



Usuário de drogas não pode ser punido por se prejudicar, diz Defensoria

A pessoa que atenta contra sua vida não precisa de punição, mas de ajuda. O espírito, que levou o legislador a tipificar a conduta daquele que tenta cometer suicídio, também move a Defensoria Pública de São Paulo em outro caso: o porte de drogas para consumo próprio. Em [Recurso Especial](#) com repercussão geral reconhecida no último 9 de dezembro, Defensoria paulista questiona a constitucionalidade do dispositivo da Lei de Drogas que criminaliza a conduta.

De acordo com o artigo 28 da [Lei 11.343](#), de 2006, quem adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, comete crime. Para a Defensoria, o dispositivo viola o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, que assegura o direito à intimidade e à vida privada, já que o porte não implica lesividade, princípio básico do direito penal, uma vez que não causa lesão a bens jurídicos alheios.

“Não é possível aceitar que uma norma infraconstitucional ofenda o ápice do ordenamento jurídico, considerando crime uma conduta que está devidamente amparada por valores constitucionalmente relevantes”, argumenta o defensor público que cuida do caso, **Leandro de Castro Gomes**.

O defensor público sustenta que a proibição do porte de drogas para consumo próprio é inconstitucional. Segundo ele, “a resposta tem como premissa o movimento funcionalista da Teoria do Delito. Superou-se o finalismo e é preciso interpretar as categorias do delito, que são tipicidade, ilicitude e culpabilidade, sob o viés da intervenção mínima e do princípio da lesividade”.

Ele complementa: “Para que uma conduta seja delituosa, não basta um enquadramento formal ao tipo legal. É preciso, ainda, que haja uma lesão ou um perigo de lesão efetivo, real e relevante a um bem jurídico alheio”.

A tese será analisada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar recurso de um mecânico cearense, de 51 anos, preso em Diadema (SP), onde foi acusado de portar três gramas de maconha. A droga foi encontrada dentro de um marmite, em sua cela. O recurso, que questiona acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Criminal de Diadema, está sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes. Pelo porte da droga, o homem foi condenado a dois meses de prestação de serviços à comunidade.

Na prática, a Defensoria acredita que a conduta não é típica, já que “uma auto-lesão jamais poderá ser considerada fato criminoso, eis que ausente, na espécie, lesão a bem jurídico alheio”. “No tocante à pena aplicada, caso seja considerada procedente a ação penal, pugna pela simples advertência, eis que o acusado já possui pena aplicada superior a 10 anos, o suficiente para que sejam alcançadas todas as “funções” da pena. Para quê incidir eventual prestação de serviços? Desnecessária. Nada mais”, argumenta o órgão.

Ao apresentar as contrarrazões à 2ª Vara Criminal de Diadema, o Ministério Público paulista refutou o ponto de vista da Defensoria. Disse que “até o momento tal artigo não foi declarado atípico, tampouco



inconstitucional devendo ser normalmente aplicado, mesmo porque, o entendimento de que tal artigo fosse inconstitucional não restou amparado sequer pela Corte brasileira”.

O MP paulista explicou, ainda, que não se pode falar em *abolitio criminis*, “vez que estamos diante de um crime que, apesar de não estar apenado com a privação ou a restrição da liberdade, possui preceitos secundários próprios ao tipo penal, o qual obteve uma construção legiferante com escopo de distinguir o usuário do grande traficante de drogas, entretanto, sem prescindir da sanção correspondente, a qual restou configurada como as chamadas penas alternativas”.

Coletividade e indivíduo

O promotor de Justiça **André Luís Melo**, que atua em Minas Gerais, arrisca um palpite: “Acredito que o STF, como tem compromisso com a sociedade, deve julgar o ato constitucional”. Para ele, a aprovação do pedido da Defensoria paulista equivale a uma “anistia geral”. “E não há como diferenciar de forma abstrata quem é usuário e quem é traficante, pois usam a modalidade de “tráfico formiguinha””, diz.

Ele também acredita que “dizer que o delito está dentro da órbita particular, seria o mesmo que o Judiciário revogar crimes como a casa de prostituição. O Judiciário não pode revogar crimes, mas deve ter o seu ativismo repensado e redimensionado, pois cabe ao Legislativo definir os crimes e as penas, por meio da lei”.

Seu discurso é próximo ao do MP paulista: “O uso de droga não provoca dano apenas ao usuário, mas à família e à sociedade em razão de crimes violentos para manter uso, aparato de segurança, tratamentos de saúde e atendimentos sociais”.

Foi um entendimento semelhante que a juíza Patrícia Helena Hehl Forjaz de Toledo, da 2ª Vara Criminal, manifestou. Segundo ela, “pune-se o porte de droga para uso próprio, não em função da proteção à saúde do agente, mas sim em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade”. E mais: “A pequena quantidade de substância tóxica, mesmo quando classificada como leve, não implica necessariamente que o juízo deva acatar o chamado princípio da insignificância, em favor do acusado, porque todo delito associado a entorpecentes, independentemente de sua gravidade, constitui um risco potencial para a sociedade”.

Um dos maiores especialistas em política de drogas do Brasil, o criminalista **Salo de Carvalho**, acredita que o julgamento chega em “momento adequado”. Explica-se. Em 2009, a Suprema Corte Argentina entendeu que a liberdade individual, desde que não cause danos a outras pessoas, deve ser priorizada.

Eles declararam inconstitucional o parágrafo 2º do artigo 14 da Lei 23.737 daquele país, que punia criminalmente pessoas que fossem flagradas com quantidades pequenas de drogas, supostamente para consumo pessoal. Os ministros entenderam, com base em tratados internacionais, que o direito à privacidade impede que as pessoas sejam objetos de ingerência arbitrária ou abusiva na esfera privada, como [noticiou](#) o **Consultor Jurídico** na época.



Além disso, o criminalista lembra que a Europa também vem presenciando experiências de descriminalização. Em Portugal, por exemplo, por decisão do Legislativo, há dez anos o porte não é mais crime. “Isso possibilita, inclusive, o acesso à saúde”, conta.

Na mesma linha de pensamento, o criminalista **Pedro Abramovay**, professor da FGV Direito Rio, conta que o Supremo vem enfrentando dispositivos polêmicos da Lei de Drogas. Nessa leva, já reconheceu como aplicáveis a substituição da pena e a liberdade provisória para os usuários. Ainda assim, prefere não apostar em um resultado. “Acredito que os ministros vão julgar não a partir da ideologia, mas sim a partir da garantia dos direitos individuais”, conta. Abramovay, que perdeu o cargo de secretário de Política Nacional sobre Drogas no governo da presidente Dilma Rousseff por defender um tratamento mais liberal para os usuários de droga, entende que “o propósito do Direito Penal não é proteger alguém de fazer mal a si mesmo”. “Há uma confusão aí”.

Autor do livro *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, que chegou à sua quinta edição, Salo de Carvalho explica que o importante é investir na redução de danos. “As punições geram mais problemas do que vantagens. Impede, por exemplo, que o dependente se cuide e gera problemas para aquele que não tem um uso problemático” Ele também diz que a não tipificação da conduta não vai aumentar o consumo. “É ilusório pensar assim”, diz.

O também criminalista **Thiago Gomes Anastácio**, associado ao Instituto de Defesa do Direito de Defesa, diz que a questão a ser discutida pelo Supremo engloba dois conceitos. Um, abstrato, que é a saúde pública. E, o outro, a ideia de que todo cidadão tem o direito de fazer o que bem entender. Ele lembra ainda que há outra questão a ser levada em consideração. “Se o Estado libera o uso da droga, é ele quem deve arcar com o custo do tratamento?”, indaga, sem oferecer resposta.

Date Created

14/01/2012