



Costa: Inconstitucionalidade da criminalização da venda de drogas

O Direito Penal, no Estado democrático, somente se justifica se visar à tutela dos bens jurídicos mais relevantes, como, entre outros, a vida, a integridade física e a liberdade, e se nenhum outro ramo do Direito for capaz de protegê-los eficazmente. São os chamados princípios da subsidiariedade e da



Além disso, as condutas criminalizadas devem efetivamente

lesar tais bens (princípio da lesividade), tanto no plano da norma quanto no plano real. É dizer, ainda que o tipo penal preveja a lesão ao bem jurídico, se, no caso concreto, a conduta (ainda que típica) não o lesionar nem o colocar em perigo concreto, não há razão para a intervenção do Direito Penal.

Mister debater, então, se o comércio ou mesmo a entrega gratuita de drogas ilícitas, entre pessoas maiores e capazes, é digno de tutela pelo direito penal. Deve-se averiguar se a conduta pode gerar lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico que se propõe a proteger: a saúde pública. E a resposta só pode ser negativa.

O bem jurídico "saúde pública", no caso, é caracterizado por sua imaterialidade. Não é empiricamente demonstrável; é isento, portanto, de significado concreto. Por mais que se tente, não se vislumbra como a venda ou a entrega de uma quantidade de droga, para quem, livremente, quer consumi-la, pode lesar a saúde "pública", ou seja, a saúde da coletividade [\[1\]](#).

A lesividade penal, calcada na efetiva afetação do bem jurídico para o fim de legitimar o poder punitivo, é muito bem exposta por Zaffaroni (et al.), para quem "*o pragma típico se determina desde logo pela função sistemática, que importa um âmbito máximo de antinormatividade, porém só se confirma com a simultânea constatação de sua conflitividade*" [\[2\]](#), sem a qual se pode culminar na exclusão do tipo penal.

Por meio da "*função conglobante do tipo objetivo se estabelece a própria existência do conflito, o que pressupõe comprovar tanto sua lesividade quanto seu pertencimento a um sujeito*", sendo "*inconcebível a criminalização de um programa que não implique qualquer ofensa a outrem (representado no bem jurídico)*" [\[3\]](#).



Tem-se, assim, a tipificação de uma conduta que não gera lesão a terceiros. Trata-se da criminalização de um ato de comércio. De um produto nocivo à saúde, é verdade, mas produtos potencialmente nocivos estão à venda em toda parte, e não são proibidos. A proscrição da substância por fazer "mal à saúde" não convence (e nem poderia). Daí a necessidade de se socorrer da falácia da proteção à saúde "pública".

Para Maria Lúcia Karam, a visão de que interesses abstratos de uma sociedade também abstrata devessem prevalecer sobre os direitos individuais não esconde uma "inspiração totalitária" [4]. Para a autora, a sociedade não é "algo abstrato, mas sim um conjunto de indivíduos concretos" [5]. A abstração não pode se sobrepor à concretude.

Valois defende ser desproporcional, desarrazoado e ilegítimo penalizar uma pessoa com pena de prisão somente por ter ingressado no comércio informal de substâncias entorpecentes tornadas ilegais, uma vez que nele está realizando transações voluntárias e espontâneas [6].

Na criminalização do comércio de drogas há também flagrantes violações ao princípio da legalidade, com tipos penais demasiadamente abertos e ausência de graduação e proporção entre eles, permitindo-se, por exemplo, que aquele que vende uma única porção receba a mesma punição que quem traga consigo grande quantidade de droga.

Inspirado no modelo norte-americano, o tipo penal relativizou a comprovação do dolo do agente e ainda ampliou os verbos do crime (18, para ser mais exato). Para a subsunção da conduta à norma, basta que o agente possua drogas "em desacordo com determinação legal ou regulamentar", sem a necessidade de se provar qualquer desígnio específico. A própria "guerra às drogas" torna-se um princípio, derogador de todos os outros [7].

Como alerta Salo de Carvalho, o Direito Penal, em vez de funcionar como garantidor dos princípios da legalidade e da igualdade, freando a violência estatal contra os cidadãos, passou a legitimar a beligerância e a violência institucional [8]. Não se tem mais um Direito Penal mínimo, garantista e subsidiário, mas, ao revés, um ramo da ciência jurídica que não esconde sua "programação autoritária" [9].

Pode-se concluir, destarte, que a criminalização da venda de drogas, entre pessoas maiores e no gozo de suas faculdades mentais, é inconstitucional, por violar princípios penais como os da legalidade e da lesividade, além de ser incapaz de proteger a "saúde pública", pois não há demonstração de que a conduta possa lesá-la ou colocá-la em perigo concreto.

De forma cada vez mais nítida, a criminalização de pequenos atos de comércio de drogas ilícitas mostra seu caráter exclusivamente autoritário, ditatorial, violador de direitos humanos e fomentador do estado policial, valendo tão somente para massacrar o povo pobre e excluído, sem qualquer potencial de transformação da realidade — a não ser para pior.

[1] KARAM, Maria Lúcia. *Proibição às drogas e violação a direitos fundamentais*. Disponível em https://app.uff.br/slab/uploads/Proibicaoasdrogas_violacao_direitosfundamentais-Piaui-LuciaKaram.pdf



Acesso em 2/7/2020.

[2] ZAFFARONI, Eugênio Raul [et al.]. *Direito penal brasileiro*, segundo volume: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016, p. 212.

[3] Idem.

[4] KARAM, op. cit.

[5] Idem.

[6] VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 426. Ao mesmo tempo, há inúmeras condutas criminosas que ofendem diretamente a integridade física de terceiros, e para as quais não são previstas penas de prisão, ou cujas penas são tão baixas que invariavelmente são substituídas por penas restritivas de direitos ou cumpridas em regime aberto, como por exemplo a contravenção penal de vias de fato (artigo 21 da LCP, cuja pena é prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, o crime de lesão corporal leve (artigo 129, *caput*, do CP), para o qual é prevista pena de detenção de 3 meses a 1 ano. Até mesmo a lesão corporal gravíssima, em razão da qual se pode ter "incapacidade permanente para o trabalho" e "perda ou inutilização permanente de membro, sentido ou função", a pena prevista é de 2 a 8 anos de reclusão, limites muito menores que aqueles previstos para o crime de tráfico de drogas.

[7] Ibid, p. 425.

[8] CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 122.

[9] Ibid, p. 123.

Date Created

04/07/2020