

**A CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA
CONSUMO PESSOAL E A SUA CONSTITUCIONALIDADE EM
FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À
VIDA PRIVADA**

***THE CRIMINALIZATION OF THE POSSESSION OF DRUGS FOR
PERSONAL CONSUMPTION AND ITS CONSTITUTIONALITY
IN THE FACE OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS TO INTIMACY
AND PRIVATE LIFE***

Rejane Alves de Arruda

Advogada. Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professora da UFMS e UCDB, em Mato Grosso do Sul.

Andréa Flores

Advogada. Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professora da UFMS e UCDB, em Mato Grosso do Sul.

Maria Paula Azevedo Nunes da Cunha Bueno

Aluna Especial do Curso de Mestrado em Direito da UFMS.

Submetido em: 25/01/2018

Aprovado em: 25/01/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5558>

Resumo: O presente estudo versa sobre o conflito existente entre a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, expressamente previstos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Tem-se como objetivo principal analisar a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) – matéria esta já reconhecida de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal e objeto de Recurso Extraordinário pendente de julgamento. A partir de uma pesquisa emanada de um método indutivo e eminentemente bibliográfica, percebe-se quão rica demonstra-se a discussão existente acerca da matéria, a ponto de se inferir, em primeiro lugar, que o legislador brasileiro sempre se preocupou com a criminalização

do porte de drogas para consumo pessoal, ainda que tenha previsto, há pouco mais de 10 anos, penas não privativas de liberdade para aqueles que incorrem na conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. Por outro lado, percebeu-se, em especial, que a previsão de penas não privativas de liberdade para o consumidor de drogas já deixa entrever que o Estado age com cautelas na intervenção da intimidade e na vida privada de seus cidadãos. Contudo, a inegável harmonização que deve existir entre os direitos fundamentais, expressamente previstos na Constituição Federal, exige do Estado a implementação de políticas públicas que primem pela incolumidade pública e, portanto, pelos interesses da coletividade, ainda que às custas da relativização de direitos individuais, com a intervenção do poder punitivo do Estado.

Palavras-chave: Drogas; Lei n. 11.343/2006; Direito fundamental à intimidade; Direito fundamental à vida privada.

Abstract: *The present study deals with the conflict between the criminalization of possession of drugs for personal consumption and the fundamental rights to intimacy and privacy, expressly provided for in art. 5, item X, of the Federal Constitution. Its main objective is to analyze the constitutionality of art. 28 of the Law on Drugs (Law n. 11.343 / 2006) - an issue that is already recognized as having a general repercussion by the Federal Supreme Court and is the subject of an Extraordinary Appeal pending judgment. From a research emanating from an inductive and eminently bibliographical method, one can see how rich the discussion about the subject is, to the point of inferring, first, that the Brazilian legislator has always been concerned with the criminalization of possession of drugs for personal consumption, even though it has foreseen, a little more than 10 years, non-custodial sentences for those who incur the conduct described in art. 28 of Law no. 11343/2006. On the other hand, it was noted, in particular, that the provision of non-custodial sentences for drug users already suggests that the State acts with caution in the intervention of intimacy and in the privacy of its citizens. However, the undeniable harmonization that must exist between fundamental rights, expressly provided for in the Federal Constitution, requires the State to implement public policies that are based on public safety and, therefore, on the interests of the community, albeit at the expense of the relativization of individual rights, with the intervention of the punitive power of the State.*

Keywords: *Drugs; Law n. 11.343 / 2006; Fundamental right to intimacy; Fundamental right to privacy.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções históricas. 2.1. Evolução da legislação internacional sobre drogas. 2.2. Evolução legislativa sobre drogas no Brasil. 3. A discussão da constitucionalidade. 3.1. Bases do controle de constitucionalidade ditados pela Corte Alemã (caso *Mitbestimmungsgesetz*). 3.2. Aspecto material da constitucionalidade. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto a análise da constitucionalidade da criminalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas, em face do direito fundamental previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, que tem o seguinte teor: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Tem-se como objetivo principal analisar a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) – matéria esta já reconhecida de repercussão

geral pelo Supremo Tribunal Federal e objeto de Recurso Extraordinário pendente de julgamento. Tudo com base numa pesquisa emanada de um método indutivo e eminentemente bibliográfica.

A partir da constatação de que o porte de droga para consumo pessoal sofreu, no ano de 2006, uma despenalização, pela qual restaram cominadas penas não privativas de liberdade aos consumidores de drogas, a análise da constitucionalidade de tal conduta ganha relevância ao se perceber que o tema, além de ter uma repercussão na saúde pública, encontra-se em rota de colisão com um direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal.

Objetivando o esclarecimento da temática, abordar-se-á, inicialmente, a história que antecede a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e, posteriormente, a própria Lei nº 11.343/2006.

Num segundo momento, serão verificadas as bases alemãs para o exercício do controle de constitucionalidade, que se dividem em controle de evidência, de justificabilidade e material de intensidade, aplicando-os ao caso concreto.

Ainda, tratando-se, mais especificamente, do controle material da constitucionalidade, serão trazidos os principais direitos fundamentais em conflito no referido recurso que está sob julgamento no Supremo Tribunal Federal. De uma parte, os direitos à saúde e à segurança públicas; de outro lado, os direitos à intimidade e à vida privada.

Com o fim de solucionar as colisões dos citados princípios, ou o confronto entre tais normas, lançar-se-á mão da técnica da ponderação lecionada por Alexy, bem como da tríade clássica de critérios (cronológico, hierárquico e da especialidade), respectivamente.

2 NOÇÕES HISTÓRICAS

2.1 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE DROGAS

Não é possível precisar a data exata em que se iniciou o consumo de drogas. Mesmo assim, é certo dizer que cada povo foi desenvolvendo, ao longo do tempo, o modo de sua utilização. Alguns fizeram uso de tóxicos de maneira medicinal, outros para terem alucinações e, desta forma, abstraíram-se das mazelas do mundo real e das dificuldades que a vida pode trazer. Nesse sentido, vale transcrever trecho de artigo científico a respeito:

Pautado por distintos focos de interesse e ao sabor de díspares contextos sócio-culturais, o consumo de substâncias foi percorrendo um trajecto (sic) que se iniciou em tempos remotos. Assim, a cada tempo cor-

respondem diferentes substâncias e distintas formas de as usar, numa obediência a um processo longo e contínuo (NUNES; JÓLLUSKIN, sem data, p. 4).

Há pesquisadores que apontam como uma das primeiras manifestações do uso de tóxicos o uso acidental das folhas da árvore *Tabernantheiboga* por uma tribo de pigmeus na África, há aproximadamente cinco mil anos, que ocorreu da seguinte forma:

Há cerca de 5 mil anos, uma tribo de pigmeus do centro da África saiu para caçar. Alguns deles notaram o estranho comportamento de javalis que comiam uma certa planta. Os animais ficavam mansos ou andavam desorientados. Um pigmeu, então, resolveu provar aquele arbusto. Comeu e gostou. Recomendou para outros na tribo, que também adoraram a sensação de entorpecimento. Logo, um curandeiro avisou: havia uma divindade dentro da planta. E os nativos passaram a venerar o arbusto. Começaram a fazer rituais que se espalharam por outras tribos. E são feitos até hoje. A árvore *Tabernantheiboga*, conhecida por *iboga*, é usada para fins lisérgicos em cerimônias com adeptos no Gabão, Angola, Guiné e Camarões (LOPES, 2006, sem página).

Segundo Lopes (2006, sem página), o historiador grego Heródoto anotou, em 450 a.C., que a *cannabis sativa*, planta da maconha, era queimada em saunas para dar efeito de embriaguez em frequentadores, ao passo que, no fim do século 19, muitos desses produtos viraram, em laboratórios, drogas sintetizadas, sendo, posteriormente, inclusive estudadas por cientistas e médicos, como Sigmund Freud.

Até então, o uso de drogas não era considerado crime.

A partir do século XX é que se iniciaram as primeiras proibições e o desenvolvimento de políticas públicas relacionadas ao uso de drogas, sendo que os pioneiros foram os Estados Unidos, em 1948.

Em seguida, mais de cem países participaram de uma Convenção da ONU acerca desse tema. Segundo relatos, os chefes de Estado estavam preocupados com o alto índice de uso de ópio e em 1909 reuniram-se na Comissão do Ópio de Xangai:

A partir da Comissão de Xangai, os controles passaram a ficar mais estritos, notadamente após a 1ª Guerra Mundial, sob coordenação da Liga das Nações. O resultado foi a redução de 70% da produção de ópio em 100 anos, enquanto a população global no mesmo período quadruplicou. Não fosse esse esforço de controle, e se o aumento do consumo do

ópio apenas acompanhasse o crescimento natural da população, hoje o consumo poderia estar 13 vezes maior do que o verificado nos índices atuais (UNODC, sem data, sem página).

De acordo com a UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*), que é uma parte da ONU que cuida das drogas e dos crimes a ela relacionados, existiram três Convenções Internacionais até hoje sobre o assunto, quais sejam: a) a Convenção única sobre entorpecentes, de 1961, emendada em 1972; b) a Convenção sobre substâncias psicotrópicas, de 1971 e c) a Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, de 1988. Não custa enfatizar que de todas elas o Brasil foi signatário.

A Convenção única de 1961 tem o objetivo principal de:

[...] combater o abuso de drogas por meio de ações internacionais coordenadas. Existem duas formas de intervenção e controle que trabalham juntas: a primeira é a limitação da posse, do uso, da troca, da distribuição, da importação, da exportação, da manufatura e da produção de drogas exclusivas para uso médico e científico; a segunda é combater o tráfico de drogas por meio da cooperação internacional para deter e desencorajar os traficantes (UNODC, sem data, sem página).

No texto original são recomendadas atitudes a serem tomadas pelos signatários, a fim de que, de fato, possa ser combatido o uso e o tráfico de drogas:

Recommends that the Parties: 1. Should bear in mind that drug addiction is often the result of an unwholesome social atmosphere in which those who are most exposed to the danger of drug abuse live; 2. Should do everything in their power to combat the spread of the illicit use of drugs; 3. Should develop leisure and other activities conducive to the sound physical and psychological health of young people.(SINGLE CONVENTION ON NARCOTIC DRUGS, 1961, RESOLUTION III).¹

A convenção de 1971, como reação ao surgimento constante de novas drogas,

Estabelece um sistema de controle internacional para substâncias psicotrópicas, e é uma reação à expansão e diversificação do espectro do

¹ Tradução livre da autora: "Recomenda-se que as partes: 1. Tenham em mente que o vício às drogas é geralmente resultado de uma atmosfera social nociva na qual aqueles que são mais expostos ao perigo do abuso das drogas vivem. 2. Devem fazer tudo o que estiver em seu poder para combater o alastramento do uso ilícito de drogas; 3. Devem desenvolver o lazer e outras atividades que conduzam à saúde auditiva, física e psicológica dos jovens."

abuso de drogas. A convenção criou ainda formas de controle sobre diversas drogas sintéticas de acordo, por um lado, a seu potencial de criar dependência, e por outro lado, a poder terapêutico (UNODC, sem data, sem página).

De acordo com essa convenção, se algum Estado-Membro tomasse conhecimento do surgimento de uma nova droga, deveria, desde logo, notificar ao Secretário-Geral da ONU, a fim de que todos os países pudessem adequar suas legislações a respeito das novas drogas.

Para o Brasil, tal acordo demonstrou-se bastante válido, já que o conceito de droga no país se trata de norma penal em branco, sendo de grande importância que se acrescente na lei ou na portaria da ANVISA a nova droga, antes de sua propagação no meio social. Colaciona-se trecho do artigo 2º, item I, da referida convenção:

If a Party or the World Health Organization has information relating to a substance not yet under international control which in its opinion may require the addition of that substance to any of the Schedules of this Convention, it shall notify the Secretary-General and furnish him with the information in support of that notification. The foregoing procedure shall also apply when a Party or the World Health Organization has information justifying the transfer of a substance from one Schedule to another among those Schedules, or the deletion of a substance from the Schedules. (CONVENTION ON PSYCHOTROPIC SUBSTANCES, 1971, p. 2).²

Por fim, a mais atual convenção assinada pelo Brasil sobre o assunto, em 1988, trata do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas e estabelece que:

El propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustanciassicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de

² Tradução livre da autora: “Se uma parte ou a Organização Mundial da Saúde tiver informações relacionadas à substância que ainda não está sob o controle internacional e que, em sua opinião, possa ensejar a adição desta a qualquer das tabelas/programações desta Convenção, deverá notificar o Secretário-Geral e fornecer-lhe informações para sustentar tal notificação. O procedimento mencionado também se aplica quando uma parte ou a Organização Mundial da Saúde tiverem informações que justifiquem a transferência de uma substância de uma Tabela para outra entre aquelas Tabelas, ou a eliminação de uma substância das Tabelas.”

sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. (CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS, 1988, p. 3).³

Cediço que não se tratam, os apontamentos feitos, dos únicos acontecimentos históricos relacionados às drogas no mundo, mesmo porque o tema é bastante vasto e não pode ser esgotado em um só trabalho científico. Mesmo assim, aqui estão compilados os principais marcos para a história do uso e da criminalização do uso internacionalmente e que tangenciam a história do Brasil, a ser melhor desenvolvida no próximo tópico, quanto ao desenvolvimento de sua legislação interna.

2.2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE DROGAS NO BRASIL

Remonta a história que a primeira legislação que vigorou no Brasil e tratou sobre o uso de tóxicos foi a relativa às Ordenações Filipinas de 1603, que dispunham, em seu artigo 89: “que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venoso” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 1).

Mais de duzentos anos depois, foi promulgado o Código Criminal do Império do Brasil (em 1930) que, apesar de não tratar da matéria, teve, posteriormente, um Regulamento de 29 de setembro de 1851, que “disciplinou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 1).

Seis décadas depois foi promulgado o Código Penal de 1890, que “considerou crime ‘expor à venda ou ministrar substâncias venosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários’” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 1), que, de acordo com os autores, não foi suficiente para combater a onda de uso de drogas que invadiu o país após 1914, sendo que em São Paulo formou-se até um clube de toxicômanos.

Visando coibir tal situação, em 6 de julho de 1921, baixou-se o Decreto n. 4.294, inspirado na Convenção de Haia de 1921. Acerca dessa trajetória nada estável, vale transcrever trecho do que leciona a doutrina:

³ Tradução livre da autora: “O propósito da presente Convenção é promover a cooperação entre as Partes a fim de que possam fazer frente com maior eficácia aos diversos aspectos do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas que tenham uma dimensão internacional. Para o cumprimento das obrigações que tenham contraído em virtude da presente Convenção, as Partes adotarão as medidas necessárias, compreendidas, dentre elas, as de ordem legislativa e administrativa, em conformidade com as disposições fundamentais de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos”.

Tentando coibir tal estado de coisas, foi baixado o Decreto n. 4.294, de 6 de julho de 1921, inspirado na Convenção de Haia de 1921, tendo sido modificado pelo Decreto n. 15.683, seguindo-se regulamento aprovado pelo Decreto n. 14.969, de 3 de setembro de 1921. Por falta de condições de efetivação da legislação, também ainda incipiente, os resultados da repressão foram precários, tendo sido, em janeiro de 1932, editado o Decreto n. 20.930, modificado pelo Decreto n. 2.953, de agosto de 1938. Em seguida, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, pelo Decreto-Lei n. 3.114, de 13 de março de 1941, alterado pelo Decreto-Lei n. 891, de 25 de novembro de 1938, ainda fonte básica de nossa legislação sobre a matéria. Na parte penal, o Decreto-Lei n. 891 modificou o Decreto n. 20.930, que havia integrado a Consolidação das Leis Penais, a qual, em seu art. 159 punia ações semelhantes às do art. 281 do Código Penal de 1940. O texto do Decreto-Lei n. 891 inspirou-se na Convenção de Genebra de 1936 e traz a relação das substâncias consideradas entorpecentes, normas restritivas de sua produção, tráfico e consumo, bem como trata da internação e interdição civil dos toxicômanos (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 1-2).

Em seguida, adveio o Código Penal de 1940 e, dois anos depois, o Decreto-Lei n. 3.114, de 13 de março de 1941, que tratou das normas gerais para cultivo de plantas entorpecentes e para extração, transformação e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos. Dando sequência aos fatos históricos, Greco Filho e Rassi (2007, p. 2), afirmam que:

Em 4 de novembro de 1964, a Lei n. 4.451 introduziu modificação no art. 281 do Código Penal, acrescentando ao tipo a ação de *plantar*. Por ter entrado em vigor a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, [...] a qual trouxe lista bem mais completa do que a do Decreto-Lei n. 891, por Portaria de 8 de maio de 1967, o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia – SNFMF adotou as listas de entorpecentes da referida convenção [...] foi editado, em 10 de fevereiro de 1967, o Decreto-Lei n. 159, que equiparou as substâncias capazes de determinar a dependência física ou psíquica dos entorpecentes para os fins penais e de fiscalização e controle [...] Em 1968, o Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro desse mesmo ano, alterou a redação do art. 281 do Código Penal, [...] e, em 11 de agosto de 1969, o Decreto-Lei n. 753 complementou as disposições relativas à fiscalização de laboratórios que produzam ou manipulem substâncias ou produtos entorpecentes e seus equipamentos, de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias, e distribuição de amostras (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 3).

Antes da atual Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), foram ainda promulgadas as Leis n. 5.726/71, n. 6.368/76, n. 10.409/2002 e a Constituição Federal de 1988.

A Lei n. 5.726/71 dispôs sobre

[...] medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, deu nova redação ao art. 281 do Código Penal e alterou o rito processual para o julgamento dos delitos previstos nesse artigo, representando a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 3).

A Lei n. 6.368/76 substituiu a lei anteriormente citada, a não ser pelo art. 22, que tratava do procedimento sumário de expulsão de estrangeiro que cometesse crime de tráfico de entorpecente.

A Constituição Federal, por sua vez, “referiu-se ao crime de tráfico de entorpecentes como crime inafiançável (art. 5º, XLIII), insuscetível de graça ou anistia” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 6).

A Lei n. 10.409/2002, em seu projeto original, foi considerada incipiente, tanto que sofreu várias alterações, como o veto ao capítulo III, que trazia os crimes e as penas, entre outros. Mesmo assim, sustentam Greco Filho e Rassi (2007, p. 6) que “ficaria afastada [...] qualquer interpretação leviana e irresponsável no sentido de que teria havido a descriminalização geral”.

Em seguida, foi promulgada a Lei de Drogas n. 11.343/2006, que está vigente até hoje no país. Como visto, a lei veio em momento oportuno, de sorte que a situação legislativa do Brasil, naquela época, estava bastante conturbada em relação à lei aplicável, e à existência ou não de tipificação formal dos crimes relacionados ao consumo e ao tráfico de drogas ilícitas.

A Lei n. 11.343/2006 é originária do Projeto de Lei n. 115 de 2002 do Senado Federal que, quando encaminhado ao Presidente da República, teve vetados dez artigos – nove em razão de inconstitucionalidade (art. 6º e 8º ao 15) e um por contrariar o interesse público (art. 71).

Sancionada a Lei, foi então instituído o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, disciplinado pelos arts. 3º a 17, com exceção dos dispositivos vetados. O SISNAD tem grande importância para a prevenção ao aumento do consumo de drogas que causam dependência, não só por questões de saúde pública, mas também com vistas a coibir o tráfico de drogas. A instituição do SISNAD, bem como as demais medidas previstas na Lei de Drogas nº

11.343/2006, do art. 18 ao 26, por certo, é uma forma de efetivar os termos das três Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário e que tratam sobre o assunto.

Na atualidade, a conduta de portar drogas para consumo pessoal é tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 que prevê:

Art. 28. 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 seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Constata-se que tal disposição legal apresenta uma elementar bastante específica, que tem o condão de diferenciar a ação daquele que é dado ao consumo de drogas da conduta daquele que é traficante, sujeito do crime de tráfico ilícito de drogas, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. No caso do art. 28, o sujeito adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para “consumo pessoal”, estando sujeito a várias modalidades de penas que, todavia, jamais ocasionam sua privação de liberdade.

E é justamente neste aspecto que se insere o pomo da discórdia, relativo à constitucionalidade do dispositivo legal, quando confrontado com a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantida expressamente no texto constitucional.

3 A DISCUSSÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Em face da criminalização do porte uso de drogas para consumo pessoal, tramita no Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 2014, em caráter de repercussão geral, um Recurso Extraordinário de São Paulo, de número 635.659, que trata da constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

No referido recurso, o art. 28 da Lei de Drogas é impugnado em razão da previsão realizada no art. 5º, X, da Constituição Federal, que tem o seguinte teor: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Referido Recurso Extraordinário trata da impossibilidade de se punir o agente por algo que faz em sua intimidade, em sua vida privada. Nas palavras do relator do recurso em seu voto, Ministro Gilmar Mendes (2015, p. 3):

No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente incriminado.

O Ministério Público, em parecer exarado, afirma que o bem jurídico tutelado pelo dito dispositivo legal é a saúde pública, já que o uso de drogas por parte de uma pessoa acaba por propagar um vício generalizado, motivo pelo qual a garantia constitucional à inviolabilidade da vida privada não restaria ferida pela norma em discussão.

De posse das duas visões divergentes acerca do assunto, o Ministro Gilmar Mendes (2015, p. 40) emitiu, como relator, um voto favorável à pretensão do recorrente, em que asseverou:

Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.

Desde então, a matéria continua sendo discutida no STF e, embora ainda não tenha sido proferida decisão colegiada em plenário, já se tem a manifestação, proferida no HC 143.798/SP pelo Relator Ministro Luis Roberto Barroso, que determina a suspensão da tramitação de ações penais que tratem do referido dispositivo legal até que seja solucionada a discussão pelo plenário da Suprema Corte.

3.1 BASES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DITADOS PELA CORTE ALEMÃ (CASO *MITBESTIMMUNGSGESETZ*)

É sabido que o direito penal estabelecido por meio de leis nacionais é o instrumento mais rigoroso que se utiliza o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos e, por este motivo, deve sofrer um controle de constitucionalidade ainda mais severo.

Para se analisar, então, a proporcionalidade de tal norma penal infraconstitucional à proteção do direito coletivo à saúde em detrimento da autodeterminação do indivíduo, é imprescindível lançar mão das lições da doutrina alemã acerca dos limites e parâmetros trazidos pela Constituição Federal Brasileira ao controle de constitucionalidade. São eles: controle de evidência, de justificabilidade e controle material de intensidade.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto redigido no RE 635.659/SP, analisou a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas com base em três níveis de controle de intervenção ou restrição a direitos fundamentais apresentados pela Suprema Corte alemã em 1978.

O controle de evidência é o primeiro nível de controle realizado pelo Tribunal em posse da problemática a ser solucionada:

No primeiro nível, o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental (MENDES, 2015, p.7).

Nesse sentido, tem-se que para invalidar uma norma à luz da Constituição, deve-se ter comprovada a inidoneidade do legislador ao avaliar, valorar e conformar a margem de proteção aos preceitos constitucionais. Caso isso não seja percebido, a lei passará ilesa pelo primeiro nível de controle.

No caso do artigo 28 da Lei de Drogas, analisa-se a sua inserção na Lei n.11.343/2006, a fim de se valorar a idoneidade do legislador ao promover a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal (análise do poder discricionário). E, nesse aspecto, cumpre ressaltar que referido dispositivo legal está inserido no Título III do citado diploma legal, que se refere às atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

As condutas descritas no art. 28 foram também definidas como crime no art. 33, que, por sua vez, encontra-se no Título IV do texto legal, que trata da *produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas*.

Assim, o que dirá se a conduta se encaixará como porte de drogas (art. 28) ou como tráfico de drogas (art. 33), então, é o fato de que no art. 28, *caput*, trata-se de porte para consumo pessoal, ao passo que no art. 33 trata-se de porte para venda, doação, e todos os outros verbos previstos neste dispositivo legal.

Neste aspecto, o Ministro Gilmar Mendes entende que o legislador, ao plasmar o art. 28 da Lei de Drogas, não passou ileso pelo crivo do controle de evidência de constitucionalidade. Em linhas gerais, não há qualquer critério objetivo na diferenciação entre as condutas de tráfico de drogas (art. 33) e de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28), pelo que, na maioria dos casos, todos os infratores acabam classificados simplesmente como traficantes, sofrendo, assim, graves sanções,

o que tornaria injusta a imputação prevista para o porte de drogas para consumo pessoal, o que, por si só, já levaria à inconstitucionalidade do artigo 28 da lei.

Já no segundo nível, o controle de justificabilidade ou sustentabilidade busca verificar se o legislador, quando da criação de determinada lei, orientou-se com base em pesquisas de números a ensejarem a criação daquela disposição legal. Caso o legislador não lance mão de tudo aquilo que a ciência lhe proporcionava saber à época do feitiço da dada lei, esta será considerada inconstitucional. É o que leciona Mendes (2012, p. 675):

O segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de “maneira sustentável.”

Em outras palavras, neste nível de controle analisa-se a proporcionalidade da norma em relação à realidade social. Verificam-se, nesta fase, as técnicas procedimentais utilizadas pelo legislador, bem como as que serão tomadas no controle pelo Judiciário. Sopesando as duas, ver-se-á qual merece a manutenção de seus efeitos.

Daí porque o Tribunal fará uso da figura do *amicus curiae* e de audiências públicas com profissionais das mais diversas áreas de atuação relacionadas ao tema abordado e, mesmo com tal procedimento, caso ainda haja incerteza, caberá ao Tribunal considerar as técnicas utilizadas pelo legislador como suficientes, fazendo-as prevalecer.

Em um caso semelhante ao abordado nessa pesquisa, apreciado pela Corte Alemã, a conclusão foi de que a tipificação do porte de drogas para consumo pessoal merecia manutenção.

No caso, a Corte Alemã entendeu que a pesquisa realizada acerca do tema não estaria ainda concluída. Segundo Gilmar Mendes (2012, p. 676), “a Corte Constitucional, após analisar uma grande quantidade de dados sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal sobre se a redução do consumo de *cannabis* poderia ser mais bem alcançada por meio da penalização ou da liberação da conduta”.

Por fim, passando pelo crivo do terceiro e último nível, haveria o controle material intensivo, pelo qual será verificada a necessidade de norma tão grave para tutelar determinado bem jurídico. Nessa fase, o legislador adentra, de fato, ao exame da ponderação de bens e valores a serem efetivamente tutelados.

Nesta instância, devem ser analisados os preceitos fundamentais em conflito, verificando-se a obrigatoriedade da medida legislativa para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. Esse aspecto nada mais é do que o controle de constitucionalidade material em si, em que se analisará o conteúdo da norma propriamente dito. A propósito:

Do ponto de vista material, o que vai importar para definirmos se uma norma tem caráter constitucional ou não será o seu conteúdo, pouco importando a forma pela qual foi essa norma introduzida no ordenamento jurídico. Constitucional será, então, aquela norma que defina e trate das regras estruturais da sociedade, de seus alicerces fundamentais (formas de Estado, governo, seus órgãos etc.). Trata-se do que Schmitt chamou de Constituição (LENZA, 2014, p. 86).

Portanto, pelo controle material da constitucionalidade⁴, analisa-se o conteúdo da norma, bem como sua validade no que tange à observância aos preceitos fundamentais em seu texto.

3.2 ASPECTO MATERIAL DA CONSTITUCIONALIDADE

No RE 635.659/SP a discussão gravita em torno do confronto entre os seguintes direitos fundamentais: de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança; de outra parte, o direito à intimidade e à vida privada.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a Carta Magna de 1988 contém diversas normas que impõem ao legislador infraconstitucional a criminalização de certas condutas, a fim de proporcionar a garantia aos direitos fundamentais que ela mesma prevê⁵ e não está, entre as condutas criminalizadas já pela Constituição Federal, o porte de drogas para consumo pessoal.

⁴ O estudo do controle formal de constitucionalidade não interessa à presente produção científica, por inexistirem quaisquer discussões a esse respeito no que tange ao artigo 28 da Lei de Drogas (o RE 635.659/SP se limita aos aspectos materiais da norma). Salienta-se que o controle formal trata da lei que foi elaborada em conformidade (ou desconformidade) com a Carta Magna no que atine à **observância das formas estatuídas** à competência constitucionalmente deferida (iniciativa das leis) e ao seu trâmite até a sanção.

⁵ Conforme os seguintes incisos de seu artigo 5º: “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.”

Para os casos em que a Carta Magna não impõe a criminalização, aplica-se então o princípio da reserva legal, que não é, contudo, absoluto. Colaciona-se a lição doutrinária:

De acordo com o princípio da reserva legal, [...] em matéria penal, pelo fato de lidarmos com o direito de liberdade dos cidadãos, pode-se fazer tudo aquilo que não esteja expressamente proibido em lei, uma vez que, segundo o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal e o art. 1º do Código Penal, *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* (GRECO, 2015, p. 65).

Com efeito, há limitações para o princípio da reserva legal. Não é absoluto o direito de o legislador versar, em lei, sobre tudo aquilo que desejar. Os direitos humanos e fundamentais devem ser sopesados por ele quando da criação de determinada legislação.

Os direitos humanos são aqueles inerentes à toda pessoa, sem os quais esta não pode viver dignamente. Leciona André de Carvalho Ramos (2014, p. 24) que esses direitos “[...] consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”.

No caso da discussão da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, há contraposições acerca da proteção a diferentes direitos fundamentais. De um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança; de outra parte, o direito à intimidade e à vida privada.

Em primeiro lugar, então, cabe definir se tais direitos são normas ou princípios, para que, então, eleja-se uma técnica de solução do confronto entre eles. A respeito da importância de tal dicotomia, ensinam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 539) o que se segue:

A classificação das normas constitucionais mais discutida pela doutrina contemporânea é aquela que as distingue em princípios e regras constitucionais. A grande ênfase da doutrina no debate desta classificação pode ser associada a um importante movimento na teoria e na prática do Direito, ocorrido no Brasil e alhures - aqui sobretudo após o advento da Constituição de 88 -, no sentido da valorização dos princípios, aos quais hoje se reconhece, de forma praticamente incontroversa, o caráter plenamente normativo. Este movimento não ocorreu apenas no âmbito do Direito Constitucional. Em praticamente todas as disciplinas jurídicas, ele também vem se manifestando, com maior ou menor intensidade. Contudo, no campo constitucional, trata-se de movimento especialmente

te marcante, até pelas singularidades das normas constitucionais, acima analisadas.

De um lado, afirmam os defensores da inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para o consumo pessoal que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 viola o art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual se prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Nesse aspecto, a doutrina não é muito clara ao defini-los como regras ou princípios. De toda maneira, é certo que tais direitos são normas que decorrem de princípios, como do da dignidade da pessoa humana. A propósito:

O direito à intimidade se apresenta como direito à liberdade, marcado por um conteúdo mais determinado ou determinável, conjugado a um complexo de princípios constitucionais, que nada mais são do que suas manifestações concretas. Os conceitos tradicionais de “direito a estar só” ou equivalentes não dizem de seu sentido exato, sequer alcançam muitas de suas exteriorizações. O referencial da dignidade da pessoa humana como fundamento da República dá o tom da proteção do direito à intimidade, como o faz em relação ao direito geral à vida privada, a partir de suas múltiplas ligações com princípios e regras constitucionais, *v.g.*, a inviolabilidade da casa (art. 5º, XI); do sigilo dos dados, da correspondência e das comunicações (art. 5º, XII); a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e o *habeas data* (art. 5º, LXXII). São todos um conjunto ora de situações ou posições jurídicas (invioabilidade da casa e das comunicações), ora de “instrumentos de garantia do direito” (*habeas data*), que integram o “conteúdo” do direito à intimidade de forma não exaustiva (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 646).

Noutro vértice, afirmam os defensores da constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas que este não fere o disposto no art. 5º, X, da Carta Magna, pois salvaguarda os direitos à saúde e à segurança públicas⁶, previstos no artigo 6º, *caput*, da Constituição da República, como direitos sociais, *in verbis*: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Quanto à natureza jurídica dos direitos sociais, é cediço que se trata de normas:

⁶ A segurança pública também está prevista no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal.

Outrossim, também aos direitos sociais se aplica o disposto no art. 5º, §1º, da CF, de tal sorte que, a exemplo das demais normas de direitos fundamentais, as **normas consagradoras** de direitos sociais possuem aplicabilidade direta e eficácia imediata, ainda que o alcance desta eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e à luz de outros direitos e princípios. Assim, ainda que no caso de alguns direitos sociais se deva reconhecer uma relativamente baixa densidade normativa, pelo menos no que diz com os contornos do direito tal qual positivado no texto constitucional, essa peculiaridade não afasta o dever de se atribuir também às normas de direitos sociais uma máxima eficácia e efetividade, obrigação cometida a todos os órgãos estatais, no âmbito de suas respectivas competências. (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 1.320 -1.321).⁷

Ora, os dois dispositivos em confronto são considerados cláusulas pétreas e foram editados pelo constituinte originário. Além disso, possuem natureza jurídica de norma, muito mais do que de princípios, ainda que estes influenciem na interpretação dos direitos em confronto.

Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 718) lecionam que a posição doutrinária majoritária é no sentido de que é possível a existência de conflito entre normas; mesmo porque a Constituição Federal de 1988 apresenta inúmeras características que favorecem a ocorrência de conflito entre suas normas fundamentais: é extensa, tem natureza compromissória, entre outras.

Assim, tratando-se de normas constitucionais, deve ser utilizada a tríade clássica para solução de antinomias constitucionais, que se divide entre critério hierárquico (*lex superior*), cronológico (*lex posterior*) e da especialidade (*lex specialis*).

No âmbito constitucional, não há espaço para a aplicação do critério hierárquico, a não ser no embate entre emendas constitucionais e normas constitucionais com caráter de cláusula pétrea. Acrescentam, ainda nesse sentido, Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 727) que, “não é possível no nosso sistema constitucional, invalidar normas constitucionais originárias, nem tampouco resolver algum eventual antagonismo entre elas, expurgando do ordenamento aquela que seja, por qualquer razão, considerada de inferior hierarquia.”

Existe, contudo, mais uma exceção, que é a possibilidade de utilização do critério hierárquico sob outra perspectiva, que envolve uma escala rígida de preferência entre normas de mesma natureza, deixando-se de aplicar uma delas no

⁷ Grifo da autora.

caso concreto. Ou seja, a norma inutilizada não seria invalidada, mas tão somente não seria aplicada.

No Brasil, contudo, não há espaço para a aplicação do critério da *lex superior* como prioridade léxica entre normas (John Rawls). Isso não significa, entretanto, que não seja possível considerar-se a maior ou menor relevância dos bens jurídicos em confronto sob o prisma constitucional.

Ademais, tendo as normas em conflito, princípios constitucionais nelas incutidos, vale descrever de forma sucinta a técnica da ponderação de Alexy trazida por Sarmento e Souza Neto (2012, p. 730-733), que também serve para a solução da colisão:

[...] convém lembrar o papel desempenhado pelos chamados “*standards* de ponderação”, que são parâmetros predefinidos para a ponderação de alguns conjuntos de princípios, de forma a se criar uma expectativa razoável quanto à solução de colisões futuras do mesmo tipo. Alexy os caracteriza como relações de “precedência condicionada”. Tais padrões resultam, de modo geral, da reconstrução da experiência jurídica.

Em frente, tem-se o critério cronológico. Este não é utilizado para resolver conflitos entre normas constitucionais originárias, pois estas foram editadas no mesmo momento jurídico. Servem, contudo, para dirimir colisões entre normas constitucionais originárias e derivadas produzidas pelo poder reformador ou entre emendas constitucionais produzidas em momentos diferentes.

O critério da especialidade, por fim, é o mais aplicado no âmbito do direito constitucional, mas não aplicável à presente hipótese. Ele faz prevalecer, no caso concreto, a norma mais específica em detrimento da mais geral. Adentram ainda mais no assunto os constitucionalistas:

Recorde-se que as antinomias normativas podem ser do tipo “total-total”, “parcial-parcial” e “total-parcial”. No primeiro caso, o campo de incidência das normas é coincidente, e elas dispõem em sentido divergente, de modo que qualquer aplicação de uma delas viola necessariamente a outra. Aqui, obviamente, nenhuma norma é especial em relação à outra. No segundo caso, os campos de incidência têm uma interseção parcial: há uma zona de conflito, mas há hipóteses em que cada uma das normas pode ser aplicada sem contradizer a outra. Nesta hipótese, ambas as normas são especiais numa dimensão, porém gerais em outra. Também aqui não se aplica o critério de especialidade. Só as normas de relação geral - especial, que enseje o emprego do critério da especialidade (SARMENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 736).

Transpõem-se, neste momento, as lições doutrinárias para solução do conflito estudado na presente pesquisa e, nesse sentido, depreende-se que o único critério da tríade clássica para a resolução de antinomias constitucionais a ser aplicado neste caso concreto é o hierárquico, em que se considera a maior ou menor relevância dos bens jurídicos em confronto sob o prisma constitucional e que, por sua vez, não difere muito da ponderação de princípios de Alexy.

Os direitos à intimidade e à vida privada previstos no art. 5º, X, da Constituição da República, ainda que muitas vezes confundidos quanto ao seu significado, sofrem diferenciação pela melhor doutrina.

O direito à intimidade está mais ligado àquilo que a pessoa pode deixar de veicular publicamente em relação à sua intimidade, ou seja, ao direito que se tem de manter a intimidade só para si; ao passo que o direito à vida privada desafia uma compreensão mais ampla, relacionada à própria ideia de autonomia privada e do livre desenvolvimento da personalidade.

Ocorre, contudo, que os direitos à intimidade e à vida privada sofrem limitações. Como são espécies do direito privado, devem continência a direitos que contenham caráter coletivo, de acordo com a circunstância de cada caso.

Não é outro o entendimento doutrinário: “o direito à intimidade pode, em vista das circunstâncias do caso, ceder a um outro direito ou liberdade ou mesmo em face da saúde ou segurança públicas, da punibilidade ou de outro bem coletivo.” (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 646). A propósito:

Muito embora haja autores, no Brasil, que negam aos direitos sociais (no todo ou em parte) a condição de autênticos direitos fundamentais, tais concepções, pelo menos de acordo com o pensamento majoritário, estão divorciadas do direito constitucional positivo, pois basicamente fundadas em critérios de materialidade fundamental, muitas vezes atrelados a determinadas concepções filosóficas e políticas, ou mesmo vinculados a teorias da justiça de cunho liberal, sem a necessária sintonia com o sistema constitucional vigente, especialmente sem levar em conta a expressa inclusão dos direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores) no texto constitucional como uma das espécies dos direitos e garantias fundamentais do Título II, isto sem falar no já referido compromisso do constituinte com a justiça social (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 1.319).

Nesse aspecto, os direitos sociais têm seu marco inicial na Declaração Universal de 1948, em que se introduziu a concepção de direitos humanos, com a criação do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. É o que se depreende da lição de Flávia Piovesan (2012, p. 126):

Preliminarmente, faz-se necessário ressaltar que a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, foi o marco de criação do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, como sistema jurídico normativo de alcance internacional, com o objetivo de proteger os direitos humanos. Após a sua adoção, em 1948, instaurou-se uma larga discussão sobre qual maneira seria a mais eficaz para assegurar a observância universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional. Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois distintos tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas - o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais -, que passavam a incorporar, com maior precisão e detalhamento, os direitos constantes da Declaração Universal, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. A elaboração de dois Pactos, por si só, revela as ambivalências e as resistências dos Estados em conferir igual proteção às diversas categorias de direitos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que até 2011 contemplava a adesão de 160 Estados-partes, enuncia um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito de formar e filiar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde etc.

O direito à saúde, especificamente, além de estar previsto como um direito social, também é estabelecido como responsabilidade de todos os níveis de governo, como se vê do artigo 23, II, da Carta Magna, que tem o seguinte teor: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios: [...] II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Com efeito, é tido, ainda, como direito de todos e dever do Estado, sendo este o responsável por sua aplicação com a observância das diretrizes constitucionais, o que se depreende de trechos dos artigos 196 a 198 da Constituição da República.

A segurança pública, de igual maneira, além de ser um direito social, também é prevista como um dever e um direito de todos, como expressa o artigo 144 da Constituição Federal: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

Não é outro o entendimento jurisprudencial firmado pelo Supremo Tribunal Federal:

O direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.⁸

Em outras palavras, os direitos à saúde e à segurança pública são coletivos e, buscando-se a vontade do Poder Constituinte, devem ser garantidos pelo Estado – *lato sensu* – por meio de políticas públicas eficazes e por todos, a fim de que gozem, de fato, de tais direitos. Daí porque a ponderação entre os direitos à intimidade e à vida privada e à saúde e à segurança pública deve levar em consideração as bases acima estabelecidas.

CONCLUSÃO

Embora se reconheça que não é recente a preocupação com a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal na legislação brasileira, a evolução da forma de penalizar o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 traduz a preocupação do legislador em dar um tratamento diferenciado ao consumo de substâncias entorpecentes.

Com efeito, ainda que a tutela penal deva ser reservada aos bens jurídicos mais caros, a previsão de penas não privativas de liberdade para o consumidor de drogas deixa entrever que o Estado age com cautela na intervenção da intimidade e na vida privada de seus cidadãos. Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal já se debruça sobre a análise da constitucionalidade de tal norma incriminadora, deixando entrever a existência de um conflito entre direitos individuais e coletivos.

Contudo, pelo que restou demonstrado, a necessária harmonização que deve existir entre os direitos fundamentais, expressamente previstos na Constituição Federal, exige do Estado a implementação de políticas públicas que primem pela incolumidade pública e, portanto, pelos interesses da coletividade, ainda que às custas da relativização de direitos individuais.

⁸ RE 559.646 AgR, Relatora Ministra **Ellen Gracie**, j. 7-6-2011, 2ª T, DJE de 24-6-2011.

É neste aspecto, então, que entra em cena a intervenção de natureza penal. Num primeiro momento, o legislador prevê que a posse, o porte ou o depósito de drogas tenha finalidade específica, ou seja, sirva para o consumo pessoal. Num segundo instante, numa demonstração de proporcionalidade, prevê penas não privativas de liberdade para os que se dedicam ao consumo de drogas, sem o escopo da traficância.

Nessa escalada, para a dita harmonização entre direitos individuais e coletivos, o direito fundamental da inviolabilidade da intimidade e da vida privada relativiza-se em prol da saúde e incolumidade públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 dez 2017.

BRASIL. *Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 21 dez 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CONVENTION ON PSYCHOTROPIC SUBSTANCES, 1971. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>. Acesso em: 21 dez 2017.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS, 1988. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>. Acesso em: 21 dez 2017.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova lei de drogas comentada, lei 11.343, de 23.08.2006, artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte geral, volume 1*. 17ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2015.

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

LOPES, Marco Antônio. Drogas: 5 mil anos de viagem. *Revista Super Interessante*, São Paulo, 223. fev, 2006. Disponível em: <http://super.abril.com.br/superarquivo/223>. Acesso em: 21 dez 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. *Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 18 jan 2017.

NUNES, Laura M.; JÓLLUSKIN, Gloria. *O uso de drogas: breve análise histórica e social*. Sem data. Disponível em: <http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/449/1/230-237F-CHS04-15.pdf>. Acesso em: 8 ago 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SINGLE CONVENTION ON NARCOTIC DRUGS, 1961. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>>. Acesso em: 19 ago 2016.

UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). *Drogas: marco legal*. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>>. Acesso em: 19 ago 2016.