



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
ARTIGO CIENTÍFICO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO
DE DROGA: QUESTÕES DA LEI Nº 11.343/2006**

ORIENTANDO: JOÃO VICTOR GUIMARÃES SILVA
ORIENTADOR: PROF. MS. WEILER JORGE CINTRA

GOIÂNIA
2022



JOÃO VICTOR GUIMARÃES SILVA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO
DE DROGA: QUESTÕES DA LEI Nº 11.343/2006**

Artigo Científico apresentado à disciplina Trabalho de Curso II,
da Escola de Direito, Negócios e Comunicação, do curso de Di-
reito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás).
Prof. Orientador: Ms. Weiler Jorge Cintra.

GOIÂNIA

2022

JOÃO VICTOR GUIMARÃES SILVA

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO
DE DROGA: QUESTÕES DA LEI Nº 11.343/2006**

Data da Defesa: 30 de maio de 2022

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Ms. Weiler Jorge Cintra nota

Examinador Convidado: Prof. Esp. Altamir R. Vieira Júnior nota

SUMÁRIO

RESUMO	4
INTRODUÇÃO	4
1. CONTEXTO HISTÓRICO DA POLÍTICA DE COMBATE AS DROGAS	6
1.1. COLONIZAÇÃO AMERICANA	7
1.2. PROIBIÇÃO NO SÉCULO XX.....	8
1.3. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE TÓXICOS	9
2. DEFINIÇÃO DE DROGA	10
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	12
3.1. INTIMIDADE.....	12
3.2. LIBERDADE	13
3.3. LESIVIDADE	15
4. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGA	16
4.1. ASPECTOS DA LEI 11.343/2006.....	16
4.2. A INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	19
4.3. SISTEMA PENITENCIÁRIO E PERFIL DOS CRIMINOSOS	21
4.4. POSSÍVEIS MELHORIAS NA LEI 11.343/2006	22
CONCLUSÃO	24
REFERÊNCIAS	24

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGA: QUESTÕES DA LEI Nº 11.343/2006

João Victor Guimarães Silva¹

RESUMO

O presente trabalho acadêmico teve por objetivo evidenciar a inconstitucionalidade do artigo 28, *caput*, da Lei Federal 11.343/2006, o qual criminaliza o uso de entorpecentes. Nesse sentido, tal questão encontra sua origem enraizada em preconceitos e desigualdades sociais, o que a torna mais difícil ainda de ser solucionada. Assim, a problemática tanto da Lei de tóxicos quanto do sistema penitenciário brasileiro, causa uma das principais mazelas do sistema penal brasileiro, indo totalmente à contramão à um sistema humanitário e inteligente.

Palavras-chave: artigo 28, *caput*, Lei 11.343/2006, Inconstitucionalidade, Princípio da Liberdade, Princípio da Intimidade, Princípio da Ofensividade, Sistema Penitenciário.

INTRODUÇÃO

“A Constituição certamente não é perfeita, ela própria o confessa ao admitir a reforma, quanto a ela, discordar, sim, divergir, sim, descumprir, jamais, afrontá-la, nunca. Traidor da Constituição é traidor da pátria”. Uma das mais notórias frases da história moderna brasileira foi dita pelo Deputado Federal, então Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães, aos 05 de outubro de 1988, durante a sessão solene do Congresso Nacional de Promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Pelas excelentes palavras ditas pelo Deputado, é de claro entendimento a força que a Constituição Federal tem com relação a todo Brasil e a atos a ele relacionados, sendo impensável o descumprimento e a afronta a ela.

¹ Acadêmico do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, e-mail: joaovictorguimaraes3@gmail.com

Assim, há direitos, princípios e garantias nos concedido tanto pela Constituição Federal quanto pela condição de ser humano, os chamados direitos naturais, os quais entram no ordenamento jurídico brasileiro como imprescindíveis à manutenção da dignidade humana e a continuidade da vida em sociedade.

Contudo, mesmo diante de tal previsão, ainda há quem insista no erro, indo na contramão do que é disposto na Constituição Federal, sendo tal ato grave, não só para o Direito, como também para a sociedade.

Dessa forma, cabe ao Estado, através dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, na medida de suas competências, travarem uma luta contra esses atos, através do Controle de Constitucionalidade.

Nessa ótica, a atual legislação nacional sobre os entorpecentes errou, ao criminalizar o uso de certas substâncias, pois tal medida fere algumas garantias conferidas pela CF/88, tais como os princípios da liberdade individual, da intimidade e da ofensividade. Entretanto, tal situação não é atual, e sim uma construção histórica baseada numa relação entre opressor e oprimido.

De maneira mais profunda e histórica, o ódio à certas drogas derivou de situações racistas e de segregação, no caso do Brasil, fruto de uma sociedade branca e católica com a vontade de imposição de suas crenças sobre o resto da sociedade, principalmente negra e indígena.

Entretanto, a segregação racial é até hoje existente, porém, por meios “legalizados”, através de prisões em massa da população negra e de baixa renda, sendo o crime de tráfico um dos principais causadores dessa problemática.

Nesse sentido, como a Lei 11.343 de 2006 não determinou, de maneira objetiva, uma diferença entre o crime de tráfico e o crime de uso de drogas, o Brasil vem vivenciando um terrível cenário sobre o fato, tendo em vista que há severas confusões entre ambos institutos, o que retoma a segregação racial.

Assim, há hoje no Brasil questões que saem da seara moral e entram em questões sociais profundas e uma das principais são os tóxicos, que geram problemáticas tão graves e importantes, com relação à violência, questões familiares, sistema prisional, políticas de combate eficiente, entre muitas outras.

Por conseguinte, no presente trabalho acadêmico, o objetivo será mostrar algumas dessas problemáticas, com o foco na inconstitucionalidade do artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/2006, e quais os reflexos que tem esse na sociedade, bem como a

problemática estrutural da referida Lei e o descaso estatal para com tal situação, com soluções ineficientes que apenas carregam tal vicissitude pelo tempo.

1. CONTEXTO HISTÓRICO DA POLÍTICA DE COMBATE AS DROGAS

A humanidade, desde de seus primeiros momentos, sempre vivenciou situações de fuga da realidade, de desligamento das relações cotidianas, ligadas ao uso entorpecentes, sendo, inicialmente, relacionado a ritos espirituais de contato com o desconhecido, o que é comum em várias religiões até nos dias atuais.

Futuramente, passou-se também a aceitar o uso médico, com o objetivo curandeiro, inicialmente pelo consumo de substâncias orgânicas, porém, eventualmente sintéticas, como modo de curar ou tratar doenças.

Porém, seu uso recreativo também sempre foi muito difundido, sem ligações com situações espirituais ou médicas, apenas livre de qualquer estigma anteriormente imposto, assim, há a embriaguez por pura diversão, a qual pode ser constatada facilmente em qualquer passeio noturno pelas cidades.

Entretanto, o uso de tais drogas nem sempre foi bem visto, principalmente de maneira exagerada, indo contra algumas religiões que proibiam a “embriaguez”, como meio pecaminoso de ser, sendo sempre reprimida, porém especificamente no âmbito religioso, não avançando para outras searas da sociedade.

Porém, tal situação teve seu fim já no século XX, momento em que nações mundiais começaram, conjuntamente, a proibir o consumo de algumas substâncias, iniciando encontros entre países para discutir o tema, a fim de buscar um consenso sobre o combate à certas drogas.

Assim dissertou Marco Antônio Lopes para a revista Superinteressante:

Somente no século 20 é que começaram a surgir proibições globais ao uso de entorpecentes. Primeiro, nos EUA, em 1948. Depois, em 1961, em mais de 100 países (Brasil entre eles), após uma convenção da ONU. Segundo um relatório publicado pela entidade em 2005, há cerca de 340 milhões de usuários de drogas no planeta. Movimentam um mercado de 1,5 trilhão de dólares. “Ao longo da história, as drogas tiveram usos múltiplos que alimentaram e espelharam a alma humana”, diz o professor da USP Henrique Carneiro, autor de Pequena Enciclopédia da História das Drogas e Bebidas. Elas deram origem a religiões, percorreram o planeta com o comércio, provocaram guerras, mudaram a cultura, música e moda. Acompanhe agora uma viagem pela história das substâncias mais famosas.

Assim, de maneira mais recente na história mundial é que alguns tóxicos passaram a ser malvistas, de maneira generalizada, pela maior parte da sociedade, com escusas no âmbito médico-científico. Entretanto, sempre relativo à um reduzido número de substâncias, enquanto outras ainda fazem parte da moral e são legalmente aceitas.

1.1. COLONIZAÇÃO AMERICANA

Primeiramente, tudo o que não era tido como branco e europeu sempre foi malvisto pelos colonizadores da América, que aqui se debruçaram sobre culturas totalmente diferentes, cada uma com suas especificidades, mas todas definitivamente não europeias, acarretando um ódio, sempre “legalizado”, ao diferente, com as desculpas escoradas na religião, em um primeiro momento, tendo em vista a forte influência que a Igreja ainda tinha na Europa do século XVI.

Um dos primeiros desentendimentos que os europeus tiveram em terras brasileiras foi o uso do tabaco, (produto consumido em todo o continente americano). Dessa forma, tal ato acabou por impressionar aqueles que aqui chegavam, os quais viam a cena e a comparava com práticas do submundo, tendo em vista a fumaça produzida durante a prática do fumo. Todavia, isso não impediu que alguns curiosos acabassem se adentrando na prática, também a levando para a Europa, a qual, ainda no começo, foi fortemente reprimida. Porém não foi apenas o tabaco que foi odiado e proibido na Europa, houveram diversas outras drogas na mesma situação.

Assim escreve o professor de história da Universidade de São Paulo, Henrique Carneiro (2019, p. 38):

O proibicionismo como uma atitude de interdição, rejeição e estigmatização moral de certas substâncias ocorreu em muitos países como uma primeira reação à chegada das novas drogas exóticas que se expandiram pela Europa a partir do século XVI e, especialmente, do século XVII.

Outras sociedades pré-modernas, europeias e de outros continentes, também adotaram proibições de certas drogas para certos grupos de pessoas ou mesmo para todos, especialmente na forma de tabus religiosos. Mas foram sempre justificativas ligadas à sistemas tradicionais de crenças, em que privilégios aristocráticos ou sacerdotais regulavam os critérios do consumo psicoativo.

A época moderna, precedida da grande florescência cultural e mercantil do Renascimento, foi a primeira em que diversas drogas regionais se tornaram disponíveis no comércio internacional e nos principais centros mercantis europeus. A expansão da navegação se deveu ao lucro comercial obtido no tráfico dos produtos de além-mar. Sete deles se afirmaram como os produtos

centrais da história do capitalismo mercantil: açúcar, álcool destilado, ópio, cacau, café, chá e tabaco.

Todos estes tiveram uma similitude e uma quase simultaneidade na introdução e similaridades na recepção, percorrendo o caminho que vai de agentes medicinais e caros produtos de luxo para uma ampla popularização global. Neste trajeto, entretanto, algumas destas substâncias sofreram restrições de vários tipos e, até mesmo, proibições totais e severas. O tabaco foi, inicialmente, a planta que mais sofreu estas restrições, mas também o café, o chá, o ópio e o álcool destilado foram objeto de diversas objeções.

Desse modo, percebe-se que o que era inicialmente proibido, futuramente passou a ser aceito, institucionalizado e amado por aqueles que antes odiava. Não dá para se pensar na Europa hoje sem as influências que o tabaco, o açúcar, o café, o chá entre outras substâncias tiveram sobre seu povo. Concluindo-se que a proibição tem relação, em um primeiro momento, ao que é diferente do comum.

1.2. PROIBIÇÃO NO SÉCULO XX

Modernamente, no início do século XX, fruto da nova sociedade que surgia, com o advento da globalização causada pelos novos meios de comunicação, já em ascensão, tais como o rádio e o telefone, a sociedade médica se viu em uma encruzilhada entre ignorar o mundo das drogas ou ceder aos desejos da elite societária que via como vil e banal o uso de certas substâncias entorpecentes, principalmente as que não faziam parte do seu meio social.

Nessa linha, em 1912, em Genebra, ocorreu a primeira conferência a tratar dos prejuízos do ópio, consequência dos altos casos de abuso dessa droga, causado pelo seu alto grau viciante, sendo a mesma derivada da papoula, a qual também dava origem à morfina, depressor do sistema nervoso central, que reduzi a velocidade de funcionamento cerebral.

Já em 1924, durante 2ª Conferência a tratar do ópio, o Brasil teve importante participação, através do médico Pernambucano Filho, o qual iniciou o combate mundial contra a Cannabis, incluindo-a no rol de substâncias a serem combatidas, junto com o ópio e a cocaína. Segundo o médico brasileiro, essa droga seria inclusive pior que o ópio, influenciando outros países a adentrarem nesse ramo combatente.

Entretanto, a Cannabis já era comercializada e difundida no Brasil há séculos, sendo, inicialmente, trazida por escravos africanos trazidos ao Brasil. Com o passar do tempo ela foi difundida pelas terras tupiniquins, ganhando grande força.

Assim escreve Jones Rossi à Revista Veja:

A maconha foi trazida ao Brasil por escravos africanos, ainda durante o período colonial. Disseminou-se entre índios, mais tarde entre brancos e, por algum tempo, sua produção chegou a ser estimulada pela coroa. Até a rainha Carlota Joaquina habituou-se a tomar chá feito com a erva, depois que a corte portuguesa se mudou para o Brasil, em 1808. A partir de meados do século XIX, circulou por aqui a ideia – importada da França – de que a Cannabis poderia ser usada com fins medicinais. Como anunciava uma propaganda das cigarrilhas Grimault, em 1905, a erva serviria para tratar desde “asmas e catarros” até “roncadura e flatos”. Em 1924, contudo, começou a difundir-se, não apenas no Brasil, mas em âmbito mundial, a tese de que o consumo da maconha era um mal. E um médico brasileiro teve papel importante nessa história.

Durante décadas, o ópio foi o maior problema de saúde pública relacionado às drogas. A Liga das Nações, uma espécie de embrião da Nações Unidas, promoveu duas conferências internacionais sobre o ópio. Na segunda conferência realizada em Genebra, em 1924, explica Elisaldo Carlini, professor do departamento de Psicobiologia da Universidade Federal Paulista (UNIFESP), “o representante brasileiro desandou a falar mal da maconha, dizendo que ela ‘era pior que o ópio’”.

A fala do médico brasileiro Pernambuco Filho está registrada em ata e entrou para a história por ter convencido, com o apoio do representante egípcio, os outros países a incluírem a maconha no rol de substâncias a serem combatidas junto com o ópio e a cocaína. O mais curioso é que Pernambuco Filho nunca tinha se pronunciado contra a maconha antes da conferência, nem voltou a referir-se a ela naqueles termos. Não se sabe por que ele comprou essa briga.

1.3. EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE TÓXICOS

O primeiro contato legislativo no Brasil a respeito dos entorpecentes foi com as Ordenações Filipinas, em seu livro V, Título LXXXIX, com o seguinte texto: “Que ninguém tenha em sua casa rosalgar, não o venda nem outro material venenoso”. Considerando-se que substâncias venenosas poderiam ser entorpecentes, inicia-se o combate às drogas.

Seguindo essa linha, o Código Penal de 1890, em seu artigo 159 dispunha:

Art. 159. Expôr à venda, ou ministrar, substancias venenosas, sem legitima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitarios:
Pena - de multa de 200\$ a 500\$000.

Entretanto, percebe-se que mesmo com a proibição legal, o tema não foi incidentalmente abordado, tendo em vista a generalização de “substâncias venenosas”. Assim, era comum encontrar ainda produtos derivados da Cannabis, Coca ou Papoula sendo comercializados.

Apenas em 1915, em decorrência da Convenção Internacional do Ópio, de Haia, que o Brasil em sua primeira legislação específica sobre o tema, com o Decreto no 11.481 de 10 de fevereiro de 1915, com a adesão da Convenção ao ordenamento

brasileiro: “Decreta que a mesma Convenção e o seu respectivo Protocolo de encerramento appensos ao presente Decreto, sejam executados e cumpridos tão inteiramente como nelles se contem”.

Contudo, ainda era comum a comercialização em farmácias produtos medicinais frutos de tais substâncias. Somente na década de 60, vez que os movimentos de contracultura estavam em surgimento, é que vieram legislações mais rígidas e específicas sobre o tema, com a promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/64, nascente de um governo ditatorial militar, que cedia às pressões impostas pelo governo dos Estados Unidos da América, com sua política anti-drogas, focando na América Latina como principal fornecedor.

Assim, o retro citado decreto versava sobre o tráfico de drogas, mas ainda sem penalizar o usuário, o que foi alterado em 1968, por meio do Decreto-Lei 385/68, o qual alterava o artigo 281 do Código Penal de 1940, aditando texto com a seguinte frase: “Nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”.

Percebe-se a primeira vez em que houve a paridade entre o tráfico e o uso de drogas, o que só foi endurecido com o tempo, o referido artigo ainda sofreu mudanças com a Lei 5.726/71, que mudou os termos da criminalização e institucionalizava novo procedimento.

Por fim, a Lei 6.386/76 firmou conflito às drogas, inclusive revogando o artigo 281 do Código Penal e trazendo para si toda alçada legislativa sobre entorpecentes, sendo, modificada, por fim, pela Lei 11.343/2006, sendo, até o presente momento, a última mudança legislativa significativa sobre o tema.

2. DEFINIÇÃO DE DROGA

A atual legislação de entorpecentes nacional (Lei 11.343/06) faz o uso da terminologia “droga” para se referir àquelas substâncias que serão tratadas na respectiva lei. Assim, o Ministério da Saúde (MS), conforme Portaria de nº 344 de 12 de maio de 1998, define com droga e entorpecente:

Droga - Substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária.

Entorpecente - Substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico.

Já a Organização Mundial de Saúde define droga como:

Toda substância, natural ou sintética, capaz de produzir em doses variáveis os fenômenos de dependência psicológica ou dependência orgânica, sendo considerado um problema de saúde

Desse modo, a Lei 11.343/2006 é tida como uma norma penal em branco, pois depende de portarias e resoluções do Poder Executivo para identificar os seus elementos. Por consequência, aqueles elementos tidos como proibidos o consumo em território nacional, devem, primeiramente, passar por um crivo do Ministério da Saúde, e, conseqüentemente, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Nessa esteira, é inegável o caráter técnico do corpo de especialistas da ANVISA para a resolução da referida portaria, pois as todas as substâncias lá encontradas passam por diversos estudos antes de chegarem a uma conclusão. Contudo, apesar da tecnicidade do órgão ministerial, depreende-se também que fatores político-econômicos também têm um peso para tais decisões.

Isto posto, elementos como o álcool ou a nicotina são, notadamente, causadores de dependência física e psíquica, podendo ser considerados como entorpecente, conforme conceito do Ministério da Saúde. Entretanto, tais substâncias não são consideradas ilegais pela portaria nº 344 do MS, concluindo que as decisões do corpo técnico da ANVISA não são coerentes com o próprio conceito.

Dessa forma, percebe-se que há questões político-econômicas que acompanham certas substâncias, pois, como por exemplo do álcool ou da nicotina, há um mercado muito vasto para consumo, tornando-se assim, inegável a sua proibição, o que causaria, inclusive, revoltas da população, bem como catástrofes econômicas inimagináveis.

Nessa linha, algo semelhante ocorreu nos Estados Unidos da América no início do século XX, quando a chamada Lei Seca proibiu o álcool em seu território. Assim, a consequência imediata, foi que toda a produção e consumo das bebidas alcoólicas passaram para um mercado ilegal, escondido das autoridades governamentais, ou seja, o consumo foi mantido, porém, fora da alçada do Estado.

Em conclusão, ao adotar a terminologia droga, a Lei 11.343/2006 trouxe ao seu alcance uma infinidade de substâncias, as quais podem ser licitas ou ilícitas, porém, a ilicitude dessas devem passar pelo crivo da Agência Nacional de Vigilância

Sanitária, a qual mesmo a par da tecnicidade acaba por falhar ao se curvar às pressões político-econômicas.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 INTIMIDADE

Com foco no princípio da intimidade, também entendida como vida privada, depreende-se que este é o direito que o indivíduo tem a seu poder, sem interferência tanto da sociedade quanto do Estado, de se portar como bem entender, nos seus limites individuais.

Assim disserta Paulo Roberto Gonet em seu livro Curso de Direito Constitucional, com coautoria de Gilmar Ferreira Mendes (2014, p. 283):

O conceito é abrangente e, de fato, aponta ângulo útil para a identificação de casos compreendidos no âmbito de proteção do direito à vida privada. Subsistem, de toda sorte, alguns pontos de polêmica quando nos confrontamos com situações concretas, que se candidatam a incluir-se no âmbito normativo do direito à privacidade.

No sistema de proteção de direitos humanos europeu, por exemplo, já se discutiu se a obrigação de uso de cinto de segurança em automóveis tem conexão com o direito à privacidade, chegando-se a conclusão negativa. Ali, também, houve ensejo para se afirmar que o termo “vida privada” se estende para além do mero “direito de viver como se quer, livre de publicidade, para incluir também o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos, especialmente no campo emocional, para o desenvolvimento da própria personalidade”. Esse modo de ver terá inspirado decisões de Estrasburgo, considerando injustificada a criminalização, na Irlanda do Norte, de atos homossexuais livremente mantidos entre adultos com mais de 21 anos, ou afirmando imprópria a lei belga que impossibilitava a retificação da certidão de nascimento de indivíduo nascido mulher e que, depois de treze operações, assumiu características do sexo masculino.

O fato é que a expressão “vida privada” cobre um vasto campo e está sujeita a interferências emocionais. Alguns dos seus traços básicos, entretanto, devem ser retidos, para prevenir que o conceito se torne excessivamente retórico, em prejuízo à sua valia técnica.

Desse modo, o comportamento individual deve ser pautado por morais próprias, não devendo a moral alheia ser imposta à terceiros, pois tal medida fere, diretamente, o princípio da vida privada. Todavia, é exatamente esta imposição da moral individual à moral coletiva que personifica a criação de crime, ou melhor, tipo penal, como explica Friedrich Nietzsche em Além do Bem e do Mal (2020, p.125 e 126):

(...) O muito ou pouco de perigoso para a comunidade, de perigoso para igualdade, que reside em uma opinião, em um estado e afeto, em uma vontade, em uma aptidão, esta é agora a perspectiva moral: também aqui a

pusilanidade é novamente a mão da moral. Quando os mais elevados e mais fortes impulsos, irrompendo passionalmente, impelem o indivíduo muito além e acima da média e da planície da consciência gregária, o amor-próprio da comunidade sucumbe, sua em fé em si, sua espinha dorsal, por assim dizer, se quebra: logo, justamente esses impulsos serão os mais estigmatizados e caluniados. A elevada espiritualidade independente, a vontade de independência, mesmo a grande razão serão sentidas como perigo; tudo o que eleva o indivíduo acima do rebanho provoca medo ao próximo passa daí por diante a ser chamado de mau; a mentalidade razoável, modesta, dócil, igualitária, a média dos apetites alcança renome e honra morais. Por fim, em situações muito pacíficas, falta sempre mais a ocasião e a imposição de educar seu sentimento para o rigor e a dureza; e agora todo rigor, mesmo na justiça, começa a perturbar a consciência; uma elevada e dura nobreza e responsabilidade para consigo quase ofende e desperta desconfiança, “o cordeiro”, mais ainda “a ovelha”, ganha em consideração. Há um ponto de mórbido amolecimento e abrandamento na história da sociedade em que ela própria toma partido a favor de seu lesador, o criminoso, e isso de modo sério e honesto. Punir: isso lhe parece de alguma maneira injusto – certo é que a ideia punição” e “ter de punir” lhe causa dor, lhe provoca medo. “Não basta torná-lo inofensivo? Para que ainda punir? O próprio punir é terrível!” – com essa pergunta a moral gregária, a moral da pusilanidade, extrai sua última consciência. Supondo que pudesse de fato eliminar o perigo, o motivo para ter medo, então seria eliminada também essa moral: ela não seria mais necessária, ela não mais consideraria a si mesma necessária” – Quem examina a consciência do europeu atual, sempre terá de extrair milhares de dobras e esconderijos morais o mesmo imperativo, o imperativo da pusilanidade gregária: “Nós queremos que algum dia não haja mais anda a temer!” algum dia – a vontade e o caminho rumo a ele chamam-se hoje, por toda parte na Europa, “progresso”.

Conclui-se assim, que a moral coletiva, gregária, frente ao medo do diferente, acaba, mesmo contra a sua vontade, punindo e colocando à margem da sociedade a moral alheia, tudo isso em nome de um suposto progresso.

3.2 LIBERDADE

Já o princípio da liberdade, exposto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, dispõe a respeito das liberdades que o indivíduo tem perante a sociedade, sendo essa uma continuação do princípio da intimidade. Assim, a liberdade garante a possibilidade de a pessoa realizar atos e ser tolerado por esses, quando dizem respeito à sua vida privada.

Nesse sentido, o filósofo John Stuart Mill relata em seu ensaio sobre Liberdade (2019, p. 125 e 126):

Embora a sociedade não se funde num contrato, e embora nenhum proveito se tire da invenção de um contrato de que se deduzam as obrigações sociais, cada beneficiário da proteção da sociedade deve uma paga pelo benefício, e o fato de viver em sociedade torna indispensável que cada um seja obrigado a observar certa linha de conduta para com o resto. Essa conduta consiste, primeiro, em não ofender um os interesses do outro, ou antes certos interesses, que, ou por expressa cláusula legal ou tácito entendimento devem ser

considerados direitos; e, segundo, em cada um suportar a sua parte (a se fixar segundo algum princípio equitativo) nos labores e sacrifícios em que se incorra defesas da sociedade ou dos seus membros contra danos e incômodos.

Nesse ponto, a liberdade individual é tida como uma das garantias do Estado Democrático Brasileiro pós Constituição de 1988, a qual é preciso proteger a fim de salvaguardar a essência humana dos indivíduos da sociedade.

Nessa esteira, escreve Luís Roberto Barroso sobre o Liberalismo Igualitário (2020, p. 111 e 112):

O liberalismo igualitário é um dos principais marcos teóricos deste livro. No plano político, ele mantém o papel central da liberdade, valorizando a autonomia individual, a autodeterminação das pessoas e sua capacidade de fazer escolhas existenciais e morais. Entre essas liberdades, ditas básicas ou fundamentais, incluem-se os direitos políticos, as liberdades de expressão, de reunião, de consciência, o direito à propriedade individual e o de não ser preso arbitrariamente. Todavia, em algum grau de contraste com o liberalismo clássico, o liberalismo igualitário coloca maior ênfase na ideia de igualdade, ao defender que todos sejam tratados com igual respeito e consideração. Essa expressão, que se tornou clássica, significa que cada pessoa tem o mesmo valor e merece que seus interesses e opiniões sejam levados em conta com seriedade.

(...)

Por fim, no plano institucional, o liberalismo reconhece o que se denomina o fato do pluralismo: as sociedades contemporâneas, democráticas e abertas, comportam múltiplas visões de mundo que são contraditórias entre si. Não existe um único ideal de vida boa. Como consequência, o Estado deve ser neutro em relação às variadas opções razoáveis em matéria econômica, religiosa ou ética, entre outras. O papel do Estado não é o de fazer escolhas pelos indivíduos, mas o de assegurar um ambiente de segurança e de respeito mútuo no qual cada um possa viver as suas crenças e as suas opções. O limite é o respeito à igual possibilidade por parte das demais pessoas. Nesse sentido, o liberalismo igualitário opõe-se ao paternalismo, ao utilitarismo e ao comunitarismo. No tocante ao exercício da jurisdição constitucional, defende uma ativa e vigorosa atuação do Judiciário e das supremas cortes na defesa dos direitos fundamentais, não apenas como forma de protegê-los contra as minorias, mas também para o avanço do processo social.

Por conseguinte, é reconhecido, conforme Barroso, que por mais que os indivíduos sejam diferentes, ou seja, há o pluralismo na sociedade, todos devem ter como foco as liberdades individuais em vários pontos, conquanto que essas não avancem à individualidade do próximo.

Logo, é necessário o respeito e a proteção para com a sociedade a fim de garantir que a sociedade realize aquilo que ela deseje, quando tal atitude diga respeito a ela, sendo a liberdade também o meio para garantir a intimidade à vida privada, com a neutralidade do Estado perante à diversidade.

3.3 LESIVIDADE

Com foco maior agora no princípio da lesividade ou ofensividade, sendo esse implícito na Constituição Federal, tem-se a máxima: “*nullum crimen sine iniuria*”, ou seja, todos os tipos penais abrangidos pela legislação brasileira têm como fundamento a lesão à um bem de terceiro juridicamente tutelado, logo, para haver o tipo penal deve, conseqüentemente, haver dano para terceiros aquele fato.

Assim entende Eugenio Raúl Zaffaroni sobre bem jurídico (2006, p. 397):

Devemos averiguar em que consiste este conceito central da teoria do tipo, isto é, o que é bem jurídico. Se tivéssemos que dar uma definição a ele diríamos que bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam.

(...)

O “ente” que a ordem jurídica tutela contra certas condutas que o afetam não é a “coisa em si mesma”, e sim a “relação de disponibilidade” do titular com a coisa. Dito de uma forma mais simples: os bens jurídicos são os direitos que temos de dispor de certos objetos. Quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal

Dessa forma, conclui-se que não há como lesar um bem jurídico próprio, mas apenas de terceiros, pois aquele bem pode ser disposto com bem entender o seu titular, estando tal bem em sua alçada e não de outras pessoas. Nessa mesma esteira continua Zaffaroni a respeito da disponibilidade dos bens jurídicos (2006, p. 398 e 399):

Por outra parte, no caso da vida, não há dúvida de que a tentativa de suicídio não é um ato antijurídico para nosso direito. Causa-nos repugnância pensar um “direito ao suicídio”, mas porque estamos pensando na caricatura do suicídio, com a carta dirigida ao “Senhor Juiz”. Isto acontece porque não podemos compreender a conduta, ao ponto de que esta falta de compreensão os leva a concluir que, em tais casos, o indivíduo se encontra privado de suas faculdades mentais, e a condenar como autor de um delito de omissão de socorro aquele que, podendo ter impedido o suicídio não o faz (art. 135 do CP). Mas não consideramos da mesma maneira a ação suicida do voluntário na guerra se lança a uma morte certa. Aí compreendemos a conduta. A autolesão e o dano à própria saúde também não são típicos. O fato do CP punir a instigação e o auxílio ao suicídio significa apenas que quer evitar condutas suicida, que não as fomenta e que exige que, quando alguém tome uma decisão que a ele cause um profundo desagrado, tome esta decisão por si e a execute por suas próprias mãos. Quanto à cirurgia plástica, é caso claro de disposição do bem jurídico integridade corporal.

Por conseguinte, pode-se concluir da posição do douto jurista que, a sociedade e o Estado, solidariamente, devem cumprir a função evitar danos à um

indivíduo, porém, caso este tome a decisão, por si próprio, de lhe causar algum mal, não pode este ser penalmente punido.

Ressalte-se também que o princípio da ofensividade também pode ser entendido como princípio da alteridade, sendo que este pode ser considerado mais específico para o tema, pois atua profundamente na questão da lesão à um bem juridicamente tutelado de terceiros.

No caso artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/2006, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, ou seja, o direito de todos à saúde, conforme disposto nos artigos 196 e seguintes de Constituição Federal de 1988. Assim, o indivíduo tem o seu direito à saúde protegido contra ameaças de terceiros, entretanto, a forma como ele dispõe o seu direito cabe apenas a si próprio decidir, não podendo ser punido penalmente contra decisões próprias, mas apenas de outrem.

Salienta-se também sobre o motivo da existência do princípio da ofensividade no Direito Brasileiro, pois o Direito Penal é visto no ordenamento jurídico como *ultima ratio*, ou seja, deve ser utilizado apenas quando os outros ramos do Direito não conseguiram ou falharam para resolver as questões do caso concreto. Portanto, o Estado-Direito não deve primar pela imposição de penalidade, mas sim, utilizar-se de tal meio apenas quando não haja outro que resolva satisfatoriamente a lide.

4. A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO USUÁRIO DE DROGA

4.1. ASPECTOS DA LEI 11.343/2006

A atual lei de tóxicos nacional, promulgada em 23 de agosto de 2006, entrou no ordenamento brasileiro com o fim específico de combater qualquer tipo de entorpecente elencada na Lista De Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras E Outras Sob Controle Especial da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), sendo essa determinada por meio de portaria da agência, a qual é constantemente atualizada.

Assim, a atual legislação de drogas substituiu a antiga Lei 6.368/1976, aumentou a repressão ao tráfico tais substâncias, porém, por outro lado, tirou a punição

por pena restritiva de liberdade para o usuário, substituindo-a por medidas alternativas, dispostas nos incisos I, II e III do artigo 28 da Lei de tóxicos.

Dessa forma, as penas, de cunho administrativo, impostam aos usuários de tóxicos são: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Assim entende Salo de Carvalho (2014, p. 118):

Embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da Lei 11.343/06 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei 6.368/76, reforçando-o.

(...)

Mesmo diante de diversas alternativas ao proibicionismo na época de edição e promulgação da Lei 11.343/06 – sendo uma destas a redução de danos –, a escolha legislativa foi a manutenção do ideológico proibicionista vigente desde a década de 70, reiterando uma vez mais a referida política criminal para tutelar a questão das drogas

Desse modo, percebe-se que mesmo uma lei relativamente nova ainda mantém a visão retrograda de uma lei promulgada durante a década de 1970, durante um regime ainda ditatorial que o Brasil vivia. Logo, o legislador da atual lei de tóxicos não fez esforços para adaptar à nova norma à situação em que ela foi promulgada, ou seja, um Estado Democrático de Direito, sob a égide de uma Constituição Federal que ainda não existia à época da lei anterior.

Nessa esteira, há discussões doutrinárias sobre o tema, no que tange a figura do *abolitio criminis* quanto ao usuário de drogas. Assim, há três linhas de pensamento, já uma considera que houve a descriminalização formal e transformação em infração *sui generis*, outra considera a descriminalização substancial e transformação em infração do Direito judicial sancionador, e outra, mais bem aceita, entente que ocorreu a despenalização e a manutenção do status de crime.

Nessa última corrente tem-se Renato Brasileiro Lima (1023, Lima):

Despenalizar significa adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta, dificultar, evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, pelo menos, sua redução. É exatamente isso que ocorreu com o advento da Lei nº 11.343/06, que afastou a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade ao usuário de drogas. Ora, o fato de o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção não impede que o legislador ordinário adote outros critérios gerais de distinção, ou até mesmo estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da Lei nº 11.343/06 – pena diversa da privativa de liberdade, a qual é apenas

uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora . Com efeito, de acordo com o art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos. Como se percebe, o próprio constituinte originário outorga ao legislador a possibilidade de, por ocasião da fase legislativa de individualização da pena, não apenas aplicar as penas ressalvadas no texto constitucional, como também criar outras penas ali não indicadas expressamente. Afinal, a expressão entre outras constante do referido dispositivo constitucional demonstra que o rol de penas aí previsto é meramente exemplificativo. Portanto, se o legislador resolveu afastar a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade para o usuário de drogas, daí não se pode concluir que teria havido descriminalização, sob pena de se interpretar a Constituição à luz da legislação ordinária, e não o contrário, como deve ser. De mais a mais, não se pode perder de vista que as infrações relativas ao usuário de drogas foram incluídas pela Lei nº 11.343/06 em um Capítulo denominado "Dos Crimes e das Penas" (Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30).

Outro ponto crítico da retrocitada lei foram os elementos do tipo penal caracterizado nos artigos 28, *caput*, crime de uso, e no artigo 33, *caput*, crime de tráfico, quais sejam:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, **adquirir**, vender, expor à venda, oferecer, **ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar**, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Dessa forma, percebe-se que os elementos do crime de uso também estão presentes no crime de tráfico de drogas, sendo que o único diferencial é o objetivo de uso próprio ou disseminação que os diferencia. Assim, o crime de tráfico não tem como fim proibir a venda, mas também qualquer disseminação de entorpecentes, ainda que gratuita, enquanto o de uso tem a finalidade de inibir o consumo de tais produtos.

Entretanto, é de difícil diferenciação prática o crime de uso e o de tráfico, vez que o texto legislativo deixa como parâmetro uma situação não muito evidente, pois o que se pode consumir também se pode difundir.

A consequência real é que muitos casos que eram para ser enquadrados no artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/2006, os são no artigo 33, *caput*, que tem uma pena de 05 a 15 anos, que, conforme o artigo 33, § 2º do Código Penal, inicia-se no regime semiaberto ou fechado, se reincidente.

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

(...)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Noutro giro, o artigo 44 da Lei 11.343/06 também proíbe a fiança, a suspensão condicional da pena, a graça, o indulto, a anistia, a liberdade provisória e veda a conversão da pena em restritiva de Direitos, *in verbis*:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de sursis, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Por conseguinte, essa gafe legislativa acarreta anualmente em milhares de prisões “erradas”, inflando o sistema prisional e aumentando, cada vez mais, questões sociais derivadas, tanto no âmbito de segurança pública, quanto da desigualdade social dela decorrente.

4.2. A INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Com base no que foi dito no capítulo que trata dos princípios constitucionais, urge salientar a inconstitucionalidade do artigo 28, *caput* da Lei 11.343/2006. Assim, a intimidade, a liberdade individual e a ofensividade trazem a base para o presente trabalho acadêmico

Dessa forma, é notório que cada indivíduo perante a sociedade tem a sua vida privada, devendo, pois, a sociedade e o Estado a respeitarem. No que tange à criminalização do uso de drogas, é claro a ofensa à intimidade individual, quando o ato é realizado nos limites da vida privada.

Noutro giro, com relação à liberdade individual, deve o Estado adotar a posição de neutralidade perante às ações individuais, pois nada pode o Estado intrometer na vida privada, sendo, pois, a liberdade o mecanismo de exercício da intimidade.

Outro ponto é a lesividade, ou a alteridade, mais especificamente, nesse ponto, é clara a ideia de que o Estado Penal deve se basear nas questões que digam respeito à lesões aos bens jurídicos praticados por uma pessoa contra a outra, não tendo que se falar em lesão à bem jurídico próprio, pois essa não é relevante para o Direito Penal, o qual já é abarrotado de causas relevantes.

Assim, por conclusão, é tida a ideia de que o Direito Penal não deve se pautar sobre a criminalização do uso de drogas, mantendo o seu status de *ultima ratio*, ou caráter subsidiário, sem o prejuízo de outros ramos do Direito cuidarem da problemática.

Por fim, cumpre salientar que o Supremo Tribunal Federal, por meio do RE: 635.559/SP está discutindo o tema em questão, sendo que a presente discussão judicial está em pauta desde 2015, na qual o Ministro Gilmar Ferreira Mendes prolatou seu voto no sentido de declarar a inconstitucionalidade do artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/06.

Assim, dissertou o Ministro do Supremo Tribunal Federal:

Ainda que se afirme que a posse de drogas para uso pessoal não integra, em sua plenitude, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, isso não legitima que se lance mão do direito penal para o controle do consumo de drogas, em prejuízo de tantas outras medidas de natureza não penal, como, por exemplo, a proibição de consumo em lugares públicos, a limitação de quantidade compatível com o uso pessoal, a proibição administrativa de certas drogas sob pena de sanções administrativas, entre outras providências não tão drásticas e de questionáveis efeitos como as sanções de natureza penal.

(...)

Nesse contexto, a criminalização do porte de drogas para uso pessoal afigura-se excessivamente agressiva à privacidade e à intimidade. Além disso, o dependente de drogas e, eventualmente, até mesmo o usuário não dependente estão em situação de fragilidade, e devem ser destinatários de políticas de atenção à saúde e de reinserção social, como prevê nossa legislação – arts. 18 e seguintes da Lei 11.343/06. Dar tratamento criminal a esse tipo de conduta, além de andar na contramão dos próprios objetivos das políticas públicas sobre o tema, rotula perigosamente o usuário, dificultando sua inserção social.

A situação ainda é mais grave pela prevalência do consumo de drogas entre os jovens, pessoas em fase de desenvolvimento da personalidade e definição de vida e, por isso, especialmente sensíveis à rotulação decorrente do enquadramento criminal.

Da mesma forma, a percepção geral é de que o tratamento criminal aos usuários de drogas alcança, em geral, pessoas em situação de fragilidade econômica, com mais dificuldade em superar as consequências de um processo

penal e reorganizar suas vidas depois desqualificados como criminosos por condutas que não vão além de mera lesão pessoal.

Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional

De modo consequente, o ministro relator do Recurso Extraordinário 635.559/SP entende que não deve ser alvo do Direito Penal a criminalização do uso de drogas, ferindo à ofensividade e a intimidade, podendo, no entanto, ser foco de outros ramos administrativos do Direito, com base em políticas eficientes contra às drogas.

4.3. SISTEMA PENITENCIÁRIO E PERFIL DOS CRIMINOSOS

Outro ponto de grande relevância social diz respeito ao sistema penitenciário brasileiro. Nesse ponto, conforme relatório do Ministério da Justiça, o Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e China.

Nessa linha, o que será abordado é o perfil daqueles que lá se encontram, seja a classificação por etnia, por idade ou por crime cometido. Com relação à etnia dos presidiários, verifica-se uma maioria absoluta da população negra, que chega a ser quase o dobro da população branca, pois esta conta com 35% e aquela com 64% de toda a população carcerária do Brasil. Já com foco na idade, também se nota que a população jovem, qual seja, entre 18 e 29 anos, representa 55% de todos aqueles encarcerados. Agora, com relação aos crimes mais cometidos e punidos no Brasil, percebe-se que o tráfico de drogas representa a maior porcentagem, qual seja, 30% de todos os crimes punidos no Brasil.

Por conseguinte, a conclusão lógica de tais dados é o Estado Brasileiro vem punindo sempre em maior número o grupo social composto por jovens negros cujo crime principal é o tráfico de drogas, sendo, pois, meio de segregação racial e social “institucionalizado”.

Entretanto, ainda há que se falar que uma grande parte desses não cometeram efetivamente o delito de tráfico, previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006,

mas sim o delito previsto no artigo 28, *caput*, da referida lei, tendo em vista a extrema similitude entre ambos os institutos.

O motivo do enquadramento legal errôneo pode ser entendido pelos verbos nucleares que compõe o crime de tráfico também estarem presentes no crime de uso, havendo por única diferença o dolo subjetivo, que neste é o consumo pessoal e no naquele a transferência para terceiros. Ressalte-se também as ações policiais realizadas em áreas mais carentes tendem a ser mais abusivas, carreando em inúmeros processos penais carregados de vícios processuais, os quais, muitas das vezes, frente à deficiência de defesa processual, acabam sendo ignorados.

Desse modo, a insegurança jurídica que tais dispositivos trazem para a sociedade terminam na prisão de várias pessoas que acabam sendo motivadas por motivos de classe social e etnia, um “*apartheid*” do Estado brasileiro.

4.4. POSSÍVEIS MELHORIAS NA LEI 11.343/2006

Conforme dito anteriormente, a Lei de Drogas trouxe dois delitos diferentes com uma configuração típica muito similar, quais sejam, o crime de uso de drogas, previsto no artigo 28, *caput*, da Lei 11.343/2006 e o crime de tráfico de drogas, estampado no artigo 33, *caput*, desta lei. Dessa forma, a insegurança jurídica resta estampada, o que causa inúmeras mazelas para a sociedade, sobretudo no encarceramento em massa de jovens negros que acabam sendo enquadrados no crime de tráfico de drogas.

Dessa forma, é patente o dever legal na objetividade, não podendo depender apenas do dolo subjetivo para caracterizar um crime. Assim, no caso da Lei 11.343/2006, é dever do legislador, em face ao princípio da legalidade, estabelecer limites objetivo que caracterizam o crime de tráfico de drogas, não bastando apenas o dolo de fornecer substâncias prescritas em regulamento da Anvisa.

Portanto, a objetividade, somada ao eventual dolo subjetivo, seria a melhor situação para o caso narrado. Logicamente, deverá haver análise de cada caso concreto, para que os agentes não se escorem na objetividade legislativa com o objetivo de não enquadramento no tipo penal. Logo, é dever do Estado, em sua função de persecução penal, fazer cumprir a lei, porém, com observação aos ditames de todo ordenamento legal.

Noutro giro, conforme exposto alhures, pode o Estado utilizar outros ramos do Direito, que não sejam o Penal, para solucionar a Política de Drogas. Assim, é de comum entendimento o prejuízo individual que certas substâncias trazem ao organismo humano, devendo o Estado, através de políticas eficientes educar sobre os seus prejuízos.

Desse modo, o Programa Educacional de Resistência às Drogas e à Violência (PROERD), realizado pelo Ministério da Educação, falha inevitavelmente no combate às drogas, pois a política proibitiva não alcança o imaginário dos jovens que a ouvem. Logo, deve haver programas com foco na criminologia preventiva que não seja apenas expositiva e proibitiva, mas sim com a finalidade educacional, pois o sistema *Law & Order*, pode parecer eficiente à curto prazo, mas as problemáticas desse surge com o tempo.

Portanto, apenas proibir não é a solução, é necessário o encontro das ciências jurídicas, políticas, sociais e psicológicas para que haja um enfrentamento inteligente às drogas, pois a punição pura e simples não consegue solucionar uma maela tão grande e histórica, é imprescindível penetrar

Por fim, finalizo este trabalho com uma citação de Paulo Freire sobre a educação e a mudança, na qual relata ser imprescindível, para haver reais transformações sociais, o apoio de da sociedade para o indivíduo, porém, este alcançará os seus objetivos por meio da educação:

A educação é uma resposta da finitude da infinitude. A educação é possível para o homem, porque este é inacabado e sabe-se inacabado. Isto leva-o à sua perfeição. A educação, portanto, implica uma busca realizada por um sujeito que é o homem. O homem deve ser o sujeito de sua própria educação. Não pode ser o objeto dela. Por isso, ninguém educa ninguém.

Por outro lado, a busca deve ser algo e deve traduzir-se em ser mais: é uma busca permanente de “si mesmo” (eu não posso pretender que meu filho seja mais em minha busca e não na dele).

Sem dúvida, ninguém pode buscar na exclusividade, individualmente. Esta busca solitária poderia traduzir-se em um ter mais, que é uma forma de ser menos. Esta busca deve ser feita com outros seres que também procuram ser mais e em comunhão com outras consciências, caso contrário se faria de umas consciências objetos de outras. Seria “coisificar” as consciências.

Jaspers disse: “Eu sou na medida em que os outros também são.”

O homem não é uma ilha. É comunicação. Logo, há uma estreita relação entre comunhão e busca.

CONCLUSÃO

Em conclusão, o presente trabalho acadêmico teve por finalidade, mostrar como, primeiramente, o combate às drogas derivou-se de situações de preconceito, promovido pela sociedade branca europeia, a fim de manter os seus status perante o resto do mundo. Evidenciou-se também a evolução nacional do combate às drogas, a qual tem suas origens à época do império.

Após, mostrou-se qual o conceito de droga perante a sociedade internacional e nacional, promovendo que aquelas ilegais são basicamente um pequeno número perante todas as existentes e legais no país.

Outrossim, buscou mostrar os princípios constitucionais da intimidade, liberdade e ofensividade, os quais representam, respectivamente, a vida privada e tudo o que o sujeito faz perante essa, a garantia de ninguém interferir naquilo que o indivíduo faz nos limites de sua individualidade e a manifesta lesão ao bem jurídico de terceiro como fundamento da tipicidade material delitiva.

Por fim, com foco na atual lei de tóxicos, mostrou-se os seus elementos, inclusive a similitude entre os crimes de uso e de tráfico de drogas, a qual traz profunda insegurança jurídica ao ordenamento nacional. Também procurou evidenciar a mazela existente no sistema penitenciário brasileiro, onde jovens negros são encarcerados à título de traficantes. Noutro ponto, delimitou-se a inconstitucionalidade do crime de uso de drogas, com foco nos princípios da intimidade, liberdade e ofensividade, explorando-se a ordem de *ultima ratio* do Direito Penal. Em um último momento, mostrou-se algumas sugestões de melhoras para a Lei 11.343/2006, a qual deverá ser carreada com políticas públicas eficientes para a educação contra as drogas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **DECRETO Nº 11.481, DE 10 DE FEVEREIRO DE 1915.** Promulga a Convenção Internacional do Opio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assignados na Haya, a 23 de Janeiro de 1912 Diário Oficial da União - Seção 1 - 20/10/1915, Página 1109 (Republicação). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 385, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1968.** Dá nova redação ao artigo 281 do Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0385.htm. Acesso em: 22 jan.2022.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm#view. Acesso em 22 nov. 2021.

CARNEIRO, Henrique. **Drogas: A história do proibicionismo.** 1ª edição. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06,** 7ª ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72-73.

GONET, Paulo Gustavo; Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª edição. São Paulo, Saraiva, 2014.

FREIRE, Paulo. **Educação e Mudança.** 1ª edição. São Paulo: Paz e Terra, 2013.

HÁ 726.712 PESSOAS PRESAS NO BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. BRASÍLIA, 08 DE DEZEMBRO DE 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 20 fev.2022.

LIMA, Renato Brasileiro. **Legislação Criminal Especial Comentada: Volume Único.** 8ª Edição. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES, Marco Antônio. **Drogas: 5 mil anos de viagem. Superinteressante. São Paulo, 31 de janeiro de 2006.** Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/drogas-5-mil-anos-de-viagem/>. Acesso em 08 nov. 2021.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade; tradução e prefácio de Alberto da Rocha Barros.** 1ª Edição. Petrópolis: Vozes, 2019.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Além do Bem e do Mal: prelúdio à uma filosofia do Futuro; tradução e notas de Renato Zwick; Apresentação e Cronologia de Marcelos Backes.** Porto Alegre, L&PM, 2020.

PIERANGELI, José Henrique, Zaffaroni, Eugênio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral.** 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

PORTAL DE LEGISLAÇÃO. Ordenações Filipinas nº 89 de 05/04/1451 / BC - Brasil Colônia. Disponível em: <https://www.diariodasleis.com.br/legislacao/federal/209334-livro-v-ordenacoes-filipinas-titulo-lxxxix-que-ninguem-tenha-em-sua-casa-rosalgar-nao-o-venda-nem-outro-material-venenoso.html>. Acesso em 22 nov.2021.

PORTARIA Nº 344, DE 12 DE MAIO DE 1998: Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em 15 fev. 2022.

RESUMO DO VOTO DO RELATOR RE 635.659 STF. Plataforma Brasileiro de Política de Drogas. 03 de setembro de 2015. Disponível em: <https://pbpd.org.br/resumo-do-voto-do-relator-re-635-659-stf/>. Acesso em: 21 nov.2022

ROSSI, Jones. **Cientistas brasileiros querem derrubar barreiras à pesquisa com maconha.** São Paulo, 02 de novembro de 2010. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/cientistas-brasileiros-querem-derrubar-barreiras-a-pesquisa-com-maconha/>. Acesso em 22 nov.2021.