

# JUSTIÇA & CIDADANIA<sup>®</sup>

Edição 184 • Dezembro 2015



**OAB, 85 ANOS DA MAIOR ENTIDADE  
DE CLASSE DE ADVOGADOS DO MUNDO**

Editorial: NÃO PASSARÃO!

# Drogas

## Uma questão de liberdade

Renato Laudório | Advogado

Recentemente, foi levado ao Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do Recurso Extraordinário nº 638.659, a questão da (in)constitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio. Em defesa da descriminalização do uso, manifestaram-se não apenas a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, mas também importantes institutos nacionais, na qualidade de *amicus curiae*, alegando, em apertada síntese, tratar-se de questão afeita ao direito à intimidade.

No que pese o inegável valor da causa da descriminalização, bem como o indiscutível conhecimento jurídico dos representantes das instituições que a defenderam em plenário, entendo, contudo, que o argumento adotado em favor da descriminalização é equivocado, uma vez que analisa a questão sob o prisma da intimidade quando, na realidade, se trata de garantir direito mais abrangente: o de liberdade.

Com efeito, o direito à intimidade visa resguardar a vida privada, um espaço de reserva ou até mesmo de segredo.<sup>1</sup> Em outras palavras, na lição de Paulo José da Costa Jr., “corresponde tão-somente àquela aspiração do indivíduo de conservar a sua tranquilidade de espírito, aquela sua paz interior (*La vie doit être murée*), que uma publicidade ou uma intromissão alheia viriam perturbar”.<sup>2</sup> Sob esse prisma, considerado de forma singular, não seria o uso de substâncias entorpecentes encarado como efetivo direito subjetivo do indivíduo, mas tão somente como um “pecado”, um “desvio”, ao qual o Estado “faz vista grossa”; simplesmente um comportamento que o

indivíduo gostaria que não se tornasse de conhecimento público e que, nessa medida – e somente nessa medida – seria tolerado. Todavia, não parece que seja essa a dimensão que se queira dar ao referido direito, razão pela qual entendo o argumento como equivocado. Esse equívoco, porém, é compreensível e se deve ao fato de que o direito de liberdade – direito que efetivamente deveria ter levantado em defesa do consumo de drogas – vem sendo, há muito, tratado com especial desatenção, seja pela doutrina internacional como, principalmente, pela doutrina pátria.

Explico-me e, para tanto, faço uma ligeira digressão. Digo que o direito de liberdade vem sendo tratado de forma desatenta – e limitada – em nosso meio jurídico, seja na academia como no foro, pelo fato de que o tomamos em consideração sempre sob a perspectiva plural das “liberdades”: “liberdade da pessoa física”, “direito de ir e vir”, “liberdade de expressão”, “liberdade de imprensa”, “liberdade religiosa”, “liberdade política”, “liberdade de reunião”, etc. Contudo, não é esse seu verdadeiro conteúdo. A liberdade é uma só, sendo essas outras tão somente facetas desse mesmo direito. No entanto, ao ser assim tratada, por partes, como um conjunto de direitos singulares, acabamos por perverter-lhe o seu verdadeiro sentido, restringindo-lhe em muito o seu alcance.

Ao tratarmos a liberdade como “liberdades”, acabamos por delimitar o alcance do direito somente àqueles conteúdos enunciados, como se taxativos fossem e, ao fazê-lo, subvertemo-lo na essência. Acaba-se por considerar como direito de liberdade tudo aquilo – e somente aquilo –

que o Estado determina como direito de liberdade. Esse é, porém, o conteúdo de liberdade reservado aos cidadãos pelos Estados totalitários, o que se mostra como verdadeira afronta ao modelo de Estado adotado pelo Brasil e previsto em nossa Constituição. Não obstante, o tratamento do direito de liberdade sob essa perspectiva sempre foi e continua sendo de muito uso em nossa prática legislativa e judiciária. Não é por outra razão, por exemplo, que, ao argumentar contra a descriminalização do uso de drogas, o ilustre Procurador-Geral da República tenha mencionado que “o direito ao êxtase” não consta da Constituição Federal.

Temos, portanto, que o principal equívoco no tratamento do direito de liberdade é o de encará-lo como direito positivo, quando, na realidade, trata-se do mais típico direito negativo. Em outras palavras, o verdadeiro conteúdo do direito de liberdade não deve ser buscado em suas muitas manifestações positivas (“liberdade de ir e vir”, “liberdade de reunião”, etc.), mas sim no princípio da legalidade, tomado sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

O filósofo italiano Norberto Bobbio explica que dois são os tipos de ordenamentos jurídicos: aqueles que partem de um sistema normativo não imperativo, nos quais nenhuma norma reclama a condição de permissividade, dado que vale o pressuposto de que “tudo aquilo que não é proibido ou comandado é permitido” e os sistemas normativos imperativos, em que as normas permissivas servem justamente para autorizar comportamentos, em que, por sua vez, vale a regra de que “tudo é proibido ou comandado, exceto o que é expressamente permitido”.<sup>3</sup> Não é difícil verificar em qual sistema se situam os Estados totalitários.

O ordenamento jurídico pátrio, por sua vez, parece adotar de forma clara o primeiro modelo, quando prevê no art. 5º, inc. II, da Constituição Federal, que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Essa constatação, porém, por si só, já não é suficiente para compreendermos o alcance do direito de liberdade. Com efeito, poder-se-ia argumentar que, dentro de um sistema com bases democráticas, e por meio da iniciativa do poder legislativo, os espaços de liberdade poderiam ser suprimidos paulatinamente, conforme a vontade popular. Como se pode notar – e o leitor mais atento já sabe onde quero chegar –, a gradativa supressão desses espaços de liberdade, se levada ao extremo, acarretará em totalitarismo, razão pela qual é preciso encontrarmos um limite a esse poder democrático. Dessa forma, é imprescindível que levemos em conta o direito de liberdade sob a perspectiva de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, a fim de que possamos apreciar seu verdadeiro alcance e conteúdo.



O conceito de Estado Democrático de Direito, por mais utilizado que seja, teve seu significado pulverizado pelo uso indiscriminado e – por que não dizê-lo – banalizado. Com efeito, é muito comum que se tome o primeiro termo do conceito como significante de seu todo, perdendo o último termo em conteúdo e relevância. Por esse motivo, entende-se que, se uma sociedade é democrática, logo, necessariamente, é uma sociedade livre. Pois bem: não necessariamente. Um governo autoritário pode agir com base em princípios liberais – ainda que não seja provável; da mesma forma, pode agir de forma totalitária um governo democrático<sup>4</sup> e – aqui reside o problema – não raro, o faz.

Que um governo é democrático quer dizer apenas que o poder é exercido pela totalidade do povo: o povo é soberano na determinação da vontade social. Que um Estado é liberal, por sua vez, quer dizer que, independentemente de quem exerça o poder – seja o povo, seja uma parte do povo, ou mesmo um monarca –, existe um limite ao exercício deste. Em outras palavras: o poder do Estado é limitado. Dessa forma, quando enunciamos que um Estado é Democrático de Direito, o que se quer dizer é que o governo desse Estado é exercido soberanamente pela totalidade do povo, mas essa mesma vontade soberana do povo encontra limites, além dos quais não é legítima a intervenção do Estado. A possibilidade de delimitarmos um espaço real de liberdade passa, justamente, pela definição desses limites.

Contudo, como se pode imaginar, não é tarefa simples a definição de qual seja esse espaço inviolável

de liberdade. E certamente – objeta-se – serão muitas as concepções, conforme o gosto do que concebe e define. De fato, é necessário ao exegeta um esforço a mais nessa definição, devendo buscar os fundamentos da liberdade no direito reconhecido do homem à dignidade, consagrado também em nossa Carta, mas que da mesma forma recebe tratamento demasiado nebuloso. Há, porém, estreita relação entre liberdade e dignidade humana.

A ligação entre liberdade e dignidade humana surge, precisamente, com o próprio nascimento da ideia moderna de dignidade humana. Deveras, com o fim das hierarquias sociais que outrora conformavam a ideia de honra, típica do *ancien régime*, surge, no final do século XVIII, a concepção universal de dignidade humana. Surge, portanto, nesse mesmo período, a ideia individualizada do indivíduo. O indivíduo, então, não pertence mais a uma casta, mas se realiza autonomamente, segundo sua própria medida.<sup>5</sup> Surge, portanto, a ideia de individualismo e, posteriormente, de autonomia da vontade como caracterizadoras da dignidade – e da liberdade – do indivíduo, na medida que possibilitam a sua autorrealização. É essa concepção que, mais tarde, levará John Stuart Mill a afirmar que: “se uma pessoa tem qualquer quantidade razoável de senso comum e experiência, o seu próprio modo de planejar a existência é o melhor, não porque seja o melhor em si, mas sim porque é o seu próprio modo”<sup>6</sup>

Certamente esse individualismo reconhecido ao ser humano (ou ao cidadão, para sermos menos universalistas) em forma de liberdade – e como realização da dignidade – deverá encontrar limites, quais, precisamente, o direito de que todos os integrantes de uma determinada sociedade – ao menos aquelas dos Estados Democráticos de Direito que tenham reconhecido o direito de liberdade como um direito fundamental, bem como o de dignidade da pessoa humana – gozem da mesma possibilidade de se realizarem pessoalmente na maior medida possível. Trata-se, simplesmente, de se concretizar uma sociedade pluralista em que aquilo que não prejudica a terceiros não pode ser visto como algo que se possa legitimamente proibir por meio do direito.

É, portanto – como corolário do direito de liberdade –, ilegítimo ao Estado adentrar na esfera de realização individual de seus cidadãos, desde que dessa forma de viver – e viver pressupõe atos e não meros pensamentos – não resultem fundados riscos de danos diretos a terceiros.

Um Estado que não garanta aos seus cidadãos esse conteúdo mínimo de liberdade, capaz de possibilitar a realização individual segundo uma concepção própria de vida, não pode se autodenominar um Estado Democrático de Direito que promove direitos fundamentais.

Sob essa perspectiva, entende-se que o ato de consumir drogas – ou de qualquer outra forma se entorpecer – seja uma simples manifestação do direito de liberdade. Com efeito, ainda que se possa condenar do ponto de vista moral, social ou religioso qualquer desses comportamentos, não parece lícito ao Estado, diante do que foi até aqui exposto, que se reprima por meio do direito o desejo do indivíduo de consumir drogas, como manifestação de sua autonomia, de sua vontade livre.

O enfrentamento da questão sob o foco da liberdade, portanto, como se pode notar, acarreta importantes diferenças de quando o tomamos sob a ótica do direito de intimidade: ao analisarmos a questão sob a perspectiva do direito da intimidade, temos como resultado final a simples descriminalização, de modo que o uso de entorpecentes passa a ser tolerado pelo Estado, não sendo mais alvo de persecução penal, mas sem, contudo, deixar de ser passível de punição nas esferas civil e administrativa. Sob essa perspectiva, ainda, é possível a dicotomia entre uso e comercialização: o primeiro fazendo parte da intimidade e, como tal, tolerado do ponto de vista penal; o segundo, duramente punido pelo Estado.

Do ponto de vista do direito da liberdade, porém, o uso de entorpecentes é um verdadeiro direito subjetivo do indivíduo, de modo que não apenas devem cair por terra todas as diferenciações entre potencial lesivo desta ou daquela droga, mas deixa de ser legítimo ao Estado também a criminalização da comercialização da droga, que passa a ser um produto legal, como outro qualquer. Neste cenário, todo controle é regulamentar.

Contudo, a despeito das críticas, teremos certamente um avanço civilizacional importante caso o STF decida pela descriminalização do uso de drogas. É necessário, contudo, que este seja um primeiro passo para decisões mais ousadas e avanços mais significativos para a consolidação de nosso Estado de Direito.

O verdadeiro desafio da liberdade é o de encontrá-la nos outros.



## Notas

<sup>1</sup> COSTA Jr., Paulo José da. *O direito de estar só*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. p. 26 e ss.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 26.

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. [s.l.]: Edipro, [s.d.]. p. 128 e ss.

<sup>4</sup> HAYEK, Friedrich Albert von. *Os fundamentos da liberdade*. [s.l.]: Visão, 1983. p. 111.

<sup>5</sup> TAYLOR, Charles. *La política del reconocimiento*. In: *Multiculturalismo: lotte per il riconoscimento*. [s.l.]: Feltrinelli, 2008. p. 11 e ss.

<sup>6</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.