



## UM EXAME ANALÍTICO ACERCA DO PATERNALISMO JURÍDICO-PENAL NA LEI DE DROGAS E SEU ANTAGONISMO CRÍTICO À LUZ DA AUTONOMIA DA VONTADE PESSOAL

*Pedro Paulo da Cunha Ferreira<sup>1</sup>, Wisley Rodrigo dos Santos<sup>2</sup>*

**RESUMO:** A validade e eficácia das normas de direito subsistem na medida em que elas são forjadas em paralelo aos pressupostos jurídicos-políticos da fonte de onde emanam. As normas jurídicas devem, nesse diapasão, expressar imediatamente e também de modo reflexo o sentido e orientação do paradigma político e cultural no qual estão imersas. Desse modo, a legislação editada no âmago do Estado Democrático de Direito deve, acima de tudo, privilegiar seus fundamentos básicos, primordialmente no reconhecimento e valorização do homem enquanto ser livre e dotado de autonomia resolutive decorrente da noção contida na dignidade da pessoa humana. Todavia, comumente o legislador tem ignorado o destino dessa recomendação principiológica ao desprezar a autonomia privada, por meio de atitudes paternalistas vazadas através de normas de direito e, mais preocupantemente, de normas de Direito Penal. Nessa esteira, tem-se evidenciado um crescimento cada vez mais significativo e pernicioso do decisionismo estatal sobre a autonomia da vontade privada tendente a fragilizar a disposição deliberativa do sujeito, que possui plena capacidade decisória. É a partir dessa conjectura que se propõe o exame acerca da infiltração do paternalismo estatal no viés jurídico-penal, sob os fundamentos de algumas incriminações contidas na atual legislação antitóxicos, cuja análise constitui o objetivo primordial da presente pesquisa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Paternalismo, direito penal, Lei de drogas, autonomia da vontade privada.

### 1. INTRODUÇÃO

Em pouco tempo, a lei nº. 11.343/2006 terá completado cinco anos de vigência. A referida legislação instituiu o *Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas* (Sisnad); prescreveu medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabeleceu normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; definiu crimes e novas regras procedimentais.

Este diploma legal diferenciou-se em muitos aspectos da legislação revogada (leis nº. 6.368/1976 e 10.409/2002), motivo pelo qual suscita ainda inúmeras discussões na seara jurídica, mormente aquelas relativas à legitimidade de algumas de suas disposições e incriminações.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – Maringá – (UEM/PR) e aluno do programa de pós-graduação *lato sensu* em Ciências Penais da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Belo Horizonte - (PUC/MG). [p.cunha.ferreira@uol.com.br](mailto:p.cunha.ferreira@uol.com.br)

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – Maringá – (UEM/PR) e aluno do programa de pós-graduação *lato sensu* em Direito Penal e Criminologia do Instituto de Criminologia e Política Criminal – Curitiba – (ICPC/PR). [wr.s@uol.com.br](mailto:wr.s@uol.com.br)

Talvez a maior inovação resida na distinção entre o usuário e o traficante, tratando do porte para uso próprio e do tráfico de drogas em capítulos distintos. Ao usuário, foi contemplada a prevenção, com penas mais brandas (restritivas de direito). Ao traficante, intensificou-se a repressão, com penas mais rigorosas. Apesar do avanço, a temática das drogas continua a receber cuidados excessivos do Direito Penal.

A discussão sobre as drogas vai além de questões meramente morais, dogmáticas ou legais. Salienta-se, porém, que o modelo sócio-econômico capitalista atual acaba por criar uma conjuntura paradoxal, na qual se evidencia um notório estímulo ao consumo de estupefacientes de toda natureza e, por conseguinte, o exercício habitual de sua produção, comercialização e circulação. É exatamente nesse pragmatismo da oferta e demanda no qual se divisa a repercussão ideológica e jurídica, sobretudo de demonização acerca dos efeitos que a rentabilidade da manufatura e distribuição de drogas irregulares acarreta à *ordem econômica*. (BATISTA, 2003, p.233).

Retoma-se aqui, então, a exaustiva questão da política criminal de combate ao uso de drogas. A finalidade é examinar alguns tópicos da lei nº. 11.343/2006 e sua legitimidade perante um Estado Democrático de Direito, quando houver a interferência estatal, por meio de seu aparato punitivo, na vida particular dos indivíduos.

Neste contexto, a pesquisa inclina-se, em um primeiro instante, a examinar a legitimidade do denominado paternalismo penal na lei nº. 11.343/2006, na medida em que busca interferir na liberdade volitiva do sujeito, a fim de que este obtenha um benefício ou evite uma lesão em si mesmo.

## 2. MATERIAL E MÉTODOS

O método adequado à execução do trabalho é o dedutivo, uma vez que possibilita o cotejo entre as premissas genéricas contidas ao redor do conteúdo do paternalismo e a especificidades inferidas a partir da lei nº. 11.343/2006, a qual, dentre outras medidas, estabelece normas repressivas à produção não autorizada e ao tráfico de drogas, não raro valendo-se, para tanto, de pressupostos paternalistas.

Para o deslinde do trabalho, foram realizados levantamentos de obras doutrinárias e artigos especializados que versavam sobre o assunto e, posteriormente, procedeu-se à sua análise, de modo que a pesquisa levada a cabo apresenta caráter eminentemente bibliográfico e teórico. Ao fim, cuidou-se de examinar os aspectos fundamentais do direito positivo vigente, através do estudo da legislação pertinente.

A vigente lei antitóxicos serve, nesse panorama, como fonte primária ao exame proposto, contextualizadas as conceituações e o sentido conteudístico que gravitam em torno do paternalismo tanto em sua espécie quanto em sua subespécie: respectivamente, o paternalismo jurídico em geral e o paternalismo jurídico-penal em particular.

## 3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

De início, adverte-se e salienta-se que a validade das normas jurídicas, em primeiro plano, e das normas penais, secundariamente, pauta-se em diversos critérios, dentre os quais se indica a legitimidade, constituindo-se esta no conjunto de pressupostos que validam e autenticam as normas de direito com o sistema no qual estão inseridas.

Dessa forma, as disposições normativas ou os subsistemas legais só detêm legitimidade quando se coadunam em sua integralidade com os postulados do modelo jurídico-político no qual são construídos. É a partir desse raciocínio que se infere a indispensável e imperativa necessidade de que a *mens legis* esteja em harmônica sintonia com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, no sentido mesmo de conferir relevância superlativa à variabilidade e pluralidade de pensamentos, crenças,

convicções, orientações, percepções e todos os demais componentes subjetivos que integram a consciência anímica humana.

O que se suscita é o fato de que no paradigma de Estado adotado no Brasil, bem como em diversas outras democracias que possuem como fundamento a dignidade da pessoa humana, é razoável esperar que o indivíduo e sua inerente autonomia volitiva sejam reconhecidos, respectivamente, como *ente* e *qualidade* juridicamente relevantes.

As normas de direito devem, assim, considerar precipuamente as particularidades de seus destinatários a fim de que possam não carecer de legitimidade. Todavia, em que pese deontologicamente ser este o mandamento de ordem, não raro violações a essa recomendação são evidenciadas, o que repercute na notória eiva no ordenamento jurídico de disposições flagrantemente ilegítimas e, portanto, manifestamente ilegais.

A problemática da legitimidade no específico campo das normas penais, mormente as leis incriminadoras, choca-se às vezes com o fenômeno denominado paternalismo. Este figura como a postura ingerente na liberdade deliberativa do sujeito com vistas à manutenção de seu bem-estar ou evitar-lhe a causação de algum prejuízo. É a imposição de uma conduta para o próprio bem da pessoa ou para protegê-la de si mesma. (MARTINELLI, 2010, p. 50).

O paternalismo constitui-se, basicamente, em sua generalidade no comportamento protetivo de alguém para com outrem, de modo a interferir em seu comportamento desprezando vontade alheia. Observa-se que a vontade do sujeito alvo da atitude paternalista é desconsiderada ou invalidada por tornar despiendo seu conteúdo, vez que este não governa *in totum* a decisão a ser tomada, sendo dirigida de acordo com as intelecções do autor do ato paternalista.

Tal comportamento se manifesta de diferentes formas, dando origem à uma classificação cujas principais categoriais – ao menos para o presente trabalho – são apresentadas e sistematizadas por *Gerald Dworkin* e *Joel Feinberg* (MARTINELLI, 2009, p.14). O primeiro apresenta o paternalismo em duas modalidades, quais sejam: o paternalismo puro e impuro, ao passo que a intervenção paternalista se dirija ou não ao mesmo indivíduo ou grupo de indivíduos a serem “beneficiados”.

Nessa trilha, obtempera-se que o paternalismo, em sua forma pura, expressa o ato interventivo na vontade de terceiro com vistas a restringir a liberdade decisória, para com isso conquistar um benefício àquele que teve desconsiderada sua autonomia volitiva. Já o paternalismo impuro é caracterizado pela ausência de coincidência entre o destinatário da restrição e o beneficiário. Nessa espécie, a figura interventora atua sobre a vontade de um sujeito para que terceiro(s) outro(s) não se prejudique(m) ante a manifestação livre da vontade daquele.

Já a exposição de *Feinberg* propõe a desfiguração do paternalismo em rígido e moderado. O dito paternalismo rígido é marcado pelo ato de intromissão na vontade de quem possui plena capacidade de sobre ela dispor. Refere-se à imediata ignorância acerca da autonomia privada do sujeito imputável e plenamente capaz.

A mitigação total ou parcial da manifestação de vontade do sujeito incapaz ou vulnerável formata o chamado paternalismo moderado, justificável em razão da incompleta maturidade de disposição de que possuem os inimputáveis, tais como crianças, adolescentes e doentes mentais.

Postas essas premissas, identifica-se, mediante análise apurada da legislação penal, a infiltração do paternalismo jurídico no campo do Direito Penal, de maneira mais destacada na vigente legislação antitóxicos. Tal assertiva funda-se na flagrante tipificação acostada no art. 28 da lei nº. 11.343/2006 que reprovava a conduta daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal, para servir ao seu próprio consumo. O legislador responde com a imposição de advertência, prestação de serviços comunitário ou submissão frequente a programa educativo.

A tipificação do aludido comportamento justifica-se *de lege lata* aos defensores da legitimidade da incriminação à tutela penal de bem jurídico de natureza difusa, a saber, a saúde pública, enquanto somatório das diversas lesões sofridas na integridade física e psíquica do drogadito, em particular. Contudo, acredita-se mais acertado que o reiterado consumo de drogas acarreta um prejuízo individual ou uma autolesão à saúde do usuário e não uma ofensa a bem jurídico coletivo.

É manifesto *in casu* a regulamentação estatal de adoção de critérios redistributivos e restritivos de comportamento do usuário de drogas, visando seu benefício pessoal ao impor-lhe uma orientação rumo à abstenção das substâncias psicotrópicas. O paternalismo puro, neste caso, é o instrumento por meio do qual o Estado busca doutrinar os destinatários da norma, tendente a fazê-los aceitar ser a sua disposição de vontade a mais desacertada, ante a realidade dos sentidos, devendo, portanto, serem acatadas as recomendações propostas através da norma jurídico-penal.

A crítica reside pertinentemente na intenção estatal de inserção e exercício de políticas públicas de prevenção aos malefícios do uso contínuo e habitual de tóxicos, através de mecanismo de clara e inequívoca gravidade repressiva que maneja com a capacidade de escolha pessoal materializada na liberdade. É louvável e caroável que as políticas estatais sejam simétricas à manutenção do bem-estar da população, mas desde que facultem livremente a opção pela aceitação ou negação dessa ou daquela recomendação.

Informa-se que o paternalismo contido na criminalização do porte de drogas além de puro insere-se também na categoria de rígido, dado ser a censura penal dirigida, outrossim, aos sujeitos capazes de autodeterminação. Estes têm, nesse cenário, sua capacidade deliberativa equiparada a dos indivíduos vulneráveis, na medida em que necessitem, a partir de uma concepção *a priori* por parte das agências de criminalização, de uma gestão intervencionista no seu ato de vontade, em virtude desta padecer concretamente das deficientes incompletudes que conduzam à irrazoabilidade.

Não se contestam aqui os efeitos colaterais adversos e negativos ocasionados pela administração permanente de drogas ao organismo humano. É por isso que o paternalismo só pode ser admitido enquanto não ultrapasse a esfera de escolha do sujeito, tendo origem e fim no conjunto de disposições tão-somente com funções de esclarecimento e orientação.

Com observância estrita do papel informativo, consubstanciado em programas de conscientização, educação e recuperação de dependentes químicos, cujas diretrizes sejam o aconselhamento acerca dos efeitos degenerativos do emprego contínuo de substâncias alucinógenas, alcança-se a etapa do paternalismo informativo.

Essa modalidade de ato paternalista é legítima na medida em que não afeta a livre autonomia pessoal, não restringendo a decisão terminativa acerca dos limites e extensão do comportamento final a ser adotado por seu destinatário. O conselho não pode interferir de modo a trazer um desconforto que influencie inegavelmente a escolha final do indivíduo, a par de sua íntima convicção.

De outro turno, ainda na lei nº. 11.343/2006, encontra-se a proscrição da mercância de drogas em desacordo com autorização legal para o fabrico e distribuição (art.33). Em que pese a propalada ofensa à ordem econômica ocasionada pela prática do tráfico drogas, a referida incriminação parece prestar-se muito mais ao intervencionismo indireto no ato de vontade do consumidor final das substâncias ilegais do que efetivamente proteger o aludido bem jurídico.

O ato de intromissão “legalizada” na forma do mencionado paternalismo impuro foi eleito como forma de obstaculizar aos consumidores o acesso às drogas ilícitas, atacando de maneira indireta sua capacidade de escolha acerca da aquisição e ulterior consumo das mesmas. Demonstra-se que essa é, também, uma forma condenável de cerceamento da vontade final, pois não apenas tolhe a capacidade decisional do sujeito, como ainda

instrumentaliza os indivíduos, uma vez que sua ação e/ou inação serve(m) para a consecução de “benefícios” a terceiros.

De tudo aventado, questiona-se a inserção dos fundamentos paternalistas no plano político-criminal. Essa contestação arrima-se mormente em razão de sua incompatibilidade com a ideia de um Direito Penal democrático lastreado na mínima intervenção. O Direito Penal e o paternalismo chocam-se frontalmente, a ponto de tornar sua inconcebível simbiose um ato político penal ilegítimo, já que o ato paternalista realiza a promoção de função excessivamente atípica do direito repressivo, desfigurada na preocupante busca pela construção de comportamentos esperados, com base no desprezo da autonomia subjetiva.

#### **4. CONCLUSÃO**

Por tudo o exposto, no estágio atual de desenvolvimento da pesquisa, entende-se que o paternalismo é admissível no âmbito administrativo e informativo. Por outro lado, a sua prática em âmbito criminal não é legítima, pois toda decisão que implique tão-somente em autolesão deve ser balanceada com a ideia de autonomia pessoal, inerente ao valor constitucional da dignidade humana, que será minada com o irracional uso paternalista da sanção penal.

#### **REFERÊNCIAS**

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

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

KOYAMA, Lígia Mayra Volttani; MACHADO, Isadora Vier; SANTOS, Daniele Liberatti. O usuário de drogas e a nova abordagem instituída pela Lei 11.343/06. **Revista de Ciências Jurídicas**, Maringá, v.5, n.1, jan./jun. 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.