



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB  
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS  
Curso de Bacharelado em Direito

**MAYARA SOUZA DA SILVA**

**PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE O PORTE DE  
DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL DIANTE DA (I)LEGÍTIMA INTERVENÇÃO  
ESTATAL**

**BRASÍLIA  
2020**

**MAYARA SOUZA DA SILVA**

**PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE O PORTE DE  
DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL DIANTE DA (I)LEGÍTIMA INTERVENÇÃO  
ESTATAL**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Gabriel Haddad Teixeira

**BRASÍLIA  
2020**

**MAYARA SOUZA DA SILVA**

**PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE O PORTE DE  
DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL DIANTE DA (I)LEGÍTIMA INTERVENÇÃO  
ESTATAL**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Prof. Gabriel Haddad Teixeira

Brasília, 26 de outubro de 2020.

**Banca examinadora:**

---

**Prof. Gabriel Haddad Teixeira**  
**Orientador (a)**

---

**Examinador (a)**

---

**Examinador (a)**

# PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL DIANTE DA (I)LEGÍTIMA INTERVENÇÃO ESTATAL

Mayara Souza da Silva<sup>1</sup>

Gabriel Haddad Teixeira<sup>2</sup>

## Resumo

Quando nos referimos ao paternalismo jurídico estatal, devemos constatar que os meios diretos que afetam as disposições paternalistas são as regras legais, uma vez que estes são os meios pelos quais o Estado usa para alcançar seus propósitos. Uma lei paternalista é uma lei que visa proteger os interesses de certas pessoas contra a vontade dos próprios detentores desses interesses. No âmbito jurídico-penal, deve-se cuidar de todos os princípios que regem o direito penal, ao se pretender legitimar normas paternalistas, pois a resposta penal só pode encontrar legitimidade se esta buscar a manutenção de uma sociedade em que os indivíduos possam coexistir pacificamente, favorecendo desta maneira o desenvolvimento de sua autonomia de forma livre. O Estado deve coibir condutas que lesem a bens jurídicos de terceiros. Por isso, apostar na ideia da criminalização de uma autolesão, acarretaria apenas por penalizar um indivíduo capaz de autodeterminar-se, pelo simples fato de exercitar a sua autonomia. Dessa forma, não podem os representantes do Estado, através de juízos de valor pessoal, determinar uma sanção penal, diante de uma autolesão.

**Palavras-chave:** Paternalismo; Porte para consumo, Bem Jurídico protegido, Autolesões.

## Sumário

Introdução. 1 Paternalismo, aspectos iniciais. 1.1 Definição de Paternalismo. 1.2 Do Paternalismo jurídico-penal. 1.3 Classificação quanto aos tipos de paternalismo. 2 Das diretrizes acerca do Direito Penal e o Bem Jurídico tutelado na Lei de drogas. 2.1 Dos princípios penais limitantes da atuação estatal. 2.2 Da importância do bem jurídico e a tutela penal sobre o consumo pessoal de drogas. 3 Da justificativa do paternalismo jurídico-penal e o artigo 28 da lei nº 11.343. 3.1 Do porte de drogas para uso pessoal. 3.2 Da (i)legitimidade do Paternalismo jurídico-penal sobre o consumo pessoal de drogas. 4 Considerações finais. Referências.

---

<sup>1</sup> Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: mayara.souza@sempreceub.com.

<sup>2</sup> Professor Orientador: Mestre, Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: gabriel.teixeira@ceub.edu.br

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo, abordar de maneira pontual o conceito de paternalismo jurídico-penal, e algumas das suas diversas classificações já que estamos diante de um assunto tão abrangente, conforme preceitua Martinelli. Acerca do bem jurídico é necessário discorrer a respeito da sua significação dentro do âmbito penal, bem como identificar se de fato estamos diante de um bem jurídico relevante para o direito penal que necessite da tutela do Estado. Ou se na verdade, estaríamos diante de um mero capricho cultural que está fincado num estarecedor moralismo jurídico<sup>3</sup>.

Partindo do fato de que no Brasil o porte de drogas para consumo pessoal é considerado um crime, indaga-se sobre a real motivação do legislador em manter taxativamente a criminalização da conduta e quais são as implicações jurídicas e sociais decorrentes, já que a lei tem se mostrado pouco eficaz, pois sabe-se que os indivíduos continuam consumindo drogas consideradas ilícitas. Além disso, apesar da nossa legislação prever o tipo como sendo criminoso, houve uma despenalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas<sup>4</sup>.

Ao trazer a discussão para o campo principiológico dentro do Direito Penal, especificamente quanto ao princípio da subsidiariedade e da legalidade, é importante deixar claro que este estudo se limita a analisar a legitimidade Estatal para tipificar condutas penais que passam por cima da autonomia da vontade de indivíduos que já tenham alcançado a maioridade civil, que sejam plenamente capazes e não possuam vícios de consentimento. Ou seja, não será objeto de estudo a atuação do paternalismo penal no âmbito dos vulneráveis. Desta maneira, a teoria sobre o bem jurídico traz consigo a questão sobre as condições sociais que favorecem ou limitam o exercício da liberdade para decidir sobre a própria capacidade de autonomia.

Assim, a discussão sobre o consumo pessoal de drogas, é necessariamente sobre autodeterminação, por isso, a partir do princípio da intervenção mínima, onde o direito penal deve ser usado como último recurso, em síntese, busca-se compreender até onde o Estado usa do paternalismo jurídico, para justificar a sua atuação punitiva ao tipificar condutas que não reúnam vícios de consentimento,

---

<sup>3</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>4</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017

emprego de violência ou grave ameaça, ou ainda quando se tratar de pessoas vulneráveis.

## 1 PATERNALISMO, ASPECTOS INICIAIS

A tarefa de definir o paternalismo não é das mais fáceis, pois é relativamente recente o reconhecimento desta corrente, apesar das práticas paternalistas serem um tanto antigas a designação do termo é nova, sendo identificada lá por volta do século XIX.<sup>5</sup> Importa saber ainda que existem vários conceitos a respeito do tema, gerando assim algumas controvérsias na comunidade científica, no entanto, acrescentam grande valor para a discussão do paternalismo, pois há uma infinidade de argumentos plausíveis que dão palco para quem se posiciona de maneira favorável ou não.

Para entender melhor como funciona a dinâmica das tais controvérsias, podemos imaginar a figura de uma árvore, onde os galhos representam os vários conceitos criados pelos doutrinadores, e o tronco, é o que sustenta e une todas essas teorias. Assim, o tronco comum na construção doutrinária em torno do paternalismo, seria a relação paternal,<sup>6</sup> ou seja, a relação entre pai e filho. Onde o paternalismo está ligado a ideia de poder absoluto exercido por um dominante em benefício do dominado.

Antes de prosseguir, faz-se necessário primeiramente conceituar a palavra paternalismo, e num sentido puramente etimológico, o termo guarda sua raiz pater no latim, que se traduz por pai, e que representa o exercício do poder familiar conferido a esta figura paterna na tomada de decisões em função do filho<sup>7</sup>, ou seja, o pai age paternalisticamente toda vez que interfere na vida do filho, seja para proteger de um mal, ou para promover-lhe um bem.<sup>8</sup>

Assim, como a criança é considerada presumidamente incapaz, esta necessita de cuidados de um adulto para contribuir na sua formação humana, pois é de conhecimento geral que os pequenos ainda não possuem maturidade o suficiente para gerenciar a própria vida. Por isso, é natural que os pais interfiram nas escolhas

---

<sup>5</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**: limites da intervenção do estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: LiberArs, 2015.

<sup>6</sup> ALEMANY, Macario. Las estrategias de La benevolencia: sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2003.

<sup>7</sup> ALEMANY, Macario. **El paternalismo jurídico**. Madri: Lustel, 2006.

<sup>8</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

dos filhos, visto que estes são mais capazes e preparados para tomar melhores decisões.<sup>9</sup>

É comumente proposto pelos autores assemelhar a relação paterna-filial, a relação entre o soberano e o súdito, estabelecendo que *"o rei é o pai dos sujeitos"*, *"os sujeitos, filhos do rei"*, *"o Estado é uma grande família"*, *"a família, um pequeno estado"*, *"o pai é o Senhor da família."*<sup>10</sup> Essas abordagens metafóricas, decorrentes da analogia paternalista, tendem a *"esclarecer a natureza e/ou justificativa do poder político, relacionando-se com a natureza mais conhecida e/ou justificativa do poder que o pai exerce sobre seus filhos."*<sup>11</sup> Nesse sentido, o paternalismo deriva seu nome de uma relação entre duas pessoas, pai e filho que se reproduz em outras relações como: soberano-sujeito, patrono-trabalhador, médico-paciente.

Suas raízes como termo político vem da ideia de que a estrutura do Estado deve refletir a da família, sob a presunção de que o Estado agiria no melhor interesse de seu povo, como o pai agiria no melhor interesse de sua família, independentemente se os sujeitos de sua família concordarem ou não, já que o pai-Estado é mais sábio do que seus súdito.<sup>12</sup>

### 1.1 Definição de paternalismo

Conforme inicialmente mencionado, a procura pela definição de paternalismo, se iniciou no século anterior, especificamente na década de 70,<sup>13</sup> com publicações de vários escritores, em especial as obras de Gerald Dworkin, que foi fortemente influenciado por John Stuart Mill.<sup>14</sup> Com ideias de cunho liberal, Dworkin define paternalismo de maneira abrangente como a interferência na liberdade de ação de uma pessoa justificada por razões que se relacionam exclusivamente com o bem-estar, o bem, a felicidade, as necessidades, os interesses ou valores da pessoa que é coagida.<sup>15</sup> Em obra mais recente, e com uma formulação mais concisa, o autor acrescenta que: *"paternalismo é a interferência de um Estado ou um indivíduo sobre*

---

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup>ALEMANY, Macario. **El paternalismo jurídico**. Madri: Lustel, 2006.

<sup>11</sup>ALEMANY, Macario. **Las estrategias de La benevolencia**: sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.26, p. 770-777, 2003.

<sup>12</sup>Cfr. NEW WORLD ENCYCLOPEDIA. **Paternalismo**. 2 apr. 2008. Disponível em: <https://www.newworldencyclopedia.org/p/index.php?title=Paternalism&oldid=682171>. Acesso em: 7 maio 2020.

<sup>13</sup>MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**: limites da intervenção do estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: LiberArs, 2015.

<sup>14</sup>Ibidem.

<sup>15</sup>DWORKIN, Gerald. Paternalism. **The Monist**, 1972.

*outra pessoa, contra sua vontade, defendida ou motivada pela alegação de que a pessoa interferida será beneficiada ou protegida de um dano.*<sup>16</sup>

Norberto Bobbio e Nicola Matteucci entendem o paternalismo como uma política social autoritária, voltada para o bem-estar dos cidadãos e do povo, onde se exclui a participação direta destes. É uma política autoritária e ao mesmo tempo benevolente, uma atividade assistencial para o povo, exercido de cima, com métodos puramente administrativos.<sup>17</sup> No mesmo sentido, Resta afirma que o paternalismo é uma técnica antiga de governo que faz parte da tradição política, caracterizada por um comportamento autoritário, embora benevolente, dos governantes em suas relações com os governados.<sup>18</sup>

Para Manuel Atienza, uma medida pode ser considerada paternalista, desde que se tenha como objetivo a promoção de um bem para uma pessoa ou grupo de pessoas e fazê-lo independentemente da aceitação da pessoa afetada.<sup>19</sup> No mesmo sentido, Martinelli argumenta que o comportamento paternalista se caracteriza pela prática de informar ou obrigar alguém a fazer ou deixar de fazer algo, movendo-se pela falta de confiança do protetor na capacidade do protegido e pela certeza daquele de que age nos melhores interesses deste, mesmo contra sua vontade, com o objetivo de causar um bem ou evitar um mal.<sup>20</sup>

Já Garzón, entende que não é preciso e nem mesmo desejável que a medida vise assegurar um bem, mas, sim, que almeje evitar um dano, alertando ainda que *“o intuito de assegurar um bem ou de beneficiar os destinatários das medidas paternalistas pode conduzir à aceitação de bens absolutos ou objetivos, que levem à proibição.”*<sup>21</sup>

Um ato paternalista em sentido amplo, nada mais é do que a interferência ou restrição da liberdade alguém, onde não se considera a opinião ou vontade de quem

<sup>16</sup>Tradução livre do autor do trecho original: *“Paternalism is the interference of a state or an individual with another person, against their will, and defended or motivated by a claim that the person interfered with will be better off or protected from harm”*.

<sup>17</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. **Dictionary of policy**. Madri: Siglo XXI, 1982. p. 1193; 1194 apud ALEMANY, Macario. **O conceito e justificativa do paternalismo**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

<sup>18</sup> RESTA, Eligio. Metáfora del contrato. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 5, 1988.

<sup>19</sup> ATIENZA, Manuel Discutamos sobre paternalismo. **Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, n. 5, p. 203, 1998. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo\\_doxa/](http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/). Acesso em: 30 maio 2020.

<sup>20</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>21</sup> Garzón Valdés; Ernesto. Sigamos discutiendo sobre ele paternalismo. **Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, n. 5, p. 219, 1998. Disponível em: [http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo\\_doxa/](http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogo_doxa/). Acesso em: 30 jun. 2019.

se quer promover um bem, pois, o protetor em questão, se julga mais capaz para a tomada de certas decisões.<sup>22</sup>

Nesse sentido, para fins exemplificativos, suponha que determinado sujeito, que chamaremos de A, perceba que se aproxima do horário de almoço e que seu cônjuge é possuidor da doença diabetes, e por este motivo, decide esconder todos os doces da casa em um armário com tranca a qual somente A tem acesso. B, grande apreciador de doces, após o término de sua refeição, parte para a sobremesa com intenção clara e habitual de ingerir seus doces tão queridos, porém, é surpreendido com a atitude paternalista de A, que interferiu na liberdade de escolha de seu cônjuge, quando restringiu o acesso de B aos alimentos açucarados, com o objetivo de promover-lhe um bem.

Dessa forma, se observa que um ato cotidiano pode ser paternalista. No entanto, os casos que geram dilemas éticos de particular preocupação prática são as leis paternalistas. Por isso, a parte que nos aproveita, será um estudo voltado para o paternalismo jurídico.

### **1.2 Paternalismo jurídico-penal**

O problema do paternalismo jurídico geralmente surge em torno de sua justificativa. Trata-se de identificar as hipóteses em que pode ser legítimo agir pelo outro sem levar em conta suas opiniões, tendo por base o entendimento de que as medidas tomadas são para o benefício do próprio sujeito. A necessidade de justificar ações paternalistas muitas vezes faz com que as análises do paternalismo jurídico oscilem em suas reivindicações desde o plano da descrição até o plano de justificativa ou legitimação de medidas paternalistas.

Dessa forma, as tentativas de defini-lo às vezes terminam somente descrevendo os elementos do paternalismo jurídico justificado ou justificável. No entanto, os dois planos devem ser claramente separados, pois somente quando temos uma definição suficientemente precisa de paternalismo legal, é que podemos decidir sobre a possível legitimidade ou ilegitimidade das diferentes ações paternalistas.

Por meio da regra legal, no sentido exposto por Alemany, o Estado se torna paternalista quando assume a presunção benevolente de suas condutas, estabelecendo um poder jurídico sobre o indivíduo. Há um exercício de poder

---

<sup>22</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**: limites da intervenção do estado na liberdade individual pelo uso das normas penais. São Paulo: LiberArs, 2015.

jurídico quando as normas legais são promulgadas, visando a prevenção de danos específicos. Nesse sentido, o perigo do dano é o que levaria o Estado a exercer seu poder legal para impedi-lo.

A reprodução da relação pai-filial no contexto do Estado e dos cidadãos, caracteriza-se por ser uma intrusão estatal, na vida das pessoas por meio de determinadas políticas públicas ou normas legais, que proíbem ou dificultam ações específicas.

Essa proposta teórica sob a base dessa ordem jurídica que busca desencorajar, por meio da punição, o consumo de drogas entorpecentes, a fim de proteger, em tese, potenciais consumidores contra danos físicos ou psíquicos que poderiam surgir se se tornassem viciados.

A crítica liberal se concentra principalmente no paternalismo estatal, especialmente porque é determinada pelas regras básicas pelas quais uma sociedade atua, o que a torna invasiva, uma vez que a intervenção paternalista pode ter um amplo escopo e efeitos sobre a sociedade, especificamente sobre a conduta dos indivíduos, interferindo em um grande número de pessoas sem considerar sua individualidade.

Quando nos referimos ao paternalismo jurídico estatal, devemos constatar que os meios diretos que afetam as disposições paternalistas são as regras legais, uma vez que estes são os meios pelos quais o Estado se usa para alcançar seus propósitos. Uma lei paternalista é uma lei que visa proteger os interesses de certas pessoas contra a vontade dos próprios detentores desses interesses. Exemplos de restrições impostas por lei são: a legislação antidrogas; parte da legislação trabalhista; proibição de jogos de azar, uso obrigatório do cinto de segurança, proibição de banho de mar em uma praia pública quando existe risco de tubarões; a obrigação de não vender de diversos medicamentos considerados prejudiciais à saúde; e até mesmo

Portanto:

O paternalismo estatal deve ser considerado para qualquer ação paternalista realizada por um órgão estatal, mas será apenas paternalismo jurídico estatal onde os meios diretos utilizados são as regras legais. Haveria, portanto, casos de paternalismo estatal não legal.<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

Seriam exemplos concretos dessas práticas estabelecer incentivos ou taxas econômicas destinadas a deixar hábitos de vida insalubres para os cidadãos; elevar o preço das bebidas alcoólicas para desencorajar seu consumo; campanhas que relatam como prevenir doenças sexualmente transmissíveis ou gravidezes indesejadas; os avisos sobre as embalagens de cigarro relatando que o tabagismo causa sérios danos à saúde; campanhas alertando para os perigos do uso de drogas ou álcool; campanhas que aconselham manter uma alimentação saudável e exercícios físicos regulares para prevenir certas doenças cardiovasculares.

A ação paternalista consiste no exercício de um poder legal sobre indivíduos tratados paternalistamente. Quando o legislador regula a conduta dos indivíduos em determinado sentido, confere jurisdição às autoridades judiciais e/ou administrativas a sancionar por descumprimento desse dever. Nesse sentido, os indivíduos são impedidos de se prejudicar, impedindo comportamentos imprudentes como não usar cinto de segurança mediante ameaça de sanção, desencorajando a atuação de motoristas imprudentes.

### **1.3 Classificação quanto aos tipos de paternalismo**

Após a conceituação do paternalismo, importa ainda, falar sobre as principais classificações para facilitar o entendimento do objeto e do fundamento das normas paternalistas que irão contribuir na identificação das medidas justificáveis em um Estado de democrático de direito.<sup>24</sup>

#### **a) Paternalismo rígido (*hard*) e paternalismo moderado (*soft*)**

Esta classificação tem como foco o indivíduo que teve sua liberdade restringida sendo ainda divididos em responsáveis, que são aqueles que possuem discernimento sobre seus atos e possíveis consequências lesivas, e os irresponsáveis que não dispõem desta consciência.<sup>25</sup>

Martinelli, os diferencia denominando-os de paternalismo moderado (*soft*) e rígido (*hard*). No paternalismo moderado é permitido a intervenção do Estado sobre o comportamento da pessoa incapaz que age de maneira voluntária e consensual. Justifica-se tal interferência sobre as condutas praticadas por crianças, doentes mentais ou adultos com incapacidade mental temporária.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>25</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

Já no paternalismo rígido estaria justificado a intervenção do Estado em condutas praticadas por pessoa capaz e consciente que age voluntariamente com intuito de cometer uma autolesão.

Neste caso, apesar do indivíduo que toma a decisão apresentar plena e clara consciência de seus atos, o Estado acredita que ele não possui capacidade de avaliar suas ações e os possíveis resultados. Seria o caso, por exemplo, de um adulto em pleno exercício de suas faculdades mentais que resolvesse doar todo o seu patrimônio a uma instituição, tendo ainda plena consciência de que não conseguiria mais garantir condições mínimas de uma vida digna, conforme prevê a Constituição Federal. Portanto, restaria legitimada a ação que impedisse a consumação de tal ato com intuito de preservar o bem estar deste indivíduo.<sup>27</sup>

De maneira objetiva, nessa classificação de paternalismo os conceitos se diferenciam quanto à pessoa a quem se destina a ação de proteção: à pessoa capaz (paternalismo forte ou rígido) ou à pessoa incapaz, (paternalismo fraco ou moderado).<sup>28</sup> No entanto, o que existe em comum é a legitimidade de interferência nos comportamentos sobre os responsáveis e os irresponsáveis.

#### b) Paternalismo puro (direto) e paternalismo impuro (indireto)

Suscita-se nesta classificação, se o sujeito fim do paternalismo é também o beneficiado pela intervenção. Em consonância com Dworkin, no paternalismo puro o indivíduo protegido é o mesmo que sofre a intervenção, quando que no paternalismo impuro o indivíduo beneficiado é diverso daquele que sofre a interferência.<sup>29</sup>

Martinelli indica que nos casos de paternalismo puro, quem sofre a limitação da liberdade é o próprio favorecido, em contextos de conduta autolesiva. Por sua vez, os paternalistas impuros, entendem legítima a intromissão mesmo quando os indivíduos afetados não são os mesmos a alcançar o benefício almejado.<sup>30</sup>

Feinberg, se assemelha em sua classificação quando define o paternalismo em homogêneo e heterogêneo. Sendo homogênea a conduta que busca evitar autolesões ou heterolesões consentidas, ao passo que o paternalismo heterogêneo seria considerado uma manifestação que pretende salvaguardar terceiros não

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> MARGOTTI, Alessandra. O bem jurídico penalmente tutelado pelos crimes contra a dignidade sexual. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (org). **Limites ao poder punitivo: diálogos na ciência penal contemporânea**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

<sup>29</sup> DWORKIN, Gerald. Paternalism. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, v.4, n.6, p. 7-25, 2012.

<sup>30</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

necessariamente envolvidos de maneira direta na tomada de decisão ou todo um grupo social.<sup>31</sup>

Dessa forma, a proibição do porte de drogas para consumo pessoal é uma forma de paternalismo puro, tendo em vista que atinge sobre os próprios sujeitos beneficiados. Já a criminalização do tráfico de drogas pode ser classificada de paternalismo impuro, porque restringe a autonomia de um grupo de pessoas (os traficantes) em favor de um hipotético bem estar de outro grupo (os usuários).<sup>32</sup>

## **2 Diretrizes acerca do direito penal e os bens jurídicos tutelados na Lei de Drogas**

O ser humano é complexo, e possui características extremamente únicas em todas as suas infinitas formas de pensar e agir. Em função dessa intrínseca individualidade somada às nossas crenças, aos valores construídos, à cultura, às divisões de classe, sexo, gênero e raça, em termos bem gerais, no sistema político, social e econômico, que surgem os mais diversos conflitos sociais, tão comuns numa sociedade plural e por vezes desiguais.

Há outros desajustes sociais que são próprios da construção histórica, antropológica, filosófica, geográfica e econômica da humanidade. Mas o que se pretende abordar a partir desse compilado de informações colocados no texto, é o modo de atuação do Direito Penal frente a criminalidade resultante dessa dinâmica estrutural construída por nós mesmos.

O Direito Penal é sem dúvidas a resposta mais violenta para a sociedade a respeito dos casos que por ele são tratados. A justificativa para tal prescrição normativa, mora no entendimento que em tese também são violentos os delitos cometidos, por isso, a atuação estatal é entendida como um mal necessário. Portanto, o Estado exerce o seu poder punitivo valendo-se também da violência, pois o intuito maior é a proteção dos bens jurídicos que se encontram em perigo.<sup>33</sup>

No entanto, é importante ter cautela no uso do poder punitivo, já que nem toda ação considerada violenta pode ser tipificada como crime na seara do direito penal.<sup>34</sup> É necessário que se atente a outros requisitos, observando todo o complexo das instituições jurídicas no combate e proteção aos interesses determinados como

<sup>31</sup> FEINBERG, Joel. Harm to self the moral limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford, 1986. v. 3.

<sup>32</sup> MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo jurídico-penal. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>33</sup> QUEIROZ, Paulo. **Curso de direito penal**: parte geral. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

<sup>34</sup> CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

legítimos ou ilegítimos.<sup>35</sup> Assim, a ação estatal repressiva, deve ser proporcional ao retribuir o mal injusto promovido pelo agente perante a sociedade.

O Estado utiliza-se do Direito Penal como forma de solucionar conflitos, porém, existem outras maneiras de controle social que antecedem a apreciação do direito penal. Desse modo, o direito civil, administrativo ou econômico, são exemplos de formas de controle social que estão presentes em nosso ordenamento jurídico que precedem o Direito Penal a fim de obedecer ao modelo de controle aspirado pelo Estado.<sup>36</sup>

Firmado essas premissas, tendo em vista que o Direito Penal deve estar de acordo com o texto constitucional, sua finalidade é definida a partir da compreensão dos princípios contidos no arcabouço jurídico, no entanto, os que aproveitam ao trabalho, são o princípio da subsidiariedade, legalidade e intervenção mínima que serão tratados a seguir.

### **2.1 Dos princípios penais limitantes da atuação estatal**

A subsidiariedade do direito penal quer dizer que esse é o ramo do direito em que vigora a *ultimaratio*, ou seja, só se deve recorrer a ele quando nenhum outro ramo do direito foi eficientemente capaz de proteger o bem jurídico tutelado.

Isso é um pressuposto lógico e necessário de um Estado garantista e não autoritário, pois quando falamos em normas penais estamos falando da forma mais violenta de se restringir direitos fundamentais.

O direito à liberdade de locomoção é talvez o direito mais importante do ser humano e as normas penais, em sua mais rigorosa penalidade, chega a cercear o acesso a esse direito. Essa é uma das principais razões para o direito penal ser norteado pela subsidiariedade.

Aqui no Brasil observa-se a aplicação desse princípio nas decisões judiciais, a exemplo, o acórdão proveniente do julgamento do Habeas Corpus nº 197.601 do Superior Tribunal de Justiça em que a ordem foi concedida afastando aplicação do direito penal fundamentando-se na subsidiariedade desse ramo do direito. Veja-se a ementa:

1. Direito Penal deve ser encarado de acordo com a principiologia constitucional. Dentre os princípios constitucionais implícitos figura o da subsidiariedade, por meio do qual a intervenção penalsamente é admissível

---

<sup>35</sup> QUEIROZ, op. cit.

<sup>36</sup> MILANESE, Pablo. El moderno derecho penal y laqueiebradelprincipio de intervención mínima. **Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia**, ano IV, n. 2, fevereiro 2004. Disponível em: <https://derechopenalonline.com/>. Acesso em: 12 ago. 2020.

quando os demais ramos do direito não conseguem bem equacionar os conflitos sociais. *In casu*, tendo-se apurado em verdade, apenas um ilícito de colorido meramente contratual, relativamente à distribuição da água, com o equacionamento da questão no plano civil, não se justifica a persecução penal.

2. Ordem concedida para trancar a ação penal n. 0268968-47.2010.8.19.0001, da 36ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro.<sup>37</sup>

A decisão mostra a importância desse princípio no nosso ordenamento jurídico e que ele de fato tem aplicabilidade, pois nesse caso a aplicação dele foi capaz de trancar uma ação penal iniciada na primeira instância.

Esse princípio também se reflete em nosso ordenamento jurídico de outras formas, como por exemplo, as medidas despenalizadoras previstas na Lei 9.099/1995, quais sejam, a composição civil, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Tais institutos jurídicos são aplicáveis quando atendidos os requisitos impostos na norma com o intuito de evitar o início de um processo criminal, aplicando, alternativamente, outras medidas objetivando a reparação do dano ou alguma medida restritiva de direitos como por exemplo a proibição de frequentar determinados lugares ou comparecimento em juízo periodicamente.

Dessa forma, percebe-se que o ordenamento jurídico é harmônico em suas regras e princípios e todas caminham convergindo para dar robustez ao Estado democrático de direito.

Em estados autoritários em que o Estado se caracteriza pela máxima intervenção e não há respeito a direitos e garantias individuais, a subsidiariedade do direito penal é aniquilada.

Há alguns outros princípios que reforçam o intento da subsidiariedade, o princípio da intervenção mínima é derivado do princípio da legalidade e reforça a ideia de que o direito penal só deve ser aplicado em casos de necessidade, quando todas as outras formas de tutela forem esgotadas.

O princípio da lesividade, também chamado de princípio da ofensividade está atrelado à tipicidade penal em seu sentido material, preocupando-se em estabelecer

---

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 197.601 – RJ (2011/0033025-0)**. Ementa: [...] Rel. Ministra Relatora Maria Thereza de Assis Moura, Rio de Janeiro, 28 de junho de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18335044/habeas-corpus-hc-197601>. Acesso em: 24 out. 2020.

que a tipicidade só é necessária se existir um dano real e concreto ao bem jurídico que se pretende tutelar.<sup>38</sup>

Desse princípio decorrem algumas consequências práticas como a não punibilidade de atos de cogitação ou também a autolesão. Um princípio que se aplica a casos concretos no âmbito da jurisprudência e que decorre desses princípios é a aplicação do princípio da insignificância a situações típicas formalmente, mas que não possuem tipicidade material, entendendo-se que determinada conduta em crimes contra o patrimônio não foi capaz de lesar de fato o bem jurídico tutelado.<sup>39</sup>

Sobre o princípio da lesividade (ou ofensividade), Bitencourt nos ensina:

[...] a primeira função do princípio da ofensividade é limitadora do *ius puniendi* estatal, dirigindo-se especificamente ao legislador, antes mesmo de realizar sua atividade-fim, qual seja, elaborar leis; a segunda configura uma limitação ao próprio Direito Penal, destinando-se ao aplicador da lei, isto é, ao juiz, que é, em última instância, o seu intérprete final.<sup>40</sup>

Por fim, é importante também tecer comentários sobre o princípio da alteridade, que nos diz que é vedado criminalizar condutas que não causam lesão a um bem jurídico alheio, no máximo causa uma lesão ao próprio agente.

Sendo assim, mesmo que a conduta não seja aceitável socialmente, se ela não ofende bem alheio, não há que se falar em crime ou em punibilidade. Exemplo disso é a tentativa de suicídio que não é considerada crime em nosso ordenamento jurídico por não atingir bem de outra pessoa, mas tão somente do próprio agente que comete a tentativa. E, veja-se, essa conduta não é aceita socialmente, mas isso por si só não é capaz de tornar o fato como crime.

E é nesse sentido que a criminalização do uso de drogas hoje é tão criticada, pois um dos argumentos possui raízes no princípio da alteridade já que resta claro que usar drogas só prejudica o próprio usuário, autor do fato.

Diante disso, observa-se que os princípios que buscam fortalecer a *utimaratio* do direito penal conversam entre si e podem até se confundir em certa medida, mas cada um traduz um conceito fundamental nessa limitação do direito punitivista, que não pode retroceder e sim avançar na busca constante da efetividade do nosso Estado Democrático de Direito.

<sup>38</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 61-63. 1v.

<sup>39</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. 1v.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

## **2.2 Da importância do bem jurídico e a tutela penal sobre o consumo de drogas**

Ao longo das décadas, o conceito de bem jurídico vem sendo explorado e debatido pelos doutrinadores. No entanto, ainda não existe um consenso unânime sobre a teoria do Bem Jurídico, também não existem teorias capazes de indicar todos os valores e bens que o direito penal poderia tratar, isso porque a sociedade está permanentemente se modificando, por isso, a definição de quais bens jurídicos devem ser protegidos é uma constante dentro do ordenamento.<sup>41</sup>

Neste sentido, Régis Prado destaca que os bens jurídicos são mutáveis dentro de cada sociedade, e que advém das relações experimentadas pela coletividade, variando no tempo e no espaço.<sup>42</sup> Tal evolução social pode ser observada a título de exemplo, segundo Greco, a partir das inúmeras revogações e alterações do Código Penal como a extinção dos delitos de sedução, rapto e adultério, levada a efeito pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005.<sup>43</sup>

Apesar dos diferentes posicionamentos, grande parte dos doutrinadores concordam ao afirmarem que não podem ser considerados bens jurídicos passíveis de tutela penal, os valores calcados exclusivamente em questões de cunho morais, religiosas e ideológicas. Verifica-se, ainda, que cabe ao direito penal, está sempre alinhado aos princípios tratados na Constituição, para assim determinar a escolha dos bens jurídicos que devem ser tutelados pelo direito penal, pois é nela que são estabelecidos os limites ao poder estatal.<sup>44</sup>

Nas palavras de Régis Prado:

O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo direito penal, como ante o direito penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material se deita, pois, suas raízes no texto magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva. A conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra como um valor. Esta circunstância intrínseca à norma constitucional cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma

---

<sup>41</sup> GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral - v. 1. 19ª. ed. Niterói: Impetus, 2017.

<sup>42</sup> PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>43</sup> GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral - v. 1. 19ª. ed. Niterói: Impetus, 2017.

<sup>44</sup> PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

determinada época. Não cria os valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico.<sup>45</sup>

Assim, tendo em vista que o Direito penal tem como finalidade a proteção subsidiária dos bens jurídicos, e que o exercício desta norma implica diretamente na limitação da liberdade do indivíduo<sup>46</sup>, tais dispositivos, precisam estar em acordo com Carta Magna, para se efetivar a garantia de uma intervenção proporcional.

Dito isso, verifica-se que o argumento utilizado pelos defensores da criminalização do porte de drogas para consumo, contrapondo-se aos opositores que levantam o princípio da lesividade, é o de que o uso de drogas não prejudica somente o agente, mas atinge um outro bem jurídico, que é o da saúde pública.

Trata-se de um conceito de bem jurídico vago, onde não é possível definir ao certo o que seria a saúde pública e isso torna ainda mais injustificável o porquê esse bem necessita da proteção penal em primeiro lugar quando há outros meios, inclusive mais eficazes, de se fazer isso.

O Estado por vezes classifica os usuários de drogas em viciados ou traficantes e, se estamos falando de pessoas viciadas, não deveria ser o direito penal o ramo idôneo para combater esse problema e sim a medicina, com intervenções próprias.

Percebe-se que há uma inversão dos ditames impostos pelos princípios do direito penal que dizem que o direito penal é *última ratio*, pois, ao que parece, o problema de uso de drogas é algo tratável por meio de políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo.

Pensando nesse sentido, estar-se recorrendo primeiro ao direito penal, criminalizando uma conduta em uma tentativa de inibir que as pessoas a pratiquem pelo fato de ele ser crime, o que contraria totalmente os princípios da intervenção mínima do direito penal.

Esse modelo atualmente adotado no Brasil nos mostra um problema sendo tratado de forma ineficaz, uma vez que a força normativa nesses casos é muito baixa e a melhor solução seriam políticas públicas preventivas, que buscassem educar e políticas públicas repressivas, que atuassem no problema já existente.

---

<sup>45</sup> PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e Constituição. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

É desnecessário e não recomendável que o direito penal atue em áreas onde outras medidas menos gravosas podem intervir de forma eficiente, a subsidiariedade do direito penal nos diz isso e a criminalização do uso de drogas vai na contramão desse princípio.

A proteção aos bens jurídicos pelo direito penal é subsidiária e não pode dar-se na tentativa de preservar valores morais de uma parte da sociedade. É muito importante que se esteja bem definido o bem jurídico atingido, que seja capaz de tirar a ordem social para ser justificável a intervenção penal.

O direito penal tem por fim evitar lesões alheias e não a autolesão. A autolesão limita-se a esfera individual de cada um e não chega a causar nenhum tipo de desordem. Portanto, reiterando, se é um problema de saúde pública, o meio mais eficaz de se ter uma solução são políticas públicas preventivas e repressivas voltados para a saúde coletiva a fim de tratar o problema que atinge essas pessoas determinadas.

### **3. Da justificativa do Paternalismo jurídico penal e o artigo 28 da Lei 11.343**

#### **3.1 Do porte de drogas para uso pessoal**

Com o advento do art. 28 da Lei nº 11.343, de 2006, “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.”<sup>47</sup> fica sujeito às medidas diversas da prisão. Tais medidas são: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

Para a doutrina majoritária, trata-se de crime de perigo abstrato e coletivo, não necessitando de demonstração de que efetivamente alguém foi exposto a perigo de dano, perigo este presumido pela lei. É, também, considerado crime de perigo coletivo ou comum, já que a saúde de toda a coletividade é exposta ao perigo de dano.<sup>48</sup> Assim, o objeto jurídico tutelado é a saúde, mesmo que aquele que use a droga esteja prejudicando apenas sua saúde individual.

Quanto à conduta típica, são vários os verbos previstos no artigo 28 da Lei de Drogas. A saber: adquirir, significa obter para si a droga de forma onerosa ou

---

<sup>47</sup> BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm). Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>48</sup> SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada.** 2. ed. São Paulo: APMP - Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

gratuita; guardar e ter em depósito têm o sentido de conservar a droga para consumo futuro em local longe das vistas; transportar significa levar a droga de um local para outro, como no carro, na mala, etc.; trazer consigo tem o sentido de portar a droga ao alcance para seu pronto uso.<sup>49</sup>

Importante observar que a conduta de usar droga é fato atípico. Dessa forma, mesmo que o infrator confesse ter consumido a droga, sem a apreensão da substância ilícita e a demonstração de que uma das condutas típicas foi realizada, o sujeito não poderá ser punido penalmente por qualquer delito, caso fosse, haveria grave violação ao princípio da reserva legal.<sup>50</sup>

Em relação às penas, caberá ao juiz, ao analisar a culpabilidade do sujeito, decidir a pena de acordo com o caso concreto, podendo, até mesmo, aplicá-las cumulativamente.<sup>51</sup>

A primeira delas é a advertência sobre os efeitos da droga, que será feita pelo próprio juiz com o objetivo de dissuadir o sujeito a não mais usar drogas. Cuida-se de uma medida mais educativa e informativa do que propriamente uma pena.<sup>52</sup>

Já a prestação de serviços à comunidade deverá ser cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou hospitais e estabelecimentos que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo e da recuperação dos dependentes de drogas.<sup>53</sup>

Por fim, novamente, o legislador quis usar da pedagogia para aplicar a medida de comparecimento à programa ou curso educativo, com o intuito de conscientizar o usuário sobre os efeitos e o estrago que a droga pode causar na vida das pessoas.<sup>54</sup>

Antes a conduta de portar drogas para consumo pessoal era prevista no art. 16 da Lei 6368/76, com pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

Em substituição à linha repressiva anteriormente adotada, a nova previsão na Lei de Drogas afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao crime de porte de drogas para consumo pessoal. Assim, entende-se, em síntese,

---

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> Ibidem.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Ibidem.

que o legislador trabalhou com a premissa de que o melhor caminho é o da educação, e não o da prisão.<sup>55</sup>

A partir do momento em que se aboliu a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário, iniciou-se uma grande discussão no mundo jurídico acerca da descriminalização ou despenalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei de Drogas.

Em síntese, a descriminalização pode ser compreendida como o ato ou conduta que deixou de ser crime, ou seja, não é mais possível a punição no âmbito penal para aquela prática.<sup>56</sup>

Já a despenalização, segundo Renato Brasileiro, significa adotar medidas substitutivas ou alternativas para que a prática do ilícito não seja mais punida com pena privativa de liberdade, e sim com outros meios, entretanto, a conduta continuará sendo crime.<sup>57</sup>

Ao analisar os entendimentos supracitados, percebe-se que o que ocorreu com o advento do artigo 28 da Lei 11.343/2006, foi justamente, a despenalização para o consumidor da droga, já que o legislador optou não pela legalização do uso dessas substâncias e sim por um tratamento diferenciado com o intuito de combater os males do consumo de drogas de maneira mais eficaz e em consonância com a Organização Mundial da saúde (OMS),<sup>58</sup> que em vários estudos científicos, considerou a dependência em drogas uma doença que deve ser combatida com assistência médica e incentivo à educação e socialização do usuário.

### **3.2 Da (i)legitimidade do Paternalismo jurídico-penal sobre o consumo pessoal de drogas**

A legitimidade do paternalismo é questionada pelo que, por si só, afeta a liberdade individual. A figura de John Stuart Mill é um ponto de referência do anti-paternalismo nesta discussão. Embora o objetivo de Mill fosse, na verdade, estabelecer limites ao controle do indivíduo pela opinião coletiva, seu trabalho na verdade projeta uma concepção geral de liberdade e autonomia individual.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 687-688.

<sup>56</sup> RIBEIRO, Maurides de Melo. Política criminal e redução de danos. *In*: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). **Drogas**: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

<sup>57</sup> *Ibidem*.

<sup>58</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Biblioteca Virtual em Saúde. **20/02 - Dia Nacional de Combate às Drogas e ao Alcoolismo**. 20 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/ultimas-noticias/2908-20-02-dia-nacional-de-combate-as-drogas-e-ao-alcoolismo>. Acesso em: 24 out. 2020.

<sup>59</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863, Tradução livre

Destaca-se, nesse sentido, o parágrafo de sua obra *Sobre a Liberdade*, na qual afirma que:

O único propósito pelo qual é justificável que a humanidade, individual ou coletivamente, interfira na liberdade de ação de um ou de qualquer um de seus membros, é a própria proteção... o único propósito pelo qual o poder pode, com plenos direitos, ser exercido sobre um membro da comunidade civilizada contra sua vontade, é impedi-lo de prejudicar os outros. Seu próprio bem físico ou moral não é justificativo suficiente. Ninguém pode ser justificadamente obrigado a realizar certos atos ou não, porque isso seria melhor para ele, porque o faria feliz, porque, na opinião dos outros, fazê-lo seria mais preciso ou mais justo. Estas são boas razões para argumentar, argumentar ou persuadir, mas não para forçar ou causar danos se você trabalhar de forma diferente. a única parte da conduta de cada pessoa, pela qual ele é responsável pela sociedade, é aquela que se refere aos outros. Da parte que lhe diz respeito apenas sua independência é na lei absoluta. Em si mesmo, em seu próprio corpo e espírito o indivíduo é soberano.<sup>60</sup>

A esse respeito, John Stuart Mill, faz reflexões acerca das liberdades individuais, onde defendia que ao Estado não é legítimo intervir indiscriminadamente na esfera de liberdade dos cidadãos. A concepção teórica de Mill abre um debate sobre a adoção ou não de políticas paternalistas. Considerando que a ação paternalista é, em princípio, uma interferência dos outros sobre a vontade do sujeito. Deve ser levado em conta que nem sempre é uma interferência ilegítima.

Há momentos em que a interferência do Estado na esfera da liberdade individual se justifica, Mill, aponta a existência de circunstâncias excepcionais que afetam decisões e ações humanas, e que dão subsidio a não aplicação ao princípio da lesão, assim aqueles que não têm condições de realizar escolhas responsáveis devem ser tutelados paternalisticamente. O autor dá como exemplo, o caso de indivíduos que recusam o exercício de sua própria liberdade, sendo escravos de outros, tal contrato acaba se tornando nulo, porque se vender como escravo contradiz a própria lógica do valor da liberdade, que impede uma pessoa de ser livre.<sup>61</sup>

Assim, o paternalismo pode emergir como alternativa para neutralizar esses efeitos, por meio de suas legislações e políticas públicas, o paternalismo penal será justificado e necessário quando a pessoa protegida não tiver plenas capacidades de responsabilidade.

No âmbito jurídico-penal, deve-se cuidar de todos os princípios que regem o direito penal, ao se pretender legitimar normas paternalistas, pois a resposta penal só pode encontrar legitimidade se esta buscar a manutenção de uma sociedade em

<sup>60</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863, Tradução livre.

<sup>61</sup> MILL, John Stuart. *On Liberty*. Boston: Ticknor and Fields, 1863, Tradução livre.

que os indivíduos possam coexistir pacificamente, favorecendo desta maneira o desenvolvimento de sua autonomia de forma livre.

O Estado deve coibir condutas que lesem a bens jurídicos de terceiros. Por isso, apostar na ideia da criminalização de uma autolesão, acarretaria apenas por penalizar um indivíduo capaz de autodeterminar-se, pelo simples fato de exercer a sua autonomia. Dessa forma, não podem os representantes do Estado, através de juízos de valor pessoal, determinar uma sanção penal, diante de uma autolesão.

No que se diz respeito ao porte de drogas para consumo pessoal, não faz sentido o Estado coagir os indivíduos, em suas esferas de privacidade, para agirem de maneira distinta a suas pretensões, quando opta por criminalizar certos tipos de drogas em detrimento de outras. Se o Estado entende que o consumo de drogas é nocivo, por ocasionar dependência física e psíquica, outros são os meios legitimados a evitar o comportamento lesivo do usuário. Não é finalidade do direito penal constranger o adulto capaz a uma conduta que o Estado entende ser a melhor.

Neste sentido, critica-se a excessiva intervenção estatal na vida privada dos seus cidadãos, que mesmo diante de vários estudos consolidados, o porte de drogas para consumo pessoal e as outras condutas previstas no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06 continuam a ser criminalizados, mesmo sem haver ofensa concreta ou dano materialmente relevante a bens jurídicos penalmente tutelável.

Por manter o caráter criminoso de um comportamento autolesivo, o artigo 28 da lei de drogas é ilegítimo, pois não se pode apontar uma vítima em tal conduta, já que quem sofre o dano é aquele que age. Assim, não deve o Direito Penal punir comportamentos sem vítimas efetivas.

Diante de todo o exposto, não é relevante a punição das condutas previstas no artigo 28, tendo em vista a legitimidade do Estado em intervir nos comportamentos destinados ao consumo pessoal de drogas.

#### **4 Considerações finais**

O Direito Penal é sem dúvidas a resposta mais violenta para a sociedade. Por isso, é importante que o Estado tenha cautela no uso do poder punitivo, já que nem toda ação considerada violenta pode ser tipificada como crime. Sendo assim, é necessário que se observe todo o complexo das instituições jurídicas no combate e proteção aos interesses determinados como legítimos ou ilegítimos. Nesse sentido,

a ação estatal repressiva, deve ser proporcional ao retribuir o mal injusto promovido pelo agente perante a sociedade.

Deste modo, o Estado utiliza-se do Direito Penal como forma de solucionar conflitos, porém, este deve estar sempre alinhado aos princípios tratados na Constituição, para assim determinar a escolha dos bens jurídicos que devem ser tutelados. A ação paternalista consiste no exercício de um poder legal sobre indivíduos tratados paternalistamente.

Neste sentido, critica-se a excessiva intervenção estatal na vida privada dos seus cidadãos, pois mesmo diante de vários estudos consolidados, o porte de drogas para consumo pessoal e as outras condutas previstas no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06 continuam a ser criminalizados, mesmo sem haver ofensa concreta ou dano materialmente relevante a bens jurídicos penalmente tutelável.

Por manter o caráter criminoso de um comportamento autolesivo, o artigo 28 da lei de drogas é ilegítimo, pois não se pode apontar uma vítima em tal conduta, já que quem sofre o dano é aquele que age. Assim, não deve o Direito Penal punir comportamentos sem vitimas efetivas.

### Referências

ALEMANY, Macario. *El paternalismo jurídico*. Madri: lustel. 2006

ALEMANY, Macario. Las estrategias de la benevolencia. Sobre las relaciones entre el paternalismo y la bioética”, edição digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm.26 ,2003.

ATIENZA, Manuel. Discutamos sobre paternalism. *Doxa: cuadernos de filosofia del derecho*, Alicante (Espanha), vol. 05.1998.

DWORKIN, Gerald. Autonomy and behavior control. *The Hastings Center Report*. Garrison, vol. 06, n. 01, fev. 1971.

Moral paternalism. *Law and Philosophy*, Holanda, v. 24, n. 03, 2005.

DWORKIN, R. Paternalism. *The Monist*, v. 56, n. 1, 1972, tradução livre.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo jurídico-penal**. 2010. Tese (Doutorado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. doi:10.11606/T.2.2010.tde-27012011-113618. Acesso em: 2019-10-31

MARTINELLI, J. **Paternalismo Jurídico-Penal: limites da intervenção do Estado na liberdade individual pelo uso das normas penais**. São Paulo: LiberArs, 2015.

BOBBIO, Norberto; Matteucci, Nicola: Dictionary of policy, ed. Siglo XXI, Madri, 1982, pp. 1193 e 1194. Citado por Alemany, Macario "O conceito e justificativa do paternalismo". Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2005.

RESTA, ELIGIO. Metáfora del contrato, edição digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988.

VALDES, **Sigamos discutiendo sobre ele paternalismo**. Cuadernos de Filosofia del Derecho, Alicante, nº 5, 1998, p. 219, tradução livre disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/catalogodoxa/>>. Acesso em: 30/06/2019.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BATISTA, Vera Malagutti. Díficeis ganhos fáceis – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. Revista Liberdades, São Paulo, n.2, set./dez. 2009.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Volume Único. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Volume I – Parte Geral**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBEIRO, Maurides de Melo. Política criminal e redução de danos. In: SHECAIRA, Sérgio Salomão (org.). Drogas: Uma Nova Perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. Tradução de Alair Leite. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 112, jan./fev. 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: Volume I - Parte Geral**. 16. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral: artigos. 1º a 120º**. 3. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2002. v. 1.

\_\_\_\_\_. Bem jurídico-penal e Constituição. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. Bem jurídico-penal e Constituição. 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral - v. 1.** 19ª. ed. Niterói: Impetus, 2017.

FEINBERG, Joel. Harm to self the moral limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford, 1986. v.3.

DWORKIN, Gerald. Paternalism. The Monist, 1972

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. Trad. João Paulo Orsini Martinelli. Revista Justiça e Sistema Criminal, Curitiba, v.4, n.6, 2012.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MILL, John Stuart. On Liberty. Boston: Ticknor and Fields, 1863.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas: Vol. 1.** 12. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

ATIENZA, Manuel. **Discutamos sobre paternalismo.** Doxa: cuadernos de filosofia del derecho, vol. 05. Alicante: Universidad de Alicante, 1998.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e Direito Penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 179, out. 2007.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. Paternalismo na lei de drogas. Revista Liberdades, São Paulo, n.2, set./dez. 2009.

\_\_\_\_\_. Paternalismo jurídico-penal. 2010. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, Departamento de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia, São Paulo.

CARVALHO, Gisele Mendes. Delitos relativos à prostituição no Código Penal brasileiro: Proteção da dignidade humana ou paternalismo jurídico? Ciências Penais. São Paulo, v. 12, jan./jun.2010.

DWORKIN, Gerald. Paternalismo. *The Monist*, v. 56, n. 1, jan.1972.

MARTEL, Leticia. Direitos fundamentais indisponíveis: os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Rio de Janeiro. 2010. 461p. Tese (Doutorado em Direito Público). Departamento de Direito da UERJ.

\_\_\_\_\_. O paternalismo jurídico – “Que fazer”? No prelo, gentilmente cedido pela autora. MAZZIEIRO, João Batista. Sexualidade criminalizada: prostituição, lenocínio e outros delitos – São Paulo 1870/1920. *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 18, n. 35,1998.

MEIRELLES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALDÉS, Ernesto Garzón. ¿Éseticamente justificable el paternalismo jurídico? *Doxa: cuadernos de filosofia del derecho*: Universidad de Alicante. Espanha, n.5, p. 1988.

VALVERDE TERRA, Aline de Miranda; LEMOS PEREIRA, Paula Moura Francesconi de. Considerações acerca do estatuto jurídico do corpo humano. *Revista dos Tribunais*, v. 952, fev. 2015.