

A aplicação da fragmentariedade penal no crime de porte de drogas para consumo pessoal

Criminal fragmentary application in crime of drug possession for personal consumption

Vanessa Machado de Oliveira

Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica, Campus Betim, rua do Rosário 1081, bairro Angola, Betim, MG. CEP 32604-115, vanessamdeoliveira@hotmail.com.

ABSTRACT: This paper aims to perform an explanation about the individual freedom regarding the use of narcotic substances prohibited under the law. The analysis is lighted by the application of criminal law fragmentary, which should be limited to punish practices deemed harmful to the community. An analysis of some of the criminal provisions pertaining to the combat using narcotic substances is presented and compared to the constitutional principles and grounded in principles of criminal law. The analysis also extends the reflection on the limits imposed to the state and standardization aimed at limiting the freedom of the individuals. Meanwhile, the article has as studied object the legality of the individual rights limitation to using narcotic substances that affect only the same individual, as this limitation denotes an interference mechanism in users' privacy. Thus, all regulation on the topic should be guided by non-intervention in individual rights, and the state must excuse himself to develop standards that result in interferences depriving citizens' rights. It should be limited to introduce the legal system cogent norms aimed to punish offenses that really affect society, considering that the criminal law should be applicable only as tool in such as circumstances.

Keywords: criminal law; constitutional right; drug use legalization.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade realizar uma explanação acerca da liberdade do indivíduo quanto ao uso de substâncias entorpecentes consideradas ilícitas pelo ordenamento jurídico, tendo em vista a fragmentariedade da aplicação do Direito Penal, o qual deve se limitar a sancionar práticas consideradas lesivas à coletividade. Utiliza-se, para tanto, da análise de alguns dos dispositivos penais concernentes ao combate ao uso de substâncias entorpecentes, contrapondo-os aos ditames constitucionais e princípios embasados do Direito Penal. A análise também se estende pela reflexão sobre os limites impostos ao Estado quanto à normalização que visa limitar a liberdade do indivíduo. Nesse ínterim, o artigo em escopo tem como objeto de estudo a legalidade da limitação dos direitos individuais de fazer uso de substâncias entorpecentes que afetem tão somente ao mesmo, pois tal limitação denota um mecanismo de

interferência na vida privada dos usuários. Sendo assim, toda normatização acerca do tema deve ser pautada pela busca da não intervenção no referido direito, devendo o Estado, no exercício de sua função legiferante, escusar-se de elaborar normas cujo resultado seja a interferência na vida privada de seus cidadãos, limitando-se, assim, a introduzir no ordenamento jurídico normas cogentes que visem sancionar ofensas que realmente afetem a sociedade, tendo em vista que o Direito Penal deve ser a ferramenta aplicável somente em tais circunstâncias.

Palavras-chave: direito penal; direito constitucional; legalização do uso de drogas.

INTRODUÇÃO

Constitui direito de cada cidadão desfrutar de sua vida privada de forma plena e sem interferência arbitrária estatal ou de outro cidadão, de forma que ao mesmo possam ser garantidas a dignidade, a intimidade e a liberdade, pressupostos estes inerentes ao Estado democrático de direito, consubstanciando, assim, uma existência plena na sociedade em que se encontra inserido.

Nesse escopo, o presente artigo é de suma importância no contexto social moderno, tendo em vista o impacto das drogas na vida de um número cada vez mais crescente de indivíduos, afetando, assim, tanto o ser em sua individualidade, como os demais componentes sociais, como família, comunidade, enfim a sociedade, na medida em que o envolvimento na esfera do vício acaba por gerar efeitos de ordem civil, como desemprego, necessidade de tratamentos específicos e conflitos familiares e penais, representados por furtos e roubos inerentes à manutenção do consumo.

No contexto jurídico, os conflitos sociais surgidos pelo uso de produtos considerados como drogas ilícitas gera para os legisladores a necessidade de elaboração de normas que visem combater especificamente as situações oriundas de tais drogas. Em especial temos a lei de drogas, bem como normas de fonte de secretarias diversas, como portarias elencando rol de drogas proibidas.

A relevância acadêmica mostra-se patente, na medida em que a discussão acerca do tema proposto no artigo reflete diretamente no estudo de disciplinas jurídicas de capital importância, envolvendo Direito Penal, Processual Penal e Constitucional, além de envolver

discussão atual nos tribunais, o que dará origem a jurisprudência orientadora aos aplicadores do Direito, sendo pertinente que seja também discutido e conhecido pelos estudiosos da área.

O presente artigo parte da aplicação da fragmentariedade penal no que concerne à condenação de usuários de drogas, tendo em vista que o Direito Penal deve ter intervenção mínima na vida das pessoas. Ou seja, a intervenção na vida das pessoas há de ser minimizada pelo Estado, quando no exercício de seu poder cogente, seja através de manifestação legislativa, a qual deve sempre buscar estar em consonância com os ideais e práticas que se instalam na sociedade hodierna.

Então tais normas deverão respeitar os limites impostos pelos princípios imanentes ao ordenamento jurídico, com o fito de alcançar a convergência necessária com os interesses manifestos pela coletividade.

A concretização de tais normas, através da aplicação das mesmas aos casos concretos, consubstancia-se na margem aceita pela maioria na referida interferência do estado, e não em clara ingerência, ou imposição desregrada na vida das pessoas.

Assim, sob o aspecto de garantia de direitos fundamentais, insculpidos em nossa Carta Magna, em especial no que concerne ao respeito à intimidade e vida privada, conforme se extrai do artigo 5º, X, da referida Carta, cabe ao Estado circunscrever sua esfera de atuação cogente aos casos que exijam tal atuação, e não às situações que digam respeito tão somente à esfera individual, como o apresentado no presente artigo, ou seja, o Direito Penal deve estar circunscrito a apenas um fragmento da aplicação normativa, visando proteger a agressão aos bens jurídicos tutelados.

A CRIMINALIZAÇÃO DO USO DE DROGAS E O BEM JURÍDICO TUTELADO

A teoria do bem jurídico no Direito Penal constitui-se como um fundamento de sua existência e limite de sua atuação. Refere-se a uma construção teórica afeita à teoria dos direitos fundamentais e aos contornos de um direito garantista que atenda aos princípios do Estado Democrático. Efetivamente, diz-se que o Direito Penal serve à proteção de bens jurídicos relevantes, levando em conta que apenas poderão ser punidos por esta via os bens assim definidos.

Segundo Luiz Regis Prado (2009, p. 32), no começo da evolução histórica do conceito de bem jurídico, o mesmo era considerado como “um valor abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal: valor ideal da ordem social juridicamente protegido”. Apesar desta definição, reina grande controvérsia em relação ao conceito de bem jurídico.

Outros doutrinadores e pensadores também formaram seus conceitos do que seria o significado de bem jurídico. Dentre eles, Muñoz Conde (apud PRADO, 2009, p. 39) enquadra bem jurídico como “os pressupostos de que a pessoa necessita para sua auto-realização na vida social”; por sua vez, Rudolphi define os bens jurídicos como “conjuntos funcionais valiosos constitutivos da nossa vida em sociedade, na sua forma concreta de organização” (apud PRADO, 2009, p. 39); outrossim, Roxin entende que bens jurídicos são “pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracteriza numa série de situações valiosas, como por exemplo, a vida e a liberdade” (PRADO, 2009, p. 39)

Roxin define bens jurídicos como:

[...] circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. [...]

O conceito de bem jurídico que aqui se defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima. (ROXIN, 2006, p. 18-20)

Absorvendo todos os conceitos dados ao bem jurídico, se consegue chegar a algo comum em todos eles, efetivamente sendo o bem jurídico algo decorrente das necessidades humanas, advindas da experiência concreta da vida.

Segundo Luiz Regis Prado, sobre o bem jurídico:

O bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. (PRADO, 2009, p. 44)

Neste diapasão, o bem jurídico se afigura como alvo da ilicitude material e ao mesmo tempo legitima a intervenção penal legalizada.

O bem jurídico tem grande relação com o Estado Democrático de Direito, ressaltando Prado sua definição:

O Estado de Direito é aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos. (PRADO, 2009, p. 61)

O Direito Penal se regula dentro do Estado Democrático de Direito, sendo que a proteção do bem jurídico também está inserida nas garantias constitucionais dadas a população.

O Estado existe para o indivíduo, e não o indivíduo para o Estado, sendo que o Estado somente existe porque o *homem* o criou, para ser garantidor de sua liberdade/dignidade. Entende-se o Estado como um meio e não um fim. A Constituição deve ser o patamar para a criação de todas as outras normas e inovações, já que, dentre outras coisas, é nela que estão prescritos os direitos fundamentais do homem. O Estado servirá a comunidade, sem caráter dominador, e a Constituição Federal ajudará neste serviço, ditando todos os direitos e necessidades do homem. (PRADO, 2009, p. 80) Complementando, Alice Bianchini entende que, “o objeto a ser protegido pelo Direito Penal deve possuir correspondência com a satisfação de uma necessidade humana”. (BIANCHINI, 2002, p. 41-42)

Então, de plano, o conceito de bem jurídico apenas norteará o legislador na elaboração das normas, facilitando a compreensão do que é lícito e do que não é. De maneira alguma haverá um *engessamento* absoluto do que o legislador infraconstitucional será obrigado a obedecer para elaborar as normas. “A imposição ao legislador ordinário pela Constituição de um *dever* de criminalização de condutas contra determinados bens jurídicos, não retira daquele a sua liberdade seletiva quanto à necessidade de criminalização”. (PRADO, 2009, p. 86-87)

A respeito do caráter subsidiário do Direito Penal, o mesmo existe porque o Estado deve lançar mão de todos os meios possíveis e mais brandos para a solução do conflito, sendo que somente depois de esgotá-los poderá usar da tutela penal. O princípio da proporcionalidade também deverá ser utilizado, já que, de acordo com Bianchini, “é função do Estado interferir, o mínimo possível, na vida do cidadão, garantindo-lhe a máxima liberdade”. (BIANCHINI, 2002, p. 77).

Acerca desta criminalização do uso de drogas, várias considerações já foram feitas pelos estudiosos do direito, psicólogos, médicos, e muitos outros, no sentido de demonstrar os efeitos desastrosos que a penalização pode causar. (BIANCHINI, 2002, p. 135). Os principais efeitos são:

1. Fruto proibido resulta atrativo sobre os jovens.
2. A ilegalidade do ato torna a mercadoria excessivamente cara, o que passa a ser um rendimento altamente lucrativo para alguns, fazendo, inclusive, com que eles proporcionem, gratuitamente, as primeiras doses, a fim de obter dependentes.
3. Proporciona o contato dos jovens com os traficantes.
4. Usuários acabam delinqüindo para poder adquirir dinheiro para financiar o hábito, inclusive realizando o tráfico.
5. Arriscam-se, muitas vezes, a um constante perigo de morte e de enfermidade.
6. Em relação ao resto dos cidadãos: de um terço à metade de todos os delitos violentos contra a propriedade são cometidos por drogados que delinqüem para financiar seu hábito, ou se devem a conflitos entre grupos rivais de traficantes de drogas, ou se realizam no transcurso da importação e distribuição de drogas ilegais.
7. Basicamente acabaria com a corrupção policial.
8. Não há controle de qualidade de mercadoria, o que causa, muitas vezes danos irreparáveis aos consumidores.
9. Deve-se aceitar a derrota e entender que inexistente ação capaz de eliminá-lo.
10. Na prisão o consumo e o tráfico continuam existindo. (BIANCHINI, 2002, p. 135-136)

Outra justificativa aplicada no combate ao uso de substâncias entorpecentes se dá no campo da proteção ao bem jurídico saúde pública, na medida de que, em tese, a ampla liberação do uso de drogas trazia efeitos maléficos à saúde coletiva.

Inicialmente, por saúde pública entende-se que é:

Conjunto de medidas organizado pela sociedade para proteger, promover e restaurar a saúde da população. Esse conjunto envolve conhecimento científico, habilidade e crenças direcionados para a manutenção e a melhoria da saúde das pessoas por meio de ações coletivas e sociais. (ROCHA, 2013, p. 402)

Pelos ensinamentos de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi:

O bem jurídico protegido pelo delito [descrito no artigo 33 da Lei 11.343/06] é a saúde pública. A deterioração causada pela droga não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado

à saúde pelo uso de drogas. Para a existência do delito não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos. (GRECO FILHO et al, 2007, p. 80)

É importante salientar que, quando se fala em uso de tais substâncias, não se pode atribuir a uma atitude individual, reflexos negativos na saúde coletiva, posto que o referido ato afeta tão somente o próprio usuário.

Conforme acentua Alexandre Bizzotto:

O crime do artigo 33 é de perigo abstrato. O bem jurídico tutelado imediatamente é a saúde pública, e, mediamente, a pessoa atingida pelas condutas. Conforme a doutrina dominante, as condutas arroladas são de perigo abstrato. Não obstante, Damásio E. de Jesus buscar solucionar a fragilidade dos crimes de perigo abstrato em confronto com a Constituição Federal, afirmando que em sua maioria eles são crimes de lesão, a natureza dos núcleos do tipo do artigo 33 da Lei 11.343/06 é de crime de perigo abstrato, pois independe de efetiva lesão à saúde pública. (BIZZOTTO, 2007, p. 56-57)

De fato, o crime de tráfico traz em sua natureza a afetação à saúde coletiva, na medida em que promove a dissipação desenfreada de substâncias potencialmente letais em virtude de falta de controle sanitário de uso e produção, bem como reflexos na instigação à violência que orbita em torno de tais atos de traficância.

Já o usuário de drogas está exposto a condições de insalubridade na sua atuação, na medida em que se vê na clandestinidade, em virtude do combate perpetrado pelo Estado e pela sociedade devido à sua escolha pessoal de fazer uso de substâncias ilegais.

Ou seja, ao contrário do que se pode alegar, de que o uso de drogas afeta a saúde pública, deve-se buscar a assistência ao usuário na medida em que escolhe tal opção, através de medidas educativas e preventivas promovidas pelo Estado, conforme se infere do texto constitucional.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

A não criminalização de drogas também traria um benefício social, haja vista que os meios destinados à repressão poderiam ser utilizados na prevenção do uso de drogas, com campanhas educativas, cuidados de saúde necessários para os viciados etc. (BIANCHINI, 2002, p. 136)

Segundo Alessandro Baratta, “a dependência de drogas ilícitas é menos curável do que seria, se nesta pequena parte do problema social não houvesse intervindo a justiça penal”. (apud BIANCHINI, 2002, p. 137)

A criminalização do uso de drogas, novamente ressaltando, não se encaixa em nenhuma etapa de criminalização, pois o uso em si não causa dano à sociedade, por isso não há que se falar em pena; não necessita de tutela penal, haja vista que existem meios menos onerosos que poderiam dar conta de fiscalizar esses problemas, como as campanhas de prevenção; ademais a tal criminalização não é eficaz, pois criminalizando, há um afastamento do indivíduo do tratamento médico, apenas piorando a situação do usuário e o aproximando de outros ilícitos penais.

Além do mais

[...] o direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações básicas mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito. Daí se dizer que o direito penal tem “caráter subsidiário” frente aos demais ramos do ordenamento jurídico. (Muñoz Conde apud QUEIROZ, 1998, p. 81)

Em suma, “não basta que um bem possua suficiente relevância social para vir a ser tutelado penalmente; é preciso que não sejam suficientes para sua adequada tutela outros meios de defesa menos lesivos”. (PRADO, 2009, p. 99) É necessário se ter em mente que nem todo bem jurídico será tutelado pelo Direito Penal, mas somente as infrações mais relevantes, de maior ofensividade, pois os de menor teor serão abarcados por outros meios judiciais.

Ou seja:

[...] a ingerência penal deve ficar adstrita aos bens de maior relevo, sendo as infrações de menor teor ofensivas sancionadas, por exemplo, administrativamente. A

lei penal, advirta-se, atua não como limite da liberdade pessoal, mas sim como seu garante. (PRADO, 2009, p. 99)

Sendo assim, tal teoria pode ser aplicada quando se fala em liberdade individual ao uso de drogas, posto que a imputação penal deva incidir tão somente aos bens jurídicos considerados relevantes, ou seja, aqueles afetos à coletividade e cuja agressão produz dano considerável à mesma, e não a atitude oriunda de vontade individual do cidadão, a qual afeta somente a ele próprio.

INCONSTITUCIONALIDADE DA PROIBIÇÃO DO USO DE DROGAS

O Direito Penal constitui-se em mecanismo estatal adequado à inibição bem como ao sancionamento das condutas consideradas lesivas à sociedade. Tais condutas estão restritas àquelas que extrapolam a esfera do indivíduo, pois caso contrário, estariam a afetar direitos inerentes à própria dignidade do mesmo.

Todavia, no que concerne à legislação especial que visa à prevenção ao uso de drogas, bem como ao combate à sua produção e comercialização, pode-se apontar a existência de possível ingerência estatal na vida pessoal dos indivíduos, e, conseqüentemente, do descumprimento de princípios intrínsecos ao Direito Penal e Constitucional vigentes.

Nesses termos, cumpre citar os ensinamentos de Alexandre Bizzoto:

Vale salientar que integra a Constituição Federal a dignidade da pessoa humana na qualidade de valor constitucional. A criminalização de conduta penal exige que esta cause dano social relevante para que não haja a violação da integridade humana. Ao usar droga (portar), a pessoa age nos estritos limites de sua intimidade constitucionalmente garantida. Permitir que a truculência do Estado Penal com todo o seu aparato invada a tranqüilidade da pessoa, se traduz na mais violenta marca da intolerância e do autoritarismo, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito. Ressalta-se que o bem penal jurídico tutelado no tipo do artigo 28 da Lei 11.343/06 não é a saúde pública. O uso afeta a saúde individual e não a pública. A incolumidade pública fica sossegada com o uso individual. Se não há lesão ao bem jurídico tutelado não há crime.

Conclui-se, com o aparato nos valores constitucionais do respeito ao ser diferente e da dignidade da pessoa humana em suas facetas da intimidade constitucional e da

lesividade, que o tipo penal previsto no artigo 28 da Lei 11.343/06 é inconstitucional. (BIZZOTTO, 2007, p. 42)

Caso seja elaborada norma em contrariedade aos preceitos constitucionais, surge para a sociedade a necessidade de declaração de inconstitucionalidade da referida norma.

O Direito Penal não tem legitimidade para intervir diante de uma ação que apenas espelhe uma atitude de ordem moral. Conforme afirma Nilo Batista (2011, p, 89), “à conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta lesividade que pode legitimar a intervenção penal”.

A liberdade constitui-se em um princípio inerente ao ser humano, o mesmo “decorre da concepção de Estado Democrático. Nele há o recolhimento, por parte do Estado, de determinado âmbito de autodeterminação individual cuja penetração lhe é proibida”. (BIANCHINI, 2002, p. 31)

Todo indivíduo tem o direito de liberdade, assegurado pelo Estado, desde que sua liberdade não prejudique a liberdade de outrem. Tal liberdade deve ser assegurada e tolerada ao máximo, por ela ser algo privado; protegida de atos que a ofendam ou prejudiquem. Assim também é a liberdade no uso de drogas, pois, o usuário em sua privacidade, normalmente não prejudica ninguém mais além de si mesmo, e, portanto, deve ter sua liberdade assegurada, não justificando a privação da mesma, sem bases legais e plausíveis.

No caso em debate, a aplicação de sanção penal ao usuário de drogas, além de contrariar os princípios supracitados, acaba por interferir na vida privada daquele indivíduo, em prejuízo de suas garantias constitucionais básicas de liberdade e vida privada.

Neste contexto, se vê claramente que a aplicação de medidas de natureza penal está interferindo na opção pessoal destes usuários de substâncias ilícitas, o que é a problemática aqui discutida. Temos que o artigo 28 da Lei de Drogas bate de frente com o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, já que ele vai totalmente contra a Carta Magna, sem amparo constitucional algum.

Com relação à Constituição Federal de 1988, esta possuiu um grande respeito às particularidades de cada indivíduo, trazendo em seu bojo a exaltação da liberdade e respeito à privacidade de cada um, portanto ela abomina qualquer tipo de discriminação que venha a recair sobre o usuário de drogas. Então não se pode conferir tratamento ao usuário igual ao indivíduo traficante de drogas, já que este último quase nunca está doente ou enfermo, ele sim, sabe muito bem o que faz.

A APLICAÇÃO DA FRAGMENTARIEDADE NOS CASOS DE POSSE DE DROGAS ILÍCITAS PARA CONSUMO PESSOAL

Princípios consubstanciam-se em diretrizes basilares a serem seguidas pelos diversos ramos da ciência, de modo a se obter maior efetividade, sendo que, no que concerne às ciências jurídicas, maior alcance de justiça.

Conforme ensina Deocleciano Torrieri, princípio é “preceito, regra, causa primária, proposição, começo, origem”, sendo que os princípios gerais do Direito “são critérios maiores, muitas vezes não escritos, que estão presentes em cada ramo do Direito.” (GUIMARÃES, 2007, p. 455)

No que concerne à aplicabilidade dos princípios no Direito Penal, Luiz Regis Prado ensina que, para ser selecionado o que deve ou não merecer a proteção da lei penal, tendo como foco o bem jurídico, o legislador deve observar primordialmente os princípios penais, que são de suma importância em todo o ordenamento penal. Tais princípios em sua maioria estão baseados na Carta Magna, mesmo que implicitamente, constituindo um “núcleo gravitacional” do Direito Penal. Os princípios não apenas legitimam o Direito Penal, mas sim “*fundamenta e conforma o Direito Penal, delinea sua constituição e seus limites*”. (PRADO, 2009, p. 55)

Dentre tais princípios, temos o princípio da culpabilidade, enfatizado por Prado:

A propósito do princípio da culpabilidade – não há crime sem culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*) –, e de que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade – proporcionalidade na culpabilidade –, como lídima expressão de justiça material, observa-se que em uma sociedade democrática só há lugar para um Direito Penal do fato ou da culpa. (PRADO, 2009, p. 55)

Portanto a culpabilidade como reprovação da conduta ilícita do agente, limita, e, sobretudo, fundamenta a pena, vedando a responsabilidade objetiva (pelo resultado).

Sobre o princípio da reserva legal, o mesmo deixa espaço para diversas consequências e garantias; como: *Garantias criminal e penal*, onde não há crime sem lei prescrita em sentido estrito; garantias jurisdicionais e penitenciárias ou de execução, sendo garantias complementares ao princípio da legalidade, haja vista que a garantia jurisdicional assegura as proteções referidas, por exemplo, no artigo 5º, incisos II (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”), e LVIII (“ninguém será processado ou

sentenciado senão pela autoridade competente”), bem como reserva contida do artigo 22, todos da CF; e as garantias de execução referem-se a sanção penal, que será cumprida seguindo as determinações da lei, como por exemplo o artigo 5º, XLVIII (“a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”). (PRADO, 2009, p. 58)

Além do mais, a aplicação do Direito Penal deve ser proporcional ao dano causado. Segundo Luiz Regis Prado:

O princípio da proporcionalidade, em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. Esse princípio pode ser considerado como proporcionalidade abstrata (fase legislativa) e concreta (fase judicial): a primeira deve ser entendida como proporção entre a gravidade do injusto e a gravidade da pena que lhe é cuminada – dirige-se ao legislador; a segunda, como na necessidade de proporção entre a gravidade do fato concreto praticado e a pena aplicada ao seu autor – dirige-se ao juiz. (PRADO et al, 2014, p. 118)

O princípio da intervenção mínima “pode significar tanto a abstenção do direito de intervir em certas situações – o que lhe dá o traço fragmentário – como também a sua utilização em termos de último argumento” (BIANCHINI, 2002, p. 29). É o caráter subsidiário do Direito Penal que o faz fragmentário, agindo somente quando nenhum outro instrumento de controle social pode agir.

Outro princípio de grande relevância, conforme salienta Rogério Greco, é o princípio da lesividade, que tem como vertente a vedação que tem o Direito Penal em relação a condutas que não sejam lesivas a terceiros, sendo proibido ao Direito Penal agir neste caso, já que lesão contra si mesmo não é conduta punitiva; e isso se reflete bastante na discussão sobre os usuários de drogas, que sem dúvida não lesionam a terceiros, mas sim a si próprios. (GRECO, 2009, p. 78).

Assim, as condutas humanas passíveis de imputação penal, além do fato de ferirem a norma, devem também estar em desacordo com a aceitabilidade social, conforme ensina Rogério Greco, ou seja, o legislador deve estar atento ao princípio da adequação social, significa dizer que, mesmo uma conduta que possa ferir algum dispositivo normativo, não terá punição, pois já tem aceitação social e é reconhecida como certa e normal pela sociedade. Esse princípio ajuda ao Direito Penal, já que limita as condutas que devem passar pela seara penal, retirando

comportamentos que poderiam ter que passar pelos olhos da lei, e que sem dúvida tomariam um tempo precioso, necessário para casos mais relevantes. (GRECO, 2009, p. 81). Deve-se lembrar que o princípio da adequação não revoga em momento algum os tipos penais já reconhecidos como tais, por exemplo, jogo do bicho, intervenção médica em casos de urgência, sem a concordância prévia do indivíduo.

Desse modo, o Direito Penal deve estar voltado às condutas que realmente exigem sua aplicação, denotando a sua fragmentariedade, isto é, cabe ao referido Direito atuar somente em certas circunstâncias, reputadas mais relevantes, sob pena de intervenção indiscriminada, quando se poderia agir por outros meios menos gravosos.

Um exemplo prático de aplicação do referido princípio (da fragmentariedade) se dá no caso do artigo 28 da Lei 11.343/06, o qual criminaliza o porte de drogas para consumo próprio, posto que não se vê no alegado ilícito uma agressão a bem jurídico alheio, qual seja a liberdade, intimidade ou vida privada alheias, que justifique a aplicação de uma sanção penal, ainda que representada por medidas alternativas, visto que o alegado “delito” descrito no artigo 28 afeta tão somente o próprio “infrator”.

Com relação ao princípio da fragmentariedade, explica Prado:

O postulado da fragmentariedade prescreve que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída à lei penal não é absoluta. O bem jurídico é defendido penalmente só perante certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente intoleráveis. Isso explica que apenas as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais podem ser criminalizadas. Faz-se uma tutela seletiva do bem jurídico, limitada àquela tipologia agressiva que se revela dotada de indiscutível relevância quanto à gravidade e intensidade da ofensa. Esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente. Isso quer dizer que o Direito Penal só refere a uma pequena parte do sancionado pelo ordenamento jurídico, sua tutela se apresenta de maneira fragmentada, dividida ou fracionada. Noutro dizer: *fragmentos de antijuricidade penalmente relevantes* (PRADO, 2009, p. 60).

A fragmentariedade não significa deixar lacunas no ordenamento jurídico penal sem a proteção devida, mas sim proteger apenas os bens jurídicos mais relevantes, e ainda se encontrando estes bens jurídicos drasticamente ofendidos.

Assim, quanto ao objeto do presente trabalho, qual seja, incriminação do porte de drogas para uso próprio, não se vê agressão à bem jurídico, mas, pelo contrário, o que se tem com o referido tipo penal é um cerceamento de direito fundamental do indivíduo, tolhido nas suas escolhas pessoais, atacado em sua vida privada, em sua privacidade.

A fragmentariedade está inteiramente ligada com o princípio da intervenção mínima, ou seja, o Direito Penal só pode ser invocado depois de ter se recorrido aos outros ramos do direito (civil, administrativo, constitucional, tributário etc), ele é a *ultima ratio*, sendo sempre necessário observar a necessidade e utilidade do Direito Penal naquela situação.

Ora, o artigo 28 da Lei 11.343/06 não representa um conflito a ser combatido pelo Direito Penal, pois não conta com a lesividade necessária para tanto, mas simples exercício de direito.

Não se trata aqui de tipificar a posse de drogas para uso próprio como um crime a ser combatido pelo Estado, mas sim de atitude que poderia ser amenizada através de políticas públicas apropriadas, associadas de conscientização dos eventuais usuários acerca dos efeitos das substâncias ilícitas, seja por medidas educativas ou de saúde, mas não de estigmatização dos usuários como criminosos.

Ainda sobre o caráter fragmentário do Direito Penal, Raúl Zaffaroni, ressalta que “como resposta a uma ação que não afeta o direito de ninguém, é uma aberração absoluta que, como tal, não pode ser admitida, porque lesiona de modo excessivo o princípio da racionalidade republicana”.(ZAFFARONI, 2001, p. 241). A figura do usuário de drogas se encaixa plenamente neste conceito, já que não ofende direito de ninguém, pois não fere nenhum outro cidadão, além do próprio usuário.

De acordo com Prado, a fragmentariedade é consequência dos princípios da adequação social, da lesividade, e é claro da intervenção mínima. Portanto a fragmentariedade, além de sua natureza principiológica, é o resultado da adoção destes três princípios, culminando com a seletividade necessária à aplicação do Direito Penal.

Sendo assim, tem-se que o princípio da fragmentariedade, tanto no que concerne à sua aplicabilidade por si só, como integrado aos princípios supracitados, principalmente à intervenção mínima, decorre na necessidade de aplicação seletiva do Direito Penal, pela sua natureza gravosa na vida das pessoas.

CONCLUSÃO

Do exposto conclui-se que o Estado deve abster-se da interferência na vida privada das pessoas, em especial na aplicação de normas penais, tendo em vista que apresenta como uma de suas características a intervenção mínima, ainda que envolva situações que impliquem em dano à própria saúde do indivíduo.

A doutrina e a jurisprudência não convergem com o apregoado pela lei ordinária correlata, no alcance de tais limitações, sendo assunto de extrema relevância na vida das pessoas, usuárias ou não, de drogas consideradas ilícitas pelo Estado.

Cabe ressaltar que a Carta Magna considera que o inviolável a vida privada das pessoas, mas quando se trata de usuário de drogas, mostra-se vigente norma que implica em atuar diretamente na escolha do indivíduo, de forma cogente.

Uma discussão que hoje perdura no STF é o Recurso Extraordinário nº 635.659, sendo o mesmo sobre a inconstitucionalidade do artigo 28 da lei de drogas. O direito fundamental à intimidade está profundamente ligado a este tema, já que nem o Estado nem o Direito Penal podem se intrometer na vida privada, quando nenhum bem jurídico tutelado está sendo lesado, a não ser, em tese, a própria saúde de quem usa a droga, o que não caracteriza crime algum, já que para se caracterizar um crime é necessário dano causado a terceiros.

Outro ponto confuso é a quantidade de droga para se caracterizar o uso, já que este número não está explicitado no artigo 28, então, fica difícil saber se quem porta a droga é usuário ou traficante, sendo que a pena será muito diferente para cada tipo penal, já que o uso em si não é crime, sendo que só o tráfico se caracteriza como tal.

Desse modo, o presente trabalho procurou expor a importância do tema, na medida em que analisa questão atual, qual seja, a descriminalização do uso de drogas, tipificado no artigo supracitado, que afeta sobremaneira considerável número de indivíduos, que se vêem privados de seu direito constitucional de inviolabilidade de sua intimidade e vida privada.

Além do mais, a condenação da prática inscrita no artigo 28 da lei de drogas mostra-se despendida na sociedade moderna, em especial na nossa, haja vista a incapacidade do Estado de conter agressões realmente pertinentes aos cidadãos em geral, não podendo destinar sua atenção a condutas inofensivas à coletividade, como o simples uso de substâncias até então proibidas.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. **Nova lei de drogas: Comentários à lei n. 11343, de 23 de agosto de 2006**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A nova parte geral**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 10 ed. São Paulo: Rideel, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada: Lei n. 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2007.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei nº 11343, de 23 de agosto de 2006 - Lei de Drogas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO, Luis Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

ROCHA, Aristides Almeida et al. **Saúde pública: bases conceituais**. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2013.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas a perda da legitimidade do sistema penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001