

RE 635.659-RG – Rel. Min. Gilmar Mendes Voto-Vista Min. Edson Fachin

Pedi vista. Início este Voto ressaltando que assim procedi para aprofundar a reflexão sobre este tema de caráter hipercomplexo e transdisciplinar. A solução de controvérsias dessa natureza exige diálogo. Um pedido de vista pode e deve, assim, servir também para isso. Nesse processo decisório, a construção da ponte importa tanto quanto as margens: a margem da qual se parte e aquela para onde se vai. Por essa razão, estabeleci nos dias em que estive com os autos sob minha vista, sem embargo do exíguo período, profícuo diálogo com os demais Poderes (Executivo e Legislativo), órgãos, instituições e especialistas na área, como, por exemplo, o Dr. Dráuzio Varella e o jurista Luís Greco. Foi o contido nos autos, o profundo voto do Ministro Gilmar, o debate público estabelecido sobre esse tema e, tudo isso somado aos diálogos que estabeleci nesse processo, que me fundaram a construção da ponte que agora vos exponho e que me levaram à margem que agora vos apresento. Na ausência da resposta perfeita, apresento-vos a resposta que em mim emergiu, própria da imperfeição que faz a humanidade inacabada por definição.

Dito isso principio, rememorando:

Alega-se nesta sede recursal violação de direito fundamental, tendo em vista a condenação pelo porte de droga para uso próprio. Ao fim, requer-se a absolvição por atipicidade da conduta, bem como a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343.

A Procuradoria-Geral República se pronuncia pelo desprovimento do recurso porquanto é crime o porte de entorpecentes para consumo próprio.

Este Tribunal reconheceu a repercussão geral da matéria veiculada nos autos (eDOC. 24).

Foram admitidas diversas entidades na posição de *amicus curiae*.

Em alentado voto, o e. Relator abanca cuidadosa análise acerca do raio do controle de constitucionalidade de normas penais. Valendo-se de refinada jurisprudência alemã, o Ministro Relator alvitrou que o princípio da reserva legal seja interpretado como princípio da reserva legal proporcional, no qual três níveis de controle de constitucionalidade seriam possíveis pela atividade judicial: a) o controle de evidência; b) o controle de justificabilidade; e c) o controle material de intensidade.

O i. Relator abona, em seguida, que os crimes de perigo abstrato, como vários dos tipos descritos pela Lei 11.343, possuem uma presunção absoluta a respeito de sua periculosidade. Por essa razão, haveria uma relação delicada entre esses delitos e o princípio da ofensividade. Pelo sopesamento entre os dois princípios, seria possível, na esteira de precedentes desta Corte, realizar um controle de constitucionalidade sobre a tipificação de crimes de perigo abstrato. Deu provimento ao pleito de inconstitucionalidade e absolveu o recorrente.

Passo ao voto.

O presente Recurso Extraordinário desafia acórdão que trata de caso específico, o de porte para uso pessoal de maconha. A análise de um recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral possibilita a esta Corte extrapolar os limites do

pedido formulado para firmar tese acerca de tema, que para além dos interesses subjetivos da demanda, seja de inegável relevância jurídica, social, política ou econômica.

Não obstante, quando se está diante de um tema de natureza penal, é prudente judiciousa autocontenção da Corte, pois a atuação fora dos limites circunstanciais do caso pode conduzir a intervenções judiciais desproporcionais, seja sob o ponto de vista do regime das liberdades, seja sob o ponto de vista da proteção social insuficiente.

Assim sendo, em virtude da complexidade inerente ao problema jurídico que está sob a análise do Supremo Tribunal Federal no presente recurso extraordinário, propõe-se estrita observância às balizas fáticas e jurídicas do caso concreto para a atuação da Corte em seara tão sensível: a definição sobre a constitucionalidade, ou não, da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio em face de direitos fundamentais como a liberdade, autonomia e privacidade.

É a este caso e à substância objeto do presente recurso (maconha), portanto, que me concentrarei.

As razões apresentadas pelo i. Ministro Relator são extremamente ponderáveis. Abraço as preocupações de Sua Excelência.

É paradoxo desassossegador perfilhar descriminalização do uso de drogas cuja produção e comercialização tipificam, ao mesmo tempo, o crime de tráfico. Isso porque se a retirada do estigma criminal permite que se dê a devida atenção ao bem jurídico tutelado e ao tratamento do usuário, sempre conviver-se-á com o indelével gravame de vê-lo enredado no tecido criminoso de distribuição da droga. A dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante. Repito: a dependência é o calabouço da liberdade mantida em cárcere privado pelo traficante.

Consente-se que simbolicamente a Lei 11.343 "representa uma nova política na seara das drogas"¹. A manutenção da proibição do tráfico simultaneamente à descriminalização, não obstante a ausência de dados indisputáveis sobre isso, apenas abona estímulo à traficância, seja pela lucratividade, seja por uma possível ampliação do mercado de consumo.

O debate se focaliza no dispositivo contido pelo art. 28 da referida lei. O tipo se refere a adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, condutas já julgadas como de índole criminosa por este mesmo Tribunal. Ali, nessa lei, espécie alguma de droga é indicada; remete-se, no artigo 66, para ato legislativo inexistente até hoje e para ato regulamentar, este sim já praticado pelo Poder Executivo por meio do Ministério da Saúde. A droga elencada, pois, é da altura jurídica de portaria.

Essencialmente é preciso deixar nítido que o consumo de drogas pode acarretar sérios transtornos e danos físicos e psíquicos, eventualmente até mesmo a morte de quem as consome. Além disso, também se associam muitas vezes ao consumo de drogas outros danos potenciais como o cometimento de delitos para a manutenção do eventual vício.

Mesmo em presença disso, o tema também se coloca diante da liberdade, da autonomia privada e dos limites de interferência estatal sobre o indivíduo; conforme assevera Carlos Santiago Nino, invocam-se, em geral, três argumentos independentes para punir o consumo pessoal de drogas: um argumento perfeccionista, um argumento paternalista e, por fim, um argumento de defesa da sociedade².

O referido autor assim os sistematiza.

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal, em primeiro lugar, detém-se em um argumento perfeccionista quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovabilidade moral dessa conduta. Vale dizer, o uso de drogas é considerado um comportamento moralmente reprovável e, por isso, deve ser combatido por meio de uma resposta penal do Estado. Tal perfeccionismo busca impor um padrão de conduta individual aos cidadãos, estabelecendo, assim, de forma apriorística um modelo de moral privada, individual, que se julga digno e adequado.

Se as regras de um sistema moral individual que valorize a liberdade vedam que a conduta de um cidadão ofenda bens jurídicos alheios, elas, porém, não podem impor modelos de virtude pessoal e tampouco julgar as ações de um cidadão por seus efeitos sobre o caráter do próprio agente. Ou seja, os ideais de excelência humana que integram preciso sistema moral individual não devem ser impostos pelo Estado, mas devem ser produto de escolha de cada indivíduo. Essa é a liberdade fundamental que caracteriza a autonomia privada de cada sujeito³, como soe acontecer nas sociedades liberais.

A criminalização do porte de drogas para uso pessoal, em segundo lugar, se atém em um argumento paternalista quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na reprovação, no desincentivo e na prevenção geral que as respostas penais deveriam gerar. Essa tessitura não busca impor um modelo de vida (supostamente) decente como faz o perfeccionismo, mas sim proteger as pessoas contra os danos que o consumo de drogas pode causar a elas. No entanto, interroga-se o papel do Estado que, ao buscar proteger seus cidadãos, singra o caminho de reprová-los penalmente. No caso do consumo de drogas, proteger o cidadão dos males causados pelo consumo de drogas necessita exigir uma resposta informativa, com campanhas educativas e de prevenção, criação e execução de políticas públicas de atenção e cuidado com a saúde daqueles que fazem uso abusivo de drogas, estabelecer medidas que desalentem o consumo de drogas, mas, segundo o autor, nunca a reprovação penal pela conduta autodestrutiva do cidadão⁴. À ilicitude se dirigem sanções, não necessariamente penais.

Por fim, a criminalização do porte de drogas para uso topa em um argumento de defesa da sociedade quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na proteção dos demais cidadãos (incluída aí a família como instituição) que podem sofrer os efeitos ou consequências dos atos de quem usa drogas. No entanto, objeta Santiago Nino, para prevenir e reprovar as eventuais condutas excessivas dos usuários de drogas, o Direito Penal já oferece uma série de outras sanções. O usuário de drogas que furta ou rouba para sustentar seu vício deve ser punido pelas ações delituosas de furto ou roubo, mas não pelo uso em si da droga, argumenta Santiago Nino. Vale dizer, o que pode causar mal aos demais cidadãos

são as condutas eventualmente derivadas do uso de drogas, contudo não o uso de drogas por si só. Essas condutas derivadas que possam causar dano já são todas elas objeto de previsão e tratamento pelo Direito Penal. Dessa forma, a diferença entre ações privadas e ações que possam ofender a moral pública por afronta aos bens de terceiros seria insustentável, pois toda e qualquer ação, seja ela privada ou pública, teria o potencial de se desdobrar em outra ação reprovável⁵.

Diante disso, emerge a crítica de Carlos Santiago Nino, pois, para o autor, criminalizar o porte de droga para consumo próprio representa a imposição de um padrão moral individual que significa uma proteção excessiva que, ao fim e ao cabo, não protege e nem previne que o sujeito se drogue (correspondendo a um paternalismo indevido e ineficaz) e, por fim, significa uma falsa proteção da sociedade, dado que já há respostas penais previstas para as eventuais condutas ofensivas que o consumidor de drogas possa realizar. Essas críticas não fazem despenhar-se a vereda da criminalização. E essa foi a opção do legislador brasileiro no artigo em discussão. Tomou o caminho da primazia do Estado sobre o cidadão. A tal opção de apenas agregar-se ato executivo que elencou as drogas proscritas. Esse liame foi selado pelo espcamento da dúvida quanto ao caráter de conduta criminosa, consoante assentado neste Tribunal. Legislativo, Executivo e Judiciário fundaram um tripé cuja constitucionalidade vem agora a esse patamar deliberativo, centrado no uso de droga ilícita.

Nesta arena, entende-se que a autodeterminação individual corresponde a uma esfera de privacidade, intimidade e liberdade imune à interferência do Estado, ressalvada a ocorrência de lesão a bem jurídico transindividual ou alheio, situação essa permissiva da ação repressiva estatal. Na seara do Direito Penal, afirmam Zaffaroni e Pierangeli:

" (...) todo direito quer regular a conduta humana em sociedade e comina para que os homens se adaptem a suas regulações. Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados.

O fim de prover à segurança tutelando bens jurídicos é o que marca um limite racional à aspiração ética do direito penal" (Manual de Direito Penal Brasileiro-Parte Geral. 10a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 95).

Na conceituação do que se deve entender por esfera privada, ressaltem-se as lições de Luís Greco:

"O alcance da esfera privada não é fixado a partir dessa esfera mesma, mas privado é aquilo que não afeta a terceiros. (...). Apenas num segundo momento se pode avaliar se uma conduta está ou não compreendida na esfera privada: daí porque se pode falar de um conceito secundário de privacidade. A esfera privada é, nessa perspectiva, aquilo que resta depois que se subtraem as afetações a terceiros: daí o caráter residual do conceito" (Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. Revista Brasileira de Ciências Criminas- n. 87. p. 91, 2010).

O processo de constitucionalização do direito penal, ainda embrionário no Brasil, passa diretamente pelo controle de constitucionalidade das hipóteses de

criminalização primária – ou seja, aquelas que tratam da criação de tipos penais e incriminação de condutas pela legislação. Como premissa para o exercício de tal controle de constitucionalidade, a tomada em conta do fundamento da dignidade da pessoa humana em sua matriz kantiana e republicana, impede, assim, que a tutela penal atue tendo por escopo a introjeção de valores morais individuais de conduta determinadas ou a imposição de comportamentos para além daqueles considerados concretamente lesivos a terceiros.

No caso do atual art. 28 da Lei de Drogas, pode-se dizer que há ao menos duas rotas de tensão e tendencial colisão, a partir das quais se constata que a opção histórica pela criminalização do uso e posse de drogas ilícitas representa atitude político-criminal:

- a) Confrontam-se a técnica de incriminação por meio dos “crimes de perigo abstrato” e o princípio da ofensividade;
- b) Confrontam-se uma concepção perfeccionista de proteção social do Estado e o direito constitucional à intimidade e à vida privada.

A definição tradicional da incriminação do porte e posse de drogas ilícitas como crimes de perigo abstrato, sob “perigo à saúde pública” pela natureza nociva das substâncias apontadas como tais por ato administrativo do Ministério da Saúde, é uma opção político-criminal. Essa opção, pois, do Executivo é a de preencher a norma penal em branco. Cumpre iluminar esse fato: a lei, em momento algum, elenca drogas ilícitas; quem o faz é a Portaria SVS/MS no 344, de 12 de maio de 1998, mediante lista de substâncias ilícitas a constituir o objeto material do tipo penal do art. 28.

Diante de princípios basilares desde a reforma penal iluminista, como aquele da ofensividade, segundo o qual não se pune a autolesão, serve a pena estatal, sim, à proteção quanto à lesão de direitos de terceiros. A razão do tratamento diferenciado a substâncias como álcool e tabaco, por exemplo, é opção político-criminal também.

Por isso, o controle de constitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343 constitui uma análise da compatibilidade do texto em relação à opção político-criminal. Entre as opções indicadas pelo voto do Ministro Gilmar Mendes, há uma modalidade de controle de constitucionalidade de norma penal que tem especial aplicação para o caso em tela. Trata-se, com efeito, do exame de legalidade proporcional com base no controle material de intensidade. Há, nessa proposição, dois níveis de análise: o de proporcionalidade e o de ofensividade. Relativamente à proporcionalidade, embora tenha matriz constitucional, não se nos afigura critério legitimador único para investigar a compatibilidade constitucional das normas que definem crimes de perigo abstrato. Perfilhamos, nesse ponto, a opinião José Francisco de Faria Costa:

“O cerne da legitimidade constitucional dos crimes de perigo abstracto não está tanto no eventual desvio ao cânone da proporcionalidade, mas antes na concreta determinação do seu sentido (ou ausência dele) violador do princípio da ofensividade”. (COSTA, José Francisco de Faria. O Perigo em Direito Penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 637)

Portanto, parâmetro confiável para avaliar a constitucionalidade da incriminação da posse de drogas para uso próprio é a análise de eventual ofensividade do bem jurídico protegido. É preciso, pois, previamente ao exame do pedido veiculado neste recurso extraordinário, identificar se a ofensividade tem, de fato, matriz constitucional.

A interpretação do Direito Penal à luz da Carta da República tem sentido a partir de duas premissas básicas: a diferenciação entre penas e medidas de segurança, e a exigência de expressa previsão constitucional, para justificar a limitação de direitos fundamentais. A primeira premissa indica que, em situações excepcionalíssimas, é possível atribuir a qualidade de perigo a determinada pessoa. Por isso, exceto nas situações em que o desenvolvimento bio-psico-social afaste a culpabilidade, a separação entre penas e medidas de segurança jamais autorizaria fazer recair sobre a pessoa do agente o juízo de condenações.

Já neste ponto é possível antever que a incriminação da drogadição situa-se na tênue delimitação entre o Direito Penal do autor e o do fato. Com efeito, a posse para uso pessoal, embora tipifique a ação, incide sobre conduta que, não raro, é condição essencial da pessoa, e a vetor constitucional que não autoriza a penalização da personalidade.

No que tange às limitações dos direitos fundamentais, é preciso que eventual restrição encontre fundamentação constitucional. Nessa diretriz, alberga-se o princípio da tipicidade, a exigir reserva de lei para normas penais. Considerando que a tipicidade decorre da teoria sobre os direitos fundamentais, ao legislador não compete apenas observar a reserva de lei para tipificar determinada conduta, como também deve demonstrar que pela incriminação outro direito fundamental será protegido.

A doutrina costuma indicar que a sede do princípio da ofensividade como parâmetro de controle de constitucionalidade reside no art. 98, I, da Constituição da República. Embora a referência tópica possa constar desse dispositivo, o conteúdo do princípio decorre, de um lado, da opção constitucional e legal por um Direito Penal orientado por fatos; e, de outro, da impossibilidade de se criminalizar condutas que não atinjam um fundamento constitucionalmente assegurado.

Nesse sentido, é correto afirmar que o princípio da ofensividade tem assento constitucional e serve de parâmetro para o controle da atividade do Legislativo. Esse controle não incide, entretanto, indistintamente sobre todas as normas penais, nem sobre os objetivos e motivações invocados para edição da norma, pois, em tais circunstâncias, seria preciso recorrer-se a argumentos consequencialistas, para afastar a prerrogativa de avaliação feita pelo Legislativo. O princípio da ofensividade permite, de fato, a limitação do próprio direito, mas não autoriza que se oponham argumentos utilitários à validade normativa.

Essa tarefa tem ainda maior importância se o reconhecimento da extensão dos bens jurídicos e da consequente proteção estatal for medida em relação à eventual restrição da liberdade. Nesse sentido, caberia à teoria do bem jurídico identificar quais bens podem justificar a restrição à liberdade.

Não se trata, contudo, de afastar a priori qualquer pretensão de permitir ao Estado perseguir fins morais. Ao contrário, inexistente um princípio que delimite a esse ponto

a atividade estatal regulatória. É preciso registrar, neste particular, que a possibilidade de se buscar fins morais não é descontextualizada: apenas em sociedades em que haja o respeito à autonomia dos cidadãos, garantindo-se-lhes um amplo espectro de opções valorosas (RAZ, Joseph. *The Morality of Freedom*. Oxford: Oxford University Press, 1986), é que seria possível falar em uma larga margem de avaliação para estabelecer fins morais.

O ponto de partida para se delimitar o campo de restrição à autonomia parece estar no princípio da ofensividade: somente havendo dano efetivo, porquanto haveria, por conseguinte, uma interferência na autonomia das outras pessoas, é que se pode legitimar a coerção.

A sanção penal é, assim, tão-só uma das formas de se proteger os bens jurídicos. Consubstanciando a mais grave restrição na autonomia dos cidadãos, cumpre, portanto, avaliar se ela é adequadamente posta. E é aqui que tem assento a proporcionalidade.

Especificamente em relação à coerção penal, poder-se-ia apontar, na linha do que indica Claus Roxin, serem ilegítimas as incriminações de: motivações ideológicas; autolesão; tabus; fins extrapenais; e abstrações incapazes de constituir bens jurídicos (ROXIN, Claus. *Es la proteccion de los bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* In: *La teoría del bien jurídico. Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de laboratorios dogmáticos?* Roland Hefendehl (ed.). Barcelona: Marcial Pons, 2007).

Essas considerações parecem indicar que, em vista da ofensa a um bem individual, não se pode dar ensejo à criminalização. Esse norte tem sentido especialmente para o adicto, usuário dependente de droga; impende ajudar o usuário que queira se livrar do poder criminoso da dependência. Frise-se, relativamente a esta inferência, que não se visa inviabilizar a atividade regulatória do Estado, nem mesmo a de imposição de sanções, mas a afastar que a regulação seja feita por meio da coerção penal como primeiro antídoto.

Relativamente ao caso objeto deste recurso extraordinário, observe-se que a tipificação das condutas que constam da Lei 11.343 recai, à primeira vista, sobre as condutas e não em razão de um bem imediatamente designado. Em tais circunstâncias, a doutrina costuma dividir as técnicas legislativas de incriminação a partir da ofensividade a determinado bem jurídico em crimes de dano e de perigo. Nestes, é a própria conduta que é incriminada, pois, supõe-se, que do fato possa emergir dano. Naqueles, a exigência do resultado é condição para a consumação do crime.

Posta nesses termos, a definição de crimes de perigo parece exigir do intérprete que a distinção se faça pela causalidade. Enquanto nos crimes de resultado, a lesão seria decorrência do injusto praticado pelo autor, em virtude de seu conhecimento causal, nos crimes de perigo, a ofensa ser-lhe-ia imputável, por recurso a um raciocínio probabilístico. O juízo normativo de imputação, no entanto, não é exclusivo de apenas um grupo de crimes, mas constitui a essência da atribuição penal.

Com efeito, nos crimes de resultado, mesmo recorrendo-se à teoria da equivalência dos antecedentes causais, é impossível afirmar que o dano foi causado pela

conduta do agente, pois, em verdade, todos os fatos que são anteriores à conduta, inclusive seu nascimento, são condições necessárias para o resultado. O que se passa, antes, é que o agente, como obra sua, cria uma situação de risco para o bem violado. Portanto, mesmo nos crimes de resultado, há sempre a ameaça de lesão e é por colocar em risco o bem jurídico que o agente responde pelo ilícito, se o fez como obra sua.

Essa diferenciação ocorre apenas na definição legal do tipo. No plano da aplicação concreta, ela repercute de modo distinto. O juiz realiza a imputação à luz da efetiva ocorrência do resultado e, ao deixar-se interpelar por esse fato, estende o raciocínio probabilístico da causalidade à potencial configuração de resultados desvaliosos. Trata-se, assim, de estimar, para os crimes de perigo, "que a probabilidade de produção do resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção" (COSTA, José Francisco de Faria. O Perigo em Direito Penal. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 600).

Para que esse juízo se realize, é necessário, à luz da ocorrência do resultado concreto, que se examine a situação de risco. Evidentemente, tal raciocínio só poderá ser feito se o julgador adotar uma posição de um homem prudente, porquanto deverá examinar a hipótese sob a perspectiva do saber comum. A operacionalização desse cálculo exige, ainda, que a situação de perigo tenha tido uma estabilidade temporal, uma duração. O intérprete, então, ao deixar-se interpelar pela ocorrência posterior do resultado, deve colocar-se no passado para, recorrendo às regras comuns da experiência, decidir sobre a imputação.

Há, contudo, uma forma de tipificar o perigo que define ex ante a construção da relação considerada perigosa em abstrato. Nessas situações, o intérprete sequer precisaria presentificar o passado para realizar a imputação, pois a descrição do tipo penal identifica que, naquele momento hipotético, a situação de perigo já havia sido criada.

Não são raras as vozes que afirmam inconstitucionais os crimes de perigo abstrato. Aduzem, em síntese, que não poderia o legislador definir a priori um tipo que prescinde da real criação de uma situação de perigo. A legitimidade da tipificação de condutas em abstrato não decorre, entretanto, de uma presunção ou de possibilidade futura de colocação em perigo determinado bem jurídico. Não se trata, também, de substituir o julgador pelo legislador. Ao contrário, nos crimes de perigo abstrato, conquanto seja correto afirmar que o legislador se substituiu ao julgador ao reconhecer que o pôr-em-perigo foi previamente estimado, como se, sem o resultado concreto, o legislador se colocasse em um futuro-passado hipotético, o que o legislador quis expressar, ao irmanar-se com o homem comum que hipoteticamente poderia vir a estimar a imputação da situação de perigo, foi a imposição de um dever de cuidado. E é aqui que reside sua legitimidade.

Poder-se-ia, assim, seguindo José Francisco de Faria Costa, afirmar que, de fato, o dever de cuidado é fonte de justificação dos tipos de perigo abstrato, mas não é um dever presente apenas nesses tipos. O dever de cuidado está, em verdade, em todos os demais tipos; apenas, nos abstratos, aparece de modo mais puro.

Assim, para as condutas tipificadas pela Lei 11.343, poder-se-ia dizer que a política-criminal se limitou a fixar um dever de cuidado, pois ações ali descritas, tal como as estima o antevisto homem prudente⁶, o qual servirá de padrão de senso crítico para um hipotético julgador, criam situações de perigo. Essa formulação é fundamental para se compreender que é na categoria da obrigação de cuidado que se deve pensar a concatenação entre a teoria do bem jurídico e a atividade regulatória do Estado, na esfera penal.

O juízo de adequação a que nos referimos anteriormente para avaliar a legitimidade da intervenção estatal pode ser, agora, definido como a plausibilidade da hipotética imputação feita ex ante pelo legislador às condutas de perigo abstrato. Essa formulação é de fundamental importância para que se reconheça como distinto o juízo acerca da imputação hipotética formulada pelo legislador daquele que é feito com base na crítica às justificativas e aos objetivos da norma incriminadora. Noutras palavras, a definição de crimes de perigo abstrato não implica uma presunção de perigo pelo legislador, mas uma imputação hipotética.

A mudança de palavras é plena de significado. Se, por meio da tipificação de conduta de perigo abstrato, quer-se, na realidade, impor um dever de cuidado, é preciso que a figura do homem médio que subjaz ao raciocínio da hipotética imputação, possa corresponder, de fato, ao padrão comum do senso crítico de imputação.

O controle de constitucionalidade sobre a incriminação de tipos de perigo abstrato não recai, portanto, sobre a potencialidade de ofensa a um determinado bem jurídico, nem sobre a sua potencialidade concreta. Trata-se, em verdade, de se analisar se é adequada a imposição de dever do cuidado à vista da experiência comum que se faria sobre a hipotética imputação formulada pelo legislador. Assim, se o homem prudente pressuposto pelo legislador corresponder ao que invocaria o Judiciário, a imposição do dever seria adequada.

De que modo se constitui a imputação hipotética formulada por esse pressuposto homem prudente? Não obstante seja o tema infrequente na formulação que aqui propomos, há um critério que já foi reconhecido pela jurisprudência deste Tribunal para balizar o juízo de imputação. Trata-se do instituto da "dúvida razoável" cuja formulação impõe um duplo dever: à acusação, especialmente nos sistemas adversariais, cumpre o ônus da prova e ao julgador, o reconhecimento de que a imputação deve ser procedente para além de qualquer dúvida razoável.

É preciso advertir, contudo, que não se está a tomar de empréstimo, aqui, um instituto de direito processual para erigi-lo como parâmetro material de controle de constitucionalidade. A referência ao critério da dúvida razoável é, no sentido aqui empregado, um princípio geral do direito (NEWMAN, Jon. *Beyond Reasonable Doubt*. *NYU Law Review*, v. 68, nov. 1993, n. 5, p. 1002) e tem a função de controle do juízo de imputação. Se, nos crimes de dano, o juízo recai sobre a criação do risco a um determinado bem jurídico como obra do autor, nos crimes de perigo abstrato a dúvida que afasta a incriminação exige que o dever de cuidado seja a melhor opção para a proteção do bem.

Essa diferenciação é importante porque a análise da proporcionalidade de potencial ofensividade ao bem jurídico, tal qual a argumentação até expendida sustentou,

ainda não soluciona o problema de adequação à que alude Bernhard Schlink quando alerta que o critério de proporcionalidade é insuficiente para avaliar a disponibilidade de informações para as escolhas do legislativo. De acordo com o constitucionalista alemão, “para resolver o problema de insuficiência ou ambiguidade de informações, é preciso estabelecer uma regra de ônus-de-prova na qual tanto o legislativo, quanto o cidadão afetado, podem provar que os meios [empregados para restringir um direito fundamental] funcionam ou não” (SCHLINK, Bernhard. Proportionality in Constitutional Law: Why Everywhere but here?. Duke Journal of Comparative & International Law. Vol. 22, n. 2 (2012), p. 299, disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/djcil/vol22/iss2/5>).

O juízo de adequação que é feito pelo órgão de controle jurisdicional consiste, portanto, em identificar se a incriminação que se objetiva utilizar para a tutela de determinado bem jurídico, sob a ameaça de sanção penal, é, para além de uma dúvida razoável, justificada. A análise de justificativa não visa, aqui, a inverter a “prerrogativa de avaliação fática” do legislador, mas apenas avaliar se ela demonstra, para além de uma dúvida razoável, ser a melhor estratégia de proteção.

Nos estritos limites do caso dos autos, seria possível afirmar que norma penal não atinge essa barreira.

Chega-se aqui a um ponto nodal: o dependente é vítima e não criminoso germinal. Afigura-se, nessa passada, relevante a separação de mercados e a divisão entre as espécies de drogas. Dados de suficiente crédito dão ensejo a essa ordem de ideias à luz do grau e da origem de encarceramento. Parte-se de uma realidade carcerária preocupante, levando em conta os conhecidos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen- junho de 20147.

Quanto ao tráfico de drogas, o mesmo Levantamento⁸ alvitra números sabidos e também preocupantes.

Para uma visão do que representa o tráfico de drogas especificamente em relação à maconha, a título de exemplo, compulsando dados técnicos do Estado do Paraná, em respeitável trabalho capitaneado pela Doutora Maria Tereza Uille Gomes, integrante do Ministério Público paranaense, podem ser extraídos índices elevados (quase 30%) exclusivamente atinentes à droga em pauta⁹. Já em relação aos adolescentes, há um quadro inquietante com jovens apreendidos por ato infracional somente com a droga em tela¹⁰.

Com base neste quadro fático, o usuário em situação de dependência deve ser encarado como doente. Ao necessitar de tratamento para a superação do vício, é estabelecida ao Estado (e mesmo à sociedade) uma obrigação de fornecer os meios necessários para tanto. Relembre-se o disposto no art. 196, do Texto Constitucional:

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Disso se extrai que o acesso à saúde é universal, frise-se bem, e, por conseguinte, deve abarcar todos os indivíduos que necessitarem dos seus serviços para preservação da própria integridade física e mental. Ao referir-se a “todos”, em tal significante se inclui a integralidade dos cidadãos, sem qualquer pecha discriminatória sobre a patologia acometida ou sua origem, sua raça ou sua cor que os prive de tratamento ou cuidado. Ter acesso legal à saúde é direito fundamental. Repita-se: toda droga, lícita ou ilícita, traz sequelas, e pode fazer mal, seja afetando o sistema de recompensa, seja gerando dependência física ou psíquica.

Observe-se, pois, que ao tema subjaz questão de saúde pública, e, portanto, prioritariamente de política pública de atenção e cuidado da saúde.

E tal realidade é reconhecida, desde os idos dos anos 2000, pelo corpo técnico do Poder Executivo Federal, conforme estudo realizado pelo Ministério da Saúde, do qual se extrai o trecho seguinte:

“Entendemos que uma política de prevenção, tratamento e de educação para o uso consumo de álcool e outras drogas necessariamente terá que ser construída na interface de programas do Ministério da Saúde com outros Ministérios, bem como com setores da sociedade civil organizada. Trata-se aqui, de afirmar que o consumo de álcool e outras drogas é um grave problema de saúde pública. (...)

Comprometer-se com a formulação, execução e avaliação de uma política de atenção a usuários de álcool e outras drogas exige exatamente a ruptura de uma lógica binarizante que separa e detém o problema em fronteiras rigidamente delineadas, e cujo eixo principal de entendimento (e, portanto, de “tratamento”) baseia-se na associação drogas-comportamento anti-social (álcool) ou criminoso (drogas ilícitas).”¹¹

Nesse sentido, mais recentemente o Governo Federal editou o Decreto 7.179/2010, o qual instituiu o Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas¹², com vistas à prevenção do uso, ao tratamento e à reinserção social de usuário e ao enfrentamento do tráfico de crack e outras drogas ilícitas (art. 1o). Do art. 5o, calha mencionar, dentre as ações, a “ampliação da rede de assistência social voltada ao acompanhamento sociofamiliar e à inclusão de crianças, adolescentes e jovens usuários de crack e outras drogas em programas de reinserção social; a de comunicação de âmbito nacional, envolvendo profissionais e veículos de comunicação; ampliação de operações especiais voltadas à desconstituição da rede de narcotráfico, com ênfase nas regiões de fronteira, desenvolvidas pelas Polícias Federal e Rodoviária Federal em articulação com as polícias civil e militar e com apoio das Forças Armadas; ampliação da rede de atenção à saúde e assistência social para tratamento e reinserção social de usuários de crack e outras drogas; capacitação de profissionais e lideranças comunitárias; criação de centro integrado de combate ao crime organizado, com ênfase no narcotráfico com apoio das Forças Armadas”.

Relevante, por conseguinte, é a resposta de informação, educação, atenção e cuidado da saúde dos usuários de drogas. Vê-se indispensável, assim, a atuação do Poder Público, da sociedade, das famílias em sua dimensão expandida, das entidades religiosas e de benemerência, no incremento das redes de atenção e cuidado à saúde das pessoas que abusam de substâncias e que causam

dependência, e especialmente no campo da prevenção e proteção de crianças e adolescentes.

Ressalte-se que se deve colocar no leiaute dos debates sobre as causas da drogadição o circuito que vai da produção ao consumo de drogas no Brasil. E isso especialmente para a hipótese dos autos. Tal vazio respectivo merece ser preenchido por ato legislativo, no catálogo de sua competência. A regulamentação de toda a sequência que liga a produção ao consumo da droga em questão não cabe, nem aqui ou agora, ao Poder Judiciário, mas sim ao poder constitucional e democraticamente responsável para levar a diante tal mister sob pena de vácuo inconstitucional e mora legislativa.

Não deve o STF em sede deste recurso preencher o vazio normativo que daí pode decorrer. Há, nesse sentido, tanto os limites da controvérsia constitucional posta – e a necessidade de adstrição a estes – quanto os confins democráticos que se põem ao Judiciário. No entanto, cabe reconhecer, sem prejuízo da nulidade constitucional adiante chancelada, que o usuário, apesar da autodeterminação que pode lhe assistir, fomenta, ainda que reflexamente, o tráfico. Este, pois, é o destinatário das causas cujos efeitos estão em pauta.

Dessa forma, sendo injurídico o uso e porte para consumo da droga objeto do presente recurso (maconha), o enfrentamento do tráfico mira, por conseguinte, ato porvindouro, ou seja, a devida regulamentação legislativa. Separar mercados contribui para a redução de danos, daí a valoração específica sobre a droga do caso concreto, diferenciando, a partir dele, o que Canaris oferta para distinguir, no pensamento sistemático, as tarefas da legiferação e as da jurisprudência¹³.

Em nosso ver, aqui se está diante de hipótese que tipifica a gravidade das escolhas trágicas. Não há solução perfeita. O desafio ao legislador e à sociedade é definir se a autorização lícita, considerando para tanto a droga vertida no caso concreto, regulamentada e restrita, pode contribuir para principiar a solver o germe de tais questões; meias soluções são apenas remédios efêmeros para problemas graves.

Há, ainda, outro horizonte relevante: estabelecer parâmetros objetivos de natureza e de quantidade que possibilitem a diferenciação entre o uso e o tráfico. A distinção entre usuário e traficante atravessa a necessária diferenciação entre tráfico e uso, e parece exigir, inevitavelmente, que se adotem parâmetros objetivos de quantidade que caracterizem o uso de droga.

Também não parece inserir-se na atribuição do Poder Judiciário, entretanto, a definição desses parâmetros. Se o legislador já editou lei para tipificar como crime o tráfico de drogas, compete ao Poder Legislativo o exercício de suas atribuições, no qual defina, assim, os parâmetros objetivos de natureza e quantidade de droga que devem ser levados em conta para diferenciação, a priori, entre uso e tráfico de drogas.

Emerge como de responsabilidade, de um lado, do Poder Legislativo a fixação de tais parâmetros, e de outro, a respectiva regulamentação e execução por parte dos órgãos do Poder Executivo aos quais incumbem a elaboração e execução de políticas públicas criminais e sobre drogas – Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

Até que isso se dê, e mesmo após, a adoção imperativa da audiência de apresentação em até 24 horas, poderá extirpar, perante o juiz, qualquer desvio prático no emprego de tal critério, especialmente diante do tráfico.

Enquanto não houver pronunciamento do Poder Legislativo sobre tais parâmetros, é mandatário reconhecer a necessidade do preenchimento dessa lacuna; considerando ter o legislador definido em lei o tráfico, soa razoável, nesse interregno entre esta decisão e nova lei específica sobre o tema desses parâmetros, determinar aos mencionados órgãos do Poder Executivo (SENAD e CNPCP), até que sobrevenha definição legislativa, que os regulamentem, na condição *rebus sic stantibus*. Tais provisórios parâmetros devem ser considerados relativos (*iuris tantum*), sempre passíveis de verificação no caso concreto pelo Magistrado.

Impende, por relevante, assentar que, em respeito especialmente às gerações futuras, todas e quaisquer resoluções pressupõem formulação, adoção e efetivação real e concreta de políticas públicas de atendimento aos adictos, para fins de atuação concreta tanto do Estado quanto da sociedade, mediante redes de atenção e cuidado com a saúde pessoal e familiar de todos. Remarque-se, aliás, que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária está traduzida como ideário fundamental da República Federativa do Brasil no artigo 3º da Constituição.

Diante do exposto, voto pelo **provimento parcial do recurso** nos seguintes termos, para:

(i) Declarar a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343, sem redução de texto, específica para situação que, tal como se deu no caso concreto, apresente conduta que descrita no tipo legal tiver exclusivamente como objeto material a droga aqui em pauta;

(ii) Manter, nos termos da atual legislação e regulamento, a proibição inclusive do uso e do porte para consumo pessoal de todas as demais drogas ilícitas;

(iii) Manter a tipificação criminal das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) e concomitantemente declarar neste ato a inconstitucionalidade progressiva dessa tipificação das condutas relacionadas à produção e à comercialização da droga objeto do presente recurso (maconha) até que sobrevenha a devida regulamentação legislativa, permanecendo nesse ínterim hígidas as tipificações constantes do título IV, especialmente criminais do art. 33, e dispositivos conexos da Lei 11.343;

(iv) Declarar como atribuição legislativa o estabelecimento de quantidades mínimas que sirvam de parâmetro para diferenciar usuário e traficante, e determinar aos órgãos do Poder Executivo, nominados neste voto (SENAD e CNPCP), aos quais incumbem a elaboração e a execução de políticas públicas sobre drogas, que exerçam suas competências e até que sobrevenha a legislação específica, emitam, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, a contar da data deste julgamento, provisórios parâmetros diferenciadores indicativos para serem considerados *iuris tantum* no caso concreto; (v) Absolver o recorrente por atipicidade da conduta, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

(vi) E por derradeiro, em face do interesse público relevante, por entender necessária, inclusive no âmbito do STF, a manutenção e ampliação do debate com pessoas e entidades portadoras de experiência e autoridade nesta matéria, propor ao Plenário, nos termos do inciso V do artigo 7º do RISTF, a criação de um Observatório Judicial sobre Drogas na forma de comissão temporária, a ser designada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, para o fim de, à luz do inciso III do artigo 30 do RISTF, acompanhar os efeitos da deliberação deste Tribunal neste caso, especialmente em relação à diferenciação entre usuário e traficante, e à necessária regulamentação, bem como auscultar instituições, estudiosos, pesquisadores, cientistas, médicos, psiquiatras, psicólogos, comunidades terapêuticas, representantes de órgãos governamentais, membros de comunidades tradicionais, entidades de todas as crenças, entre outros, e apresentar relato na forma de subsídio e sistematização.

É como voto.