

Personalidade Acadêmica Homenageada:
Ivan Dias da Motta (Universidade Estadual de Maringá – UEM)

O SUPOSTO BEM JURÍDICO SAÚDE PÚBLICA TUTELADO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

THE ASSUMPTION LEGAL INTEREST HEALTH PROTECT IN ARTICE 28 LAW OF LAW 11.343/2006

MIRIANE DE CÁSSIA MELNISKI BOJARSKI

Pós-graduanda em Direito Penal e Criminologia na instituição UNINTER/ICPC. Graduada pela instituição FAE Centro Universitário. Assessora no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Email: Ane.bojarski@gmail.com. Orcid id: <https://orcid.org/0000-0002-0151-2898>. Lattes id: <http://lattes.cnpq.br/1440754905450491>

ADRIANE GARCEL

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Graduada em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná e Graduada em Letras. Assessora Jurídica do TJPR e Mediadora Judicial. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br - ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. Lattes id: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>

RESUMO

O objetivo do artigo é analisar se o bem jurídico saúde pública tutelado pelo artigo 28 da Lei 11.343/2006 é realmente o correto bem protegido. A partir do método dedutivo, analisa-se o conceito do bem jurídico, o contexto histórico da legislação de drogas,

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

cominando na guerra às drogas adotada pelo Brasil e suas consequências. Como resultado desse movimento, observa-se que a alteração da nova lei de drogas resultou na criminalização da pobreza. Entretanto a forma apropriada de solucionar o problema seria a regulamentação do uso, para efetivamente proteger a saúde dos cidadãos, valendo-se de esferas menos agressivas do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Bem jurídico; Saúde pública; Drogas; Lei 11.343/2006; Artigo 28.

ABSTRACT

The purpose of the article is to analyze whether the public health legal interest protected by article 28 of Law 11.343 / 2006 is really the correct protected legal. From the deductive method, the concept of the legal interest is analyzed, the historical context of drug legislation, combining the war on drugs adopted by Brazil and its consequences. As a result of this movement, it is observed that the change in the new drug law resulted in the criminalization of poverty. However, the appropriate way to solve the problem would be the regulation of use, to effectively protect the health of citizens, using less aggressive spheres of law.

KEYWORDS: Legal Interest; Public health; Drugs; Law 11.343 / 2006; Article 28.

1 INTRODUÇÃO

A questão sobre as drogas ilícitas consiste em uma questão social polêmica e polarizante. Durante toda a história da humanidade há registros da utilização de substâncias que alteram o estado físico e psicológico dos povos. Porém, através de discursos moralizantes e religiosos algumas substâncias passaram a ser mal vistas por determinados grupos da sociedade que detinham o poder, fazendo com que fossem proibidas.

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

A atual legislação brasileira sobre drogas, qual seja, a Lei 11.343/2006, em seu artigo 28, proíbe a posse de drogas para consumo pessoal, e a sua proibição é baseada na lesão ao bem jurídico saúde pública. Porém, será realmente este bem jurídico tutelado quando da proibição das condutas destinadas ao uso pessoal de drogas? Não seria o bem lesionado apenas a saúde individual?) Este é, portanto, o ponto que enseja debate, e que abordaremos durante o trabalho, haja vista a aparente infundada tutela na proibição do artigo 28 da Lei de Drogas.

Ademais, a proibição é mera desculpa para a proteção paternalista do Estado, dirimindo garantias fundamentais do cidadão, mesmo vigendo o Estado Democrático de Direito. Ainda, o Direito Penal por ser o braço mais forte do Estado, tem caráter subsidiário e deve ser utilizado somente em *ultima ratio* para o controle social.

Assim, abordaremos a missão do Direito Penal, bem como a teoria do bem jurídico e sua evolução até os bens jurídicos supraindividuais. Deste modo, também trataremos sobre o panorama histórico da legislação de drogas no Brasil influenciado pelos Estados Unidos da América, passando pela demonização da palavra droga até a proibição de condutas destinadas ao uso de entorpecentes descrito no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

Além disso, será abordado acerca dos registros do sistema carcerário brasileiro apresentando os dados das Informações Penitenciárias de 2018 (INFOPEN), assim chegando à flagrante rotulação das pessoas presas que cometeram delitos relacionados ao tráfico e ao uso de substâncias ilícitas. Por fim, demonstraremos como a guerra às drogas, mesmo após 100 anos, não diminuiu nem inibiu a venda e uso de drogas, mostrando-se um modelo fracassado no controle da drogadição.

Diante disso, o presente trabalho utilizou o método dedutivo de pesquisa e objetiva responder a seguinte indagação: se bem jurídico saúde pública tutelado pelo artigo 28 da Lei de Drogas 11.343/2006 é o verdadeiro bem protegido quando condutas destinadas ao uso de drogas para consumo pessoal são criminalizadas.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

2 MISSÃO DO DIREITO PENAL E O CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Para compreender o conceito de bem jurídico, importante destacar a relação entre ele e as missões do Direito Penal atribuídas pela doutrina, oriundas dos estudos dogmáticos em que, majoritariamente, domina a opinião de que o Direito Penal tem como missão a defesa de bens jurídicos (BUSATO, 2013, p. 5).

Assim, para fins de análise do bem jurídico objeto do presente estudo (saúde pública), tomaremos como base a missão do Direito Penal defendida pela maioria da doutrina e guiada por Claus Roxin, consistindo na proteção subsidiária a bens jurídicos, sendo subsidiária na medida em que só deve atuar quando os outros ramos do Direito não forem suficientes para a proteção de determinados bens jurídicos, ou seja, aqueles bens mais relevantes, intervindo somente na última fase do controle social como ideia de *ultima ratio* (ROXIN, 2013, p. 16).

Na medida em que a atuação penal Estatal somente será necessária quando não houver outra maneira de estabelecer o controle social, a necessidade de limitação do poder punitivo Estatal origina-se diante da agressividade implícita às sanções a que estão sujeitos àqueles que cometerem ilícitos penais.

Nesse sentido, bem orienta Paulo César Busato a respeito da intervenção penal e sua utilização consciente e moderada, pois trata-se de etapa violenta, já que se manifesta através da pena ou de medidas de segurança (BUSATO, 2015, p. 168).

No concernente ao princípio do bem jurídico, este estabelece um limite ao poder punitivo estatal, pois obsta que delitos e penas não tenham em sua base a proteção a bem jurídico. Assim, a concepção do conceito de bem jurídico surge na primeira metade do século XIX, período em que os penalistas acreditavam que o Direito Penal protegia direitos, sendo Feuerbach o notável representante deste século, de modo que o delito era considerado lesão a um direito (BUSATO, 2013, p. 335).

Tal ideia foi refutada por Birnbaum ao afirmar que se delito for considerado uma lesão, este não se refere a direitos, mas a bens pertencentes aos cidadãos, e que deveriam ser protegidos pelo Estado (BUSATO, 2013, p. 335). Mais tarde, Karl Binding afirmou que o bem jurídico seria tudo que fosse relevante para a vida em coletividade, assim a norma era considerada sua única origem (GODOY, 2010).

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

Ademais, para Binding a desobediência a norma configuraria lesão jurídica a um direito subjetivo do Estado, implicando também em lesão a um bem jurídico (BINDING, 1965 *apud* BUSATO, 2013, p. 356).

Em contraponto, Von Liszt preceitua que bem jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. Assim é possível afirmar que os interesses estão situados na própria vida, ultrapassando o ordenamento jurídico (LISZT, 1927 *apud* BUSATO, 2013, p. 357).

Ademais, após a segunda Guerra Mundial foi retomada a ideia de quem o bem jurídico está relacionado a garantias do homem (RADBRUCH, 1999 *apud* BUSATO, 2013, p. 358). Assim, Welzel entendeu bem jurídico como um “estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões” (WELZEL, 1976 *apud* BUSATO, 2013, p. 258). Porém, já para Claus Roxin os bens jurídicos são circunstâncias reais e necessárias para a vida livre e protegida, de modo a garantir os direitos civis perante uma sociedade, objetivando o funcionamento do sistema estatal que se funda nestes objetivos (ROXIN, 2013, p. 13).

Diante disso, o entendimento de bem jurídico gravita em torno valores sociais, bens e interesses vitais (GODOY, 2010). Pois, apesar da controvérsia na definição, é uniforme a ideia de que crimes são aqueles que ameaçam ou ferem bens jurídicos.

Portanto, o bem jurídico deve ser compreendido como um princípio, uma diretriz normativa e a sua imprecisão deve ser tida como positiva, pois assim é possível à absorção das mudanças da sociedade. (SCHUNEMANN, 2007, p.258 *apud* BUSATO, 2013, p. 370).

Outrossim, verifica-se que com o passar do tempo novos valores e interesses surgem e, assim, necessitam de proteção do direito. Com a evolução econômica e social, a proteção de interesses individuais passou a ser insuficiente, existindo a necessidade da proteção a bens jurídicos supraindividuais (GODOY, 2010). Deste modo, não deve-se indagar a respeito da referência a bens jurídicos coletivos nas legislações, mas sim de qual modo deverão ser tratados tais bens (BUSATO, 2013, p. 373).

De acordo com Claus Roxin os bens jurídicos não podem ser limitados aos individuais, pois abrangem também os ‘bens jurídicos da generalidade’ (ROXIN, 2013

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

p. 19). Neste momento que se distingue os bens jurídicos individuais pertencentes a pessoa: vida, patrimônio, saúde; dos bens jurídicos coletivos: segurança, meio ambiente, ordem econômica, entre outros.

Ao tratar de bens jurídicos coletivos a conceituação é difícil e imprecisa. Pois, os bens coletivos “não só não encontram correspondência com um objeto material corpóreo, como às vezes são de complexa identificação, tais como o ambiente, as relações jurídicas de consumo, o mercado de capitais ou a economia popular”, traduzindo-se nos chamados bens jurídicos supraindividuais (GUARAGNI; SANTANA, 2016).

Ao tratarmos do conceito de bem jurídico há um problema, pois uma antiga maneira de definição preocupada apenas com a proteção individual foi adotada no texto Constitucional de 1988. Pois, o desenvolvimento pouco acompanhou os direitos fundamentais que tinham como base um bem jurídico penal de matriz liberal-individualista, onde sempre era preparado para dirimir conflitos individuais. Assim, ao tratar de direitos supraindividuais e coletivos há uma crise que se estende ao Direito Penal e o Processual Penal (GUARAGNI; SANTANA, 2016).

No mesmo aspecto, as mudanças sofridas na concepção de bem jurídico ao ser tutelado pela esfera penal, destacando a “saúde pública”, estão contidas nesse problema. Pois, na organização do direito penal liberal “os bens jurídicos eram individuais (palpáveis), com a constante alteração em sua natureza ocorreu processo de agregação de interesses públicos representados na coletividade e no próprio Estado” (CARVALHO, 2014, p. 228) Além disso, a maioria dos bens jurídicos é qualificada pela incorporalidade, como acontece na saúde pública (FERRAJOLI, 2002, apud CARVALHO, 2014, p. 229).

Salo de Carvalho problematiza a questão ao citar passagem de Luigi Ferrajoli, onde denota que “o paradoxo apontado encontra raízes na cisão artificial entre os interesses públicos e os direitos individuais (privados)”, na medida em que para apresentar soluções ao problema, se faz necessário observar que não há hierarquia entre os direitos, assim, “é impossível vislumbrar confronto entre os direitos individuais, identificados tradicionalmente como interesses privados, e os coletivos e/ou

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

transindividuais, incorporados à ideia de interesse público” (FERRAJOLI, 2002, *apud* CARVALHO, 2014, p. 228).

Esse “problema” no desenvolvimento da resolução de conflitos transindividuais, dificulta ainda mais a estrita observância aos princípios de garantia ao cidadão contra o poder punitivo¹, sendo dever do Estado ponderar e adequar socialmente a legislação penal conforme o momento em que se vive, não só criminalizando condutas, mas também descriminalizando-as quando necessário for intervindo minimamente na sociedade, mormente quando estamos diante de um braço estatal tão forte e violento como a tutela jurisdicional penal, devendo a tutela de todos os bens jurídicos observar o princípio da intervenção mínima.

Portanto, resta evidente que a tutela penal de bens jurídicos socialmente relevantes é papel do Estado, porém deve ser cumprido observando-se os limites da proporcionalidade e garantias do cidadão perante o poder punitivo Estatal, respeitando-se toda a base principiológica legitimadora da mais expressiva interferência do Estado na esfera individual de seus jurisdicionados, em absoluta observância a um Estado social e democrático de Direito o qual “[...] constitui um bastião garantista para o cidadão em suas relações sociais” (BUSATO, 2015, p.119).

3 O BEM JURÍDICO SAÚDE PÚBLICA E A LEI DE DROGAS 11.343/2006

A proteção eficiente do Estado traduz o conceito de subsidiariedade do direito penal. Na ideia de *ultima ratio*, consiste na estrita necessidade da atuação Estatal quando não houver outra forma de estabelecer o controle social senão por via da intervenção penal (BUSATO, 2015, p. 168). Para tanto, deve operar não só quanto aos bens jurídicos individuais, mas também quanto aos bens jurídicos supraindividuais na tutela do interesse de toda a coletividade, desde que o bem a que se pretende tutelar esteja entre os mais relevantes. Do contrário, a tutela por via de outra esfera

¹ Aqui destacamos os princípios da legalidade, intervenção mínima, lesividade e insignificância.

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

jurisdicional mostra-se mais adequada e eficiente, haja vista o tamanho do impacto e reflexo social que a tutela penal gera (BITENCOURT, 2008, p. 13).

Deste modo, deve ser observado, em um primeiro momento, não só a proporcionalidade, mas principalmente a necessidade e a concreta e efetiva lesividade a bens jurídicos.

Claus Roxin assevera que “[...] os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuem a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico” (ROXIN, 2013, p. 21), posicionamento este também adotado pela doutrina pátria².

Com relação aos delitos contra a saúde pública, estes estão previstos no Código Penal como crimes em desfavor da incolumidade pública e ostentam algumas particularidades, tais como: o sujeito passivo é a coletividade, a situação de perigo é presumida (maioria das vezes) e apresenta utilização de normas penais em branco para sua complementação (CASTILHO, 2019, p. 8).

Assim, para julgar um crime é necessário e fundamental a compreensão precisa do bem jurídico que está sendo lesionado. A partir dessa identificação avalia-se a necessidade de proteção de determinado bem, de modo que, quando se trata dos tipos legais que reprimem o uso de drogas para consumo pessoal, as duas possibilidades viáveis de lesão à bem jurídico seriam a saúde coletiva e a individual.

Desse modo, pode-se definir a saúde pública (coletiva) como sendo o agrupamento de circunstâncias que protegem a saúde da coletividade como um todo. Ademais, é necessário ressaltar que criminalizar o uso e a venda de drogas visa proteger outros bens, como a segurança coletiva, ordem pública, e até mesmo costumes morais e culturais.

No Brasil a saúde individual é um bem protegido, porém há divergência a respeito da necessidade de tutela penal, e também se seus limites de proteção são

² Rogério Greco afirma que não deve haver tutela jurisdicional penal naquelas condutas que não atinjam diretamente bens jurídicos de terceiros, tomando como exemplo a autolesão, na medida em que não excedem o âmbito do próprio autor (GRECO, 2008, p. 54). No mesmo sentido Nilo Batista, ao afirmar que quando uma conduta for unicamente individual – mesmo que seja considerada pecado ou imoral perante a sociedade – ainda não poderá haver a intervenção penal pela falta de legitimidade ao princípio da lesividade (BATISTA, 2002, p. 91).

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

legítimos (RUIVO, 2016). O impasse surge quando a lesão parte do próprio titular do direito, pois não basta ser um valor importante para ser merecedor da tutela penal, a exemplo do que ocorre com a tentativa de suicídio que não é punida.

Ademais, indaga-se o (1) motivo do indivíduo poder ofender o seu próprio bem ao se colocar em perigo ou até mesmo se lesionar, quando por exemplo realiza cirurgias plásticas, ou retira costelas por motivos meramente estéticos, etc. e (2) por que o Direito Penal não proíbe condutas que ferem a saúde individual como beber em excesso, uso de tabaco, medicamentos, hormônios, hipercalóricos e até mesmo o abuso de alimentos com alto teor glicêmico.

A resposta para essas indagações está contida no fato dessas condutas encontrarem respaldo nos princípios constitucionais da intimidade, da vida privada, da autonomia e da liberdade pessoal para o livre desenvolvimento, todos presentes na Constituição Federal brasileira. Estes valores constitucionais “concretizam-se em conceitos da dogmática penal relacionados à atipicidade, seja na autolesão, seja no consentimento do ofendido, que aparece cumulado na mesma pessoa do ofensor nos casos de autolesão” (RUIVO, 2016).

Esses dois questionamentos se completam, pois embora seja notável a ofensa à saúde individual não se concebe a ideia de criminalizar essas condutas, já que elas sucedem do “direito de disposição dos bens próprios, inerente à autonomia individual do ser humano na orientação da sua vida privada, com longa tradição filosófica” (RUIVO, 2016).

Ademais, Claus Roxin ressalta a não criminalização da autolesão ao asseverar que a autolesão consciente, como a sua facultações e estímulo, não deve legitimar uma punição, pois a proteção dos bens jurídicos deve estar relacionada à proteção de outrem e não a si mesmo. Pois, ao acontecer estaria materializado um paternalismo estatal, que só deve ser praticado pelo Direito Penal quando tratar-se de falta de autonomia do afetado, como exemplo os menores de idade e os que não compreendam o risco para si mesmo³ (ROXIN, 2013, p. 23).

³ No mesmo sentido, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 635.659 em 2015, afirmou ser de conhecimento geral que as drogas trazem prejuízos físicos e sociais para quem a consome. Porém, dar tratamento criminal ao uso de drogas ofende de forma descomunal o direito à

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

Entretanto, a doutrina já desvenda alguns mitos a respeito dos bens jurídicos que se mostram como coletivos (com aparência de coletivos), mas que são uma junção de saúdes individuais, como acontece com o bem jurídico saúde pública, que nada mais é do que a somatória das saúdes individuais das pessoas (SCHUNEMANN *apud* BUSATO, 2013, p. 372).

Tal classificação dos bens jurídicos é de suma importância para resolver temas como os crimes de porte e uso de drogas. Pois, “somente uma concreta dimensão a respeito da liberdade individual em face do prejuízo à saúde individual pode levar a conclusões corretas a respeito do que se deve efetivamente castigar” (SCHUNEMANN *apud* BUSATO, 2013, p. 372).

Para Claus Roxin há a necessidade de equilíbrio entre a intervenção estatal e a liberdade civil, pois a ideia que se pressupõe a este julgamento, quando fala-se em Estado Democrático de Direito, a liberdade civil e o poder do estado deverão ser equilibrados, de modo a garantir a proteção estatal necessária como também as liberdades individuais (ROXIN, 2013 p. 17).

Nesse sentido, no que tange a criminalidade, ela não é uma característica de determinados indivíduos, é na verdade um encargo destinado a indivíduos específicos, assim sendo essa destinação ocorre através de duas etapas, quais sejam: criminalização primária (bens jurídicos penalmente relevantes protegidos através de sua tipificação penal), e criminalização secundária (seleção de indivíduos estigmatizados que infrinjam tais tipificações). Assim, é possível concluir que a criminalidade é distribuída de forma desigual conforme a hierarquia dos interesses, sendo fixada de acordo com interesses do sistema socioeconômico (BARATTA, p.161, 2002).

Deste modo, a criminalidade é uma verdade socialmente instituída, baseada em “processos de definições e reações sociais” (BARATTA, p.161, 2002) e a droga é

autodeterminação e a vida. Assim, a posse para consumo pessoal, para ter relevância criminal, dependeria de a autolesão ser crime, porém, na nossa legislação, a autolesão é criminalmente irrelevante. Então, criminalizar a posse de drogas para uso pessoal ofende a privacidade e a intimidade do usuário de entorpecentes, pois desrespeita a decisão do indivíduo em optar por colocar em risco sua própria saúde.

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

uma matéria fundamentada em um discurso inexato para que assim se possam operar de forma discricionária a respeito dela.

Ademais, ao utilizarmos a palavra droga está se generalizando a qualquer elemento apto a alterar a psiquê ou as condições físicas, podendo se tratar de substâncias ilícitas ou lícitas, como é o caso do cigarro, álcool, medicamentos. Nesse sentido, não parece interessar a substância, muito menos sua descrição e menos ainda se seu conteúdo altera o estado psicológico ou físico do ser humano, o que realmente interessa é o discurso que permeia sobre ela (OLMO, p. 02, 1990).

Assim, da mesma forma que cabe discurso a respeito das características das substâncias, também cabem análises acerca das características do autor, podendo ser entendido como vítima, doente, enfermo, traficante ou até mesmo perverso, cuja análise serve apenas para separar em bem e mal, entre certo e errado, algo conveniente para manter o status quo da sociedade em que vivemos (ARGUELLO, 2014).

As substâncias qualificadas como lícitas e ilícitas são assim definidas através de decisões políticas e estão relacionadas diretamente a causas sociais, econômicas, morais e de poder. Logo, a concepção de droga não deve ser percebida como uma verdade, pois está impregnada de valores morais (BOITEUX, CHERNICHARO, p. 06, 2012).

Ademais, para compreender como é por intermédio do bem jurídico saúde pública que se legitima a proibição das drogas, sendo que o artigo 28 da Lei 11.343/2006 visa tutelar o mencionado bem jurídico e é através dele que se baseia o artigo 28, é preciso retornar no tempo para compreender como substâncias que eram lícitas se tornaram ilícitas de modo que se criminalizou seu uso, tornando-se assim um problema mundial.

3.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO SOBRE A LEGISLAÇÃO DE DROGAS E A POLÍTICA DE COMBATE

A utilização de substâncias psicotrópicas resultou em um dos mais significativos problemas da sociedade contemporânea, não obstante compreendamos

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

que as drogas estejam presentes e sejam consumidas desde os primórdios da humanidade, com as mais diversas finalidades, desde rituais até pelo simples prazer de usar. Mudou-se, porém, a função que exerciam e que hoje em dia exercem (SEIBEL, 2012).

Inicialmente, no Código Penal Brasileiro de 1890, em seu artigo 159, houve a tipificação do crime relacionado ao manuseio de substâncias venenosas nocivas à saúde (GRECO, 2007, p. 01).

Porém, o dispositivo 159 do Código Penal de 1890 foi insuficiente para obstar a intensa onda de drogadição que acometeu o nosso país por volta de 1914, ano em que se iniciou a disseminação do consumo de entorpecentes, surgindo a urgência, em todo o mundo, da criação de controle a toxicomania realizada através de políticas públicas (GRECO FILHO, 007, p. 02.)

Já após a criação do atual Código Penal Brasileiro, pelo Decreto-Lei 2.848 de 1940, sobrevieram o Decreto-Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e posteriormente a Lei 4.451/64 (que introduz ao art. 281 a ação de plantar)” tendo início a legislação brasileira sobre as drogas de uma maneira geral (CARVALHO, 2014, p. 17).

Os anos sessenta foram a fase do estouro da droga e da indústria farmacêutica, foi neste período que os estudantes de classe média e alta passaram a utilizar drogas sintéticas. Também, a década de sessenta foi classificada como o período difusor do modelo medico-sanitário, considerando a droga como uma doença (OLMO, 1990, p. 34).

Na América Latina, fundamentado na Convenção única sobre Estupefacientes de 1961, o Brasil promulgou a lei nº 5.726 ou lei Antitóxicos de 1971 (OLMO, 1990, p. 44). Nesta Lei adotaram-se medidas preventivas que reprimiam o tráfico e também mencionavam a dependência física e psíquica (GRECO, 2009, p. 03).

Com a adequação nacional ao projeto transnacional de drogas, a Lei 6.368/76 inaugura no Brasil um modelo inédito de forma de controle, seguindo as orientações político-criminais dos países americanos retratado nos tratados e convenções internacionais (CARVALHO, 2014, p. 19).

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

Foi através dos assuntos noticiados nos meios de comunicação sobre as drogas que acontece o pânico na América Latina. Em vários momentos se difundia de forma incoerente os variados aspectos das drogas que surgiram nos EUA, uma sociedade completamente distinta da nossa. Ademais, as consequências foram terríveis, pois estavam sendo importados e impostos discursos que não levavam em consideração a diferença dos grupos sociais e nem a substância em si (OLMO, 1990, p. 45). Já naquela época, o tratamento dos usuários de classe média e alta para os de classe baixa eram desiguais (OLMO, 1990, p. 50).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 os crimes relacionados às drogas foram tratados como crimes inafiançáveis (GRECO, 2009, p. 6). Duas décadas mais tarde, foi criada a lei 11.343 de 2006 com o objeto de possibilidade de afastamento da pena privativa de liberdade para o usuário de drogas. Porém, foi uma política contraditória para com o usuário já que a criminalização do usuário foi mantida, esvaziando, assim, o discurso preventivo (CAMPOS, 2012).

Assim, apesar do abrandamento e do objetivo da nova lei de drogas (11.343/2006), o porte de drogas para uso pessoal continua a ser crime, de modo que o seu tratamento ainda apresenta natureza penal, “pois há uma descrição típica e a cominação de uma pena, tanto que persistem efeitos da condenação, reincidência e prazo prescricional.” Deste modo, apenas ocorreram abrandamentos, mantendo-se a conduta do usuário incriminada (MARTINELLI, 2010, p. 256).

3.2 IMPLICAÇÕES DO BEM JURÍDICO SAÚDE PÚBLICA NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006

Como vimos, antes o Direito Penal tratava exclusivamente dos crimes de lesão ou colocação em perigo concreto. Com o passar do tempo e com a sociedade se tornando complexa, existiu a necessidade de criminalizar os crimes de perigo abstrato, que nada mais são do que a punição do risco, da colocação em perigo.

Além disso, os “tipos penais contra a saúde pública previstos no Código Penal apresentam algumas constantes relativamente ao sujeito passivo (coletividade) e à técnica de definição (normas penais em branco, criminalização de condutas de perigo

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

[abstrato] e qualificação pelo resultado)” (BATISTA, 1990 apud CASTILHO, 2003, p. 6).

Muito embora haja o questionamento acerca da lesão a bem jurídico de terceiros no uso de drogas, considerando que ao usar drogas o indivíduo prejudica somente a si mesmo e não as demais pessoas da sociedade, o discurso jurídico, no que tange a incriminação do porte de drogas para uso pessoal, se justifica pelo perigo abstrato em relação à saúde pública (MARONNA, 2015).

Neste entendimento, para a ciência jurídica, ao “demonizar” algumas substâncias entorpecentes, é possível perceber um antagonismo entre o consumo pessoal e a proteção à saúde pública, pois, “se o consumo é pessoal, afeta a saúde individual.” Deste modo, temos que as condutas do artigo 28 da Lei de Drogas nº 11.343 de 2006 não atingem terceiros (MARONNA, 2015).

Luís Roberto Barroso, em seu voto no Recurso Extraordinário nº 635.659 de 2015, entendeu que o para constituir o crime é necessário que ocorra ofensa a bem jurídico alheio. De tal modo, que se a ação não extrapolar o âmbito individual do agente, o Estado não poderá criminalizar a conduta (BARROSO, 2015). Daí conclui-se que o princípio da lesividade representa o conceito de que não são puníveis as ações que não prejudiquem bens jurídicos de terceiros, excluindo, portanto, as condutas auto lesivas⁴.

Em essência, por não haver lesividade a bem jurídico de terceiros, é discutível o custo da punição ao usuário de drogas em troca de um benefício irrelevante, deste modo é visto que a criminalização não é o modo mais procedente e adequado de tratar a adversidade (BARROSO, 2015).

Partindo deste pressuposto, em situações extremas quando a vida ou a integridade física do indivíduo é afetada, a lei penal não recai sobre quem é titular do bem jurídico, mas recai sobre os terceiros que praticaram a lesão. Deste modo, não

⁴ No mesmo sentido, Salo de Carvalho constata: “É do ponto de vista da principiologia conformadora do direito penal contemporâneo, a criminalização das condutas relativas ao uso de entorpecentes é injustificável. Neste aspecto, a literatura jurídico penal é vasta e as críticas são amplamente conhecidas, notadamente pela violação ao postulado da secularização e aos princípios da lesividade, da intimidade e da vida privada (CARVALHO, 2014, p. 225).

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

seria correto criminalizar o próprio titular do bem jurídico com o intuito de proteção desse bem. Sendo assim, quando existe a punição penal sobre o indivíduo lhe é retirada sua autodeterminação, pois para proteger a dignidade de terceiros afasta-se a dignidade de quem é punido, algo sem sentido pois se subtrai a liberdade para “proteger essa mesma liberdade sob outro prisma” (BOTTINI, 2015, p. 22).

No mesmo sentido, ações que não lesionem terceiros ou que sejam causadas contra si mesmo, como o suicídio, embriaguez, uso de entorpecentes e a prostituição não devem ser punidas. Ademais, “o principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha (leia-se todas as drogas) é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio” (FERRAJOLI, 2002, p. 481 apud CARVALHO, 2014, p. 228). Assim, o Estado não pune a autolesão ou a tentativa. Logo, a “autolesão situa-se na esfera de privacidade do indivíduo, nela sendo defeso ao Direito – especialmente o Direito Penal – penetrar” (MARONNA, 2015).

Portanto, quando o consumo de drogas é punido, na verdade o que se pune é a dependência de drogas sendo isso uma condição pessoal, em que, em alguns casos, exclui a vontade da própria pessoa (CARVALHO, 2014, p. 225)⁵. Ademais, tal punição vai de desencontro com o princípio do Estado Democrático de Direito, o qual somente poderá ser punido pelo que se faz, e não pela sua própria identidade (FERRAJOLI, 2002, p. 137 apud CARVALHO, 2014, p. 227).

Ademais, quando se entrega o problema das drogas para administração do Estado, além de impedir a regulamentação e o controle através governo, permite-se a dominação econômica para as associações criminosas (MARONNA, 2015), não sendo razoável criminalizar e punir pessoas adultas e capazes por escolherem fazer uso de drogas. Nesse sentido, mostra-se incoerente criminalizar e condenar pessoas maiores de idade apenas por escolhas erradas (CARVALHO, 2014, p. 233-234).

Nesse contexto, adentra-se no empreendedorismo moral e para melhor compressão faz-se necessário entender o que é o controle social. Verifica-se que o controle social se divide em tipos: 1) o controle social normal, que gera solidariedade,

⁵ Nesse mesmo sentido, assim argumentou o Ministro Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 635.659 de 2015: Ademais, não se pode confundir moral com direito, por exemplo, quando alguém fuma duas carteiras de cigarros por dia, pode não ser algo bom, mas não é crime (BARROSO, 2015).

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

integração social, realizando-se através de bens, serviços e políticas públicas que gerem equilíbrio social; 2) controle social perverso busca encobrir as desigualdades, negando diferenças, excluindo conflitos sociais, como exemplo há a política proibicionista de drogas com caráter seletivo, que acaba por criminalizar a pobreza e não as drogas em si (MORAES, 2013 *apud* SOUZA, 2015, p.75)

Com isso, a definição de crime é repartida de maneira injusta perante a sociedade, pois tais regras legais, que produzem estas noções excludentes de um determinado extrato social, são produzidas por grupos detentores do poder. Assim, quando o indivíduo é definido como fora da lei, trata-se primeiramente de relação de poder (CAMARGO, 2017).

Ademais, quando pensamos na proibição das drogas, observamos que mesmo antes de uma substância ser proibida, existiam grupos de pessoas empenhadas “em uma cruzada moral para a demonização das drogas” (CAMARGO, 2017). Essas pessoas são conhecidas como empreendedores morais⁶, e acabam por desenvolver uma cruzada moral, determinando o que seria adequado, com a falácia de estarem salvando vidas (CAMARGO, 2017).

Ainda, existe também a questão do paternalismo estatal, traduzida aqui na “ideia de que o Estado pode substituir a vontade do indivíduo para protegê-lo de si mesmo contraria o pensamento liberal segundo o qual a pessoa tem o direito de seguir seu próprio plano de vida” (MARONNA, 2015).

Portanto, o paternalismo estatal evidencia-se quando o Estado dita as regras do que seria melhor para cada indivíduo, fazendo o uso de leis como meio de restringir a liberdade individual, seguindo sempre o mesmo sistema: “rompe-se a liberdade de alguém, limitando os interesses individuais, em face de sua própria liberdade de ação, não sendo oferecida a escolha de recusar a medida protetiva” (MARTINELLI, 2010, p, 107).

⁶ Para a melhor compreensão cita-se o exemplo do “clássico trazido por Howard Becker (2008) é o grupo denominado Anti-Saloon League. Formado em 1893 e constituído em sua maioria por cristãos protestantes, a organização empreendeu uma cruzada moral para banir os jogos de azar, a prostituição e o consumo do álcool, obtendo sucesso em seu intento com a promulgação de 18ª Emenda Constitucional do Estados Unidos, conhecida como “lei seca”, em 1919” (CAMARGO, 2017).

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

É exatamente o que ocorre no artigo 28 da Lei 11.343/2006, pois se trata de paternalismo na forma pura, ocorrendo quando uma lei incide sobre a vontade/liberdade do indivíduo para evitar um mal. O discurso é o de que a proibição do uso tem por objetivo a proteção da saúde pública, de forma a evitar um colapso no sistema de saúde (MARTINELLI, 2010, p, 258).

Entretanto, este argumento, como visto, não é válido, pois não há comprovação do mal gerado à saúde pública. Ademais, a proibição Estatal com fundamento na proteção da saúde pública é uma justificativa paternalista e hipócrita. A dissimulação resta evidente na medida em que existe a proibição das drogas, mas o álcool e o são considerados lícitos. O primeiro, além de ser letal, é o maior causador de violências domésticas e também em bares, já o segundo é altamente letal e o uso de ambos são permitidos pelo Estado (SZAFIR, 2012).

Assim, não há outra razão para a proibição do uso de drogas a não ser o paternalismo estatal para com o usuário (MARTINELLI, 2010, p. 259). Quando o Estado cria “mecanismos retóricos abstratos de legitimação da punição aos usuários produz significativa violência ao núcleo constitucional que deveria sustentar o direito penal” (CARVALHO, 2014, p. 344).

Portanto, é possível concluir que a proibição do uso de drogas é baseada na ordem moral e na ordem higienista, “que preconiza o ideal de um mundo livre de drogas” (RIBEIRO, 2012, p. 20).

4 DROGAS E SAÚDE PÚBLICA: CONSEQUÊNCIAS DA CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA

O significado da palavra droga, segundo a Organização Mundial da Saúde, é todo composto que, inserido em um organismo vivo, pode alterar uma ou mais funcionalidades deste. Tal conceito é amplo, pois engloba os medicamentos com destinação a doentes, mas também diversas substâncias farmacológicas ativas. Nesse sentido, a confusão e a intensa universalização da definição da palavra droga auxilia a desvirtuar a realidade social de quem utiliza a substância. Contudo,

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

porventura seja necessária a manutenção deste obscurantismo, pois o “discurso social precisa manter na sombra a realidade do fenômeno da droga para poder trabalhar em cima dela sem dificuldades” (OLMO, 1990, p.13).

Ademais, as substâncias hoje proibidas só assim o são por integrarem uma lista disposta por ato administrativo de autoridade sanitária (ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária), complementando a Lei 11.343/2006 que se traduz em uma norma penal em branco, já que não especifica em sua redação quais substâncias são consideradas drogas ilícitas.

A ANVISA é uma autarquia e tem por finalidade proteger a saúde da população através da fiscalização sanitária de produtos e serviços (ANVISA, 2019). Logo, é a Agência que estabelece quais substâncias atingem o suposto bem jurídico “saúde pública” que a Lei 11.343/2006 destina-se a tutelar.

Porém, percebe-se o contrassenso ao analisar que não está presente no rol de substâncias consideradas ilícitas, o álcool, tabaco e medicamentos, drogas que não são de natureza diferente das substâncias consideradas ilegais e que provocam alterações e prejuízos ao organismo de igual forma, mas ficam excluídas do rol de substâncias causadoras de dependência e danos físicos sem qualquer respaldo. Entretanto, do ponto de vista social, econômico e da saúde pública seus danos são até mais importantes que das drogas proibidas (PASSAGLI, 2013, p.54).

O abuso de álcool gera inúmeras mortes todos os anos no mundo todo, sem mencionar as mortes causadas no trânsito, e ainda assim é uma droga permitida. No mesmo sentido, o uso de cigarros causa mortes resultantes do vício e consequente danos à saúde, e ainda assim também é uma substância lícita e acessível a todos (PEIXOTO, 2014). Logo, é possível perceber que não está aí o motivo da diferenciação entre umas e outras.

O magistrado Marcos Peixoto, do Rio de Janeiro, indaga qual seria a lógica legislativa ao criminalizar uma substância e não outras, “senão a lógica das finanças, do lobby, dos financiamentos de campanhas políticas, de políticos comprometidos com conglomerados empresariais transnacionais – e fatores ainda piores?” (PEIXOTO, 2014).

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

Além disso, a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal é extremamente violenta aos princípios da intimidade e privacidade, pois o direito a intoxicação ou liberdade de automedicação é um direito alienável e espécie de liberdade civil.

Assim, os usuários, dependentes das drogas ou não, estão em condição de fragilidade e deveriam ser direcionados a políticas de cuidado com a saúde e reinserção social, como é previsto nos artigos 18 e seguintes da Lei 11.343/06. Quando esse tipo de conduta é tratado criminalmente, vai de encontro com o intuito das políticas públicas, além de rotular o usuário, dificultando ainda mais a reinserção social do mesmo (CARVALHO, 2014, p. 231).

Portanto, a escolha a respeito da saúde pessoal é exclusiva do indivíduo, não sendo legítima qualquer ingerência coerciva.

O Direito Penal acredita enganosamente que o método de criminalização demonstra um efetivo mecanismo para o “controle/erradicação” da utilização de substâncias ilícitas. Julga a criminalização como impedimento da propagação da dependência e que assim permitiria a reabilitação do viciado. Entretanto, isto apenas reforça a fantasiosa crença de que criminalização das drogas impediria disseminação da dependência e o aumento da violência (CARVALHO, 2014, p. 201).

Assim, leva-se a concluir que a criminalização de somente algumas substâncias lesivas à saúde se trata de opção política, que não é mais justificável por pressão dos EUA, haja vista que estão abandonando a guerra às drogas aos poucos (CAMARGO, BORDIN, 2017). Essa decisão política de proibição tomada pelo Brasil, decorrente da ultrapassada guerra às drogas, é fomentadora de sofrimentos e danos, ocorrendo principalmente através da criminalização dos mais pobres (PEIXOTO, 2014).

A questão das drogas provoca efeitos primários e secundários: os primários estão ligados à natureza da droga, ou seja, os danos psicológicos e físicos que elas causam; já os efeitos secundários seriam os dispêndios sociais que decorrem principalmente do processo criminalizador (BARATTA, 1993 *apud* CARVALHO, 2014, p. 203).

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

Neste sentido, as políticas públicas empregadas para diminuir o uso de drogas somente são coerentes se os custos não excederem seus benefícios. Logo, quando o dispêndio é maior com a criminalização, resta demonstrada a inadequação da alternativa (CARVALHO, 2014, p. 204).

Já por outro lado, quando se mantém o uso de drogas na antijuricidade, provoca-se um efeito de não fiscalização das circunstâncias em que o indivíduo utiliza o entorpecente e muito menos as condições de qualidade da própria substância consumida. Além disso, a falta de suporte aos dependentes químicos faz com que o consumo se dê em ambientes insalubres, o que propicia o contágio com doenças como a hepatite e o HIV (CARVALHO, 2014, p. 206).

Ademais, a forma como o direito penal tutela o bem jurídico saúde pública, acaba por sacrificar a saúde concreta dos usuários de drogas, como exemplo a contaminação por HIV supracitada. Desse modo, ao defender a abstrata saúde pública, negligencia-se a saúde individual (concreta). Assim, esta incongruência faz com que a repressão penal se torne, gradativamente, “um mero marco decorativo, desprovido de qualquer sentido de justiça” (COSTA, 2004, p.114 apud CARVALHO, 2014, p. 229).

No que tange as consequências econômicas relacionadas à criminalização das drogas, um estudo apresentou que se somente a maconha fosse legalizada nos EUA economizar-se-ia por volta de sete bilhões de dólares gastos com ações militares e policiamento todo ano. Ademais, a arrecadação de impostos com a descriminalização da droga aumentaria até US\$6,2 bilhões por ano (CARVALHO, 2014, p. 211).

Já no Brasil, segundo estudo realizado pela Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados em 2016, a descriminalização da maconha renderia cerca de seis bilhões de reais em impostos todos os anos. Segundo o mesmo estudo, somente com os encarceramentos relacionados à maconha o Estado deixaria de gastar cerca de R\$997,3 milhões, caso a droga fosse legalizada. Ademais, estima-se que o gasto com repressão policial relacionada ao combate às drogas seja de R\$409,5 milhões. Já o gasto jurídico, relacionados aos processos judiciais, é de R\$259,9 milhões de

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

reais todos os anos, que da mesma forma, se as drogas fossem descriminalizadas, não existiria (SILVA, LIMA, TEIXEIRA, 2016, p. 20).

5 GUERRA ÀS DROGAS: O FRACASSO DA LEI 11.343/2006

Ao que tudo indica, nenhuma pesquisa é capaz de provar os benefícios da guerra às drogas, uma vez que a venda e o consumo não diminuíram após esses anos de intervenção punitiva. Logo, é impossível não indagar o motivo pelo qual o Estado ainda insiste na manutenção desta conduta repressiva, mesmo após décadas de aparente fracasso.

A inexistência de critérios legais para distinção entre usuários e traficantes, faz com que a lei 11.343/2006 apresente “vazios e dobras de legalidade”, legitimando o massivo aprisionamento e permitindo o alto poder criminalizador dos órgãos de persecução criminal (CARVALHO, 2019). Segundo pesquisa, entre 2005 e 2012, no Brasil o “número de presos por tráfico passou de 9% para 23% da população penitenciária. ” Assim, a lei de drogas que veio para livrar da pena o usuário, encarcerou em massa. Um dos motivos desse aprisionamento massivo, é que quando não define a quantidade de droga que diferencie o usuário do traficante, essa legislação favorece injustiças (LEMGRUBER, BOITEUX, 2013, p. 360).

Conforme artigo 28 da Lei 11.343/2006, para determinar se a droga é destinada ao consumo ou a venda, o juiz atentará as circunstâncias sociais e a quantidade. O grande problema incide justamente nesse contexto, pois abre-se brecha para a rotulação conforme atributos econômicos e sócio raciais.

Em estudo realizado, foi possível constatar que grande percentual de presos relacionados à prisão por envolvimento com drogas são pobres, oriundos de zona periféricas, com baixo nível de escolaridade e renda. Além disso, com relação às prisões realizadas, a polícia age com prepotência, abuso de poder e até mesmo violência. (BOITEUX, PADUA, 2013, p. 23).

Gera-se, portanto, um aprisionamento seletivo, em que o pobre e preto é preso em massa e indiscriminadamente (DAVID, CHISTOFFOLI, 2014). Ademais,

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

esse investimento aplicado no encarceramento, deixa de ser utilizado em outros proveitos para a sociedade. Logo, está na hora da sociedade começar a se perguntar qual o motivo de até hoje se gasta tanto com encarceramento geral em relação ao delito de tráfico de drogas ilícitas, sem que se tenha conseguido reduzir seu consumo e a violência (BOITEUX, PADUA, 2013, p. 40).

Corroborando tal posicionamento, os estudos do INFOPEN concluíram que no primeiro semestre de 2017, o Brasil possuía 726.354 mil pessoas privadas de liberdade, das quais 28% são oriundas do crime de tráfico de drogas, o que em números representa 156.749 mil pessoas. Ainda, os dados apontam que do sistema prisional, 64% da população carcerária é negra com indecência de prisão 1,5 vezes mais que brancos (INFOPEN, 2017).

Por fim, é possível concluir que existe uma aparente consonância do proibicionismo ter falhado. Pois, mesmo com o alto dispêndio econômico não se obteve uma diminuição considerável da oferta e procura do que se define como substâncias ilícitas, e contraditoriamente, acabou por se elevar os perigos para aqueles indivíduos que desejam continuar fazendo uso das drogas (RIBEIRO, 2011, p. 20). Assim, “o proibicionismo é um conjunto de leis e políticas que não deslançaram; na realidade, um conjunto de leis e políticas que falharam” (PERDUCA, 2005).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, o objetivo da guerra às drogas, qual seja a diminuição de venda/compra e uso de entorpecentes, fracassou haja vista as drogas terem se tornado cada vez mais acessíveis e com baixo custo, sendo conseqüentemente cada vez mais consumidas. Ademais, tal guerra acabou sendo direcionada sobremaneira às classes mais baixas da sociedade, sendo estas majoritariamente compostas por negros, pobres, com baixo nível de escolaridade e que vivem em favelas e periferias, constituindo-se assim numa classe social a qual sofre massivamente com prisões e mortes em combates armados com a polícia, justificados pelo Estado como

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

necessários no combate à criminalidade envolvendo as drogas, cuja legitimação se dá através da tutela equivocada do Direito Penal.

Desse modo, sendo o Direito Penal o braço mais forte do poder punitivo estatal, tendo, portanto, caráter fragmentário/subsidiário, deve ser empregado somente em último caso (*ultima ratio*) para o controle social, de modo que sua atuação seja efetiva e eficiente, produzindo os resultados que se almeja ter quando instituída uma política de combate aos danos causados pelas substâncias ilícitas, mormente em relação ao usuário, o que, como vimos, se mostrou improdutivo e ineficiente ao longo das últimas décadas.

Por isso, quando há a criminalização de condutas como as descritas no artigo 28 da Lei de Drogas nº 11.343/2006, dentre elas a posse de drogas para consumo pessoal, tal proibição se mostra equivocada ao justificar-se exclusivamente na proteção ao bem jurídico saúde pública, haja vista a conclusão de que na verdade trata-se de um falso bem jurídico.

Pois, o verdadeiro bem afetado no consumo de entorpecentes, diretamente, é a saúde individual do usuário, cuja opção pela utilização de substâncias entorpecentes se dá de forma livre (como nas drogas lícitas), não devendo o Direito Penal tutelar tais condutas ao concluímos que não há controle social nesses casos, mas sim mero controle moral oriundo de uma cultura paternalista estatal instituída ao longo da década de 70 sob a influência de políticas bélicas implementadas nos Estados Unidos da América, cujos nefastos reflexos são sentidos e agravados até hoje sob a perspectiva da situação carcerária brasileira, como bem demonstrado.

Corroborando o entendimento exposto, vimos que os atos auto lesivos não são tutelados pelo Direito Penal brasileiro, haja vista se basearem em condutas relacionadas à esfera privada de cada indivíduo, como exemplo, o uso do cigarro, álcool e medicamentos, e, portanto, sendo o Brasil um país democrático, o Direito Penal, leia-se poder estatal, deve ater-se aos limites impostos pelos princípios fundamentais constitucionais.

Assim, a proibição da posse e demais condutas criminalizadas relativas às drogas para consumo pessoal mostram-se meras justificativas infundadas à proibição

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

paternalista do Estado, dirimindo garantias fundamentais do cidadão, incompatíveis com o Estado Democrático de Direito instituído no Brasil.

Diante disso, o presente trabalho concluiu que a forma mais apropriada de solucionar o problema das graves consequências geradas pela criminalização das condutas relativas ao consumo de substâncias ilícitas seria, num primeiro momento, a legalização/regulamentação do consumo de drogas, afim de minimizar seu impacto na sociedade, protegendo assim, efetivamente, a saúde dos cidadãos brasileiros.

Alternativamente, sob a luz da necessidade de tutela jurisdicional estatal, deve-se valer o Estado da utilização de outras esferas menos agressivas do direito que não o Direito Penal para controle social, sendo instituídas políticas públicas de informação e redução de danos, alertando a população em geral e principalmente os usuários sobre os efeitos nocivos causados por entorpecentes, desmotivando assim o seu consumo, sem as consequências nefastas que a guerra e o encarceramento em massa têm produzido.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernando Vernice dos. Direito Penal Supra-individual. Drogas, redução de danos e imputação objetiva. São Paulo: RT, 2003, p. 130. Boletim **IBCCRIM** de nº 268 - Março/2015. Acesso em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5303-Drogas-reducao-de-danos-e-imputacao-objetiva. Disponível em: 24 ago. 2020.

ANVISA. **Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/institucional>. Acesso em: 11 set. de 2020.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegemann. A política criminal das drogas: o proibicionismo e o seu bem jurídico. Coleção **COPENDI/UNI CURITIBA** - Volume 17 - Direito Penal e Criminologia. Curitiba, 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Anotações para voto oral do Recurso Extraordinário nº 635.659**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-annotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2020.

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 1** -parte geral. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOITEUX, Luciana; CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Da folha da coca à cocaína: os direitos humanos e os impactos das políticas internacionais de drogas nas populações nativas da Bolívia**. Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012.

BOITEUX, Luciana; PADUA, João Pedro. **A desproporcionalidade da Lei de Drogas: os custos humanos e econômicos da atual política do Brasil**. LADIH – Laboratório de direitos humanos. São Paulo, 2013.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crime de porte de drogas para uso próprio e o Supremo Tribunal Federal**. 1ª edição. Rio de Janeiro: Viva Rio, 2015.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMARGO, Giovane Matheus; BORDIN, Marcelo. **Guerra às drogas: as periferias como locus da violência e a tendência da hipermilitarização**. 2017 Disponível: https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/151650/barbosa_ar_dr_mar.pdf?sequence=3. Acesso em: 10 out. 2020.

CAMPOS, Marcelo da Silveira; VALENTE, Rodolfo de Almeida. O julgamento do recurso extraordinário 635.659: pelo fim da guerra às drogas. **Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 20. Edição Especial. Outubro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/boletim-drogas-ibccrim.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil – Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 13.343/06**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. **Crimes contra a saúde pública**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/saude/saiba-mais/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Crimes_contra_saude_publica. Acesso em: 24 ago. 2020.

DAVID, Décio Franco; CHRISTOFFOLI, Gustavo Trento. **Violência e Criminologia - Constatações sobre a política repressiva antidrogas: seletividade penal e a falácia do bem jurídico saúde pública**. – 1ª ed. – Jacarezinho, PR: UNEP e Instituto Ratio Juris, 2014.

ESTEFAN, André. **Direito penal, I: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Personalidade Acadêmica Homenageada:**Rubén Miranda Gonçalves** (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

GODOY, Guilherme Augusto Souza. TOXICÔMANO-DELINQUENTE VERSUS TOXICODEPENDENTE – REGULAÇÃO DAS DROGAS COMO FENÔMENO DESTACADO EM DESAFIOS ATUAIS DO CENÁRIO GLOBAL **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v. 2, n. 43, p. 754 - 770, fev. 2017.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **A Proteção de bens jurídicos como fundamentos do direito penal**. Tese de mestrado. São Paulo, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de Drogas anotada: Lei nº 11.343/2006**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2008, p. 49.

GUARAGNI, Fábio André; SANTANA, Vanessa Milene. Modelos de Estado e emergência do princípio constitucional da vedação de proteção deficiente em matéria penal e extrapenal. In: CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio André (coordenadores). **Ministério Público e princípio da proteção eficiente**. São Paulo: Almedina, 2016.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: Ministério da Justiça, 2017, p. 44. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev12072019-0721.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020

LEMGRUBER, Julita; BOITEUX, Luciana. **O fracasso da guerra às drogas**. Editora Contexto – São Paulo, 2013.

LEITÃO, André Studart; BRUNETTA, Cíntia; FILHO, Fernando Sergio Studart Leitão. Vidas Esquecidas: Reforma Psiquiátrica, Dignidade e Desinstitucionalização. **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, v. 3, n. 52, p. 255 - 274, set. 2018.

MARONNA, Cristiano Ávila. **Drogas e consumo pessoal: a ilegitimidade da intervenção penal**, 2015. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4739-Drogas-e-consumo-pessoal-a-ilegitimidade-da-intervencao-penal. Acesso em: 10 out. 2020.

MENDES, Gilmar. Voto do Ministro Gilmar Mendes – Relator – no **Recurso Extraordinário nº 635.659**. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-pra-consumo-voto-gilmar.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

MOREIRA, Antônio Fernando. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/artigo/10587-Historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais>. Acesso em: 02 set. 2020.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

OLMO, Rosa del **A face oculta da droga**. Tradução de Teresa Ottoni. Editora Revan. Rio de Janeiro, 1990.

OLMO, Rosa del. *Las drogas y sus discursos*. In: PIERANGELI, José Henrique (org.). **Direito Criminal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.122.

PASSAGLI, Marcos. **Toxicologia forense: teoria e prática**. 4ª edição. Campinas: Millenium Editora, 2013.

PEIXOTO, Marcos Augusto Ramos. Juiz de Direito da 37ª Câmara do Rio de Janeiro. **Processo nº 0021875-62.2012.8.19.0208 de 20 de março de 2014**. Disponível em: https://www.academia.edu/14270110/ESTADO_DO_RIO_DE_JANEIRO?email_work_card=view-paper. Acesso em: 10 out. 2020.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PERDUCA, Marco. Vamos criminalizar a proibição! In: ACSELRAD, G. org. **Avessos do prazer: drogas, Aids e direitos humanos**. 2nd ed. rev. and enl. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2005.

RIBEIRO, Maurides de Melo. **Drogas e redução de danos: análise crítica no âmbito das ciências criminais**. Tese de doutorado. São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde20032013141828/publico/TESE_COMPLETA_PDF_MAURIDES_DE_MELO_RIBEIRO.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

RUIVO, Marcelo Almeida. **O início do julgamento da inconstitucionalidade do crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei 11.343/2006)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) – nº 281 – Abril de 2016. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5744-O-inicio-do-julgamento-da-inconstitucionalidade-do-crime-de-porte-de-drogas-para-uso-proprio-art-28-da-Lei-113432006 . Acesso em: 24 ago. 2020.

SEIBEL, Sergio. **A Lei 11.343/2006 sobre drogas e o impacto na saúde pública**. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 20. Edição Especial, out. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/boletim-drogas-ibccrim.pdf>. Acesso em: 9 set. 2020.

SOUZA, Aknaton Toczek. **Perigo à ordem pública: um estudo sobre controle social perverso e segregação**. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Setor de Ciências Humanas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2015.

SZAFIR, Alexandra. Quem lucra com a criminalização? **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM**. Ano 20 - Edição Especial - Outubro/2012. Disponível

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

em: <https://www.conjur.com.br/dl/boletim-drogas-ibccrim.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.