeito, estabelecer suas conveniências e antecipar ou iluminar as suas decisões (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, p. 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez)".[100]

No âmbito do direito penal, o dano social é ponto de referência obrigatório para a fixação dos parâmetros para a criminalização das condutas e, assim, como ensina Juarez Tavares, "a reforçar essa obrigatória consideração do dano social, tem-se ainda a norma contida no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, que, assegurando a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, desautoriza qualquer intervenção estatal sobre condutas que, restritas à esfera individual, não tenham potencialidade para atingir bens ou interesses de terceiros. Há uma afirmação feita há quase duzentos anos que bem traduz o alcance desta garantia constitucional asseguradora da intimidade e da vida privada. Falando sobre a liberdade, dizia Stuart Mill: 'Ninguém pode ser obrigado a realizar ou não realizar determinados atos, porque isso seria melhor para ele, porque o faria feliz ou porque, na opinião dos demais, seria mais acertado ou justo. Estas são boas razões para discutir, para ponderar ou persuadir, mas não para obrigar".[101]

É por isso que o Conselho Permanente de Justiça para o Exército da 2ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, por votação unânime, na decisão acima já mencionada, afirmou o seguinte: "Enquanto há destinação pessoal, a posse de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica é uma conduta privada, como tal, não podendo ser objeto de criminalização, por constituir esta criminalização uma inautorizada intervenção do Estado sobre a liberdade individual, a

---

[100] *"17) Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos — y en lo que aquí interessa — el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de "autonomía personal", a nivel interamericano se ha señalado que "el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de médios e instrumentos para este fin, seleccionados y utilizados con autonomía — que es prenda de madurez y condición de libertad — e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones" (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez). Estos principios se encuentran en consonancia com lo establecido en "Bazterrica".*

[101] Critérios de seleção de crimes e cominação de penas, Revista Brasileira de Ciências Criminais, edição especial de lançamento, Revista dos Tribunais, São Paulo, dez. 1992, p. 75 a 85

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

intimidade e a vida privada. Da mesma forma que não se pune - como, de fato, não se poderia punir - a tentativa de suicídio (afetadora da própria vida) ou a autolesão (trazendo dano efetivo para a saúde), muito menos se poderia punir uma conduta que, como a posse de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica para uso próprio, envolve um simples perigo de autolesão (trazendo mera ameaça de dano para a saúde unicamente daquele que possui tal substância)".[102]

Como se vê, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola, inexoravelmente, o princípio constitucional garantidor da intimidade e da vida privada, albergado pelo sistema normativo e principiológico de proteção dos Direitos Humanos.

Aliás, é preciso lembrar, nesse sentido, a mencionada decisão da Corte Argentina, que, invocando lição de Adán Quiroga, assim proclamou: "*nenhuma verdade é mais evidente para a ciência penal: a sociedade não tem a missão de fazer reinar a moralidade nas condutas privadas; o ser fictício que denominamos poder público foi instituído para conservar e guardar a ordem e a harmonia dos direitos, que não podem ser violados quando as ações são puramente individuais, quando não se exercita na esfera da vida relacional (Delito y pena, Córdoba, 1885, págs. 36-37*)" [103].

E, como proclamou o Ministro Eugenio Raul Zaffaroni em seu voto, "para garantir o sistema de liberdades individuais, é preciso reconhecer que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é inconstitucional".

Decididamente, "toda pessoa adulta é soberana para tomar decisões livres sobre o estilo de vida que deseja. Uma sociedade civilizada é um acordo hipotético para superar o estado de agressão mútua (Hobbes, Thomas, "Leviatán o la materia, forma y poder de una república,

---

[102] Processo nº 17/95-5, 2ª Auditoria da 1ª CJM

[103] *"12) Que es menester recuperar y consolidar el valor central de esta norma como viga maestra del derecho argentino, tal como lo hiciera no sólo el ilustre Estrada, sino también uno de los pioneros del penalismo nacional, Adán Quiroga: "ninguna verdad es más evidente para la ciencia penal: la sociedad no tiene la misión de hacer reinar la moralidad en las acciones privadas; el ser ficticio que denominamos poder público, ha sido instituido para conservar y guardar el orden y la armonía de los derechos, los que no pueden alterarse cuando las acciones son puramente individuales, cuando no se ejercitan en la esfera de la vida de relación" (Delito y pena, Córdoba, 1885, págs. 36-37).*
13) Que los maestros del siglo XIX nos recuerdan los muchos siglos de confusión y los torrentes de sangre que corrieron para llegar a esta conquista de la modernidad, tan despreocupadamente despreciada en nuestros días por opiniones irreflexivas teñidas de posmodernismo con raro aroma a premodernismo, y con base en situaciones y necesidades, pretendidamente diferentes, pasando por alto que siempre fueron supuestas nuevas urgencias como pretextos legitimantes de todos los crímenes cometidos por los estados, cuando se les otorgó la oportunidad de desconocer la condición de ente moral como esencia de la persona".

eclesiástica y civil", México, Fondo de Cultura Económica, 1994), mas ninguém aceitaria celebrar esse contrato se não existissem garantias de respeito à autonomia e dignidade das pessoas, pois "ainda que os homens, ao entrarem em sociedade, renunciem à igualdade, à liberdade e ao poder executivo que tinham no estado de natureza, pondo tudo isso nas mãos da sociedade, para que o poder legislativo disponha de todos esses bens segundo o interesse do bem comum, essa renúncia é feita por cada um com a exclusiva intenção de preservar a si mesmo e de preservar a sua liberdade e sua propriedade de uma melhor maneira, já que não se pode supor que maior uma criatura racional troque a sua situação pelo desejo de viver uma situação pior" (Locke, John, "Segundo Tratado sobre el gobierno civil", capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990). Essa liberdade que se reserva a cada indíduo foi definida (artigos 4º e 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, França, 26 de agosto de 1789) como o poder de fazer tudo o que não cause dano a terceiros. Seu exercício não tem outros limites que os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos, de modo que a lei não pode proibir mais que as ações prejudiciais para a sociedade. As principais consequências desse princípio podem ser assim sintetizadas: (a) o Estado não pode estabelecer uma moral; (b) ao contrário, deve garantir um âmbito de liberdade moral; (c) as penas não podem recair sobre ações que são o exercício da própria liberdade. Como consequência disso, as penas não podem incidir sobre condutas que são, justamente, o exercício da autonomia ética que o Estado deve garantir, mas, apenas sobre aquelas condutas que afetem o exercício dessa autonomia. O exercício da liberdade tem limites e pode dar lugar à punição, mas um Estado de Direito deve construir-se sobre uma cuidadosa delimitação dessa fronteira. Por isso, é possível asseverar que: a) não é possível que o legislador presuma que a ocorrência de certo dano ou perigo para terceiros como ocorre com os delitos de 'perigo abstrato'; b) não é possível imputar um dano a uma ação quando ela é consequência direta de outra ação voluntária mais próxima na cadeia causal, e por isso não é necessário punir o consumo em casos em que a punição advém como consequência de um delito cometido em função da drogadição; c) não é possível imputar um mesmo dano duas vezes, em razão dos efeitos da punibilidade — isso exclui a punição pelo consumo que conduz a delitos que são independentemente apenados —; d) não é possível computar danos que são demasiadamente pequenos e indiretos, em comparação com a centralidade que podem ter a atividade que os provoca para um plano de vida livremente eleito — o que exclui como danos aqueles provocados pelo tratamento médico — dos adictos (cfr. Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1992, p. 307)".[104]

[104] *Corte Constitucional Argentina. Voto de Señor Presidente Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti. "toda persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (artículo 19 de la Constitución Nacional).*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Nesse sentido, devo lembrar, ainda, que o Juiz Rubens Casara, na decisão acima mencionada, ao declarar a atipicidade do porte de drogas para consumo pessoal, afirmou que "à luz da Constituição de 1988, o Estado não pode violar a esfera de privacidade daqueles que não afetam terceiros. A conduta penalmente relevante é sempre uma conduta capaz de afetar terceiros, caso contrário ter-se-ia a violação à intimidade, à vida privada e ao respeito à diferença. Na hipótese dos autos, a Constituição funciona como limite negativo à incidência da tipicidade legal, isto é, como óbice à criminalização (primária e secundária) que implique desrespeito ao conteúdo constitucional".[105]

Finalmente, lembre-se de que "o único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque, na opinião dos outros, tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para admoestá-lo, para com ele discutir, para tentar persuadi-lo, para aconselha-lo, mas não para coagi-lo, ou para infligir-lhe um mal caso aja

---

Una sociedad civilizada es un acuerdo hipotético para superar el estado de agresión mutua (Hobbes, Thomas, "Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil", México, Fondo de Cultura Económica, 1994), pero nadie aceptaría celebrar ese contrato si no existen garantías de respeto de la autonomía y dignidad de la persona pues "aunque los hombres, al entrar en sociedad, renuncian a la igualdad, a la libertad y al poder ejecutivo que tenían en el estado de naturaleza, poniendo todo esto en manos de la sociedad misma para que el poder legislativo disponga de ello según lo requiera el bien de la sociedad, esa renuncia es hecha por cada uno con la exclusiva intención de preservarse a sí mismo y de preservar su libertad y su propiedad de una manera mejor, ya que no puede suponerse que criatura racional alguna cambie su situación con el deseo de ir a peor" (Locke, John, "Segundo Tratado sobre el gobierno civil", capítulo 9, Madrid, Alianza, 1990). Esta libertad que se reserva cada individuo fue definida (artículos 4º y 5º de la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, Francia, 26 de agosto de 1789) como el poder de hacer todo lo que no dañe a terceros. Su ejercicio no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos, de modo que la ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Las principales consecuencias de este principio pueden sintetizarse en que: (a) el Estado no puede establecer una moral; (b) en lugar de ello debe garantizar un ámbito de libertad moral y (c) las penas no pueden recaer sobre acciones que son ejercicio de esa libertad. Como consecuencia de lo anterior, las penas no pueden caer sobre conductas que son, justamente, el ejercicio de la autonomía ética que el Estado debe garantizar, sino sobre las que afectan el ejercicio de ésta. El ejercicio de la libertad tiene límites y puede dar lugar a la punición, pero un Estado de Derecho debe construirse sobre una cuidadosa delimitación de esa frontera. Por ello es posible señalar que: a) no es posible que el legislador presuma que se da un cierto daño o peligro para terceros como ocurre en los delitos llamados "de peligro abstracto"; b) no es posible imputar un daño a una acción cuando ella es consecuencia directa de otra acción voluntaria más cercana en la cadena causal, y por ello no es necesario penar el consumo en casos donde la punición deviene como consecuencia de un delito cometido en función de la drogadicción; c) no es posible imputar un mismo daño dos veces a los efectos de la punibilidad — esto excluye la punición por el consumo que conduce a delitos que son independientemente penados —; d) no es posible computar daños que son demasiado nimios e indirectos, en comparación con la centralidad que puede tener la actividad que los provoca para un plan de vida libremente elegido — lo que excluye como daños los provocados por el tratamiento médico — de los adictos (cfr. Nino, Carlos Santiago, Fundamentos de Derecho Constitucional, Buenos Aires, 1992, p. 307)" (Corte Constitucional Argentina, Voto de Señor Presidente Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti).

[105] Nesse sentido: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. La contextualización del bien jurídico protegido em um derecho penal garantista . In Ciências Penales: revista de la Asociación de Ciências Penales de Costa Rica. São José: Colégio de Abogados de Costa Rica/Unicef, ano 10, nº 15, 1988, p. 15-27; BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

de outra forma. Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem. (...). Naquilo que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano".[106]

1.4.- DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE "RESPEITO À DIFERENÇA", ALBERGADO PELO SISTEMA NORMATIVO E PRINCIPIOLÓGICO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS.

"Quero viver diferente, que a sorte da gente é a gente que faz"

Paulinho da Viola

Como adverte Rogério Greco, "aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, em face da arguição da necessária tolerância que deve existir no meio social, indispensável ao convívio entre pessoas que, naturalmente, são diferentes"[107]

É por isso que a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afronta, também, o respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergado pela Constituição Federal e por inúmeros tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Com efeito, "a criminalização do porte de substância entorpecente dá uma bofetada no respeito ao ser diferente, invadindo a opção moral do indivíduo. Há uma nítida reprovação a quem não segue o padrão imposto. Há uma espécie de eliminação social dos que não são iguais. (...). Cabe ao ser humano, desde que não interfira nos desígnios de terceiros e os lesione, de maneira individual, escolher e traçar os caminhos que mais lhe convém. Ao se reprovar o uso, criminalizando o porte, a sociedade invade seara que não é constitucionalmente sua. Assim fazendo, desrespeita as opções individuais e estigmatiza o ser diferente pela simples razão de este não se revestir da crença do que seria correto. (...) A Constituição exige tolerância

[106] MILL, John Stuart. Sobre a liberdade**.** Trad. Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991. p. 53.
[107] *GRECO, Rogério.* ***Curso de Direito Penal****: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 59*

com quem seja assim, sem exigir padrões de moralidade aos diversos grupos existentes, dentre eles os que usam drogas".[108]

O Estado não pode reprovar nem reprimir determinado modo de ser e de viver de quem é considerado "diferente", especialmente quando essa condição é fruto de estereótipos e estigmas estabelecidos por atos normativos do próprio Estado, como acontece no processo de criminalização das condutas vinculadas às drogas.

A discriminação do "diferente", obviamente fere de morte a própria dignidade da pessoa humana, princípio fundamental que a Constituição Federal e o sistema internacional de Direitos Humanos asseguram a todas as pessoas e que aos Estados Democráticos cabe garantir.[109]

Como ensina José Afonso da Silva, por ser essência da natureza humana e por conferir autonomia (liberdade) ao ser humano, a dignidade não admite discriminação alguma e será violada se o indivíduo for discriminado ou depreciado.[110]

Aliás, é o que também ensina Alexy, quando afirma que "a norma da dignidade da humana está baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e se desenvolver em liberdade".[111]

Entretanto, a criminalização das drogas estabelece, mantém e instiga a diferenciação entre, de um lado, os *usuários de drogas líticas*, que merecem proteção e tratamento jurídico, social e político como "consumidores" e sujeitos de direitos assegurados por lei, e, do outro lado, os *usuários de drogas ilícitas*, que recebem a violência irracional do tratamento repressivo e excludente do Estado, que o elegeu para o papel de criminoso, estigmatizando-o, por razões exclusivamente moralistas, políticas e, principalmente, econômicas.

E essa criminalização arbitrária de parte dos usuários de drogas, além de fomentar uma espécie de eliminação social dos que não são iguais, causa estigmatização, demonização, hostilidade e exclusão, expondo essas pessoas "diferentes", elegidas para assumir o papel de

---

[108] *Alexandre Bizzotto e Andréia de Brito Rodrigues, Nova lei de drogas, p. 41.*
[109] *PEDROSO, Marcelo Batuíra Losso. O princípio fundamental da liberdade, sua importância e hierarquia sobre os demais direitos humanos.* ***Revista do Advogado****, São Paulo, ano XXIV, n. 78, p. 53-60, set. 2004. p. 59-60.*
[110] *SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 39.*
[111] *ALEXY, Robert.* ***Teoria dos Direitos Fundamentais****. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 356.*

criminosas, à discriminação e preconceitos, marcando-os com sinete do "inimigo", do "mau" e do "perigoso".

Na realidade, como já observou com exação Salo de Carvalho, "a permanência da lógica bélica e sanitarista nas políticas de drogas no Brasil é fruto da opção por modelos punitivos moralizadores e que sobrepõem a razão de Estado à razão de direito, pois desde a estrutura do direito penal constitucional, o tratamento punitivo do uso de entorpecentes é injustificável".[112]

2.- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LIMITADORES DA CRIMINALIZAÇÃO.

Como a criminalização primária do porte de droga para consumo pessoal é inconstitucional, em face da violação dos princípios constitucionais albergados pelo sistema normativo e principiológico de proteção dos direitos humanos no âmbito constitucional das garantias fundamentais, a conduta imputada ao réu nesta ação penal, ou seja, o porte de droga para consumo pessoal, não é criminosa, porque atípica.

Contudo, é preciso afirmar, também, que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola, ainda, de modo flagrante, os princípios constitucionais limitadores da criminalização.

Como ensinam Raúl Cervini[113] e Alessandro Barata[114], sob a égide da principiologia da intervenção mínima, ontologicamente impregnada na concepção do Estado Democrático de Direito, é obrigatória e imprescindível a observância dos princípios democráticos limitadores do processo de criminalização, entre os quais podem ser lembrados os seguintes: princípio da idoneidade; princípio da subsidiariedade; e princípio da racionalidade.

Assim, é imprescindível analisar a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/2006, sob o arnês dos princípios acima mencionados.

---

[112] *Salo de Carvalho, A política criminal de drogas no Brasil. Estudo criminológico e dogmático, Editora Lumem Júris, RJ, 2007, p. 253.*
[113] *Los procesos de descriminalización, Montevideo, Editorial Universidad, 2ª ed., 1993.*
[114] *Derecho penal y criminología, n. 31, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987.*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Aliás, o Ministro Eugenio Raul Zaffaroni, ao proferir seu voto, na Corte Constitucional Argentina, no julgamento acima invocado, afirmou que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é inconstitucional porque, além de violar os princípios de Direitos Humanos já referidos nesta decisão, afronta, também, os princípios constitucionais que limitam o poder punitivo criminalizador do Estado Democrático.[115]

2.1- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA "IDONEIDADE".

"Decir que la política internacional de control de drogas fracasó, no requiere mayores comentarios. Las cifras hablan con un lenguaje inequívoco. Los países consumidores del Occidente acaudalado están literalmente inundados de

---

[115] *VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON E. RAÚL ZAFF*

"17) Que si bien no es función del control de constitucionalidad juzgar la política criminal, debería serlo cuando resulta de toda evidencia la patente contradicción entre el fin manifiesto de la norma y el favorecimiento de su efecto precisamente contrario, por resultar violatorio de la racionalidad republicana impuesta por el artículo 1º de la Constitución, como propia de todo acto de gobierno. En el presente caso no es necesario acudir a esta valoración, pero no sale sobrando verificar que el ejercicio del control de constitucionalidad de la norma cuestionada por parte de esta Corte la reafirma fuertemente, teniendo en cuenta que la decisión no sólo no lesiona, sino que habrá de operar a favor de la política criminal encaminada a la represión del tráfico y difusión de tóxicos prohibidos, seriamente obstaculizada en varios sentidos por la norma en cuestión.

18) Que el tipo penal que describe el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 ha pasado a ser un instrumento de poder punitivo que casi nunca se traduce en una pena efectiva, y muy pocas veces en una condena firme. Esta Corte, para pronunciarse, ha debido escoger una causa entre una escasa media docena que habían alcanzado la instancia extraordinaria sin encontrarse prescriptas, toda vez que, en la práctica, prescribe la inmensa mayoría de las causas que tuvieron origen en acciones penales asentadas sobre esta habilitación de poder punitivo.

19) Que no obstante los resultados descriptos, este tipo penal genera innumerables molestias y limitaciones a la libertad individual de los habitantes que llevan a cabo conductas que no lesionan ni ponen en peligro bienes jurídicos ajenos, sin que los procesos originados lleguen a término en la forma que se supone que deben hacerlo todos los procesos penales. Al mismo tiempo, importa un enorme dispendio de esfuerzo, dinero y tiempo de las fuerzas policiales, insumidos en procedimientos inútiles desde el punto de vista político criminal, como lo demuestran los casi veinte años transcurridos desde que esta Corte revirtiera la jurisprudencia sentada en el caso "Bazterrica" (Fallos: 308:1392), con el dictado del fallo "Montalvo" (Fallos: 313:1333). Similares consideraciones pueden hacerse respecto de la tarea judicial. Tanto la actividad policial como la judicial distraen esfuerzos que, con sano criterio político criminal, deberían dedicarse a combatir el tráfico de tóxicos, en especial el de aquellos que resultan más lesivos para la salud, como los que hoy circulan entre los sectores más pobres y jóvenes de nuestra sociedad, con resultados letales de muy corto plazo y con alta probabilidad de secuelas neurológicas en los niños y adolescentes que logran recuperarse.

20) Que el procesamiento de usuarios — por otra parte — se convierte en un obstáculo para la recuperación de los pocos que son dependientes, pues no hace más que estigmatizarlos y reforzar su identificación mediante el uso del tóxico, con claro perjuicio del avance de cualquier terapia de desintoxicación y modificación de conducta que, precisamente, se propone el objetivo inverso, esto es, la remoción de esa identificación en procura de su autoestima sobre la base de otros valores.

21) Que, asimismo, el procesamiento de usuários obstaculiza la persecución penal del tráfico o, al menos, del expendio minorista, pues el usuario imputado goza de los beneficios que la naturaleza de acto de defensa otorga a la declaración indagatoria y, en consecuencia, puede legalmente negarse a declarar revelando la fuente de provisión del tóxico, cosa que no podría hacer en el supuesto en que se le interrogara en condición de testigo, so pena de incurrir en la sanción del testigo remiso o falso.

22) Que todas estas consideraciones político criminales refuerzan la esencia de la decisión de esta Corte, en el sentido de reafirmar como valor central de nuestra Constitución la norma del artículo 19 que, por cierto, trasciende con mucho el alcance de la cuestión sometida a la decisión del Tribunal en el presente caso. El desconocimiento o debilitamiento de su vigencia hace tambalear las propias bases del sistema constitucional.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

cocaína, heroína y produtos de cannabis. Las exangues estadísticas se muestran concretamente tangibles, en vista de uma escena de adicción cada vez más extensa y marginada en las grandes urbes de Occidente. En los países prouctores de Sudamérica y Asia los cultivos de coca, amapola/opio y cannabis parecen crecer incontenibelemente"

Kai Ambos[116]

De acordo com o princípio da idoneidade, a criminalização de qualquer conduta deve ser um meio útil para controlar um determinado "problema" social.

E é inegável que a mantença formal da criminalização primária do porte de drogas para consumo pessoal no sistema jurídico brasileiro está sendo absolutamente inútil e ineficaz para resolver ou mesmo controlar os problemas sociais vinculados ao consumo de drogas.

Aliás, a criminalização das drogas, em geral, tem sido absolutamente inútil e ineficaz para resolver o problema do comércio de drogas também.

Lembre-se de que, de acordo com o DEA – *Drug Enforcement Administration,* por exemplo, os Estados Unidos da América gastaram quantia superior a um trilhão de dólares na Guerra contra as Drogas, nesses últimos 40 anos, mas o resultado desse gasto estratosférico foi absolutamente pífio.[117]

Os preços das drogas, nos EUA, caíram vertiginosamente, o que demonstra que a oferta vem aumentando de modo irrefreável: o preço da cocaína, no atacado, caiu em 60%; e o preço da heroína, 70%.[118]

O uso de drogas não foi contido, antes aumentou: em 1970, nos EUA, 4 milhões de pessoas, maiores de 12 anos (2% da população) eram usuárias de drogas; e, em 2003, esse número cresceu para 112 milhões de pessoas, o que corresponde a 46% da população americana.[119]

---

[116] Razones del Fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas, Doutrinas Essenciais. Direito Penal. Edições Especiais. Revista dos Tribunais. 100 anos. Vol. VII, Leis Especiais I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 250.

[117] Justice Expenditure and Employment Extracts, 1982-2004.

[118] Drug Intelligence Brief, 2002 Domestic Monitoring Program Drug Intelligence Report, US Drug Enforcement Administration, July 24, 2005.

[119] Results from the 2005 National Survey on Drug Use and Health: National Findings," Department Of Health And Human Services, Substance Abuse and Mental Health Services Administration, Office of Applied Studies.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Aliás, segundo pesquisas realizadas, a ONU estima que pelo menos 180 milhões de pessoas no mundo são usuárias de maconha ou haxixe[120], número esse que, embora tímido em face da realidade, é bastante para revelar o fracasso da política proibicionista bélica.

E os dados relativos à dependência de drogas também evidenciam a ineficácia dessa guerra contra as drogas, embasada, especialmente, no sistema de criminalização: nos EUA, no início do século XX, 1,3% da população era dependente de drogas (quando as drogas eram legais); nos anos 70, 1,3% da população era dependente de drogas; e hoje, 1,3% da população americana é dependente de drogas.[121]

Além disso, também não se logrou obter nenhum resultado positivo em razão do aprisionamento de pessoas envolvidas com drogas: nos últimos 40 anos de Guerra às Drogas, nos EUA, 39 milhões de pessoas foram presas, produzindo, comercializando ou simplesmente tendo drogas em sua posse.[122]

Aliás, atualmente, já existem, nos EUA, mais de dois milhões e quatrocentos mil presos, o que representa mais de 750 presos por 100.000 habitantes ou mais de 1.000 presos por 100.000 habitantes adultos; e, de 1970 a 2005, a prisão de pessoas envolvidas com drogas aumentou em 2.588%.[123]

No Brasil, a quantidade de pessoas presas tem aumentado, também, significativamente: em 1992, havia 74 presos por 100.000 habitantes; em 2004, 133; em 2001, 183; em 2007, 219 (419.551 presos); em 2008, 227 (440.013 presos); e, atualmente, há mais de 500.000 pessoas nas prisões brasileiras.[124]

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN), em 20 anos a população carcerária do Brasil aumentou 450% e esse índice está ligado principalmente à política de repressão contra as drogas.

---

[120] Fonte: UNODC, 2013,2009.

[121] John L. Kane. "Policy is not a Synonym for Justice," *in* The New Prohibition: Voices of Dissent Challenge the Drug War - org. Sheriff Bill Master - St. Louis: Accurate Press, 2004, Chapter 5, p. 45; Matthew B. Robinson; Renee G. Scherlen. op.cit. p140

[122] Crime in the United States. Uniform Crime Reports. Estimated arrests for drug abuse violations by age group, 1970-2006

[123] Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice

[124] Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

E a quantidade de presos, no Brasil, por envolvimento com drogas também aumentou imensamente: em 2007, eram 65.484; e, em 2010, 106.491.[125]

Em 2007, 17% da população carcerária brasileira era composta por pessoas presas por drogas e, em 2010, esse percentual subiu para 23%.[126]

No que diz respeito à dependência, também não tem tido nenhuma eficácia a política de criminalização de drogas adotada pelo Brasil: atualmente, estima-se a existência de 2,8 milhões de usuários de cocaína e 48% são dependentes.[127]

Esses dados demonstram a inidoneidade da política criminalizadora adotada com relação ao enfrentamento do "problema" das drogas no Brasil: há, atualmente, 1,4 milhões dependentes de cocaína; 300 mil pessoas são usuárias de drogas na região norte (10%), 800 mil (27%), no Nordeste, 300 mil (10%) no centro-oeste, 200 mil (7%) no Sul e 1,4 milhão (46%) no sudeste brasileiro; 45% dos brasileiros já experimentaram cocaína antes dos 18 anos de idade; entre os adultos, com mais de 18 anos de idade, 5,6 milhões usaram cocaína uma vez na vida e 2,6% usaram essa droga no último ano; 5,1 milhões usaram cocaína em pó; e, entre os adolescentes, de 14 a 18 anos, 442 mil usaram cocaína uma vez na vida e 244 mil, no último ano.[128]

Além disso, recente pesquisa, realizada pela parceria Fundação Perseu Abramo e Fundação Rosa Luxemburgo, mostra, com base nas informações objetivas dos entrevistados, que 47% da população brasileira já teve contato com drogas ilícitas, que 44% já receberam alguma oferta ou viram alguém utilizando essas drogas, que é grande a quantidade de pessoas que já fizeram o uso de substâncias ilícitas, que 20% possuem familiares usuários dessas drogas e que dois terços (60%) conhecem algum usuário de drogas proibidas.

---

[125] Pedro Abramoway, FGV, e Carroline Haber, UFRJ
[126] Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice
[127] 2º Levantamento Nacional de Álcool e Drogas – o uso de cocaína e crack no Brasil" Universidade Federal de São Paulo e INPAD - Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas do Álcool e outras Drogas - publicado em 2012
[128] 2º Levantamento Nacional de Álcool e Drogas – o uso de cocaína e crack no Brasil" Universidade Federal de São Paulo e INPAD - Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas do Álcool e outras Drogas - publicado em 2012

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

E não se olvide o que observa Maria Lucia Karan exatamente sobre a inidoneidade da política de criminalização das drogas:

> *"Nos EUA, até o início do século XX, qualquer pessoa podia ir a uma drogaria, com 4 dólares e 85 cents no bolso, e comprar uma onça de heroína (cerca de 28 gramas). Era preciso acenar com uma razão para a proibição e o governo anunciou que 1,3 por cento da população do país era dependente de drogas.[129] Foi, então, promulgada em 1914 a lei que ficou conhecida como Harrison Anti-narcotics Act, que se aplicava tão somente a condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo de ópio, morfina e seus derivados e aos derivados da folha de coca como a cocaína.[130]*
> *No Brasil, a criminalização se inicia com a Consolidação das Leis Penais de 1932, através da substituição da expressão "substâncias venenosas" do artigo 159 do Código Penal de 1890 por "substâncias entorpecentes", da expansão da quantidade de condutas proibidas e introdução da cominação de pena privativa de liberdade, fixada para quem fornecesse as substâncias proibidas em 1 a 5 anos.*
> *A escalada repressiva foi se intensificando e, em 1970, inicia-se a política de "guerra às drogas", lançada nos EUA pelo então Presidente Richard Nixon, que se candidatava à re-eleição. Também nessa ocasião, era preciso um pretexto para começar tal "guerra". Foi feita uma rápida pesquisa e a conclusão foi de que 1,3 por cento da população era dependente de drogas.[131]*
> *Em 1970, nos EUA, quase não se ouvia falar das ditas drogas pesadas, como metanfetamina, cocaína e heroína. O que circulava então eram basicamente as ditas drogas leves – maconha, hashish, LSD, cogumelos, as drogas alucinógenas.*
> *Conforme dados da DEA, em 1980, a pureza da heroína vendida nas ruas era de 3,6 por cento e o custo de um papelote era de 3 dólares e 90 cents. Em 1999, esse preço despencara para o equivalente a 80 cents de dólar (convertido para os valores de 1980). A razão por que era tão relativamente barato "viajar" com heroína em 1999 estava no fato de que sua pureza aumentara para 38 por cento. Nos dois ou três anos seguintes, a DEA registrava o percentual de pureza da heroína*

---

[129] *David T Courtwright. Dark Paradise: A History of Opiate Addiction in America. Harvard University Press: Cambridge, Massachusetts, 2001. p. 9. e US Government Decennial Census Information for 1910.*
[130] *A criminalização de condutas relacionadas à produção, à distribuição e ao consumo de maconha, nos EUA, a nível federal veio somente em 1937, com o Marihuana Tax Act. Antes, no período que vai de 1915 a 1937, a proibição de maconha se instaurara apenas em nível estadual, estendendo-se por 27 estados.*
[131] *John L. Kane. "Policy is not a Synonym for Justice," in The New Prohibition: Voices of Dissent Challenge the Drug War (org. Sheriff Bill Masters). St. Louis: Accurate Press, 2004, Chapter 5, p. 45.*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

nas ruas em mais de 70 por cento, nas costas leste e oeste e em Chicago.[132]

Sempre de acordo com a DEA, em 1970, 4 milhões de pessoas nos Estados Unidos, maiores de 12 anos, tinham usado uma droga ilícita, o que correspondia a 2 por cento da população de então. Em 2003, a DEA nos dizia que o número de pessoas que já tinham usado uma droga ilícita nos Estados Unidos era de 112 milhões – ou seja, 46 por cento da população.[133]

O preço da cocaína no atacado caiu em 60 por cento e o da heroína em 70 por cento, desde o começo da "guerra às drogas", nos EUA.[134]

Em 1979, nos EUA, registravam-se 28 mortes por overdose por 100.000 usuários de heroína, mas, em 2003, registravam-se 141 mortes por overdose de heroína por 100.000 usuários.[135] *Vale ressaltar que as pessoas não morrem de overdose porque se drogam mais e mais. Morrem sim porque não sabem qual a composição exata da substância que estão comprando, quanto a pequena embalagem de pó adquirida contém realmente da droga e quanto contém de outras substâncias químicas (usadas na adulteração da droga).*

Em quase quatro décadas dessa "guerra", os EUA já investiram mais de um trilhão de dólares para sustentá-la[136] *e efetuaram 39 milhões de detenções de pessoas pegas produzindo, comercializando ou simplesmente tendo drogas em sua posse.*[137] *E, hoje, se calcula que somente 1,3 por cento de sua população é dependente de drogas!*[138]

É isso mesmo. Nada mudou em 100 anos: 1,3 por cento quando as drogas eram legais, no início do século XX; 1,3 por cento quando as drogas se tornaram ilegais; e 1,3 por cento, hoje, depois de uma guerra de 38 anos de duração.

Nada mudou, exceto o fato de que as drogas continuam se tornando mais baratas, mais potentes e muito mais facilmente acessíveis. "Monitorando o Futuro", o maior estudo feito nos EUA sobre atitudes de estudantes em relação a drogas, diz que as crianças nas escolas

---

[132] *DEA Briefing Book 2001 e United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, Global Illicit Drug Trends 1999 (New York, NY: UNODCCP, 1999).*

[133] *"Results from the 2005 National Survey on Drug Use and Health: National Findings," Department Of Health And Human Services, Substance Abuse and Mental Health Services Administration, Office of Applied Studies.*

[134] *Drug Intelligence Brief, 2002 Domestic Monitoring Program Drug Intelligence Report, US Drug Enforcement Administration, July 24, 2005.*

[135] *Matthew B. Robinson; Renee G. Scherlen. Lies, Damned Lies, and Drug War Statistics: A Critical Analysis of Claims Made by the Office of National Drug Control Policy. New York: State University of New York Press, 2007, p140.*

[136] *Justice Expenditure and Employment Extracts, 1982-2004.*

[137] *Crime in the United States. Uniform Crime Reports. Estimated arrests for drug abuse violations by age group, 1970-2006.*

[138] *Matthew B. Robinson; Renee G. Scherlen. op.cit. p140.*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

médias relatam que é mais fácil, para elas, comprar drogas ilícitas do que cerveja e cigarros.[139]
Essa é uma política evidentemente fracassada, em seus anunciados objetivos de erradicar as drogas ou de reduzir sua circulação. Esse evidente fracasso já deveria ser razão suficiente para o abandono da globalizada política proibicionista. O fracasso da política proibicionista, no entanto, nem é algo assim tão grave. É apenas um eloquente sinal da inutilidade da proibição"[140].

É por tudo isso que a Comissão Latino-Americana sobre Drogas e Democracia, com representantes de Colômbia, México, Bolívia, Peru, Venezuela, Argentina, Nicarágua, Costa Rica e também do Brasil, publicou um documento (Drogas e Democracia: rumo a uma mudança de paradigma), para afirmar e admitir que essa política de drogas embasada no sistema de proibições e criminalização resultou em "UMA GUERRA PERDIDA".[141]

Decididamente, a criminalização das drogas, que traz em seu bojo a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, viola o princípio constitucional da idoneidade.

Como ensinam Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, um dos princípios a serem observados em um Estado Democrático para limitar o poder criminalizador é, exatamente, o *princípio de proscrição da grosseira inidoneidade da criminalização*, asseverando, por isso mesmo, ser "questionável a constitucionalidade da atual legislação concernente ao porte para uso de drogas ilícitas"[142].

E tal violação ao princípio da idoneidade não foi esquecida pela Corte Argentina, quando afirmou a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal: lembre-se, nesse exato sentido, do voto do Ministro Doctor Don Carlos S. Fayt, que afirmou que a resposta criminalizadora, diante dos últimos anos de sua aplicação, desvelou-se absolutamente ineficaz, além de desumana.[143]

---

[139] *Johnston, L., Bachman, J. & O'Malley, P. Monitoring the Future: National Survey Results on Drug use, 1975-2000, Volume 1: Secondary School Students (Bethesda, MD: NIDA, 2001).*

[140] Legalizar para afastar os danos da proibição, Conferência realizada na LII Semana Jurídica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, promovida pelo Centro Acadêmico XVI de Abril – Campinas-SP.

[141] www.drogasedemocracia.org

[142] Direito Penal Brasileiro, v. I, Editora Revan, RJ, 2003, p. 225

[143] *VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON CARLOS S. FAYT*
11) Que en primer lugar se impone el examen de validez de la norma cuestionada a la luz de la experiencia recogida durante los casi veinte años de su vigencia, pues aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Como se vê, a proibição criminalizadora do porte de drogas para consumo pessoal ou mesmo para comércio é um exemplo eloquente desse fracasso proibicionista, pois a criminalização não impede e nunca impediu o consumo ou o comércio de drogas.

Aliás, de acordo com o Relatório Mundial sobre Drogas 2013, produzido pela UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime), e lançado em Viena, em 26 de junho de 2013, em um evento especial de alto nível da Comissão de Narcóticos da ONU, com o objetivo de apresentar fundamentos para a revisão da Declaração Política e Plano de Ação, que será realizada pela Comissão de Narcóticos em 2014, bem como para embasar os debates que serão realizados, em 2016, durante a Assembleia Geral das Nações Unidas, em Sessão Especial sobre a questão das drogas, observa-se o seguinte: um aumento alarmante de novas substâncias psicoativas (NSP), que estão proliferando em ritmo sem precedentes e criando desafios inesperados na área de saúde pública; o uso de drogas tradicionais permanece estável, pois, na verdade, está sendo substituído pelas NSP; além disso a estabilização do consumo demonstra, no mínimo, que não houve diminuição, ou seja, que a politica de drogas criminalizadora tem sido ineficaz; o número de NSP comunicadas pelos Estados-Membros para o UNODC subiu de 166 no final de 2009 para 251 em meados de 2012, o que significa um aumento de mais de 50%; pela primeira vez, o número de NSP excedeu o número total de substâncias sob controle internacional (234); isso evidencia que a criminalização, ao invés de reduzir o consumo e o comercio de drogas, incita e

---

puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran (Fallos: 328:566 y sus citas). Dicho de otro modo: estar a lo que se ha decidido previamente no sólo es un principio básico de la administración de justicia de aplicación prácticamente universal (conf. Cross Rupert, Precedent in English Law, Oxford University Press, 1961, pág. 4), sino también la especial consideración que debe existir respecto de la necesidad de certeza. Pero cuando esa necesidad de certeza en la aplicación de la ley, conduce a soluciones que — en punto a los límites de razonabilidad — no pudieron tener en cuenta elementos relevantes de la evaluación prospectiva que aporta la experiencia, mantener la doctrina establecida sin atemperar su rigor importaría incurrir, entre otras cosas, en un discurso autorreferente. A su vez, dicho déficit se traduciría en formas de argumentación que soslayan el examen de la realidad, con el consiguiente menoscabo — en cuanto punto medular en el sub lite — de la garantía consagrada en el artículo de la Constitución Nacional.
12) Que, precisamente, las lecciones de la experiencia conducen a realizar una serie de consideraciones acerca de la validez de una norma que, aunque no ostensiblemente incorrecta en su origen, ha devenido irrazonable, pues — como seguidamente se expondrá — no se adecua a los fines tomados en consideración para su sanción. Estos nuevos datos de la realidad — transcurridos veintitrés años desde el dictado de los fallos "Capalbo" y "Bazterrica" (disidencia de los jueces Caballero y Fayt en relación al antiguo texto legal, Fallos: 308:1392) — conducen a una revisión de la doctrina allí sentada, en tanto indican con el rigor que una posible declaración de inconstitucionalidad — como ultima ratio — requiere, la ineficacia de aplicar sanciones penales o incriminar a la mera tenencia con el objeto de combatir el flagelo de la drogadicción. En efecto, si bien la limitación del derecho individual no lucía irrazonable en su génesis y primer desarrollo, de los nuevos datos y otros no tan evidentes en los años '80 y '90, resulta la necesidad de reconsiderar, como se dijo, la doctrina sentada en el precedente. Cabe recordar que en la disidencia mencionada se afirmó como holding que la presunción de peligro en la que se asentaba la figura descripta por la norma no aparecía como irrazonable respecto de los bienes que pretendía proteger (considerando 13). Mas hoy, la respuesta criminalizadora se advierte a todas luces ineficaz e inhumana.

estimula a criação de novas drogas, possivelmente mais potentes e mais perigosas e lesivas, para a conquista de novos mercados lucrativos, os quais, posto que temporariamente legais, são marginais e não são controlados; o mercado de cocaína está em expansão na América do Sul e nas economias emergentes da Ásia; o uso de opiáceos (heroína e ópio), por outro lado, continua estável (cerca de 16 milhões de pessoas, ou 0,4% da população entre 15 e 64 anos), apesar de uma alta prevalência de uso de opiáceos relatada no Sudoeste e Centro da Ásia, Sudeste e Leste da Europa e América do Norte; a África está emergindo como um destino para o tráfico, bem como para a produção de substâncias ilícitas, embora os dados disponíveis sejam escassos; a estimativa é de que 14 milhões de pessoas entre as idades de 15 e 64 anos usem drogas injetáveis, enquanto 1,6 milhões de pessoas que injetam drogas também vivem com HIV; o Afeganistão manteve a sua posição como o maior produtor e cultivador de ópio a nível mundial (75% da produção de ópio ilícito global em 2012); a área global de cultivo da papoula de ópio atingiu 236.320 ha, 14% mais do que em 2011; no entanto, a produção mundial de ópio caiu para 4.905 toneladas em 2012, 30% menos do que no ano anterior e 40% menos do que no ano de pico de 2007, mas isso aconteceu apenas por causa de uma safra de baixo rendimento em razão de uma doença que afetou a planta da papoula no Afeganistão; as estimativas da quantidade de cocaína fabricada variaram de 776 a 1.051 toneladas em 2011, praticamente inalterada em relação ao ano anterior; as maiores apreensões de cocaína do mundo - não ajustada para pureza - continuam a ser relatadas na Colômbia (200 toneladas) e nos Estados Unidos (94 toneladas); embora o uso de cocaína continue caindo nos Estados Unidos, o maior mercado de cocaína do mundo, em razão da substituição do consumo por NSP, aumentos significativos nas apreensões têm sido observados na Ásia, Oceania, América Central e do Sul e no Caribe em 2011, especialmente em países de economia débil e com grande carência social; o uso de estimulantes do tipo anfetamínico (ATS, na sigla em inglês), excluindo o ecstasy, continua a ser generalizada a nível mundial e parece estar aumentando na maioria das regiões; em 2011, cerca de 0,7% da população mundial com idade entre 15 e 64 anos (33,8 milhões de pessoas) tinham usado ATS no ano anterior; a prevalência de ecstasy em 2011 (19 milhões de pessoas, ou 0,4% da população) foi menor do que em 2009, mas, a nível global, as apreensões de ATS subiram para um novo recorde de 123 toneladas em 2011, que é 66% maior do que em 2010 (74 toneladas) e o dobro do valor de 2005 (60 toneladas); metanfetaminas continuam a dominar o negócio de ATS, correspondendo a 71% das apreensões globais de ATS em 2011; comprimidos de metanfetamina permanecem como o ATS predominante no Leste e Sudeste Asiático: 122,8 milhões de comprimidos foram apreendidos em 2011, embora esse número represente um declínio de 9% em relação a 2010 (134,4 milhões de comprimidos); as apreensões de metanfetamina cristalizada,

no entanto, aumentou para 8,8 toneladas, o nível mais alto nos últimos cinco anos, indicando que a substância é uma ameaça iminente; o México registrou suas maiores apreensões de metanfetamina, mais do que dobrando dentro de um ano, partindo de 13 toneladas para 31 toneladas, uma das maiores apreensões relatadas globalmente; a cannabis continua a ser a substância ilícita mais utilizada; e, na Europa, aumentou a prevalência de usuários de cannabis (180 milhões, ou 3,9% da população entre 15 e 64 anos).

Como se vê nitidamente, a política de repressão, proibição e criminalização das drogas é um retumbante fracasso, não tem sido idônea, nem eficaz, nem eficiente para o enfrentamento da questão das drogas, antes tem fomentado a sua expansão.

E o Juiz Gerivaldo Neiva, em sua decisão acima mencionada, ao declarar a inconstitucionalidade do porte de drogas para consumo pessoal, também afirmou a inidoneidade da política de drogas adotada pelo Brasil, asseverando o seguinte: “Assim, não se quer defender ou fazer apologia ao uso de drogas ilícitas ou, muito menos, desconhecer os danos que a dependência química tem causado aos jovens das camadas mais pobres desse país. De outro lado, em vista da realidade que nos salta aos olhos no dia a dia forense, bem como no contato com entidades, oficiais e civis, que atuam com jovens dependentes, a exemplo do Creas, CRAS e associações de moradores, não há mais como defender a punição como solução para o problema da dependência química de jovens pobres e excluídos. Não são esses jovens, chega-se à conclusão, “clientes” do sistema punitivo ou penitenciário, mas “clientes” em potencial, mesmo que retardatários, de políticas públicas para, primeiro, evitar que se tornem dependentes químicos e, depois, cuidar deles para que resgatem sua autoestima e lhe sejam oferecidas as oportunidades sociais que lhe foram negadas desde a mais tenra infância. Em consequência dessa política desastrosa e equivocada no tratamento ao tráfico, a chamada “guerra às drogas”, o Brasil tinha em dezembro de 2011, segundo dados do Ministério da Justiça, 514.582 presos e 125.744 por motivo do crime de tráfico de entorpecentes, ou seja, 24,43% da população carcerária. Significa dizer, portanto, que um quarto dos presos do sistema penitenciário não cometeu crimes com violência à pessoa ou ao patrimônio. Ainda segundo os dados do Ministério da Justiça, o sistema possui 306.497 vagas, mas o contingente preso é de 514.582. Em consequência de tudo isso – pobreza, exclusão, falta de oportunidades, prisões desnecessárias, excesso de presos e precariedade do sistema – o índice de reincidência é de mais de 70%, ou seja, de cada dez presos submetidos às mais precárias condições de cumprimento da pena em regime fechado, sete deles voltam a delinquir. Assim, a solução punitiva e a política de “guerra às drogas” não têm se mostrado eficientes para

reduzir o tráfico ou o número de dependentes, visto que, tomando-se por parâmetro as apreensões, a produção e o consumo crescem em níveis galopantes. Da mesma forma, o sistema não tem se mostrado eficiente na recuperação de quem prende. Muito ao contrário, egressos do sistema são estereotipados e, se não eram incluídos antes no mercado de trabalho, pior agora na condição de ex-presidiário. Em que pese tudo isso, a vontade e supremacia da Constituição devem permanecer como o norte e o esteio do ordenamento jurídico. Neste dilema – combate ao tráfico e respeito à Constituição – é papel de todos que lidam com o Direito buscarem soluções diferentes da simples condenação e encarceramento de milhares de jovens que muitas vezes vendem pequenas quantidades para manter a própria dependência ou que se tornam traficantes de verdade por falta de alternativas e oportunidades sociais. Por fim, nesses caminhos até então trilhados, a efetividade do projeto constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem pobreza, marginalização e desigualdade, fundada na cidadania e dignidade da pessoa humana, parece não ter mais sentido e não ser mais a vontade da própria Constituição. Os que lidam com o Direito e que nele veem sentido, no entanto, não podem aceitar pacificamente este fato. É preciso efetivar e fazer acontecer a vontade da Constituição. Não temos alternativa e nada justifica o esquecimento do projeto constitucional brasileiro, resultado de um processo histórico concretizado na Constituinte de 1987/88".[144]

É inegável, pois, que a criminalização das drogas é meio inidôneo, ineficaz e inútil para o enfrentamento, solução ou equacionamento do problema social em menção e, por isso, é absolutamente incompatível com o princípio constitucional da idoneidade.

2.2- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA "RACIONALIDADE".

> ***"Onde for absolutamente irrelevante ou criminógena a tutela penal, apesar da dignidade punitiva de certa conduta, o Estado deve abster-se de incriminar"***

---

[144] *http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/37_Atipicidade%20drogas%20-20Rubens%20Casara.pdf?1328309169 > acesso em 17.05.2012 http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28635659%29&base=baseRepercussao > acesso em 17.05.2012; http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1804565 > acesso em 17.05.2012; http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={916E202D- BB11-49F3-9856-B1B3D6CD8065}&ServiceInstUID={4AB01622-7C49-420B-9F76-15A4137F1CCD} > acesso em 17.05.2012).*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Maria Fernanda Palma[145]

De acordo com o princípio da racionalidade, no processo democrático de criminalização devem ser considerados os benefícios e os custos sociais causados pela adoção da medida proibicionista criminalizadora.

Assim, induvidosamente, sob o prisma desse princípio constitucional, não se pode manter a criminalização de uma conduta quando os custos sociais decorrentes da adoção dessa medida proibicionista são maiores que aqueles causados pelo "problema" que se pretende com ela arrostar.

E, no que diz respeito às drogas em geral e, no particular, ao consumo de drogas, a sua criminalização, além de inútil e ineficaz, está acarretando terríveis custos sociais, muito superiores e mais intensos que aqueles causados pelo próprio consumo ou mesmo pelo comércio de drogas.

Aliás, juízas e juízes latinos, do Brasil, Argentina, Portugal, Espanha e Itália, reunidos na cidade do Porto, Portugal, em 2009, durante a CLAT-5, firmaram uma declaração sobre a Política de Drogas e Direitos Humanos, adotada em seus países, inclusive no Brasil, afirmando que a criminalização das drogas está acarretando sacrifícios imensos para a saúde pública, não está preservando a segurança pública e tem gerado, em razão do incentivo ao mercado ilícito, um enorme aumento de violência e corrupção, saturamento e desgaste do sistema judicial, superlotação dos sistemas penitenciários, violação ao direito à saúde e impedimento de acesso ao sistema de saúde por aqueles que deles necessitam tratamentos relacionados ao consumo de drogas (v. Declaração do Porto sobre a Política de Drogas).

E, exatamente em razão da constatação desses enormes danos sociais causados pela criminalização das drogas, nessa "Declaração do Porto" está consignado que é necessário expandir o conceito de redução de danos, para reconhecer que o sistema repressivo e criminalizador está causando mais danos sociais do que as próprias drogas, o que exige medidas para a redução da violência que até mesmo os departamentos estatais produzem nessa chamada "guerra contra as drogas".

---

[145] *Constituição e Direito Penal: as questões inevitáveis, in Jorge Miranda (org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976, v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 235*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Mas não é só.

Dois anos depois do encontro no Porto, reunidos em Roma para avaliar novamente a política de drogas de seus países, juízas e juízes latinos, em 2011, firmaram uma nova declaração, ratificando a Declaração do Porto e afirmando o seguinte: "voltamos a insistir no fracasso da *guerra global contra as drogas* e nas suas gravíssimas consequências para os indivíduos e para toda a sociedade".

E, na "Declaração de Roma", ficou também consignado que a criminalização das drogas está acarretando uma excessiva utilização da legislação de emergência e aumento dos nichos de corrupção nos estamentos políticos, judiciais e das forças de ordem e prevenção, em detrimento das políticas sócio-sanitárias e das garantias que todo Estado de Direito deve defender, além de saturação do sistema judicial, colapso do sistema carcerário, desvirtuamento da função judicial, fortalecimento das organizações criminosas e aumento da corrupção.

Aliás, está afirmado, ainda, nessa "Declaração de Roma", que a atual política de criminalização das drogas constitui flagrante violação aos princípios de Direitos Humanos da legalidade, *pro homine*, lesividade e proporcionalidade.

E não se olvide que, especificamente na América Latina, apesar da intensificação e do recrudescimento da política de criminalização das drogas, os níveis de consumo continuam se expandindo, registra-se um elevadíssimo custo humano, há constantes ameaças às instituições democráticas, ocorre um irrefreável aumento do crime organizado ligado ao narcotráfico e ao controle de mercados e territórios por parte dos grupos criminosos e, ainda, um enorme crescimento da violência e da infiltração do crime organizado nas instituições democráticas, acarretando corrupção dos funcionários públicos, do sistema judiciário, dos governos, do sistema político e, particularmente, das forças policiais encarregadas de manter a lei e a ordem.

Induvidosamente, como afirma Pedro Vieira Abramovay, "o desenvolvimento e a implementação das atuais políticas de drogas produzem sérios danos à democracia".[146]

Além disso, como observa o jurista português Jorge de Figueiredo Dias, a prática da criminalização do uso de entorpecentes "apenas tem estimulado o aparecimento de subculturas de legitimação e apoio

[146] A política de drogas e a marcha da insensatez. Revista Internacional de Direitos Humanos, SUR, 2012.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

e sistemas organizacionais para exercício das solidariedades necessárias à obtenção da droga no mercado negro, para a resistência à autoridade e para a eventual exploração do comércio ilícito".[147]

E não é só.

A criminalização das drogas, além de ineficaz para conter o consumo de drogas, também tem acarretado um aumento das mortes decorrentes do seu uso abusivo: nos EUA, por exemplo, em 1979, morreram 28 pessoas por 100.000 habitantes em razão de overdose de heroína; e, em 2003, depois de mais de 30 anos de "guerra às drogas", foram registradas 141 mortes/100.000 usuários de heroína[148].

Assim, como ensina Maria Fernanda Palma, "onde for absolutamente irrelevante ou criminógena a tutela penal, apesar da dignidade punitiva de certa conduta, o Estado deve abster-se de incriminar".[149]

E não se olvide, como observou Dimitri Dimoulis, que "os responsáveis pelo aumento dos índices da criminalidade não são os vendedores e usuários de drogas, mas a decisão legislativa de criminalização, que torna ilegais as atividades de produção venda e consumo de drogas; (...) a criminalização das drogas dá origem aos denominados crimes sistêmicos, tais como lavagem de dinheiro para ocultar a origem dos ganhos obtidos no tráfico de drogas e aos crimes de violência, devido à necessidade de montar sistemas de proteção e de cobrança paralelos, já que a ilegalidade impede o uso do sistema formal-jurídico".[150]

Além disso, em face de seu conteúdo recrudescedor na esfera da aplicação de penas[151], a criminalização das drogas está acarretando uma imensa superlotação do sistema prisional.

Como acima deixei consignado, tanto nos EUA como no Brasil, os índices de aprisionamento são alarmantes.[152] [153] [154]

---

[147] Dias. Jorge de Figueiredo e Andrade, Manuel da Costa. Criminologia – O homem delinquente e a sociedade criminógena, Coimbra: Coimbra Ed, 1992, p. 424

[148] Matthew B. Robinson; Renee G. Scherlen. Lies, Damned Lies, and Drug War Statistics: A Critical Analysis of Claims Made by the Office of National Drug Control Policy. New York: State University of New York Press, 2007, p140

[149] *Constituição e Direito Penal: as questões inevitáveis. in Jorge Miranda, org., Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976, v. II. Coimbra, Coimbra Editora,1997, p. 235*

[150] Dimitri Dimoulis, op. cit. p. 9

[151] *No final do ano 2000, 34 países previam a pena de morte para crimes relacionados às drogas tornadas ilícitas. Veja-se, a propósito, o relatório do IHRA-International Harm Reduction Association, elaborado por Rick Lines, com o título "The Death Penalty for Drug Offences – A Violation of International Human Rights Law"*

[152] *Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice.*

[153] *Crime in the United States: FBI Uniform Crime Reports 2005.*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Mas não é só.

A legislação de drogas, cujo conteúdo revela uma paradoxal atitude de emergência que se faz perene, tem justificado indisfarçáveis violações ao sistema constitucional de garantias processuais, consagrado por nossa Constituição e por inúmeros tratados e convenções de Direitos Humanos, enfraquecendo o modelo de Estado de Direito Democrático e seus postulados éticos e republicanos.

Com efeito, a legislação de drogas, marcada com o sinete indelével do rigor penal, está violando o princípio da lesividade, o postulado da proporcionalidade, a exigência de tratamento isonômico, o império da individualização da pena, a garantia da vedação de dupla punição pelo mesmo fato, do estado de inocência, do contraditório, do direito de não se auto-incriminar e do devido processo legal, o direito à liberdade e à vida privada e até mesmo o princípio da legalidade.

E não é verdade que a criminalização das drogas, bem como, em especialmente, a criminalização preventiva do porte para consumo pessoal, seria necessária para tutelar a saúde pública.

Ocorre, na realidade, exatamente o oposto, pois, a clandestinidade, imposta pela proibição criminalizadora, implica falta de controle de qualidade das substâncias tornadas ilícitas e, consequentemente, aumento das possibilidades de adulteração, de impureza e desconhecimento do potencial tóxico do "produto" entregue ao consumo.

Aliás, ao invés de controlar ou impedir a distribuição das drogas, a criminalização fomenta e intensifica a sua difusão, obviamente em face da falta de qualquer controle sobre o mercado das drogas tornadas ilícitas, mercado esse, clandestino, livre de qualquer controle ou regulamentação.

Como observa Foucault, "os tráficos de armas, de álcool, nos países da lei seca, e, mais recentemente de drogas, mostrariam da mesma maneira esse funcionamento da delinquência útil; a existência de uma proibição legal cria em torno dela um campo de práticas ilegais, mas manejáveis por sua organização em delinquência: um instrumento para gerir e explorar as ilegalidades".[155]

---

[154] *Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e International Centre for Prison Studies.*
[155] Op. cit. p. 73

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

E ainda não é só.

Também não se pode olvidar que a criminalização das drogas amplia e estimula a violência e a insegurança pública.

Induvidosamente, não são as drogas que causam e amplificam a violência, mas, sim, a própria criminalização.

Como observou Maria Lucia Karan, em uma conferência proferida na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, "a produção e o comércio de drogas não são atividades violentas em si mesmas. Só se fazem acompanhar de armas e de violência quando se desenvolvem em um mercado ilegal. É a ilegalidade que cria e insere no mercado empresas criminalizadas (mais ou menos organizadas), que se valem de armas não apenas para enfrentar a repressão. As armas se fazem necessárias também em razão da ausência de regulamentação e da consequente impossibilidade de acesso aos meios legais, a violência se tornando o meio necessário para a resolução dos naturais conflitos gerados no âmbito daquelas atividades econômicas. Mas, a violência não provém apenas dos enfrentamentos com as forças policiais, da impossibilidade de resolução legal dos conflitos, ou do estímulo à circulação de armas. A diferenciação, o estigma, a demonização, a hostilidade, a exclusão, derivados da própria ideia de crime, sempre geram violência, seja da parte de agentes policiais, seja da parte daqueles a quem é atribuído o papel do "criminoso", ainda mais quando o poder punitivo se agiganta e se inspira no paradigma da guerra e os autores de crimes recebem não apenas a marca do "outro", do "mau", do "perigoso", mas são apontados como o "inimigo". No Brasil, os "inimigos" são personificados especialmente nos vendedores de drogas que vivem nos guetos denominados favelas, demonizados como os "traficantes" ou os "narcotraficantes" (mesmo que não vendam narcóticos, pois vendem especialmente cocaína...). As polícias brasileiras são autorizadas formal ou informalmente e mesmo estimuladas a praticar a violência, a tortura, o extermínio, contra eles ou contra quem a eles se assemelhe. Certamente, quem deve "combater" o "inimigo", deve eliminá-lo. Como se espantar quando os policiais brasileiros torturam e matam? Por outro lado, os ditos "inimigos" desempenham esse único papel que lhes foi reservado. Em sua maioria, são meninos que empunham metralhadoras ou fuzis como se fossem o brinquedo que não têm ou não tiveram em sua infância. Sem condições de realizar o sonho ou a fantasia dos muitos meninos pobres brasileiros de algum dia se tornarem um Ronaldinho, sem acesso a uma educação de qualidade, morando em habitações precárias nos guetos denominados favelas, sem oportunidades ou mesmo perspectivas de uma vida

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

melhor, podem ser cruéis. Matam e morrem, envolvidos pela violência causada pela ilegalidade imposta ao mercado onde trabalham. Enfrentam a polícia nos confrontos regulares ou irregulares; enfrentam os delatores; enfrentam os concorrentes de seu negócio. Devem se mostrar corajosos; precisam assegurar seus lucros efêmeros, seus pequenos poderes, suas vidas. Não vivem muito e, logo, são substituídos por outros meninos igualmente sem esperanças. reconhecidos apenas como os "narcotraficantes", os "maus", os "monstros", os "inimigos", por uma sociedade que não os vê como pessoas, como se espantar com sua violência ou sua crueldade? Se seus direitos lhes são negados, por que deveriam respeitar os direitos alheios?".[156]

---

[156]Legalizar para afastar os danos da proibição, Conferência realizada na LII Semana Jurídica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, promovida pelo Centro Acadêmico XVI de Abril – Campinas-SP

"As condenações por prática das criminalizadas condutas relacionadas à produção, ao comércio e ao consumo das selecionadas substâncias psicoativas e matérias-primas para sua produção etiquetadas de drogas ilícitas, além de ensejar a sistemática aplicação da pena de morte em países como a China, o Vietnam, Singapura, Irã, Indonésia, Malásia, Arábia Saudita, são a principal causa do superpovoamento das prisões em todo o mundo. Nos EUA, o contínuo crescimento do número de encarcerados, mais do que quadruplicado entre 1980 e 2007, elevou a população carcerária, ao final daquele período, para 2.413.112 pessoas (756 presos por cem mil habitantes, ou 1009 por cem mil habitantes adultos). Em 1970, os internos em prisões federais nos EUA por crimes não violentos relacionados a drogas eram 3.384, enquanto os que cumpriam pena por outros crimes eram 17.302. Em 2005, o grupo maior que incluía condenados por crimes violentos aumentou em 294 por cento, enquanto o grupo de autores de condutas relacionadas a drogas aumentou em 2.588 por cento. No Brasil, em 1992, eram 74 presos por cem mil habitantes. A ininterrupta tendência de crescimento elevou tal proporção para 133 por cem mil habitantes, em 2001, 183, em 2004, chegando, em junho de 2007, a 219 presos por cem mil habitantes, com um total de 419.551 pessoas encarceradas. Apenas um ano depois, em junho de 2008, esse total já passava a ser de 440.013 presos, correspondendo a 227 presos por cem mil habitantes. Embora não tenhamos estatísticas tão precisas quanto as norte-americanas, pode-se afirmar sem hesitação que também no Brasil são as condenações por crimes relacionados a drogas que impulsionam o contínuo e desenfreado crescimento do número de pessoas presas. Nesse período, as condenações por crimes relacionados a drogas passaram a ser a segunda maior causa de prisões, ficando atrás apenas dos crimes contra o patrimônio (roubos e furtos). O desmedido crescimento do número de prisões, impulsionado quer nos EUA, quer no Brasil, como em outros países, por condenações impostas por violações a leis criminalizadoras de condutas relacionadas a drogas, decorre fundamentalmente da excepcionalidade violadora de direitos fundamentais que caracteriza tais legislações.

Com efeito, as convenções da ONU e as leis internas em matéria de drogas inauguraram, nas últimas décadas do século XX, a série de provimentos – apresentados como emergenciais, mas que vão se tornando perenes – que impõem medidas penais e processuais excepcionais, promovendo uma sistemática violação a princípios garantidores inscritos nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas, sob a enganosa alegação de uma suposta impossibilidade de controlar determinadas condutas criminalizadas com o emprego de meios regulares. Desprezando as idéias que construíram a proteção aos direitos fundamentais e enfraquecendo o modelo do Estado de direito democrático, provimentos como os que caracterizam as autoritárias convenções da ONU e leis internas em matéria de drogas sistematicamente violam o princípio da exigência de lesividade da conduta proibida, o postulado da proporcionalidade, o princípio da isonomia, o princípio da individualização da pena, a garantia da vedação de dupla punição pelo mesmo fato, a garantia do estado de inocência, a garantia do contraditório, a garantia do direito a não se auto-incriminar, a própria cláusula do devido processo legal, o direito à liberdade e à vida privada, o próprio princípio da legalidade. Todas essas violações – encontradas em dispositivos que, criminalizando o dito "tráfico" das drogas tornadas ilícitas, exacerbam de forma desmedida o rigor penal, e nos nitidamente inconstitucionais dispositivos que, criminalizando a posse para uso pessoal daquelas substâncias proibidas, desrespeitam a liberdade individual – já demonstram que os maiores riscos e danos relacionados a drogas não são causados por elas mesmas. Os maiores riscos e danos são causados sim pelo proibicionismo. Em matéria de drogas, o perigo não está em sua circulação, mas sim na proibição, que, expandindo o poder punitivo e negando direitos fundamentais, acaba por perigosamente aproximar democracias de Estados totalitários. Os riscos e danos à democracia naturalmente já devem ser razão bastante para um claro repúdio ao proibicionismo. Mas, há mais.

Dentre os tantos enganos veiculados pela propaganda proibicionista, está a alegação que pretende fundar a criminalização das condutas de produtores, comerciantes e consumidores das drogas tornadas ilícitas em uma suposta tutela do bem jurídico relacionado à incolumidade ou à saúde públicas. Em primeiro lugar, cabe esclarecer que o sistema penal não serve para tutelar nenhum bem jurídico. A expressão "tutela penal', tradicionalmente

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Induvidosamente, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, bem como a adotada política de proibição e criminalização das drogas, no seu aspecto geral criminalizador, causa, entre inúmeros outros danos e prejuízos acima mencionados, mais danos sociais que as próprias drogas, acarretando superlotação do sistema prisional e descrédito do sistema judicial, violando princípios democráticos, ferindo a liberdade individual, impedindo o tratamento adequado da questão pelo sistema de saúde, gerando violência, exclusão e morte, incentivando o racismo[157],

---

utilizada, é manifestamente imprópria. Na realidade, as leis penais nada protegem, longe estando de evitar a realização de condutas que, por elas criminalizadas, são etiquetadas de crimes. O sistema penal serve tão somente para exercitar o enganoso, danoso e doloroso poder punitivo. No âmbito da criminalização das ações relacionadas às drogas tornadas ilícitas, o engano é ainda maior: mais do que não proteger a incolumidade ou a saúde pública, a criminalização causa sim danos e perigo de danos a essas mesmas incolumidade ou saúde públicas que enganosamente anuncia pretender proteger. Dentre outras coisas, basta pensar que a clandestinidade, imposta pela proibição, implica na falta de controle de qualidade das substâncias tornadas ilícitas e consequentemente no aumento das possibilidades de adulteração, de impureza e desconhecimento do potencial tóxico daquilo que se consome. Nesse ponto, já se pode entrever outro paradoxo do proibicionismo: quando não acenam com a delirante – e, na realidade, indesejável – pretensão de construir um mundo sem drogas, os proibicionistas se valem do pretexto mais modesto de controlar sua difusão. Mas, a intervenção do sistema penal implica exatamente na falta de qualquer controle sobre o mercado das drogas tornadas ilícitas, que é entregue a criminalizados atores que devem agir na clandestinidade e que, conseqüentemente, não estão submetidos a qualquer regulamentação de suas atividades econômicas.

Além de ameaçar a democracia, além de causar riscos e danos à saúde, o proibicionismo causa violência. Não são as drogas que causam violência. A produção e o comércio de drogas não são atividades violentas em si mesmas. Só se fazem acompanhar de armas e de violência quando se desenvolvem em um mercado ilegal. É a ilegalidade que cria e insere no mercado empresas criminalizadas (mais ou menos organizadas), que se valem de armas não apenas para enfrentar a repressão. As armas se fazem necessárias também em razão da ausência de regulamentação e da conseqüente impossibilidade de acesso aos meios legais, a violência se tornando o meio necessário para a resolução dos naturais conflitos gerados no âmbito daquelas atividades econômicas. Mas, a violência não provém apenas dos enfrentamentos com as forças policiais, da impossibilidade de resolução legal dos conflitos, ou do estímulo à circulação de armas. A diferenciação, o estigma, a demonização, a hostilidade, a exclusão, derivados da própria idéia de crime, sempre geram violência, seja da parte de agentes policiais, seja da parte daqueles a quem é atribuído o papel do "criminoso", ainda mais quando o poder punitivo se agiganta e se inspira no paradigma da guerra e os autores de crimes recebem não apenas a marca do "outro", do "mau", do "perigoso", mas são apontados como o "inimigo". No Brasil, os "inimigos" são personificados especialmente nos vendedores de drogas que vivem nos guetos denominados favelas, demonizados como os "traficantes" ou os "narcotraficantes" (mesmo que não vendam narcóticos, pois vendem especialmente cocaína...). As polícias brasileiras são autorizadas formal ou informalmente e mesmo estimuladas a praticar a violência, a tortura, o extermínio, contra eles ou contra quem a eles se assemelhe. Certamente, quem deve "combater" o "inimigo", deve eliminá-lo. Como se espantar quando os policiais brasileiros torturam e matam? Por outro lado, os ditos "inimigos" desempenham esse único papel que lhes foi reservado. Em sua maioria, são meninos que empunham metralhadoras ou fuzis como se fossem o brinquedo que não têm ou não tiveram em sua infância. Sem condições de realizar o sonho ou a fantasia dos muitos meninos pobres brasileiros de algum dia se tornarem um Ronaldinho, sem acesso a uma educação de qualidade, morando em habitações precárias nos guetos denominados favelas, sem oportunidades ou mesmo perspectivas de uma vida melhor, podem ser cruéis. Matam e morrem, envolvidos pela violência causada pela ilegalidade imposta ao mercado onde trabalham. Enfrentam a polícia nos confrontos regulares ou irregulares; enfrentam os delatores; enfrentam os concorrentes de seu negócio. Devem se mostrar corajosos; precisam assegurar seus lucros efêmeros, seus pequenos poderes, suas vidas. Não vivem muito e, logo, são substituídos por outros meninos igualmente sem esperanças. Reconhecidos apenas como os "narcotraficantes", os "maus", os "monstros", os "inimigos", por uma sociedade que não os vê como pessoas, como se espantar com sua violência ou sua crueldade? Se seus direitos lhes são negados, por que deveriam respeitar os direitos alheios?" (Karan, Maria Lucia. Legalizar para afastar os danos da proibição, Conferência realizada na LII Semana Jurídica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, promovida pelo Centro Acadêmico XVI de Abril – Campinas-SP).

[157]" Nos EUA, os "inimigos" que estão a superlotar suas prisões trazem na cor da pele a semelhança com os brasileiros mortos ou presos na mesma inútil, perigosa, violenta danosa e dolorosa "guerra às drogas". De acordo com a Pesquisa Domiciliar Federal de 1998, somente 13,5 por cento de todos os usuários e "traficantes" de drogas

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

produzindo danos enormes à democracia, desestabilizando as instituições democráticas, alimentando a corrupção e, assim, em síntese, violando o princípio constitucional da racionalidade.

Como se vê, a criminalização do porte drogas para consumo pessoal acarreta, sobretudo, inegável violação ao principio da dignidade humana, consagrado pelo sistema de Direitos Humanos, incorporado ao nosso ordenamento constitucional.

Como adverte Rafael Braude Canterji, "os Direitos Humanos devem relacionar-se com o conjunto de processos (normativos, institucionais e sociais) que criam e consolidam espaços de luta pela dignidade humana".[158]

E, obviamente, considerados todos os danos e prejuízos acarretados de forma inexorável por essa política de drogas criminalizadora, inidônea e irracional, os espaços sociais e jurídicos de luta pela dignidade humana são inviabilizados pela criminalização do porte de drogas para consumo pessoal.

2.3- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSSOAL COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA "SUBSIDIARIEDADE".

---

*nos EUA eram negros. No entanto, 37 por cento dos capturados por violação a leis de drogas são negros; 60 por cento em prisões estaduais por crimes relacionados a drogas são negros; 81 por cento dos acusados por violações a leis federais relativas a drogas são negros (Substance Abuse and Mental Health Services Administration, National Household Survey on Drug Abuse: Summary Report 1998 e Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice). Negros estão atualmente cumprindo uma média de 6 anos de prisão para as mesmas violações a leis de drogas pelas quais os brancos cumprem em média apenas 4 anos. Dentre os condenados por violações a leis de drogas, apenas 33 por cento dos brancos o foram a uma pena privativa de liberdade, enquanto 51 por cento dos negros foram condenados penas privativas de liberdade (15 Years of Guidelines Sentencing," **http://www.ussc.gov/15_year/15year.htm** online). Até o FBI prestou atenção a isso. Em seu Uniform Crime Report (Relatório Criminal Unificado), afirmam que um jovem casal que dê à luz um bebê negro do gênero masculino tem uma probabilidade de um em três de que seu filho vá passar algum tempo na prisão. Como antes mencionado, os Estados Unidos encarceram 1.009 pessoas por cem mil habitantes adultos. Se considerados os homens brancos, são 948 por cem mil habitantes adultos. Antes de apontar quantos homens negros estão presos nos EUA, vale mencionar que sob o regime mais racista da história moderna, em 1993, sob a Lei do Apartheid na África do Sul, ali eram encarcerados 851 homens negros por cem mil habitantes. Em 2008, sob a Lei de Proibição às Drogas dos Estados Unidos, homens negros estão encarcerados em uma proporção de 6.667 por cem mil habitantes (Bureau of Justice Statistics, US Department of Justice e "One in 100: Behind Bars in America 2008," Washington, DC: The PEW Center on the States, 2008). Como ressalta o diretor-executivo da LEAP, é o racismo que conduz a "guerra às drogas" nos EUA. Para encontrar uma política mais racista nos Estados Unidos do que a implementada com a guerra às drogas, ter-se-ia que voltar à escravidão. Há mais homens negros nas prisões dos EUA hoje do que escravos em 1840.[157] (Jack A. Cole. End Prohibition Now! http://leap.cc/Publications/End_Prohibition_Now.pdf) (Karan, Maria Lucia. Legalizar para afastar os danos da proibição, Conferência realizada na LII Semana Jurídica da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, promovida pelo Centro Acadêmico XVI de Abril – Campinas-SP).*

[158] Política Criminal e Direitos Humanos, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2008, p. 69

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

"A tutela penal há de ser ultima ratio das medidas culturais, econômicas, sociais e sanitárias, e não um sucedâneo para a falta delas"

Tribunal Constitucional Português [159]

De acordo com o princípio constitucional da subsidiariedade, embasado na principiologia do Estado-Penal Mínimo e da *ultima ratio*, a criminalização somente se justifica quando não houver outros meios ou alternativas para o enfrentamento do "problema social" a ser arrostado.

E é evidente que o "problema" das drogas pode e deve ser enfrentado, de modo mais eficaz, e sem produzir tantos danos, fora do sistema penal.

É preciso desconstruir essa falsa ideia de que a criminalização das condutas tidas como perigosas ou nocivas, conflituosas ou indesejadas, constitui uma solução eficaz para o enfrentamento dos males sociais.

Na realidade, o controle de tais condutas pode e deve ser efetivado, antes do apelo ao sistema criminalizador, no âmbito da ilegalidade, por políticas públicas positivas, destinadas à garantia dos direitos fundamentais, não ao seu enfraquecimento ou aniquilamento, como na esfera dos sistemas constitucionais de saúde e assistência social, os quais são inviabilizados em face do proibicionismo embasado na criminalização.

Lembre-se de que dispositivos garantidores da proteção de direitos fundamentais do indivíduo, constantes das declarações universais de direitos e das Constituições democráticas, obrigam os Estados a realizar intervenções positivas que criem condições materiais – econômicas, sociais e políticas – para a efetiva realização daqueles direitos.

Com efeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor no Brasil, com natureza constitucional de garantia fundamental, desde 3 de janeiro de 1976, traz a previsão expressa, em seu artigo 12, de normas garantidoras do direito de

[159] *Diário da República, 2ª série, 25.06.1985, p. 255).*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

todas as pessoas de desfrutarem o mais alto nível possível de saúde física e mental, com o objetivo de assegurar a plena efetividade desse direito.

E, no mesmo sentido, o artigo 196 da Constituição Federal brasileira estabelece que o Estado tem o dever de garantir o direito de todos à saúde mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, assegurando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Como se vê, o sistema constitucional brasileiro exige do Estado *"ações positivas promotoras dos direitos, e não ações negativas proibitivas de condutas, que se fazem obrigatórias na atuação do Estado para proteção dos direitos fundamentais do indivíduo".*[160]

---

[160] Karan, Maria Lucia. Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto, Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, n. 14, 1º e 2º semestre, Ed. Renavan, p. 167 a 179
"A força ideológica das enganosas publicidades do proibicionismo e do sistema penal, além de ocultar seu descompromisso com a humanidade e suas dores, além de ocultar os danos provocados por essas manifestações repressivas, cria a falsa crença de que o afastamento de proibições e criminalizações geraria o caos, a anarquia, perigos inimagináveis. Essas enganosas publicidades fazem com que o controle social fundado em proibições e, especialmente, na intervenção do sistema penal apareça como a única forma de enfrentamento de situações negativas ou de condutas conflituosas ou indesejadas. Mas, na realidade, não são apenas proibições, não é apenas a lei penal que controla fenômenos, visando regular o convívio entre as pessoas e evitar situações negativas ou condutas conflituosas ou indesejadas. O controle de situações e de condutas concretiza-se, não só através de leis de qualquer natureza, como também por outras intervenções sociais. O antiproibicionismo, longe de implicar o caos ou a anarquia, busca a ampla discussão e compreensão das raízes de fenômenos, comportamentos ou situações, problemáticos ou não, buscando alternativas que sejam capazes de proporcionar caminhos menos danosos e mais eficazes para regulá-los, legalizando-os e, portanto, controlando-os de forma mais livre, mais justa, mais racional, tendo em mente que é sempre melhor permitir que as atividades humanas, inclusive as que apareçam como controvertidas, se realizem em um ambiente legal do que deixá-las se desenvolver à mercê da ilegalidade.[9] *A descriminalização de condutas, quaisquer que sejam elas, tampouco implica em caos ou anarquia. Descriminalizar uma conduta longe está de, necessariamente, significar uma ausência de controle sobre esta conduta. Descriminalizar significa, apenas, afastar uma das formas pelas quais se exerce o controle social, forma de controle esta que sempre acaba por se mostrar mais do que ineficaz profundamente danosa. A descriminalização pode se dar sob diferentes modalidades, tendo, assim, diferentes conseqüências.*[10] *Nem sempre irá significar a aceitação da conduta descriminalizada e conduzir ao afastamento do caráter socialmente negativo do fenômeno considerado, podendo, com freqüência, acarretar não uma liberalização da conduta, mas tão-somente a substituição do controle exercido através do sistema penal por outras formas de controle social formal ou informal. Essa substituição poderá se dar por um controle social informal, exercido por organismos como a família, a escola, as igrejas, os clubes, as associações, etc. Em tal hipótese, a descriminalização conduz à neutralidade do Estado diante das condutas descriminalizadas, motivada por uma reapreciação de seu papel em determinados campos, de forma a reduzir a intervenção sobre o espaço de liberdade dos indivíduos, assim deixando que a própria sociedade civil e seus organismos se encarreguem do controle de condutas e situações que aparecem como negativas ou indesejadas. O controle exercido através do sistema penal poderá ser substituído ainda por outras formas de controle social formal. O caráter socialmente negativo da situação considerada mantém-se íntegro, transferindo-se, porém, o controle para outros organismos estatais, como os juízos cíveis (aplicadores de leis produzidas no campo não-penal, no campo do direito civil, do direito administrativo), ou não necessariamente estatais, como sistemas de saúde ou de assistência social. Este controle formal não-penal pode ser visualizado, com clareza, no âmbito das substâncias psicoativas e matérias primas para sua produção, bastando pensar nas diversas restrições legais a que estão submetidas a produção, a distribuição e o consumo de drogas lícitas, como o álcool ou o tabaco.*
(...)
A argumentação dos proibicionistas, pretendendo extrair um sentido criminalizador desse reconhecimento, é tão-somente mais um produto de seu enganoso discurso, é tão-somente um produto daquela falsa crença de que o controle social se limitaria à intervenção do sistema penal.
(...)

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Há inúmeras formas de enfrentamento do "problema" das drogas, portanto, fora do âmbito penal, as quais podem garantir a indenidade de seu enfrentamento com maior eficácia e mais adequada eficiência, sem acarretar as drásticas e terríveis consequências que a criminalização está causando há décadas no Brasil e no mundo.

E não se olvide que a Corte Constitucional Argentina, ao decidir que é inconstitucional a criminalização primária do porte de drogas para o consumo pessoal, também invocou em sua fundamentação a violação ao princípio da subsidiariedade, asseverando o seguinte:

> "*as razões de conveniência em que se sustentou a doutrina do precedente 'Montalvo' (Fallos: 313: 1333), tampouco constituem um fundamento constitucionalmente admissível. Em primeiro lugar, porque partem do sacrifício de direitos para satisfazer finalidades que podem ser atingidas por outros meios, sem necessidade de semelhante lesão. (...) está demostrado que a lesão da liberdade pessoal não é necessária para obter o objetivo perseguido. Em segundo lugar, está claro que, ainda que se possa admitir tal sacrifício, não se logra atingir esse objetivo. Com efeito, no precedente mencionado, sustentou-se que a criminalização do possuidor de drogas permitiria combater mais facilmente as atividades vinculadas ao comércio de drogas e atingir resultados promissores (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333). Isso não aconteceu, pois tal atividade criminosa, longe de haver diminuído,*

Aliás, a rigor, essa intervenção do sistema penal nunca atua efetivamente na proteção dos direitos fundamentais. Mas, não se trata aqui de questionar as reais finalidades do sistema penal e os danos provocados por quaisquer de suas intervenções, que estariam a revelar que a opção criminalizadora é, por sua própria natureza, contraditória com a proteção de direitos fundamentais do indivíduo. Aqui basta constatar que o que os dispositivos garantidores da proteção de direitos fundamentais do indivíduo, constantes das declarações universais de direitos e das Constituições dos Estados democráticos, estão a ordenar ao Estado são intervenções positivas que criem condições materiais – econômicas, sociais e políticas – para a efetiva realização daqueles direitos, o que, mesmo para quem ilusoriamente acredita na reação punitiva, não implica em intervenção do sistema penal. Um exemplo pode ser extraído no campo do direito à saúde. Veja-se o disposto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em vigor desde 3 de janeiro de 1976, nas regras de seu artigo 12, garantidoras do direito de todas as pessoas de desfrutar o mais alto nível possível de saúde física e mental. Estabelecem aquelas regras que os Estados Partes, com o fim de assegurar a plena efetividade deste direito, devem adotar medidas como a redução da mortalidade infantil e a promoção do desenvolvimento saudável das crianças; o melhoramento da higiene no trabalho e do meio ambiente; a prevenção, o tratamento e o combate às enfermidades epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outras naturezas; a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de doença. Na mesma linha, veja-se o disposto na regra contida no artigo 196 da Constituição Federal brasileira, a estabelecer que o Estado tem o dever de garantir o direito de todos à saúde mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, assegurando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. São, portanto, ações positivas promotoras dos direitos, e não ações negativas proibitivas de condutas, que se fazem obrigatórias na atuação do Estado para proteção dos direitos fundamentais do indivíduo" (Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto, Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, n. 14, 1º e 2º semestre, Ed. Renavan, p. 167 a 179).

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

aumentou de forma notável, e isso a custas de uma interpretação restritiva dos direitos individuais".[161]

E vale lembrar, também, que o Ministro Carlos Fayt, em seu voto, no mencionado julgamento da Corte Constitucional Argentina, afirmou (1) que deve ser observado o conceito de direito à saúde adotado pela Organização Mundial da Saúde, (2) que esse direito tem natureza constitucional, (3) que, por isso, o Estado está obrigado a protegê-lo concretamente, garantindo-lhe plena efetividade, (4) que cabe ao Estado promover políticas públicas para garantir o direito à saúde das pessoas que consomem drogas, garantindo-lhes acesso universal aos tratamentos adequados como um compromisso de salvar vidas e reduzir a demanda por drogas, e (5) que, de acordo com a UNODC, "esse é um dos melhores meios de combater o mercado ilegal de drogas".[162]

Realmente, a ONU, por seu escritório especializado, ao publicar o Relatório Anual sobre Drogas, UNODC 2009[163], reconheceu e afirmou que "não se deve sacrificar a saúde pública para preservar a segurança pública, mas, sim, deve ser garantido o acesso universal ao tratamento da

---

[161] Voto del Señor Presidente Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti: *"las razones de conveniencia en que se sustentó la doctrina del precedente "Montalvo" (Fallos: 313: 1333), tampoco constituyen un fundamento constitucionalmente admisible. En primer lugar porque parten de la base de sacrificar derechos para satisfacer finalidades que pueden ser obtenidas por otros medios sin necesidad de semejante lesión. Como se verá en considerandos siguientes, en los países de la región se combate el flagelo de la drogadicción respetando el consumo personal que no daña a terceros y concentrándose en la distribución y el consumo cuando tiene aptitud concreta de peligro o daño. De manera que está demostrado que la lesión de la libertad personal no es necesaria a los fines de obtener el objetivo perseguido. En segundo lugar, está claro que, aun cuando se admita el sacrificio, no se logra el resultado. En efecto, en el precedente mencionado se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333). Ello no se ha producido, pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales" (Voto del Señor Presidente Doctor Don Ricardo Luis Lorenzetti).*

[162] *"desde esta perspectiva y en lo que específicamente hace a la cuestión aquí en estudio, cabe recordar — sin recurrir al arracimado de documentos internacionales en este sentido — que dentro de los objetivos que se incluyen en una mejor combinación de políticas públicas, se insta a los Estados miembros a promover el derecho a la salud de las personas que consumen estupefacientes y a que "luchen por el logro del objetivo del acceso universal al tratamiento de la toxicomanía como un compromiso para salvar vidas y reducir la demanda de drogas" y, por tanto, como "uno de los mejores modos de [combatir] el mercado ilegal de drogas" (cfr. UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Informe Mundial sobre las Drogas, 2009, Resumen Ejecutivo; énfasis agregado). Por otra parte, corresponde también poner de resalto que — entre las medidas que a efectos de asegurar el derecho a la salud se establecen — el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe que deben figurar las necesarias para la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas (inciso c). El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone, a su vez, que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales. Lo propio establece el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Finalmente no debe soslayarse, que a partir de lo dispuesto en dichos instrumentos internacionales, el Tribunal ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud —comprendido, claro está, dentro del derecho a la vida— y há destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684; 323:3229; entre otros)"* (cfr. UNODC, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Informe Mundial sobre las Drogas, 2009, Resumen Ejecutivo)

[163] United Nations Office on Drugs and Crime

toxicodependência, como um dos melhores meios para a redução do mercado ilegal de drogas".

Como se verifica, até mesmo a ONU já reconheceu que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é incompatível com a proteção ao direito à saúde e, consequentemente, viola o princípio da subsidiariedade, afirmando, textualmente, que o tratamento é um dos melhores meios para a redução do tráfico ilícito de drogas.

E acrescentou, ainda, o Ministro Carlos Fayt, fundamentando o seu convencimento sobre incompatibilidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal com o princípio da subsidiariedade, que, de acordo com artigo 25 da Declaração Universal de Direitos Humanos, bem como nos termos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, toda pessoa tem direito a que sua saúde seja preservada por medidas sanitárias e sociais e que o Estado tem o dever de garantir esse direito com ações positivas, concluindo, então, que **a drogatização é um problema de saúde pública e que, por isso, não se deve criminalizar os usuários de drogas, o que exige a adoção de novos modelos de abordagem integral, visando à adequada proteção da dignidade humana.**[164]

Induvidosamente, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal afasta os eventuais consumidores e dependentes da necessária assistência sanitária segura e inviabiliza os tratamentos adequados, quando necessários e desejados.

Com efeito, como ficou consignado na Declaração de Roma, de 2011, sobre a política de drogas e direitos humanos nos países latinos, "a adoção de um rígido proibicionismo em relação a um fenômeno tão complexo, que deveria ser enfrentado por todo tipo de políticas sociais, educativas, sanitárias, laborais, sem discriminação de nenhuma alternativa possível, impede que sejam discutidas ou implantadas medidas alternativas, como aquelas que produziram tão bons resultados no Canadá, em Portugal ou no Uruguai. (...) As atitudes repressivas, na realidade, somente afastam os usuários de drogas do sistema sanitário, estigmatizando-os e distorcendo as funções do Ministério Público e dos juízes, deixando em segundo lugar o direito

---

[164] *"Desde esta perspectiva se asume claramente que la "adicción es un problema de salud y no debe encarcelarse a los afectados" (cfr. UNODC, Informe del año 2009 ya citado; énfasis agregado). Antes bien, es primariamente en el ámbito sanitario — y mediante nuevos modelos de abordaje integral — que el consumo personal de drogas debería encontrar la respuesta que se persigue. Se conjuga así la adecuada protección de la dignidad humana sin desatender el verdadero y más amplio enfoque ue requiere esta problemática, sobre todo en el aspecto relacionado con la dependencia a estas sustâncias".*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

administrativo e o de família, que têm melhores e mais eficazes ferramentas que o sistema penal, que deve ser a *ultima ratio* do sistema".

E não é só.

O Direito Internacional também tem reconhecido, de modo veemente, que não se pode olvidar a proteção às vítimas, que devem ser adotados esforços para evitar a revitimização, que não há dúvida de que, em muitos casos, os consumidores de drogas, em especial, quando se transformam em "adictos", são as vítimas mais visíveis, juntamente com as suas famílias, do flagelo das "bandas criminosas" do narcotráfico e que, por isso, é razoável sustentar que a resposta punitiva do Estado ao consumidor constitui um processo institucional de revitimização.[165]

A preocupação com as drogas não pode ser desprezada, mas cabe ao Estado preparar seu aparato de saúde pública, assistência e educação para assegurar aos "adictos" o direito de receberem tratamentos físicos e psicológicos, o que é incompatível com a criminalização do porte para consumo pessoal.[166]

Como observou o Ministro Zaffaroni em seu voto no julgamento mencionado, "a criminalização do porte de drogas converte-se em um obstáculo para a recuperação do poucos que são dependentes, pois não faz mais que estigmatiza-los e reforçar sua identificação com o uso das drogas".

E Maurides de Melo Ribeiro, ao comentar o projeto de descriminalização do uso de drogas em Portugal, afirma que "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 de direitos e não apenas um alvo da tutela ou da sanção do Estado. Isso implica o reconhecimento da diversidade das razões etiológicas do uso de

---

[165] *"19) Que el derecho internacional también ha hecho un vehemente reconocimiento de las víctimas y se ha preocupado en evitar su revictimización, a través del acceso a la justicia (artículo 25 de la Convención Americana). En consonancia nuestra Corte ha receptado determinados principios tendientes a darle a aquél un mayor protagonismo en el proceso ("Santillán" Fallos: 321:2021). No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización"*

[166] *"Corte Constitucional Argentina. "Que sin perjuicio de todo lo expuesto hasta aquí, no se puede pasar por alto la creciente preocupación mundial sobre el flagelo de las drogas y específicamente sobre el tráfico de estupefacientes. Esta preocupación, que tampoco es nueva, se ha plasmado en varias convenciones internacionales. Así en el ámbito de las Naciones Unidas tres convenciones acuerdan principios y mecanismos internacionales em la lucha contra las actividades vinculadas al narcotráfico. En términos generales, ellas prevén la colaboración judicial entre los Estados; el deber de los Estados de diseñar políticas tendientes a la erradicación de la producción, tráfico, oferta y demanda de estupefacientes ilícitos. En lo referente a la contención de la demanda, además de la persecución de la oferta, se obliga a los Estados a preparar su aparato de salud pública, asistencia y educación, de modo que asegure que los adictos puedan recibir tratamientos físicos y psicológicos para curarse de sus adicciones.*

drogas: problemas pessoais, fatores sociais ou por recreação ou 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 é prejudicial em relação a terceiros".[167]

Portanto, a adoção da criminalização das drogas ou do porte de drogas para consumo pessoal, sem que antes sejam efetivadas todas as medidas acima elencadas, como ocorre no Brasil, constitui flagrante violação do princípio da subsidiariedade e uma afronta direta à principiologia da intervenção mínima, que constitui uma das bases fundamentais do Estado Democrático.

E, como afirmam Zaffaroni e Batista, "perante um conflito para o qual se acha disponível um modelo de solução, é desnecessária a criminalização, que lhe impõe um modelo decisório, mas não o soluciona", o que evidencia a inconstitucionalidade da criminalização do uso de drogas, pois não se pode adotar como solução a criminalização de um sintoma de doença, "quando o modelo de solução é terapêutico".[168]

A criminalização das drogas, portanto, contendo em seu bojo a criminalização do porte de drogas para o consumo pessoal, além de ser uma medida absolutamente inútil e ineficaz para enfrentar esse problema social e de saúde pública, além de acarretar prejuízos e danos sociais maiores que aqueles causados pelas drogas, subverte a imperiosa necessidade de adoção precedente de outros meios ou alternativas para o enfrentamento da questão e inviabiliza a "solução terapêutica".

Induvidosamente, a criminalização primária do porte de drogas para consumo pessoal viola os princípios constitucionais da idoneidade e racionalidade, mas, também, o da subsidiariedade.

3.- CRITÉRIOS DEMOCRÁTICOS DE CRIMINALIZAÇÃO.

> **"algum dia, quando a descriminalização das drogas for uma realidade, os historiadores olharão para trás e sentirão o mesmo arrepio que nos produz a inquisição".**

[167] Drogas e redução de danos – os direitos das pessoas que usam drogas. Saraiva, São Paulo, 2014, p. 106.
[168] Direito Penal Brasileiro, v. I, Editora Revan, RJ, 2003, p. 242

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Javier Martinez Lázaro
Juiz Penalista de Madri/Espanha

Com deixei consignado nos itens anteriores, a criminalização das drogas viola os princípios democráticos limitadores do processo de criminalização, a saber: o princípio da idoneidade, que impõe a demonstração de que a criminalização é um meio útil para controlar um determinado problema social; o princípio da subsidiariedade, que impõe a comprovação de que não existem alternativas que não a criminalização, para controlar determinado fato; e o princípio da racionalidade, que exige que se comparem os benefícios e os custos sociais produzidos pela criminalização.

Contudo, também devem ser mencionados alguns dos critérios sugeridos pelas recomendações trazidas nas linhas orientadoras do processo democrático de criminalização: não criminalizar quando se trata de tornar dominante uma determinada concepção moral; não criminalizar para fazer crer que com isso se solucionou um problema, nem de modo promocional, ou como forma de provocar catarse social em situações de especial comoção (...); não criminalizar comportamentos demasiadamente frequentes ou aceitos por parte significativa da população (...)".[169]

Assim, também é imprescindível analisar esses critérios, que devem ser observados, mas que estão sendo contrariados na criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, nos termos da figura típica do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

3.1.- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL COM A "PROIBIÇÃO DE SE CRIMINALIZAR UMA CONDUTA QUANDO SE TRATA DE TORNAR DOMINANTE UMA DETERMINADA CONCEPÇÃO MORAL".

> ***"El derecho penal no debe ser moralizador ni utilizarse para imponer una determinada ideología"***
>
> ***Enrique Bacigalupo[170]***

[169] Maria Lucia Karan, "Sistema penal e direitos das mulheres", in Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 9, p 152 e 153

[170] *Princípios de derecho penal: parte general. 3 ed. Madrid: Akal, 1994, p. 16*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Como ensinam Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, o Estado "não deve imiscuir-se coercitivamente na vida moral dos cidadãos e nem tampouco promover coativamente sua moralidade, mas apenas tutelar sua segurança, impedindo que se lesem uns aos outros".[171]

A ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito não pode converter-se na voz exclusiva da moral, especialmente no âmbito do sistema penal, essencialmente repressivo.

Em um Estado de Direito Democrático todas as pessoas devem ter a mesma liberdade para uma autocompreensão ética, mas o proibicionismo, visto como um posicionamento ideológico de fundo moral e político, contrariando os princípios democráticos, tem a finalidade de promover ações políticas voltadas para a regulação e o controle de condutas, especialmente pela intervenção do sistema penal, e não permite espaço para as escolhas individuais, o que o torna eminentemente antidemocrático.

E é exatamente com fundamento nesse proibicionismo moral e político, ditado por razões de Estado e, especialmente, econômicas, que o porte de drogas para consumo pessoal tem sido mantido sob o controle da criminalização no Brasil.

Aliás, lembre-se de que, em sua origem, os movimentos proibicionistas do século XX foram inspirados, em especial, pelo conservadorismo moralista e puritano dos Estados Unidos da América, o qual, ainda muito forte em países de tradição ibérica, associava o uso de drogas com o pecado e com o mal.

Entanto, "nenhuma norma penal criminalizadora será legítima se intervier nas opções pessoais ou se impuser aos sujeitos determinados padrões de comportamento que reforçam concepções morais. A secularização do direito e do processo penal, fruto da recepção constitucional dos valores do pluralismo e da tolerância à diversidade, blinda o indivíduo de intervenções indevidas na esfera da interioridade".[172]

Como afirmam Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, "o estado que pretende impor uma moral é imoral, porque o mérito moral é fruto de uma escolha livre diante da possibilidade de optar por outra coisa: carece de mérito aquele que não pôde fazer alguma coisa diferente. Por essa razão, o estado paternalista é imoral. Em lugar de pretender impor uma moral, o estado

---

[171] *CARVALHO, Salo de; BUENO, Amilton.* ***Aplicação da pena e garantismo****. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 9.*
[172] *Salo de Carvalho, op. cit. p. 256.*

ético deve reconhecer o âmbito de liberdade moral, possibilitando o mérito de seus cidadãos, que surge quando eles têm disponibilidade da alternativa imoral: tal paradoxo leva à certeira afirmação de que *o direito é moral precisamente porque ele é a possibilidade da imoralidade*, intimamente vinculada à diferença entre consciência jurídica e consciência moral".[173]

Portanto, é inconcebível que, em um Estado Democrático de Direito, seja criminalizada uma conduta que constitui exatamente o exercício da autonomia ética que o Estado deve garantir.

Como observa Alice Bianchini, "*sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem-estar social, ultrapassa seus próprios limites em detrimento de suas tarefas primordiais (...). Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de irem para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente (ao alheio)".*[174]

Assim, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal viola frontalmente a proibição de criminalização de condutas para tornar dominante uma concepção moral.

Como adverte Cristiano Avila Marona, "*o papel do Direito Penal não é realizar a educação moral de pessoas adultas. Não compete ao Estado fiscalizar a moralidade privada, para exercer em face dos cidadãos o papel de polícia dos costumes, de sentinela da virtude. O Direito Penal das drogas representa a moralização do problema: significa ortopedia moral*".[175]

Como se vê, a atual política de drogas, em face de sua natureza essencialmente bélica e sanitária, justificada por uma ideologia de segurança nacional e da defesa social, fundamentada no proibicionismo e nos preceitos não democráticos do direito penal do inimigo, bem como em modelos punitivos moralizadores, que, por razões de Estado e com indiferença às razões de Direito, promove o intervencionismo do Estado no âmbito privado individualista e consagra o tratamento punitivo do uso pessoal, tem, na realidade, como bem observa Dimitri Dimoulis, o objetivo de "submeter segmentos da classe trabalhadora a um contínuo controle militarizado".[176]

---

[173] Direito Penal Brasileiro, v. I, Editora Revan, RJ, 2003, p. 225
[174] Alice Bianchini. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 33.
[175] Cristiano Avila Marona.Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal, op. cit.
[176] op. cit. p. 24

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

3.2.- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL COM A "PROIBIÇÃO DE SE CRIMINALIZAR UMA CONDUTA DE FORMA SIMBÓLICA OU PROMOCIONAL".

> ***"O Estado, sob o pretexto de cumprir o dever de prestar proteção, está, na verdade, de forma simbólica, sobrepondo a política criminal à política social, ou, em outras palavras, está criminalizando a política social"***
> ***Alessandro Barata***[177]

Em um Estado Democrático de Direito, como no Brasil, que respeita a dignidade da pessoa, não se deve criminalizar qualquer conduta para fazer crer que, em razão da adoção dessa medida no plano formal legislativo, foi solucionado o problema que se pretendia arrostar.

É por isso que Miguel Reale Júnior afirma que "d*escriminalizar significa abandonar, humildemente, a concepção de que é apenas através de qualificação jurídica, com recurso à tipificação penal, que se propulsiona o progresso da sociedade".*[178]

Todavia, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, que está embasada em uma sólida e enganosa publicidade, pretende vender a ideia de que constitui um instrumento necessário e idôneo para garantir a proteção da saúde pública.

Contudo, como acima deixei consignado, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, bem como a criminalização do comércio de drogas, tem sido absolutamente ineficaz, inócua e inútil para prevenir a sua prática e, além disso, tem acarretado imensos e terríveis riscos e danos para a sociedade de forma geral e, especial, para os consumidores.

Assim, como acontece no Brasil, "o *Estado, sob o pretexto de cumprir o dever de prestar proteção, está, na verdade, de forma simbólica, sobrepondo a política criminal à política social, ou, em outras palavras, está criminalizando a política social".*[179]

---

[177] *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, SP, RT, ano 2, n. 5, 1992, p. 12*

[178] *Descriminalização, Revista do Instituto dos advogados Brasileiros, 1991, p. 187*

[179] *Barata, Alessandro.* Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, SP, RT, ano 2, n. 5, 1992, p. 12

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Aliás, condenando a adoção da criminalização das drogas com sentido simbólico, da "Declaração de Roma", acima mencionada, constou o seguinte: "A falta de políticas preventivas no âmbito social, sanitarista e cultural, a omissão de controle dos organismos estatais e a falta de uma coerente política criminal direcionada ao enfrentamento da acumulação e reemprego do dinheiro proveniente da corrupção de funcionários públicos, da sonegação de impostos, da evasão de divisas, do suborno, do contrabando de armas, da lavagem de capitais e do tráfico, evidenciam que as reformas legais na esfera penal somente têm sido produzidas como 'holofotes publicitários', não resolvem o grave problema do aumento da demanda, não diminuem a oferta e, o que é pior, propiciam tal movimentação de dinheiro na esfera mundial, que, atualmente, é impossível saber, com exação, quanto desse dinheiro provém do circuito ilegal do narcotráfico ou do produto dos delitos de colarinho branco e corrupção".[180]

Como se vê, não se pode admitir a criminalização simbólica nem o seu caráter promocional.

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito, que respeita a dignidade da pessoa, também não se deve criminalizar qualquer conduta para promover valores, bens ou interesses, por mais relevantes que sejam.

É o que ensina Jorge de Figueiredo Dias: "Ao direito penal não deve caber uma função promocional que o transforme, de direito de proteção de direitos fundamentais, individuais e coletivos, em instrumento de governo da sociedade. Uma tal função não estaria de acordo com o fundamento de legitimação da intervenção penal, nem com o sentido dessa intervenção como *ultima ratio* da política social, nem com as exigências de salvaguardas do pluralismo e da tolerância conaturais às sociedades democráticas hodiernas".[181]

Inspirada pela publicidade enganosa que sustenta o sistema penal, forte em um enganoso discurso de proteção da saúde pública, que oculta preconceitos e fomenta desigualdades, encobrindo o seu caráter puramente político, econômico, moralista e ideológico, que alimenta o controle da vida privada, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal esconde a realidade de que a intervenção do sistema penal é mera manifestação de poder.

---

[180] DECLARAÇÃO DE MAGISTRADOS LATINOS SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS EM MATÉRIA DE DROGAS E DIREITOS HUMANOS, Roma, 2011

[181] Questões fundamentais do directo penal revisistadas. SP:. RT, 1999, p. 73

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

É evidente, pois, que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal tem caráter exclusivamente simbólico e promocional e, por isso, contraria os mais elementares dogmas que embasam o Estado Democrático e fundamentam o sistema de Direitos Humanos.

2.6- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL COM A PROIBIÇÃO DE SE CRIMINALIZAR COMPORTAMENTOS FREQUENTES OU ACEITOS POR PARTE SIGNIFICATIVA DA POPULAÇÃO.

Finalmente, verifico que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal contraria, às completas, o critério democrático de que não se deve criminalizar comportamentos frequentes ou aceitos por parte significativa da população.

Lembre-se dos dados acima referidos, relativos ao uso de drogas lícitas e ilícitas, os quais demonstram que o uso de drogas é praticado por parte significativa da população brasileira, o que justifica, plenamente, a adoção de um sistema de políticas públicas no âmbito da saúde pública, mas, jamais, no âmbito do sistema penal, repressivo, proibicionista, ineficaz, produtor de violência, violador dos direitos individuais e incompatível com aquele.

Assim, também por essa razão, a mantença da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal implica flagrante violação dos imprescindíveis princípios constitucionais que devem gizar os limites do processo de criminalização em nosso Estado Democrático.

Decididamente, o uso drogas deve ser tratado, pelo Estado, como uma questão de saúde pública e enfrentado no âmbito das políticas públicas de persuasão, educação e tratamento, quando necessário, mas nunca como uma questão criminal.

4.- DA INCOMPATIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL E COM O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

"Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já têm a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousamos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos"

Fernando Pessoa

A criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é incompatível com o sistema de proteção dos Direitos Humanos, o qual foi incorporado ao sistema constitucional brasileiro, constitui um mero instrumental simbólico da ideologia moralista de controle social, não tem sido eficaz nem útil para a proteção da saúde pública ou individual, está sendo mantida com um enorme custo social, impede a implantação e efetivação de medidas realmente eficazes para o enfrentamento do problema, acarreta às pessoas e, especialmente, aos consumidores e dependentes terríveis sequelas, inclusive morte, e contraria, de modo flagrante, os princípios jurídicos e democráticos da idoneidade, da subsidiariedade e da racionalidade, bem como as exigências jurídico-penais de não se criminalizar uma conduta de modo simbólico o promocional, nem para impor uma determinada concepção moral, nem para punir condutas frequentemente aceitas ou praticadas por parcela significativa da população.

Aliás, segundo demonstra Otávio Dias de Souza Ferreira, em profundo e percuciente estudo, a criminalização das drogas e, especialmente, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal violam os princípios da taxatividade, do primado da lei penal substancial, da representação popular, da resposta não contingente, da proporcionalidade abstrata, da idoneidade, da subsidiariedade, da proporcionalidade concreta ou da adequação do custo social, da implementação administrativa da lei, do respeito pelas autonomias culturais, do primado da vítima, da imputação pessoal ou da personalidade, da responsabilidade pelo fato e da exigência social de comportamento conforme a lei, os quais integram os grupos de princípios de limitação funcional do poder punitivo e da limitação pessoal, todos eles elegidos e consagrados, nos Estados Democráticos de Direito, para estabelecer limitações formais e materiais ao poder punitivo do Estado, em homenagem à dignidade humana e aos preceitos éticos do sistema de proteção aos Direitos Humanos.[182]

[182] Drogas e Direito Penal Mínimo: análise principiológica da criminalização de substâncias psicoativas, RBCRIM, v. 75, 2008, p. 183 a 235.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Decididamente, em face da violação de todos esses princípios, é inconstitucional a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, tipificado no artigo 28 da Lei n 11.343/2006.

Portanto, em face da inconstitucionalidade do referido tipo penal, no Brasil, assim como na Argentina e na Colômbia, pelas mesmas e idênticas razões, não é crime o porte de drogas para consumo pessoal, em decorrência de sua evidente atipicidade.

Aliás, não se olvide que a descriminalização do uso de drogas foi uma das principais recomendações do relatório "O problema das drogas nas Américas", apresentado pelo Secretário-Geral da OEA, José Miguel Insulza, à Assembleia Geral da OEA, em 2013, como alternativa para a guerra às drogas.

E é preciso lembrar, ainda, que as Organizações da Sociedade Civil também apresentaram aos membros da Assembleia Geral da OEA, em Antígua, as seguintes considerações e recomendações[183]:

CONSIDERAÇÕES: (1) a resposta ao consumo problemático de drogas não pode ter um enfoque repressivo; (2) é necessário separar do campo penal e de segurança pública o uso e consumo pessoal de drogas, bem como todas as condutas tendentes a essa finalidade; (3) esse problema é principalmente um problema de saúde pública, mas também econômico, o que faz necessário fortalecer os sistemas nacionais de saúde, emprego, educacional de apoio e inclusão social, particularmente nas áreas de prevenção, tratamento e redução de danos; (4) as pessoas que usam drogas não devem ser penalizadas ou criminalizadas por seu consumo; (5) deve ser respeitado o direito de toda pessoa que usa drogas de eleger o momento e o tipo de dispositivo de assistência; (6) os consumidores não devem ser obrigados a iniciar, suspender ou aceitar um determinado tratamento; (7) é preciso distinguir os danos associados ao abuso de drogas dos danos causados pelas políticas de drogas, pois, embora todo consumo de drogas seja potencialmente perigoso, os enfoques punitivos de controle dos danos associados a políticas públicas podem causar danos maiores que aqueles causados diretamente pelas drogas; e (8) a aplicação atual das políticas públicas sobre drogas, embasadas na criminalização, tem exacerbado na violência, debilitado o Estado de Direito, violado os direitos humanos e as instituições democráticas.

---

[183] *RECOMENDAÇÕES DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL – "Por una Política Integral frente al Problema Mundial de las Drogas en las Américas. Desafíos a la salud pública y el desarrollo de una política integral frente al problema mundial de las drogas en las Américas".*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

RECOMENDAÇÕES: (1) **o consumo de drogas deve ser afastado do campo penal;** (2) **em nenhuma circunstância um ato tendente a consumo de drogas deve ser criminalizado**; (3) deve ser assegurado que nenhum consumidor seja privado do acesso ao sistema de saúde, educação moradia, participação da vida democrática e outras garantias fundamentais; (4) **nenhuma política de drogas pode causar retrocessos democráticos ou desrespeito aos direitos humanos**; (5) **na aplicação das políticas de drogas devem ser respeitados os tratados internacionais de Direitos Humanos**; (6) **a aplicação das convenções da ONU sobre drogas devem estar sujeitas ao respeito aos paradigmas estabelecidos pelo Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**; (7) **toda política integral relacionada com drogas deve afastar-se da perspectiva de segurança pública e militarização, garantindo às pessoas irrestrito respeito aos direitos humanos sob a perspectiva da saúde pública;** e (8) as políticas pública implementadas até hoje tem causado impacto negativos nas sociedade e, especialmente, para grupos vulneráveis.[184]

---

[184] *"el consumo problemático de drogas es un problema principalmente socio-sanitario pero también económico, por lo que se hace necesario fortalecer los sistemas nacionales de salud, empleo, educativo de apoyo e inclusión social, particularmente en las áreas de prevención, tratamiento y reducción de daños y, desarrollar a la vez, una evaluación de dichos sistemas que nos permita identificar las acciones necesarias para responder a los consumos problemáticos de drogas desde un enfoque no represivo en el marco de los derechos humanos; es necesario separar del campo penal y de la seguridad el uso y consumo personal de las drogas, así como todas las conductas tendientes a esa finalidade; Las personas que usan drogas no deben ser penalizadas y criminalizadas por su consumo; se debe incorporar un abanico completo y diverso de respuestas de salud pública; Se debe respetar el derecho de toda persona que usa drogas a elegir el momento y el tipo de dispositivo de atención; No deben ser obligadas a iniciar, suspender o aceptar un determinado tratamento; se deben distinguir entre los daños asociados al abuso de drogas y los daños asociados a la política de drogas; es preciso recordar que si bien es cierto que todo consumo de drogas es potencialmente riesgoso, en algunos ambientes donde imperan la criminalización y los enfoques punitivos de control los daños asociados a las políticas pueden incluso sobrepasar a aquellos causados directamente por el mal uso de las sustâncias. Preocupados porque la aplicación de las políticas hasta ahora empleadas para enfrentar el problema de drogas en el hemisferio, ha exacerbado la violencia, debilitado el Estado de derecho, vulnerado los derechos humanos y a las instituciones democráticas, hacemos las siguientes recomendaciones: Lo anterior implica específicamente, que en todo momento, el consumo se debe separar del campo penal. Dicho esto, bajo ninguna circunstancia un consumidor, por el solo acto o practicar cualquier acto tendiente al consumo, puede terminar en la cárcel o ser víctima de procesos como la detención preventiva. Al contrario, es necesario velar que a los consumidores de drogas nunca se les prive de su derecho a acceso a la salud, participación democrática, acceso a la educación, vivienda y otras garantías básicas, aun cuando existan antecedentes penales de por medio. Todos los cambios sobre políticas de drogas, tanto actuales y futuras, bajo ninguna circunstancia deben, causar o significar retrocesos en la democracia y el respeto a los derechos humanos. Así mismo y por ejemplo, estos cambios o reformas deben respetar las convenciones y declaraciones de derechos humanos bajo el marco de que exista la total disponibilidad a explorar alternativas menos militarizadas. La proliferación del crimen organizado, vinculado al narcotráfico, es un reflejo de la exclusión social, el Estado de derecho y la democracia que lleva a la pérdida de horizontes y proyectos colectivos y hace necesario que los Estados desarrollen políticas públicas por el avance del mismo, que trae aparejado violencia y delincuencia, atacando los grupos vulnerables, especialmente los jóvenes. Por ello es fundamental la centralidad de la educación integral y la cultura del trabajo, generando trabajo decente y con derechos.* ***La aplicación de las Convenciones de la ONU sobre drogas, debe estar sujeta al respeto de los estándares establecidos en el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos. En el plano domestico, instamos a los Estados a que formulen propuestas de reforma legislativa que recojan los criterios planteados en este pronunciamiento.*** *Promoción y Protección de los Derechos Humanos. 1. Políticas de lucha contra las drogas y derechos humanos. Enfatizamos que toda política integral relacionada con las drogas debe alejarse de la perspectiva de la seguridad y la militarización, garantizando un respeto irrestricto a los derechos humanos de todas las personas y su consideración desde la perspectiva de la salud pública y humana, atendiendo a la prevención y la atención en salud psicosocial. Reconocemos que las políticas hasta ahora implementadas han tenido un impacto diferenciado en ciertos grupos, colocándolos en una situación de vulnerabilidad. En particular, este impacto se manifiesta en distintas formas de violencia contra la mujer, en la criminalización de los*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Aliás, assim encerraram as Organizações da Sociedade Civil as suas recomendações à Assembleia Geral da OEA: "urge que os Estados reconheçam a importância do enfoque dos direitos humanos, justiça social, promoção da paz e perspectiva de gênero nas estratégias de atenção ao problema das drogas".[185]

E a Organização dos Estados Americanos, em sua 43ª Assembleia Geral, realizada em Antígua, Guatemala, de 4 a 6 de junho de 2013, sob o tema "*Por uma política integral frente ao problema mundial das drogas nas Américas*", acolhendo, entre outros, os argumentos e as fundamentações do relatório e das recomendações acima mencionadas, aprovou, na quarta sessão plenária, realizada no dia 6 de junho de 2013, a DECLARAÇÃO DE ANTIGUA GUATEMALA, subscrita também pelo Brasil, da qual, em apertada síntese, consta o seguinte:

(1) o problema mundial das drogas, inclusive seus custos políticos, econômicos, sociais e ambientais, **gera efeitos negativos na saúde, na convivência social, na segurança cidadã, na integridade das instituições democráticas, nas políticas públicas, no desenvolvimento e nas atividades econômicas,** o que requer uma abordagem integral, equilibrada, multidisciplinar e construída com pleno respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais;

(2) as políticas sobre drogas **devem centrar-se no bem-estar do indivíduo e seu entorno** para que, a partir de uma abordagem multissetorial e multidisciplinar, utilizando evidência científica e melhores práticas disponíveis, baseiem-se em enfoques para reduzir os impactos negativos do abuso de drogas, e reforcem o tecido social, **bem como fortaleçam a justiça, os direitos humanos, a saúde, o desenvolvimento, a inclusão social, a segurança cidadã e o bem-estar coletivo**;

(3) é preciso fortalecer as instituições do Estado e suas políticas públicas e estratégias, em particular nas áreas de educação, saúde e segurança cidadã, a fim de melhorar a prevenção do abuso de drogas e da violência e dos delitos associados às drogas, **com pleno respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais**;

---

pueblos indígenas y de las protestas sociales y ambientales, los ataques, amenazas y asesinatos en perjuicio de defensoras y defensores de derechos humanos, periodistas y comunicadores sociales, trabajadoras sexuales e integrantes de la comunidad LGTBI.

[185] *"Urgimos que los Estados reconozcan la importancia del enfoque de derechos humanos, justicia social, promoción de la paz y la perspectiva de género en las estrategias de atención al problema de drogas".*

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

(4) é preciso aprender com as experiências e os novos enfoques que vários governos e sociedades vêm apresentando em relação ao problema mundial das drogas, **especialmente quando levam em consideração a pessoa humana, seu entorno, a inclusão social e a dignidade humana, de acordo com critérios para reduzir os impactos negativos do abuso de drogas**;

(5) **é fundamental que as políticas públicas sobre drogas respeitem os direitos humanos e as liberdades fundamentais e incorporem a saúde pública, a educação e a inclusão social às medidas preventivas**, visando ao fortalecimento das instituições democráticas e à promoção do desenvolvimento local e nacional;

(6) o abuso de drogas também é um problema de saúde pública e, portanto, **é necessário fortalecer os sistemas públicos de saúde**, particularmente nas áreas de prevenção, tratamento e reabilitação; e

(7) **as políticas de drogas devem conter uma perspectiva transversal de direitos humanos,** consistente com as obrigações das partes, em conformidade com o Direito Internacional, inclusive a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais instrumentos jurídicos de direitos humanos aplicáveis, assim como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a fim de promover e alcançar o bem-estar da pessoa, sua inclusão social e o acesso à justiça e à saúde, entre outros.[186]

---

[186] *AS MINISTRAS E OS MINISTROS DAS RELAÇÕES EXTERIORES E AS CHEFES E OS CHEFES DE DELEGAÇÃO DOS ESTADOS MEMBROS DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA),*
RECONHECENDO que o problema mundial das drogas, inclusive seus custos políticos, econômicos, sociais e ambientais, converteu-se em um desafio cada vez mais complexo, dinâmico e multicausal, que gera efeitos negativos na saúde, na convivência social, na segurança cidadã, na integridade das instituições democráticas, nas políticas públicas, no desenvolvimento e nas atividades econômicas e que, de acordo com o princípio da responsabilidade comum e compartilhada, requer uma abordagem integral, equilibrada, multidisciplinar e construída com pleno respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais;
COMOVIDOS com as numerosas vidas humanas perdidas e interrompidas e o grande sofrimento causado pelo problema mundial das drogas;
CONVENCIDOS de que as políticas sobre redução da demanda de drogas ilícitas devem centrar-se no bem-estar do indivíduo e seu entorno para que, a partir de uma abordagem multisetorial e multidisciplinar, utilizando evidência científica e melhores práticas disponíveis, baseiem-se em enfoques para reduzir os impactos negativos do abuso de drogas, e reforcem o tecido social, bem como fortaleçam a justiça, os direitos humanos, a saúde, o desenvolvimento, a inclusão social, a segurança cidadã e o bem-estar coletivo;
REITERANDO a necessidade de fortalecer as instituições do Estado e suas políticas públicas e estratégias, em particular nas áreas de educação, saúde e segurança cidadã, a fim de melhorar a prevenção do abuso de drogas e da violência e dos delitos associados às drogas, com pleno respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais;
REITERANDO, TAMBÉM, a importância de uma maior destinação de recursos públicos e privados para a implementação de programas de prevenção, tratamento, reabilitação e reinserção social orientados às populações mais vulneráveis;
RECONHECENDO que a lavagem de ativos e a corrupção vinculadas às atividades do tráfico de drogas afetam o Estado de Direito, a institucionalidade democrática, a governabilidade e podem desvirtuar o funcionamento das economias;
RECONHECENDO que as experiências e os novos enfoques que vários governos e sociedades vêm apresentando em relação ao problema mundial das drogas podem ser fonte de aprendizagem global para a evolução das atuais políticas de drogas, especialmente quando levam em consideração a pessoa humana, seu entorno, a inclusão social e a dignidade humana, de acordo com critérios para reduzir os impactos negativos do abuso de drogas, levando em conta

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

Como se vê, de acordo com essa Declaração da OEA, não é possível cuidar da questão das drogas, e, especialmente, do consumo de drogas e sua criminalização, sem que sejam observados os princípios e as normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos, os quais, aliás, devem prevalecer em relação a quaisquer outros instrumentos normativos, nacionais ou internacionais.

Com efeito, como ensina Marcelo Semer, princípios, tais como as regras, são normas, "não apenas conjuntos de valores e tampouco meras indicações programáticas, mas normas jurídicas, no sentido de que são válidas e que são aplicáveis. E, mais, são ainda referências paras as regras, seja porque estão inscritos explicitamente na Constituição, seja porque dão coerência ao sistema que ela abriga. Princípios têm, como diz Canotilho, uma função estruturante no sistema jurídico, e, exatamente por isso, são fundamentos para as regras (apud Gomes, 2003:55). Princípios se diferem das regras, sobretudo, pelo alto grau de abstração, em contraposição ao comando objetivo daquelas. Embora a aplicação das regras seja direta e de mais fácil compreensão, é incorreto subordinar princípios às regras ou relegar princípios às lacunas da lei".[187]

Os princípios, no dizer de Comparato, "encimam a pirâmide normativa, são normas jurídicas e não simples recomendações programáticas".[188]

---

os princípios constantes dos instrumentos internacionais vigentes, inclusive as três convenções sobre drogas das Nações Unidas e os instrumentos internacionais de direitos humanos, consistente com as obrigações das partes;
DECLARAM:
Que é fundamental que, no Hemisfério, seja dada continuidade ao avanço, de maneira coordenada, na busca de soluções efetivas para o problema mundial das drogas, de acordo com um enfoque integral, fortalecido, equilibrado e multidisciplinar, com pleno respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, que incorpore a saúde pública, a educação e a inclusão social às medidas preventivas para fazer frente à criminalidade organizada transnacional e o fortalecimento das instituições democráticas, assim como a promoção do desenvolvimento local e nacional.
Que o abuso de drogas também é um problema de saúde pública e, portanto, é necessário fortalecer os sistemas públicos de saúde, particularmente nas áreas de prevenção, tratamento e reabilitação e, ao mesmo tempo, desenvolver mecanismos de monitoramento nacionais com base em evidências que nos permitam identificar tendências atuais do consumo de drogas, demandas por serviços na área de saúde pública e acesso a esses serviços, bem como capacidades institucionais para responder a esse fenômeno.
Que as políticas de drogas devem conter uma perspectiva transversal de direitos humanos, consistente com as obrigações das partes, em conformidade com o Direito Internacional, inclusive a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais instrumentos jurídicos de direitos humanos aplicáveis, assim como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a fim de promover e alcançar o bem-estar da pessoa, sua inclusão social e o acesso à justiça e à saúde, entre outros.

[187] Princípios Penais no Estado Democrático, Coleção Para Aprender Direito, 1ª edição, São Paulo, 2014, Estúdio Editores.com, p. 29.

[188] O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In Direitos Humanos – Visões Contemporâneas, edição de Associação Juízes para a Democracia, 2001, p. 22.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

E como ensina Bonavides, "a lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades".[189]

Portanto, em face da principiologia do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos, albergados por nossa Constituição Federal, e, assim, proclamados como princípios constitucionais, é preciso reconhecer que a criminalização primária do porte de drogas para consumo pessoal é inconstitucional.

ISSO POSTO, forte no artigo 397, III do CPP e com fundamento nas normas e princípios constitucionais e do sistema de proteção dos Direitos Humanos, especialmente os princípios da legalidade, lesividade, igualdade, inviolabilidade da intimidade e vida privada, *pro homine,* respeito à diferença, idoneidade, subsidiariedade, racionalidade e dignidade humana, **ABSOLVO** o réu **DANIEL PEREIRA DOS SANTOS,** qualificado nos autos (fls. 05), RG n. 50.563.779, denunciado como incurso no artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, ou seja, por porte de drogas para consumo pessoal, em face da atipicidade da conduta a ele imputada.

P. R. I. C.

Campinas, 15 de abril de 2014.

JOSÉ HENRIQUE RODRIGUES TORRES
JUIZ DE DIREITO

Referências bibliográficas

ABRAMOVAY, Pedro Vieira. A política de drogas e a marcha da insensatez. Revista Internacional de Direitos Humanos, SUR: 2012.
ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
AMBOS, Kai. *Razones del Fracaso del combate internacional a las drogas y alternativas*. In Doutrinas Essenciais. *Direito Penal. Edições Especiais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[189] Curso de Direito Constitucional. 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 396.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

APONTE. Alejandro David. *Despenalización del consumo mínimo de drogas em Colombia: uma apuesta por la liberdad*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, n. 10, abril-junho. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
AQUINO, Ruth de. *Hora de legalizar?* In Revista Época, n. 561, p. 82-88, 16. fev. Rio de Janeiro, 2009.
BACIGALUPO, Enrique. *Princípios de derecho penal: parte general.* 3 ed. Madrid: Akal, 1994.
BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
BARATTA, Alessandro. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamento de uma teoria do bem jurídico.* Trad. Ana Lúcia Sabadell. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 2, n. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
_____. *Derecho penal y criminología*, n. 31, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1987.
_____. *La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 8, n. 29, p. 27, jan.-mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
BOITEUX, Luciana. *Aumenta o consumo. O proibicionismo falhou*. In *Le Monde Diplomatique* Brasil. Setembro de 2009.
BONAVIDES, Paulo. *O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado*. In Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 2, jul./dez. São Paulo: Editora Método, 2003.
_____. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
CAMPOPIANO. Bruno Cortina. *Direito penal. Porte de drogas / entorpecentes para uso próprio. Princípio da autonomia de vontade da pessoa. Princípio da ofensividade. Declaração incidental de inconstitucionalidade*. Sentença proferida no Juizado Especial de Cafelândia/SP, Autos n. 183/2010, j. 26.01.2011 – public. 26.01.2011.
CAMPOS, Marcelo da Silveira. VALENTE, Rodolfo de Almeida. *O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra as drogas.* In Boletim IBCCRIM. Edição Especial sobre Drogas. v. 20. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
CANTERJI: Rafael Braude Canterji. Política Criminal e Direitos Humanos, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2008.
CARNEIRO, Henrique. *Transformações do significado da palavra "droga": das especiarias coloniais ao proibicionismo contemporâneo.* In Álcool e drogas na história do Brasil. Minas Gerais: Editora PUCMINAS, 2005.
CASARA. Rubens. Sentença proferida nos autos do proc. n. 0074975-39.2010.8.19.0001, da 43ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, 31.1º.2012.
CARVALHO, Fernanda Souza Pereira de Lima. Sentença proferida no Juizado Especial da Comarca de São Vicente.
CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
_____. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.* 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
_____; BUENO, Amilton. *Aplicação da pena e garantismo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
CERVINI, Raúl. *Los procesos de descriminalización.* 2ª ed. Montevideo: Editorial Universidad, 1993.
COMPARATO, Fábio Conder. *O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos*. In *Direitos Humanos – Visões Contemporâneas*, edição de Associação Juízes para a Democracia, 2012.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

DELMANTO, Júlio. *Camaradas Caretas. Drogas e esquerda no Brasil após 1961.* Dissertação de Mestrado. História Social. USP. Universidade de São Paulo. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. São Paulo, 2013.
DERRIDA, Jaques. O —fundamento místico da autoridade. Porto-Portugal: Campo das Letras, 2003).
DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
_____; e Andrade, Manuel da Costa. *Criminologia - O homem delinquente e a sociedade criminógena.* Coimbra: Coimbra Ed., 1992.
DIMOULIS, Dimitrius. Problemas de constitucionalidade da criminalização do tráfico de entorpecentes na perspectiva da tutela dos direitos fundamentais. In Revista Ultima ratio, ano 3, n. 4. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
FELIX, Andressa Barboza. *A (in)constitucionalidade da criminalização das drogas. In Jus Navegandi, Artigos/textos selecionados pelos editores. Publicado em 03/2013.*
FERREIRA, Otávio Dias de Souza. *Drogas e direito penal mínimo: análise principiológica da criminalização de substâncias psicoativa.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São *Paulo: Editora Revi*sta dos Tribunais, 2008.
FRASER, Nancy. *Redistribución, reconocimiento y participación: hacia un concepto integrado de la justicia,* In Unesco, Informe Mundial sobre la Cultura – 2000-2001. FRANCE. Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen. 1789. Disponível em: <www.assemblee-nationale.fr>. Acesso em: 25 fev. 2012
GARCIA, Roberto Soares. *A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas.* Boletim IBCCRIM. Edição Especial sobre Drogas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal.* Série As Ciências Criminais no Século XXI, v. 6. São Paulo: Editor Revista dos Tribunais, 2002.
_____. *Legislação Criminal Especial.* Coleção Ciências Criminais, v. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
GRECO, Luiz. *Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 87. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.
HIRSCH, Andrew von. *Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente?* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 67. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
KARAN, Maria Lúcia. *Sistema penal e direitos da mulher*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, n. 9. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
_____. *Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto. In* Revista Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, ano 9, n. 14, 1º e 2º semestre. Rio de Janeiro: Renavan, 2009.
_____. *Guerra às drogas encarcera mais negros do que apartheid*. Brasil de Fato, São Paulo, 10 dez. 2010b. Disponível em: <www.brasildefato.com.br>. Acesso em: 10. março. 2014.
MARONA, Cristiano Avila. *Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal.* In Boletim IBCCRIM. Edição Especial sobre Drogas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle Jurisdicional de Convencionalidade*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

MORRIS, Norvale Hawkin, Gordon J., extraído de *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, encontra-se em parecer de: Dotti, René Ariel. Revista eletrônica de acesso restrito – imputação dos crimes previstos nos arts. 228 e 230 do CP, *RT* 818/456.
NEIVA, Gerivaldo. Sentença proferida na Comarca de Coitê, Bahia. 17 de maio de 2012.
OLIVEIRA, Marco Aurélio Moreira de. *Crimes de perigo abstrato*. In Revista de Estudos Criminais, ano IV, n. 15. Sapucaia do Sul: 2004.
ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Neurociências: consumo e dependência de substâncias psicoativas. Genebra,* 2004. Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 2 jun. 2012.
PALMA, Maria Fernanda. Constituição e Direito Penal: as questões inevitáveis. In: MIRANDA, Jorge (Org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da constituição de 1976, v. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.
PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. Ed. Max Limonad, SP, 1996
_____. SARMENTO, Daniel (org). *Nos limites da vida*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
PEDROSO, Marcelo Batuíra Losso. *O princípio fundamental da liberdade, sua importância e hierarquia sobre os demais direitos humanos.* In Revista do Advogado, ano XXIV, n. 78, set. São Paulo: 2004.
REALE JR, Miguel. *D*escriminalização, Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, ano VII, n. 29, 1973.
RIBEIRO, Maurides de Melo. *Drogas e redução de danos – os direitos das pessoas que usam drogas.* São Paulo: Saraiva, 2014.
ROSA, Alexander Morais da. *Direito Infracional: Garantismo, Psicanálise e Movimento Antiterror*. Florianópolis: Habitus, 2005.
SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade.* In: Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003
SAIBA mais sobre drogas. Portal Drogas, Jundiaí, 17 nov. 2009. Disponível em: <www.drogas.org.br>. Acesso em: 2 jun. 2012.
SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução:* para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: *Reconhecer para Libertar: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003
SANTOS, Lycurgo de Castro. *Tóxicos: algumas considerações penais*. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 2, n. 5, jan./mar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
SENTENÇA. do caso Arriola. Ditada pela Corte Suprema Argentina, em 25 de agosto de 2009. Disponivel em http://www.dpn.gob.ar/biblio/constitucionnacionalargentina.pdf. Acesso em 06/03/2014.
SENTENÇA. Proc. n.17/95-5, 2ª Auditoria Militar 1º CJM, 1995.
SEMER, Marcelo. *Princípios Penais no Estado Democrático*, Coleção Para Aprender Direito, 1ª ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.
SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à Constituição. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
_____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 34ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
WORLD HEALTH ORGANIZATION. The World Health Report: reducing risks, promoting healthy life. Geneva, 2002. Disponível em: <www.who.int>. Acesso em: 2 jun. 2012.
Zaffaroni, Eugenio Raul e Batista, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*, v. I. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.
_____. *Manual de derecho penal: parte general*. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ediar, 2007.

JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL
COMARCA DE CAMPINAS

_____. Sistemas Penales y Derechos Humanos em la America Latina, Buenos Aires: Dpalma, 1986.