



CRIMINALIZANDO IMORALIDADES: A CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PORTE DE ENTORPECENTES PARA USO

CRIMINALIZING IMMORALITIES: THE CONSTITUTIONALITY OF THE NARCOTICS POSSESSION CRIME

Juan Biazevic¹

¹Bacharel em Direito (2000), Mestre (2016) e Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito (2020), todos pela Universidade de São Paulo (USP). Atualmente é Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Desenvolve pesquisas nas áreas de raciocínio jurídico, teoria geral do direito, interpretação dos contratos e direito do consumidor.

RESUMO

Nosso objetivo é analisar a alegação de que a proibição do porte de entorpecentes é inconstitucional por violação aos direitos liberdade e intimidade. Buscamos nos trabalhos de Devlin, Hart e Dworkin as ideias de filosofia política que autorizam a utilização do direito penal para a imposição de comportamentos. Defendemos que, em geral, os tipos penais são justificados por um princípio liberal que limita a liberdade nas situações de danos concretos a terceiros. Contudo, o direito penal também convive com crimes que proíbem condutas simplesmente por estarem em desacordo com a moral convencional do grupo. A distinção entre as proibições justificadas e injustificada é feita não por referência à moralidade convencional, mas através do exercício da moralidade crítica. A proibição paternalista está racionalmente justificada por argumentos de proteção à saúde e à integridade da família. A decisão de proibir a posse de entorpecentes é de natureza política e apenas pode ser tomada pelo Legislativo. Não há ofensa à Constituição por reconhecer.

Palavras-chave: filosofia política; moral e direito penal; porte de entorpecentes; liberalismo; paternalismo.

ABSTRACT

Our goal is to analyze the claim that the prohibition on possession of narcotics is unconstitutional for violating the individual rights of freedom and intimacy. We found in Devlin's, Hart's and Dworkin's works the ideas of political philosophy that allow the use of criminal law to enforce behaviors. We argue that crimes are generally justified by a liberal principle that limits freedom in situations of actual damages to others. However, criminal law also has crimes that prohibit conduct simply because they disagree with social group's conventional morality. The distinction between justified and unjustified prohibitions is made not by reference to conventional morality, but through the exercise of critical morality. The paternalistic ban is rationally justified by arguments for the protection of health and family integrity. The decision to forbid possession of narcotics is a political one and it can only be taken by the Legislative. There's no offense to the Constitution to recognize.

Keywords: political philosophy; moral and criminal law; narcotics possession; liberalism; paternalism.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Criminalizando imoralidades. 2.1. O liberalismo pressuposto no relatório. 2.2 Devlin e a defesa dos valores sociais. 2.3. O ataque de Hart ao modelo de Devlin. 2.4. Análise crítica e a intervenção devastadora de Dworkin. 2.5. Resumo das teses. 2.6. Crimes que protegem exclusivamente a moral convencional no ordenamento jurídico brasileiro. 3. Justificativas racionais para a criminalização do porte de entorpecente. 4. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este texto foi escrito durante o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Extraordinário nº 635.659. Nele discute-se a constitucionalidade do tipo penal que criminaliza a conduta de portar entorpecentes para uso próprio. O julgamento se encontra suspenso em razão do pedido de vistas do falecido Ministro Teori Zavascki. O objetivo deste trabalho é prestar uma pequena contribuição ao debate sobre a criminalização desse tipo de conduta, com foco especial em um dos argumentos mais utilizados no debate.

O argumento que pretendemos enfrentar é o que defende que a criminalização do porte para uso é inconstitucional, pois viola as garantias à intimidade e à liberdade de autodeterminação, especialmente porque a conduta não causa danos a terceiros. Subjacente a esses argumentos está a afirmação de que a proibição não passa de uma forma intolerável de imposição da moral social majoritária em desfavor de indivíduos que devem ser livres para praticar quaisquer atos incapazes de causar danos. Nesses termos, refinando um pouco mais o que se deve analisar, a verdadeira questão é a compreensão dos limites pelos quais o Estado pode – se é que pode – criminalizar condutas incapazes de gerar danos aos interesses de terceiros, ou seja, a possibilidade de criar tipos penais exclusivamente para a proteção de valores morais compartilhados por uma maioria.

A análise que propomos deve ser dividida em duas partes. A primeira busca demonstrar o equívoco da tese de que o Estado apenas pode criminalizar condutas capazes de causar danos concretos a terceiros. A segunda pretende demonstrar que o crime em questão, apesar do discurso corrente, gera danos concretos a terceiros. O primeiro argumento tomará parte substancial do trabalho, enquanto que o segundo será exposto, de forma mais concisa, quando os elementos para a compreensão do primeiro já estiverem todos apresentados.

Não temos aqui por objetivo defender a ideia de que a conduta deva necessariamente ser proibida. Aqui o argumento é mais simples. Afirmamos apenas que a opção política de proibir o porte de entorpecentes para uso próprio é uma opção legítima do Poder Legislativo. A questão é extremamente complexa e envolve uma série de estudos e de formulações de políticas públicas que não podem ser desenvolvidos na esfera do Poder Judiciário. Nosso argumento é jurídico. Defendemos que a proibição não viola qualquer direito ou garantia individual, quer porque o Estado tem o poder de legitimamente criminalizar condutas que não geram dano direto a terceiros, quer porque a conduta em questão é capaz, sim, de gerar esses danos.

Finalmente, há de se fazer uma ressalva. A questão aqui colocada é essencialmente de filosofia política. Aqui não analisaremos a questão metodológica clássica sobre a existência de uma relação necessária entre o conteúdo da moral convencional e o conteúdo do direito positivo. A questão metodológica é impertinente para o debate, pois ela se dirige propriamente à questão da fonte de juridicidade das regras jurídicas em geral e não à justificativa racional de tipos penais em concreto. Aliás, basta recordar que Hart – o maior positivista metodológico do Séc. XX – não só admitia em seu modelo descritivo que a moral concorre para o conteúdo das regras jurídicas (HART, 1994, p. 185), como participou ativamente do debate que buscava determinar os limites legítimos dessa influência (HART, 1968).

2 CRIMINALIZANDO IMORALIDADES

Nesta seção argumentaremos que o Estado pode, dentro de certas circunstâncias, criminalizar condutas que violam a moral convencional, mas não geram dano concreto a terceiros. A questão não é nova no debate jurídico contemporâneo. Compreendê-la pode ser feito a partir da análise de um debate semelhante que se deu na Inglaterra durante os anos de 1960. Vejamos com mais detalhes esse debate.

Na Inglaterra, até meados do Século XX eram consideradas criminosas diversas condutas que violavam a moral dominante. Dentre outras, a manutenção de relações amorosas entre homossexuais. Na ocasião, foi criada uma comissão para a reforma da legislação penal. Essa comissão apresentou um relatório – chamado de Relatório *Wolfenden* – sugerindo que o crime deveria ser revogado. O argumento para a revogação era o de que o comportamento homossexual privado consentido entre adultos não poderia ser considerado crime, pois a função do direito penal é a preservação da decência e da ordem pública e não a intervenção na vida privada das pessoas ou a imposição de qualquer comportamento específico.

As conclusões do relatório ativaram um amplo debate de filosofia política. Seus principais atores não discordavam das conclusões, mas das justificativas apresentadas. Entendemos proveitoso analisar os fundamentos políticos do relatório e o debate que se seguiu entre Patrick Devlin, Herbert Hart e Ronald Dworkin. Ao final, esperamos que fique mais claro o argumento de que o Estado pode criminalizar condutas que violam a moral convencional, desde que presentes certos requisitos.

2.1 O liberalismo pressuposto no relatório

Nesta seção, analisaremos os fundamentos de filosofia política utilizados pelos autores do relatório para justificar a revogação dos crimes. A análise das justificativas apresentadas revela que seus autores estavam filiados aos valores políticos defendidos pelo liberalismo do Séc. XIX, notadamente pelo liberalismo apresentado por John Stuart Mill em *On Liberty* (1966). Para o pensamento liberal clássico, as pessoas, quando atingem a idade da razão, passam a ter uma esfera de autodeterminação inviolável. Cada indivíduo adquire a prerrogativa de interpretar o significado e os valores de suas próprias experiências. O liberalismo despreza as diversas formas de paternalismo, pois defende que a vida digna de ser vivida é aquela motivada por valores internos, pelas compreensões sobre o que é valioso mantidas por cada indivíduo. As pessoas devem ser livres para viver de acordo com suas crenças, sem serem penalizadas por comportamentos não ortodoxos de qualquer espécie, mesmo nas esferas religiosa e sexual (KYMLICKA, 2002, p. 213-6). Nesses termos, Mill traça limites ao exercício do poder estatal para a defesa da liberdade. Para ele, o direito não pode interferir na liberdade individual, a menos que a conduta seja capaz de gerar dano físico às demais pessoas (DEVLIN, 1968, p. 103-4).

Não é impertinente recordar que parte dos argumentos sobre a liberdade de autodeterminação e de defesa da intimidade apresentados no debate sobre a descriminalização do porte de entorpecentes possui essa mesma fonte. Os que defendem que a criminalização viola a dignidade humana defendem que cada indivíduo deve ser livre para tomar suas próprias decisões. Desde que a conduta não viole interesses legítimos alheios, não pode o Estado penalizar comportamentos pelo simples fato de serem contrários aos valores morais da maioria das pessoas da sociedade. O simples fato de a maioria das pessoas entender ser errado usar entorpecentes não pode impedir pessoas maiores e capazes de expor voluntariamente seu corpo aos riscos inerentes ao consumo de drogas. Em suma, não devem ser consideradas ilícitas quaisquer formas de autolesão.

Compreendidos os fundamentos de filosofia política que amparam esses raciocínios, podemos analisar as críticas inicialmente apresentadas por Lord Devlin.

2.2 Devlin e a defesa dos valores sociais

Devlin, na coletânea de artigos *The Enforcement of Morals*, rejeitou as justificativas liberais de fundo do relatório. Ali ele defendeu que a sociedade deveria ter o poder de utilizar o direito penal para a defesa dos seus valores morais mais importantes, ainda que as condutas cri-

minalizadas não fossem capazes de causar danos físicos a terceiros. Os danos à sociedade não se restringiriam a danos concretos a cada um de seus membros, mas incluiriam danos imateriais aos valores morais que unem o grupo social em torno de uma certa forma de vida. Essa possibilidade de violação ao conjunto mais importante de valores compartilhados é o que justificaria a utilização do direito penal para a imposição de determinados comportamentos. Esse argumento foi desenvolvido em três etapas. Vejamos cada uma delas.

Inicialmente, Devlin alega que a sociedade se caracteriza pelo compartilhamento de ideias morais e políticas. É isso que a distingue do mero agrupamento de pessoas. Assim, já que a existência da sociedade depende desses laços invisíveis, ela pode fazer juízos de valor sobre a conduta moral de cada um de seus membros. Afinal, viver em sociedade é aceitar esses parâmetros comuns e agir respeitando-os. Ele ilustra essa afirmação a partir da estrutura monogâmica da família inglesa. A adoção da monogamia não se deu por imposição do Estado, mas porque o grupo social que compõe o Estado aceita a monogamia como um padrão moral que conduz a uma boa forma de vida. Pretender viver em outra estrutura familiar é sujeitar-se ao juízo social de reprovação pelo descumprimento da estrutura familiar tida como moralmente correta pelo grupo (DEVLIN, 1968, p. 9-10).

Em um segundo momento, considerando que sociedade tem o direito de realizar juízos de valor sobre a conduta de seus membros, Devlin argumenta que há de se garantir à sociedade a possibilidade de impor coativamente seus padrões morais. A justificativa política dessa possibilidade é a autopreservação da sociedade e não um pretensão papel do Estado como promotor da virtude. A moral que se pode impor é aquela já aceita pela comunidade, não podendo o legislador pretender substituir a moral compartilhada por sua moral particular (DEVLIN, 1968, p. 89-90). Ademais, não seria possível cindir a moralidade em pública e privada. Em verdade, o que se considera moralidade privada deve ser compreendida como comportamento privado em questão moral (DEVLIN, 1968, p. 9). Ele ilustra esse argumento com o exemplo do ébrio. O fato de uma pessoa se embriagar no interior da sua residência não representa qualquer risco para a sociedade. Contudo, se metade da população se entregar ao vício, porque tal circunstância colocaria em risco a manutenção do próprio grupo a intervenção do direito estaria perfeitamente justificada (DEVLIN, 1968, p. 13-15).

Por fim, a última etapa de seu argumento busca definir os limites nos quais, em concreto, seria lícito impor coativamente um padrão moral através do direito. Seu projeto não pretende impor uma espécie de ditadura da maioria, mas limitar a possibilidade do uso do direito penal apenas para as situações consideradas ofensivas ao núcleo-duro da moral de um determinado grupo social, ou seja, situações capazes de violar os valores considerados mais importantes pelas pessoas que compartilham aquela forma de vida. Nesses termos, a questão que naturalmente se coloca é a da forma pela qual o conteúdo do núcleo-duro da moral de uma comunidade será determinado. Devlin recorre ao conceito de deliberação do homem razoável para responder essa pergunta, conceito que deve ser entendido como um tipo ideal a partir do qual a decisão política de criminalizar uma conduta pode ser criticamente analisada. Segundo seu argumento, apenas as questões capazes de encontrar consenso entre homens razoáveis podem ser impostas através do direito penal. Esse “homem razoável” seria uma pessoa que pertence ao grupo social, mas que não estaria emocionalmente vinculando à questão em análise. Sua posição se assemelharia à posição do jurado no julgamento de um caso, que compartilha a mesma forma de vida das pessoas envolvidas, mas que deve julgar a causa de forma emocionalmente neutra. Para determinar se uma deliberação qualquer do legislador respeitou os limites dessa razoabilidade, Devlin apresentou quatro princípios-teste. Esses princípios não são princípios universais ou universalizáveis, mas, sim, princípios forjados em torno dos valores tidos como importantes para a sociedade inglesa da época. Os princípios que testam se a deliberação do legislador equivale à deliberação do homem razoável são: (a) deve ser tolerado o máximo de liberdade indivi-

dual compatível com a integridade da sociedade; (b) deve-se usar de cautela ao estabelecer ou revogar leis sobre temas morais; (c) tanto quanto possível, a privacidade deve ser respeitada; (d) o direito deve ocupar-se de um mínimo moral, não do máximo (DEVLIN, 1968, p. 16-25).

Em suma, Devlin rejeita o ideal liberal de que o direito penal apenas pode ser utilizado para coibir condutas capazes de criar danos físicos concretos a terceiros. Como o que caracteriza a existência da sociedade é exatamente o compartilhamento de certos valores, há de se reconhecer que algumas condutas são capazes de gerar dano imaterial aos valores morais centrais do grupo. A sociedade, como uma espécie de mecanismo de autoconservação, deve ter o poder de proibi-las. O valor que justifica a proibição concorre com outros valores importantes para o mesmo grupo, tais como a máxima proteção possível à liberdade e à privacidade.

2.3 O ataque de Hart ao modelo de Devlin

Hart, tal como Devlin, não concordava com os fundamentos apresentados no relatório. Entretanto, ele ofereceu na obra *Law, Liberty and Morality* (1968) uma crítica ampla aos argumentos apresentados por Devlin. Interessam-nos, para o que aqui pretendemos desenvolver, duas delas: (a) para Hart, pretender justificar a proibição de um comportamento imoral, ao contrário da sua leitura do que fazia Devlin, pressupõe recorrer a um princípio de justificação racional; (b) não está claro se a afirmação de Devlin, de que a violação da moral convencional é um ataque à sociedade, é uma afirmação empírica ou a defesa da moral positiva como um valor em si mesmo. Vejamos com mais detalhes cada uma delas.

No primeiro tópico, Hart sustenta que a verdadeira questão no debate com Devlin é determinar se o simples fato de uma conduta estar em desacordo com o padrão moral convencional é justificativa suficiente para a imposição de uma sanção penal (HART, 1968, p. 4). Compreender o argumento pressupõe distinguir os conceitos de moral positiva e moral crítica. Deve-se entender por moral positiva (ou convencional) o conjunto de crenças morais compartilhadas por um determinado grupo social, como a crença compartilhada pela maioria de que o uso de entorpecentes é algo que deve ser proibido. Já a moral crítica é um conceito que reúne os princípios morais gerais empregados racionalmente para a crítica das instituições sociais concretas e para a crítica da própria moral positiva. Assim, quando se afirma que não se devem punir condutas incapazes de lesionar terceiros, está se utilizando um princípio racional da moral liberal para criticar a proibição de condutas sem esse predicado. Para Hart, portanto, há uma posição moral a partir da qual a moralidade positiva de um grupo pode ser criticada racionalmente (MACCORMICK, 1981, p. 46-7). É nesse contexto, por exemplo, que frases como “a moral da máfia é imoral” se tornam inteligíveis. Nela, o que se pretende afirmar é que o conjunto de valores utilizado por esse grupo deve ser criticamente avaliado de forma negativa.

Encerrada a digressão, podemos retomar o argumento. Para Hart, as instituições sociais sempre estão abertas à crítica moral. Colocar a questão da justificação da imposição da moral positiva é necessariamente comprometer-se com o princípio crítico geral de que o uso da coação jurídica exige uma justificação como algo *prima facie* censurável, a ser tolerado apenas em razão de alguma boa contrapartida (HART, 1968, p. 20). Não basta justificar a imposição por referência às práticas sociais ou à moral positiva, porque elas podem não ser boas, ou seja, elas podem não ser justificáveis a partir de uma crítica racional. O erro de Devlin, nesse ponto, seria o de mesclar a moral positiva com a moral crítica, presumindo que qualquer proibição legislativa editada estaria, pelo simples fato da edição, moralmente justificada. Devlin estaria, como acusa Hart, extraindo a moralidade de fatos, sem recorrer a nenhum princípio crítico geral. Para Hart, portanto, não é possível presumir que toda e qualquer mudança na moral positiva será danosa para o grupo social. Qualquer juízo de valor sobre esse tema deve necessariamente passar por algum tipo de raciocínio crítico. Por exemplo, em uma sociedade extremamente

conservadora quanto aos padrões de comportamento sexual, a moralidade convencional certamente condenará o relacionamento entre homossexuais, embora a condenação não encontre justificativa racional. A justificativa correta não deve ser buscada na moralidade convencional do grupo de conservadores, mas em princípios gerais racionais da moralidade que permitem testar os padrões morais criticamente.

Quanto ao segundo tópico acima delineado, Hart propõe uma distinção entre duas versões possíveis para a justificativa da proibição de comportamentos imorais, versões que ele chamou de moderada e extrema. Em uma apertada síntese, poderíamos afirmar que a tese moderada afirma que o ato proibido está politicamente justificado se violar a moral compartilhada e enfraquecer a sociedade. Os requisitos são cumulativos. A tese extrema, por sua vez, justifica a punição a partir do mero fato de a conduta estar em desacordo com a moralidade positiva, independentemente do concreto enfraquecimento. Apoiado nessa distinção, Hart critica a tese de Devlin, porque na sua obra não estaria claro se a afirmação de que a violação da moral convencional enfraquece a sociedade é uma afirmação empírica ou uma verdade necessária. Devlin parece alternar, acusa Hart, entre as teses moderada e extrema, porque não há nenhuma evidência empírica para sustentar que tudo aquilo que gera desgosto é capaz de colocar em risco a sociedade. A homossexualidade, por exemplo, não seria capaz de gerar a desagregação da sociedade, embora, naquele momento histórico, ainda fosse capaz de gerar sentimentos de repulsa em parcelas da conservadora sociedade inglesa. Então, quando Devlin reserva a possibilidade de proibição sem apoio em qualquer evidência empírica, embora ele aparentemente espouse a versão moderada da justificativa, ele, em concreto, defende a forma extrema (HART, 1968, p. 50-1). A distinção entre as versões moderada e extrema é interessante na tese de Hart, pois permite articular dois tipos de críticas ao modelo de Devlin. Na parcela que Devlin aparenta ser um moderado, sua tese estaria equivocada pela falta de demonstrações empíricas de que a imposição da moral convencional é sempre necessária para impedir o enfraquecimento da sociedade. Na parcela que ele aparenta ser um extremado, a tese deve ser rejeitada, porque nela não há espaço para articular uma justificativa baseada na moral crítica apoiada em um princípio racional.

2.4 Análise crítica e a intervenção devastadora de Dworkin

O debate estabelecido entre os autores é de filosofia política, porquanto discute a justificativa da utilização do direito penal para a imposição coativa de padrões morais. Hart e Devlin concordam que é possível utilizar o direito para a imposição de valores morais compartilhados, mas discordam quanto aos critérios que autorizariam a imposição institucionalizada da moral como padrão cogente de comportamento. Para melhor compreender a análise dessas posições, importante recordar os principais pontos de divergência de cada autor.

Hart defende que a justificativa da imposição do parâmetro moral deve estar apoiada em algum princípio crítico geral. Não basta simplesmente fazer referência à moral positiva, pois isso não garante que o que se está impondo é algo digno de tutela. Hart, porque adepto de uma forma de liberalismo-utilitarista, sustenta que apenas se justificaria a imposição da moral para tutelar as pessoas contra danos físicos de terceiros. Excepcionalmente, seriam admitidas algumas situações de paternalismo, protegendo as pessoas em situações de autolesão (HART, 1968, p. 30-1).

Devlin, por sua vez, reconhece que a razão tem seus limites e que ela, sozinha, não é capaz de determinar totalmente a compreensão da moral como uma realidade que é composta por sentimentos e paixões. Sua tese está apoiada em uma forma de ceticismo, baseada na ideia de que, embora cultos, os filósofos morais jamais conseguiram alcançar o consenso em matéria moral. Imaginar que um princípio racional, nesse contexto, seria capaz de servir como critério

para a determinação exata do que pode e do que não pode ser legislado é exigir da razão mais do que ela é capaz de fornecer. Assim, justificar a imposição da moral a partir da ideia de homem razoável é uma boa alternativa prática, porque protege a moral dominante naquilo que é essencial para o grupo e evita a tirania da razão. Como ele afirma,

[t]odo julgamento moral [...] é simplesmente um sentimento de que nenhum homem razoável poderia ter se comportado de nenhuma outra forma sem admitir que estava se comportando mal [...]. É o poder do senso comum e não o poder da razão que está por detrás do julgamento da sociedade (DEVLIN, 1968, p. 17, tradução nossa).

Devlin não percebe, contudo, que a terceira etapa de seu argumento – a etapa na qual o direito de a sociedade impor coativamente padrões morais passa pelo teste do homem razoável – é, na realidade, exatamente a apresentação de um princípio geral crítico que defende o valor liberdade. Apresentar esse limite é, portanto, apresentar critérios normativos para justificar o exercício do direito que a sociedade titulariza de impor padrões morais coativamente. Nessa leitura, então, a despeito das críticas de Hart, os princípios críticos estariam presentes na obra de Devlin, embora não articulados claramente nesses termos.

Entendemos, contudo, que a falta de percepção de Devlin acerca da presença de um princípio de moral crítica em sua obra pode ser creditada, em verdade, à pequena importância que ele concede a esse princípio no tratamento de questões-limite. Como fica claro na crítica que lhe foi feita por Dworkin (1966), embora a terceira etapa do argumento sirva como mecanismo de contenção, esses princípios limitativos não têm aplicação quando houver enorme sentimento público de “intolerância, indignação e desgosto” (DEVLIN, 1968, p. 17). Então não há verdadeiro limite normativo, porque, no extremo, o único que se exige é o enorme sentimento de desaprovação. Como acusa Dworkin, na segunda proposição do modelo de Devlin o ultraje público se apresenta como o critério que afirma que não há área da moralidade que escape a priori do campo de regulação pelo direito. Mas, em algum lugar na transição para a terceira proposição, esse critério se torna, ele mesmo, a razão afirmativa para proibir. Assim, quando houver um ultraje claro – e só por isso – o direito estaria autorizado a intervir sem qualquer outro requisito (DWORKIN, 1966, p. 992).

As demais críticas apresentadas por Dworkin são devastadoras para o argumento de Devlin. Dworkin o acusa de não compreender como se desenvolvem nossas práticas de crítica moral, destacando que nossas convenções são muito mais complexas e estruturadas do que as por ele consideradas. De forma extremamente sintética, Dworkin destaca que usamos as expressões “posição moral” ou “convicção moral” em contextos de justificação ou crítica de alguma proposição moral concreta. Assim, afirmar que se está defendendo uma posição moral é apresentar razões reconhecidas como tais dentro de parâmetros da própria prática de criticar moralmente. Nossas práticas de crítica moral não aceitam razões que têm base em preconceitos, em falseamentos da realidade, em questões de mera aversão pessoal ou baseadas em padrões arbitrários. Ademais, essas razões devem poder ser reconduzidas a algum princípio ou teoria moral mais geral, ainda que o falante não seja capaz de articulá-los claramente, porque existe a crença de que os fundamentos últimos da imoralidade são determinados por um pequeno grupo de padrões muito gerais. Em suma, não é possível afirmar, com a mera referência a gostos ou sentimentos pessoais, que a posição que se defende é uma posição de natureza moral. Não é assim que se desenvolvem as nossas práticas de crítica moral (DWORKIN, 1966, 1.000).

O erro de Devlin é conceber os conceitos relativos às questões morais num sentido meramente descritivo, chamado por Dworkin de antropológico. Para Devlin, o consenso moral da comunidade pode ser alcançado pela mera quantidade de pessoas que acreditam naquela

crença e em virtude do tamanho do sentimento nela envolvido. Essa concepção de moralidade está equivocada, porque viola a crença compartilhada de que juízos baseados em preconceito não são justificativas legítimas para a limitação da liberdade individual. Devlin não está equivocado em considerar as ideias relativas ao consenso moral da comunidade, mas, sim, no que ele considera ser esse consenso. O legislador dos regimes democráticos tem o dever de testar as credenciais do consenso, apartando os juízos injustificáveis dos que podem ser considerados dentro do discurso reconhecidamente moral (DWORKIN, 1966, p. 1.001).

Em suma, a liberdade é, nas sociedades contemporâneas, um valor que merece especial preservação. Antes de limitá-la, é necessário avaliar criticamente os valores em conflito para justificar a possibilidade da redução da amplitude desse valor fundante. Assim, o modelo de Devlin, porque simplifica a maneira pela qual nossas práticas de crítica moral se desenvolvem e, ainda, porque essa simplificação abre espaço para que juízos baseados em sentimentos preconceituosos sejam tomados como justificativa suficiente para a limitação do direito de liberdade, não pode ser aceito como modelo adequado para o controle da possibilidade da imposição de padrões morais através do direito penal.

2.5 Resumo das teses

É possível resumir cada uma das posições acima articuladas nos termos que seguem. Para o liberalismo clássico, a liberdade apenas pode ser cerceada nas condutas capazes de gerar dano físico a terceiros. Para Devlin, a sociedade tem o direito de se autopreservar, podendo proibir quaisquer condutas capazes de ofender o núcleo-duro dos valores morais que a identifica. Hart e Dworkin, por sua vez, sustentam que a liberdade é um valor fundante das sociedades ocidentais que apenas pode ser limitado em casos excepcionais. Hart afirma que a proibição apenas será legítima se sobreviver a uma análise pelo prisma da razão crítica, não sendo possível justificar racionalmente a proibição apenas com base no conteúdo da moral convencional de um determinado grupo. Dworkin agrega a essa ideia o argumento de que o exercício da moral crítica é a única forma capaz de distinguir as proibições baseadas em preconceitos das proibições racionalmente defensáveis.

Fica claro a partir dos argumentos de Hart e Dworkin, com os quais concordamos, que é possível criminalizar condutas incapazes de gerar dano físico concreto a terceiros, desde que a proibição possa ser justificada a partir de argumentos racionais formulados a partir de algum valor reconhecidamente importante para a sociedade. A impossibilidade de justificar a proibição a partir da moral crítica deverá ser considerada como indício de que a proibição está baseada em um preconceito, permitindo o reconhecimento de sua invalidade por violação aos princípios constitucionais centrais do ordenamento reunidos em torno da cláusula geral da proteção da dignidade da pessoa humana.

2.6 Crimes que protegem exclusivamente a moral convencional no ordenamento jurídico brasileiro

O objetivo neste tópico é ilustrar que o direito brasileiro possui tipos penais que tutelam exclusivamente a moralidade convencional. Com isso, pretendemos reforçar o argumento de que a sociedade pode utilizar o direito penal para impor comportamentos que considera errados apenas porque estão em desacordo com a moral compartilhada. Aqui não se pretende realizar uma análise exaustiva do ordenamento jurídico nacional, mas destacar situações nas quais a liberdade individual é cerceada legitimamente a partir de considerações racionais for-

muladas a partir da moralidade convencional. Vejamos dois casos.

A Lei nº 9.605/1998 criminaliza as condutas de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar quaisquer animais (art. 32). Assim, considera-se criminoso a conduta de, por exemplo, torturar uma pomba comum, uma daquelas que aos milhares habitam as praças das cidades. Note-se que a conduta de torturar a ave viola o conteúdo de nossa moral positiva e a proibição pode ser sustentada pelo princípio racional de que os animais, embora não sejam sujeitos de direito, não devem ser submetidos à dor de forma injustificada. Assim, não viola a dignidade da pessoa humana a redução da liberdade individual de torturar quaisquer pragas urbanas, embora a conduta não seja capaz de gerar danos aos interesses de quaisquer pessoas.

Da mesma forma, o Código Penal proíbe a prática de ato obsceno em local público, aberto ou exposto ao público (art. 233). A conduta de um homem surpreendido por um adulto se masturbando em praça pública não é capaz de causar dano, embora, novamente, viole nosso código moral convencional e possa ser justificado racionalmente.

O que justifica essas duas restrições à liberdade individual não são os valores do liberalismo clássico, mas o conteúdo da nossa moral positiva racionalmente analisado pelo prisma da moral crítica. Então, nosso argumento é o de que o direito brasileiro não é insciente quanto à possibilidade de proibir condutas ofensivas aos valores morais compartilhados. Ao contrário, temos hipóteses reconhecidamente constitucionais que diminuem a esfera de liberdade individual apenas para a tutela de valores morais. Obviamente, diversos tipos penais podem ser justificados racionalmente por valores do liberalismo. A imensa maioria dos crimes busca defender as pessoas de interferências alheias indevidas em seus interesses mais valiosos. Contudo, não é possível – e esse é o ponto que deve ser devidamente compreendido – restringir por completo a justificação do conteúdo das regras de direito penal a uma teoria política liberal. O princípio da dignidade da pessoa humana não representa a positivação constitucional da obra liberal de John Stuart Mill.

3 JUSTIFICATIVAS RACIONAIS PARA A CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ENTORPECENTE

Neste momento já apresentamos todas as ideias necessárias para a compreensão do debate em torno da constitucionalidade da proibição do porte de entorpecentes para uso próprio. A análise dos argumentos apresentados em torno do debate do Relatório *Wolfenden* nos permite fixar os seguintes conceitos:

1. O conteúdo do direito penal é determinado por padrões morais convencionais, pois a sociedade normalmente busca proteger os valores que entende mais valiosos para o grupo.
2. Justificar a existência de tipos penais é procurar, a partir da moralidade crítica, apontar discursivamente razões aceitáveis para a limitação ao direito de liberdade.
3. Na maior parte dos casos, as proibições estarão justificadas pelo princípio moral liberal que proíbe condutas lesivas a terceiros.
4. Haverá casos de proibições de comportamentos que não causam danos a terceiros, mas que são considerados indesejáveis a partir da moral convencional. Essas proibições devem poder ser justificadas a partir da moralidade crítica.
5. As proibições baseadas na moralidade convencional, incapazes de serem justificadas pela moral crítica, devem ser consideradas proibições preconceituosas e, por esse motivo, inválidas.

Devemos ainda agregar mais duas ideias a partir da separação dos poderes e do papel institucional do Legislativo e do Judiciário:

6. A decisão de proibir uma conduta é uma decisão política da comunidade que deve ser tomada, dentro do sistema jurídico nacional, pelo Poder Legislativo. É dever do Legislativo

testar as credenciais do consenso moral, separando os juízos justificáveis dos preconceituosos.

7. Para a defesa das garantias constitucionais fundamentais, é dever do Judiciário revisar criticamente as justificativas racionais para a limitação ao direito de liberdade, invalidando as restrições incapazes de serem amparadas por raciocínios de crítica moral. Entretanto, não pode o Judiciário, sem violar a separação dos poderes, invalidar a legítima decisão política do Legislativo de proibir condutas justificáveis pelo prisma da razão crítica.

Postas as premissas, podemos analisar diretamente a questão inicialmente proposta.

Já vimos que a sociedade pode proibir comportamentos incapazes de gerar danos a terceiros, desde que a proibição venha amparada por argumentos de moralidade crítica. A proibição para porte e consumo de entorpecentes pode ser considerada uma forma de paternalismo, situação na qual a sociedade reduz a esfera de autodeterminação para a proteção do indivíduo contra atos próprios lesivos. Há outras formas de paternalismo no direito brasileiro, como a obrigatoriedade do uso de cinto de segurança nos carros e as limitações à liberdade contratual nas relações de trabalho e consumo. Vê-se, portanto, que as situações de paternalismo não violam, *per se*, a liberdade individual, mas, novamente, exigem a apresentação de justificativas racionais. Entendemos que existem pelo menos três boas justificativas racionais disponíveis para a proibição paternalista. Vejamos cada uma delas.

Há ampla literatura indicando que o consumo de drogas, mesmo as leves, gera transtornos de personalidade, diversos problemas de saúde e serve como convite ao consumo de drogas mais pesadas. Muito já se escreveu sobre o assunto e entendemos ser desnecessário repetir o que outros já disseram com muito mais propriedade.

Há também estudos que apontam que a presença de um dependente químico causa grandes impactos negativos na vida de seus familiares. Pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Política Pública Sobre Álcool e Outras Drogas (2013) revelou que as experiências cotidianas vividas pela família com parente usuário de drogas são devastadoras nos aspectos físico, financeiro, de relações interpessoais e sociais. O impacto também se dá na perspectiva subjetiva, causando sentimentos negativos como tensão, estresse, preocupação, estigma, raiva e culpa. No levantamento realizado, constatou-se também que os problemas diretamente relacionados à dependência química incluem “violência doméstica, abuso infantil, roubo de bens familiares, condução de veículos em estado de embriaguez e ausências prolongadas” (INPAD, 2013, p. 2). Esse estudo é interessante por dois aspectos. Por um lado, ele fornece mais um argumento racional pela possibilidade da proibição. Por outro, ele coloca em cheque o próprio argumento liberal de que as condutas relativas ao consumo de entorpecentes são condutas que devem ser concebidas apenas pelo prisma do direito à autolesão. O estudo comprova que os danos decorrentes da conduta também alcançam as pessoas que de qualquer forma convivem com o dependente químico, infirmo a premissa de que não há danos a terceiros por considerar. A proibição, portanto, também pode ser justificada pela proteção à integridade dos laços familiares.

Finalmente, o Brasil, por outra decisão política, assumiu o compromisso de prestar serviços gratuitos de saúde para toda a população. Essa gratuidade, obviamente, não significa que os recursos utilizados na atenção à saúde brotem ao acaso na natureza, mas que o custeio é feito através das receitas pagas pela comunidade através de tributos. Ora, se a comunidade assumiu o ônus de custear serviços de saúde para os enfermos, ela também pode se reservar o direito de proibir algumas condutas que aumentem esses custos. Se há evidências científicas de que um determinado tipo de conduta gera diversos problemas de saúde, a comunidade pode proibi-la, pois os recursos disponíveis são finitos e a utilização para o tratamento de dependentes desvia quantias que poderiam ser utilizadas na atenção a outros problemas. Não parece razoável a posição do indivíduo que alega ter o direito à autolesão e, simultaneamente, o direito ao custeio integral dos tratamentos aos danos causados por sua conduta autolesiva. O direito

individual à autodeterminação também deve se fazer acompanhar do dever de não socializar as consequências dos próprios atos.

O discurso que defende a inconstitucionalidade do tipo penal incide em algumas contradições que nem sempre são percebidas por seus interlocutores. Vejamos algumas.

Os verdadeiros defensores do liberalismo clássico deveriam estar dispostos a defender a liberação da utilização de quaisquer entorpecentes, mesmo as drogas pesadas e os remédios de uso controlado. A rigor, eles deveriam defender o direito de se dirigir a qualquer farmácia e adquirir antidepressivos sem prescrição médica. Contudo, não é o que se observa na prática. As pessoas, em geral, se limitam a criticar o paternalismo apenas em relação às chamadas drogas leves e não percebem a contradição lógica em seu pensamento crítico. Elas combatem o paternalismo apenas pela metade, admitindo a restrição à liberdade em situações mais danosas. Elas aceitam, portanto, que o direito pode ser utilizado para impedir a autolesão, embora defendam o direito de se autolesar levemente. Preferem ignorar, entretanto, que mesmo o consumo de drogas leves pode gerar danos graves à saúde e servir como porta de entrada para o consumo de entorpecentes mais potentes e perigosos.

O liberal clássico também deveria lutar contra outras parcelas da legislação penal, defendendo a ampla aceitação do consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude das condutas. Afinal, se o indivíduo é livre para se autolesar, também deve ser livre para autorizar que outros o lesionem. Os liberais deveriam sustentar, por exemplo, a licitude das condutas relativas à eutanásia e à redução à condição análoga de escravo, sempre que a suposta vítima, desde que no íntegro exercício de suas faculdades mentais, anuisse consciente e integralmente com todos os pormenores dessas condutas. Não é demais recordar que o que justifica desprezar o consentimento do ofendido, nesses casos, é nosso conjunto de valores morais compartilhados analisados criticamente. Essas são situações legítimas de paternalismo.

Há também argumentos de política penitenciária para a invalidação da proibição. Diz-se que a população carcerária brasileira é enorme e formada basicamente por pequenos traficantes de baixa periculosidade. Por esse motivo, há de se revogar o crime. Não entendemos como as duas afirmações podem estar implicadas. Eventual revogação do porte para o uso não equivale à autorização para a traficância. Os traficantes, a menos que a tráfico também seja autorizado, continuarão a ser traficantes. Apenas autorizar o consumo pessoal não equivale a regulamentar por completo o comércio dessas substâncias nem garante a inclusão social desses detentos. Aliás, eventual decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de invalidar o crime, longe de diminuir o tráfico de drogas, irá aumentar a prática do delito. A descriminalização implicará o aumento do mercado consumidor das substâncias, fomentando o tráfico e incluindo mais pessoas nesse ciclo carcerário. Ela também dificultará a atividade da polícia judiciária, porquanto os traficantes passarão a trazer consigo quantidades menores na esperança de, se surpreendidos, serem confundidos com usuários. A falta de regulamentação, ademais, irá gerar sérios problemas de segurança pública, pois aumentará a capacidade do crime organizado de corromper agentes públicos e enfraquecer a presença do Estado na sociedade.

Recorde-se novamente que não afirmamos que o porte de quaisquer entorpecentes para uso próprio é uma conduta que deva necessariamente ser proibida. Não. O argumento que defendemos é o de que a decisão de proibir esse tipo de conduta é de natureza política e deve ser feita na esfera do Poder Legislativo. Não há violação à Constituição Federal por reconhecer, pois, a partir de princípios de filosofia política, a proibição baseada na moralidade convencional possui amparo na moralidade crítica. Trata-se de situação de paternalismo devidamente justificável através de outros princípios jurídicos igualmente relevantes, notadamente a defesa da saúde e da família. É recomendável, aliás, que eventual alteração na legislação seja feita na esfera do Congresso Nacional, pois o fim da proibição deve se fazer acompanhar de uma regulamentação que discipline os pormenores do setor, evitando o efeito contrário do aumento

do tráfico de drogas e da população carcerária. Há de se legislar, inclusive, sobre a tributação desse novo mercado e criar mecanismos para fazer frente aos custos que eventual liberação irá gerar para o Sistema Único de Saúde. Obviamente, nenhuma autorização para o consumo de drogas, quer judicial, quer legislativa, será capaz de incluir os pequenos traficantes no mercado de trabalho. Não se faz política de inclusão social através da regulamentação do consumo de substâncias entorpecentes. Os traficantes irão provavelmente buscar outra atividade marginal para sobreviver.

4 CONCLUSÃO

Neste trabalho buscamos responder a seguinte questão: a proibição do porte de entorpecentes para uso próprio representa uma limitação indevida à liberdade de autodeterminação individual? Localizamos no debate inglês sobre a proibição da manutenção de relações sexuais entre homossexuais as premissas de filosofia política necessárias para a correta adequação do tema. Com base nos ensinamentos de H. L. A. Hart e Ronald Dworkin, reconhecemos a possibilidade de a sociedade, em situações devidamente justificáveis pelo prisma da moral crítica, proibir condutas incapazes de gerar danos a terceiros. Embora majoritariamente os tipos penais possam ser de alguma forma justificados por princípios do liberalismo clássico, o direito penal convive, como exemplificamos, com proibições decorrentes da violação a valores morais compartilhados pelo grupo. Distinguir as proibições justificáveis das injustificáveis é algo que se faz a partir do exercício da moral crítica, através da apresentação de argumentos racionalmente defensáveis para a proibição. No caso do porte de entorpecentes, localizamos nos argumentos de proteção à saúde (individual e pública) e à família as justificativas para a proibição. Assim, considerando que o ato de proibir uma determinada conduta é um ato político, o foro adequado para a revisão da proibição é o Poder Legislativo, não havendo qualquer inconstitucionalidade por reconhecer. Como consignamos ao longo do texto, o princípio da dignidade da pessoa humana não é a positivação constitucional da obra liberal de John Stuart Mill.

REFERÊNCIAS

- DEVLIN, Patrick. *The enforcement of morals*. Oxford: Oxford University Press, 1968.
- DWORKIN, Ronald. Lord Devlin and the enforcement of morals. *The Yale Law Journal*, v. 75, 1966, p. 986-1005.
- HART, Herbert L. A. *Law, liberty and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1968.
- HART, Herbert L. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- INPAD. *Levantamento Nacional de Famílias dos Dependentes Químicos*. São Paulo: INPAD, 2013. Disponível em: <http://inpad.org.br/wp-content/uploads/2013/11/PressFamilia.pdf>. Acesso em: 10 set. 2016.
- KYMLICKA, Will. *Contemporary political philosophy: an introduction*. 2. ed. in Oxford: Oxford University Press, 2002.
- MACCORMICK, Neil. H.L.A. Hart. Stanford: Stanford University Press, 1981.
- MILL, John Stuart. *On liberty*. Dordrecht: Springer, 1966.

Artigo submetido em: 18-06-2018

Artigo aceito em: 31-07-2020