

MEMORIAL

Recurso Extraordinário nº 635.659/SP

Relator: Ministro Gilmar Mendes

Recorrente: Francisco Benedito de Souza

DIREITO PENAL. ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE. VIOLAÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE. INEXISTÊNCIA. SAÚDE PÚBLICA COMO BEM JURÍDICO DIRETAMENTE TUTELADO PELA LEI DE DROGAS. SEGURANÇA PÚBLICA BEM MEDIATAMENTE TUTELADO PELO MESMO TEXTO LEGISLATIVO. LESIVIDADE PRESENTE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. USUÁRIO COMO A PONTA FINAL DA CADEIA CRIMINOSA DO COMÉRCIO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO À PRIVACIDADE. CRIMINALIZAÇÃO QUE ATENDE À REGRA DA PROPORCIONALIDADE. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

1. Julgamento de recurso extraordinário que pretende a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, por ausência de lesividade e violação ao direito à privacidade (artigo 5º, X, Constituição Federal).

2. A Lei de Drogas acolheu a autonomia e a responsabilidade individuais em relação às drogas, mas as estabeleceu como princípio e diretriz nas atividades públicas de prevenção do uso indevido de tais substâncias (artigo 19, inciso III). A Lei igualmente trouxe, como princípio e diretriz, o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence (artigo 19, inciso I). Do ponto de vista normativo, o Estado reconhece seus limites no que tange às decisões de cada indivíduo em relação ao consumo de drogas, sem ignorar, porém, que o uso indevido das substâncias psicoativas interfere no convívio social, ou seja, na própria sociedade.

3. Assim, a Lei de Drogas, ao disciplinar toda a matéria e criar um sistema de políticas públicas, tutela, ainda que de forma mediata, a segurança pública, pois é que a proliferação das drogas é, visivelmente, uma das causas principais do aumento da criminalidade em todo o país, incluindo as antes pacatas cidades interioranas.

4. Não fechando os olhos para as consequências do uso indevido das drogas para toda a comunidade onde se inserem os usuários, a Lei nº 11.343/2006 deixa nítido, no seu Título III, que o bem jurídico imediatamente tutelado é outro, de natureza coletiva, não individual, qual seja, a saúde pública. Reconhecendo a insuficiência – e, pode-se afirmar, a virtual inexistência – do tratamento da matéria nos campos administrativo e de políticas públicas, o legislador buscou no direito penal amparo ao bem jurídico objeto da tutela legal – a saúde pública –, tipificando condutas delitivas e cominando sanções penais, embora sem o mesmo viés repressivo adotado para repressão ao tráfico, mas de prevenção, atenção e reinserção do usuário ou dependente.

5. A aquisição de substâncias psicoativas ilícitas pelo usuário é apenas o ato final de uma longa cadeia de delitos, que todos temos acompanhado nas últimas décadas, que geraram poderosas e violentas organizações criminosas, trazendo às regiões produtoras gravíssimos problemas de ordem pública e, aos locais de exportação e de alto consumo, como o Brasil, outras tantas agruras, que tornam a segurança pública uma das principais preocupações do cidadão comum.

6. Se a repressão ao comércio ilegal de drogas é um imperativo imposto pelo próprio texto constitucional, no mandado de criminalização trazido pelo inciso XLIII do artigo 5º, não se compreende como o Estado poderia cumpri-lo, se na outra ponta do tráfico estará o usuário, sem estar sujeito a limites impostos pela lei. O tipo penal do artigo 28 atua sobre a ponta final do comércio e, da mesma forma como faz com as etapas anteriores, a Lei dispensa a ocorrência de qualquer resultado danoso, pois se trata de delito de perigo abstrato, que afeta um bem jurídico coletivo e representa um perigo social.

7. Não se trata de discutir se as drogas devem ou não ser liberadas. A discussão, neste recurso, é estritamente técnico-jurídica: busca-se verificar se o legislador pode criar um tipo penal como o do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 ou se há na Constituição Federal algum óbice para isso.

8. Tutelado o tipo penal a saúde pública, resguardada pela Constituição Federal, no Capítulo da Seguridade Social, especificamente na seção da Saúde (artigos 196 a 200) e, indiretamente, a segurança pública, tutelada nos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput*, da Carta, a finalidade da legislação antidrogas não contraria o texto constitucional, nem lhe subverte os objetivos.

9. Se o objetivo é a tutela da saúde e, mediatamente, da segurança públicas, a incriminação da conduta de possuir droga é meio adequado para se atingir tal relevante finalidade (adequação).

10. Em nosso País, o sistema normativo não dispõe de outra forma de proteção ao bem jurídico tutelado pela norma atacada no presente recurso (necessidade).

11. A Lei de Drogas trouxe sanção proporcional à gravidade da conduta, impedindo, inclusive, qualquer possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, eis que optou o legislador tão somente por penas restritivas de direitos, privilegiando a prevenção geral positiva da pena (proporcionalidade em sentido estrito).

12. A criminalização da posse de drogas para consumo pessoal é, no Brasil, no momento atual, um imperativo para os enfrentamentos dos graves problemas de saúde e de segurança públicas causados pelo tráfico ilícito de drogas. A ausência de criminalização da última etapa da cadeia de comércio traria virtual desproteção desses aos direitos fundamentais e sociais, representando proteção deficiente por parte do Estado.

Excelentíssimos Ministros,

Douto Procurador-Geral da República:

1. RELATÓRIO

Cuida-se de recurso extraordinário interposto por Francisco Benedito de Souza, que pretende sua absolvição pela prática do crime do artigo 28, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, com o reconhecimento da inconstitucionalidade do referido tipo penal, por ofensa à intimidade e vida privada, garantidas pelo inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, e ausência de lesividade na conduta imputada.

Houve reconhecimento de repercussão geral, com o que se deu início ao julgamento, com apresentou do voto do Ministro Relator, interrompido, porém, por pedido de vista.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, naquela oportunidade, por seu então Procurador-Geral de Justiça, apresentou sustentação oral.

Tendo em vista o longo decurso de tempo desde o início do julgamento e a manifestação do Ministério Público paulista, bem como as alterações na composição da Corte Constitucional, entende-se pertinente a apresentação deste memorial, que resume alguns dos argumentos já apresentados naquela oportunidade.

É o relatório.

2. O ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS E A LESIVIDADE A BENS JURÍDICOS COLETIVOS

O legislador brasileiro substituiu, em 2006, toda a legislação que vigorava a respeito de substâncias psicoativas, por meio da promulgação da Lei nº 11.343.

Tal Lei instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Sisnad), além de prescrever medidas para prevenção do uso indevido de tais substâncias, para atenção e reinserção social de usuários e dependentes, mas também estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico de drogas.

A lei não ignorou a autonomia e a responsabilidade individuais em relação às drogas, mas as estabeleceu como princípio e diretriz nas atividades públicas de prevenção do uso indevido de tais substâncias (artigo 19, inciso III). Na verdade, numa comparação com as legislações anteriores, ocorreu verdadeira mudança do foco, pois a lei buscou efetivamente fortalecer a autonomia e a responsabilidade individual.

Porém, a lei igualmente trouxe, como princípio e diretriz, o reconhecimento do uso indevido de drogas como fator de interferência na qualidade de vida do indivíduo e na sua relação com a comunidade à qual pertence (artigo 19, inciso I).

É dizer, do ponto de vista normativo, o Estado reconhece seus limites no que tange às decisões de cada indivíduo em relação ao consumo de drogas, sem ignorar, porém, que o uso indevido das substâncias psicoativas interfere no convívio social, ou seja, na própria sociedade.

Assim, a Lei de Drogas, ao disciplinar toda a matéria e criar um sistema de políticas públicas, tutela, ainda que de forma mediata, a segurança pública, pois é que a proliferação das drogas é, visivelmente, uma das causas principais do

aumento da criminalidade em todo o país, incluindo as antes pacatas cidades interioranas.

De outra parte, a Lei de Drogas não veio tutelar a integridade física individual de modo direto, pois reconheceu, como visto, a autonomia e responsabilidade de cada um frente às substâncias psicoativas ilícitas, optando por não adotar uma atitude estatal paternalista.

Não fechando os olhos para as consequências do uso indevido das drogas para toda a comunidade onde se inserem os usuários, a Lei nº 11.343/2006 deixa nítido, no seu Título III, que o bem jurídico imediatamente tutelado é outro, de natureza coletiva, não individual.

Convencionou-se afirmar que tal bem é a saúde pública.

De fato, razão não haveria para tantas disposições legais, se tudo na Lei nº 11.343 se resumisse à tutela da integridade pessoal.

A principal preocupação da lei não parece ser com os males que o usuário ou dependente causa a si próprio quando se envolve com uma substância psicoativa. Isso foi deixado para o campo da autonomia e responsabilidade individual.

Ao contrário, a lei busca a prevenção do uso indevido, a atenção com o usuário ou dependente, mas porque o consumo de drogas interfere nas relações do indivíduo com o meio social, tanto assim que outro dos objetivos declarados da lei é justamente a reinserção social do dependente.

Porém, reconhecendo a insuficiência – e, pode-se afirmar, a virtual inexistência – do tratamento da matéria nos campos administrativo e de políticas públicas, o legislador buscou no direito penal amparo ao bem jurídico objeto da tutela legal – a saúde pública –, tipificando condutas delitivas e cominando sanções penais.

Adotando um viés declaradamente repressivo ao comércio ilegal, a Lei nº 11.343 previu diversos crimes sob o seu Título IV, denominado “Da Repressão à Produção Não Autorizada e ao Tráfico Ilícito de Drogas”.

No entanto, continuou a tratar de condutas que podem ser cometidas pelo indivíduo, com vistas ao seu consumo pessoal, trazendo-as, ainda sob o Título III, mas sem o mesmo viés repressivo, mas de prevenção, atenção e reinserção do usuário ou dependente.

É nesse ponto que o legislador trouxe as condutas típicas inseridas no artigo 28.

Por primeiro, cumpre destacar que, o dispositivo está assim redigido:

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

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

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

A nova redação, em substituição àquela do artigo 16 da revogada Lei nº 6.368/1976, demonstra maior abrangência típica. Porém, restou abrandada a sanção penal devida aos infratores, deixando de estabelecer pena privativa de liberdade e multa, que acabaram dando lugar às penas educativas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida de comparecimento a programa ou curso.

O viés mudou, de punitivo, para preventivo e acautelatório.

A intenção do legislador, conforme demonstrado, foi nitidamente a de diminuir a reprovação da conduta de aquisição, guarda, depósito, transporte e posse de substância entorpecente para consumo pessoal, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Por sinal, a conduta típica não é a de consumir a droga.

Não se trata, portanto, de incriminar alguém por autolesão, mas, sim, por praticar qualquer dos verbos descritos no tipo penal, de modo a ofender a saúde pública, objeto de interesse de todos.

O fato de ser necessária a tutela penal da saúde pública frente às drogas deriva das consequências que tais substâncias vêm trazendo aos próprios usuários, inseridos no meio em que vivem.

Tomando como exemplo os usuários de *crack*, Luis Flávio Saporì apresenta dados preocupantes:

“No que diz respeito à mortalidade dos usuários de crack, identifica-se uma clara associação com a violência urbana. Pesquisa referencial nesse sentido foi realizada por Ribeiro e Lima (2012), constatando que a taxa de mortalidade entre usuários de crack na cidade de São Paulo entre 1992 e 2006 foi sete vezes superior à mortalidade da população em geral. A maioria morreu vítima de homicídio, superior a 50% das mortes, enquanto um quarto faleceu em decorrência da aids, sucedendo-se a morte por overdose e por hepatite B. (...) Essa evidência obtida nos estudos da saúde pública é relevante no sentido de oferecer subsídios para a devida compreensão da dinâmica recente dos homicídios na sociedade brasileira. Ela é indicativa de que a introdução do crack no mercado das drogas

ilícitas tende a incrementar a incidência de crimes contra a vida, conformando novo patamar da violência urbana”.¹

Note-se que a pretensão do recorrente quanto à declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343 não faz qualquer distinção quanto ao tipo de droga. Aceitos os argumentos recursais, a criminalização da posse para consumo pessoal de qualquer espécie de substância psicoativa seria inconstitucional, pois se trataria de punir a autolesão, e também se aplicará ao *crack*, à heroína, às novas e devastadoras drogas sintéticas, de forma que a ideia da autolesão acabaria por permanecer no campo das boas intenções, mas fora da realidade concreta das ruas.

De outra parte, aplicando-se as decorrências lógicas do argumento recursal da falta de lesividade, sequer seria possível punir o traficante. Afinal, se alguém apenas vende ao usuário a substância que este usa para cometer a autolesão, poder-se-á questionar o fundamento da punição desse mesmo fornecedor.

A aquisição de substâncias psicoativas ilícitas pelo usuário é apenas o ato final de uma longa cadeia de delitos, que todos temos acompanhado nas últimas décadas, que geraram poderosas e violentas organizações criminosas, trazendo às regiões produtoras gravíssimos problemas de ordem pública – basta que se atente para o que ocorreu e, em certa medida, ainda ocorre na Colômbia desde os anos 1980, bem como a triste realidade vivida pelo México e El Salvador, para ficarmos somente em tais exemplos –, e aos locais de exportação e de alto consumo, como o Brasil, outras tantas agruras, que tornam a segurança pública uma das principais preocupações do cidadão comum.

¹ Crack e violência. In: LIMA, Renato Sérgio; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014, p. 343.

Aliás, o caso aqui julgado é bem ilustrativo dos reflexos à segurança pública trazido pelo consumo de drogas, visto que o recorrente cometeu o crime do artigo 28 no interior de um presídio.

Na verdade, se a repressão ao comércio ilegal de drogas é um imperativo imposto pelo próprio texto constitucional, no mandado de criminalização trazido pelo inciso XLIII do artigo 5º, não se compreende como o Estado poderia cumpri-lo, se na outra ponta do tráfico estará o usuário, sem estar sujeito a limites impostos pela lei.

Importante consignar, nessa linha de raciocínio, que o tipo penal do artigo 28 atua justamente sobre a ponta final do comércio e, da mesma forma como faz com as etapas anteriores, a Lei dispensa a ocorrência de qualquer resultado danoso, pois se trata de delito de perigo abstrato, que afeta um bem jurídico coletivo e representa um perigo social.

Vê-se, assim, que foi intenção do legislador e é tarefa da Lei nº 11.343 coibir, por todos os meios, a proliferação do uso de drogas, o que não se coaduna com o entendimento esposado nas razões recursais.

Conhecendo-se a realidade violenta da cadeia clandestina de comércio, não parece ser possível afirmar a apontada inconstitucionalidade. A alegação é, no fundo, uma busca, ainda que fundadas em boas intenções, de impor um determinado entendimento a respeito de como se deveria solucionar o problema das drogas, sem que tal solução tenha sido democraticamente acolhida pelo Congresso Nacional.

Concluindo este tópico, entende o Ministério Público do Estado de São Paulo que, ao contrário do sustentado nas razões deste recurso, a posse de drogas para consumo pessoal ofende a saúde pública, bem jurídico de toda a coletividade, e, embora realmente se trate de opção pessoal o uso de qualquer substância ilícita, constitui qualquer das condutas descritas no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006

fato típico, como tantos outros decorrentes de outras modalidades de opção pessoal.

3. O ARTIGO 28 DA LEI DE DROGAS E A AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apesar da opinião de parcela da sociedade de que seria salutar a descriminalização da conduta de posse de drogas para consumo próprio, o legislador, ciente do risco social da liberação das substâncias psicoativas proibidas, manteve a norma penal incriminadora. Quando das discussões que resultaram na promulgação da Lei nº 11.243/2006, a descriminalização dessa conduta era um caminho que poderia ter sido trilhado pelo legislador, mas este o não escolheu.

Pode-se perfeitamente questionar tal opção legislativa, o que é esperado numa sociedade aberta e democrática.

Cite-se, como exemplo dessa discussão, Julita Lemgruber e Luciana Boiteux, que, em trabalho sobre o tema assim ponderaram:

“Num primeiro momento, o caminho para modernizar a legislação consiste em descriminalizar o uso de toda e qualquer droga, estabelecendo-se como limite para a ação do Estado a punição dos que provocarem danos a terceiros sob influência de drogas (exatamente como ocorre hoje em relação ao álcool). O passo seguinte deve ser a descriminalização do comércio. Em vez de encarcerarem traficantes a altíssimos custos, cabe desenvolver políticas de redução de danos do uso das drogas e empreender campanhas esclarecedoras e inteligentes sobre os riscos do

consumo abusivo, inclusive das drogas atualmente legais, como o tabaco e o álcool. (...)”.²

Por mais argutos os argumentos, é certo que o Congresso Nacional não descriminalizou a conduta aqui questionada, é dizer, não trilhou o caminho sugerido e, ao escolher outra solução, tampouco legislou de modo a ferir direitos fundamentais.

Eis um ponto importante em toda essa discussão que ora se trava. Não se trata de discutir se as drogas *devem* ou não ser liberadas. A discussão, ao menos deste recurso, dado sua natureza, é estritamente técnico-jurídica: busca-se verificar se o legislador pode criar um tipo penal como o do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 ou se há na Constituição Federal algum óbice para isso.

Em outras palavras, por se tratar de questionamento sobre a constitucionalidade do dispositivo legal, deve-se perguntar se poderia o legislador, a pretexto de tutelar a saúde pública, i.e., a própria coletividade, sancionar criminalmente a conduta de possuir (dentre outros núcleos do tipo) droga para consumo próprio. Deve-se, ainda, indagar se essa criminalização mostra-se desproporcional.

Parece-nos que a resposta é negativa.

Observa Gilmar Ferreira Mendes ser possível que

“o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade

² O fracasso da guerra às drogas. In: LIMA, Renato Sérgio; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014, p. 361.

(Verhältnismässigkeitsprinzip), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação (Geeignetheit) e a necessidade (Erforderlichkeit) do ato legislativo”.³

Há muito se firmou a ideia de que não existem direitos absolutos. Todos estão sujeitos a restrições. O problema maior se encontra em estabelecer um limite a tais restrições. Esse é o papel da proporcionalidade:

“A proporcionalidade deve ser entendida como elemento disciplinador do limite à competência constitucional atribuída aos órgãos estatais de restringir a área de proteção de direitos fundamentais, isto é, como resposta jurídica ao problema do vínculo do legislador aos direitos fundamentais, configurando um limite de seu poder limitador”.⁴

De acordo com Luís Roberto Barroso:

“O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, termos aqui empregados de modo fungível, não está expresso na Constituição, mas tem seu fundamento na ideia de devido processo legal substantivo e na de justiça. Trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como a medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema”.⁵

³ *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64.

⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 179.

⁵ *Interpretação e aplicação da constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 374-375.

Portanto, a regra da proporcionalidade objetiva fornecer um conceito técnico adequado no controle judicial da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, como é a criação de um tipo penal.

Como explica Pierpaolo Cruz Botini, no caso das normas de direito penal a proporcionalidade atua em momentos distintos:

“Em primeiro lugar, no plano da previsão abstrata. No momento da criação do tipo penal, cabe ao legislador avaliar a importância do bem jurídico protegido, o desvalor social do comportamento, a intensidade da lesão ou do perigo, e apontar a pena cabível, que guarde relação de proporcionalidade com o crime e com as penas atribuídas a outros comportamentos previstos no ordenamento. A eficácia da prevenção positiva depende da compreensão social das ponderações de valores, comportamentos e penas, que conformem um sistema harmônico e lógico, que faça sentido para o cidadão comum”.⁶

De outra parte, Luís Virgílio Afonso da Silva nos ensina que a regra da proporcionalidade possui sub-regras ou requisitos. Enquanto uma tendência majoritária aponta a existência de três delas – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – outros, como os juristas alemães Böckenförde e Schlink, veem apenas dois (adequação e necessidade). Já os estudiosos que se ocupam com a aplicação da regra da proporcionalidade perante a Corte Europeia de Direitos Humanos vêm identificando um elemento adicional: a análise da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende

⁶ O princípio da proporcionalidade na produção legislativa brasileira e seu controle judicial. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (org.). *Doutrinas Essenciais – Direito Penal*, vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 473.

atingir, que precede a análise da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁷

Seja como for, para o mesmo autor,

“adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. (...) Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”.⁸

Pois bem.

A manutenção da proibição e incriminação da denominada “posse de entorpecente para uso próprio”, aplicável também à aquisição, guarda, depósito e transporte, se justifica por não ser considerada um atentado contra a saúde individual daquele que pratica a conduta, mas sim por tratar-se de atentado contra a saúde pública, resguardada pela Constituição Federal, no Capítulo da Seguridade Social, especificamente na seção da Saúde (artigos 196 a 200). Indiretamente, tem-se violação à segurança pública, tutelada nos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput*, da Carta.

Portanto, a finalidade da legislação antidrogas não contraria a Constituição nem subverte os objetivos desta.

Ora, se o objetivo é a tutela da saúde e, mediatamente, da segurança públicas, a incriminação da conduta de possuir droga – para utilizarmos um termo genérico – é meio adequado para se atingir tal relevante finalidade.

⁷ O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, 798, abril de 2002, p. 23-50, p. 35.

⁸ Op. cit., pp. 36-37.

Pode-se perfeitamente afirmar que tal incriminação não impedirá a proliferação das drogas. Ainda que se pudesse demonstrar empiricamente o acerto de tal afirmação, cumpre refutá-la por meio de singela observação: para que se considere adequada alguma restrição a um direito fundamental (aqui, como se alega, o direito à privacidade), não é preciso que o objetivo (*in casu*, a não proliferação das drogas ilícitas) seja efetivamente atingido, bastando que, numa relação de meio e fim, verifique-se ser a medida adotada (a criminalização da posse para consumo pessoal) idônea.

Se o objetivo de evitar a proliferação está de acordo com a principiologia adotada pela Constituição Federal, uma das formas de atingir tal objetivo é proibindo a livre circulação das substâncias psicoativas que se entenda serem maléficas ao indivíduo e à coletividade. Há outros meios de se evitar a proliferação? É possível, mas o critério da adequação apenas exige uma análise da idoneidade do meio escolhido pelo legislador. E o meio adotado – o tratamento penal da matéria – é idôneo.

Além disso, é também necessário.

Tratando do requisito da necessidade, Luís Virgílio Afonso da Silva afirma:

“Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”.⁹

Hoje, em nosso País, ainda não foi apresentado qualquer outro meio idôneo que possa ser minimamente eficaz para se evitar a proliferação das drogas ilícitas, ainda mais que não se cogita a descriminalização do antecedente lógico da posse para consumo pessoal, ou seja, do comércio das drogas. Enfim, nosso

⁹ Op. cit., p. 38.

sistema normativo não dispõe de outra forma de proteção ao bem jurídico tutelado pela norma atacada no presente recurso.

A sair vencedora a tese da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 11.343, teremos feito uma peculiar descriminalização: qualquer um poderá ter consigo qualquer droga, para consumo pessoal; a prisão, porém, será o destino daquele que a fornecer. Numa nação estruturalmente desigual, não é preciso muito esforço intelectual para se conhecer, de antemão, quem continuará a frequentar as prisões e quais os privilegiados que continuarão a gozar, em obliúvio, a completa liberdade.

É certo que outros países adotaram o caminho da descriminalização, mesmo parcial, das drogas ilícitas. Ocorre que estes, ao adotarem tal solução, o fizeram como política estatal, trazendo, incluindo ao serviço público, meios para lidar com problemas práticos inerentes à liberalização dessas substâncias.

No Brasil, como é cediço, o exemplo trágico da cidade de São Paulo e sua “cracolândia” deveria servir de alerta para qualquer tentativa de, da noite para o dia, jogar na plena legalidade a ponta final da cadeia comercial criminosa das drogas, pois é reveladora do quanto estamos despreparados para lidar com tal problema.

É lícito indagar, se declarada a inconstitucionalidade do artigo 28, como se controlará a posse e o consumo das drogas: poderá se dar em qualquer lugar público ou apenas nos recantos da vida privada? Onde poderá o usuário fumar sua porção de *crack*? Na calçada da escola? Será admitida a injeção de cocaína na corrente sanguínea numa praça, em plena luz do dia? Aliás, quem venderá a droga? Tais “liberdades” estão realmente de acordo com a Constituição Federal brasileira? Creemos que não.

Assim, persiste a criminalização como o único meio efetivamente conhecido e testado de controle das drogas, ainda que questionável sua eficácia, ainda que se possa discutir o mérito da “guerra às drogas” e tudo o mais que temos

verificado nas últimas décadas. Mas, por enquanto, não há outro meio, repita-se, minimamente eficiente, de se evitar a proliferação de tais substâncias.

Não se desconhece as alternativas que são apresentadas, e não são poucas, mas estas exigem, em regra, alterações legislativas, com a combinação da descriminalização da posse para consumo próprio, com o controle e regularização do comércio. Quando o Congresso Nacional assim decidir, optando, democraticamente, por um desses outros caminhos, certamente o fará por meios que, espera-se, estejam de acordo com a Constituição e não representem proteção deficiente aos direitos fundamentais e sociais à saúde e à segurança.

Resta analisar a observância da proporcionalidade em sentido estrito, compreendida nos seguintes termos:

“(…) consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. (...) Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido”.¹⁰

A razão para a continuidade, por ora, da criminalização da conduta por meio do artigo 28 da Lei nº 11.343 mostra-se absolutamente proporcional com

¹⁰ SILVA, Luís Virgílio Afonso da, op. cit., pp. 40-41.

os fins pretendidos de diminuir a proliferação das drogas, bem como de resguardar a saúde pública e a coletividade em geral.

E, como antes afirmado, a Lei de Drogas trouxe sanção proporcional à gravidade da conduta, impedindo, inclusive, qualquer possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, eis que optou o legislador tão somente por penas restritivas de direitos, privilegiando a prevenção geral positiva da pena.

Por fim, ao contrário da apontada inconstitucionalidade, pode-se afirmar, à vista de todas as considerações já apresentadas, que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal é, no Brasil, no momento atual, um imperativo, se realmente se quiser enfrentar os graves problemas de saúde e de segurança públicas trazidos pelo tráfico ilícito de drogas, razão pela qual a ausência de criminalização da última etapa da cadeia de comércio traria virtual desproteção desses mesmos direitos fundamentais e sociais, representando proteção deficiente por parte do Estado, o que, à vista da proporcionalidade, igualmente representa postura que afronta a Constituição.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto, o Ministério Público do Estado de São Paulo espera seja desprovido o recurso extraordinário, mantendo-se integralmente a condenação, declarando-se constitucional o tipo penal do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

São Paulo, 31 de maio de 2023.

Mário Luiz Sarrubbo
Procurador-Geral de Justiça

rjgas

MARIO LUIZ
SARRUBBO:10311759890

Assinado de forma digital por
MARIO LUIZ
SARRUBBO:10311759890
Dados: 2023.05.31 16:59:12 -03'00'