
DOUTRINA

PORTE E CONSUMO DE DROGAS: OS LIMITES DAS PROIBIÇÕES NO DIREITO ESPANHOL¹

*Miguel Angel Boldova Pasamar**

SUMÁRIO: 1. As prescrições dos tratados internacionais e a regulamentação interna do Direito espanhol; 2. Tráfico, porte e consumo de drogas. Delimitação entre a ilicitude penal e a ilicitude administrativa. Bens jurídicos protegidos e tipicidade; 3. Antijuridicidade material do porte ilícito de drogas do ponto de vista da segurança dos cidadãos versus procedimento administrativo sancionador

1. As prescrições dos tratados internacionais e a regulamentação interna do Direito espanhol

A luta atual contra a difusão e o uso indevido de drogas tem sua origem em uma atuação governamental internacional, surgida em princípios do século XX² e destinada a erradicar o tráfico ilícito de estupefacientes, substâncias psicotrópicas e drogas tóxicas em geral. Com o passar dos anos, foram sendo criadas bases para a formação de uma política específica de luta contra o tráfico ilícito de drogas mediante através das cominações do Direito Penal, tendo-se logrado a implementação do citado modelo repressivo durante as décadas de sessenta e setenta na grande maioria dos países. Frutos dessa atuação comum foram os acordos internacionais que constituem hoje o marco legal mundial vigente em matéria de drogas, ou seja, a Convenção Única de 30 de março de 1961 sobre estupefacientes (emendada pelo Protocolo de 25 de março de 1972), o Convênio sobre substâncias psicotrópicas de 21 de fevereiro de 1971 e a Convenção de Viena das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas de 20 de dezembro de 1988, todos ratificados pela Espanha.

Concretamente, a Convenção de Viena de 1988 é a que marca a política criminal internacional atual contra o tráfico ilícito de drogas. Nela se

¹ Tradução do original espanhol de Gisele Mendes de Carvalho, Mestranda em Direito Penal, Universidade Estadual de Maringá.

² Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade de Saragoça (Espanha).

² A partir da Convenção Internacional do Ópio de La Haya, de 23 de junho de 1912.

encontram acolhidas, em seu artigo 3º, sob a rubrica de delitos e sanções, uma série de prescrições dirigidas aos Estados que tomam parte na mencionada Convenção para que adotem as medidas necessárias com o objetivo de tipificar como delitos em seu Direito interno as condutas relacionadas com o tráfico ilícito de drogas, abarcando o denominado ciclo da droga e todas as suas facetas, incluindo alguns atos preparatórios e também certos comportamentos derivados do tráfico ilícito (como, por exemplo, a lavagem de bens procedentes do narcotráfico).

Em nosso país o Código Penal se adaptou perfeitamente às determinações da Convenção em relação às condutas de tráfico ilícito de drogas a partir da nova redação de 1995, ainda que o núcleo principal da regulamentação atual coincida em seus aspectos essenciais com a versão do Código anterior após a reforma promovida pela Lei Orgânica 1/1988, de 24 de março³, que se completou com a reforma levada a cabo pela Lei Orgânica 8/1992, de 23 de dezembro⁴. Tanto é assim que, de modo geral, constituem delitos de caráter grave ou menos grave, sancionados com penas de prisão e multa, as condutas daqueles que *"executem atos de cultivo, elaboração ou tráfico, ou de outro modo promovam, favoreçam ou facilitem o consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, ou as possuam com aqueles fins"* (art.368 do Código Penal espanhol vigente). Diferentemente da casuística verbal em que incorre a Convenção ao descrever os delitos⁵, o Código espanhol emprega verbos mais genéricos, capazes de compreender qualquer comportamento imaginável destinado a gerar o consumo ilegal de drogas, em detrimento, porém, da obrigatória taxatividade da descrição típica. Isso se traduz em uma desmesurada ampliação do âmbito da consumação e da autoria nesse delito, por serem dificilmente concebíveis as distintas fases do *iter criminis*, bem como

³ Vide, sobre essa reforma, Díez Ripollés, J. L. *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*. Madrid, Tecnos, 1989, p.51 e ss.

⁴ Vide, sobre essa reforma, Fabián Caparrós, E. A. Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVI, fascículo II, 1993, p.585 e ss.; Guinarte Cabada, G. La circulación o entrega vigilada de drogas. *Cuadernos de Política Criminal*, n.55, 1995, p.5 e ss.

⁵ Tão-somente no apartado a) i) do artigo 3.1 da Convenção se alude à produção, à fabricação, à extração, à preparação, à oferta, à oferta para venda, à distribuição, à venda, à entrega em quaisquer condições, à corretagem, ao envio, ao envio em trânsito, à importação ou à exportação de qualquer estupefaciente ou substância psicotrópica com inobservância do disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 na sua forma emendada ou no Convênio de 1971. Em continuação, assinalam-se em outros dez apartados distintos grupos de condutas relacionadas ao tráfico ilícito de modo direto (casos de autoria, como o cultivo e a posse para o tráfico de drogas) ou indireta (casos de participação, encobrimento, atos preparatórios, fases do *iter criminis*, conversão de bens procedentes desses delitos, etc.). No total, são quarenta e uma condutas diferentes umas das outras.

possíveis formas de cumplicidade e de cooperação necessária que não impliquem ao mesmo tempo também a autoria⁶, o que tem obrigado a jurisprudência a fazer interpretações restritivas para não incorrer em penalidades excessivas ou desproporcionais⁷.

Junto às condutas relacionadas ao tráfico ilícito de drogas, no apartado 2 do artigo 3º do Convênio de Viena, há uma proibição adicional. Indica-se ali que *"com reserva de seus princípios constitucionais e dos conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para a tipificação dos delitos conforme seu direito interno, quando intencionalmente perpetradas a posse, a aquisição e o cultivo de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas para o consumo pessoal em contrariedade com o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 na sua forma emendada ou no Convênio de 1971"*⁸. A rigor, não se inclui nessa relação o ato mesmo do consumo de drogas, talvez porque punindo-se a posse, aquela sanção resultasse desnecessária. Não obstante, também se poderia dizer o mesmo da aquisição e, ao contrário, ela figura como conduta delitiva independente da posse (de modo semelhante à estrutura de um tipo misto alternativo). Pois bem, a maioria dos países próximos ao nosso criminaliza essas condutas e outras análogas⁹. Em princípio, na Espanha também a mera posse foi considerada delito desde 1971 (Lei 44/1971, de 15 de novembro), até que com a reforma do Código Penal em 1983 (L. O. 8/1983, de 25 de junho) prevaleceu o critério da jurisprudência e da doutrina de considerar criminosa apenas a posse de drogas com finalidade de tráfico¹⁰.

⁶ Vide, sobre esses problemas, Joshi Jubert, U. *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art.368 CP*. Barcelona, Bosch, 1999, p.227 e ss. e 249 e ss.

⁷ Vide a respeito Torío López, A. Antinomias jurídicas e ideológicas en el delito de tráfico de drogas, in *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona: Libro-homenaje ao prof. Antonio Beristain*. San Sebastián, 1989, p.941 e ss.; Ganzenmüller/Frigola/Escudero. Formas de participación en el delito de tráfico de drogas. *Cuadernos de Política Criminal*, n.64, 1998, p.59 e ss.; González Zorrilla, C. Política(s) Criminal(es) en materia de drogas (prohibicionismo versus reducción de daños), in *Política Criminal, Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid, C.G.P.J., 1999, p.249 e ss.; Gordillo Santana, L. Estudio jurisprudencial del delito de tráfico de drogas. *Cuadernos de Política Criminal*, n.68, 1999, p.480 e ss.

⁸ Sobre a ambigüidade da situação anterior nos tratados internacionais no tocante à tipificação como delito do simples porte, vide Lorenzo Salgado, J. M^a. *Las drogas en el ordenamiento penal español*. 2 ed. Barcelona, Bosch, 1983, p.116 e ss.

⁹ Por exemplo, dentre os mais próximos, Portugal, onde é punido também o consumo (D. L. 15/93, de 22 de janeiro) e França, onde é tipificado o uso ilícito de estupefacientes (L 628 da Lei 70-1320, de 31 de dezembro de 1970). Vide, mais amplamente, Albrecht/Kalmthout. *Drug Policies in Western Europe. Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*. Freiburg, 1989.

¹⁰ Vide Fernández Albor, A. Outra vez sobre la droga: ¿Qué resuelve la reciente reforma del artículo 344?, in *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*. Madrid, Edersa, 1986, p.16-7; Prieto Rodríguez, J. I. *El delito de tráfico y el*

Em relação a essa previsão internacional manifestou-se criticamente em nossa doutrina Díez Ripollés, entendendo que implica flagrante violação da liberdade pessoal num contexto corrompido de proteção à saúde, de maneira dificilmente compatível com importantes preceitos da nossa Constituição (assinalando, em especial, o artigo 10)¹¹.

De seu turno, o legislador espanhol, ao invés de optar entre a incriminação da posse de drogas ou deixar as coisas como estavam, limitou-se a criar três ilícitos administrativos específicos. No artigo 25.1 da Lei Orgânica de Proteção da Segurança dos Cidadãos, de 21 de fevereiro de 1992, figuram como infrações graves contra a segurança dos cidadãos “o consumo em lugares, vias, estabelecimentos ou transportes públicos, bem como o porte ilícito, ainda que não destinado ao tráfico, de drogas tóxicas, estupefacientes, ou substâncias psicotrópicas, sempre que não constitua infração penal, além do abandono nos lugares mencionados de utensílios ou instrumentos utilizados para o consumo”. Essas condutas dão lugar, ademais da expropriação da droga, a uma multa de 50.001 a 5 milhões de pesetas e outras possíveis privações de direitos (suspensão da permissão de dirigir veículos automotores até três meses e perda da permissão ou licença para o porte de armas). Como se pode observar, apenas uma dessas infrações corresponde às condutas que a Convenção de Viena recomenda a tipificação como delito, qual seja o porte ilícito de drogas ainda que não destinado ao tráfico, sempre que não constitua infração penal, que corresponde à posse de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, se bem que não como delito e sim como ilícito administrativo. Assim, portanto, ao permanecerem esses comportamentos à margem do Direito Penal, fica a impressão de que nossa legislação é mais permissiva que a dos demais países europeus em geral (exceção feita à Holanda). Não obstante, o número de sanções impostas por essas causas cresce anualmente em cerca de cinquenta mil em todo o território nacional¹².

Tendo em vista essa regulamentação, é de se questionar em que medida os princípios constitucionais ou algum dos conceitos fundamentais do nosso ordenamento jurídico pode condicionar a tipificação como delito ou, no caso, como ilícito administrativo, da posse, aquisição e cultivo de

consumo de drogas en el ordenamiento jurídico-penal español. 2 ed. Pamplona, Aranzadi, 1993, p.293 e ss.

¹¹ Díez Ripollés, J. L. Alternativas a la actual legislación sobre drogas. *Cuadernos de Política Criminal*, n.46, 1992, p.76.

¹² Em 1997, as sanções impostas por aplicação do artigo 25.1 da Lei 1/1992 aumentaram em 47.199 (dados obtidos na página da web do Plano Nacional sobre Drogas, <http://www.mir.es/pnd/>), enquanto que o número de pessoas delidas durante esse mesmo ano por delitos relativos ao tráfico de drogas foi de 78.847 (Memorial da Fiscalização Geral do Estado de 1988, que pode ser consultado na Revista de Derecho Penal y Criminología, n.3, 2ª época, UNED, 1999, p.471 e ss.).

estupefacientes ou substâncias psicotrópicas para consumo pessoal. Pode-se mesmo reduzir o problema e centrar-se nos casos de mero porte ou posse para consumo pessoal, visto que nem a aquisição nem o cultivo de drogas para consumo próprio constituem em nossa legislação delitos, contravenções ou infrações administrativas. Apesar disso, a aquisição e o cultivo não são senão atos preparatórios da efetiva posse ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, em razão do que, existindo proibição em relação a esta última, as outras duas, na práticas, tornam-se excessivas.

2. Tráfico, porte e consumo de drogas. Delimitação entre a ilicitude penal e a ilicitude administrativa. Bens jurídicos protegidos e tipicidade

Consolidou-se na doutrina o critério segundo o qual entre o ilícito penal e o ilícito administrativo não existem diferenças qualitativas, mas tão-somente quantitativas, é dizer, diferenças quanto à gravidade¹³. Também o ilícito administrativo deve obedecer a um injusto material, igual ao delito, ainda que de menor entidade. De forma que os ilícitos administrativos concretos hão de implicar lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico digno de proteção, independentemente de o legislador penal e o administrativo-sancionador operarem com princípios em parte diferenciados ou com motivações e finalidades em oportunidades diversas.

A esse respeito, recorda o Tribunal Constitucional que os princípios inspiradores da ordem penal aplicam-se, com certos matizes, ao direito administrativo sancionador, vez que ambos são manifestações do ordenamento punitivo do Estado, tal como dispõe a própria Constituição (artigo 25, princípio da legalidade), a ponto de um mesmo bem jurídico poder ser protegido por técnicas administrativas ou penais (SsTC 18/1981, de 8 de junho, e 197/1995, de 12 de dezembro).

O bem jurídico que a lei penal procura tutelar com a incriminação do tráfico e da posse de drogas é a *saúde pública*, tal como dispõe a rubrica do Capítulo III do Título XVII do Código Penal, no qual se encontram elencados esses delitos. No caso das infrações administrativas (consumo em público, porte ilícito de drogas e abandono de utensílios e instrumentos utilizados para o consumo) é a própria *segurança dos cidadãos*, que dá título à lei, o bem jurídico protegido. Esses bens jurídicos, em princípio diferentes, devem servir de pauta para a interpretação e aplicação dos respectivos preceitos. Advirta-se, não obstante, que a diferença entre os bens jurídicos

¹³ Vide Cerezo Mir, J. *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, I, Introducción. 5 ed. Madrid, Tecnos, 1996, p.52.

em uma e outra regulamentação não é tão evidente, pois a saúde pública e a segurança dos cidadãos estão muito relacionadas entre si (não sem razão, no caso do porte ilícito do artigo 25.1 da Lei 1/1992, é expressa a reserva “sempre que não constitua infração penal”¹⁴) e não diferem tão substancialmente as finalidades que animam a regulação penal e a administrativa em matéria sancionadora sobre o uso indevido de drogas. Disso são demonstrativos, de um lado, o fato de que no artigo 630 do Código Penal figura como contravenção o abandono de seringas, que é praticamente a mesma conduta que constitui infração grave à Lei de segurança dos cidadãos, e, por outro lado, a própria rubrica do Título no qual se inserem os delitos de tráfico de drogas, “*Dos delitos contra a segurança coletiva*”, dado que a expressão segurança coletiva é semelhante à segurança dos cidadãos (independentemente de que esta última guarde correspondência também com a idéia de ordem pública do Título XXII).

À margem das diferenças e das afinidades entre os bens jurídicos, a doutrina acorda em rechaçar plenamente qualquer possível invocação à moral, à moralidade ou aos bons costumes para sustentar a tipificação como delito ou como mera infração administrativa dessas condutas. Isso não deveria demandar, em um Estado de Direito, maiores explicações. Mas não se pode ocultar o fato de que a Convenção de 1961 e o Convênio de 1971, que formam parte do nosso ordenamento jurídico (graças ao artigo 96.1 da Constituição), principiam seus respectivos preâmbulos demonstrando a preocupação das Partes com a saúde física e *moral* da humanidade, destacando-a como um motivo especial de suas regulações. Ao contrário, a Convenção de 1988 alude tão-somente à preocupação das Partes com a grave ameaça que as drogas representam para a saúde e o bem-estar dos seres humanos. De conseguinte, para a interpretação e aplicação da nossa legislação interna à luz desses convênios internacionais e da Constituição será preciso prescindir daquelas partes que possam revelar meras considerações de ordem moral sem qualquer interesse para o Direito. Isso pode ter especial relevância, como se verá mais adiante, para rebater a hipótese de criminalização dos atos destinados ao consumo pessoal, e em particular da ação de consumir¹⁵.

Para se entender os diversos atos que configuram a regulação penal e a administrativa, deve-se considerar, além dos bens jurídicos protegidos, o

¹⁴ Vale dizer que um fato que possa ser relevante contra a segurança dos cidadãos (posse de drogas) apesar disso poderá constituir delito (e não infração administrativa) se também é relevante para a saúde pública, consubstanciando-se no delito toda possível antijuridicidade material do fato.

¹⁵ Vide a respeito Jiménez Villarejo, J. En torno a la penalización del consumo y posesión de drogas ilegales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.11, Estudios de Derecho Penal en homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, Madrid, 1986, p.411.

princípio da legalidade, com o escopo de se conhecer o conteúdo das proibições em um e outro setor do ordenamento jurídico. Assim, do ponto de vista penal, por "tráfico ilícito" há que se entender toda conduta que promova, favoreça ou facilite o consumo ilegal de drogas (e aqui ficam compreendidas as condutas de cultivo, elaboração e tráfico) ou a posse das mesmas com aqueles fins. Disso se depreende que o consumo ilegal não é em si mesmo delitivo, mas que apenas o são as condutas que tendem a promovê-lo, favorecê-lo ou facilitá-lo, portanto, condutas *dirigidas a terceiros*. De outro lado, a posse de drogas só é criminosa quando destinada a promover, favorecer ou facilitar o consumo ilegal, isto é, o consumo por pessoa distinta do possuidor¹⁶. Conseqüentemente, a posse para consumo pessoal e o próprio consumo são condutas atípicas (e o mesmo se pode dizer do cultivo para consumo pessoal), o que é coerente com o bem jurídico protegido, já que tais comportamentos são incapazes de pôr em perigo a *saúde pública*. Observe-se, portanto, que o que interessa à lei penal, desde a perspectiva do bem jurídico, é atacar os circuitos de drogas e fundamentalmente sua transmissão a terceiros para evitar o potencial consumo, mas o consumo real fica fora do tipo. Por isso não são castigados, nesta sede, os atos destinados ao "autoconsumo", como costuma denominá-los a jurisprudência.

Ao contrário, se por consumo ilegal para efeitos do artigo 368 do Código Penal se entendesse também o consumo próprio, a posse de drogas com este objetivo teria que ser forçosamente delitiva (tratar-se-ia de posse com o fim de promover, favorecer ou facilitar o consumo ilegal - próprio ou alheio - de drogas proibidas), o que está claramente descartado pela doutrina e pela jurisprudência, e é incoerente com os princípios do Direito Penal, pois suporia a incriminação de um ato preparatório (a posse) de uma ação principal impune (o consumo)¹⁷. Além disso, o adquirente da droga para consumo pessoal, e conseqüente possuidor, é meramente um "partícipe necessário" do delito de tráfico ilícito, razão pela qual não poderia ser incriminado a título de indutor ou partícipe quem aparece legalmente como uma vítima a mais de um delito criado em seu benefício¹⁸.

Da parte do arsenal normativo do Direito Administrativo considera-se proibido o consumo de drogas em lugares, vias, estabelecimentos ou

¹⁶ Vide Carbonell Mateu, J. C. Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas, in *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*. Madrid, Edersa, 1986, p.345; Joshi Jubert, U., op. cit., p.107.

¹⁷ Vide Jiménez Villarejo, J., op. cit., p.415; Frigols I Brines. Sobre la tenencia ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas para el propio consumo: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sección 6ª, Sala III, de 28 de septiembre de 1998. *Revista de Ciencias Penales*, v.2, n.1, 1999, p.281.

¹⁸ Vide nesse sentido Gimbernat ordeig, E. La reforma del Código Penal de noviembre de 1971, in *Estudios de Derecho Penal*. 3 ed. Madrid, Tecnos, 1990, p.112.

transportes públicos. De conseguinte, também não é nesse caso o mero consumo o decisivo nem o que fundamenta a infração. Para tanto, é preciso levar em conta o âmbito em que se dá o consumo. É justamente esse dado sobre o caráter público do local de consumo da droga que permite explicar o motivo pelo qual essa classe de comportamentos pode ser considerada pelo legislador geralmente perigosa para a seguridade dos cidadãos (por exemplo, em razão dos efeitos negativos que as drogas podem ocasionar imediatamente sobre o comportamento externo dos que as consomem em sua relação em público com os demais), para a saúde pública (por exemplo, devido ao perigo de difusão do consumo por terceiros estranhos) ou para a liberdade das pessoas (por exemplo, ante a possibilidade de que se dê na presença de menores, incapazes ou pessoas submetidas a tratamentos de reabilitação ou desabilitação). Trata-se, portanto, da proibição do consumo de drogas em lugares abertos ao público¹⁹.

Contrario sensu e atendendo ao princípio da tipicidade que rege o poder sancionador da Administração²⁰, é possível deduzir que o consumo de drogas em locais que não sejam considerados públicos não constitui infração administrativa e, por conseguinte, não deveria ser qualificado como fato juridicamente proibido. Não obstante, há que se levar em consideração a hipótese de que o consumo pessoal no âmbito privado prossiga sendo proibido (seja ilícito), ainda que não seja sancionado por essa lei, porque outro diploma, a Lei de 8 de abril de 1967, em consonância com os acordos internacionais, não permite outro uso para os estupefacientes que não seja o industrial, científico ou docente autorizado nos termos da mesma (art.22).

Todavia, independentemente de essa disposição referir-se exclusivamente a estupefacientes (e não ao resto das drogas tóxicas e substâncias psicotrópicas)²¹, não se pode deduzir diretamente da ausência de uma norma permissiva a existência de uma norma proibitiva²². Mais além das genéricas vedações de uso, o certo é que nenhum preceito do Direito vigente em nosso país proíbe taxativamente o *consumo pessoal e em*

¹⁹ De la Cuesta considera rechaçável a previsão da sanção indiscriminada de todo e qualquer consumo em público, que unicamente poderia ter sentido se fossem delimitadas as situações nas quais o consumo de certas substâncias se produz (por exemplo, perante menores). Vide De la Cuesta Arzamendi, J. L. La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal, *Política Criminal Comparada, hoy y mañana, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1998, p.110.

²⁰ Em virtude do artigo 129.1 da Lei 30/1992, de 26 de novembro: "Apenas constituem infrações administrativas as vulnerações do ordenamento jurídico previstas como tais por uma Lei."

²¹ Pelo que seria necessário completar a remissão normativa com o Real Decreto 2829/1977, de 6 de outubro, sobre fabricação, distribuição, prescrição e armazenamento de substâncias e preparados psicotrópicos (art.2), consoante destaca Frigols i Brines, op. cit., p.276.

²² Vide Queralt, J. J. La tenencia de drogas para el autoconsumo, in *La Ley*, n.4770, 8 de abril de 1999, p.03.

particular de drogas com fins extraterapêuticos. Essa conduta não pode pôr em perigo a segurança dos cidadãos nem afetar de forma relevante a saúde pública. Com o simples consumo de uma substância proibida não se atenta contra nenhum direito alheio²³. Unicamente poder-se-ia estar comprometendo com ela a saúde individual (física ou moral), mas aqui a lei não pode intervir sob pena de transgressão do direito fundamental à liberdade de obrar no sentido de configurar a própria existência, em suma, ao livre desenvolvimento da personalidade (uma manifestação do princípio de que cada um tem direito a fazer o que quer com sua vida e sua saúde)²⁴. Proibir essa conduta seria portanto tão inconstitucional quanto proibir qualquer outra conduta com a qual se põe em perigo a si próprio (auto-exposição a perigo)²⁵ ²⁶. Sancioná-la penalmente desafiaria ademais os princípios penais que inspiram a atipicidade do suicídio e das autolesões²⁷. Nesse último caso (como infração penal), estaríamos ante um Direito injusto, que atentaria contra um dos traços essenciais da pessoa, qual seja seu direito e capacidade de autodeterminação, ao configurar irremediavelmente um “tipo de autor” e castigar não um fato mas uma forma de ser. De seu turno, uma proibição administrativa (a do autoconsumo em particular) que não dispõe de nenhum mecanismo para se impor não pode gerar expectativa nenhuma de cumprimento e se apresentaria apenas como uma mera recomendação. Definitivamente, há que se considerar que nesses casos em

²³ Jiménez Villarejo, op. cit., p.411.

²⁴ De seu turno, Frigols i Brines alude ao direito à liberdade ideológica do artigo 16 da Constituição: vide Frigols i Brines, op. cit., p.292. Uma análise da questão do consumo de drogas do ponto de vista do direito à liberdade moral pode ser encontrada em Beltrán Catalá, D. Derecho a la libertad: penalización o legalización de las drogas. *Actualidad Penal*, 1992-2, p.389 e ss.

²⁵ Segundo Nestler, na Alemanha a interpretação constitucional absolutamente majoritária afirma a existência de um direito fundamental à auto-exposição a perigo de acordo com o artigo 2º, apartado 1, da Constituição. Por isso se deduz que o consumo de estupefacientes, assim como qualquer outra atividade de auto-exposição a perigo, constitui uma forma de exercício da liberdade protegida como direito fundamental com lastro no mencionado artigo 2º; vide Nestler, C. El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes, in *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada, Comares, 2000, p.74-5. Com base no mesmo dispositivo constitucional, Wolter considera inclusive que o tráfico de maconha em pequenas quantidades com fim de autoconsumo é impune, porque existe uma causa jurídico-constitucional de exclusão do tipo; vide Wolter, J. Las causas constitucionales de exclusión del tipo, del injusto y de la punibilidad como cuestión central de la teoría del delito en la actualidad, in *Cuestiones actuales de la teoría del delito*. Madrid, Mac Graw Hill, 1999, p.11 e ss.

²⁶ O consumo de drogas não é equiparável à omissão de medidas de autoproteção que constituem ilícitos administrativos, como conduzir veículos automotores sem cinto de segurança ou motocicletas sem capacete, pois nesses casos trata-se de condutas com as quais se visa a garantir o direito básico à conduta de risco principal, dirigir.

²⁷ Vide nesse sentido Gimbernat Ordeig, E. La droga: posibilidades y límites del Derecho Penal, in *Estudios de Derecho Penal*. 3 ed. Madrid, Tecnos, 1990, p.48.

concreto estaríamos diante de um âmbito livre de regulação jurídica por afetar uma esfera estritamente pessoal.

Tudo isso teria que condicionar de certo modo o conceito de porte ilícito, pois o consumo de drogas implica necessariamente sua posse. De modo que se o consumo da droga não constitui infração quando não se dá em lugares públicos, o que permite sua *exibição*, a consideração jurídica do porte como ilícito deveria seguir o mesmo ou semelhante roteiro.

Vejamos primeiramente a situação da questão na lei e na jurisprudência. De um lado, o porte ilícito que está destinado ao tráfico (entendido em sentido amplo) é uma conduta delitiva, consoante de depreende do artigo 368 do Código Penal. De outro, a Lei de segurança dos cidadãos considera infração administrativa o porte ilícito de drogas, ainda que não destinado ao tráfico, sempre que não constitua infração penal. Em princípio, disso se infere *o porte ilícito de drogas de caráter administrativo é todo aquele destinado ao consumo pessoal*. Esse é o critério fixado como doutrina legal em um recurso de cassação no interesse da lei pela sentença do Tribunal Supremo, Sala do Contencioso Administrativo, Seção 6ª, de 28 de setembro de 1998 (R. A. 7529). A mesma decisão rechaça a possibilidade de se considerar lícito o porte de quantidades escassas de drogas para consumo pessoal. Todavia, trata de integrar o conceito de porte ilícito com o resto do ordenamento jurídico, em especial com a Lei 17/1967 sobre estupefacientes, para excluir o uso ou o porte permitidos, que terão lugar quando concorram as finalidades industriais, terapêuticas, científicas ou docentes contempladas na mencionada lei. Resta ainda uma ampla margem de casos em que o porte de drogas é ilícito e sancionável.

Em termos parecidos havia se pronunciado a sentença do Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de novembro, da qual reproduzimos em razão de seu interesse o texto relativo ao artigo 25.1 da Lei sobre Proteção à Segurança dos Cidadãos²⁸:

²⁸ Antecedendo ao que segue cumpre ressaltar que era impugnado nesse recurso de inconstitucionalidade apenas a inclusão no preceito, para configurar uma hipótese de infração, do conceito de "porte ilícito". O órgão recorrente estimava, a propósito, que a indeterminação do preceito (que não esclarece se configuraria também a infração o fato de se conservar a droga e as demais substâncias em domicílio) poderia dar a entender que o mero consumo constitui uma infração administrativa e isso apesar de essa conduta não constituir, em nosso Direito, ilícito penal ou administrativo. Afirmava-se, destarte, no recurso, que deve ser a Lei, e não uma eventual norma promulgada em sua execução, quem forneça o conceito de porte ilícito, a fim de respeitar o disposto nos artigos 9.3 (segurança jurídica) e 25.1 da Constituição. A Advocacia do Estado alegava, em sentido contrário, que o consumo de drogas tóxicas, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas não é lícito, em oposição ao que dava a entender o recurso (artigo 22 da Lei 17/1967), que o artigo 25.1 da Lei não faz remissão, nesse ponto, a nenhum regulamento e que tampouco foi vulnerada a garantia material do artigo 25.1 da Constituição. Observava além disso que o preceito legal é claro e preciso, e pretende apenas ser subsidiário ao artigo 344 do Código Penal, sendo seu

"A impugnação do artigo 25.1 da LOPSC deve ser rechaçada. O conceito de 'porte ilícito' não é, enquanto configurador de uma hipótese de infração administrativa, contrário às exigências do princípio da legalidade nessa ordem (artigo 25.1 da Constituição), tanto no que se refere à categoria da regra delimitadora do ilícito quanto em relação à configuração mesma da conduta infratora. A Lei não remete a regulamentação a determinação do que se deva entender por 'porte ilícito' (conceito não qualificável como impreciso e cuja determinação caberá aos Tribunais), ainda que seja necessário recorrer a outras regras legais, como a Lei 17/1967, de 8 de abril, sobre normas reguladoras de estupefacientes, para identificar o que seja porte ilícito (artigo 22 da mencionada Lei) e determinar a partir do cotejo entre elas o porte ilícito sancionável.

Nenhuma consequência de inconstitucionalidade pode ser deduzida, em outra ordem, do fato de o preceito impugnado dar lugar à sanção do porte ilícito de drogas, estupefacientes e substâncias psicotrópicas destinado somente ao próprio consumo, que é conduta hoje não constitutiva de delito (artigo 344 do Código Penal)²⁹. O caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal dá lugar, com toda naturalidade, ao fato de que nem todo comportamento ilícito constitua para aquele uma conduta típica, sendo perfeitamente admissível, do ponto de vista constitucional que aqui interessa, que a lei configure como infração administrativa um 'porte ilícito' que não implique, em si mesmo, contravenção da lei penal. Se o porte ilícito de drogas, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas destinados ao próprio consumo deve ser ou não objeto de repressão penal ou sanção administrativa é algo sobre o que não fornece resposta alguma a Constituição, que deixa a cargo do legislador a identificação dos bens que mereçam ser objeto de defesa pelo Direito sancionador.

O artigo 25.1 da LOPSC não é, em definitivo, contrário ao disposto no artigo 25.1 da Constituição, e tampouco lesa o princípio da segurança jurídica (artigo 9.3 da Norma fundamental), cujas exigências, no que aqui diz respeito, ficam subsumidas ao enunciado do princípio da legalidade em matéria sancionadora."

Em conclusão, o porte ilícito de drogas sancionável administrativamente está de acordo com os artigos 9.3 e 25.1 da Constituição. Por outra parte, cumpre admitir que o legislador é livre para decidir tipificar essa conduta como delito ou como simples infração

propósito sancionar administrativamente a simples posse ilícita, especialmente quando a repressão penal do porte tenha fracassado ou não possa prosperar.

²⁹ Atualmente artigo 368 do Código Penal de 1995.

administrativa, identificando o bem que merece ser objeto de defesa, questão que será abordada mais adiante. O mais significativo nesse momento é que o Tribunal Constitucional afirma (ainda que o faça entre parênteses) que o conceito de porte ilícito não é impreciso, ao mesmo tempo em que dispõe que a sua determinação corresponderá aos tribunais. Não será porque falta precisão ao conceito? Na realidade não, segundo o Egrégio Tribunal, porque o conceito poderá ser integrado por outras regras legais, utilizando a título de exemplo a Lei 17/1967. E efetivamente deve-se operar com outros recursos jurídicos, além de outras regras legais, para integrar de forma positiva e não apenas negativa (excluindo da ilicitude os usos permitidos) o conceito de porte ilícito de drogas. Ou seja, o Tribunal Constitucional indica o meio ao qual se deve recorrer para integrar o conceito, mas deixa que sejam os tribunais que o completem, coisa que ainda não fizeram, repetindo tão-somente a integração negativa a que já havia procedido o Tribunal Constitucional. Para obter uma integração plena do mencionado conceito, há que se operar com o princípio da ofensividade ou da lesividade ao bem jurídico objeto de defesa pelo Direito sancionador.

3. Antijuridicidade material do porte ilícito de drogas do ponto de vista da segurança dos cidadãos *versus* procedimento administrativo sancionador

Os ilícitos administrativos devem ser interpretados conforme critérios de antijuridicidade material, isto é, em função da intensidade da lesão ou do perigo de lesão a um bem jurídico, pois é evidente que o legislador pretende algo mais que exercitar a obediência dos cidadãos. No caso que nos ocupa, quer-se proteger a segurança dos cidadãos. Pois bem, o mesmo Tribunal Constitucional tem declarado que num Estado de Direito democrático e social como o nosso, para a imposição de uma sanção administrativa de acordo com os postulados que inelidivelmente se depreendem dessa forma de organização não basta a existência de um certo modo de vida, por mais censurável que seja, se não é acompanhado por *atos externos mediante os quais se lesiona ou se põe em perigo um interesse juridicamente protegido* (STC 270/1994, de 17 de outubro).

Não se trata de exigir que em cada caso particular reste provado que ocorreu uma situação de perigo concreto para a segurança dos cidadãos, mas sim de assinalar, do ponto de vista dos pressupostos legais da infração, em que condições ou circunstâncias o porte ilícito de drogas é suscetível de atentar contra a segurança dos cidadãos. Em suma, a conduta do porte ilícito de drogas deve ser material e não apenas formalmente antijurídica para que sua inclusão em uma lei sancionadora não seja considerada uma decisão

arbitrária do legislador³⁰. Do mesmo modo que o abandono em locais públicos de utensílios destinados ao consumo de drogas que não representam perigo algum (v.g., papel ou papelão) não pode constituir infração ao artigo 25 da L. O. 1/1992, nem a contração do artigo 630 do Código Penal, por ausência de antijuridicidade material, apenas o porte ilícito de drogas que implique abstratamente um risco mínimo para a segurança dos cidadãos pode ser sancionável. E não parece que isso aconteça quando a droga destinada ao consumo pessoal seja transportada ocultamente, pois não ultrapassa essa conduta a esfera interna do indivíduo, sendo que a única forma com que o porte ilícito de drogas pode pôr em perigo a segurança dos cidadãos é através da *exibição ou ostentação pública* da mesma³¹.

Contudo, o caráter de infração administrativa do porte ilícito de drogas faz com que na prática não se restrinja a apreciação do ilícito, mas sim com que esta se produza através da verificação formal da posse de drogas proibidas. Dessa forma o mencionado ilícito corre o risco de ser considerado como uma mera desobediência às prescrições da autoridade governamental, que é quem impõe as sanções, e não um juiz que possa integrar o conceito jurídico de porte ilícito de drogas. Por outro lado, a quantidade de sanções que na prática são impostas (consumam ser quantidades mínimas) torna inoperante e insuportável economicamente a propositura de ações judiciais pela via contencioso-administrativa, comprometendo seriamente a tutela judicial efetiva³². A subtração dessa conduta do âmbito do Direito Penal e sua passagem para o Direito Administrativo sancionador, além de logicamente produzir uma redução dos princípios garantistas no julgamento das condutas, resulta curiosamente num aguçamento das sanções nos casos menos graves, sobretudo quando se trata das chamadas drogas brandas (maconha e derivados) das quais se faz uso esporádico. A Lei de segurança dos cidadãos não faz diferença entre drogas mais ou menos perigosas para esse bem jurídico (tal como distingue o Código Penal entre drogas que causam graves danos à saúde e as que não causam), nem entre o mero consumidor ocasional e o toxicômano; ainda assim, a sanção administrativa só se suspende se o infrator se submete a um tratamento de desabilitação (artigo 25.2 da Lei 1/1992). Essa desabilitação, muito mais indicada nos casos de drogas que causem graves danos à saúde, pressupõe além disso um hábito ou dependência do infrator^{33 34}.

³⁰ Como com razão pontifica Queralt, J. J., op. cit., p.04 e 06.

³¹ Vide, nesse sentido, Tomillo Cid, F. J. Aspectos sociológicos, criminológicos y jurídicos del consumo de drogas ilegales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.5, UNED, 1995, p.980-1.

³² Como acertadamente destaca Frigols i Brines, op. cit., p.289.

³³ Vide a respeito o artigo 1.2 do Real Decreto 1079/1993, de 2 de julho, que regulamenta a remissão de sanções administrativas em matéria de drogas.

De outro lado, o traslado do Direito Penal para o Direito Administrativo do porte ilícito de drogas tampouco consegue tirar do mundo da criminalidade das drogas o simples consumidor das mesmas. Devido aos hábitos sociais de consumo (particularmente os consumos compartilhados) o consumidor dessas substâncias, esporádico ou não, se encontra freqüentemente incurso na ilegalidade permanente (enquanto possua drogas) e às vezes também beirando o puramente delitivo sem ser delinqüente, isto é, traficante de drogas (casos, por exemplo, de consumidores que obtêm drogas para si e para outros amigos consumidores; entregam dinheiro comum de vários consumidores ou o emprestam de amigos ou familiares para adquirir drogas destinadas ao consumo pessoal ou compartilhado, etc.). A linha divisória entre o porte punível (que constitui delito) e o porte sancionável (que constitui infração administrativa) é tão tênue que reside unicamente no elemento subjetivo, puramente anímico, que concorre no possuidor. Se este último encontra-se investido do ânimo de destinar a terceiros a droga, sua conduta é delitiva, enquanto que se a dirige ao próprio consumo, incorre numa infração administrativa. Ante as dificuldades para se captar e demonstrar em juízo o elemento subjetivo pré-ordenador do delito recorre-se freqüentemente a dados externos, como por exemplo, entre os mais importantes, a quantidade de droga apreendida e se esta excede às necessidades para o autoconsumo mais ou menos imediato. Mas mesmo a posse de uma quantidade insignificante, uma única dose, pode dar lugar ao delito³⁵. Porque o importante para a lei não é a quantidade de droga possuída (critério que se aplica em outros países para delimitar a punibilidade), mas a finalidade da posse da droga, de forma que possuir drogas com o fim de difundi-las entre terceiros é considerado *ex lege* um comportamento perigoso para a saúde pública.

Ao contrário, não se pode deduzir um perigo relevante para a segurança dos cidadãos do simples fato de se possuir drogas com a finalidade de autoconsumo. Precisamente esse destino da droga é o que distingue o fato de possuí-la de qualquer possível lesão à segurança dos cidadãos, em razão do que deve existir algo mais que fundamente a ilicitude, se não se quer tolerar a sanção de um modo de vida em lugar de um fato externo. Por isso, para legitimar a aplicabilidade da sanção é mister questionar o perigo para a segurança dos cidadãos da posse da droga destinada ao consumo pessoal, de maneira que, por exemplo, fosse equiparável ao de alguma das demais infrações que encontram-se

³⁴ Em Portugal, ao contrário, é previsto que a suspensão da pena pode aplicar-se unicamente aos consumidores não habituais, o que cobre de dúvidas a direção da política adequada em matéria de uso indevido de drogas dentro de um mesmo modelo repressivo.

³⁵ Vide García García, J. Posesión de drogas y tratamiento penal del consumidor-traficante. *Cuadernos de Política Criminal*, n.58, 1996, p.07 e ss.

contempladas na Lei de segurança dos cidadãos³⁶. Bastaria mesmo que a gravidade do porte ilícito de drogas, que constitui infração grave, fosse abstratamente equivalente à de duas condutas previstas pela lei como infrações leves, como o são a exibição de objetos perigosos para a integridade física das pessoas com a finalidade de causar intimidação e alterar a segurança coletiva ou originar desordens nas vias, espaços ou estabelecimentos públicos (artigo 26), ainda que conscientes de que estaríamos aceitando uma incongruência manifesta por possuir a primeira o caráter de infração grave e as últimas de infração leve.

Tendo em vista o anterior, a consideração pelo legislador do genérico porte de drogas como conduta delitiva, e não como ilícito administrativo, tal como ocorreu de 1971 a 1983 em nosso país, resultava menos onerosa para o mero consumidor-possuidor do que a situação atual. Não obstante o fato de que de modo geral o processo penal oferecia e oferece maiores garantias que o procedimento administrativo sancionador, a jurisprudência (a partir das SsTS de 16 de outubro, 31 de outubro e 7 de dezembro de 1973, R. A. 3844, 4008 e 4934, respectivamente) e a doutrina entendiam unanimemente que o único porte punível como delito era a posse de droga dirigida ao tráfico, mas não a destinada ao próprio consumo³⁷, conduta esta que não tinha por que acarretar ulterior consequência sancionadora de nenhuma ordem³⁸. Da mesma forma teria que se prosseguir entendendo se decidisse o legislador incriminar novamente o mero porte de drogas como delito contra a saúde pública (ao invés de regularizá-lo). Do exposto se extrai uma conclusão: como não é possível punir como delito o porte para consumo próprio tomando por bem jurídico de referência a saúde pública, substitui-se a forma de repressão por um ilícito administrativo que de nenhum modo implica um tratamento favorável ao consumidor de drogas.

³⁶ Como razoavelmente sugere Queralt, J. J., op. cit., p.05.

³⁷ Vide, por exemplo, Lorenzo Salgado, J. M^a, op. cit., p.118 e ss.; Díez Ripollés, op. cit., 1989, p.46; Rodríguez Devesa, J. M^a, *Derecho Penal español*, Parte Especial. 8 ed. Madrid, 1980, p.1043-4; Muñoz Conde, F., *Derecho Penal*, Parte Especial. 4 ed. Sevilha, 1982; Rey Huidobro, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*. Barcelona, Bosch, 1987, p.19 e ss.

³⁸ A possibilidade então existente de se aplicar uma medida de segurança pré-delitual da Lei 16/1970, de 4 de agosto, de Periculosidade e Reabilitação Social, por se tratar de uma categoria de estado perigoso (artigo 2.8º, posse ilegal de drogas, estupefacientes ou fármacos que produzam efeitos análogos), era claramente inconstitucional; vide a respeito Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho Penal español*, Parte General, I. 4 ed. Madrid, Tecnos, 1994, p.180. De outro lado, como dizia Romeo Casabona, a partir da reforma do artigo 344 do Código Penal em 1983 as dificuldades interpretativas que tinha originado o porte ilegal de drogas (para efeitos da Lei de Periculosidade e Reabilitação Social) ficaram totalmente resolvidas. Posse ilegal apenas teria lugar quando se houvesse incorrido com esta conduta na modalidade típica do artigo 344 do Código Penal e não se a posse fosse para consumo pessoal, vide Romeo Casabona, C. M., *Peligrosidad y Derecho Penal preventivo*. Barcelona, Bosch, 1986, p.164.

Mas se de acordo com nossos princípios constitucionais e os conceitos fundamentais do nosso ordenamento jurídico o porte de drogas para consumo próprio não pode constituir delito, como poderia ser infração administrativa de outra forma que não seja através da constatação do perigo de lesão ou da lesão de outro bem jurídico necessitado de proteção?

O porte ilícito de drogas constitui atualmente infração administrativa por decisão do legislador e não podemos ignorar sua existência. De acordo com o princípio de vigência das normas impõe que se justifique sua presença no ordenamento jurídico³⁹. Ainda que se tenha firmado sua constitucionalidade em relação ao princípio da legalidade e à segurança jurídica, não deixa de ser preciso interpretar o porte de drogas de acordo com a Constituição e com alguns princípios próprios do Direito Penal (no que é possível e serve para complementar os princípios do poder sancionador da Administração)⁴⁰. Enquanto não se explique por que todo porte de drogas para consumo próprio atenta contra a segurança dos cidadãos, esse ilícito carecerá de fundamento e terminará caindo no descrédito. Por isso é imprescindível que sejam definidos com absoluta clareza, visto que os tribunais ainda não o fizeram (consoante se demonstrou, apenas se limitaram a excluir os usos permitidos), os pressupostos fáticos e normativos inerentes ao conceito de porte ilícito de drogas nos limites do bem que se pretende tutelar: a segurança dos cidadãos. De acordo com o exposto anteriormente, esses pressupostos são:

1. a exibição ou ostentação;
2. de drogas tóxicas, estupefacientes ou substâncias psicotrópicas;
3. em lugares públicos.

Apenas quando concorram esses pressupostos poder-se-á justificar num Estado de Direito a sanção correspondente. Noutro caso, o porte oculto de drogas em um espaço público só poderia dar lugar - se é que tem que dar lugar a alguma coisa - à apreensão da droga (com base em sua natureza de gênero proibido), mas não à multa e às privações dos direitos de dirigir e de portar armas.

As normas devem ser interpretadas de acordo com a realidade social do tempo em que são aplicadas (artigo 3 do Código Civil). A interpretação restritiva proposta para o porte ilícito de drogas é coerente com algumas das novas medidas de redução de riscos que se quer implantar em nosso país (em distintas Comunidades Autônomas), a exemplo de outros países europeus.

³⁹ Frigols i Brines faz uma interpretação derogatória do artigo 25.1 da Lei de segurança dos cidadãos um tanto vulneradora dos princípios que informam o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, devendo-se aplicar, em sua opinião, a doutrina da Sala II do Tribunal Supremo no sentido da não punibilidade do porte para consumo, op. cit., p.295.

⁴⁰ Vide a respeito Nieto, A. *Derecho administrativo sancionador*. 2 ed. Madrid, Tecnos, 1994, p.167 e ss.

seguindo o caminho já marcado pelos tratamentos com metadona ou pelas campanhas de distribuição de seringas. É o caso das denominadas "narcosalas" ou salas de venopunção. Com elas se proporciona ao toxicômano um lugar com condições sanitárias adequadas para consumir a droga, mas a substância corre por conta do consumidor. Pois bem, em relação a esse porte, que não é enquadrável nos usos terapêuticos ou científicos permitidos, tampouco seria correto considerá-lo sancionável, porque destaca sobretudo um interesse social (sanitário-preventivo) e ao mesmo tempo a aceitação da realidade do consumo (especialmente em circunstâncias altamente perigosas para a saúde).

Ainda assim, a jurisprudência não é monolítica e permite esperanças de alterações. Na jurisprudência penal vem ocorrendo concretamente uma progressão na interpretação restritiva do artigo 368 do Código Penal que deixa fora do tipo não apenas os casos de autoconsumo como também alguns de tráfico (certas modalidades de consumo compartilhado entre dependentes, ainda que restritamente, e casos em que um familiar ou pessoa próxima forneça pequenas quantidades para ajudar na desabitucação ou impedir os riscos derivados da síndrome da abstinência), por seu caráter insignificante e pela ausência do perigo de difusão das drogas⁴¹.

As diferenças entre consumidor e traficante são tão claras para essa jurisprudência a ponto de a sentença do Tribunal Supremo de 26 de março de 1999 (R. A. 1849), que mantém a absolvição dos acusados que possuíam mais de vinte e seis gramas de cocaína, com pureza média de 70%, aludir expressamente ao caso como uma hipótese em que o consumidor habitual pode possuir legitimamente (em negrito no original) uma quantidade de droga para seu próprio consumo. Não parece que tenha querido dizer atipicamente em vez de legitimamente, e não há contradição entre essa frase e o ordenamento jurídico. Recordemos que, conforme o exposto, o porte ilícito sancionável deve se dar em lugar público⁴² (independentemente de que seja exigível, como acredito, a exibição da droga), sem que o porte no âmbito privado e destinado ao consumo pessoal possa ser tomado como tal. Problema distinto é se a posse da droga dentro do próprio veículo situado em

⁴¹ Vide a respeito Muñoz Sánchez/López Caballero/Larrañaga Junquera. La administración controlada de heroína a drogodependientes en el marco de un programa deshabituador. Reflexiones en torno a la doctrina jurisprudencial. *Jueces para la Democracia*, n.30, 1997, p.61 e ss. E entre as sentenças mais recentes, vide as SsTS de 4 de fevereiro de 1999 (R. A. 837), 3 de fevereiro de 1999 (R. A. 967), de 19 de fevereiro de 1999 (R. A. 1923) e 21 de abril de 1999 (R. A. 3202).

⁴² Vide também nesse sentido Muñoz Sánchez/López Caballero/Larrañaga Junquera, op. cit., p.67. De seu turno, Portilla Contreras é da opinião de que o artigo 25 da Lei 1/1992 considera infração grave o porte para consumo público - e não privado - de drogas; vide Portilla Contreras, G. Infracciones graves relacionadas con el consumo, la tenencia de drogas y el abandono de instrumentos utilizados para el consumo, in *Comentarios a la Legislación penal*, tomo XV, v.1. Madrid, Edersa, 1994, p.470.

via pública (como no caso de automóveis) é ou não lugar público para efeitos do artigo 25.1 da Lei de segurança dos cidadãos. Como desse modo tampouco ocorre a ostentação ou a exibição da droga em público (ao menos, não se a droga permanece oculta) não tem lugar a rigor a infração administrativa.

Em conclusão, não se pode legitimar uma política sancionadora, mais grave do que a derivada de uma política criminal, senão através da constatação da lesão ou do perigo de lesão a um bem jurídico, numa medida por mais abstrata que seja, por parte da conduta que se pretende considerar proibida e sancionada. Como estamos no âmbito do Direito Administrativo e tendo em vista que a possibilidade de fiscalização judicial do procedimento administrativo sancionador é na prática muito reduzida, seria conveniente que o legislador reformasse o artigo 25.1 da Lei 1/1992 no sentido indicado. Isso não implicaria mais do que uma especificação daquilo a que já materialmente corresponde a infração do porte ilícito de drogas, ainda que atualmente esteja sendo interpretada e aplicada de outro modo.