



Direito penal. Porte de drogas / entorpecentes para uso próprio. Princípio da autonomia de vontade da pessoa. Princípio da ofensividade. Declaração incidental de inconstitucionalidade.

Juizado Especial de Cafelândia/SP

Autos n. 183/2010

j. 26.01.2011 – public. 26.01.2011

VISTOS

A denúncia deve ser rejeitada, porquanto a lei incriminadora é inconstitucional no particular.

A criminalização do porte de drogas para uso próprio afronta o princípio da alteridade, na medida em que pune conduta inofensiva a bem jurídico de terceiro, lesando, outrossim, o direito fundamental à liberdade, já que subtrai do indivíduo a prerrogativa inalienável deste de gerenciar sua própria vida da maneira que lhe aprouver, independentemente da invasiva e moralista intervenção estatal.

Ora encarado como princípio autônomo, ora visto como decorrência do princípio da ofensividade, a alteridade é assim resumida por Luiz Flávio Gomes, em obra coletiva na qual é também um dos coordenadores:

“*Só é relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros. Se o agente ofende (tão-somente) bens jurídicos pessoais, não há crime (não há fato típico). Exemplos: tentativa de suicídio, autolesão, danos a bens patrimoniais próprios e etc*” (Legislação Criminal Especial. Coleção Ciências Criminais, Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.009, p. 174).

Na hipótese em comento, a opção do Estado em etiquetar como criminosa conduta cujos resultados deletérios não transcendem a esfera de direitos da pessoa supostamente lesada por sua própria conduta é altamente reprovável, pois faz tabula rasa de ensinamentos jurídicos seminais em matéria penal, guardando estreita similaridade com práticas incriminadoras encontradas em períodos sombrios da história da humanidade, como durante o regime nazista, no qual o sujeito era punido pelo que era, não pelo que fazia (o chamado *direito penal do autor*).

É como sabiamente adverte o citado Luiz Flávio Gomes:

“*Se em direito penal só deve ser relevante o resultado que afeta terceiros pessoas ou interesses de terceiros, não há como se admitir (no plano constitucional) a incriminação penal da posse de drogas para uso próprio, quando o fato não ultrapassa o âmbito privado do agente. O assunto passa a ser uma questão de saúde pública (e particular), como é hoje (de um modo geral) na Europa (...). Não se trata de um tema de competência da Justiça penal. A polícia não tem muito o que fazer em relação ao usuário de drogas (que deve ser encaminhado para tratamento, quando o caso)*” (ob. citada, p. 174).

Na mesma toada Luciana Boiteux, para quem, “*Do ponto de vista teórico, de forma coerente, a descriminalização funda-se ainda na defesa do direito à privacidade e à vida privada, e na liberdade de as pessoas disporem de seu próprio corpo, em especial na ausência de lesividade do uso privado de uma droga, posição essa defendida por vários autores, e que foi reconhecida pela famosa decisão da Corte Constitucional da Colômbia*” (Aumenta o consumo. O proibicionismo falhou. *Le Monde Diplomatique* Brasil. Setembro de 2009. p10).

Aliás, não é de hoje que doutrinadores de tomo levantam-se contra a incriminação do uso de drogas. Ainda sob a égide da Lei de 6.368/76, Nilo Batista afirmava que o art. 16 do referido diploma “*incrimina o uso de drogas, em franca oposição ao princípio da lesividade e às mais atuais recomendações político-criminais*” (Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 1.996, p. 92/93).

Ao contrário do que os mais inocentes possam imaginar, a proibição do uso de drogas não se fia, historicamente, na proteção de uma amorfa, pouco delimitada e imprecisa *saúde pública*, como açodadamente se supõe e como gostam de contra-argumentar os defensores do proibicionismo.

Em relevante artigo publicado na edição brasileira de setembro de 2.009 do periódico francês *Le Monde Diplomatique*, Thiago Rodrigues traçou importante histórico, a partir do qual se vê, com clareza, as raízes podres do movimento proibicionista de origem norte-americana:

“*Na passagem do século XIX para o século XX, drogas como a maconha, a cocaína e a heroína não eram proibidas. Ao contrário, elas eram produzidas e vendidas livremente, com muito pouco controle. No entanto, passaram a ser alvo de uma cruzada puritana, levada adiante por agremiações religiosas e cívicas, dedicadas a fazer lobby pela proibição. Nos Estados Unidos, as campanhas contra certas drogas psicoativas foram, desde o início, mescladas a preconceitos, racismo e xenofobia. Drogas passaram a ser associadas a grupos sociais e minorias, considerados perigosos pela população branca e protestante majoritária no país: mexicanos eram relacionados à maconha; o ópio vinculado aos chineses; a cocaína aos negros; e o álcool aos irlandeses*” (artigo intitulado *Tráfico, guerras e despenalização*. p. 6).

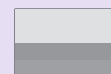
A realidade é que, desde tempos imemoriais, os seres humanos buscam artifícios que os conduzam a diferentes sensações, à transcendência da mesmice cotidiana, ao encontro de um *alter ego* de alguma forma mais agradável, não revelado senão a partir de influxos externos.



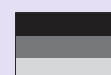
BRASIL _____ 1605



ARGENTINA _____ 1606



COLÔMBIA _____ 1609



ALEMANHA _____ 1611

Por tal razão, inata à existência humana, é uma quimera imaginar um mundo sem drogas. Foucault já se pronunciou sobre o tema: “...as drogas são parte de nossa cultura. Da mesma forma que não podemos dizer que somos ‘contra’ a música, não podemos dizer que somos ‘contra’ as drogas” (Michel Foucault, uma entrevista: sexo, poder e política. Tradução de Wanderson Flor do Nascimento. Em Verve, São Paulo, Nu-Sol, v. 5, 2004, PP. 264-65).

Não compete ao direito penal fazer juízo de valor sobre ditos artificios, anatemizando alguns e comprazendo com outros (como as bebidas alcoólicas, por exemplo). Pouco importa, para fins de manejo da justiça criminal, indagar sobre os possíveis efeitos nocivos que tais estratégias possam causar em seus adeptos. Com imensa sabedoria, Alice Bianchini já asseverou que “sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem-estar social, ultrapassa seus próprios limites em detrimento de suas tarefas primordiais (...). Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem diretamente [ao alheio]” (Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pág. 33).

A possibilidade de fazer escolhas, por mais esdrúxulas ou inexplicáveis que possam parecer aos terceiros expectadores, deve ser encarada como uma prerrogativa inexorável da espécie humana, umbilicalmente ligada à autonomia da vontade que, antes e para além de ser um direito, é uma característica que nos distingue das demais espécies.

(...)

Por fim, saliento que o Tribunal de Justiça de São Paulo, por meio da 6ª Câmara de Direito Criminal, em acórdão relatado pelo Desembargador José Henrique Rodrigues Torres, recentemente esposou posição no mesmo sentido da ora defendida:

“1- A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes, para a comprovação da mercancia, denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante. 2- O artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indistigável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil”. (Apelação Criminal n. 993.07.12653-3; Data do julgamento: 31/03/2008; Data de registro: 23/07/2008).

Ante o exposto, por ofensa ao princípio da alteridade, declaro, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06, e, conseqüentemente, REJEITO a denúncia, por atipicidade manifesta do fato.

Após o trânsito em julgado arquivem-se.

P.R.I.

Bruno Cortina Campopiano
Juiz de Direito

Direito penal. Porte de drogas / entorpecentes para uso próprio. Usuário / dependente. Vitimização. Princípio da dignidade da pessoa humana.

1606

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)
Recurso de hecho A. 891. XLIV
j. 25.08.2009

CONSIDERANDO

(...)

Que de la reseña efectuada surge que la defensa ha articulado un genuino caso constitucional. En efecto, el núcleo de su argumentación estuvo dirigido a cuestionar la validez constitucional de la figura legal que sanciona la tenencia de estupefacientes para consumo personal, por la afectación que tal incriminación ocasionaría al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Constitución Nacional. De ese modo, puso en tela de juicio una ley federal (artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737) como contraria al principio de reserva contenido en el artículo 19 de la Carta Magna, y la decisión definitiva fue contraria a los derechos que la recurrente fundó directamente en la Constitución Nacional (artículo 14, inciso 1, de la ley 48).

(...)

14) Que en lo que aquí respecta han pasado diecinueve años de la sanción de la ley 23.737 y dieciocho de la doctrina “Montalvo” que legitimó su constitucionalidad. Este es un período, que por su extensión, permite descartar que un replanteo del thema decidendum pueda ser considerado intempestivo.

Por el contrario, la extensión de ese período ha permitido demostrar que las razones pragmáticas o utilitaristas en que se sustentaba “Montalvo”

han fracasado. En efecto, allí se había sostenido que la incriminación del tenedor de estupefacientes permitiría combatir más fácilmente a las actividades vinculadas con el comercio de estupefacientes y arribar a resultados promisorios que no se han cumplido (ver considerando 26 de Fallos: 313:1333), pues tal actividad criminal lejos de haber disminuido se ha acrecentado notablemente, y ello a costa de una interpretación restrictiva de los derechos individuales.

15) Que así la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) indica en el informe correspondiente al 2007 que Argentina ha cobrado importancia como país de tránsito, y que también hay indicios de producción local de cocaína. Allí se agrega que nuestro país lidera el ranking latinoamericano en “estudiantes secundarios” que consumen pasta base de cocaína conocida como “paco”. También el consumo de paco ubica a Argentina, Chile y Bolivia como los países con más injerencia en la región y en el mundo (2007 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito).

En el informe del año 2006 del mismo organismo se ha señalado que además de los tres grandes productores sudamericanos, en nuestro país se ha detectado cierta fabricación de productos derivados de la cocaína, y que se transformó en un importante lugar de tránsito de estupefacientes de la región andina hacia Europa (pág. 91); y que pese a la información oficial de cierto descenso del consumo de cocaína, el organismo internacional consideró que tal información obedecía a diferencias metodológicas para medir la estadística. Allí también se incluyó a la Argentina entre los países donde ha proliferado el éxtasis (pág. 129). En cuanto a las elevadas incautaciones de marihuana, el informe señala que no se compadecen con los niveles de consumo denunciados

(pág. 164) (2006 World Drug Report. Naciones Unidas. Oficina de Drogas y Delito). (...); Argentina ocupa el séptimo lugar de los países americanos de donde proviene droga incautada en Europa (pág. 77). El país ocupa el segundo lugar de sudamérica en consumo de cocaína (págs. 88 y 275); aumentó el secuestro de resina de marihuana (pág. 103), así como su consumo (pág. 114). El país está entre los primeros puestos del ranking sudamericano en consumo de estimulantes (pág. 136) y de éxtasis (pág. 165).

(...)

A similares conclusiones arriba el informe del Observatorio Interamericano sobre Drogas en el 2006. Allí se expone el importante incremento de consumo de drogas ilícitas en nuestro país, así como su liderazgo respecto de otros países de Latinoamérica en el consumo de diferentes estupefacientes, especialmente entre la juventud (Primer Estudio Comparativo sobre Uso de Drogas en Población Escolar Secundaria de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú y Uruguay).

(...)

Cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 in re “Mazzeo”, Fallos: 330:3248).

(...)

17) Que así, los tratados internacionales, en sus textos, reconocen varios derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional de 1853, entre ellos - y en lo que aquí interesa - el derecho a la privacidad que impide que las personas sean objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Con relación a tal derecho y su vinculación con el principio de “autonomía personal”, a nivel interamericano se ha señalado que “el desenvolvimiento del ser humano no queda sujeto a las iniciativas y cuidados del poder público. Bajo una perspectiva general, aquél posee, retiene y desarrolla, en términos más o menos amplios, la capacidad de conducir su vida, resolver sobre la mejor forma de hacerlo, valerse de medios e instrumentos para este fin, seleccionados y utiliza - dos con autonomía - que es prenda de madurez y condición de libertad - e incluso resistir o rechazar en forma legítima la injerencia indebida y las agresiones que se le dirigen. Esto exalta la idea de autonomía y desecha tentaciones opresoras, que pudieran ocultarse bajo un supuesto afán de beneficiar al sujeto, establecer su conveniencia y anticipar o iluminar sus decisiones” (CIDH en el caso Ximenes Lopes vs. Brasil, del 4 de julio de 2006, parágrafo 10 del voto del Juez Sergio García Ramírez).

(...)

18) Que también el principio de dignidad del hombre, proclamado en el sistema internacional de derechos humanos (Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana), guarda más compatibilidad con la solución postulada en “Bazterrica”. En efecto, tal principio de dignidad que consagra al hombre como un fin en sí mismo, se opone a que sea tratado utilitariamente. Parece dudosa la compatibilidad de tal principio con los justificativos de la ley 23.737 y “Montalvo”, respecto de la conveniencia, como

técnica de investigación, de incriminar al consumidor para atrapar a los verdaderos criminales vinculados con el tráfico.

19) Que el derecho internacional también ha hecho un vehemente reconocimiento de las víctimas y se ha preocupado en evitar su revictimización, a través del acceso a la justicia (artículo 25 de la Convención Americana). En consonancia nuestra Corte ha receptado determinados principios tendientes a darle a aquél un mayor protagonismo en el proceso (“Santillán” Fallos: 321:2021).

No hay dudas que en muchos casos los consumidores de drogas, en especial cuando se transforman en adictos, son las víctimas más visibles, junto a sus familias, del flagelo de las bandas criminales del narcotráfico. No parece irrazonable sostener que una respuesta punitiva del Estado al consumidor se traduzca en una revictimización.

20) Que la jurisprudencia internacional también se ha manifestado en contra del ejercicio del poder punitivo del Estado en base a la consideración de la mera peligrosidad de las personas. Al respecto se ha señalado que “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador acerca de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación por los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán...Sobra ponderar las implicaciones, que son evidentes, de este retorno al pasado, absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos...” (CIDH, Serie C N1 126, caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005).

Este principio también ha sido receptado por esta Corte en el precedente in re “Gramajo” (Fallos: 329:3680) quién además agregó que “...En un Estado, que se proclama de derecho y tiene como premisa el principio republicano de gobierno, la Constitución no puede admitir que el propio estado se arrogue la potestad - sobrehumana - de juzgar la existencia misma de la persona, su proyecto de vida y la realización del mismo, sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de la culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad, o si se prefiere mediante la pena o a través de una medida de seguridad...” (ver en sentido coincidente “Maldonado” Fallos: 328:4343).

(...)

21) Que, cabe señalar que la jerarquización de los tratados internacionales ha tenido la virtualidad, en algunos casos, de ratificar la protección de derechos y garantías ya previstos en nuestra Carta Magna de 1853; en otros, le ha dado más vigor; y en otros casos realiza nuevas proclamaciones o describe alcances de los mismos con más detalle y precisión. Pero, además, dichas convenciones internacionales también aluden a los valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como “bien común”, “orden público”, “utilidad pública”, “salubridad pública” e “intereses nacionales” (artículo 22 inc. 31, del Pacto de San José de Costa Rica; artículos 12 inc. 3°, 14, 19 inc. 31 b, 21 y 22 inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 29 inc. 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).

No hay que olvidar que los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen una protección mínima por debajo de la cual se genera responsabilidad internacional, y que nuestra Constitución Nacional, en relación a los parámetros antes transcritos, es más amplia (Colautti, Carlos, “Los tratados internacionales y la Constitución Nacional”, Ed. La Ley 1999, Bs. As., pág. 76).

22) Que sobre la interpretación de tales bienes colectivos la Corte Interamericana ha dado claras pautas interpretativas, para evitar que la mera invocación de tales intereses colectivos sean utilizados arbitrariamente por el Estado.

Así en su Opinión Consultiva 5/86 señaló que es posible entender el

bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. Luego agregó: “No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de ‘orden público’ y ‘bien común’, ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29, a, de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención” (parágrafos 66 y 67).

(...)

23) Que a nivel internacional también se ha consagrado el principio “pro homine”. De acuerdo con el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 29 de la Convención Americana, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos. Así cuando unas normas ofrezcan mayor protección, estas habrán de primar, de la misma manera que siempre habrá de preferirse en la interpretación la hermenéutica que resulte menos restrictiva para la aplicación del derecho fundamental comprometido (CIDH OC 5-85). No hay dudas que tal principio “pro homine” resulta más compatible con la posición de la Corte en “Bazterrica” que en “Montalvo”, pues aquél amplía la zona de libertad individual y este último opta por una interpretación restrictiva.

(...)

25) Que no obstante ello, ninguna de las mencionadas convenciones suscriptas por la Argentina la compromete a criminalizar la tenencia para consumo personal.

En efecto, las convenciones no descartan tal opción, pero expresamente al referirse a los deberes de los Estados, se señala que tal cuestión queda “a reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico” (artículo 31, inc. 21, de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988; artículo 22 del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1917; artículos 35 y 36 de la Convención única de 1961 sobre Estupefacientes). Por su parte la Oficina de las Naciones Unidas sobre Droga y Control (UNODC), al elaborar los principios básicos de prácticas alternativas a la prisión, incluye expresamente, entre otros, a los consumidores de estupefacientes (Naciones Unidas Oficina de Droga y Crimen Handbook Basic Principles on Alternatives to Imprisonment, Criminal Justice Handbook Series, New York, 2007).

26) Que si bien el legislador al sancionar la ley 23.737, que reemplazó a la 20.771, intentó dar una respuesta más amplia, permitiendo al juez penal optar por someter al inculcado a tratamiento o aplicarle una pena, la mencionada ley no ha logrado superar el estándar constitucional ni internacional. El primero, por cuanto sigue incriminando conductas que quedan reservadas por la protección del artículo 19 de la Carta Magna; y el segundo, porque los medios implementados para el tratamiento de los adictos, han sido insuficientes hasta el día de la fecha.

(...)

28) Que, frente a la decisión que hoy toma este Tribunal se debe subrayar el compromiso ineludible que deben asumir todas las instituciones para combatir al narcotráfico. A nivel penal, los compromisos internacionales obligan a la Argentina a limitar exclusivamente la producción, fabricación, exportación, importación, distribución, y comercio de los estupefacientes, a fines médicos y científicos. Asimismo a asegurar, en el plano nacional, una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito, adoptando las medidas necesarias, para que el cultivo, la producción, fabricación, extracción, preparación, oferta de venta, distribución, despacho, expedición de tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, sean consideradas como delitos que se cometen intencionalmente, y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión y otras penas privativas de la libertad (artículo 36 de la Convención).

La circunstancia de que los precursores químicos necesarios para la fabricación de drogas son productos en los que, de alguna manera, nuestro país participa en su cadena de producción, hace necesario que ello sea tenido en cuenta en la implementación de políticas criminales para la lucha contra este flagelo internacional.

29) Que, sin perjuicio de todas las evaluaciones que debe hacer el Estado para mejorar las técnicas complejas de investigación para este tipo de delitos, tendientes a desbaratar las bandas criminales narcotraficantes que azotan a todos los países; respecto de la tenencia para consumo personal, nuestro país, en base a la interpretación que aquí hace de su derecho constitucional, hace uso de la reserva convencional internacional respecto de tal cuestión, descartando la criminalización del consumidor.

Obviamente que la conducta no punible solo es aquella que se da en específicas circunstancias que no causan daños a un tercero.

(...)

31) Que si bien como principio lo referente al mejor modo de perseguir el delito y cuáles son los bienes jurídicos que requieren mayor protección, constituyen cuestiones de política criminal propias de las otras esferas del Estado, lo cierto es que aquí se trata de la impugnación de un sistema normativo que criminaliza conductas que - realizadas bajo determinadas circunstancias - no afectan a un tercero y, por lo tanto, están a resguardo del artículo 19 de la Constitución Nacional. Consecuentemente, cabe afirmar que el Congreso ha sobrepasado las facultades que le otorga la Carta Magna.

32) Que en efecto, el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo (Dworkin Ronald, Los Derechos en Serio, págs. 392 y ss, Ed. Ariel, 1999, Barcelona España). Y éste es el sentido que cabe otorgarle al original artículo 19, que ha sido el producto elaborado de la pluma de los hombres de espíritu liberal que construyeron el sistema de libertades fundamentales en nuestra Constitución Nacional, recordándonos que se garantiza un ámbito de libertad personal en el cual todos podemos elegir y sostener un proyecto de vida propio.

De esta manera, nuestra Constitución Nacional y sumado a ello los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos jerarquizados reflejan la orientación liberal garantizadora que debe imperar en un estado de derecho democrático para resolver los conflictos entre la autoridad y los individuos y respeto de éstos entre sí, y en ese sentido el estado de derecho debe garantizar y fomentar los derechos de las personas siendo éste su fin esencial.

(...)

36) Que, por todas las consideraciones expuestas, esta Corte con

sustento en “Bazterrica” declara que el artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737 debe ser invalidado, pues conculca el artículo 19 de la Constitución Nacional, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. Por tal motivo se declara la inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros, como ha ocurrido en autos.

Por ello, y oído el señor Procurador General con arreglo a lo expresado en el dictamen de la causa V.515.XLII “Villa- campa” - que antecede -, se resuelve: I) Hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, declarar la inconstitucionalidad del artículo 14, segundo párrafo, de la ley 23.737, con el alcance señalado en el considerando final, y dejar sin efecto la sentencia apelada en lo que fue motivo de agravio. II) Exhortar a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables,

especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Agréguese la queja a los autos principales. Hágase saber y devuélvase.

Ricardo Luis Lorenzetti
Elena I. Highton de Nolasco
Carlos S. Fayt
Enrique Santiago Petracchi
Juan Carlos Maqueda
E. Raul Zaffaroni
Carmen M. Argibay

Ministros

Direito penal. Porte de drogas / entorpecentes para uso próprio. Princípio da lesividade. Princípio da intervenção mínima. Descriminalização do uso de drogas / entorpecentes.

Corte Suprema de Justicia (Colômbia)

Proceso nº 31531

j. 08.07.2009

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación interpuesto por la defensora de A.J.Q., contra la sentencia del Tribunal de Armenia que confirmó la dictada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de conocimiento de esa ciudad, mediante la cual se le condenó como autor responsable del delito de *llevar consigo* sustancia estupefaciente.

(...)

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

(...)

2.- Del principio de lesividad en el Estado constitucional, social y democrático de Derecho.

De acuerdo con los elementos materiales de prueba que obran en la actuación, se tiene establecido que el aquí procesado al momento de su aprehensión *llevaba consigo* una cantidad de 1.3 gramos de cocaína que iban en dos papeletas, objetividad de la cual se infiere que apenas sobrepasó la dosis personal, comportamiento por el que resultó condenado a la pena principal de sesenta y cuatro (64) meses de prisión, sin que los jueces de instancia hubiesen reparado que el Código Penal dentro de sus normas rectoras tiene consagrado el principio de lesividad así:

“Ley 599 de 2000 - art. 11 - Antijuridicidad - Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.”

(...)

Pero, además, se relaciona este principio con el de la llamada intervención mínima, conforme al cual el derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la

conservación del ordenamiento jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo, noción en la que se integran los postulados del carácter fragmentario del derecho penal, su consideración de última ratio y su naturaleza subsidiaria o accesorio, conforme a los cuales el derecho penal es respetuoso y garante de la libertad de los ciudadanos, por lo cual sólo ha de intervenir en casos de especial gravedad y relevancia, ante bienes jurídicos importantes y cuando, los demás medios de control resultan inútiles para prevenir o solucionar los conflictos, esto es, reclamando como necesaria la intervención del derecho penal.

(...)

De ahí que la función crítica como reductora del bien jurídico no se agota cuando el legislador crea nuevos tipos penales, ni tampoco cuando el Tribunal Constitucional ejerce el control que le es propio respecto de dicha competencia, sino que suele manifestarse en la labor de apreciación que todos los operadores jurídicos, y en últimas el juez, realizan acerca del alcance de la descripción típica contenida en la norma frente a la gama de posibilidades que el diario vivir le ofrece a la administración de justicia como motivo de persecución, juzgamiento y sanción jurídico penal.

(...)

Es un fenómeno social incontestable que el consumo de marihuana y sustancias estupefacientes genera en la persona problemas de adicción y esclavitud que lo convierten en un enfermo compulsivo (en variedad de intensidades) merecedor de recibir tratamientos médicos terapéuticos antes que un castigo, pena o reducción a un establecimiento carcelario.

En esa condición de afectación de su voluntad y limitaciones a su capacidad de auto-determinación, despliega comportamientos orientados a la consecución de la droga con la cual puede calmar sus apetencias (no ilimitadas). En esos propósitos, al encontrar la fuente de abastecimiento y previendo la persecución, opta por adquirir la “dosis personal” o alternativamente la de “aprovisionamiento” para consumir y alterar de manera nociva su mente y su cuerpo no durante una oportunidad sino previendo la posibilidad de varias (en eventos, acompañado de varios

sujetos consumidores), razón por la que en circunstancias como la que ahora es objeto de control constitucional y legal, puede aparecer como portador de cantidades un poco mayores de las permitidas, resultado objetivo que al valorarse al interior de una actuación como la presente, se proyecta carente de lesividad en la medida que aparece distante de los comportamientos del tráfico y de los objetivos del lucro. Al respecto se ha escrito:

Hay que poner de manifiesto que en el Código penal de 1995 (se refiere al estatuto español), se sigue despenalizando la posesión de estupefacientes encaminada al consumo, sin exigir legalmente ninguna condición de índole cuantitativa (v. gr. que se trate de módicas cantidades etc.), o de índole temporal (v. gr. Que las cantidades poseídas no superen las necesidades de consumo de una semana, etc), lo que a mi parecer, es digno de todo elogio, pues semejantes límites o condiciones no hace más que crear un sistema de presunciones absolutas “*musir et de iure*” de destino al tráfico de la sustancia cuando no se cumplen los requisitos legales, no prestando atención entonces a la intención del sujeto, que es lo que en todo caso debe prevalecer, dando lugar a un Derecho penal de mera sospecha que entra en abierta contradicción con el principio de culpabilidad que debe imperar en todo Estado democrático de derecho.

La exención de responsabilidad alcanza a todo poseedor consumidor y no sólo al que reúne la cualidad de toxicómano, como dice la STS de 15 de febrero de 1983: “*no sólo la posesión del drogadicto es acto impune, dado que, además de los sujetos adictos al consumo de estupefacientes en estado de dependencia, también se abastecen de tales sustancias quienes todavía no se han iniciado en su uso y desean hacerlo, así como aquellos que, aún iniciados, no han adquirido el hábito de su consumo*”.⁽¹⁾

El principio de lesividad encuentra correspondencia en el postulado del *harm principle*:

En los países de habla inglesa suele acudirse como base de legitimación de las normas penales sobre todo al *harm principle* que ha jugado un papel esencial desde el siglo XIX. En relación con el mismo son fundamentales las consideraciones del filósofo JOHN STUART MILL, vertidas en su obra *On Liberty*, publicada en 1859. Afirma MILL:

El hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otros; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos (...) Tan pronto como una parte de la conducta de una persona afecta perjudicialmente a los intereses de otra, la sociedad tiene jurisdicción sobre ella y puede discutirse si su intervención es o no favorable al interés general. Pero no hay lugar a plantear ésta cuestión cuando la conducta de una persona no afecta, en absoluto, a los intereses de ninguna otra (...) En tales casos, existe perfecta libertad, legal y social, para ejecutar la acción y afrontar las consecuencias (...).

Bajo los presupuestos de la concepción de MILL, no pueden castigarse legítimamente conductas que únicamente conllevan una lesión para uno mismo, ni tampoco puede justificarse el castigo de una conducta únicamente en virtud de su inmoralidad (...).

El énfasis en la lesión de los intereses de terceros, central para el *harm principle*, puede contribuir a demarcar la diferencia entre el menoscabo de los intereses de terceros y los intereses del propio agente, diferencia también reconocida dentro de la teoría del bien jurídico aunque no suficientemente atendida. Ello puede mostrarse de la mano de la discusión sobre la penalización del consumo de drogas (...) No hay duda de que hay ciertas drogas nocivas para la salud, al menos para la salud de aquellos que las consumen. Es decir, los daños para la salud resultantes de consumo de drogas son auto infligidos por los consumidores. Y los daños que uno mismo se inflige tienen poco o nada que ver con el menoscabo de intereses de terceros. Es indudable que tengo un interés jurídicamente merecedor de protección en que mi salud no sea menoscabada por acciones de tercero. Pero, ¿tengo una pretensión semejante hacia mí mismo? La idea de la amenaza de un bien

propio resulta forzada. Si se quiere sostener la legitimación de los tipos penales del derecho penal de las drogas en un bien jurídico vinculado a la salud, debería configurarse éste de modo que sólo quedarían abarcados daños a la salud causados por terceras personas, lo que sin embargo vendría a restringir de modo considerable el ámbito de aplicación de dichos tipos legales, los cuales, no obstante, sólo a través de esa vía serían susceptibles de legitimación. En todo caso, desde esa perspectiva no puede justificarse la reacción penal frente al consumo voluntario de drogas.⁽²⁾

(...)

En fin: si en ejercicio de sus personales e íntimos derechos, el acusado A.J.Q. no afectó los ajenos, no produjo daño ni peligro de menoscabo al bien jurídico de la salud pública, es dable concluir que el comportamiento imputado no va en contravía del artículo 11 de la Ley 599 de 2000 y, en consecuencia, no puede ser objeto de ninguna sanción porque al no presentarse la categoría jurídica de la antijuridicidad, es imposible predicar la configuración de conducta punible.

Desde la perspectiva de la prevalencia del derecho sustancial, como para el caso se evidencia el desacierto de la sentencia con la que se condenó al aquí procesado por un comportamiento que no constituye delito, esta circunstancia objeto de control constitucional y legal impone como remedio para restablecer sus garantías fundamentales y hacer efectivo el derecho material en la presente actuación, casar de oficio el fallo objeto de impugnación y absolverlo del cargo por el cual se lo acusó.

(...)

Dígame también, en claro respaldo a la fundamentación acopiada, que en Colombia el proceso de definición negativo de las conductas atinentes al tráfico y consumo de drogas adictivas comienza con la expedición de la Ley 11 de septiembre 15 de 1920. Cuando llega la influencia del positivismo penal sociológico, es señalada la adición como estado pre-delictual o “*fronterizo del delito*”, recogiendo éstos comportamientos en el rubro genérico de “delitos contra la salud pública”, para ocurrir que ya en la década de los años 60 se califica al consumidor como “enfermo”, aspecto al que se refieren los artículos 2-j y 51 de la Ley 30 de 5 de febrero de 1986 y 367 cp.

Así también sucede en las legislaciones de Austria, Chile, España, Francia, Italia, México, Noruega, Portugal, República Federal Alemana, Argentina y Uruguay, mientras que el Convenio Único de las Naciones Unidas de 1961, el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas suscrito en Viena en 1971, el Acuerdo Suramericano sobre Estupefacientes y Sicotrópicos de 1973, y el Segundo Protocolo Adicional del Acuerdo Suramericano, suscrito en Buenos Aires en 1983, indican que la tenencia de éstas drogas sólo tiene relevancia a efectos de la aplicación penal en cuanto la misma se halle destinada al posterior tráfico ilícito.⁽³⁾

Todo usuario debe tener en su poder la droga para que se le pueda imputar infracción al estatuto de estupefacientes, a no ser individuos cuya degradación física haya llegado al extremo que implique suministro por manos extrañas. Pero la cantidad incautada, *siempre y cuando no sea excesivamente superior*, no puede ser el factor decisivo para elevar el reproche correspondiente sino que debe amalgamarse con el ánimo, fin o propósito que gobernaba al portador (signo subjetivo de lo injusto), so pena de hacer tabla rasa con el principio rector de la culpabilidad y dar cabida a la derivación de responsabilidad penal meramente por el favor objetivo. “*Tener para el comercio significa poseer sustancias con el objeto de hacer comercio clandestino o fraudulento con ellas, no basta la mera tenencia*”.⁽⁴⁾

(...)

4.- Otros aspectos.

Se reitera que como en la sentencia de segunda instancia se ordenó la captura de A.J.Q., desde hoy 8 de julio de 2009 - fecha de aprobación en Sala de la Sentencia de casación - se ordena su cancelación sin esperar a la audiencia de lectura y comunicación para efectos de publicidad.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

1.- No casar el fallo impugnado en los términos que fueron planteados por la defensora de A.J.Q..

2.- Casar oficiosamente la sentencia de segunda instancia del 28 de noviembre de 2008, con la cual el Tribunal Superior de Armenia confirmó la proferida el 22 de octubre de ese mismo año por el Juzgado 4º Penal del Circuito de esa ciudad, que condenó a A.J.Q. como autor responsable del delito de *llevar consigo* estupefacientes.

3.- Absolver al señor A.J.Q. del cargo por el que se lo llamó a juicio en esta actuación.

4.- En consecuencia del fallo, se ordena de inmediato la cancelación de la orden de captura contra A.J.Q. dispuesta por el Juez de primera instancia.

5.- Realizar la información de la sentencia absolutoria a que se

refiere el inciso 2º del artículo 166 del Código de Procedimiento Penal.

Contra esta decisión no procede recurso alguno. Devuélvase el expediente al despacho de origen.

Notas:

- (1) REY HUIDOBRO, LUIS FERNANDO. *El delito...* ob. cit., página 25.
- (2) VON HIRSCH, ANDREW. *El concepto de bien jurídico y el principio del daño*, en *“La teoría del bien jurídico”*. Madrid, Marcial Pons, 2007, páginas 38, 39, 45 y 46.
- (3) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO y OTROS. *Comentarios...* ob. cit., páginas 101/2.
- (4) RAINIERI, SILVIO. *Manual de derecho penal*. T. IV, Bogotá, Editorial Temis, 1975, pág. 326.

Yesid Ramírez Bastidas
Magistrado ponente

Direito penal. Princípio da autonomia de vontade. Princípio da proporcionalidade. Constitucionalidade da criminalização do uso ou do porte para uso próprio.*

Tribunal Constitucional Federal Alemão BVerfGE 90, 145 j. 09.03.1993

Submeteu-se à Corte procedimento para se declarar se as disposições penais da Lei de Substâncias Entorpecentes alemã (Lei de 28 de julho de 1981 e posteriores alterações) seria compatível com a Constituição, especificamente em relação às penas de prisão para as várias formas de transação ilegal envolvendo produtos canabinoides.

Questionava-se se qualquer negociação dependeria de uma autorização oficial, o que distinguiria a transação legal da ilegal. Como a lista das drogas vedadas à comercialização contempla *Cannabis* em folhas, sementes, resina ou na forma concentrada, exceto se tal substância se destinar para fins de produção de cânhamo ou para pesquisa, desde que voltada ao interesse social, foi questionada a proporcionalidade em razão da nãoincriminação de outras drogas igualmente deletérias, como o álcool e o tabaco, e a proporcionalidade na imposição da sanção criminal.

A constitucionalidade das normas penais da Lei de Substâncias Entorpecentes foi confrontada com o artigo 2º, parágrafo 1º, da Constituição;⁽¹⁾ a constitucionalidade da previsão da aplicação da pena prisão com o art. 2º, parágrafo 2º, alínea 2, da Constituição;⁽²⁾ e a constitucionalidade da diferença no tratamento de substâncias entorpecentes diversas em face do art. 3º, parágrafo 1º, da Constituição.⁽³⁾

O art. 2º, parágrafo 1º, da Constituição protege toda forma de atividade humana sem levar em consideração sua influência para o desenvolvimento individual. Entretanto, apenas a essência, o núcleo, do direito de determinar o curso da vida de cada um recebe a proteção absoluta, restando fora da interferência da autoridade pública. O trato com as drogas e, em particular, o ato de voluntariamente intoxicar-se, não poderia ser reconhecido como parte deste núcleo absoluto em razão das diversas consequências, diretas e indiretas, à sociedade. Fora deste núcleo duro, o direito de liberdade de ação é garantido apenas dentro dos estreitos limites da parte final da norma do artigo 2º, parágrafo 1º, da Constituição, isto é, desde que não violem direitos de terceiros. Sendo

assim, inexistente um “direito de se intoxicar”, o que não significa, por outro lado, que a conduta mereça uma reprimenda penal.

Com relação ao conteúdo das limitações, o princípio da proporcionalidade é, na falta de uma garantia constitucional explícita, uma ferramenta para se determinar o limite que pode sofrer o direito à liberdade. Este princípio fundamental adquire ainda maior significância na seara penal, uma vez que, neste campo, o descumprimento da norma leva à sanção mais severa prevista ao Estado: a restrição da liberdade de locomoção.

Se a prisão é uma pena cominada pela norma, então a lei estaria autorizando a infração a um direito fundamental, a liberdade individual, que é garantida pela Constituição. A liberdade individual, que se quer inviolável, é um bem jurídico de tamanha importância que somente será imposta pela autoridade competente se houver razões particularmente graves para tanto, conforme preceitua a norma do art. 2º, par. 2º, alínea 3. Deixando de lado o fato de que estas intervenções podem atuar em certas circunstâncias quando visam evitar que a pessoa afetada cause a si sérios danos, as restrições são geralmente admissíveis se a proteção aos outros ou ao interesse público os requisitar, depois de terem levado em conta o princípio da proporcionalidade.

De acordo com este princípio, uma lei que limite direitos fundamentais deve ser adequada para atingir o propósito ao qual se dirige e ser necessária para tanto. Uma lei é adequada quando, com seu auxílio, o resultado almejado pode ser obtido; e é necessária quando o legislador não possa escolher outro meio igualmente eficiente e menos gravoso aos direitos fundamentais, ou não tenha podido eleger nenhum outro meio, qualquer que seja ele.

Nas diversas revisões da Lei e ao aderir à Convenção de Substâncias Entorpecentes de 1988, o legislador repetidas vezes reconsiderou sua visão e reafirmou que, para atingir os fins previstos na Lei, seria necessária a proibição do comércio ilegal de *Cannabis* por meio da cominação de penas restritivas da liberdade, sendo que este posicionamento não seria inadequado de um ponto de vista constitucional. O entendimento do legislador de que não há outro meio menos intrusivo além da pena criminal a atingir eficazmente os objetivos da Lei é arguível, não sendo

uma resposta satisfatória o argumento de que a proibição de produtos canabinoides até a presente data não foi capaz de atingir os objetivos da Lei e que a liberação da comercialização de *Cannabis* seria um meio menos gravoso e com melhores chances de atingir este objetivo. A discussão sobre política de drogas como resposta à redução do consumo da *Cannabis* pode ser eficazmente atingida por meio do efeito geral-preventivo da norma penal, ou acreditar esperançosamente que a liberação da *Cannabis* levaria a uma separação dos mercados pelos variados tipos de drogas e diminuiria a criminalidade organizada.

Como não há informação de base científica indicando firmemente qual é a visão mais correta, e as convenções internacionais às quais a República Federal da Alemanha aderiu determinam o uso de medidas penais no combate ao abuso e ao tráfico ilegal de drogas, caminho este que vem sendo seguido.

Levando em conta o estado atual do desenvolvimento do Direito, é impossível saber se é possível separar o mercado de drogas no contexto internacional pela descriminalização dos produtos da *Cannabis* ou se esta ação teria, ao contrário, o efeito de tornar a Alemanha um novo centro do tráfico internacional de drogas. É igualmente incerto que a redução do consumo de *Cannabis* seria alcançado pela remoção da “atração pelo ilícito” ou pela instituição de campanhas de informação dos efeitos deletérios do uso de tal substância. Nestas circunstâncias, se o legislador permanecer com a visão de que uma proibição generalizada da droga apoiada em penas criminais desencorajará usuários potenciais, fazendo com que esta sanção se torne adequada e necessária para a proteção dos interesses legais, este posicionamento deve ser aceito do ponto de vista constitucional. Ao fazer-se a escolha entre os diversos métodos potencialmente adequados de atingir o objetivo, o legislador tem a prerrogativa de formar sua opinião e adotar uma decisão.

O próximo passo seria o de decidir se as sanções penais da Lei que foram apresentadas à revisão constitucional correspondem aos requerimentos de proporcionalidade em sentido estrito. Ao realizar tal juízo, é necessário distinguir entre a proibição geral de comércio de produtos derivados da *Cannabis* e sua aplicação mediante a aplicação de pena privativa de liberdade para os vários tipos de infrações. O posicionamento adotado pelo legislador, de uma proibição abrangente de todos os produtos, sujeito a pequenas e estritas exceções, não é em si uma violação do princípio da proporcionalidade. É justificado pelos objetivos pretendidos a se atingir, quais sejam, a proteção da população, especialmente os jovens, dos riscos à saúde decorrentes da droga e do perigo de dependência psicológica, e, sobretudo, em face das organizações criminais que controlam o mercado e o prejuízo que elas causam ao bem público. Sendo que tais interesses públicos não são contrabalançados por outros interesses de peso equivalente em favor da descriminalização do comércio de drogas.

Contudo, com uma legislação de significação tão ampla, que abarca um largo espectro de comportamentos, há de se sopesar a diferença com relação à natureza e à extensão do perigo aos quais foram submetidos os interesses tutelados. O mesmo se aplica ao âmbito de reprovação e culpabilidade individuais. Dependendo das características e efeitos da droga, a quantidade envolvida no caso específico, a natureza da infração relevante, e todos os outros fatos de relevo, o perigo ao qual foi exposto o bem jurídico tutelado pode ser tão leve que as considerações da prevenção geral que fundamentam a sanção penal perderiam sua força. Nesses casos, em razão do direito do indivíduo à liberdade, a culpa individual do réu e as considerações relacionadas à política criminal, que tem por objetivo a prevenção, a sanção criminal seria desproporcional e, portanto, inconstitucional.

As considerações deste tópico não são excluídas apenas por causa da significação geral da legislação, ou seja, a ideia de submeter o comércio ilegal de *Cannabis* às penas criminais deve ser vista como um meio adequado e necessário de assegurar a proteção dos interesses resguardados pela norma. É precisamente o propósito de um outro passo no teste da proporcionalidade, o de sujeitar as medidas que tem

sido vistas como adequadas e necessárias ao dito objetivo a mais uma avaliação. Esta avaliação requer a consideração de que se os meios que têm sido empregados são, de um ponto de vista do indivíduo afetado, ainda proporcionais em relação à proteção de interesses legais que podem ser atingidos pelas mesmas medidas.

Tal relação deve ser analisada com os devidos cuidados, pois pode levar a uma limitação dos direitos e garantias fundamentais. A ideia de proporcionalidade pode resultar na conclusão de que os meios necessários e adequados para proteger o interesse coletivo, poderiam não ser aplicados se resultassem em violações aos direitos e garantias fundamentais. Sendo assim, em determinadas circunstâncias, como no porte de quantidade ínfimas da droga,⁽⁴⁾ a proteção dos interesses tutelados pode ser colocada em segundo plano, dando-se prevalência aos direitos do indivíduo.

Ainda, entendeu-se que o princípio da igualdade não determina que as substâncias entorpecentes recebam tratamento (absolutamente) igual no âmbito penal. Assim, drogas como o álcool e o tabaco, apesar de seus efeitos negativos, podem ser consideradas lícitas, enquanto outras, como a *Cannabis*, ilícitas. Para tanto, deve-se ter em conta a finalidade da utilização da substância e a significação que a sociedade faz deste uso, entre outros fatores relevantes, inclusive os acordos e tratados celebrados no âmbito comunitário e internacional.

Uma pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde em 1990 identificou que 56,7% dos usuários de *Cannabis* disseram ter usado a droga entre uma e cinco vezes nos últimos doze meses. Outro estudo do Ministério Público revelou que 80 a 90% dos casos penais arquivados refere-se a usuários de pequenas quantidades de *Cannabis* para uso pessoal. Em vista de fatores como estes, a contribuição individual do consumidor de pequenas quantidades de *Cannabis* à consumação do perigo que a proibição do comércio pretende extirpar é limitada. Se o oferecimento ou posse de produtos canabinoides é limitado a pequenas quantidades para uso pessoal ocasional, então, como regra geral, o perigo concreto que a droga seja passada a um terceiro não é muito significativo. O interesse público na imposição da pena é, por isso, limitado e a imposição de sanções criminais àqueles que estão apenas fornecendo ocasionalmente a droga ou consumindo pode levar a um resultado que é desproporcional no seu efeito ao violador da norma.

A decisão examina os diversos dispositivos da Lei, e, em síntese, disciplina que: a) a criminalização do tráfico de produtos derivados da *Cannabis* não ofende o princípio da proporcionalidade, especialmente em razão do interesse na proteção dos indivíduos de seus efeitos deletérios; b) o porte de quantias substanciais (maiores de 7,5g) de substâncias que contenham o efeito ativo THC, presente da *Cannabis*, pode ser considerado crime; c) a contrario sensu, que o porte de uma quantidade pequena de substância com o princípio ativo (até 7,5 g de THC) não deve ser considerado crime⁽⁵⁾ e d) a incriminação de determinadas substância (v.g., *Cannabis*) entorpecentes em detrimento de outras, consideradas legais, não viola o princípio da igualdade.

Notas:

- (*) Tradução livre e resumo por Priscila Akemi Beltrame, mestre em Direitos Humanos pela USP, doutoranda em Direito Penal pela USP e advogada; Matheus H. Falivene dos Santos, doutorando em Direito pela USP e advogado.
- (1) Artigo 2º. [Direitos de liberdade]:(1) Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.
- (2) (...) (2) Todos têm o direito à vida e à integridade física. *A liberdade da pessoa é inviolável. Estes direitos só podem ser restringidos em virtude de lei.*
- (3) Artigo 3º. [Igualdade perante a lei]: (1) Todos são iguais perante a lei. (...)
- (4) O Tribunal considerou como quantidade “constitucionalmente adequada” o porte de até 7,5g da substância THC (Tetrahydrocannabinol), princípio ativo encontrado na *Cannabis*.
- (5) As instâncias judiciárias inferiores não ficam obrigadas a respeitar este limite, por expressa determinação do acórdão.