

VIABILIDADE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Lincoln Henrique da Motta LEVANDOSKI.

Paulo Roberto Incott Junior.

RESUMO

Quando falamos na viabilidade da descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal, não buscamos a solução do problema das drogas, mas sim uma análise jurídica da utilização do direito penal que é o ramo mais severo do direito e utilizado apenas em último caso ou a *ultima ratio*, demonstrando explicitamente os motivos que resultam na inconstitucionalidade da norma e dos danos sociais gerados pela proteção insuficiente do Estado na garantia do bem jurídico tutelado, verificando-se por fim que a criminalização das drogas fundamentada na política proibicionista adotada no Brasil e também em vários lugares do mundo é uma ofensa à utilização do direito penal, pois a ele cabe tutelar os bens mais valiosos e supremos da sociedade e da existência humana, resultando na total incompetência do direito penal para o tratamento do usuário de drogas que é visto na sociedade atual como um caso de saúde pública, ou seja, necessita de assistência médica especializada e tratamento clínico adequado, não constituindo as sanções penais medidas eficazes para que seja reabilitado e reinserido na sociedade.

Palavras-chave: Direito Penal; Bem Jurídico Tutelado; Drogas; Proibicionismo; Ineficácia da Lei de Drogas.

ABSTRACT

When we talk about visibility of discrimination in the possession of drugs for personal consumption, we do not seek the drugs problem solution, but rather a legal analysis of the use of criminal law which is harshest metier of law and is used measure of last resort or the *ultima ratio*, explicitly demonstrate the reasons that result in the unconstitutionality of the rule and the social damages caused by insufficient protection of State in guaranteeing the tutored legal asset, checking up finally that the criminalization of reasoned drugs in the prohibitionist policy adopted in Brazil and also in many places of the world is an offense to the use of criminal law, because it is for it protect the most valuable assets and supreme of society and the human existence, resulting in total incompetence of criminal law for the treatment of drug users that is seen in today's society as a case of public health, in other words, needs specialized medical assistance and adequate clinical treatment, not constituting criminal sanctions effective measures so that is rehabilitated and reinserted in society.

Keywords: Criminal Law; Tutored legal asset; Drugs; Prohibitionism; Ineffectiveness of the drug law.

1. INTRODUÇÃO

Ao falarmos sobre crimes, estes podem ser compreendidos a partir da visão mais leiga da sociedade, bem como analisados por grandes estudiosos da área, que por sua vez, possuem em princípio mas não em absoluto, influência e relevância dentro do Estado, ocupando posições externas ao poder tripartido e que realizam análises críticas e aprofundadas de determinados assuntos, criando uma base doutrinária de ramos específicos do direito dentro de um Estado, auxiliando para a tomada de decisões, sendo importantes na mudança e evolução social e também do próprio Estado.

Sem delongas, a discussão sobre o assunto drogas por todo o globo, no decorrer dos anos, mostrou-se como um ato político proibicionista, havendo a criação da figura do inimigo interno do Estado nos EUA durante todo o século XX e que este representava perigo, marginalizando e estigmatizando drogas e grupos sociais, isto, quanto ao usuário de drogas.

Neste momento da história houve a criação e construção do discurso político-proibicionista que se espalhou pelo mundo apresentando-se como mecanismo de “defesa social e segurança pública”, motivando a criminalização de algumas drogas que por sua vez se mostra infundado, pois os elementos que constituem a criminalização são motivos próprios do agente político.

Alega-se na norma penal que o bem jurídico tutelado é a saúde pública, porém de análise ao referido bem, este não transcende a esfera do indivíduo que as usa e não representa ofensa ou lesão à saúde de terceiro, violando garantias fundamentais dos indivíduos como a autonomia de vontade para escolher sem que o Estado interfira em suas decisões, bem como a consequência do consumo das drogas resulta na prática de autolesão, esta que não é punida pelo direito penal.

Apesar da criminalização e de sua discussão jurídica, outro fator mostra a deficiência da política de drogas e seu combate, sendo o Estado totalmente despreparado para combater aquilo que ele mesmo pune, criando um efeito reverso que resulta no aumento da criminalidade, que por sua vez ofende os mais diversos bens jurídicos, ademais, verifica-se a promoção de uma política de drogas totalmente

ineficaz, sendo sua ideia de combate desproporcional entre os objetivos e resultados alcançados, mostrando a proteção insuficiente do bem que se preza a proteger na sociedade.

De um lado, temos o direito penal como instrumento do Estado para a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade e que deve ser utilizado em caráter fragmentário e subsidiário, ou seja, deve agir quando os demais ramos do direito não conseguirem prestar uma resposta estatal adequada ao problema.

Quando da necessidade de sua utilização para a proteção do bem jurídico, esta por sua vez se dá pela tipificação de condutas que violem o bem protegido, agindo em caráter de prevenção ao mesmo tempo que é capaz de impor sanções penais em retribuição das condutas que venham a ser praticadas.

A utilização do direito penal é a medida mais severa dentro de um Estado Democrático de Direito, devendo a proporcionalidade entre a conduta e a lesão ao bem jurídico serem observadas atentamente pelo legislador, orientando-se pelos princípios da proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente do bem jurídico tutelado, pois havendo o mínimo desequilíbrio entre a conduta e a sanção, constitui-se um ato desproporcional e inaceitável, resultando a pena cominada em ofensa a dignidade da pessoa humana, ou seja, um ato cometido sob o manto da inconstitucionalidade.

Com a evolução da sociedade e de inúmeros estudos realizados, aponta-se as medidas de tratamento pela área da saúde como o método efetivo para que se possa acompanhar a vítima das drogas na sua reabilitação, reconstrução de uma nova vida digna e de sua reinserção no meio social, não constituindo as sanções penais um método de resolução do problema, pois a sanção máxima de se pagar uma multa não demonstra-se como lógica para a tratativa de um problema social que incumbe a área da saúde para a existência de resultados positivos.

Contudo, medidas alternativas em trabalho conjunto com a nossa legislação atual não se mostraram eficazes, uma vez que a exclusão da pena de prisão resultou no descaso e “boicote” de tratamentos alternativos pelos serventuários dos Juizados Especiais Criminais, que visando dar celeridade na “solução do processo” prejudicam a solução do problema das drogas na sociedade.

2. O BEM JURÍDICO SAÚDE PÚBLICA TUTELADO PELA LEI DE DROGAS 11.343/2006 E O DIREITO PENAL

O instituto do direito penal dentro da organização do Estado tem como objetivo a proteção de bens que são essenciais ao bom relacionamento e convivência em sociedade, punindo aqueles que cometem condutas que possam violar bens jurídicos de terceiro, bens estes que por sua vez são selecionados pelo legislador como importantes para a atuação do direito penal, não sendo um método completamente seguro, pois há pessoa humana que detém esse poder e as decisões de quais bens possam ser protegidos possuem forte inspiração subjetiva. Entretanto, devem ser observadas as garantias fundamentais previstas constitucionalmente, para que o agente legislador tenha parâmetros para a escolha de bens jurídicos ao mesmo tempo que impede o abuso proibitivo ou imponha alguns comportamentos aos membros da sociedade que violem direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. (GRECO, 2014, p. 04-05).

Na atual época em que vivemos, a constituição é a norteadora de todos os ramos do direito de maneira que para a proteção de um bem jurídico, este siga os ditames constitucionais, pois nela encontram-se inscritos os valores supremos da sociedade, devendo o legislador observar as diretrizes constitucionais e seus valores no momento em que define quais os bens jurídicos são mais importantes para a sociedade e devem protegidos e tutelados pelo direito penal. (SILVA apud BIANCHINI, 2002, p. 43).

Nesta leva, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, comenta a relação da implementação dos direitos fundamentais de nossa Constituição Cidadã com a tendência de se criar um Direito Penal Proporcional, ensinando (GONÇALVES, 1988, p. 305):

que entre os desafios para a implementação dos direitos fundamentais encontra-se o uso proporcional do Direito Penal: de adversárias daqueles direitos, viram-se as sanções penais alçadas a instrumento necessário para a sua proteção. Esta transposição não foi retilínea, nem está acabada. A

busca por um Direito Penal Proporcional, que não descuide das garantias fundamentais das pessoas investigadas, acusadas e sancionadas, nem deixa à mingua vítimas de graves ofensas e direitos, é incessante. O caminho que se apresenta para este fim é o da exegese constitucional, de onde se pode haurir a normativa que há de dirigir a atuação do Estado.

Alcançado o equilíbrio entre o direito penal que atue de forma proporcional e respeite as garantias fundamentais da sociedade em geral, tem-se parâmetros para a escolha do bem jurídico que seja relevante e protegido pelo Estado, dando-lhe a legitimação para sancionar àqueles que os ofendem, sendo o conceito de “bem” explicado por (SANTOS, 1963, p. 199), como:

o que possui valor sob qualquer aspecto; o que é objecto de satisfação ou aprovação em qualquer ordem de finalidade; o que é perfeito em seu gênero, bem sucedido, favorável, útil, é o termo laudativo universal dos juízos de apreciação; aplica-se ao voluntário e ao involuntário.

Roxin, por sua vez, define o bem jurídico como sendo basilar para a existência do homem em sociedade, e que isso se dá através da valorização de alguns aspectos que são de concordância comum e tidos como valiosos para todos, levando ao Estado a obrigação de proteção aos bens valiosos da existência em sociedade e também em contrapartida o poder de sancionar quem lhes ofenda através do instituto do direito penal, para que se assegure o cumprimento dos direitos fundamentais do ofendido com demonstração de efetividade e assistência social do Estado na proteção dos bens e ainda, de caráter subsidiário, se necessário a imposição de sanções, dando uma dupla função ao bem jurídico que de um lado protege e de outro sanciona, com a finalidade de um desenvolvimento social que preserve os bens mais valiosos da existência, inclusive para a existência de condições dignas. (ROXIN, 1998, p. 27-28).

Em sua tese, Regina Maria Bueno de Godoy, argumenta que nem todo bem jurídico tutelado é de incumbência de atuação do direito penal, pois este só deve ser utilizado como ferramenta pelo Estado, quando da ofensa ao bem se demonstrar gravidade e não for possível de se solucionar por outras vias ou ramos do direito, dando função limitadora ao legislador quando da tipificação de condutas incriminadoras que violem direitos fundamentais e acabem por impedir o

desenvolvimento de sua personalidade e sua vida em sociedade. (GODOY, 2010, p. 17-18 apud Luiz Flávio Gomes).

Jordani e Lehfeld, destacam a fragmentariedade do direito penal, pois os bens jurídicos mais relevantes e valiosos para a sociedade devem ser protegidos e tutelados pelo direito penal, não podendo haver pelo legislador a valoração de qualquer bem jurídico como merecedor da tutela penal, isto, após verificada a inexistência de outros meios ou ramos do direito para a resolução da violação sofrida pelo ofendido, mostrando o caráter subsidiário do direito penal. (JORDANI e LEHFELD, s/d, p. 07)

Já adentrando ao bem jurídico tratado neste capítulo, temos a saúde como direito social no artigo 6.º da Constituição da República, bem como a competência do Estado em cuidar e prestar assistência a quem precise, consagrando o princípio do direito à vida, insculpido no caput do artigo 5.º, *caput* e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948), bem como a dignidade da pessoa humana do artigo 1.º, III da Carta Magna, que nos ensinamentos de Sueli Gandolfi Dallari (1988, p.59), “assim sendo, a saúde, definida como direito, deve inevitavelmente conter aspectos sociais e individuais“, explicando que o direito individual se entrelaça com a liberdade, pois as pessoas são livres para escolher seu modo de vida, bem como escolher entre as alternativas existentes no campo da saúde que melhor se adeque às suas necessidades na procura de um completo bem-estar físico, mental e social.

Já no aspecto social, temos a saúde pública, que por sua vez busca a igualdade entre seus membros, para que todos possam usufruir dos benefícios da vida em sociedade, visando assim a proteção de todos de forma igualitária e sem exclusões, afirmando que “para preservar a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer”, finalizando que este direito fundamental deve ser garantido pelo Estado com a oferta de cuidados de saúde a todos que precisarem, dando a característica de igualdade no direito coletivo de saúde. (DALLARI, 1988. p. 59).

Analisado o bem jurídico, bem como o direito à saúde individual e coletiva e a relação do direito penal com estas, necessário no momento adentrar na temática do crime de “posse de drogas para consumo pessoal” do artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/2006, no qual Lins destaca, que o direito fundamental protegido é a saúde

pública, ou seja, a saúde social/coletiva, e como já visto anteriormente nos ensinamentos de Roxin, que os bens jurídicos-penais possuem dupla função sendo as de proteger e punir, havendo a necessidade de primeiramente constatar a violação do bem protegido para que se possa sancionar o ofensor. Porém, ocorre que no “consumo pessoal” existe prejuízo à própria integridade física e psíquica, pois o indivíduo lesiona a si mesmo, desta maneira caracterizando a autolesão, e não violando o bem jurídico da saúde pública social/coletiva, devendo-se passar a análise do potencial de lesividade da conduta perpetrada pelo usuário e da possibilidade de sua sanção por meio do direito penal. (LINS, 2009, p. 23 e 24).

Por sua vez, Nilo Batista em seus ensinamentos nos apresenta quatro funções principais do princípio da lesividade, que define parâmetros para a incriminação de condutas pelo legislador, sendo proibida a incriminação de atitudes internas; proibida a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibição da incriminação de simples estados ou condições existenciais; e proibição da incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. (BATISTA, 2011, p. 92-94).

Acerca do assunto, alguns de nossos ministros do Superior Tribunal Federal, já decidiram sobre a aplicação do princípio da lesividade, dentre eles o Min. Celso de Mello no julgamento do *Habeas Corpus* 98152/MG, destacando que a privação da liberdade e a restrição de direitos dos membros da sociedade só podem ser justificadas quando houver atentado a bens jurídicos socialmente relevantes para serem merecedores da tutela penal e do caráter fragmentário do direito penal, demonstrando dano efetivo ou potencial de lesividade, reafirmando que não compete ao direito penal se ocupar de condutas com resultados insignificantes ou com desvalor, justamente pelo fato de não importar em lesão significativa ao bem jurídico do titular do bem tutelado ou à integridade da ordem social. (MELLO, 2009. p. 584).

André, comenta a violação do bem jurídico saúde pública e a autolesão, pois o referido bem protege e sanciona quem de certa maneira gere dano ou perigo de dano à saúde de um número indeterminado de pessoas, o que no caso do “consumo pessoal”, não se vislumbra a efetiva violação de bem jurídico de outras pessoas, e sim, apenas o ataque a própria integridade física e psíquica, ocasionando em autolesão que por sua vez torna a conduta atípica, pois na análise da lesividade da

conduta, esta veda ao legislador de criar um tipo penal incriminador por atitudes internas do agente, podendo ainda o Estado intervir para a proteção dos direitos do particular contra seus atos de autolesão, porém não competindo ao direito penal tratar desta matéria. (ANDRÉ, 2016, p. 4-5).

Importante ainda, é ressaltar os seguimentos constitucionais que o legislador deve observar ao criar um tipo penal incriminador, sendo essencial para a existência e constitucionalidade da conduta criminalizada que ela não viole os direitos fundamentais dos membros da sociedade. A constituição em seu artigo 5.º, X, garante o direito fundamental da proteção e inviolabilidade da intimidade e vida privada, nos sendo ensinado por Ferraz, que o bem jurídico protegido é um direito subjetivo fundamental, inerentes a todas as pessoas e sem distinções, valorando o respeito e que estes sujeitos não podem sofrer a violação do que lhe é próprio e das situações de sua vida que só a ele competem e dizem respeito, sendo o único responsável pelas decisões que toma, finalizando o autor que “o objeto é a integridade moral do titular” (FERRAZ, 1992, p. 77).

Neste sentido, Soratto complementa sobre a criminalização de condutas de autolesão, em que há, segundo (SORATTO, 2019. p. 35-36).

violação do direito à liberdade do indivíduo, senhor de sua própria consciência, sua autodeterminação e seu direito de escolha, ou seja, lesando sua autonomia privada, liberdades essas absolutas desde que exercidas em sua intimidade, sem atingir terceiros, momento em que cessa seu direito.

De aprofundados estudos, diversos autores e a doutrina, defendem a inconstitucionalidade do artigo 28, *caput*, da Lei de Drogas (11.343/2006), pois o ato do “consumo pessoal” não ultrapassa a esfera pessoal do indivíduo que utiliza substâncias entorpecentes ou psicoativas, pois este atinge unicamente a sua integridade física e psíquica, não violando o bem jurídico protegido “saúde pública”, e sendo contrário ao direito fundamental de autodeterminação, sendo ainda, um ato que não poderia ser criminalizado e tutelado pelo direito penal, ante a ausência de ofensividade e lesão de direitos alheios, não enquadrando-se nos parâmetros

constitucionais para que haja sua criminalização. (SORATTO, apud Bianchini et. al (2013, p. 122).

3. A IDEOLOGIA DO PROIBICIONISMO NA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA DE DROGAS

3.1. POLÍTICA PROIBICIONISTA: ORIGEM E CAUSAS DA CRIMINALIZAÇÃO

Antes de tratar da problemática e tema deste capítulo, importante é saber a fundamentação/motivação da criminalização de determinadas drogas em nosso país e também no mundo, que segundo Henrique Carneiro em sua obra, ensina que as drogas estão presentes na existência humana dentro de diferentes épocas, culturas, povos, religiões e rituais, classificando as drogas como *necessidades humanas* pois “não apenas o álcool, como quase todas as drogas são parte indispensável dos ritos de sociabilidade, da cura, da devoção do consolo e do prazer. Por isso muitas drogas foram divinizadas em inúmeras sociedades”. (CARNEIRO, 2002, p. 03).

Dentre alguns fatores basilares da política proibicionista Thiago Rodrigues destaca, que no início do século XX nos Estados Unidos da América, as associações puritanas e a Igreja proibiram algumas drogas, bem como jogos de azar e a prostituição, ideias que foram aderidas pelo Estado na construção de uma política repressiva e proibicionista daquelas condutas. (RODRIGUES, 2002, p. 01).

Sendo os Estados Unidos da América uma potência mundial e que o mercado ilícito de substâncias entorpecentes crescia a cada dia, houve também a motivação econômica pelos EUA no início do século XX para a construção do discurso oficial e repressivo sobre as drogas que é mantida até os dias de hoje por sua grande divulgação pelo globo. Políticas estas que criminalizaram e estigmatizam drogas e grupos sociais, de maneira em que os desqualificavam e autorizavam as mais diversas formas de violências contra estes, aumentando a criminalidade e violência dentro da sociedade ao mesmo tempo que o proibicionismo tornava do tráfico uma atividade altamente lucrativa. (RYBKA et. al, 2018, p. 101).

Em um contexto histórico, evidenciou-se a grande segregação social nos Estados Unidos da América durante o século XIX e início do século XX, esta que separava/dividia os indivíduos da sociedade por meio de critérios raciais ou de etnia, garantindo direitos somente ao homem branco, por meio de políticas segregacionistas da época. Neste sentido, (RODRIGUES, 2003, p. 138), afirma que a política proibicionista que o EUA defende internacionalmente, se deu como artifício para a “disciplinarização, vigilância e confinamento – de grupos sociais ameaçadores à ordem interna como negros, hispânicos e jovens pacifistas”, reforçadas por práticas moralistas com a inclusão no discurso de que as drogas causam “degradação moral e cívica”.

Inúmeros foram os motivos de repressão e proibição das substâncias entorpecentes, cabendo destacar um que prevalece até os dias atuais, que na obra de Antonio Gramsci analisada por Henrique Carneiro, estuda o proibicionismo industrial. Segmento este que surgiu durante os maiores períodos de industrialização na transição do século XIX para XX, este que era embasado no puritanismo e moralismo, porém com objetivos capitalistas de se obter o máximo de força de trabalho, permitindo que as indústrias fiscalizassem a vida íntima de seus operários como uma medida de ‘controle de moralidade’ para melhor se adequarem aos novos métodos de trabalho e produtividade, em uma época em não havia a garantia de direitos aos trabalhadores, bem como a inexistência de uma declaração de direitos humanos. (CARNEIRO, 2002, p. 18-19).

3.2. POLÍTICA PROIBICIONISTA NO BRASIL

Após breve análise da origem e das causas/motivações da criminalização das drogas através do discurso oficial da política proibicionista dos EUA no início do século XX e a proposta de um modelo internacional de controle, devemos voltar nossa atenção para a análise da adoção dessas políticas pelo Estado brasileiro, que segundo Carvalho, (1996, p. 24-25), apesar de haver a incriminação da venda e uso de ‘substâncias venenosas’ no Código Penal Republicano de 1890, apenas no ano de 1932, o uso de substâncias psicoativas tornou-se comum por grande parte da

sociedade, momento em que se viu a necessidade de regulamentação do uso e comercialização das substâncias entorpecentes.

Ainda, Salo de Carvalho, (1996, p. 25-26), aduz que, somente em 1938, após a Convenção de Genebra no ano de 1936 que o Estado brasileiro através do Decreto 2.994/38 ratificou o contido na referida convenção, visando a repressão do tráfico ilícito de drogas nocivas. E foi na criação do Código Penal de 1940 que alterou-se a redação legal com a inclusão do artigo 281, desta vez ampliando as condutas típicas que podem ser cometidas, visando o combate do tráfico e o controle do uso das então nomeadas substâncias entorpecentes, modificada por fim em 1942 com a inclusão da conduta de cultivar.

Após 22 anos, já no período de Ditadura Militar no Brasil que o Estado leva à risca o combate às drogas internacionalmente, ratificando o contido na Convenção Única Sobre Entorpecentes de 1961, mediante a promulgação do Decreto 54.216, de 27 de agosto de 1964, que tem como preocupação a saúde física e moral da humanidade, convenção esta que seguiu nos moldes do discurso proibicionista, vindo a substituir quaisquer outros tratados que versassem sobre as drogas e instituindo uma política internacional de combate e fiscalização das substâncias entorpecentes. (CARVALHO, 1996, p. 27-30)

Ainda em vigor a conduta típica do artigo 281 do Código Penal, esta já havia sido analisada pelo Supremo Tribunal Federal que entendeu pelo não cabimento da conduta do usuário na figura típica, pois a lei punia apenas quem induzia ou instigava o uso de substâncias entorpecentes, caracterizando a descriminalização do usuário que no período ditatorial era visto como fragilização na repressão e combate das drogas, motivando o legislador através do decreto-lei 385/1968 a criminalizar nas mesmas penas todos os envolvidos com a droga para que se pudesse abranger o usuário eventual. (CARVALHO, 1996, p. 31-32).

Em 29 de outubro de 1971, buscando enquadrar-se nos termos proibicionistas internacionais do combate ao tráfico e uso de substâncias ilícitas, foi sancionada a Lei 5.726/71 que preenchia lacunas e realizava alterações do artigo 281 do Código Penal com a sua complementação, uma vez que se tratava de norma penal em branco. Esta que descriminalizou o dependente químico/doente pelo aspecto médico-jurídico, mas

em contrapartida colocava nas mesmas penas o traficante e o usuário eventual de quaisquer drogas proscritas. (CARVALHO, 1996, p. 34-35).

Com o decorrer do tempo e sendo grande a influência médica especializada que prevalecia em face da norma jurídica no tratamento das drogas com os usuários e dependentes, houve a necessidade estatal de se reformular a política de combate às drogas, medida que se deu através da Lei de Tóxicos n.º 6.368 de 1976, sancionada em um regime ditatorial e que trouxe maior severidade no tratamento das drogas, enaltecendo as tratativas e convenções internacionais de repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes que segundo Carvalho (1996. P. 35-36), possui cunho jurídico-político remanescendo apenas resquícios do modelo médico-jurídico anterior, com a atuação de maneira mais repressiva pelo Estado.

Ainda, Salo de Carvalho (1996, p. 37-41) em sua análise da Lei de Tóxicos n.º 6.368 de 1976, nos apresenta que a nova lei trouxe consigo uma nova política-criminal, apenas mantendo a distinção do dependente e do traficante criando o estereótipo do “consumidor-doente e traficante-delinquente”, maximizando as penas e valendo-se ainda desses estereótipos de traficância para legitimar a repressividade, adotando através do Ato Institucional n.º 05 o discurso dos Estados Unidos da América que cria a figura do traficante como inimigo interno do Estado e visa resguardar a segurança nacional.

Na ditadura militar tornou-se usual a terminologia da *repressão*, migrando o modelo da política criminal brasileira de “sanitário para bélico”, havendo pelos militares a associação das drogas com a ameaça dos movimentos de esquerda dos partidos comunista e socialista, visando o ideal de segurança nacional, entrando de vez na denominada guerra às drogas que fundou-se na política proibicionista adotada por diversos países ao redor do globo. (CARVALHO, 2011, p. 14-16).

Iniciada a análise dos aspectos normativos, temos no capítulo da prevenção a redação de que é dever das pessoas físicas e jurídicas a colaboração na prevenção do uso e tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, não estabelecendo na redação como se daria a colaboração, bem como outras proibições do artigo 1.º ao 7.º, sem a descrição das condutas e a imposição de sanções no preceito secundário de maneira que se torna impossível de apurar a responsabilidade penal. Já quanto ao tratamento do artigo 8.º ao 11, surge a importante figura do dependente químico que serve de

parâmetro para a diferenciação do usuário e do traficante, dispondo no mais acerca do tratamento médico e recuperação dos dependentes. (CARVALHO, 1996, p. 45-47).

Em relação aos delitos e penas, e mantendo o foco do presente artigo que trata do usuário, este apenas será analisado, pois desta vez o legislador criou tipo penal incriminador próprio para o usuário, mantendo a norma penal em branco como nos textos anteriores, mas com o diferencial de que as substâncias entorpecentes e demais drogas proscritas ou de uso controlado são listados em um rol publicado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

As condutas típicas são de perigo abstrato, ou seja, não há necessidade da ocorrência do resultado naturalístico para a consumação das condutas reprimidas, verifica-se o detalhe que tanto na traficância quanto no consumo próprio existe a expressão do “trazer consigo” com pena de detenção de 06 (seis) meses a 02 (dois) anos e multa (usuário) e 03 (três) a 15 (quinze) anos e multa (traficante), sendo o entendimento da doutrina e da jurisprudência à época que ficaria a critério do magistrado ante os elementos de prova, antecedentes, constatação policial e o meio social em que ocorreram os fatos distinguir a conduta perpetrada pelo agente. (CARVALHO, 1996, p. 47-53).

Com o passar do tempo e a constante evolução social, chega ao fim em 1985 o Regime da Ditadura Militar, sendo iniciado no Brasil um processo de redemocratização e reconstrução humanitária que resultaria na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, que trazia consigo os valores supremos da existência humana, bem como reconhecia os direitos humanos fundamentais inerentes à toda pessoa pelo simples fato de existir. Reconhecida internacionalmente como constituição cidadã ou constituição humana.

4. A LEI DE DROGAS BRASILEIRA (LEI 11.343/2006) E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE

Em 23 de agosto de 2006 foi sancionada no Brasil a Lei 11.343/2006, esta que se destacou e mostrou grande evolução na tratativa do consumo de drogas e do tráfico, diferenciando por meio do aspecto médico-jurídico os usuários eventuais e

dependentes químicos da figura do traficante, colocando os primeiros em posição de vítimas do uso das drogas, doentes e que precisam de ajuda médica especializada, mantendo a figura do traficante como delinquente e majorando a pena mínima das condutas típicas próprias da traficância. (Ventura e Benetti, 2014, p. 53-54).

Após a promulgação da Constituição de 1998, várias alterações legislativas vieram à tona no processo de redemocratização, sendo que no ano de 2002 iniciou-se a construção de uma nova política de drogas por parte de senadores e deputados federais impulsionados pela denominada “onda de sequestros” que moldou-se até o texto de lei vigente da lei 11.343/2006, desta vez focados na saúde do usuário de drogas, atuando o legislador de uma forma menos repressiva e mais preventiva, excluindo a pena de prisão pelo mero uso pessoal da droga, não descriminalizando a conduta mas apenas atenuando as penalidades. (DA SILVEIRA CAMPOS, 2015, p. 158-160).

A figura típica do usuário elencada no artigo 28 da lei em comento, trouxe consigo a exclusão do estigma do usuário como criminoso, pois a prisão é medida incabível quando a reabilitação e ressocialização do indivíduo deve ser realizada através de medidas alternativas por profissional habilitado das ciências médicas, visando a eficácia do tratamento e recuperação daquele acometido pela dependência química, tratando-se de “uma questão de educação e saúde pública”. (BATISTA et. Al, 2010, p. 07-12).

Ainda, cumpre ressaltar que a conduta tipificada não pune o uso da substância entorpecente e sim o fato de portar a droga para o consumo pessoal, logo não sendo localizada a substância entorpecente sequer há materialidade do delito, salvo quando do uso resultar na alteração das capacidades psicomotoras e o agente conduzir veículos automotores, caracterizando delito próprio de trânsito que é regulamentado pelo Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 306, *caput* da Lei 9.503/97.

Vislumbra-se que o legislador buscou impedir a circulação das drogas em si, mesmo que em quantia pequena e também sem os objetivos de auferir lucros da traficância, punindo apenas o usuário com penas restritivas de direitos e no máximo multas para a garantia do cumprimento das medidas aplicadas, sendo incabível a prisão do indivíduo. (FERRO, 2011, p. 43-44)

No campo doutrinário, divergências surgiram quanto ao real conteúdo da norma e se o legislador havia descriminalizado a conduta, pois em seu preceito secundário inexistia a imposição da pena de prisão (simples, detenção e reclusão) e a pena de multa alternativa ou cumulativa, não caracterizando a conduta como crime ou contravenção penal, embasados pelo contido no artigo 1.º da Lei de Introdução do Código Penal, sendo denominada como uma infração penal “*sui generis*” (MACHADO, 2010, p. 03).

Ainda, conforme analisa Fiquene (2012, p. 44-45), discutiu-se a ocorrência da *abolitio criminis*, pois a nova redação legal trouxe a infração penal “*sui generis*”, argumentando-se no campo jurídico acerca da exclusão do caráter ilícito da conduta e do estigma de criminoso do usuário de drogas, uma vez que também não impõe as penas restritivas de liberdade, ressaltando que esta teoria foi defendida pela doutrina minoritária e não foi entendida como aplicável pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 13 de fevereiro de 2007 no julgamento do RE 430105 RJ, pelo Min. Relator. Sepúlveda Pertence (2007, p. 9-12), foi decidido no acórdão do Supremo Tribunal Federal que não houve a *abolitio criminis*, uma vez que a Constituição Federal de 1988 permitiu ao legislador a criação de penas diversas da restrição ou privação de liberdade em seu artigo 5.º XLVI, incluindo a possibilidade de imposição das penas de multa; perda de bens; prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos, concluindo que trata-se da “despenalização” da conduta quanto a inaplicabilidade das penas de prisão.

Nas lições de Vicente Greco Filho et.al (2009, p. 44), este discorre que a nova lei não veio a descriminalizar a conduta, porém também não a despenalizou, havendo apenas um abrandamento da pena em relação ao diploma anterior, pois a tipificação da conduta continua incriminada em um capítulo que denomina-se Dos Crimes e das Penas e finaliza que “as penas são próprias e específicas, mas são penas criminais”. Quanto a terminologia, entende que houve a ocorrência da descarcerização, ante a impossibilidade da aplicação das penas de prisão ao usuário de drogas, mas o termo da “despenalização” foi o que popularizou-se nas correntes doutrinárias e da própria jurisprudência.

A nova lei de drogas, apesar de inovar em sua redação com o tratamento diferenciado aos usuários e dependentes de drogas, não consegue agir de maneira

eficiente na prevenção do uso e na própria reabilitação do usuário/dependente e sua reinserção social, pois a mera advertência pelo magistrado é insuficiente, uma vez que o tratamento ambulatorial ou clínico realizado por profissionais é árduo e progressivo, de mesmo modo, se mostra ineficiente o comparecimento em cursos educativos e a prestação de serviços à comunidade, esta última que fundamenta-se na ideia de que o trabalho dignifica o homem. (DE SOUSA et.al, 2016, p. 02)

4.1. DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE.

Na organização do Estado de Direito moderno o princípio da proporcionalidade foi integrado visando trazer a “harmonização entre legalidade, justiça e segurança nas relações a serem salientadas pelo direito”, trazendo para si a responsabilidade de proteger os direitos da sociedade e apresentando-se como Estado Soberano e fornecedor da segurança jurídica efetiva e necessária. (MAGE, 2003, p. 48)

A partir deste ponto surge a ideia das liberdades individuais fundamentais e dos interesses do Estado de Direito, criando segundo Mage (2003, p. 52), o Princípio da Proporcionalidade em Sentido Amplo que deriva do Estado de Direito, e ainda para alguns doutrinadores deriva dos próprios direitos fundamentais individuais e da sociedade ou como decorrência do princípio da legalidade.

A proporcionalidade em sentido amplo também é conhecida como princípio da proibição do excesso estatal, termo este criado pela doutrina Alemã (*Übermassverbot*), que se destina na atuação do “Poder Legislativo que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito” proibindo ao Estado intervenções que sejam desnecessárias ou consideradas excessivas na sociedade. (MAGE, 2003, p. 41-42).

Em outra face, temos a proporcionalidade em sentido estrito ou denominado princípio da proibição estatal insuficiente dos bens jurídicos tutelados, também criado pela doutrina Alemã (*Untermassverbot*), que consiste sucintamente na violação de um direito fundamental em proteção a outro direito, que segundo Silva (s/d, p. 12)

em muitos casos, tentando dar a máxima efetividade a alguns dos direitos e garantias insculpidas na Constituição, acabam por violar outros de mesma hierarquia, tanto do ponto de vista do Estado em garantir os direitos sociais do cidadão frente à força normatividade da Constituição Federal, quanto do Estado em zelar pelos direitos fundamentais da sociedade.

Desta junção, há o princípio da proporcionalidade em si, que observada atentamente pelo legislador a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbot*), tem-se parâmetros proporcionais entre o bem jurídico a ser protegido e a sanção penal em retribuição. Devendo o legislador na construção da norma, ater-se que para a efetivação das garantias fundamentais do acusado não deve ocorrer em momento algum o descuido com a proteção dos direitos da vítima e da sociedade, para que deste modo, se possa fornecer uma resposta adequada e proporcional do Estado. (SILVA, s/d, p. 9-12).

No direito penal a proporcionalidade consiste basicamente na análise do suposto bem jurídico violado ou posto em perigo de dano e da lesão ou ameaça de lesão que o mesmo acarreta na esfera da vítima e da sociedade, demonstrando por meio da pena a graduação da reprovabilidade da conduta e de sua repugnância social, devendo haver um equilíbrio entre a conduta e a pena e que havendo o seu desequilíbrio caracteriza-se “uma inaceitável desproporção” e que pena “desse teor, constitui ofensa à condição humana, e conseqüentemente contundindo a dignidade da pessoa.” (MAGE, 2003, p. 51-52).

Como observado anteriormente e atentando-se à temática da posse de drogas para consumo pessoal, a conduta de usar a droga não constitui crime, mas sim a mera circulação dela na sociedade, tratando-se de um crime de perigo abstrato e que não exige a ocorrência de resultado naturalístico, ou no caso, a efetiva violação do bem-jurídico saúde pública, sendo o seu especial fim de agir o “consumo pessoal” como elementar e caracterizadora da tipicidade da conduta que cria a figura do usuário de drogas. (SILVA NETO, 2017, p. 41).

Como visto no decorrer deste trabalho, o usuário de drogas/dependente passou a ser tratado como doente/paciente a ser tratado, reabilitado e reinserido na sociedade pelo Estado, não devendo o Estado como defensor da “saúde pública” utilizar-se do ramo do direito penal para sancionar o usuário que inflige a si mesmo pelo uso da

droga, agindo de forma desproporcional e ineficaz e até mesmo com falta de seriedade no tratamento da questão de drogas, destacando Silva Neto (2017, p. 56),

“as impropriedades da lei que trata o direito penal com um caráter simbólico desrespeitando a utilização do direito penal como o último elemento de controle social. Nesse sentido que se aponta a **desproporção** da norma que desqualifica a utilização da própria tipologia penal.” – **grifo meu**.

Desta maneira, portar a droga é conduta punível em respeito ao princípio da alteridade, pois o legislador não pode punir a escolha pessoal do indivíduo que as usa, e ainda vale ressaltar que a conduta deve transcender a pessoa que cometa o ilícito penal e lesione a saúde (bem-jurídico) de terceiro, para que assim possa ser tutelada pelo direito penal, sendo que por fim é necessário se observar que a finalidade de todas as condutas é o consumo da droga pelo indivíduo. (REIS JUNIOR, 2013, p. 1-3).

De análise da lei de drogas vários são os quesitos observados para sua validade no meio social, conforme visualizado em capítulos anteriores, porém com o desenvolvimento da sociedade e da necessidade de uma legislação mais atenta e cumpridora da Constituição, temos atualmente o usuário como um doente neste meio e sujeito às sanções de uma legislação que sequer age de maneira eficiente.

O Estado tutela a saúde pública como bem-jurídico, mas não fornece uma resposta adequada e proporcional, agindo com excesso ao se valer do direito penal como “tratamento” do usuário e protegendo de maneira ineficiente o bem jurídico, uma vez que no máximo impõe uma multa ao usuário e que se não paga é executada pela Fazenda Pública, não cumprindo as principais funções da pena que busca reabilitar, ressocializar e reinserir o indivíduo no meio social, agindo em total desproporção e ofensa ao ramo do direito penal.

5. INEFICÁCIA DA LEI DE DROGAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS AO DIREITO PENAL

5.1. DA INEFICÁCIA QUANTO A APLICABILIDADE, REFLEXO NA CRIMINALIDADE E OFENSA AO DIREITO PENAL.

O ramo do direito penal, por diversas vezes e em muitos casos é utilizado de maneira simbólica o que por sua vez constitui ofensa ao instituto, pois a norma penal meramente “preocupa-se em criar sensação de paz no meio social, acalantar os ânimos desejosos da sociedade por criação legislativa, não produzindo na prática o fim desejado”, não agindo o Estado de maneira eficiente para a tutela do bem jurídico-penal e deixando o usuário exposto à condições degradantes, pouco valendo a existência da legislação quanto a sua aplicação eficiente. (GONÇALVES, 2019, p. 2-4).

A falta de eficácia no tratamento dos usuários e dependentes conseqüentemente acarreta em um mercado ilícito de drogas crescente, pois o usuário que não é tratado devidamente volta ou continua a consumir drogas, sendo importante ressaltar-se o fato social de que uma parcela mais pobre da população brasileira acaba entrando para a traficância precocemente, contribuindo para o aumento de distribuidores e vendedores de drogas e também de encarcerados por tráfico, apontando Oliveira (2018, p. 71-72) que “o melhor caminho nem sempre é a repressão, sendo que medidas educativas de informação e conscientização podem ser muito mais efetivas” e que a utilização do direito penal na tratativa do usuário de drogas gera graves danos sociais.

Conforme analisados os diversos aspectos jurídicos e sua fundamentação proibicionista que apontam a proteção deficiente do bem-jurídico penal, vemos a clara falta da legalidade na criminalização, pois esta afronta diretamente os direitos fundamentais da pessoa humana garantidos pela Constituição Federal com a atuação excessiva do Estado, pois a este ao utilizar-se do direito penal deve reservar “as sanções estatais tão somente àqueles comportamentos inaceitáveis para o harmônico convívio social”, tratando o usuário/doente de maneira em que não bastando a falta de proteção ao bem jurídico ofende direitos fundamentais da vítima das drogas, agindo em total inconstitucionalidade que é facilmente notada pelos seus reflexos sociais. (SILVA NETO, 2017, p. 49-50).

A ineficácia da lei também se caracteriza pela imposição das penas ao usuário, pois ela não é capaz de desestimular o uso das drogas e mesmo ocorrido o crime esta não causa temor em sua aplicação ao caso concreto, resultando no máximo em multa demonstrando não ser o ramo do direito penal eficiente para tratar do usuário, que segundo Silva Neto (2017, p. 33-55).

há possibilidade do sujeito que foi cominado uma pena ter como incentivo meramente uma consequência menos grave e nada mais. Dessa forma, ao garantir uma medida paralela para estimular o apenado a cumprir a pena, o legislador, na verdade, retira da lei a sua força. Possibilitando que uma medida mais branda seja substituta da pena.

Como visto anteriormente, a política proibicionista causa diversos impactos sociais gerando principalmente o aumento da criminalidade e ofensa aos mais diversos bens jurídicos tutelados pelo direito penal e que segundo Dall’Agnol e Lobo (2018, p. 390) “é mais simples repreender a circulação das drogas do que efetivamente combater os problemas delas decorrentes e a elas relacionados” pontuando e criticando a utilização da lei de drogas pelo Estado brasileiro e que este deveria “tratar dos problemas da coletividade e não potencializá-los”.

Valois (2017, p. 291) em sua obra, comenta que a política proibicionista apenas serviu para a criação e expansão de organizações criminosas que viram no tráfico de drogas uma atividade altamente lucrativa, enquanto o Estado “forjava um pensamento estreito” na sociedade e que a questões das drogas deveria ser combatida como se uma guerra fosse, finalizando assertivamente e de maneira crítica magistrados, membros do ministério público, legislativo e segurança pública “sem capacidade de pensar o mundo diferente, ou seja, o mundo como era antes da proibição”, pois não desprendem-se de uma ideia que não seja a criminalização.

Com o desenvolver das relações sociais e com reconhecimento de novos bens jurídicos, muitas vezes se torna necessária a complementação por legislação extravagante ao código penal tutelar esses bens que no Estado dos dias atuais acabou espalhando e criminalizando condutas em diversas normas penais que acabam distanciando-se dos princípios estabelecidos no Código Penal e que “este

fenômeno pode representar um problema no que tange à eficácia e legitimidade das próprias normas penais incriminadoras”. (DA COSTA e ACHUTTI, 2016, p. 06-07)

Desta análise, vemos que em nada contribui a criminalização do usuário/dependente que é caso de saúde pública, bem como das drogas que é questão sanitária, pois os danos sociais são imensuráveis tanto no aumento da criminalidade quanto na atuação inconstitucional do Estado que age em total desproporção e descaso, utilizando-se da lei como uma figura que busca criar uma falsa sensação de paz no meio social, excedendo nos meios de tratamento inadequado e ineficaz do usuário, havendo a violação de direitos fundamentais e ainda protegendo insuficientemente o bem jurídico “saúde pública”, pois a pena em retribuição não é capaz de reabilitar e reinserir o indivíduo na sociedade.

5.2. DA INEFICÁCIA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS EM TRABALHO CONJUNTO COM O DIREITO PENAL

Ao tratar das medidas alternativas ao direito penal, importante é a análise da pesquisa e estudo de campo realizada por Policarpo (2015. P. 01-03) que buscou verificar a aplicabilidade e a eficiência do Programa Justiça Terapêutica criado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que era “coordenado por um grupo de psicólogos e assistentes sociais na Vara de Execuções Penais no Tribunal de Justiça/RJ” e que apresentava ao usuário a opção de escolha a esta medida alternativa que visava a prestação de auxílio psicológico e a “redução de danos”.

Todavia, o surgimento da possibilidade de tratamento diferenciado ao usuário e a incansável luta do judiciário em “desafogar” as varas judiciais e trazer uma maior celeridade processual foi o estopim para o “boicote” do programa pelos serventuários da justiça segundo as psicólogas entrevistadas por Policarpo (2015, P. 03-09), que não apresentavam ao usuário a opção da medida alternativa por constituir um método burocrático e moroso para a marcha processual, sendo a aplicação da multa o método mais rápido para o cumprimento da medida e arquivamento do Termo Circunstanciado.

A crítica trazida por Policarpo (2015. P. 09-11) se dá ao fato de que os serventuários da justiça preocupavam-se apenas com o aspecto processual, sem que houvesse a importância necessária na tratativa do usuário de drogas e sujeito detentor de direitos, bem como das medidas que poderiam reabilitá-los e reinseri-los na sociedade, substituindo o programa por outros que sujeitavam os usuários à uma rápida palestra ou reunião que ao final constituía um simples relatório apresentado ao magistrado para a declaração da extinção da punibilidade pelo cumprimento da medida aplicada, concluindo que

a celeridade processual conseguida pelo JECrim foi, de fato, eficiente para o cumprimento da medida. E só. Pois se consideramos que a preocupação do JT era oferecer uma medida alternativa aos “usuários de drogas”, e não ao “processo judicial”, a eficiência da celeridade pode ser questionada.

Um importante destaque na pesquisa de Policarpo (2015. P. 15-17) é a ineficácia da aplicação de medidas alternativas na vigência da atual lei de drogas, não constatando-se resultados positivos na atuação conjunta do direito penal e das medidas alternativas que possuem cunho médico, ou seja, de tratamento adequado, progressivo e um pouco longo, pois o tratamento dos usuário pelos serventuários e magistrados dos Juizados Especiais Criminais, bem como membros do Ministério Público, voltam-se para a aplicação da sanção cabível apenas e a “solução do processo” no menor tempo possível para o efetivo funcionamento da máquina processual.

Alves e Gaertner (2016. P. 04) também apontam que o serviço de saúde é colocado em posição de insuficiência para o tratamento adequado do usuário, este que nos remete ao princípio da proteção insuficiente já analisado em outro capítulo (Untermassverbot), pois o excesso estatal (Übermassverbot) na criminalização das drogas e o tratamento com descaso do órgão judiciário atinge direitos fundamentais da vítima das drogas e da sociedade em geral, não solucionando este grave problema social que acomete milhões de pessoas no Estado brasileiro, resultando em uma degradação progressiva da qualidade de vida e da dignidade destes sujeitos o que vai contra os princípios de um Estado Democrático de Direito.

Nos parâmetros de nossa legislação atual não temos eficácia das medidas alternativas, mas se o Estado brasileiro adotar um modelo alternativo de solução do problema das drogas em substituição ao modelo atual proibicionista, deve ser realizada uma mudança “simultânea à construção de legislações e políticas públicas que estabeleçam normas justas, promovam práticas menos nocivas e atendam da melhor forma possível os problemas que o consumo de drogas inexoravelmente causará” (FIORE, 2012. P. 10).

Não buscando uma solução de definitiva, pois não é o objetivo deste trabalho, mas visando garantir maior eficiência estatal na questão das drogas à medida que se torna viável e já foi adotada por diversos países a exemplo de Portugal é a descriminalização do usuário. Alternativamente se impõe medidas administrativas pelo Estado com a estipulação de critérios objetivos para o tratamento, imposição de multa administrativa em caso de reincidência, controle da quantidade de drogas para consumo estipuladas em dias, em caso de flagrância o encaminhamento do usuário imediatamente para análise de psicólogos e médicos capazes de avaliar o método de tratamento adequado, dentre outras que podem ser adotadas pelo legislador. (FIORE, 2012. P. 11-12).

A viabilidade da descriminalização do usuário de drogas analisada neste artigo é o caminho necessário para que possam reduzir as desigualdades sociais, iniciando-se com a retirada da competência do direito penal em tratar com sanções um doente, bem como de se buscar a proporcionalidade dos meios na tratativa dos usuários/dependentes, haja vista o excesso Estatal ao utilizar-se do direito penal e sua severidade como tratamento e da própria proteção insuficiente do bem jurídico tutelado, pois sequer há pena cominada que consegue de forma efetiva reabilitar e reinserir o indivíduo no meio social.

Desta maneira o Estado brasileiro caminharia em observância da Constituição, garantindo não só à vítima das drogas, mas como de toda a sociedade uma atuação estatal efetiva sem a criação de estigmas e estímulo da segregação social pregada pelo proibicionismo, conduzindo a uma redução dos danos à saúde do usuário e dos danos sociais causados pelo efeito da repressão desproporcional no lugar do auxílio médico e psicológico.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizando nosso artigo, após análise dos aspectos jurídicos da norma penal do artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/2006 com a exposição dos motivos que demonstram a viabilidade do Estado brasileiro em descriminalizar a conduta, recapitularemos a seguir e de forma sucinta e pontual o trabalho desenvolvido.

De análise do bem jurídico-penal tutelado pela lei de drogas “saúde pública” é possível se afirmar que a conduta realizada pelo usuário que tem o especial fim de agir o “consumo pessoal”, esta uma elementar para a caracterização e adequação da tipicidade, não ofende ou constitui ameaça de lesão ao bem jurídico, pois a conduta sequer transcende a esfera pessoal do indivíduo caracterizando-se como autolesão, não punível pelo direito penal em virtude do princípio da ofensividade/lesividade. A partir da mera constatação de ofensa aos princípios de direito pode-se afirmar a inconstitucionalidade do tipo penal.

Importante evidenciar a motivação da criminalização, esta baseada na política proibicionista e no discurso oficial de guerra às drogas criado e divulgado ao redor do mundo pelos Estados Unidos da América, que tem em sua base valores puritanistas pregados pela Igreja e que foram adotados.

Inúmeros são os motivos que deram força à esta política, como por exemplo, o Toyotismo que em suas fábricas, ressaltado, em uma época em que não haviam direitos trabalhistas ou uma declaração de direitos humanos, interferiam na vida de seus operários fiscalizando sua vida íntima e seus “vícios”, proibindo o uso do álcool e outras drogas, pois tinham o único interesse econômico e da extração da máxima força de trabalhos de seus operários.

A grande segregação social nos EUA de negros, latinos, hispânicos e porto-riquenhos, povos de diferentes culturas e costumes, que geralmente eram vistos como estrangeiros e causadores de problemas também tiveram na criminalização das drogas a autorização do Estado para fiscalizar a vida desses indivíduos e autorizar a violência, tratamento este não diferente do “*modus operandi*” brasileiro, que persegue a população negra e das periferias ou favelas que compõe a maior parte do sistema carcerário brasileiro.

Em nossos estudos, vislumbramos que as leis brasileiras sempre seguiram o aspecto proibicionista que marginaliza o usuário de drogas, porém, é uma política totalmente retrógrada, infundada e ineficaz para o tratamento moderno do problema do uso de drogas, não sendo sanções aptas para uma prestação estatal efetiva na proteção do usuário contra os atos que inflige a si mesmo.

Droga é uma questão de saúde pública e a sua criminalização apenas impacta negativamente na sociedade, não contribuindo para a solução do problema ou na redução dos danos causados, cabendo ao tratamento especializado, árduo e progressivo na reabilitação e reinserção social do indivíduo, excluindo de plano a atuação do direito penal por ser o meio ineficaz e excessivo para o tratamento de um doente.

7. BIBLIOGRAFIA

ACHUTTI, Daniel Silva. DA COSTA. Renata Almeida. IV ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/OÑATI. **CRIME, SOCIEDADE E DIREITOS HUMANOS**. 2016. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/c50o2gn1/bgaaoe47/ZI4k5uJx0LPpUYz7.pdf>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

ALVES, Felipe Dalenogare; GAERTNER, Bruna Tamiris. **Os direitos fundamentais sociais e o dever de proteção estatal: O direito à saúde entre a proibição de proteção insuficiente e a proibição de excesso—A proporcionalidade como instrumento à construção da decisão judicial**. Revista de Estudos Jurídicos UNA, v. 3, n. 1, p. 211, 2016. Disponível em: <http://revistasgraduacao.una.emnuvens.com.br/rej/article/view/48>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

ANDRÉ, Fábio Borba. **Porte de drogas para uso próprio: a linha tênue em meio à autolesão e a lesão à Saúde Pública**. ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498, v. 12, n. 12, 2016. p. 4-5. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/5688>. Acesso em: 29 de abril de 2021.

BATISTA, Claudinei José et al. **ARTIGO 28 DA LEI Nº. 11.343/2006 DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL**. Direito em Construção, 2010. Disponível em:

<http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=1direitoconstrucao3&page=article&op=view&path%5B%5D=56&path%5B%5D=56>. Acesso em: 26 de abril de 2021.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p. 92-84. Editora Revan. Rio de Janeiro/RJ. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 98152/MG**, Rel. Min, Celso de Mello, 2.^a T., DJ 05/06/2009, p. 584. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumerolIncidente=%22HC%2098152%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 07 de abril de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 430105 RJ**. Rel. Min, SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma. DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RE_430105_RJ_1279016670462.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEA067SMCVA&Expires=1620267328&Signature=BHhiwRdP2ude1f1ShmAgmKL6dNY%3D. Acesso em: 04 de maio de 2021.

CARNEIRO, Henrique. **As necessidades humanas e o proibicionismo das drogas no século XX**. Ver. Outubro. v. 6, n. 6, p. 115-28, 2002. Disponível em: http://www.cress-es.org.br/site/images/artigo_drogas_henrique_carneiro.pdf. Acesso em: 28 de abril de 2021.

CARVALHO, JC de. **Uma história política da criminalização das drogas no Brasil: a construção de uma política nacional**. VI Semana de História e III Seminário Nacional de História: Política, cultura e sociedade, 2011. Disponível em: http://www.neip.info/novo/wpcontent/uploads/2015/04/carvalho_histria_poltica_criminalizacao_drogas_brasil.pdf. Acesso em: 02 de maio de 2021.

CARVALHO, Salo de et al. **A política criminal de drogas no Brasil:(do discurso oficial as razões da descriminalização)**. 1996. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106430>. Acesso em: 02 de maio de 2021.

DA SILVA, Vinicius Ferrasso. **APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO E DA PROTEÇÃO DE INSUFICIÊNCIA: um instrumento de correção de interpretações (in)coerentes e de tipos penais (in)adequados para a construção de uma teoria das fontes**. Disponível em: <http://www.ferrasso.com.br/fotos/7%20-%20Aplicacao%20do%20Principio%20da%20proibicao%20de%20excesso%20e%20da%20protecao%20de%20insuficiencia%20%20um%20instrumento%20de%20corre>

cao%20de%20interpretacoes%20in%20coerentes.pdf. Acesso em: 07 de maio de 2021.

CAMPOS, M. DA S. **Entre doentes e bandidos: a tramitação da lei de drogas (no 11.343/2006) no Congresso Nacional.** Revista de Estudos Empíricos em Direito, v. 2, n. 2, 30 jul. 2015. Disponível em: <https://reedrevista.org/reed/article/view/74>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

DALL'AGNOL, L. B.; LOBO, P. T. **Guerra às drogas: uma análise crítica sobre a retórica proibicionista, a ineficácia e o desastre social.** Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, [S. l.], n. 21, p. 375–404, 2018. Disponível em: <https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/144>. Acesso em: 11 de maio de 2021.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **O direito à Saúde.** Disponível em: <https://www.scielo.org/article/rsp/1988.v22n1/57-63/pt/#ModalArticles>. Acesso em: 13 de abril de 2021.

DE SOUSA, Naialva Muzzi et al. **A despenalização no uso e consumo pessoal de drogas.** Anais do Seminário Científico do UNIFACIG, n. 2, 2017. Disponível em: <http://www.pensaracademico.unifacig.edu.br/index.php/semiariocientifico/article/view/142>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. **Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 88, p. 439-459, 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>. Acesso em: 25 de abril de 2021.

FERRO, Monique Lino. **Descarcerização do usuário de entorpecentes no Brasil.** 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/33765>. Acesso em: 05 de maio de 2021.

IORE, Maurício. **O lugar do Estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas.** Novos estudos. - CEBRAP, São Paulo, n. 92, p. 9-21, Mar. 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010133002012000100002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 de maio de 2021.

FIQUENE, Pedro Henrique de Castro. **Aspectos jurídicos do porte de drogas para consumo pessoal: descriminalização ou despenalização da conduta? O artigo 28 da lei nº. 11.343/2006.** 2012. Disponível em:

<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/123456789/470>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. São Paulo. 2010, p. 17 e 18. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/9105>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

GONÇALVES, Júlia Dinah Vaz. **SIMBOLISMO PENAL NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS: A PENA É ADEQUADA PARA ALCANÇAR O SEU FIM?**. I FÓRUM DE DIREITO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, v. 1, n. 01, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/IFDIDH/article/view/8139>. Acesso em: 12 de maio de 2021.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**, p. 305. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7152>. Acesso em 07 de abril de 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: revista dos Tribunais. 2002. P. 46.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, Volume 01 - 16.^a Edição atualizada e rev. P. 04 e 05. Editora Impetus. Niterói/RJ. 2014.

GRECO, Vicente Filho; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 3.ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 44.

JORDANI, Denis Ortiz. LEHFELD, Lucas de Souza. **PROTEÇÃO EFICIENTE DE BENS JURÍDICOS CONSTITUCIONAIS**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8303a79b1e19a194>. Acesso em 07 de abril de 2021.

LINS, Emanuella Vilar. **A nova Lei de Drogas e o usuário. A emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social**. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>. Acesso em: 07 de abril de 2021.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Usuário ou traficante? A seletividade penal na nova lei de drogas**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010. Disponível

em:

<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3836.pdf>.
Acesso em: 25 de abril de 2021.

MAGE, Magda Aparecida Gonçalves; DOS SANTOS, Jurandir José. **Princípio da proporcionalidade no direito penal**. Intertem@ s ISSN 1677-1281, v. 7, n. 7, 2004. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/viewFile/191/191>. Acesso em: 03 de maio de 2021.

OLIVEIRA, Vanessa Vitória. **Proibicionismo e política criminal de drogas no Brasil: um estudo sobre a ineficácia da atual política e sua repercussão no sistema penitenciário brasileiro**. 2018. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/12938>. Acesso em: 21 de abril de 2021.

POLICARPO, Frederico. **Da Justiça Terapêutica à atual Lei de Drogas. O Público e o Privado**, v. 13, n. 26 jul. dez, p. 139-158, 2015. Disponível em: <https://revistas.uece.br/index.php/opublicoeoprivado/article/view/2484/2304>. Acesso em: 12 de maio de 2020.

REIS JÚNIOR, Almir Santos. **ANÁLISE DO ARTIGO 28, DA LEI 11.343/06 SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA TRANSCENDENTALIDADE**. 2013. Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/4263>. Acesso em: 09 de maio de 2021.

RODRIGUES, Thiago. **Drogas e liberação: enunciadores insuportáveis**. Revista Verve, São Paulo, NuSol/PUC-SP, n. 03, 2003. pp. 257-276. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/verve/article/view/5008>. Acesso em: 16 de abril de 2021.

RODRIGUES, T. M. S. **Controle Internacional de drogas e estratégias políticas. Inter-relações**. São Paulo/SP, v.06, p.01, 2002. Disponível em: <http://www.neip.info/downloads/artigo4.pdf>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3ª ed. Vegas: Lisboa, 1998. p. 27-28.

RYBKA, Larissa Nadine; NASCIMENTO, Juliana Luporini do; GUZZO, Raquel Souza Lobo. **Os mortos e feridos na “guerra às drogas”: uma crítica ao paradigma proibicionista**. Estud. psicol. (Campinas). Campinas. v. 35, n. 1, p. 99-109. Mar.

2018 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2018000100099&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **Dicionário de filosofia e de ciências sociais**. São Paulo. Editora Maltese, 1963. Volume 01, página 199.

SILVA, Ivan Luiz. **O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal** apud BIANCHINI, 2002, p. 43. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65.pdf. Acesso em: 06 de abril de 2021.

SILVA NETO, Francisco Messias Marinho da. **Criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, o princípio da proporcionalidade das penas e vetor da proteção insuficiente ao bem jurídico tutelado penalmente**. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/28250>. Acesso em: 07 de maio de 2021.

SORATTO, Lya de Noni. **A criminalização do uso de drogas diante do direito de autonomia e liberdade: a punição da autolesão e o paternalismo estatal**. Disponível em: **A criminalização do uso de drogas diante do direito de autonomia e liberdade: a punição da autolesão e o paternalismo estatal**. Acesso em: 08 de abril de 2021.

VALOIS, Luís Carlos. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

VENTURA, C. A. A.; BENETTI, D. A. M. **A evolução da lei de drogas: o tratamento do usuário e dependente de drogas no Brasil e em Portugal**. SMAD Revista Eletrônica Saúde Mental Álcool e Drogas (Edição em Português), [S. l.], v. 10, n. 2, p. 51-60, 2014. DOI: 10.11606/issn.1806-6976.v10i2p51-60. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/smad/article/view/98717>. Acesso em: 23 de abril de 2021.