

Porte de drogas para uso próprio: a linha tênue em meio à autolesão e a lesão à Saúde Pública

Fábio Borba ANDRÉ¹

RESUMO: O presente trabalho pretende dissertar sobre o julgamento do Supremo Tribunal Federal a respeito da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11343/2006 (Lei de Drogas). O recurso extraordinário chegou ao Supremo Tribunal Federal, sob a alegação, em síntese, de que o dispositivo viola o Direito à Intimidade e à Vida Privada, consagrados pela Constituição Federal, uma vez que criminaliza uma conduta que não possui lesividade, pois o porte de drogas para uso próprio não fere o bem jurídico “Saúde Pública”. Embora a infração penal seja considerada *sui generis*, por não se enquadrar aos conceitos de crime ou de contravenção penal, a tese do recorrente é de que, por não haver lesividade, não cabe tratamento penal da matéria. O presente artigo busca abordar o tema, apresentando os conceitos, bem como dar o foco à discussão da constitucionalidade do artigo 28, que em nada deve retroceder no combate ao tráfico, mas apenas submeter o artigo ao crivo constitucional e, caso se entenda pela sua inconstitucionalidade, adoção pelo Estado de tratamento não penal ao usuário.

Palavras-chave: drogas para uso próprio; direito à intimidade; direito à vida privada; autolesão; saúde pública; controle de constitucionalidade.

1 INTRODUÇÃO

Um recurso de decisão proferida pelo Juizado Especial Criminal, que vai ao Colégio Recursal. Nova condenação, novo recurso: desta vez da decisão do Colégio Recursal. O recurso que questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Em síntese, o recorrente cumpria pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional e em um dos procedimentos padrões de revista em cela, assumiu ser dele a quantia de 03 (três) gramas de maconha encontrada na cela em que habitava, sob a alegação de que a quantia era para uso próprio.

Com a interposição dos recursos, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal contendo, dentre outros argumentos, o de que o artigo 28 da Lei

¹ Discente do 5º ano do curso de Direito no Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. É Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco e 1º Tenente da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

11.343/2006 ofende o princípio da intimidade e vida privada, previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal, uma vez que a conduta ali descrita não apresenta lesividade a bem jurídico alheio e, portanto, não pode ser classificada como crime.

Em resposta ao recurso, o Ministério Público argumenta que o porte de drogas para consumo pessoal fere sim bem jurídico alheio, que é a saúde pública, pois quem traz consigo droga para uso próprio contribui para a propagação do vício no meio social.

O presente trabalho tem como objetivo fazer breves considerações a respeito do tema do Recurso Extraordinário que está em fase de votação pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, buscar-se-á delimitação – ou apontar a dificuldade de delimitar – das condutas do porte e do tráfico de entorpecentes, bem como da definição de lesão à saúde pública e autolesão.

A relevância do tema é indiscutível, não só por estar sendo discutido por ministros da Suprema Corte, mas especialmente pela aplicabilidade futura do dispositivo legal, a depender pela declaração ou não de sua constitucionalidade.

Por fim, cumpre esclarecer que o presente artigo busca fomentar o debate a respeito da votação e se pautará em pesquisas bibliográficas, com o objetivo de melhor entender o recurso e a votação.

2 A INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA E O DIREITO PENAL

Para dar início à exploração deste tema, é indispensável a menção direta ao texto constitucional, previsto no artigo 5º, X, da Constituição Federal, onde se garante “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Para Gilmar Mendes, (2012, p. 407), a definição de intimidade e vida privada:

Embora a jurisprudência e vários autores não distingam, ordinariamente, entre ambas as postulações — de privacidade e de intimidade —, há os que dizem que o direito à intimidade faria parte do direito à privacidade, que

seria mais amplo. O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas.

O Direito à intimidade, para Tércio Sampaio Ferraz (Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, p. 77):

Um direito subjetivo fundamental, cujo titular é toda pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente ou em trânsito no país; cujo conteúdo é a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão; e cujo objeto é a integridade moral do titular.

O raciocínio que se busca desenvolver, portanto, é que deve haver um espaço no qual o indivíduo esteja protegido dos olhares externos, cabendo incluir dentre esses olhares o do próprio Estado, que não pode interferir na vida privada e intimidade.

Nesse contexto, a aplicação do Direito Penal nada mais seria do que a violação dessa intimidade. O Estado, por intermédio de sua *ultima ratio*, não só interfere, mas criminaliza a ação do indivíduo, em violação à sua intimidade e vida privada.

A existência de lesividade ou ofensividade a bem jurídico é condição para a aplicação do Direito Penal, cabendo destacar que inexistente infração penal quando a conduta não tiver oferecido ao menos perigo de lesão a bem jurídico.

Para fomentar a discussão, cabe menção o posicionamento de Rogério Greco (2009), ao argumentar sobre a aplicação máxima do Direito Penal, visando maior punição, que em seu ver, culmina por enfraquecê-lo:

Os adeptos, portanto, do movimento da Lei e Ordem, optando por uma política de aplicação máxima do Direito Penal, entendem que todos os comportamentos desviados, independentemente do grau de importância que se dê a eles, merecem o juízo de censura a ser levado a efeito pelo Direito Penal.

Na verdade, o numero excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade.

Parte do embasamento do recurso extraordinário reside na argumentação do excesso estatal ao aplicar o Direito Penal na esfera íntima do

indivíduo, no momento em que ele pratica uma conduta autolesiva, que não tem potencial para lesar ou causar perigo de lesão a bem jurídico alheio.

Se a intimidade deve ser protegida dos olhos de terceiros, como poderia o Estado interferir na intimidade e vida privada e ainda utilizando o Direito Penal, criminalizando uma conduta que não fere bem jurídico alheio e praticada no gozo do direito à intimidade?

3 VIOLAÇÃO DO BEM JURÍDICO “SAÚDE PÚBLICA” E AUTOLESÃO: A ABERTURA DO ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO

A grande discussão a ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal é, portanto, se o artigo 28 da Lei 11.343/2006 está tutelando a Saúde Pública ou a saúde individual, pois, caso a tutela do artigo se limite a esta última, não haveria crime, mas sim autolesão.

O Código Penal tipifica crimes contra a saúde pública entre os artigos 267 e 285, contudo, há delitos que são disciplinados por leis especiais, como é o caso da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), em análise no recurso extraordinário.

Segundo a doutrina, o que marca essas infrações penais é o dano ou perigo de dano à saúde de um número indeterminado de pessoas. Dessa forma, não se trata do ataque à integridade corporal de uma pessoa apenas, pois se assim fosse encontraria tipificação nos crimes contra a pessoa; quando se tutela a saúde pública, se busca preservar condições de subsistência e desenvolvimento da coletividade como um todo.

Da conceituação doutrinária, é necessário que se destaque a expressão “dano ou perigo de dano”, uma vez que a configuração do perigo de dano, em tese, por si só, já tratar-se-ia de conduta típica, não havendo necessidade de sua concretização.

Destaque-se ainda que o ataque à integridade corporal de apenas uma pessoa, em tese, caracterizar-se-ia crime contra a pessoa, cabendo ressaltar que, no caso concreto do “*consumo próprio*”, tratar-se-ia de *autolesão* e, conseqüentemente, conduta atípica.

É bem verdade que o Estado pode proteger o particular contra atos pessoais que voltem contra si próprios, contudo, esta tutela não pode ser penal, devendo se limitar a outras searas, como a administrativa, por exemplo.

Há argumentos, porém, que expõem a dificuldade de dissociar a constitucionalidade ou não do disposto no artigo 28 das situações fáticas. Para melhor ilustrar, em um primeiro cenário, não parece razoável concluir que há lesão à saúde pública ao se deparar com um indivíduo portando drogas ilícitas para consumo próprio, em pleno exercício de seu direito à intimidade, no interior de sua residência.

Em outro cenário, contudo, ao se deparar com um indivíduo portando drogas ilícitas para consumo próprio, em frente a uma escola, não parece razoável concluir que não haja sequer perigo a bem jurídico alheio.

Não só parece frágil a distinção entre o porte para uso pessoal e o tráfico de drogas, como o elemento subjetivo específico “para consumo pessoal” é extremamente “*subjetivo*”, uma vez que sua distinção reside na vontade pessoal do agente. Se a intenção do agente que “adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo” não é o consumo pessoal, automaticamente, há a tipicidade no artigo 33 da Lei 11343/2006, que é o tráfico de drogas.

Em outras palavras, na prática, é comum que o traficante fracione o entorpecente em pequenas quantidades quando da comercialização, no intuito de que, caso seja surpreendido em flagrante, alegue que o ilícito encontrado consigo se destina “para consumo pessoal”, caracterizando assim o crime do artigo 28, que em breve pode ser declarado inconstitucional.

3 CONCLUSÃO

Sem a intenção de estabelecer uma pesquisa profunda, mas com a ideia de fomentar o debate, é necessário reconhecer que quando se projeta o indivíduo que porta drogas para o consumo pessoal em um ambiente coletivo, há uma linha tênue entre a autolesão e o perigo de lesão à saúde pública.

Isto porque o elemento subjetivo específico “para consumo pessoal” faz parte da vontade do agente e, como dito anteriormente, é a alegação utilizada por quem, com o dolo de traficar, é surpreendido com quantidade de droga.

Diferente se mostra quando o indivíduo, em pleno exercício de seu direito à intimidade, no interior de sua residência, porta drogas para seu consumo. Nesse segundo caso, parece não haver ofensa à Saúde Pública, mas sim autolesão, não cabendo ao Estado a criminalização da conduta.

Necessário delimitar que o objetivo do julgamento é reconhecer a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006 que, depois do voto de três dos ministros, se encaminha para ser reconhecido como inconstitucional, sob o raciocínio que se trata da intromissão do Estado à intimidade do indivíduo, por intermédio de dispositivo penal, em situação em que não há ofensa à Saúde Pública, mas à própria saúde do indivíduo.

Ainda que seja reconhecida como inconstitucional a criminalização do porte de entorpecentes para uso pessoal, não há impedimentos, mas até é recomendável que o Estado adote medidas não penais, visando a conscientização do usuário sobre os malefícios do uso de drogas, podendo inclusive adotar as medidas já previstas no artigo 28, contudo, sem caráter penal.

Por fim, é necessário que se declare que eventual reconhecimento de inconstitucionalidade do artigo 28 não pode ter caráter de retrocesso na legislação criminal de combate ao tráfico de entorpecentes, pois o que determina se a conduta é tráfico ou porte para uso não é a quantidade de droga em posse do indivíduo, mas sim a conduta e o elemento subjetivo específico “para consumo pessoal”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso**. 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110p.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAZ, Tércio Sampaio. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado**, *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 1, p. 77.

_____. Presidência da República. **Lei 11.343 de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 23 ago. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659 São Paulo**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 20 de agosto de 2015.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. 8 ed., Rio de Janeiro: Método, 2014.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4 ed., Niterói: Impetus, 2009.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Especial**. 5 ed., Rio de Janeiro: Método, 2015.