

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
CURSO DE DIREITO**

LYA DE NONI SORATTO

**A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS DIANTE DO DIREITO DE
AUTONOMIA E LIBERDADE: A PUNIÇÃO DA AUTOLESÃO E O
PATERNALISMO ESTATAL**

**CRICIÚMA
2019**

LYA DE NONI SORATTO

**A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS DIANTE DO DIREITO DE
AUTONOMIA E LIBERDADE: A PUNIÇÃO DA AUTOLESÃO E O
PATERNALISMO ESTATAL**

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC.

Orientador: Prof. Me. Luiz Eduardo Lapolli Conti

CRICIÚMA

2019

LYA DE NONI SORATTO

**A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS DIANTE DO DIREITO DE
AUTONOMIA E LIBERDADE: A PUNIÇÃO DA AUTOLESÃO E O
PATERNALISMO ESTATAL**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado pela Banca Examinadora para obtenção do Grau de Bacharel, no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC, com Linha de Pesquisa em Direito Constitucional.

Criciúma, 09 de dezembro de 2019.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Luiz Eduardo Lapolli Conti – Mestre - UNESC - Orientador

Prof^a. Débora Ferrazo – Doutora – UNESC - Examinadora

Prof^a. Patricia Farias dos Santos – Mestre – UNESC - Examinadora

À minha família e meus amigos, por sempre acreditarem em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter me iluminado em todos os momentos dessa caminhada.

Aos meus pais e aos meus avós por estarem sempre ao meu lado, contribuindo sempre para o meu crescimento, me apoiando em todas as escolhas e jamais deixando de acreditar em mim.

Às minhas amigas de infância, especialmente a Cássia Freccia Fernandes, Flávia Coan de Bona Sartor e Livia Mazzucco Fabro por estarem sempre ao meu lado e por serem pacientes, que nos momentos de dúvida me incentivaram e me fizeram ter certeza que conseguiria atingir meus objetivos.

Aos meus grandes e poucos amigos da universidade e desta jornada estudantil que a faculdade me deu, Larissa Gomes Sônego, Luiza Niehues Bonetti e Paulo Germano Zeferino Borges e que quero mantê-los para sempre em minha vida.

A esta universidade e a todos os professores e educadores, principalmente ao meu orientador professor Luiz Eduardo Lapolli Conti, pelos auxílios e ensinamentos.

E por fim, a todos que de forma contribuíram para a conclusão desta monografia, para meu crescimento e aos que torceram pelo meu sucesso.

“O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e existe enquanto o grupo se conserva unido.”

Hannah Arendt

RESUMO

O presente trabalho acadêmico apresenta uma análise acerca da criminalização do uso de drogas diante do direito de autonomia e liberdade, bem como da punição da autolesão e do paternalismo estatal. Para tanto foram estudados os conceitos de autonomia individual (autodeterminação) e de paternalismo estatal, bem como verificada a evolução das leis antidrogas, com o intuito de acompanhar com que fundamento se baseavam. Também foi feita uma análise acerca da justificativa do paternalismo estatal, especialmente na esfera do Direito Penal, e de seu uso em detrimento da autonomia, bem como dos princípios da dignidade da pessoa humana, da lesividade e da ofensividade.

Palavras-chave: Criminalização. Drogas. Autonomia Individual. Liberdade.

ABSTRACT

The present academic paper presents an analysis of the criminalization of drug use in the face of the right to autonomy and freedom, as well as the punishment of self-harm and state paternalism. To this end, the concepts of individual autonomy (self-determination) and state paternalism were studied, as well as the evolution of anti-drug laws, in order to follow up on which basis they were based. An analysis was also made about the justification of state paternalism, especially in the sphere of criminal law, and its use to the detriment of autonomy, as well as the principles of human dignity, injury and offense.

Keywords: Criminalization. Drugs. Individual Autonomy. Freedom.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CFRB	Constituição da República Federativa do Brasil
CP	Código Penal
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas
UNESCO	Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura
UNODC	Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime
RE	Recurso Extraordinário
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	12
2.1 CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: EVOLUÇÃO E DISPONIBILIDADE	13
2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	18
2.3 DIREITO À LIBERDADE E AUTONOMIA DE VONTADE	20
3 USO DE DROGAS E A AUTONOMIA DO USUÁRIO DE AUTOLESÃO.....	23
3.1 EVOLUÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS	25
3.2 A LEI DE DROGAS E O CONSUMO PESSOAL.....	31
3.3 A DISCUSSÃO SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06 (LEI DE DROGAS)	35
4 CONSUMO PESSOAL DE DROGA E O PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL ..	39
4.1 O CONCEITO DE PATERNALISMO.....	39
4.2 PATERNALISMO NO SISTEMA JURÍDICO PENAL.....	42
4.3 A AUTONOMIA E PATERNALISMO NA DISCIPLINA JURÍDICA BRASILEIRA SOBRE O USO DE DROGAS.....	46
5 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS.....	50

1 INTRODUÇÃO

Atualmente é comum observar-se a política antidrogas, verificando-se campanhas de política pública para disseminação de informação para prevenção, bem como de grupos de apoio para auxílio e recuperação dos viciados, e do Direito Penal, com normas punitivas que visam combater o tráfico de entorpecentes, inclusive em uma campanha mundial iniciada ainda nas décadas de 1970 e 1980.

A figura do usuário tem sido frequentemente associada a pessoas que necessitam da intervenção estatal para que sejam recuperadas de seu vício ou que sejam tratadas como criminosos eis que, no argumento de quem assim defende, trata-se de fomentadores do tráfico e paradigma de comportamento, no sentido de que o uso dos entorpecentes por si acaba guiando o comportamento de outros, levando-os também ao vício.

Conforme será verificado no presente trabalho, as políticas antidrogas nasceram de uma perseguição religiosa, especialmente católica, que via no consumo desses, bem como de medicamentos, um comportamento contrário aos de seu credo, associando-o à bruxaria.

Não obstante haver diminuído a presença do cunho religioso em seu combate, embora jamais tenha totalmente ficado ausente, atualmente verifica-se que o combate ao consumo dos psicotrópicos dá-se mais por motivos de segurança e saúde pública.

Com a discussão recente sobre a legitimidade do Estado em interferir no consumo das drogas pelo cidadão, face haver discussão sobre se trata de apenas autolesão ou de uma lesão à coletividade, em razão dos argumentos acima levantados de financiamento do tráfico (segurança pública) e paradigma de comportamento (saúde pública).

No primeiro capítulo será abordado o tema dos direitos fundamentais do homem como garantidor de um Estado Democrático de Direito e, desse modo, da importância do princípio da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de nossa Carta Magna.

No segundo capítulo, por sua vez, serão discutidos sobre a evolução da criminalização das drogas, como se encontra a figura do usuário na lei, especialmente referente ao princípio da lesividade e o argumento de que o usuário é o único lesado no consumo da droga, e, por fim, sobre a discussão acerca da

constitucionalidade da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas), que ainda aguarda ser pautada para julgamento no STF para fins de controle de constitucionalidade.

Por derradeiro, no capítulo final será discutido sobre o paternalismo estatal, especialmente na esfera do Direito Penal, verificando-se a legitimidade do Estado na ingerência da conduta do viciado, analisando os argumentos que embasam a atuação estatal, especialmente no que se refere à criminalização do usuário.

Foram utilizadas pesquisas em periódicos, tanto de mídias digitais quanto físicas, em doutrinas interdisciplinares. Também foi realizada investigação jurisprudencial e em averiguação de dados em sítios eletrônicos de organizações como a OMS (Organização Mundial de Saúde), ONU (Organização das Nações Unidas), UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, da sigla em inglês), bem como análise da legislação brasileira e estrangeira.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988, após longas deliberações e a aprovação pela Assembleia Nacional Constituinte, foi um marco não apenas para o Direito, mas também para a história dos brasileiros.

Referida Constituição, até hoje conhecida como Constituição Cidadã, marcou o processo de redemocratização pelo qual passava o Brasil, após mais de duas décadas sob o regime militar, onde sabidamente tantos direitos e garantias foram sufocados com o intento de manter-se a ordem sob a tutela militar.

A Constituição foi também um marco pela ampliação das garantias fundamentais e liberdades, efetivando-as e incluindo novos princípios fundamentais jamais alcançados anteriormente por uma constituição brasileira.

Salienta-se que muitos desses direitos e garantias eram ainda novidades nos documentos jurídicos das nações em geral. Poucos desses direitos e garantias encontravam-se positivados, sendo as inovações trazidas diante das atrocidades vivenciadas durante a Segunda Guerra Mundial, especialmente pelo Holocausto e a perseguição das minorias perpetrada pelo Eixo.

Em que pese sua ligação com os Direitos Fundamentais do Homem, ou Direitos Humanos, e os Direitos Fundamentais, esses não devem ser entendidos como sinônimos, tratando-se de direitos distintos (SARLET, 2006).

Sarlet (2006, p. 36) afirma que o primeiro tem mais relação com documentos de direito internacional que expressam os direitos naturais do homem, ou seja, direitos inerentes ao ser humano e independente de vinculação com determinada ordem constitucional. Ao passo que referente ao segundo, esse se trata dos direitos reconhecidos e positivados na carta constitucional de determinado Estado.

Os direitos fundamentais são considerados válidos para todos os indivíduos, principalmente por serem indispensáveis e necessários para assegurar a todos uma existência livre, digna e igualitária (SARLET, 2006).

Portanto, independentemente da forma em que os direitos fundamentais são entendidos, eles devem ser necessariamente colocados em primeiro plano nas Constituições, para que possa ser consagrado o respeito à dignidade da pessoa humana, não permitindo o abuso do poder estatal e garantindo a limitação deste

poder com o fim de visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana (SARLET, 2018).

Assim, este trabalho tem como escopo analisar a criminalização do uso de droga diante do direito de autonomia e liberdade, tendo em vista os direitos fundamentais e princípios referentes à autonomia de vontade de cada indivíduo em lesar ou não sua saúde.

Para tanto é preciso detalhar e estudar a evolução dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, bem como os imprescindíveis princípios e direitos do indivíduo perante a proibição estatal no que se refere à dignidade da pessoa humana e a liberdade individual.

2.1 CONSTITUIÇÃO E DIREITOS FUNDAMENTAIS: EVOLUÇÃO E DISPONIBILIDADE

A Constituição Federal de 1988 inovou o sistema brasileiro com a questão dos direitos fundamentais, abrangendo os direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos e os relacionados ao partido político (BASTOS, 2002), e principalmente para assegurar aos cidadãos uma vida mais digna em sociedade.

Ainda que as Revoluções Americana (1776) e Francesa (1789) tenham marcado o início do constitucionalismo moderno, cuja história está devidamente ligada à garantia dos direitos individuais e indisponíveis, livres de intervenção Estatal, a ideia de constitucionalismo são mais remotas, ou seja, podendo ser encontrada já no período medieval, com destaque para o constitucionalismo histórico e o pensamento político e filosófico inglês (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 43).

Na época medieval o termo constituição era utilizado para designar o modo de organização política da sociedade, como dão conta as grandes obras de Aristóteles e Platão, porém, aos poucos essa ideia de organização política da era medieval, conhecida como sistema feudal, foi sendo derruída e ao longo dos séculos XV, XVI e XVII foi surgindo o Estado Moderno sobre as ruínas do feudalismo, passando ser centralizado, indivisível e absoluto, posto nas mãos do monarca (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Por consequência disso, o capitalismo foi inserido na sociedade como modo de produção, primeiramente com o incremento e expansões das relações

comerciais no final da Idade Média e posteriormente como modelo industrial, onde a burguesia mostrou-se ser o setor mais avançado e dinâmico da sociedade, sendo cada vez mais perceptível a diferença entre a posição econômica e a ausência de participação no poder político. Com isso, foi notório o choque de interesses, dando início a movimentos revolucionários (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Assim, diante das inúmeras passagens de evolução para a contribuição do indivíduo poder ter seu espaço de maneira digna, a Revolução Francesa foi, sem dúvidas, a mais marcante entre os movimentos revolucionários, tendo em vista sua forte característica de revolução social de massa, onde seus ideais foram capazes de revolucionar o mundo, diferente da Revolução Americana, que foi impactante apenas para mudanças internas.

Desta forma, a expressão “direitos fundamentais” passou a ser aplicada em razão dos acontecimentos sociais, onde a massa procurava seus direitos e uma digna condição de trabalho, ocasião em que possibilitou a criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada na França em 1789, tendo como principal base para sua origem na Declaração dos Direitos da Virgínia em 1776 (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 45).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão delineava um novo conceito de constituição, onde afirmava que um Estado que não garantisse a separação dos poderes e não assegurasse os direitos individuais não teria uma constituição. Isto, de certa maneira, representava uma forma de manifestação contra a sociedade hierárquica e seus privilégios, mas ainda a sociedade estava muito longe de ser igualitária e democrática (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

O principal objetivo das Revoluções Americana e Francesa eram de conseguir igualdade entre as classes sociais, tendo em vista a forma que os cidadãos viviam sem liberdade ou sequer direitos básicos.

Em contrapartida, o constitucionalismo brasileiro inicia-se com a independência em relação a Portugal, marcada pela Carta Imperial de 1824, que trazia em seu texto alguns direitos e garantias individuais, embora o principal foco fosse sobre os direitos políticos. Uma das principais marcas do constitucionalismo imperial foi que, por mais de setenta anos foi admitido privilégios da nobreza, voto censitário e regime escravocrata, sem contar que o Brasil viveu, durante o período da Regência, instabilidades políticas e sociais, em razão dos movimentos contrários ao regime (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 234).

A redação do projeto da Constituição do Império foi marcada pelo novo modelo, inovador e ao mesmo tempo, centralizador, ou seja, pelo Poder Moderador. Assim, a Constituição outorgada em 1824 foi inspirada principalmente nas Revoluções do século XVIII, onde ocorreram movimentos que quebram a dependência do Brasil com relação ao absolutismo monárquico, sendo o ponto de partida para a ideia de garantir alguns direitos individuais e a dividir os poderes (TAVARES, 2016).

Aos poucos, o Brasil foi tomando forma quanto a sua organização política, estabelecendo a separação dos poderes, a periodicidade dos mandatos políticos, abolindo a escravidão e instituindo o Estado Federal, bem como implementando, gradativamente, a aparição dos direitos fundamentais, principalmente a liberdade e autonomia entre os Estados-membros para atuar de forma consciente e ajudar na criação de uma constituição.

Após a decadência do Império, foi fundado o Partido Republicano em 1870, o qual, mediante o Manifesto Liberal já defendia que a República se fundasse na forma federativa. Assim, sobrevivendo o declínio do Império, foi início para o golpe de Estado, bem como para a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889 (TAVARES, 2016).

Entretanto, após a Proclamação da República, foi no Governo Provisório, liderado por Marechal Deodoro da Fonseca, que se instaurou a forma republicana federalista no Brasil e, por determinação deste governo, foi iniciado o primeiro anteprojeto da Constituição formulado pela chamada “Comissão das Cinco”, tendo ainda forte influência norte-americana para seu primeiro texto constitucional (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 235).

Ainda, por conta da influência norte-americana no primeiro texto constitucional, o Brasil adotou após alguns anos, na Constituição de 1891, o sistema presidencialista de governo e a adoção de Estado laico – embora não seja assim nos dias de hoje -, caracterizando a separação da Igreja com o Estado, deixando a intervenção cristã de lado. Entretanto, no que se refere aos direitos e garantias fundamentais, a principal forma de defesa para os direitos individuais diante de ilegalidades e abuso de poder era o *habeas corpus* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016, p. 236).

A separação dos poderes, prevista na Constituição de 1891 ganhou força com a delimitação das tarefas, que acabou permanecendo até os dias atuais. Foi

também marcada pelo abandono natural do Poder Moderador, este incompatível com o sistema republicano. Houve ainda a criação do Supremo Tribunal Federal (STF), sendo os ministros nomeados pelo Presidente da República e havendo eleições diretas para os órgãos públicos (BRASIL, 2005).

Ao longo do tempo, estes direitos fundamentais foram sendo conquistados gradativamente pelos indivíduos de modo que eles pudessem usufruí-los dentro do seu padrão de vida e conforme as leis/costumes da época, sendo reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

O surgimento dos direitos fundamentais pressupõem três elementos básicos e importantes: Estado, indivíduo e norma reguladora da relação entre Estado e indivíduo. O Estado seria o garantidor para que não houvesse a violação dos direitos fundamentais e os indivíduos seriam reconhecidos como sujeitos de direito, possibilitando-lhes que fossem assegurados os direitos individuais como liberdade e autonomia; e por fim, a norma reguladora da relação entre Estado e indivíduo teria o condão de prover segurança jurídica às pessoas em face às intervenções estatais, bem como iria vincular o Estado a impedir comportamentos injustificados das esferas garantidas da liberdade individual (DIMOULIS; MARTINS, 2011, pp. 22-24).

A respeito disto, alguns autores conceituam os direitos fundamentais como sendo "direitos público-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, contidas em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual" (DIMOULIS, 2011, p. 49).

Desta forma, o art. 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988 dispõe sobre os direitos fundamentais existentes nos incisos do referido artigo e deixa claro que a CF adota direitos e garantias existentes em regimes e princípios ou ainda em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Assim, percebe-se que não há taxatividade e restrição aos direitos tidos como fundamentais como sendo apenas os previstos no art. 5º da Constituição Federal ou os demais que estão na Carta, mas sim, há a possibilidade de inclusão de outros direitos não previstos expressamente nela.

É importante mencionar que os direitos fundamentais foram divididos em dimensões ou chamados também de gerações e passaram por diversas

transformações, tanto no que diz respeito ao conteúdo, quanto à titularidade, eficácia e efetivação.

A primeira dimensão refere-se ao caráter individualista, concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, ou seja, direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e sim de uma autonomia individual em face do seu poder, sendo conhecidos também como direitos “negativos”, uma vez que possuem uma abstenção e não uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, reconhecidos ainda como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Alguns direitos que se encaixam na primeira dimensão são: direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à liberdade religiosa, à participação política etc. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Em contrapartida, os direitos de segunda dimensão tiveram grande impacto da industrialização e problemas sociais e econômicos que o acompanharam, tendo como grande marco a Revolução Industrial, gerando assim grandes reivindicações e levando ao reconhecimento progressivo de direitos, principalmente com relação ao princípio da igualdade material entre os indivíduos.

Os direitos de segunda dimensão exigiam do Estado um comportamento ativo na justiça social, prestando políticas públicas, correspondendo aos direitos à saúde, educação, trabalho, previdência social etc., ao invés de negar do Estado uma atuação, como era na primeira dimensão. Essa dimensão foi extremamente marcada pelos direitos de cunho positivo, que foram denominadas como “liberdades sociais” referentes, principalmente, aos direitos fundamentais dos trabalhadores, como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, garantia do salário mínimo, etc. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Já no que se refere aos direitos de terceira dimensão, esses consagram os direitos de fraternidade e solidariedade, sendo destinados a todas as formações sociais, protegendo interesses de titularidade coletiva (povo, nação), caracterizando-se como direitos de titularidade transindividuais. Podem ser citados alguns direitos de terceira dimensão, como: direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2016).

Os direitos de terceira dimensão são também conhecidos como direitos de fraternidade ou solidariedade, de implicação universal, e que necessitam de

esforços e responsabilidade em escala mundial para efetivar sua eficácia (MEDEIROS, 2004, pp. 74-75).

Assim, observa-se que a principal distinção desta dimensão é com relação a sua titularidade, uma vez que o homem não é visto como um ser singular, mas é priorizada toda a coletividade e/ou grupo.

Desta forma, cabe destacar que as dimensões dos direitos fundamentais são, acima de tudo, resultados de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e agressão aos direitos essenciais para o indivíduo de forma individual e/ou coletiva.

2.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO BASE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É cediço que a Constituição reconhece os direitos fundamentais com o intento básico de proteger a dignidade básica do ser humano, em seus mais variados aspectos, tanto no que concerne à sua existência quanto ao que compreende sua atividade, seja no caráter individual, seja no caráter social dos direitos fundamentais. Dessa forma, por não se valerem do estabelecimento de prioridades, tais direitos reclamam uma análise pautada no princípio da dignidade da pessoa humana (ANDRADE, 2004, p. 108).

Guerra afirma que a lei não mais era entendida como o centro do universo jurídico, dando espaço para os direitos fundamentais, os quais, por sua vez, dotaram-se de um regime jurídico específico, formando uma nova categoria jurídica (GUERRA, 2003, p. 82).

Colocando referido princípio como norma das normas dos direitos fundamentais, tem-se que atrela o ordenamento jurídico pátrio, estabelecendo limites à atuação do Estado de modo a garantir a proteção à liberdade humana contra qualquer forma de abuso das autoridades estatais, tornando-a a regra na aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Assim sendo, o princípio da dignidade da pessoa humana vincula os direitos fundamentais ao fundamento do Estado Democrático de Direito, formando uma unidade do sistema dos direitos fundamentais (ANDRADE, 2004, p. 100). Afinal, com o reconhecimento da dignidade do indivíduo, e tratando tal dignidade como

preceito fundamental da Carta Magna, reconhece-se a primazia dos direitos fundamentais.

O princípio apontado no inciso III do primeiro artigo da Constituição dá razão aos demais princípios fundamentais, que não se justificariam isoladamente, tutelando bens jurídicos isolados, mas ganham sentidos quando onerados à ordem que obriga o respeito à unidade existencial de que cada indivíduo precisa ter sua dignidade respeitada, independente de seus atos e atributos (ANDRADE, 2004, pp. 100-108).

Miranda (2000, p. 180) aponta da mesma forma quando afirma que referido princípio tornam as normas homogêneas e harmoniosas ao sistema de direitos fundamentais, tornando a pessoa “fundamento e fim de sociedade e do Estado”. Por consequência, partindo-se do pressuposto, verifica-se que os direitos e as liberdades encontram a fonte nos direitos fundamentais que visam garantir a existência humana, e essa existência com condições mínimas de dignidade.

Destarte, tem-se que o direito existe em função da pessoa, de modo a propiciar seu desenvolvimento, tornando-a o foco da imputação jurídica (SILVA, 2014, pp. 88-94). Deste modo ela é, na verdade, o centro dos demais valores, sendo o respeito à sua dignidade o critério de legitimidade do sistema jurídico constitucional. Ou seja, os demais direitos fundamentais, como à vida privada, à intimidade, à honra, dentre outros, são consequências imediata da consagração da pessoa humana.

Ao verificar o próprio corpo do texto constitucional, percebe-se que os direitos fundamentais encontram-se, inclusive, à frente de outros títulos sobre funções e organizações do Estado e seus poderes. Tal fato dá-se justamente pela relevância de tais direitos, demonstrando seu caráter primário, essencial e primordial da pessoa humana.

Logo, tem-se que os demais direitos fundamentais são extensões ou, ao menos apresentam conteúdo, do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, exigir o respeito e proteção desse princípio é exigir também respeito e proteção dos direitos fundamentais (SARLET, 2001, p. 88).

Referido princípio nasce da percepção da necessidade de positivarem-se os direitos humanos, face às atrocidades presenciadas na Segunda Guerra Mundial. Embora a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 tenha nascido como uma norma de valor moral, após a Ata Final da Conferência sobre Direitos

Humanos, realizada em Teerã em 1968, foi declarada obrigatória para toda a comunidade internacional¹.

Não apenas os direitos à igualdade e à liberdade são projeções do princípio da dignidade humana, mas esse se encontra também traduzido na proteção à integridade física e intelectual, direitos econômicos, sociais, culturais, políticos e de nacionalidade.

Dessa forma, a lesão a qualquer um dos direitos fundamentais, ou mesmo a degradação da pessoa à condição de coisa, vai de encontro com a dignidade da pessoa humana, desse modo tratando-se de verdadeira violação das normas constitucionais (NOVAIS, 2014, pp. 62-63).

Conforme explica Silva (2014), a Constituição Federal de 1988 constrói um mosaico de direitos em torno da pessoa humana, sendo o mais básico o direito à vida, mas incluindo no rol o direito à privacidade, à integridade físico-corporal, à integridade moral, e à existência.

Mostra-se então que o respeito à dignidade da pessoa humana não é apenas como legitimador da eficácia jurídica das normas, mas também, do próprio Estado como Estado Democrático de Direito frente à comunidade internacional.

2.3 DIREITO À LIBERDADE E AUTONOMIA DE VONTADE

A liberdade trata-se de direito fundamental de primeira geração, conforme explicado anteriormente. É inerente ao homem, anterior às convenções sociais, inclusive à própria sociedade, ao direito e, principalmente, ao Estado.

Silva (2014) explica a liberdade como uma forma de coordenar de modo consciente os meios necessários para promover a realização da felicidade pessoal.

Montesquieu, por outro lado, afirmou que a liberdade é fazer o que a lei permite, pois caso pudesse fazer o que a lei não permitisse rapidamente a liberdade de um seria tolhida pela dos outros, que também poderiam fazer o que a lei não permite (CHEVALIER, 1998, p. 139).

¹PROCLAMAÇÃO de Teerã - 1968: Proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em Teerã a 13 de Maio de 1968. Proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em Teerã a 13 de Maio de 1968. 1968. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A2ncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

A liberdade também pode ser entendida como interna e externa, sendo a primeira subjetiva, concernente à liberdade moral. O livre-arbítrio, a manifestação da vontade. A segunda é a liberdade objetiva, o “poder fazer”, e basicamente uma dicotomia do querer, como liberdade subjetiva, e o poder, como liberdade objetiva, manifestado pelo adágio “querer não é poder” (SILVA, 2014).

Quando o homem “assinou” o contrato social para viver em sociedade, aceitou tacitamente que suas liberdades fossem conciliadas com a regulamentação da liberdade. Todos colocaram sob a tutela da vontade geral o seu poder, de modo que todos se juntassem a uma coletividade indivisível. O direito de todos em detrimento do direito do indivíduo (CHEVALIER, 1998, p. 166).

Rabello (1987, p. 06) aduz que embora as liberdades objetivas sejam reguladas e limitadas, seja pelo Estado, ou pela própria capacidade do indivíduo, sua liberdade subjetiva será sempre assegurada, não importa a circunstância.

No Estado Antigo não havia o reconhecimento e, por consequência, proteção à liberdade individual, apenas recebendo guarida, e ainda assim de modo bastante limitado, nas cidades-estados gregas, sobretudo Atenas, e na República Romana.

Celebra-se como a primeira legislação a conter um controle jurisdicional prisional o Estado da Paz, editada pelo Rei Luiz VI, O Gordo, da França, que afirmava que as prisões só poderiam ser realizadas com a intervenção de um juiz. Em 1679 surgiu na Inglaterra, no reinado de Carlos II, o remédio jurídico utilizado até hoje em ordenamentos jurídicos de diversos povos, o *Habeas Corpus*, por meio do *Habeas Corpus Act*, medida com o intuito de evitar prisões arbitrárias e, principalmente, sem fundamento. Criada para proteger apenas aqueles que eram acusados de algum crime, ampliou-se a aplicação pelo Parlamento britânico para que abarcasse também as hipóteses de prisão de qualquer origem (CORREA, 1995, p. 17).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também traz expressamente em seu art. 1º a liberdade ao ratificar que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e em seu art. 3º ao afirmar que todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

No Brasil o principal fundamento jurídico nasceu da Inconfidência Mineira, em 1789, e da Inconfidência Baiana, em 1798, pois frente ao clamor de liberdade contra o controle de Portugal e seus fidalgos, foi vista a necessidade de deixar de

ser colônia e transformar-se em Estado soberano e, com isso fundar o ordenamento jurídico, traduzido na Constituição de 1824, a qual trazia fundamentada a liberdade do cidadão. O *Habeas Corpus* surgiu no Brasil com o Código de Processo Penal de 1832.

Beccaria (1999, pp. 28-29) afirma que a necessidade de proteção e de legitimar o direito de punir foi o que fez com que os homens cedessem sua liberdade. O mínimo foi cedido para que o cidadão se salvaguardasse das usurpações particulares e, assim, aqueles que porventura ameaçassem tal salvaguarda deveriam ser punidos.

Dessa forma, alcançam-se discussões mais amplas sobre o direito de liberdade, não mais focadas apenas no direito de ir e vir, fazer ou não fazer, mas pautadas no direito de dispor do próprio corpo ou da própria vida.

Conforme anteriormente analisado, o princípio basilar da dignidade da pessoa humana deve ser adotado como cláusula geral para qualquer interpretação de todas as leis, inclusive quando referente à liberdade e, por consequência, os de personalidade, ambos direitos fundamentais.

Destarte, estando o respeito ao desenvolvimento livre da personalidade humana dentro dos direitos de personalidade, é justo e preceito constitucional que sejam respeitados também suas faculdades físicas, mentais e morais. Ou seja, não se pode desprezar a integridade mental, traduzida nas escolhas do indivíduo. Tal violação é ela própria uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e, dessa forma, uma violação ao Estado Democrático de Direito. Um ser digno é capaz de ter autonomia para tomar suas próprias decisões.

Importante salientar ainda que, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO consagra o direito de autonomia do indivíduo em seu art. 5º. Apesar dos princípios e direitos fundamentais até agora abordados terem suas manifestações em termos expressos na Constituição, o mesmo não ocorre com a autonomia individual.

Barroso e Martel (2012, p. 28) identificam que a autonomia individual encontra-se intrincada no princípio da dignidade da pessoa humana, especialmente na ruptura do texto constitucional com o modelo ditatorial de ingerência que marcou o período ditatorial vivido pelo Brasil anteriormente.

Apontam em seu trabalho que ter-se dignidade é ter-se também a autonomia, ao empoderamento das pessoas, fornecendo-lhes elementos para que

tomem decisões e ações ativas para atingirem seus objetivos existenciais. Afirmam os autores que a concretização da autonomia dá-se pela presença de quatro elementos essenciais: a capacidade de autodeterminação, condições para seu exercício, universalidade e inerência da dignidade do ser humano (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 18).

A capacidade de autodeterminação é principal elemento, eis que expressa o direito de tomar decisões sobre questões particulares. Dessa forma, as matérias que dizem respeito apenas ao indivíduo devem ser resolvidas por ele próprio, sem ingerência coercitiva, a menos que violem o direito alheio.

As condições para o exercício da autodeterminação estão relacionadas à efetivação da capacidade do indivíduo poder tomar suas decisões. Traduzem-se na integridade psíquica e física, meios materiais a utilizar, condições econômicas e educacionais, dentre outras.

As duas últimas permeiam o conceito da dignidade da pessoa humana, sendo as condições para uma existência digna. Convergem esses dois elementos, universalidade e inerência, no sentido de que a todos os seres humanos deve ser assegurado o respeito ao exercício da autonomia individual, sem restrições, sob pena de violação do princípio elementar da dignidade da pessoa humana (BARROSO; MARTEL, 2012, pp. 19-20).

Entende da mesma forma Sarlet (2009, p. 30) ao afirmar que a autonomia e a autodeterminação são dimensões da dignidade.

Dessa forma, é claro que a autonomia individual encontra-se também consagrada pela Constituição nos dispositivos que garantem as liberdades e a dignidade da pessoa humana, uma vez que se entende estar intrínseca no princípio da dignidade da pessoa humana e ser esse um parâmetro normativo fundamental.

3 USO DE DROGAS E A AUTONOMIA DO USUÁRIO DE AUTOLESÃO

Tem-se conhecimento atualmente acerca do significativo aumento do uso de drogas na sociedade, sendo que o desenvolvimento tecnológico facilita a grande procura de substâncias entorpecentes ilícitas.

O Relatório Mundial pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC – sigla em inglês) apontou um comparativo sobre o aumento e a gravidade dos problemas das drogas no período entre 2017 e 2019 (UNODC Brasil, 2019).

Com fundamento em pesquisas realizadas em países tais quais Índia e Nigéria, o relatório indica que houve um aumento no número de pessoas com transtornos relacionados ao uso de drogas.

Referido documento ainda indica que, segundo apontado em 2017, foi registrado o uso de drogas por cerca de 270 (duzentos e setenta) milhões de pessoas na faixa etária compreendida entre 15 (quinze) e 64 (sessenta e quatro) anos, o que corresponderia a cerca de 5% da população mundial (ONODC Brasil, 2019).

Também há o registro de que no Brasil, no ano de 2008 havia aproximadamente 870 (oitocentos e setenta) mil usuários de cocaína entre 12 (doze) e 65 (sessenta e cinco) anos, e que tal número aumentara em aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) em referência ao número de usuários registrado no período entre 2001 e 2004 (ONODC Brasil, 2019).

Outrossim, o relatório ainda denuncia que o Brasil lidera o *ranking* em relação ao consumo de maconha na América Latina, tendo em vista a disponibilidade de derivados de *cannabis* do Paraguai. Em 2016, aproximadamente 190 (cento e noventa) milhões de pessoas haviam utilizado tal substância entorpecente, sendo certo que o número global de usuários continua a aumentar, dando indícios de ter expandido ainda mais na última década (UNODC Brasil, 2019).

Neste sentido, o tema abordado reside na ideia de discutir o real efeito que a legislação das drogas ilícitas traria para a sociedade como um todo, principalmente no aspecto da autolesão, autonomia e liberdade do indivíduo para com o uso de droga.

Outro ponto importante é a discussão da chamada política de redução de danos, onde se aceitaria a legalização ou aceitação de algo realmente nocivo como às drogas ilícitas em contraposição ao narcotráfico.

Assim sendo, a elaboração de um estudo como este é de grande importância e relevância social para tentar demonstrar ou trazer a debate algo que se apresenta a sociedade muito mais sobre a forma de “tabu” social do que a autonomia que o indivíduo/usuário de droga tem de escolher se quer ou não se auto lesionar, bem como comprovar que a proibição pode trazer muito mais prejuízo do que a legalização.

3.1 EVOLUÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

O uso de drogas nas sociedades antigas era tolerado, ou até mesmo incentivado, com lendas inclusive ligando o consumo de determinados frutos ou ervas a visões do paraíso.

Ritos sociais como os de passagem da fase infantil para a adulta ou até mesmo em rituais de adivinhação, eram realizados com o consumo de drogas. Em certas tribos indígenas ainda é possível presenciar tais ritos com o consumo de alguns psicoativos.

Escohotado (2004, p. 10) afirma que nas antigas sociedades de caçadores e coletores, em face de um amplo panteão de deuses, muitos sujeitos afirmavam sua identidade cultural com base no uso de tais entorpecentes. As mensagens divinas eram oriundas, frequentemente, de experiências com o uso de substâncias psicoativas.

Segue afirmando o autor que as primeiras hóstias eram realizadas com essas substâncias, como o próprio vinho e cogumelos.

Com o advento da escrita (VICENTINO, 2006, p. 18), surgem os relatos escritos do uso dessas substâncias nas sociedades antigas, como a papoula, descrita em placas sumérias, cilindros babilônicos e representações gráficas cretomicênicas. Ou o cânhamo, com origem na China, e usada tanto ali como na Índia para tratamento de saúde, e na Mesopotâmia como incenso cerimonial.

Da mesma forma, os incas utilizavam a coca, cujo hábito de mastigação é representado em esculturas de vários povos andinos, e até mesmo atualmente é possível ver seu consumo de tal forma para aliviar o estresse físico e mental nos trabalhos em alta altitude (ESCOHOTADO, 2004, p. 15).

Em Roma as leis regulavam os preços de mercado do ópio – suco espesso extraído dos frutos imaturos de várias espécies de papoulas -, e na Grécia

sacerdotisas e profetisas utilizavam-se de psicotrópicos para entrar em transe e fazer suas adivinhações.

Apenas durante a Idade Média, com o fortalecimento e centralização do cristianismo é que o uso terapêutico e recreativo das drogas é combatido, titulado como heresia, salvando-se apenas o álcool, e a utilização de ervas ou outras substâncias com fins de tratamento ou recreação, sendo tituladas como bruxaria (ESCOHOTADO, 2004, p. 50).

Com o Renascimento inspirado na Antiguidade clássica, buscam-se novamente as inspirações antropocêntricas das civilizações greco-romanas, e as drogas retomam seu lugar de destaque na sociedade, protegendo-as da Igreja com a separação dessas substâncias da magia, e apresentando-as como medicina farmacológica (ESCOHOTADO, 2004, p. 60).

Já no século XIX, com a evolução da ciência química, foi possível isolar os princípios ativos de diversas plantas, utilizando-se desses novamente como medicamentos, gerando substâncias como a morfina, alcaloides do ópio, codeína, cocaína e heroína (ESCOHOTADO, 2004, p. 84).

O uso comum dessas drogas na sociedade estadunidense gerou movimentos contrários, embasados em princípios morais com base nas alterações comportamentais que tais substâncias causavam, dessa forma, segundo os adeptos de tais movimentos, degradando os valores sociais construídos pós-revolução industrial, associando o consumo exagerado às classes sociais mais baixas e à violência, bem como aos imigrantes, cada vez mais comuns e marginalizados, face suas crenças e aparência, ou por puro sentimento da sociedade norte-americana de superioridade (ESCOHOTADO, 2004, p. 91).

Com o surgimento desse movimento, formam-se ligas e sociedades, tais qual o Partido Proibicionista (*Prohibition Party*), em 1869, a Sociedade Nova-Iorque para a supressão do vício, em 1868, e a liga Anti-Saloon (*Anti Saloon League*), em 1895, com o objetivo de moralizar os costumes e abolir o consumo de álcool e outras drogas.

Aproveitando-se do movimento, com interesses econômicos, especialmente no monopólio da comercialização e da prescrição de medicamentos, associações médicas e farmacêuticas aderem ao movimento, garantindo que esse alcançasse o meio político.

Em 1914 é editada a Lei Harrison (*Harrison Act*), a primeira legislação norte-americana visando o controle, a produção, o fornecimento e a posse de drogas, notadamente do ópio, da morfina e da cocaína, criando-se um órgão fiscalizador de tais substâncias, o *Narcotics Control Department* (ESCOHOTADO, 2004, p. 96).

Em 1919, por sua vez, nova vitória do movimento proibicionista, que viu aprovada a lei federal conhecida como Lei Seca (*Volstead Act*), em que a 18ª Emenda à Constituição estadunidense veio a proibir o transporte, produção, importação e exportação de bebidas alcoólicas em todo o território do país (ESCOHOTADO, 2004).

Referida emenda, no entanto, mostrou-se prejudicial, pois com a proibição iniciou-se o comércio ilegal, por meio de diversos sindicatos criminosos, especialmente as máfias, que ganhavam influência e poder nos Estados Unidos, mergulhando o país em uma guerra de gangues e fazendo florescer a corrupção em todos os níveis institucionais. Porém, face à clareza de que nenhuma imposição jurídica tem autonomia para banir hábitos já enraizados na cultura de uma sociedade, a Lei Seca foi derrubada pouco mais de uma década após a entrada em vigor (ESCOHOTADO, 2004).

No Brasil, por sua vez, o primeiro diploma legal a tratar, ainda que não diretamente, sobre drogas fora as Ordenações Filipinas de 1603, a qual dispunha, em seu título LXXXIX, “que ninguém tenha em sua casa rosalgar, não o venda nem outro material venenoso”².

Após, apenas o Decreto n. 828 de 29 de setembro de 1851 dispôs sobre a polícia sanitária e o comércio de substâncias medicinais. Ainda, em 1890, com a promulgação do primeiro Código Penal da República³, esse trouxe em seu bojo, no art. 159, a proibição da venda ou administração de venenos⁴.

Percebe-se, portanto, que não existia uma legislação própria sobre narcóticos, ao contrário da legislação norte-americana. Entretanto, o movimento proibicionista norte-americano afetou também a comunidade internacional.

² BRASIL. Ordenações Filipinas, Título LXXXIX. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16947/1/2017_RhaelVasconcelosDantas_tcc.pdf. Acesso em: 30 de set. de 2019.

³ BRASIL. Código Penal de 1890. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 30 de set. de 2019.

⁴ BRASIL. Decreto n. 828, de 29 de Setembro de 1851. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>>. Acesso em: 30 de set. de 2019.

Em dezembro de 1911 houve, sob o patrocínio dos Estados Unidos, a Conferência Internacional do Ópio, em Haia, na Holanda, onde se determinou que os Estados signatários proibissem o uso em seu território de ópio e cocaína que não estivessem estabelecidos por determinação médica. Dentre os Estados signatários estava o Brasil, que então promulgou o Decreto n.º 11.481, de 10 de fevereiro de 1915⁵. Contudo, em razão de estar no meio da Grande Guerra (Primeira Guerra Mundial, de 1914 a 1918), e apesar de já ter sido promulgada pelo Decreto citado pela República Brasileira, referida convenção apenas entrou em vigor em 1921, sendo incorporada ao Tratado de Versalhes (ESCOHOTADO, 2004).

No mesmo ano de 1921, no art. 23, “3”, da Convenção Constitutiva da Liga das Nações, foi reconhecida a atribuição de elaboração de acordos sobre o tráfico de ópio e outras drogas nocivas, criando-se a Comissão Consultiva do Ópio e outras drogas nocivas⁶.

O Brasil, novamente, com a promulgação do Código Penal de 1940 criminalizou a importação ou exportação, venda ou exposição à venda, fornecimento, mesmo que gratuito, ter estocado ou guardado, ou a administração, e a entrega a consumo de entorpecentes, “sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”, isso em seu art. 281. Por outro lado, percebe-se, de sua leitura, que em que pese as várias ações de núcleo do tipo verbal foi deixado de fora o consumo de drogas, descriminalizando tal conduta⁷.

Não obstante, as políticas de saúde pública no combate às drogas foram recusadas em segundo plano, apenas retornando à pauta após o Golpe de 1964.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, e a formação da Organização das Nações Unidas (ONU), em substituição à extinta e, conforme se provara a ineficaz Liga das Nações, outras convenções internacionais foram promulgadas (ESCOHOTADO, 2004).

⁵BRASIL. Decreto n. 11.481, de 10 de Novembro de 1915: Promulga a Convenção Internacional do Ópio. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-publicacaooriginal-97865-pe.html>>. Acesso em: 30 set. 2019.

⁶ Pacto da Sociedade das Nações: Aprovado na Conferência de Versalhes. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/his1919.htm>>. Acesso em: 30 set. 2019.

⁷BRASIL. Código Penal de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 30 set. de 2019.

Em 1961 foi promulgada a Convenção Única de Nova York sobre Entorpecentes (adotada pelo Decreto n.º 54.126, de 27 de agosto de 1964)⁸, onde se ampliou as medidas de controle e tornou os Estados cooperativos ativamente combatentes ao uso de entorpecentes, sendo reconhecida a toxicomania um mal grave ao indivíduo, e um perigo social e econômico para a humanidade, razão pela qual seriam os Estados responsáveis em prevenir e combater esse malefício (ESCOHOTADO, 2004).

Com o Brasil sob o governo militar, foi iniciada uma verdadeira guerra às drogas, levando-se ainda em consideração a Guerra Fria, sendo computada como uma estratégia de comunista o uso das drogas para a desestabilização das bases morais da civilização cristã ocidental (BATISTA, 1997, p. 140).

Natural que no momento em que eram restringidas as liberdades individuais houvesse maior combate às drogas, na alteração de uma política estatal de combate anteriormente no âmbito sanitário para mais de enfrentamento no âmbito criminal, especialmente na perseguição aos narcotraficantes e a criminalização do usuário, através do art. 281 do Código Penal, com a alteração de sua redação pela Lei 4.451/64, a qual equiparou *quoad poenam* daquele que “traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente” – ao traficante (BATISTA, 1998, p. 138), e a Lei 5.726/71.

Em 1976 foi editada a Lei n. 6.386/76, a Lei de Tóxicos, que revogou o artigo 281 do Código Penal de 1940, tendo como pressuposto basilar a repressão ao uso e comércio de entorpecentes, reconhecendo-os como um perigo presumido à saúde pública. Entretanto, o reflexo da abertura política que se iniciava naquele momento histórico, referida lei avançou ao criar tipo próprio ao usuário, desassociando-o da figura de traficante que o AI n. 5 havia lhe proporcionado com a alteração do art. 281, agora revogado (BATISTA, 1998).

A Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de Viena de 1971 (adotada pelo Decreto n.º 79.388, de 14 de março de 1977) ampliou, no entanto o rol de substâncias psicotrópicas a serem combatidas, incluindo os produtos sintéticos, tais quais anfetaminas e barbitúricos⁹.

⁸BRASIL. Decreto n.º 54.216, de 27 de Agosto de 1964: Promulga a Convenção Única sobre Entorpecentes. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 30 set. 2019.

⁹BRASIL. Decreto n.º 79.388, de 14 de Março de 1977: Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 30 set. 2019.

Em 1988, pela Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas (adotada pelo Decreto n.º 154 de 26 de junho de 1991), foi sintetizada a política de repressão às drogas ilícitas, políticas essas já adotadas por diversos tratados internacionais promulgados na década de oitenta¹⁰.

Marco histórico desse ano foi à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual, em que pese ter derrubado a censura instituída pelo regime militar, endureceu a política de combate ao tráfico de drogas determinando que tal crime fosse inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, bem como a extradição de brasileiro naturalizado cujo envolvimento com tráfico ilícito fique comprovado, como se verifica da análise dos incisos IX, XLIII e LI do art. 5º da Carta Magna¹¹.

A Lei n.º 8.072/90, que dispunha sobre os crimes hediondos, nos termos, proibiu a progressão de regime, a liberdade provisória e a concessão de anistia, graça ou indulto, ao crime de tráfico¹². Foi promulgada ainda a Lei n.º 10.409, de 2002, cujos vetos presidenciais, motivados por confusões legislativas, tornaram ineficaz¹³. A Lei 10.409/02 teve todos os seus artigos vetados, especialmente por entrarem em conflito com a Lei. 6.368/76 que, embora sem atualização, ainda à época era vista como mais avançada em relação a presente, sendo apontado, nas razões de veto, que além de já ter muita jurisprudência à época, consubstanciada naquela lei, a nova se apresentaria como um verdadeiro retrocesso legal.

Não obstante, a norma legal que se tentava incluir ao ordenamento jurídico era eivada de várias normas que contradiziam a Carta Magna, motivo pelo qual se mostrava completamente inócua.

Por derradeiro, a Lei n. 11.343/06, a qual instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, e tipifica vários crimes relacionados às drogas,

¹⁰ BRASIL. Decreto n.º 154, de 26 de Junho de 1991: Promulga a Convenção Contra Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

¹¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 30 de set. de 2019.

¹² BRASIL. Lei 8.072/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 30 set. de 2019.

¹³ BRASIL. Lei 10.409/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm>. Acesso em: 30 set. de 2019.

especialmente o tráfico e o uso, nos arts. 33 e 28, respectivamente, tendo sido recentemente modificada pela Lei n. 13.840/19¹⁴.

3.2 A LEI DE DROGAS E O CONSUMO PESSOAL

O art. 28 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06) expõe que 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 penas de advertência sobre os efeitos das drogas; a prestação de serviços comunitários, bem como a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Tem-se neste artigo a definição do usuário de drogas, entendendo-se esse como aquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, qualquer tipo de droga ilícita, sendo figura diversa da do traficante (BIANCHINI et. al, 2013, p. 105).

O juiz, ao determinar se a droga se destinava a consumo pessoal ou a tráfico, deve analisar a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveram as ações, as circunstâncias socioeconômicas e inerentes do indivíduo, bem como sua conduta e os antecedentes do agente.

Essa determinação de distinguir o usuário do traficante é especialmente observada na Lei n. 11.343/06, em seu art. 4º, incisos IX e X, os quais expressam os princípios regentes do Sistema Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas, percebendo-se que é também seu objetivo conferir tratamento diverso aos dois agentes (LIMA, 2016, p. 696).

Da mesma forma, tem-se que o usuário não é, necessariamente, um dependente, o que era importante em razão de eventuais efeitos da lei. O vício tem relação com o uso habitual, enquanto a dependência tem relação com condição mental que retira do agente sua autodeterminação, tornando-o inimputável (BIANCHINI et. al, 2013, p. 110).

Tal distinção dá-se especialmente em relação ao tratamento, sendo previstos na lei de drogas três métodos: 1) espontâneo, conforme art. 22, com

¹⁴ BRASIL. Lei 10.409/02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 02 out. de 2019.

natureza de medida administrativa; 2) obrigatório para os casos de inimizabilidade, conforme parágrafo único do art. 45; e 3) substitutivo para o caso do semi-imizável, de acordo com o que dispõe o art. 47. Assim, apenas em relação ao usuário inimizável por dependência de drogas foi imposto o tratamento compulsório, notadamente em razão da baixa efetividade da medida e por ser equitativo, ainda que não formalmente, à pena de prisão.

Isto foi alterado com a promulgação da recente Lei n. 13.840/2019 que, em que pese não ter realizado alterações nos arts. 22, 45 e 47, incluiu ao diploma legal o controverso art. 23-A, o qual prevê em seu bojo a internação voluntária (espontânea) e a involuntária (compulsória), dependendo essa segunda de pedido de familiar ou responsável legal, ou de servidor público da área da saúde, assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do SISNAD, com exceção dos servidores da área de segurança pública, e que constatem a existência de motivos que justifiquem a medida, nos termos do § 3º, II, do referido artigo.

Em razão de não haver prescrição de penas restritivas de direito ou privativas de liberdade, aventou-se que haveria uma *abolitio criminis*, tese sustentada pelos professores Luiz Flávio Gomes e Rogério Cunha Sanches, em seu artigo intitulado “Posses de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “*sui generis*” ou infração administrativa?”¹⁵.

Os nove principais pontos desta tese eram: 1) o fato de o art. 28 estar incluso no Título “dos crimes e das penas” o qual não teria condão, por si só, de transformar o tipo em crime; 2) a reincidência de que trata o § 4º do art. 28 é a popular e não a técnica, apenas com efeito de aumentar de cinco para dez meses o tempo de cumprimento das medidas contempladas pelo referido artigo; 3) a prescrição não é instituto exclusivo aos crimes e às contravenções, também aplicável a atos infracionais e a infrações administrativas, inclusive a ilícitos civis; 4) o legislador poderia ter adotado o procedimento dos juizados especiais criminais dispostos na Lei 9.099/95, eis que se trata de delito de menor potencial ofensivo; 5) o art. 48, § 2º, determina que o usuário seja encaminhado prioritariamente ao juiz, e não à autoridade policial, expondo a tentativa de não caracterizá-lo como criminoso; 6) não há conversão das penas alternativas em reclusão ou detenção, nem previsão de medidas privativas de liberdade, com o intuito de que o usuário cumpra as

¹⁵GOMES, Luiz Flávio; SANCHES, Rogério Cunha. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal "sui generis" ou infração administrativa?** Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em 06 de out. de 2019.

medidas impostas; 7) a natureza jurídica da infração prevista do art. 28 é *sui generis*, não perdendo essa qualidade com a admoestação e a multa previstas no § 6º do mesmo artigo; 8) o fato da CFRB prever, no art. 5º, inciso XLVI, outras penas além da reclusão e da detenção, podendo ser substitutivas ou principais, não vai de encontro com a tese de que se trata o art. 28 de infração penal *sui generis*, em razão das penas alternativas; e 9) não foi à intenção do legislador tratar o usuário como criminoso, o que ocorreria se fosse tratado tal tipo penal como crime.

Entretanto, alcançando a esfera do Supremo Tribunal Federal, esse veio a derrubar a tese através do Recurso Extraordinário n.º 430.105-RJ, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, com julgamento pela Primeira Turma em 13 de fevereiro de 2007, e publicação no dia 27 de abril do mesmo ano.

EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo "rigor técnico", que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas", só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão "reincidência", também não se pode emprestar um sentido "popular", especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado (RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523).

Assim, reconheceu-se que a intenção do legislador não era de descriminalizar a conduta, mas sim de despenalizá-la, conforme entendimento de parte da doutrina da época (GUIMARÃES, 2007, p. 44).

Com essa interpretação, tem-se que o bem jurídico tutelado pelo crime tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06 é a saúde pública, e não um bem individual, tratando-se de crime de perigo abstrato ou presumido.

Tal posicionamento acompanha a tendência internacional em que se tenta dispensar ao usuário um tratamento preventivo e terapêutico, em detrimento à anterior linha repressiva prisional adotada à época do regime militar.

Carvalho (2006, p. 156) expõe sobre o modelo europeu de combate às drogas, com regulamentação de políticas educacionais e a descriminalização dessas, tratando as drogas como problema de saúde pública.

Assim, a lei brasileira é um meio-termo entre a política de combate norte-americana, com a política de encarceramento em uma crença de que a restrição da liberdade é medida eficaz contra a criminalidade, e a europeia. Porém, ainda assim mais tendenciosa a esse segundo modelo em relação ao usuário.

Todavia, embora não descriminalizado o tipo penal de referido artigo, o STF, novamente diante do tema, no julgamento do *Habeas Corpus* 110.475-SC, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, também com julgamento da Primeira Turma, julgou pela aplicabilidade do princípio da insignificância¹⁶ devido à ínfima quantidade de drogas encontrada com o paciente.

EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. WRIT CONCEDIDO. 1. A aplicação do princípio da insignificância, de modo a tornar a conduta atípica, exige sejam preenchidos, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) mínima ofensividade da conduta do agente; (ii) nenhuma periculosidade social da ação; (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (iv) relativa inexpressividade da lesão jurídica. 2. O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores

¹⁶Princípio da Insignificância é um princípio adotado pelo ordenamento jurídico que, embora não esteja positivado, tem forte presença na doutrina e na jurisprudência brasileira. Trata-se, basicamente, de ver-se se a conduta do agente, embora típica, tenha realmente gerado lesão jurídica de certa gravidade, baseado na ideia de que o Direito Penal deve atuar apenas como última alternativa, e não como busca principal, de modo a não usar o poder punitivo do Estado por atos de menos significância do autor. Para tanto, o julgador, ao tentar aplicar tal princípio, deve verificar a existência de três requisitos, quais sejam: a) considerar o valor do bem lesado com a conduta, pelo ponto de vista do autor do fato, da vítima e da sociedade; b) analisar a lesão ao bem jurídico de modo amplo, ou seja, no conjunto e na totalidade da lesão, além da reincidência do réu; c) considerar, particularmente, os bens jurídicos imateriais de expressivo valor social, como aqueles que, embora não tenham valor econômico expressivo, possuam valor de interesse legal (NUCCI, Guilherme. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 58).

penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. 3. Ordem concedida (HC 110475, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 14-03-2012 PUBLIC 15-03-2012 RB v. 24, n. 580, 2012, p. 53-58).

Apesar do entendimento do STF, referido artigo não deixou de ser discutido, sendo que se encontra novamente em discussão no Superior Tribunal Federal, por meio do RE n.º 635.659-SP, em que se discute sua inconstitucionalidade frente ao direito individual, à intimidade e à vida privada previsto no art. 5ª, inciso X, da Constituição Federal, e ao princípio da lesividade.

3.3 A DISCUSSÃO SOBRE A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI 11.343/06 (LEI DE DROGAS)

Conforme apontado no tópico anterior, há controvérsia no que se refere ao artigo 28 da Lei 11.343/06 quanto à sua constitucionalidade, sendo que o STF já iniciou a análise da matéria no Recurso Extraordinário n.º 635.659, ainda aguardando julgamento.

Este assunto divide os doutrinadores, sendo que parte compactua com a hipótese da inconstitucionalidade, enquanto outra vertente postula sua constitucionalidade.

Bianchini et. al (2013, p. 122), defendem a inconstitucionalidade em razão de não existir transcendentalidade da ofensa, eis que esta se restringe à esfera dos bens jurídicos pessoais, do indivíduo. O consumo de drogas apenas afeta os agentes que os consome, de modo que por não ultrapassar o âmbito privado destes, não poderia ser criminalizado, sendo inconstitucionais os crimes de perigo abstrato.

Tal discussão também tem como base a alegação de que o porte para o consumo próprio de substâncias ilícitas não pode receber tipicidade penal sem que, com isso, viole o inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal, assim violando direito fundamental e, por consequência, indo à contrariedade com a Carta Magna.

Destarte, o art. 28 da Lei n. 11.343/06 estaria violando a liberdade do indivíduo, senhor de sua própria consciência, sua autodeterminação e seu direito de escolha, ou seja, lesando sua autonomia privada, liberdades essas absolutas desde

que exercidas em sua intimidade, sem atingir terceiros, momento em que cessa seu direito.

Também se afirma, por esta corrente, que a conduta não pode ser tipificada sem representar lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, necessitando representar uma ofensa concreta ou real, transcendental, grave ou significativa e intolerável para que se possa exigir a intervenção do Direito Penal, o que se traduz da afirmativa de Bianchini et. al (2013) sobre a impossibilidade dos crimes de perigos abstratos.

Por outro lado, Lima (2016, p. 693) afirma que o referido artigo não tutela a saúde do usuário, mas sim a saúde pública, da mesma forma que o tipo penal não é o consumo, mas sim o porte da droga. Alega, ainda, que tal conduta vem a ferir, ainda que indiretamente, outros bens jurídicos tutelados, como a segurança pública, eis que o dependente, para sustentar seu vício, vem a praticar outros crimes, bem como fomenta o tráfico de drogas. Ressalta que o fato de a política de criminalização não se mostrar eficaz não serve de desculpa para sua descriminalização. Se assim o fosse, segundo o autor, também deveriam ser descriminalizados outros tipos, tais quais latrocínios, roubos, dentre outros.

Nessa mesma vertente é o pensamento do doutrinador Greco Filho (1982, p. 113), o qual afirma que o porte ou depósito da droga, mesmo que para consumo próprio, é fator decisivo para a difusão dos tóxicos.

Não obstante, tem-se que a assertiva de que os crimes de perigo abstrato não podem ser tipificados penalmente, pois perde sentido quando se verifica a legislação e a jurisprudência brasileira, onde se encontram vários exemplos de crimes assim caracterizados, conforme demonstram as seguintes decisões jurídicas:

É pacífico o entendimento no Superior Tribunal de Justiça acerca da independência dos delitos de quadrilha ou bando qualificado e roubo circunstanciado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo, em face da existência de objetos jurídicos distintos. Constituem, ademais, crimes de natureza diversas, **pois o tipo penal do art. 288 do CP é delito de perigo abstrato**, enquanto que o do art. 157, § 2º, I e II, do CP é de perigo concreto (STJ. HC 157.862/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 25/11/2011, sem grifo original).

Após o advento da Lei n.º 11.705/2008, **basta apenas o perigo abstrato para a incidência do tipo previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro** (STJ. HC 324.454/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015, sem grifo original).

Prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a figura-se inaplicável o princípio da insignificância ao **delito de tráfico ilícito de drogas, pois trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato**, onde mesmo a pequena quantidade de droga revela risco social relevante (STJ. HC 195.985/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 18/06/2015, sem grifo original).

A intenção do legislador é impedir que o porte da droga, mesmo que para o consumo pessoal, seja uma propaganda para seu uso, um incentivo, uma vez que tal conduta afeta, mesmo que em menor escala, à saúde pública. Destarte, com tal interpretação, tem-se que a transcendentalidade é configurada pelo perigo de dano à saúde pública, novamente marcando o caráter preventivo da lei.

Da mesma forma, os princípios da ofensividade, que expõe que não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio; e da lesividade, o qual, por sua vez, expõe que o direito penal deve punir o crime apenas se esse expõe lesão ou lesionar um bem jurídico penalmente tutelado, eis que não é função deste punir um comportamento visto pela sociedade como imoral ou impuro; não atuam como abolidores dos crimes de perigo presumido ou abstrato, mas como limitadores. O primeiro com a função de tornar atípicos os comportamentos que são absolutamente incapazes de gerar dano ao bem jurídico, como demonstrado pela aplicação do art. 17 do CP, sobre o crime impossível. Assim, tal princípio não tem o condão de afastar os crimes de perigo abstrato em absoluto, mas dosar o rigor de uma presunção absoluta e inflexível.

Nesse sentido, destaca-se na jurisprudência:

Independentemente da quantidade de drogas apreendidas, não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de porte de substância entorpecente para consumo próprio e de tráfico de drogas, sob pena de se ter a própria revogação, contra legem, da norma penal incriminadora. Precedentes. **O objeto jurídico tutelado pela norma do artigo 28 da Lei n.11.343/2006 é a saúde pública**, e não apenas a do usuário, **visto que sua conduta atinge** não somente a sua esfera pessoal, mas **toda a coletividade, diante da potencialidade ofensiva do delito de porte de entorpecentes. Para a caracterização do delito descrito no artigo 28 da Lei n.11.343/2006, não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para que se presuma o perigo ao bem tutelado. Isso porque, ao adquirir droga para seu consumo, o usuário realimenta o comércio nefasto, pondo em risco a saúde pública e sendo fator decisivo na difusão dos tóxicos.** A reduzida quantidade de drogas integra a própria essência do crime de porte de substância entorpecente para consumo próprio, visto que, do contrário, poder-se-ia estar diante da hipótese do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33 da Lei n.11.343/2006 (STJ. RHC 35.920/DF, Rel. Ministro

ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/05/2014, DJe 29/05/2014, sem grifo original).

Logo, tem-se que esta segunda vertente doutrinária é a mais aceita pela jurisprudência brasileira, especialmente por casar com a política de combate às drogas brasileiras, especialmente ao levar-se em conta que, como acima mencionado, embora o Brasil tenha se aproximado do modo europeu de resolver a questão do uso de entorpecentes através de medidas socioeducativas e tratando a questão como de saúde pública, não abandonou inteiramente o modo norte-americano de combate na esfera criminal, por meio de proibições e criminalização do usuário.

4 CONSUMO PESSOAL DE DROGA E O PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL

É flagrante a ingerência estatal no que se refere ao consumo de drogas. Não apenas é visível tal comportamento nas políticas públicas de prevenção e tratamento, como também na própria legislação penal, onde, embora não seja crime o consumo, o consumidor acaba sendo afetado pelo porte da droga.

A discussão acerca da legitimidade do Estado nessa ingerência é grande. Entretanto, mesmo doutrinadores de pensamento mais liberal, ao menos alguns, entendem a possibilidade e necessidade da atuação estatal na celeuma, seja sob o argumento de que o princípio da lesividade não resta desrespeitado por conta de não ser o consumidor único lesado pela conduta, seja por entender que é necessário sim salvaguardar a autonomia futura do usuário, mesmo que em detrimento do presente.

As discussões ainda seguem bastantes presentes no ordenamento jurídico, com aqueles que atestam que esse comportamento paternalista estatal fere a autonomia, liberdade e o princípio da lesividade tendo como principal argumento o de que os fundamentos que embasam tal comportamento são frágeis em razão da intangibilidade, especialmente porque o único bem jurídico tangível seria a lesão causada ao bem jurídico do próprio usuário, notadamente a saúde do viciado, e autolesão não é matéria de responsabilidade do Direito Penal.

4.1 O CONCEITO DE PATERNALISMO

Dispõe o dicionário da língua portuguesa que o termo paternalismo consiste em: 1. Regime baseado na autoridade paterna. 2. “Sistema de relação entre os chefes e os subordinados, seguindo concepção paternal da autoridade” (FERREIRA, 2010, p. 569). Dworkin (1971, pp. 181-188), por sua vez, define paternalismo, em sentido amplo, como “a interferência na liberdade de ação de uma pessoa, justificada essa ingerência por razões que se referem exclusivamente ao bem-estar, à felicidade, às necessidades, interesses ou valores da pessoa”.

Costuma ser empregado esse termo de modo depreciativo para descrever uma relação entre duas pessoas em que uma delas, embora não tenha esse vínculo, por achar-se detentora de maior conhecimento ou capacidade, desenvolve esse

comportamento em relação ao outro, tomando dessa outra o poder de decisão. Usualmente em relações de trabalho, amizade, românticas, dentre outras.

Pode ser vista como a maneira de exercer a autoridade, ou até mesmo como modo de proteção. Na primeira, para garantir que as ordens sejam obedecidas, sem questionamento, mas com a outorga de certos consentimentos e a transmissão de afeto. Na segunda, de modo que o protegido não seja lesado, tanto em sua integridade física quanto moral.

Esse tipo de comportamento é usualmente visto como maléfico à relação, eis que distorce os reais vínculos entre as partes, especialmente quando profissional, podendo até mesmo tornar menor ou inexistente o real vínculo entre as partes.

Segundo Martinelli (2010, p. 106), pode-se identificar a existência de tal comportamento quando há as seguintes características: a) interferência na esfera de liberdade de alguém por um ato comissivo ou omissivo do agente; b) segurança sobre sua ação; c) justificativa de assegurar o bem-estar da pessoa que sofreu a interferência ou evitar seu mal; d) presunção sobre falta de capacidade de autodeterminação do interferido; e e) contrariedade à vontade do interferido.

Nos meios político e jurídico, no entanto, encontra-se o paternalismo estatal, em que o agente atuante é o próprio Estado, sendo os protegidos os próprios cidadãos, os quais o Estado entende que se encontram na condição de sujeitos vulneráveis e que, desta forma, necessitam da ação paternalista estatal, o qual pode ser desmembrado em paternalismo judicial (pretoriano) e no paternalismo jurídico.

No paternalismo judicial o agente é o Estado-juiz, que expõe a vulnerabilidade dos cidadãos em proferir suas decisões por encontrar-se em uma relação hipossuficiente frente às suas contrapartes jurídicas (empregado protegido contra o empregador, como exemplo, ou consumidor em relação ao fornecedor) (ROHRMAN; RÉGO, 2013, p. 127).

Já no paternalismo jurídico a proteção estatal é verificada nas normas jurídicas emanadas pelo Estado (ROHRMAN; RÉGO, 2013, p. 127). Neste, o Estado intervém no comportamento das pessoas estabelecendo normas jurídicas ou desenvolvendo políticas públicas que irão aconselhar, desencorajar, impedir ou mesmo criminalizar sua realização (como o uso obrigatório do cinto de segurança) (RAMIRO AVILÉS, 2006, p. 221).

Logo, nesse último ao Estado posicionar-se como garantidor da ordem público pelo uso de seus poderes legítimos, especialmente o legislativo, por meio de normas impositivas e restritivas de liberdades, sem o consentimento dos destinatários, sob a prerrogativa do bem-estar coletivo e da pacífica convivência social, mesmo que tais normas sejam para proteger o indivíduo de si mesmo (MARTINELLI, 2010, p. 108).

Dworkin (1971, p. 188), embora crítico persistente do paternalismo reconhecesse, no entanto, que o paternalismo estatal, em alguns momentos, era sim benéfico, especialmente para assegurar, segundo o autor, nos termos de Stuart Mill, não só a felicidade e o bem-estar, mas também com a própria autonomia e a liberdade da pessoa.

Dworkin (1971, pp. 181-182) ainda faz a distinção entre o paternalismo puro (ou direto), e o paternalismo impuro (ou indireto), sendo o primeiro aquele em que a ingerência dá-se diretamente na conduta do indivíduo destinatário do tratamento paternalista (obrigação de uso do capacete, por exemplo). A segunda, por sua vez, dá-se indiretamente, ou seja, a um terceiro, de modo que a intervenção garanta a proteção ao destinatário do tratamento paternalista (proibição de fumar em áreas fechadas; reserva de espaços a pessoas deficientes; dentre outros).

Há, ainda, a divisão do paternalismo jurídico em rígido (*hard*) ou moderado (*soft*), onde o diferencial está no grau de discernimento do beneficiado.

No paternalismo rígido o alvo é o sujeito que goza de suas plenas capacidades mentais e, mesmo assim, submete seu bem-estar a risco de situação gravosa. De outra sorte, no paternalismo moderado o destinatário do tratamento é pessoa que não goza de suas faculdades mentais, ao menos não plenamente.

Destarte, fica claro que o paternalismo estatal visa na intervenção para o fim específico de salvaguardar um bem jurídico a certo indivíduo, seja por esclarecimento, seja pela imposição de sanções ao beneficiado ou a terceiros.

Importa, contudo, apontar que o paternalismo sempre implicará no comprometimento da liberdade do beneficiado e, ainda, conforme já apontado anteriormente, o beneficiado só se encontra nesta situação por ser, aos olhos do Estado paternalista, sujeito vulnerável, necessitando, e sendo dever daquele ampará-lo pela ausência de autonomia para o ato (MARTINELLI, 2010, p. 120).

A visão liberal, com base, por exemplo, nas ideias de Robert Nozick (1974) e, principalmente, Stuart Mill (1991), é de que falar com isso fere-se a autonomia

decisória individual. De certa forma, como já visto, não perde a razão no sentido de que o paternalismo, como salientado antes, de fato limita, em certa medida, a liberdade individual.

Mill (1991), em sua obra “Sobre a liberdade”, expõe que as pessoas devem ter a liberdade para definir seu próprio comportamento, mesmo quando, sob o olhar dos demais, estejam prejudicando a si mesmos. Tal assertiva sustenta-se na obra com argumentos como o caráter educativo do erro e o privilégio intelectual do indivíduo.

Entretanto, autores com essa visão ainda abordam exceções ao veto do paternalismo, sendo especialmente duas as hipóteses: primeiro, o veto aplica-se apenas a adultos, eis que as crianças são incapazes de exercer a autonomia. (MILL, 1995, p. 53).

Enquanto a primeira exceção é quase lógica, a segunda traz bastante polêmica. Essa apresenta que é admissível a restrição da liberdade individual quando causa danos a terceiros, desde que esse dano seja definido claramente. Ou seja, tangíveis. Não é possível restringir a liberdade de alguém, por exemplo, com o argumento de que estaria dando um mau exemplo aos demais.

A grande problemática envolvida nessa questão é que afastando completamente as medidas consideradas paternalistas levaria a uma visão mais crua e fria da sociedade, alheia à solidariedade e preocupação mútua, eis que a maior parte das políticas e medidas sociais tais como a previdência, podem ser entendidas como um paternalismo estatal.

De modo a suavizar essa visão antipaternalista extrema, alguns dos autores adeptos a ela passaram a fundamentar essas políticas não no antipaternalismo, mas, por exemplo, na economia de gastos que certas medidas levariam (redução de gasto com a saúde pública, no caso de prevenção do câncer com medidas restritivas ou preventivas em relação aos fumantes; dever social de estender a todos os cidadãos as condições para uma vida digna, para a previdência compulsória, dentre outras) (ANDERSON, 1999, p. 319).

4.2 PATERNALISMO NO SISTEMA JURÍDICO PENAL

Como exposto, em que pese a ausência de consentimento do alvo das políticas paternalistas, essas não podem ser abordadas como condutas autoritárias,

eis que enquanto esta última desrespeita barreiras legais sem qualquer embasamento, a primeira tem por objetivo a proteção do indivíduo de suas próprias ações, ou da de terceiros.

Especialmente a norma penal paternalista tem como objetivo preservar a autonomia individual protegendo os bens jurídicos fundamentais do beneficiado de modo a evitar lesões ou perigo de graves lesões. O direito penal tem por dever garantir a autonomia individual pela autodeterminação de seus bens jurídicos, sendo esta autodeterminação seu poder jurídico, ou seja, sua capacidade de agir, pensar, deliberar, conforme a consciência e a vontade do agente (COSTA, 2005, p. 127).

Uma das bases do direito penal é a teoria do bem jurídico, tendo por esse um bem existencial cujo interesse é, evidente e indiscutivelmente, de suma importância para o desenvolvimento das relações sociais, considerado digno de proteção jurídica, sendo esse reconhecimento o que o torna um bem jurídico. Dessa forma, é de suma importância a proteção desses bens existenciais que permitem o desenvolvimento da sociedade humana. Razão pela qual é de interesse maior sua preservação pelo direito penal.

Quando se põe a autonomia individual, compreendida aqui como autodeterminação, e o bem jurídico, tem-se que a primeira não faz parte da segunda, ou seja, não é também um bem jurídico, mas uma propriedade do ser humano que, quando extrapolada ao ponto de lesar o bem jurídico do sujeito ou de outrem, merece ser refreada pelo Estado. Com isso dá-se a proibição, a qual, com essa proteção, visa proteger precipuamente a autonomia futura do agente (COSTA, 2005, p. 129).

Alemany (2006, p. 381) defende que o paternalismo jurídico penal objetivo evitar danos físico, psíquicos e econômicos ao alvo do tratamento paternalista, seja esse dano uma lesão efetiva ou um perigo de dano. Logo, o direito penal tenta evitar os danos mais graves que possam, uma vez consubstanciados, evitar a autonomia do beneficiado. Com isso, o fundamento básico do paternalismo penal é preservar a vontade real da pessoa, ainda que esta seja diferente da vontade que este manifesta no momento do ato lesivo.

É importante, então, definir o conceito de “vontade real” e “vontade manifestada”. A primeira independe do que a pessoa quer. Ela é definida pelo próprio Estado, que define o que seria melhor para o bem-estar da pessoa. Seriam, portanto, o conjunto de mínimo de valores e bens que não podem ser dispensados

ao indivíduo para que esse manifeste sua autonomia, sendo esse conjunto definido por uma percepção histórica dos valores da pessoa em sua formação, em análise de pessoas com características que se assemelhem da pessoa em vulnerabilidade e às histórias de vidas desses de modo (PINTOS, 1993, p. 102).

Assim sendo, ao elaborar as normas e aplicá-las, devem o legislador e o juiz avaliar a vontade real aliada ao histórico do indivíduo, de modo que a lei e sua aplicação de fato condigam com a vontade real, e que essa última, por sua vez, esteja emparelhada com os valores da pessoa, não cabendo ao intérprete da lei apenas julgar com base naquilo que crê ser o melhor a essa (FEINBERG, 1986, p. 112).

O paternalismo penal está bastante presente no sistema jurídico brasileiro, bem como de várias outras nações. Entretanto, como já visto, um paternalismo extremo acaba por distorcer e valorizar demais bens jurídicos em detrimento de outros que também deveria salvaguardar e, na falha dessa proteção, por não possuir um resultado útil. É o caso, por exemplo, da eutanásia e da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, para citar dois. É também o caso dos usuários de drogas, objeto do presente trabalho, e que adiante será abordado.

A primeira, eutanásia, é o que alguns chamam de “suicídio assistido”, “a morte da pessoa” que se encontra em grave sofrimento decorrente de doença, sem perspectiva de melhora – produzida por médico, com o consentimento daquela” (SÁ, 2005, pp. 38-39).

No caso, tem-se que não se vislumbra um tratamento, seja porque de pouca eficácia, ou porque as chances de que funcione são muito abaixo do normal, ou, ainda, porque o tratamento atenta contra as convicções ou concepções de dignidade do paciente (FARIAS, 2008, p. 33). Geralmente pessoas nesse estágio avançado de uma doença, a fase terminal, não encontram perspectiva de uma vida normal ou mesmo digna. Veem-se sem poder realizar suas atividades como outrora, até mesmo enxergando-se como um fardo para aqueles que convivem consigo, trazendo-lhe sofrimento mental. Em alguns casos há até mesmo a dor física, em que obrigadas ou a manterem-se constantemente sob o efeito de medicamentos, os quais fazem pouco ou nenhum efeito, ou as mantêm em estágio letárgico quase que todo o tempo.

A vida não é um valor absoluto. Uma vida sem dignidade e autonomia não é uma vida que vale à pena ser vivida sem a expectativa de poder usufruir o que uma vida plena pode proporcionar (CALERA, 1994, p. 717).

O Código de Ética Médica (Resolução CFM N.º 2217), em vigência, prevê em seu artigo 41, parágrafo único, a possibilidade de interrupção do tratamento médico se verificado que as ações terapêuticas ou diagnósticas mostrarem-se inócuas ou obstinadas. Nessa hipótese é permitida a chamada eutanásia passiva (ortotanásia), a qual deve ser encarada como um exercício regular de um direito da medicina (exclusão de antijuridicidade), e quando o médico verificar que, dentro do que compreende, a morte é iminente, através da evolução da própria doença. Isso é permitido apenas, no entanto, a pedido do próprio paciente. Isso se dá com o condão humano de não prolongar o sofrimento do paciente (distanásia) (SÁ, 2005, p. 138).

Da mesma forma, encontra-se o caso das Testemunhas de Jeová, que por seu credo, não aceitam a transfusão de sangue. Não há porque responsabilizar o médico que não efetuou a transfusão de sangue em paciente que dele necessitava se esse manifestou que não poderia aceita-lo por ir contra sua crença, o que faria com que sua existência, ao menos para si, fosse indigna por ir contra sua fé, atentando à dignidade da pessoa humana.

A transfusão forçada, embora pessoas alheias à fé do paciente possam achar boa, fere uma crença individual, bem como sua autonomia. E tal desrespeito pode ser pior do que a própria morte, pois deixaria de morrer com dignidade para viver em situação que vai de encontro com o que acredita, ou seja, fora de sua autonomia. Não pode o Estado impor uma vida que o sujeito não deseja (MALYON, 1998, p. 302-304).

Dessa forma, tem-se que em que pese a legitimação do direito penal para o tratamento paternalista em relação aos bens jurídicos indisponíveis, nem sempre se tem que será de bom alvitre sua ingerência, eis que o resultado que se espera, qual seja proteção da autonomia, ainda que futura, não será realizado com sua atuação, conforme visto nos casos expostos acima.

Da mesma forma, em relação aos bens jurídicos disponíveis, a máxima é que as sanções penais paternas são vedadas, respeitando-se a autonomia individual. Por sua vez, quando ausente ou prejudicada a autonomia, ainda que se

trate de bens disponíveis, o Direito Penal deve agir, de modo a salvaguardar os direitos daqueles que se encontra em situação de vulnerabilidade.

4.3 A AUTONOMIA E PATERNALISMO NA DISCIPLINA JURÍDICA BRASILEIRA SOBRE O USO DE DROGAS

Conforme expõe o art. 28 da Lei 11.343/2006 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 penas de advertência sobre os efeitos das drogas; a prestação de serviços comunitários, bem como a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

De sua leitura verifica-se que o tratamento ao usuário ainda possui natureza penal, afinal, ainda há uma descrição típica acompanhada da cominação de uma pena. Dessa forma, não houve descriminalização, tampouco a despenalização, embora tenha sido atenuada, sem com isso ferir qualquer preceito constitucional (GRECO FILHO, 2009, pp. 127-128).

É importante salientar que, conforme o tipo penal, não é o uso que é criminalizado, mas o porte, o que causa conflito em relação a alguns dos argumentos de quem defende esse tipo penal, conforme será adiante visto.

Referido dispositivo é interpretado diferentemente conforme a interpretação de sua finalidade. Para uma corrente ele exemplifica perfeitamente uma forma de paternalismo penal puro, segundo as classificações trazidas anteriormente neste capítulo, uma norma proibitiva que atua sobre a autonomia de uma pessoa com o fim de evitar-lhe o mal, no caso, o uso de narcóticos. Para a outra corrente, trata-se de um paternalismo impuro em razão de tal norma ter como cunho a proteção da saúde pública, para que não cresça o número de usuários e, com isso, o sistema de saúde colapse frente aos inúmeros casos que necessitariam de cuidados médicos.

Essa segunda interpretação recebe críticas e é refutada por inúmeros autores. Não se aceita o argumento de que o viciado representa perigo social por poder traficar a droga e trazer outros ao vício em razão desse argumento ser pautado em suposições de eventual lesão remota em relação à conduta típica, eis que nem todos os usuários traficarão (GRECO FILHO, 2009, p. 133).

Suscitar essa hipótese para esquecer o sujeito concreto e, assim, produzir outros argumentos abstratos para legitimar a punição do usuário cria nas palavras de Carvalho (2007, p. 254) “significativa violência ao núcleo constitucional que sustenta o direito penal”.

Percebe-se que os argumentos de que a tipificação do usuário se dá por conta de a droga desinibi-lo à prática de outros atos criminosos também não cabe como argumento, eis que o tipo é claro ao afirmar que basta o porte, de modo que nada tem de relação com o consumo.

Tem-se que, em verdade, o direito penal brasileiro ainda se encontra um pouco distante do que parece querer. Conforme exposto no capítulo anterior, o Estado brasileiro encontra-se, no que tange ao direito penal em relação ao usuário de drogas, em um meio termo entre o sistema americano (bélico punitivo), e o europeu (de políticas públicas). Porém, esse meio termo acaba criando um paradoxo, criando a necessidade de que a jurisprudência faça uso de outros argumentos e princípios, como o da bagatela, para afastar o usuário reconhecido da sanção penal devida ao traficante.

O princípio da lesividade é desrespeitado quando se depara com o fato de que a lesão tangível diz respeito apenas ao bem jurídico do próprio usuário, conquanto a lesão ou perigo de lesão é uma suposição, intangível, no argumento de que poderia influenciar outros a serem, também, usuários, ou de que o usuário poderia vir a tornar-se um traficante.

Greco (2010, p. 100) assevera que “se o comportamento pertence à esfera privada ou de autonomia do agente, a rigor sequer se coloca a questão do bem jurídico.” Ou seja, a questão não merece, se cabendo nessa hipótese, a apreciação jurídica sequer é aventada. O Estado não é legitimado a empregar sua violência coativa para impedir o agente de lesar a si mesmo (HIRSCH, 2007, pp. 25-26).

Conforme já exposto, o Direito Penal, face sua natureza caráter punitivo, só pode ser utilizado em última análise. Não serve como instrumento de educação. A natureza da Lei Penal é punitiva, não educacional.

5 CONCLUSÃO

A grande problemática na discussão sobre a criminalização do usuário de drogas encontra-se na dicotomia que se verifica em relação a quem é lesionado com a conduta. Apenas o viciado, o que restaria configurada uma autolesão, e assim não caberia ao Estado à ingerência no que se refere à esfera penal, ou a sociedade, em razão do impacto na segurança e saúde públicas.

Conforme se verifica no presente trabalho, o Brasil encontra-se em um meio termo entre a política norte-americana e a europeia de combate às drogas, um pouco mais alinhado ao segundo modelo. Porém, essa falta de “escolha” sobre qual linha adotar, sendo o segundo modelo algo mais condizendo com a sociedade moderna, e mais eficaz, conforme demonstrado, cria certos paradoxos na matéria penal brasileira, conforme demonstra o art. 28 e sua criminalização do usuário, sendo que sequer o uso é criminalizado, e sim o porte, com muitos dos argumentos utilizados para tanto se mostrando um pouco contraditórios.

Em que pese o usuário, como qualquer cidadão, ter assegurados sua liberdade e autonomia para tomar suas próprias decisões, esses sendo direitos fundamentais, entende o Estado que tal conduta não impacta apenas a si, mas gera lesão à sociedade como um todo. Na máxima de que a liberdade de uns encerra-se onde inicia a de outros, tem-se que justifica a atuação paternalista para salvaguardar tanto a autonomia do usuário quando da coletividade.

Uma interpretação ampla de que o usuário lesa o bem jurídico coletivo pelo perigo que “pode vir a tornar-se, caso passe a traficar”, ou que “dá exemplo e, com isso, pode vir a fazer aumentar o número de usuários”, apesar de apontado como ultrapassado e intangível por alguns doutrinadores e pensadores, os quais sustentam que a lei penal, dado seu caráter extremo, não pode pautar-se apenas pelo intangível, encontra-se mais aceito pelo ordenamento jurídico pátrio. Contudo, é de se verificar também que os argumentos contrários vêm ganhando força, especialmente verificando-se que ao longo dos anos haver uma abertura cultural mais tolerante, a despeito de na última década haver um fortalecimento do conservadorismo na sociedade global.

Tratando-se de um Estado liberal e democrático, é necessário que o direito pautar-se nos princípios basilares que o caracterizam, a saber, o da legalidade, subsidiariedade, lesividade, fragmentariedade e proporcionalidade, incluindo-se

neste rol o da autonomia individual, sendo, ainda, que o direito penal é última medida para o controle social formal, não podendo ter como base única para uma norma à imoralidade que determinada conduta possa vir a representar no seio social. Porém, conforme apontado no presente estudo, o Estado vale-se de outros argumentos além da imoralidade social, especialmente em relação à saúde e segurança pública, dos quais não se pode furtar, especialmente por seu direito constitucional de salvaguardar o bem estar social.

Nesse ponto, deve o Estado, ao legislar, sopesar a proteção dos bens jurídicos com a compreensão de que o Direito Penal, dado seu caráter extremo de restrição de liberdades, é última instância de ingerência. Entretanto, verifica-se que embora não aceitável em uma sociedade liberal, o paternalismo estatal é justo e necessário em alguns casos.

A dificuldade que se encontra no presente caso, que certamente será discutido pelo Supremo Tribunal Federal quando do controle da constitucionalidade da Lei 11.343/2006, é se na discutida lei, assim como no art. 281 do Código Penal (revogado), o paternalismo estatal e restrição da autonomia do usuário está sendo realmente justa e necessária, e sob quais argumentos, ou se ambas, ou ao menos a lei acaba mostrando-se inócua, quase tornando o tratamento paternalista em algo próximo ao autoritarismo, cujo comportamento não encontra respaldo em um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEMANY, Macario. **El Paternalismo Jurídico**. Madri: Justel. 2006.

ANDERSON, E. S. "**What is the point of equality?**". Vol. 109, n. 2. Chicago: Ethics, 1999.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1978**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. In: Gozzo, Débora; Ligiera, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais (Orgs.)*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BATISTA, Nilo. **Política criminal com derramamento de sangue**. Revista Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 5, n. 20, p. 129-146, out./dez. 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José Cratella Júnior e Agnes Cretella. 2.ed. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei de drogas comentada: artigo por artigo**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. **Decreto n. 828, de 29 de Setembro de 1851**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>>. Acesso em: 30 de set. de 2019.

_____. **Decreto n. 154, de 26 de Junho de 1991: Promulga a Convenção Contra Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. **Decreto n. 11.481, de 10 de Novembro de 1915: Promulga a Convenção Internacional do Ópio**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-publicacaooriginal-97865-pe.html>>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. **Decreto n. 79.388, de 14 de Março de 1977: Promulga a Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 30 set. 2019.

_____. **Código Penal de 1890**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 30 de set. de 2019.

_____. **Código Penal de 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 30 set. de 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: 30 de set. de 2019.

_____. **Constituições Brasileiras:** Brasília: Câmara dos Deputados. Coordenação de Publicações, 2005.

_____. **Lei 8.072/90.** Dispõe sobre os crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm. Acesso em: 30 set. de 2019.

_____. **Lei 10.409/02.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10409.htm. Acesso em: 30 set. de 2019.

_____. **Lei n. 11.343/06.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 30 set. de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 430105/RJ.** Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Juízo de Direito do X Juizado Especial da Comarca do Rio de Janeiro; Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal do Rio de Janeiro. Interessados: Marcelo Azevedo da Silva. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em: 30 de set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 195.985/MG.** Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Paciente: José Manoel Severino Dos Santos. Relator: Min. Haroldo Rodrigues. Brasília, 03 de fevereiro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+195.985&aplicacao=processo.s.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 30 de set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 157.862/SP.** Impetrante: Defensoria Pública da União. Paciente: Getulio Voigt Duarte. Relator: Min. Jorge Mussi. Brasília, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+157.862&aplicacao=processo.s.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 30 de set. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 110.475/SC.** Impetrante: Daisy Cristine Neitzke Heuer. Paciente: Pablo Luiz Malkiewiez. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 14 de fevereiro de 2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1819257>>.
Acesso em: 30 de set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus n. 35.920/DF**. Recorrente: Claudio Silva Júnior. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 12 de maio de 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=RHC+35.920&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 30 de set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 324.454/RS**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Paciente: Alexandre Piceni. Relator: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 22 de maio de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=HC+324+454&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>>. Acesso em: 30 de set. 2019.

CALERA, Nicolás Lopez. **La vida y la muerte ante la ética y el derecho, paternalismo médico y desarrollo científico**. Doxa: cuadernos de filosofía del derecho, Alcante, Vol. 15, 1994.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **A política criminal de drogas no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CHEVALIER, Jean Jacques. **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Trad. Lydia Cristina. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. **Liberdade individual nos países do Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

COSTA, José de Farias. **Linhas de direito penal e de filosofia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

DANTAS, Rhael Vasconcelos. **Criminalização das drogas no Brasil: evolução legislativa, resultados e políticas alternativas**. 2017. 54 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, *Brasília*, 2017. Disponível em: <http://bdm.unb.br/bitstream/10483/16947/1/2017_RhaelVasconcelosDantas_tcc.pdf>. Acesso em: 30 set. 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIREITOS HUMANOS. **Pacto da Sociedade das Nações**: Aprovado na Conferência de Versalhes: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/his1919.htm>>. Acesso em: 30 set. 2019. -

DWORKIN, Gerald. **Paternalism - Morality and the law**. EUA: Wadsworth, 1971. Disponível em: <<http://www.sjsu.edu/people/paul.bashaw/courses/phil186fall2012/s1/Paternalism.pdf>> Acesso em: 7 de nov. 2019.

ESCOHOTADO, Antônio. **História elementar das drogas**. Coimbra: Antígona, 2004.

FARIAS, Gisele. **Muerte Voluntaria**. Buenos Aires: Astrea. 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FEINBERG, Joel. **Harm to self**. Nova Iorque: Oxford, 1986.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos – Prevenção – Repressão**, São Paulo, Saraiva, 1982.

_____. **Tóxicos**. São Paulo: Saraiva. 2009.

GRECO, Luis. **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, 2010.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUIMARÃES. Isaac Sabbá. **A nova orientação político-criminal para o crime do uso de droga**. Brasília. Revista CEJ Ano XI, n. 37, p. 44-47, abr./jun. 2007.

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

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MALYON, David. **Transfusion - Free Treatment of Jehova's Witnesses: Respecting the Autonomys Patients Rights**. Journal of Medical Ethics, EUA. vol. 24, n. 05, outubro de 1998. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC479136/pdf/jmedeth00001-0014.pdf>>. Acesso em 7 de nov. 2019

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-27012011-113618. Acesso em: 13 de nov. 2019.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MILL, J. S. **Sobre a liberdade**. Petrópolis: Vozes, 1991.

_____. **O governo representativo**. São Paulo: Ibrasa, 1995.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos fundamentais**. 3 ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2014.

NUCCI, Guilherme. **Manual de direito penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PROCLAMAÇÃO de Teerã - 1968: Proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em Teerã a 13 de Maio de 1968. Proclamada pela Conferência de Direitos Humanos em Teerã a 13 de Maio de 1968. 1968. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Confer%C3%A2ncias-de-C%C3%BApula-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas-sobre-Direitos-Humanos/proclamacao-de-teera.html>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

RABELLO, José Geraldo de Jacobina. **Alienação fiduciária em garantia e prisão civil do devedor**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

RAMIRO AVILÉS, Miguel A. **A vueltas com el paternalismo jurídico. Derechos y libertades**, Madri (Espanha), nº 15, p.211-256, jun. 2006.

UNODC BRASIL. **Relatório mundial sobre Drogas 2019**. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2019/06/relatrio-mundial-sobre-drogas-2019_-35-milhes-de-pessoas-em-todo-o-mundo-sofrem-de-transtornos-por-uso-de-drogas--enquanto- apenas-1-em-cada-7-pessoas-recebe-tratamento.html>. Acesso em: 13 de nov. 2019.

ROHRMANN, Carlos Alberto; RÊGO, Cristiane. **O paternalismo e o fenômeno da juridicização da vida privada**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos. v. 27, p. 119-140, 2013. Disponível em: <<http://ojs.mcampos.br/index.php/RFDMC/article/view/34>>. Acesso em 13 nov. 2019.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dimensões da dignidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37^a. ed. rev. atualizada até a Emenda Constitucional n. 76, de 28.11.13. São Paulo: Miranda Editores, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva: Educação, 2016.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral: Ensino Médio**. São Paulo: Scipione, 2006.

WEBER, Thadeu. **Autonomia, dignidade da pessoa humana e respeito em Kant**. In: UTZ