

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JOÃO PEDRO FERREIRA BELO DAUMAS

**CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO PESSOAL DE DROGAS
E SUA VIOLAÇÃO À LIBERDADE INDIVIDUAL**

RECIFE
2020

JOÃO PEDRO FERREIRA BELO DAUMAS

**CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO PESSOAL DE DROGAS
E SUA VIOLAÇÃO À LIBERDADE INDIVIDUAL**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Weil Afonso

RECIFE
2020

Ficha catalográfica
Elaborada pela biblioteca da Faculdade Damas da Instrução Cristã

D241c Daumas, João Pedro Ferreira Belo.
Criminalização do consumo pessoal de drogas e sua violação à liberdade individual / João Pedro Ferreira Belo Daumas. – Recife, 2020.
49 f.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Weil Afonso.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia – Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2020.
Inclui bibliografia

1. Inconstitucionalidade. 2. Princípios fundamentais. 3. Uso de drogas. I. Afonso, Henrique Weil. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

34 CDU (22. ed.)

FADIC (2020.1-295)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

JOÃO PEDRO FERREIRA BELO DAUMAS

**CRIMINALIZAÇÃO DO CONSUMO PESSOAL DE DROGAS E SUA VIOLAÇÃO À
LIBERDADE INDIVIDUAL**

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a):

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, por ser essencial em minha vida, autor de meu destino.

Aos meus pais que sempre confiaram em mim e, com seus exemplos, me encorajam a ser melhor a cada dia.

Ao Curso de Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã e às pessoas com quem convivi nesses espaços ao longo desses anos. A experiência de uma produção compartilhada na comunhão com amigos nesses espaços foram a melhor experiência da minha formação acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Henrique Weil Afonso, Orientador deste trabalho, por sua disponibilidade e atenção.

Ao Professor Ricardo Silva pelas correções pautadas na BNCC e pelo pronto atendimento, sempre que a ele recorri.

Aos amigos e colegas conquistados durante a caminhada na construção do conhecimento, durante a graduação.

Aos contatos profissionais que contribuem para minha formação profissional pautada na ética e no respeito aos valores éticos humanos e profissionais.

O ensino, como a justiça, como a administração, prospera e vive muito mais realmente da verdade e moralidade, com que se pratica, do que das grandes inovações e belas reformas que se lhe consagram.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho realiza uma abordagem teórica sobre a temática Criminalização do consumo pessoal de drogas e sua violação aos Princípios Fundamentais, com a finalidade de promover uma discussão acerca da inabilidade de uma política proibicionista perpetrada ao longo dos anos, expondo o usuário que porta droga para consumo recreativo e caracterizando-o, legalmente, como criminoso. Apresenta-se antigas previsões legais nacionais, que versaram sobre o tema das drogas. Em sua segunda seção, foi realizada uma explanação a respeito dos princípios constitucionais, em tese, violados pela política sancionatória aplicada. Assim como, num terceiro momento, buscou-se um aprofundamento em relação ao delito de posse de drogas, quando destinada para consumo pessoal, disposto na lei vigente. Sequencialmente, dispôs-se um terceiro capítulo que propõe uma análise mais crítico-comparativa das penalidades prevista no Código Penal Brasileiro e as bases dos Direitos Fundamentais assegurados pela Constituição Federal do Brasil. O objetivo do presente estudo está elencado na discussão a respeito da (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006. A problemática parte do questionamento: “um indivíduo que porta drogas ilícitas para consumo próprio e não interfere no direito de ir e vir de terceiros ser considerado criminoso, legalmente, é constitucional?” Entende-se que tal questionamento é relevante no sentido de garantir os direitos constitucionais do cidadão que é usuário de drogas, em caráter recreativo e individual. A partir desta premissa, traça-se o presente estudo de caráter transversal com abordagem qualitativa, embasado em periódicos, legislações e jurisprudências. Foram adotados como procedimentos metodológicos baseados em análises bibliográficas e comentadas. Acredita-se na relevância do tema, a presente pesquisa é justificada como contribuição ao ambiente acadêmico estudos atuais e futuros, acerca da temática abordada, bem como, vislumbra a discussão de fomento para novos trabalhos que reflitam a temática. A partir daqui, são delineados dois caminhos de discussões abrem as possibilidades de análises reflexivas, são eles: defesa da descriminalização do porte para consumo próprio sendo caracterizado como problemas de saúde pública (levando-se em consideração os âmbitos sócio culturais e econômicos do sujeito e a própria criminalização que tem por base defender que o consumo individual age diretamente sobre o comportamento do traficante de drogas.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Princípios Fundamentais. Uso de drogas.

ABSTRACT

The present work carries out a theoretical approach on the theme Criminalization of personal drug use and its violation of the Fundamental Principles, in order to promote a discussion about the inability of a prohibitionist policy perpetrated over the years, exposing the user who carries drugs for recreational consumption and legally characterizing him as a criminal. Old national legal provisions are presented, dealing with the topic of drugs. In its second section, an explanation was made regarding the constitutional principles, in theory, violated by the applied sanction policy. As well as, in a third moment, an attempt was made to deepen in relation to the crime of possession of drugs, when destined for personal consumption, as provided by the current law. Sequentially, a third chapter was proposed that proposes a more critical-comparative analysis of the penalties provided for in the Brazilian Penal Code and the foundations of Fundamental Rights ensured by the Federal Constitution of Brazil. The objective of the present study is listed in the discussion regarding the (in) constitutionality of article 28 of Law no. 11,343 / 2006. The problematic part of the questioning: "is an individual who carries illicit drugs for his own consumption and does not interfere with the right to come and go of third parties to be considered criminal, constitutional?" It is understood that such questioning is relevant in the sense of guaranteeing the constitutional rights of the citizen who is a drug user, in a recreational and individual character. Based on this premise, the present cross-sectional study is outlined with a qualitative approach, based on journals, legislation and jurisprudence. They were adopted as methodological procedures based on bibliographic and commented analyzes. It is believed in the relevance of the theme, the present research is justified as a contribution to the academic environment, current and future studies, about the theme addressed, as well as, it envisions the discussion of promotion for new works that reflect the theme. From here, two paths of discussion are outlined that open the possibilities for reflective analysis, they are: defense of the decriminalization of possession for own consumption being characterized as public health problems (taking into account the subject's socio-cultural and economic spheres and the criminalization itself that is based on defending that individual consumption acts directly on the behavior of the drug dealer.

Keywords: Unconstitutionality. Fundamental principles. Use of drugs.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	POLÍTICA BRASILEIRA DE DROGAS	10
2.1	A construção do estigma na política de enfrentamento ao uso de entorpecentes	14
2.2	Distinção entre uso e tráfico de drogas	18
2.3	A importância do artigo 28 da Lei Nº 11.343/2006	19
3	DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE NO PLANO DA DISCUSSÃO DA POLÍTICA DE DROGAS	20
3.1	Pós positivismo jurídico e a força normativa dos Princípios Constitucionais	20
3.2	Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988 ..	23
3.2.1	Igualdade e Isonomia como Direitos Fundamentais	26
3.2.2	O direito à liberdade e a Legislação	27
3.2.2.1	Entendendo a violação à autonomia individual	28
3.2.3	Observância da Lei aos direitos à intimidade e à vida privada	29
3.2.4	A forma da violação do Direito de Privacidade	29
4	ALGUNS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006 – LEI DE DROGAS	31
4.1	As alterações significativas da Lei de Drogas Nº 11.343/2006 no contexto penal ao usuário de drogas	32
4.2	O tratamento dispensado ao traficante e penas cominadas	35
4.3	As novas figuras típicas previstas na Lei Nº 11.343/2006	36
4.4	A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei Nº 11.343/2006	38
4.5	Entendendo a violação do Princípio da Proporcionalidade	41
4.6	Como ocorre a violação do Princípio da Lesividade/ofensividade	42
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	44
	REFERÊNCIAS	47

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a reunir estudos e reflexões acerca da temática da criminalização do uso pessoal de drogas e sua violação aos direitos fundamentais. O interesse por tal temática, surgiu no início do curso de graduação em Direito quando, em estudos, o contato com referenciais bibliográficos que abordam os Direitos Fundamentais do cidadão foi iniciado. A partir de então, despertou-se o censo investigativo de compreensão das premissas que envolvem a criminalização e o respeito a tais direitos.

Para nortear o desenvolvimento dos estudos presentes neste trabalho foram estruturados três capítulos, de modo a permitir a sequência lógica da exposição e a abordagem da temática proposta.

A saber: o primeiro debruça-se sobre a questão histórica da política antidrogas, traçando a trajetória que abrange desde sua criação até sua aplicação, na atualidade. Sequencialmente, apresenta-se um estudo sobre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. No segundo, traça-se as definições dos Princípios Fundamentais do cidadão, presentes na Constituição Federal Nacional. O terceiro capítulo, aborda, criticamente, o atual conjunto legal que embasa a Lei de Drogas – art. 28, foi estruturado para trazer as discussões sobre as possibilidades de descriminalização do uso pessoal de drogas.

Cada capítulo foi desenvolvido no sentido de abordar a temática desde sua concepção até os dias atuais. Entende-se a importância de promover – ao longo do trabalho – informações pertinentes que favoreçam as discussões acerca da legitimidade da descriminalização do usuário de drogas, flagrado com sua posse.

A problemática parte do questionamento: um indivíduo que porta drogas ilícitas para consumo próprio e não interfere na autonomia de terceiros ser considerado criminoso, legalmente, é constitucional? Entende-se que tal questionamento é relevante no sentido de garantir os direitos constitucionais do cidadão que é usuário de drogas, em caráter recreativo e individual. E que este, por sua vez, ao ser tratado pelos rigores da legislação vigente de combate à droga não se configura, necessariamente, como criminoso.

De acordo com Goffman (2017) o estigma que se contrapõe ao direito de liberdade e autonomia do sujeito. Trata-se de caracterizar o indivíduo com um

estereótipo criado a partir da observação pessoal ou de grupos sociais, a partir de juízos de valor diante de um comportamento que não se enquadra nos padrões pessoais, deste grupo. O que pode promover uma “marca” permanente no comportamento do indivíduo julgado, estigmatizado.

A partir desta premissa, traça-se o presente estudo de caráter transversal com abordagem qualitativa, embasado em periódicos, legislações e jurisprudências. Foram adotados como procedimentos metodológicos baseados em análises bibliográficas e comentadas.

Visando investigar até que ponto a prevenção de danos incertos, eventuais e futuros é compatível com o direito penal sem que haja violação de direitos fundamentais do usuário de drogas. E, ainda levantar o debate acerca da caracterização, perante a legislação vigente, do usuário e do traficante para fins jurídicos. Como objetivo principal é contribuir para a reformulação do art. 28 da Lei nº 11.343/06, no sentido de promover a constitucionalidade de suas bases para julgamento de usuários pessoais de drogas.

Acredita-se na relevância do tema, a presente pesquisa é justificada como contribuição ao ambiente acadêmico estudos atuais e futuros, acerca da temática abordada, bem como, vislumbra a discussão de fomento para novos trabalhos que reflitam a temática.

A partir daqui, são delineados dois caminhos de discussões abrem as possibilidades de análises reflexivas, são eles: defesa da descriminalização do porte para consumo próprio sendo caracterizado como problemas de saúde pública (levando-se em consideração os âmbitos sócio culturais e econômicos do sujeito e a própria criminalização que tem por base defender que o consumo individual age diretamente sobre o comportamento do traficante de drogas.

Ora, se o uso individual não interfere no bem-estar social, e o usuário o utiliza para seu prazer e satisfação recreativa, criminalizar tal ação reflete inconstitucionalidade, uma vez que fere os princípios e garantias constitucionais do cidadão.

2 POLÍTICA BRASILEIRA DE DROGAS

Este capítulo se propõe a contextualizar historicamente, a legislação brasileira, no que se refere às drogas e analisar conceitos acerca dos Direitos Constitucionais e Fundamentais da pessoa, tomando como base a política antidrogas, adotada.

Em âmbito nacional, o principal instrumento normativo sobre o tema é o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Lei 11343/06), que estabelece as normas para o tratamento de usuários e dependentes de substâncias ilícitas e para a repressão à venda ilegal, além de tipificar crimes ligados à droga, com suas respectivas penalidades. Uma vez que a lei não especifica quantidades que caracterizam consumo pessoal ou tráfico – sendo este passível de penalização –, essa avaliação é de responsabilidade da polícia, a partir de critérios subjetivos e fortemente ligados à cor, à classe social, ao território e ao segmento etário.

Uma pesquisa divulgada em 2013 pela Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas e pela Fiocruz mostra que, entre os usuários de crack detidos no ano anterior, 13,9% dos casos eram devidos ao uso ou posse de drogas e, 9,2%, a furto ou roubo. Apenas 5% das detenções estavam associadas ao tráfico ou produção de drogas. Ainda segundo o mesmo estudo, esse contingente é caracterizado por jovens, homens, negros e pouco escolarizados, geralmente em situação de grande vulnerabilidade social. Assim, no Brasil e em outros países, percebe-se que a “guerra às drogas” afeta, sobretudo, a parcela da população que está mais vulnerável ao problema. Trata-se, na realidade, de uma guerra contra as pessoas (CARNEIRO, 2016).

Vale inserir, neste ponto da pesquisa, que o uso de substâncias extraídas da natureza como suporte para diminuição de dor, foco no relaxamento, sua aplicabilidade para integração com forças de cunho religioso, diversão são registrados desde o início da agricultura, em 10.000 anos a.C – cultivo realizados sem relação com uso psicotrópico. Na América Central, de acordo com Carneiro (2016), foram encontrados indícios de uso das folhas de coca, 3.000 anos a.C., sendo aceitas como presentes de suas divindades.

No Brasil, há registros de uso de chá ayahuasca – Santo Daime – na região amazônica a 2.000 anos a.C, sendo mantida, na atualidade, por diversas culturas. O ópio (presente nas culturas: egípcia, chinesa, persa e romana, além do Oriente que é o espaço geográfico originário da planta – papoula), é um outro exemplo de culturas

diversas que utilizam substâncias entorpecentes extraídas das plantas, principalmente, entre os séculos XVIII e XIX, chegando ao século XX com as casas de ópio. Havendo destaque para os opiáceos (substâncias derivadas do ópio): morfina, codeína utilizadas na medicina e, ainda, a heroína – usada como entorpecente (CARNEIRO, 2016).

Com o passar do tempo e a formação das diferentes sociedades e a ampliação do uso das drogas movimentou governos em todo mundo em discursões acerca da regulamentação do consumo dessas substâncias. A mudança de visão dos governos sobre as drogas se deu a partir do século XIX.

O Código Penal Brasileiro de 1890, o primeiro da República, por exemplo, caracterizava crime contra a saúde pública se o indivíduo apresentasse sofrimento relacionado à privação/ alteração temporária ou permanente de suas faculdades psíquicas ou funções fisiológicas, determinando pena de prisão de um a seis anos e multa (KARAM, 2014).

Nos Estados Unidos, a criação da Lei Seca em 1920, proibiu a fabricação, o comércio, o transporte, a importação/ exportação de bebidas alcoólicas no país. A legislação fomentou o surgimento de um forte mercado clandestino que financiava as famosas máfias de Al Capone e companhia (MIRANDA, 2020). A legislação foi revogada em 1933. No Brasil, um decreto presidencial de 1921 estabeleceu "penalidades para os contraventores na venda de cocaína, ópio, morfina e seus derivados" (IBDEM).

A legislação, assim como boa parte das normas de outros países, veio a reboque da primeira convenção internacional sobre drogas, assinada em 1912, em Haia, na Holanda. O texto foi ratificado em 1922 pela Liga das Nações, entidade que antecedeu a Organização das Nações Unidas – ONU (PEDRINHA, 2020).

Os registros supracitados precedem o poder econômico que as drogas detêm e criam uma forma de comercialização em suas formas lícita ou ilícita que movimenta a economia mundial, de forma legalizada ou não. Neste patamar, surge o comércio ilegal – o tráfico de drogas.

Tráfico e consumo de drogas são duas problemáticas importantes e atuais nas sociedades. Entram, nas discussões sobre as temáticas, as questões de dependência química, problemas psiquiátricos, sociais e policiais. Tornaram-se uma das maiores preocupações políticas e de especialistas no assunto, uma vez que as ações

comprometem – de forma significativa – a qualidade de vida das pessoas (além de afetar indiretamente familiares e sociedade.

Juridicamente, tratando sobre a temática de drogas, Melo (2011, p.2), destaca que a Legislação brasileira reconhece três tipos de drogas:

(...) têm-se as consideradas livres, as quais qualquer um pode adquirir, sem que haja controle por parte do Estado quanto à sua obtenção, como exemplo temos o álcool, cigarro, entre outras. Em segundo lugar, têm-se as de uso controlado, ou seja, o Estado limita os meios de obtenção através de políticas restritivas, como as que exigem o receituário médico. E, em terceiro lugar, têm-se as de uso proibido, que é a de objeto deste trabalho, em que o Estado proíbe tanto o comércio quanto o consumo.

O governo, através de órgãos oficiais e de diferentes especialistas, trava discussões e desenvolvem inúmeras estratégias como recursos disponíveis para reduzir a demanda e a oferta de drogas em todo o território nacional. Neste sentido, uma das estratégias mais comuns utilizadas está apoiada na ideia de prevenção e repressão na busca do combate às drogas, ao narcotráfico e aos traficantes.

Analisando até que ponto a prevenção de danos incertos, eventuais e futuros são compatíveis com o direito penal - sem que haja violação dos direitos fundamentais. Direitos, estes, que estão presentes na Constituição Federal de 1988, configurando garantia de respeito e preservação jurisprudencial.

Partindo de levantamento histórico, identificou-se que no ano de 1940, o Código Penal Nacional vigente trouxe a postura adotada pelo Brasil de não criminalizar o consumo pessoal de drogas. Tal postura foi embasada na premissa de que consumo e dependência eram considerados doenças, embora usuários não fossem tipificados no Código Penal.

Nota-se que a terminologia de uso de drogas é utilizada para configurar o sujeito humano que utiliza a droga para fins pessoais. O que não caracteriza, por si só, o uso, como crime.

Contudo, sujeito à internação obrigatória em contraponto com o Princípio da Autonomia da Vontade. A saber: consiste no “poder de escolha, de estipular de forma livre, a disciplina de seus interesses e vontades” (PEDRINHA, 2020, p. 57). A possibilidade legal de internação retira, do indivíduo, a possibilidade de escolher, por si só, seus caminhos e realizar seus desejos no âmbito pessoal.

No ano de 1973, foi adotado, no Brasil, o Acordo Sul-Americano sobre Estupefacientes e Psicotrópicos sancionados pela Lei Nº 6.368/1976, que passou a

separar os agentes penais do traficante e do usuário. Expressando, assim, a necessidade de Laudo Toxicológico para comprovação do uso de substâncias entorpecentes (PEDRINHA, 2020, p. 57). Este é um avanço importante, pois, legislativamente, surge a necessidade de se apresentar provas concretas – a partir de exames – para caracterizar o critério de entorpecência.

A historicidade da temática atinge seu auge quando, em 1988, é promulgada a Constituição Federal. Nela, são positivadas as conquistas de direitos e garantias individuais, revogando a estrutura anterior – redigida no período da Ditadura Militar. Tais direitos e garantias visam resguardar o indivíduo humano a sua liberdade e autonomia.

A Constituição determinou as configurações que qualificam o tráfico de drogas ilícitas como crime inafiançável e perdurável, ou seja, sem perdão. Em sua complementação, a Lei Nº 8.072/1990 – Lei de Crimes Hediondos proíbe “o benefício ao indulto de liberdade provisória e dobrou os prazos processuais, com o objetivo de aumentar a duração da prisão provisória” (MIRANDA, 2020, p. 125). Mais uma vez, destaca-se o caráter proibicionista e coercivo da legislação.

Um dado importante a ser destacado é o fato de que a Constituição Federal de 1988 determinou que o tráfico de drogas é crime inafiançável e sem anistia. Na sequência, a Lei de Crimes Hediondos (Lei Nº 8.072/90), proibiu o indulto e a liberdade provisória e, ainda, dobrou os prazos processuais, com o objetivo de aumentar a duração da prisão provisória.

A Lei de Drogas de 2006, para Bianchini (2013), retirou a pena de prisão para usuários e dependentes portadores de droga ou planta com finalidade de consumo pessoal, não excluindo sua tipificação e criminalização no Código Penal. Promovendo a diferenciação do traficante profissional do eventual (PEDRINHA, 2020). Esse foi outro momento histórico de destaque que ocorreu em 2007, na cidade do Rio de Janeiro. Embora seja uma evolução positiva a retirada da pena, destaca-se que a tipificação e a criminalização ainda são mantidas.

A Lei se revela avançada em muitos aspectos, inovadora em termos de legislações acerca do tema. Por exemplo, no que diz respeito ao reconhecimento de políticas de redução de danos como uma das modalidades de cuidado. Um outro grande destaque é a questão da despenalização do porte de drogas para uso pessoal: a conduta segue considerada crime, mas sujeita às penas alternativas à prisão.

Para atender às necessidades de sediar a Copa do Mundo em 2014 e, posteriormente, as Olimpíadas de 2016, e, ainda, para responder às críticas internacionais com relação a falta de políticas públicas direcionadas ao combate ao tráfico de drogas, na mesma cidade, foi criada uma Força Nacional de Segurança para dar suporte às operações nas favelas (IBDEM, 2020). No sentido de coibir o tráfico de drogas nas comunidades onde a sua atuação é dominante.

Foram criadas as UPP's – Unidades Pacificadoras de Polícia, com o apoio das Forças Militares. Seu principal objetivo era reforçar a repressão e combater o tráfico de drogas. Sua atuação foi direcionada para comunidades controladas pelo tráfico de drogas. Configurou-se como uma resposta social e internacional no trato coercitivo e inibidor de combate às drogas.

Neste ponto, vale destacar o grande avanço no plano do simbolismo da Lei de Drogas que enfatizar os aspectos não jurídicos da política de drogas e consolidar a posição de que a questão não seria tratada apenas pela via do Direito Penal. Além de abrir espaço às políticas de prevenção e reinserção social, mostrou o quão complexa é essa política e que depende de ações amplas de responsabilidade compartilhada por toda a sociedade.

Como se percebe, ao longo da história, no Brasil a legislação apresenta avanços no tocante à repressão ao uso, manuseio e tráfico de drogas, no sentido de revisar a política nacional antidrogas e possibilitar a estruturação de estratégias mais eficientes que apoiem esse combate (PEDRINHA, 2020).

No sentido de ilustrar tal reflexão, faz-se necessário apresentar o estudo acerca da atuação da Constituição e suas implicações, que será abordada no item subsequente a este.

2.1 A construção do estigma na política de enfrentamento ao uso de entorpecentes

Sócio e culturalmente, temos a tendência de observar características comportamentais uns dos outros, e categorizá-las como padrões de natureza comum entre os indivíduos e separá-los, a partir dessas características, em grupos. Os próprios ambientes sociais se estruturam em categorias a partir de sua união.

De acordo com Goffman (2017), as rotinas de relação social e a formações dos grupos sociais em ambientes estabelecidos, partem da forma como nos relacionamos com os outros. Muitas vezes, sem a atenção necessária para reconhecer as

capacidades intrínsecas do outro. A partir daí, formamos nossos juízos de valor sobre uma pessoa e sobre os grupos sociais ao nosso redor. É a chamada “identidade social” que é criada nos princípios normativos esperados por nossas personalidades.

Temos a necessidade de categorizar posturas, sentimentos, ações e todos os comportamentos que permeiam nosso desenvolvimento humano. Isso pode, na maioria das vezes, interferir na percepção de que as exigências normativas podem nos fazer ignorar o significado de tais exigências e promover a inclusão e/ou exclusão de comportamentos de forma estigmatizadora (GOFFMAN, 2017).

Apresenta-se o termo: “estigma” que tem referência direta com atributos depreciativos aos indivíduos. Elencados por cada ser social, a partir de suas próprias observações e juízos de valores. Refletindo concepções a partir de observações subjetivas de um sujeito ou grupo (GOFFMAN, 2017). Assim é realizada com o usuário de droga: visto como marginal, desregrado dos parâmetros sociais.

Cabe a explanação da caracterização do usuário de droga que, no art. 28 da Lei de Drogas é quem: “adquirir, guardar ou tiver depósito, transportar ou trazer algo consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” (BRASIL, 2020).

Nota-se que adquirir é comprar, possuir. O termo guardar tem referência real com esconder. Ter depósito é o mesmo que manter sob controle. Já o transporte é relacionado à ideia de deslocar de um local para outro. Em complementação, trazer consigo é o mesmo que portar.

Tais condutas presentes no art. 28, trazem à tona a relação dolosa da posse de drogas. Não há previsibilidade de culpabilidade. O que significa que o indivíduo que portar droga, mesmo sem saber do que se trata, está em erro perante a Lei. O estigma, tratado por Goffman (2017), aparece correlatado a partir do momento que o art. 28 generaliza a classificação de dolo.

Destaca-se que a Lei buscou a diferenciação entre usuário e traficante. Sendo a segunda categoria tratada com mais rigor, aumento da repressão à atuação dos traficantes, abrandando a Lei para os usuários. Não prevendo mais pena de prisão ao porte de drogas para uso pessoal e aumentando a pena para o tráfico. Não só no Brasil, mas também, na América Latina.

Porém, a própria legislação encontra dificuldades em estabelecer a diferença entre usuário e traficante. O que frustrou a expectativa criada em 2006 de afastar a Política de Drogas de seu aspecto jurídico-penal.

Ainda que o sujeito seja usuário dependente químico ou usuário recreativo se ele tem uma quantidade de droga consigo, porta ou tem em seu lar é considerado criminoso, mesmo que este comportamento não ofereça perigo social.

Trata-se aqui, portanto, da estigmatização do usuário de drogas como criminoso que põe em risco a sua segurança pessoal e daqueles que permeiam o meio social. Tais considerações têm referência com os possíveis comportamentos adotados por indivíduos estigmatizados que

Em vez de se retrair, o indivíduo estigmatizado pode tentar aproximar-se de contatos mistos com agressividade; mas isso pode provocar nos outros uma série de respostas desagradáveis. Pode-se acrescentar que a pessoa estigmatizada algumas vezes vacila entre o retraimento e a agressividade, correndo de um para a outra, tornando manifesta, assim, uma modalidade fundamental na qual a interação face-to-face pode tornar-se muito violenta (GOFFMAN, 2017, p. 18).

Levar em consideração que o usuário de droga o faz para uso individual e recreativo, sem promoção de prejuízos físicos ao meio social, é fazer valer seu direito à liberdade e proteger sua integridade moral.

Perante a sociedade, passa a ser visto como delinquente, ainda que seja um “cidadão de bem” e que mantenha uma postura minimamente coerente aos padrões sociais de residência, trabalho e relações humanas.

Mantendo o apoio nos estudos de Goffman (2017), destaca-se que uma vez o estigmatizado quanto a sociedade – em situações sociais comuns – convivem a tendência é seguir com naturalidade. Mesmo que ambos percebam a compreensão do estigma no olhar de julgo e na posição de julgado. Tratando como vítima ou vilão da situação vivenciada.

Entre seus iguais, o indivíduo estigmatizado pode utilizar sua desvantagem como uma base para organizar sua vida, mas para consegui-lo devendo-se resignar a viver num mundo incompleto. Neste, poderá desenvolver até o último ponto a triste história que relata a possessão do estigma. (GOFFMAN, 2017, p. 21)

Em sentido semelhante, Gomes (2011, p. 122) advoga que não existe crime ou perigo concreto de lesão “ao bem jurídico tutelado, ou seja, admite-se a intervenção do Direito Penal apenas quando houver uma lesão concreta ou real.” Observa-se que não há, legalmente, admissão de punição por crimes de perigo abstrato.

Neste ponto, abre-se espaço para a reflexão de que a implicação de dolo no flagrante de porte de droga pelo usuário, por si só, não configura eminência de lesão concreta. Parte-se da estigmatização de crime por se tratar de droga ilícita, mesmo não sendo este sujeito produtor e/ ou distribuidor da mesma.

A ilicitude da droga, bem como, sua comercialização, promovem o surgimento das facções criminosas que tomam para si, o mercado fortalecedor do tráfico. Com efeito cadeia, os órgãos públicos reprimem os traficantes que, sequencialmente, são substituídos por novos traficantes que mantém o sistema atualizado e fortalecido.

Continua Gomes (2011, p. 122): “logo, por força da ausência de transcendentalidade da ofensa, não haverá crime diante da ofensa a bens jurídicos pessoais”, sendo, portanto, garantido o direito à liberdade e respeito à individualidade da pessoa humana. Uma vez que, a própria Constituição Federal, reconhece o direito da isonomia e igualdade do indivíduo humano.

O que nos remete ao entendimento de que o porte de drogas para consumo pessoal permeia o âmbito da vida privada do indivíduo, não devendo se caracterizar como crime penal, partindo apenas de sua conduta. Uma vez que, tal julgo, fere o princípio de liberdade individual prevista na Constituição Federal. E, ainda, pode configurar-se como parâmetro de julgamento pessoal, em juízo, ferindo a regra de impessoalidade conferida ao Direito Penal.

Lima (2016, p. 707) menciona que em regra, caso o indivíduo seja flagrado efetuando o uso de drogas “deverá responder então pelo delito de portar a droga para consumo pessoal e não pelo simples ato de usar que é uma conduta atípica”.

Destaca-se que os termos: “conduta atípica” têm relação direta com condutas ilícitas relacionadas à ordem pública, delitos contra o patrimônio público ou privado de outrem e/ lesões de cunho físico a outrem.

Entende-se que criminalizar e punir o usuário pelo fato de portar a droga não se configura como a forma mais eficaz de repreender seu uso. Uma vez que, levando-se em consideração que o porte dessa droga diz respeito ao seu uso individual, recreativo no âmbito pessoal, não oferecendo risco ou periculosidade à ordem pública ou privada de outras pessoas; não se configura crime.

2.2. Distinção entre uso e tráfico de drogas

Na Lei de Drogas, não se encontra os critérios para o julgo da diferenciação entre usuário e traficante de drogas. O que abre espaço para debates subjetivos e promove ao usuário penalidade ligada ao tráfico.

Tal análise parte do estudo da referida Lei em seu art. 33º. O usuário faz o consumo pessoal da droga ilícita, porém, tal ato, perante a legislação vigente, permite que o próprio sistema penal seja seletivo ao julgo da penalização desse indivíduo.

Essa situação gera imprecisão normativa, de acordo com Karam (2014), qualificando o usuário de acordo com as características de agente criminoso. Dessa forma, a definição do enquadramento, nos rigores legais, no crime de tráfico, além da quantidade de droga portada, é a condição de marginalização a qual o sujeito é exposto.

E, mais uma vez, observa-se o sistema estigmatizador (Goffman, 2017) atuando sobre o julgo das condições sociais e econômicas que cercam o sujeito. Ora, não confere ao sujeito o caráter de crime fazer suas próprias escolhas.

O fato do porte de droga para consumo pessoal, por si só, não se configura crime. Levando-se em consideração que o sujeito não cometeu nenhum ato ilícito antes do flagrante, sua criminalização confere-lhe um estigma negativo pela condição de portar a droga.

Destaca-se que a falta de clareza legislativa sobre a diferenciação entre usuário e traficante de drogas pode configurar-se como instrumento condenatório e ferino para a imagem do indivíduo.

A Lei de Drogas apoia-se em critérios subjetivos, deixando à critério de julgo pessoal de cada juiz para enquadrar o indivíduo ou como traficante ou como usuário e definir sua penalização.

Além de não determinar os tipos de substâncias ilícitas/ controladas. De acordo com Karam (2009), a Lei considera – para fins jurídicos – drogas a proibição de uso de substâncias entorpecentes.

Delineia-se, a partir deste ponto, na própria legislação as novas figuras previstas na Lei Nº 11.343/2006: o traficante e o usuário de drogas, os quais trataremos no capítulo terceiro, deste trabalho. Na sequência, busca-se manter um diálogo discursivo acerca do art. 2º da referida Lei que se dedica a regulamentar proibições e permissões de cultivo e produção de drogas.

2.3 A importância do art. 2º da Lei Nº 11.343/2006

A redação do art. 2º da Lei de Drogas, traz, em seu escopo, a proibição – em todo território nacional – as drogas. Tal proibição tem relação com a cultura e produção, ressalvando autorizações regulamentares ou legais, no diz respeito às plantas de uso em rituais e cerimônias religiosas. E, ainda, em seu parágrafo único, destaca que a União pode autorizar a cultura para fins medicinais ou científicos, respeitados prazos determinados, fiscalização (GOMES, 2011).

Reflete-se aqui, que o referido artigo estrutura as exceções, justificando a utilização do produto destacando que estas, presentes no texto da Lei, são apenas legais. Na prática, o artigo prevê – antes de sua própria vigência – a possibilidade de manutenção da cultura, colheita e produção de insumos para a fabricação de drogas, não esclarecendo as possíveis formas de acompanhamento dessas autorizações e fiscalização acerca desses plantios. Bem como, não estabelece as instâncias legais que acompanharão os casos autorizados.

No próximo capítulo, traz-se um aprofundamento relativo aos Direitos Fundamentais, no sentido de discutir acerca da política de drogas adotadas, no Brasil, e a possível violação desses direitos. Acredita-se que os mesmos não encontram garantia na Lei, em especial, no que diz respeito às liberdades humanas.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE NO PLANO DA DISCUSSÃO DA POLÍTICA DE DROGAS

Nesta seção, aborda-se os Direitos Fundamentais à liberdade, uma vez que está centrada na garantia de respeito ao ser humano, a Constituição Federativa Brasileira, traz em sua estrutura, o reconhecimento dos Princípios Fundamentais que regulamentam a garantia de respeito aos direitos dos cidadãos. Cabe, aqui, a busca de uma compreensão geral acerca do ordenamento jurídico: seu posicionamento filosófico empregado ao exercício do Direito.

Em se tratando de ordenamento jurídico, destaca-se a corrente do positivismo que “tem forte relação com os princípios constitucionais ligados à ética e à moral, pois são elas que constituem a própria razão da norma” (BARROSO, 2020, p. 12). Subsequentemente, se relaciona com a reflexão filosófica das bases sociais, individuais e constitucionais que conferem ao sujeito humano princípios e direitos que fundamentam suas posturas e que são expressas e garantidas na própria Constituição.

Para discutimos sobre tais princípios, é importante conhecê-los. O próximo subtópico traz um panorama geral dos Princípios Constitucionais.

3.1 Pós positivismo jurídico e a força normativa dos Princípios Constitucionais

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do Século XX. Nele estão presentes: a modernidade, o poder limitado, a dignidade da pessoa humana, a centralidade dos direitos fundamentais, a justiça material e a tolerância. A Constituição passou a ser um instrumento operacional indispensável para todos os operadores jurídicos.

Com isso, um novo pensamento jurídico e filosófico entra em cena para impor limites valorativos ao aplicador do direito, traz o enfoque nas decisões de flagrante - o pós positivismo. Vale destacar as principais diferenças e conceitos de entre neoconstitucionalismo e de pós positivismo.

O neoconstitucionalismo tem início no segundo pós-Guerra e atinge seu auge na contemporaneidade – ideologia ou metodologia constitucional; já o pós positivismo se caracteriza como o embasamento da filosofia do direito para o neoconstitucionalismo. Em linhas gerais, um é complemento do outro no sentido de

justificar posicionamentos jurídicos e filosóficos, configurando ao Direito Constitucional a amplitude de entendimento humano em julgo.

De acordo com Barroso (2018, p. 22), “o marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo”. O pós positivismo pode ser encarado como a concepção teórica do neoconstitucionalismo

A partir daqui o operador do direito pode identificar princípios norteados em valores relevantes e aplicá-los concretamente, mesmo que a lei não os contemple de pronto ou lhes seja contrária. Ou seja, o pós positivismo proporciona ao legislador observar os princípios fundamentais, presentes na Constituição, e fazer uso concreto, dos mesmos, ainda que a própria legislação não tenha claro sua existência e/ ou aplicabilidade nos casos.

Assim, é possível afastar determinada norma quando sua aplicação concreta é buscar justiça. Os princípios jurídicos são aceitos, então, como “pautas axiológicas, abertas e indeterminadas” (MENDES et al., 2007, p. 121).

Para Barroso (2018), o pós positivismo vai além da estrutura da ilegalidade estrita: busca a compreensão através de uma leitura moral do Direito, tendo sua interpretação, bem como aplicação – no tocante ao ordenamento jurídico – baseadas em uma teoria de justiça sem deixar-se contaminar por nuances pessoais ou voluntárias.

Observa-se que o pós positivismo busca configurar o julgo do Direito como uma ferramenta de distanciamento dos padrões pessoais ou voluntários, elevando os padrões jurídicos valorizando o próprio sistema jurídico.

Compreendendo que a posição legislativa deve configurar-se e compor-se de maior distanciamento pessoal dos que atuam em seu âmbito e mais aproximação dos fundamentos legais, apoiados na Constituição Federal. Mantendo o respeito e assegurando o direito ao julgo imparcial.

Cabe, aqui, a inserção de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: o direito à dignidade da pessoa humana. Quando há violação dos princípios fundamentais da isonomia, igualdade, liberdade, intimidade e vida privada dos indivíduos, viola-se também a liberdade de agir (KARAM, 2009). Está prevista e assegurada na Constituição e reforça o entendimento do sujeito humano e suas particularidades.

O princípio da humanidade ou dignidade da pessoa humana, encontra previsão no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, e busca garantir a liberdade dos indivíduos por meio da limitação do poder do próprio Estado.

Dignidade, segundo Agostini (2020, p. 67) embasado no entendimento de Kant, pode ser definida, como:

[...] um sentimento que impede que os seres humanos sejam tratados simplesmente como um meio, isto é, que sejam manipulados, instrumentalizados; e que, fundado na reciprocidade entre os seres humanos requer desses, que podem exercer sua capacidade de moralidade, não tratar como meros meios aqueles que não podem, mas considerá-los como fins em si mesmos, isto é, como se estivessem em condições para tal [...].

Para Lima (2012, p.33) “[...] o preceito do artigo 28 agride o princípio da dignidade humana, o qual possui posição privilegiada na Carta Magna por ser considerado basilar e norteador de toda e qualquer interpretação da ordem jurídica”.

Moraes (2016, p. 60) complementa que a dignidade da pessoa humana se manifesta na “autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto deve assegurar.”

O referido autor ainda destaca que, de modo excepcional, podem ocorrer limitações ao exercício dos direitos fundamentais, porém, sem “menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos” (MORAES, p. 60).

Nota-se, ser este um dos princípios basilares na construção de uma sociedade, quase que, utopicamente, almejada, um Estado ideal, de completa harmonia, em que o indivíduo é livre para agir, conforme seu arbítrio e sua íntima moralidade, livre das amarras impositivas dos poderes estatais.

Ocorre, uma “quebra” no parâmetro da estigmatização do indivíduo social (Goffman, 2017), uma vez que a dignidade da pessoa humana é reconhecida como característica a ser respeitada e preservada, no cerne da legislação. Sendo este, o viés de garantia de reconhecimento e manutenção da pessoa humana. Permitindo-lhe a preservação no sentido de reservar-lhe o direito a ter suas individualidades garantidas.

A seguir, apresenta-se uma abordagem teórico-reflexiva sobre os Direitos Fundamentais e seu elenco.

3.2 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988

Nesta etapa do presente trabalho, continuaremos revisitando a história na década de 1980: a estruturação da Constituição no Brasil. Esse foi um período em que o país enfrentava o autoritarismo imposto pela Ditadura Militar.

As decisões jurídicas não tinham relação direta com a constitucionalidade. A forma de trabalho jurídico partia da premissa pessoal de cada integrante do processo penal, ao qual o sujeito era disposto. Uma característica peculiar desse período, é a supremacia do Legislativo em detrimento da seguridade dos direitos do sujeito humano.

Em 1988, foi promulgada a Constituição e, aliada à jurisprudência, houve a promoção do rompimento com as constituições anteriores. Antes de 1945, a Europa utilizava o modelo supremático do “Poder Legislativo – seguindo a doutrina inglesa de soberania do parlamento, da concepção francesa da lei como vontade geral” (BARROSO, 2018, p. 8).

Ao final da década de 1940, um novo modelo inspirado no americano foi adotado e promovia a supremacia constitucional dos direitos fundamentais. Ou seja, a proteção de tais direitos caberia, a partir de então, ao Poder Judiciário. Surgia um modelo de controle de constitucionalidade que, de acordo com os estudos de Barroso (2018), associado à criação dos tribunais, garantiam o reconhecimento e garantia de respeito aos direitos fundamentais do cidadão.

Os primeiros países que passaram a integrar esse modelo foram: Alemanha e Itália. Posteriormente, os tribunais constitucionais tomaram toda a Europa Continental, o fluxo de democratização que ocorreu com intensidade na década de 1970, agregando: Grécia, Espanha, Portugal, Bélgica e o leste europeu. Na África e, atualmente, apenas Holanda e Luxemburgo não adotaram modalidade judicial (BARROSO, 2018).

Voltando ao Brasil, o controle de constitucionalidade ainda é moldado na Primeira Constituição Republicana de 1891, formatado na ação direta que foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16 de 1965. Com a Constituição de 1988, houve avanço no sentido de inovar na criação de mecanismos que se concentram no controle de ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental, como destaca Barroso (2018, p. 10), citando a competência originária (CF, art. 102, I) e o recurso ordinário (CF, art, 102,

III): “o sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer (...) por via de recurso ordinário e em processos objetivos, aos quais se veiculam as ações diretas”.

O Poder Judiciário tem a autonomia para julgar a incompatibilidade, dentro da própria Constituição, invalidando – em consenso – a incompatibilidade normativa dos enunciados, mas sem conferir autoridade para mudar na ordem jurídica ou criar comando que não estejam registrados na Constituição. Seu papel é a garantia de julgo dos direitos constitucionais e a validade dos direitos de cada cidadão brasileiro, perante a lei.

Os Direitos Fundamentais cumprem a função de reconhecer - não só no âmbito jurídico – as normas para que os poderes públicos, em exercer o julgo a partir da liberdade positiva (garantir o exercício dos direitos individuais, positivamente), como também evitar “lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)” (MASSON, 2016, P. 52). Em outros termos, trata-se de garantir a individualidade do sujeito humano, mediante sua liberdade e a de outrem; seja no campo pessoal quanto no campo coletivo.

Sua legitimidade perante a Lei, confere ao sujeito a integridade de sua identidade pessoal (Goffman, 2017), bem como, assegura que seus direitos constitucionais serão premissas para a emissão de sentença de seus atos. Ora, o sujeito humano é dotado de necessidades e parâmetros que são só seus e interferem negativa ou positivamente em seu desenvolvimento.

Portanto, constitucionalmente, os direitos assegurados visam preservar a identidade pessoal desse sujeito humano. Conferindo-lhes respeito ao direito de liberdade e à sua individualidade.

Apoiando-se nos estudos de Mendes (2007, p. 234), que faz uma análise sobre a expressão direitos humanos: “é reservada para aquelas reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem (...)”. Em contrapartida, os direitos fundamentais estão relacionados aos direitos individuais. Ele continua: “(...) inscritos em textos normativos de cada Estado, que vigoram numa determinada ordem jurídica, garantidos e limitados no espaço e no tempo, pois são assegurados na medida em que cada Estado os estabelece” (IBDEM).

A diferenciação entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais diz respeito – além da expressão semântica – ao seu próprio conteúdo: a primeira refere-se ao respeito às necessidades essenciais do ser humano, tais como: educação, saúde,

entre outros. A segunda está relacionada à designação dos direitos relacionados à pessoa, ao sujeito humano, a partir de ordem jurídica.

Todo Estado possui uma Constituição que o organiza ideológico, político e juridicamente. No sentido de estruturar racionalmente as ações do Estado (VICENTE & ALEXANDRINO, 2018). Trazendo assim, à tona, a soberania do Estado e o reconhecimento dos direitos de seu povo.

O marco constitucional ressignificou o conceito de cidadania, no Brasil. Visto que o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais se configura como um formato legal de proteger o exercício da cidadania e a valorização da vida. Imprimindo, legalmente, legitimidade constitucionais aos direitos fundamentais do sujeito. O que lhe confere garantias legais de distanciamento pessoal no fazer jurídico.

Os Direitos Fundamentais, expostos no título II, podem, conforme explica Masson (2016, p. 191), ser definidos como direitos dos cidadãos:

(...)normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo essencialmente as ingerências destes na esfera jurídico individual, mas também porque – num segundo momento, em um plano jurídico subjetivo – implicam o poder de exercer positivamente certos direitos (liberdade positiva), bem como o de exigir omissões dos poderes públicos, evitando lesões agressivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Tais direitos cumprem, essencialmente, a função de limitar a intervenção do poder do Estado na esfera da vida privada do indivíduo, assegurando-lhe, as decisões e iniciativas particulares que venham, tão somente, afetá-los tanto de forma positiva quanto negativa, desde que tais ações não venham a ferir ou ocasionar danos a terceiros. Refere-se, aqui, a todo comportamento desenvolvido na esfera pessoal, de cunho individual e que não ocasiona danos ao meio coletivo.

Nessa mesma premissa, o Direito Penal não tem autonomia para intervir nas opções pessoais de cada indivíduo humano. Em especial, porque fere o princípio de liberdade. Assim entende Carvalho (2018, p. 374): “a criminalização da posse de drogas para consumo próprio demonstra uma tendência moralizadora/padronizadora das vias penais (...)”. De acordo com esse recorte, cada indivíduo é dotado de liberdade para definir atos e escolhas pessoais – com a restrição de não prejudicar outrem. Tratar a posse de droga para uso pessoal de forma criminal, como padrão, significa em linhas gerais o desrespeito à liberdade individual.

A dignidade da pessoa humana é um dos principais pilares da Constituição brasileira, tendo o Estado como uma organização centrada, principalmente, no ser

humano. Em conformidade e respeito aos direitos fundamentais e sua preservação e reconhecimento jurídico.

Como frisam Vicente e Alexandrino (2018, p. 59): “a razão de ser não se funda na propriedade, em corporações, em classes, em organizações religiosas, muito menos no próprio Estado, mas sim na dignidade de existência da pessoa humana”. Tem seus princípios fundamentais vivenciados no decorrer de sua existência. Cabe ao Estado promover e garantir a sua existência, com dignidade.

Cada sujeito humano é único e vejamos, a seguir, tais princípios que se referem, neste caso, com a temática a qual este instrumento de pesquisa se dispõe a estudar.

3.2.1 Igualdade e isonomia como Direitos Fundamentais

O princípio da igualdade e isonomia são direitos fundamentais de todos os indivíduos protegidos pela Constituição, não só como direitos individuais, mas também como objetivos fundamentais do nosso País.

Eles são as garantias de que cada indivíduo humano tem – perante Lei – sua individualidade preservada, conforme dispõe o artigo 3º (Brasil, 1988): “III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Percebe-se que o trecho supracitado, rejeita qualquer forma de discriminação, com o objetivo de reduzir as desigualdades e promover o bem de todos, sem preconceitos e marginalização. Pelo contrário, promover a inclusão e trazer para perto do Estado aqueles que estão à margem de uma sociedade globalizada.

Embora, sejam julgadas condutas ilícitas, a Constituição Federal assegura que o sujeito humano deve ser reconhecido como ser, em sua totalidade, dotado de características pessoais que inferem sobre suas condutas. Este princípio deve ser aplicado em amplo sentido, para que haja sua promoção.

No art. 5º, caput, da Constituição (Brasil, 1988) dispõe sobre a igualdade como direito individual e fundamental a todos, sendo brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil: “(...) inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI – fundamentais; a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades”.

Reflete-se que é considerado norma infraconstitucional quando gera desigualdades injustificadas e arbitrárias sem amparo na Constituição Federal. Apoiando-se na premissa que todos os indivíduos humanos são iguais perante a Lei, preservando suas individualidades e garantindo sua integridade física e mental.

3.2.2 O direito à liberdade e a Legislação

O direito à liberdade está presente na Constituição Federal, em seu artigo 5º e no artigo 4º - Declaração Universal de Direitos Humanos. Os objetivos fundamentais de construir uma sociedade livre e o artigo 5º da Constituição Federal traz a liberdade como direito individual de todos: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade (...)”. O que confere legitimidade de direitos e deveres para todos, igualmente.

É importante destacar que a igualdade entre indivíduos e grupos sociais é considerada premissa de justiça no sentido de garantir o julgo legal independentemente da posição social ocupada. Não sendo esta, uma característica determinante para definir a punição de um indivíduo ou grupo. Não é a sua condição sócio econômica fator determinante para encarceramento de condutas como padrão de definição desse ser ou grupo social.

Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1791 apud Torres, 2014, p. 23) prevê, em seu art. 4º que a liberdade se relaciona diretamente com escolher o que fazer, como agir sem prejudicar outras pessoas, não impondo limites ao exercício dos direitos naturais humanos: “(...)são aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; seus limites não podem ser determinados senão pela lei”.

Destaca-se, ainda, que os limites impostos perante Lei são definidos a partir das resoluções sociais, estruturais e comportamentais que possam ferir ou não o direito de ir e vir de todos. E esta é a discursão constante e que perpassa o tempo, fortalecendo as estruturações sociais de certo e errado, conforme as variações sócio culturais de cada grupo social, em todo o mundo (GOFFMAN, 2017).

3.2.2.1 Entendendo a violação à Autonomia Individual

Em se tratando de Direitos Fundamentais, o primeiro diz respeito a Violação à Autonomia Individual que está relacionada com a capacidade de autodeterminar a vida conforme valores próprios (BARROSO, 2018).

Cabe, aqui, a reflexão acerca do discernimento humano sobre o que considera adequado/ inadequado para agregar à sua vida e seu modo de viver. Destaque especial para o cunho pessoal de cada sujeito, este quando não violar o direito alheio, deve isentar-se de interferências coercitivas.

Este princípio rejeita qualquer forma de descriminalização e tem por objetivo reduzir as desigualdades de quaisquer naturezas, visando o bem comum livre do preconceito e da marginalização (TAVARES, 2013). O que, em linhas gerais, significa que conferir tratamento criminal à conduta de porte para uso pessoal de drogas, foge aos princípios contidos na Constituição Federal de 1988 sob a forma de autodeterminação da norma presente no art. 28, da Lei de Drogas. Onde confere tratamento de inserção social para o usuário/ dependente de drogas.

Relacionando os registros acima com o trabalho de Tavares (2013) à criminalização do usuário de drogas, encontra-se que esta criminalização ao porte de droga para consumo pessoal permite a estigmatização desse indivíduo (GOFFMAN, 2017).

Promove sua exclusão social a partir da reprovação da conduta do sujeito que vai de encontro a opção moral do Estado. E, neste caso, a interferência estatal não é cabível porque o porte é para consumo pessoal e não atinge, de forma concreta, o coletivo.

Para Barroso (2018, p. 201), “a autonomia é, no plano filosófico, o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com determinadas normas.” Ora, o autor traz a fundamentação filosófica para justificar a veracidade deste princípio mediante a legislação vigente, no caso específico do portador de droga para uso pessoal, autuado em flagrante, não tem esse direito respeitado.

Quando a liberdade é gozada e não viola o direito alheio da sociedade, faz-se necessário que essa conduta seja isenta de coerção estatal (BARROSO, 2018). Na medida em que a Lei prevê a criminalização do ato de escolha do sujeito, a violação à sua liberdade põe em risco a sua própria individualidade.

3.2.3 Observância da Lei aos direitos à intimidade e à vida privada

A privacidade e autonomia do indivíduo tem relação direta e diz respeito a forma como cada ser escolhe seu modo de vida, controlando informações pessoais, hábitos, entre outros setores de sua individualidade, sem se submeter obrigatoriamente ao julgo alheio. Estes são base para a formação de caráter cada ser humano.

Trata-se das relações e escolhas mais íntimas do indivíduo, e estão presentes na Constituição Federal como Direitos Individuais e Fundamentais, no art. 5º, inciso X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

A privacidade é componente essencial da formação do indivíduo humano. O que é exposto ou não sobre alguém, o que se quer tornar público ou não, a quem revelar algo ou esconder, define o que é um indivíduo: seus limites, grau de interação e comunicação com seus grupos sociais.

Bem como, explicitam a forma como ele se relaciona com suas características pessoais e estas têm reflexo em suas relações sociais.

É o espaço que cada sujeito humano tem para conviver consigo mesmo: seus medos, anseios, potencialidades e todas as nuances de comportamentos e sentimentos inerente à sua condição humana.

3.2.4 A forma da violação ao Direito de Privacidade

Fundamentalmente, o Direito de Privacidade busca a proteção das ações individuais que não interferem na esfera pública. Em consonância com os estudos de Coelho (2009), a privacidade é parte fundamental para o desenvolvimento da personalidade humana. Estes autores destacam que “(...) estar submetido ao constante crivo da observação alheia dificulta o enfrentamento de novos desafios (...) autoavaliar-se, medir perspectivas e traçar metas” (IBDEM, p. 421).

Alinhando a questão da posse de drogas para consumo pessoal, ressalta-se que não se encontra reflexo concreto e direto no meio social, pois a prática ocorre na vida privada do sujeito e parte de uma escolha individual.

Mais um indício de que a criminalização dessa conduta não está sintonizada com a pluralidade inserida na Constituição que “(...) possui prescrições

intencionalmente incompletas, a fim de permitir e de assegurar um espaço de liberdade para o antagonismo, o compromisso e o consenso pluralísticos (PEDRA, 2017, p. 53). Moralmente, a conduta optativa de uso de drogas ilícitas por escolha do indivíduo, infringe patamares sociais e os conceitos de certo e errado; mas vale salientar que este é um direito de todos: ser livre para realizar suas próprias escolhas.

O direito à privacidade, expresso na Constituição, deve ser reconhecido e respeitado, até para garantir a cada ser humano seu espaço para discernir sobre suas escolhas. Seja no plano pessoal, seja na análise de suas inferências no plano social. Reflete-se que a estruturação das sociedades parte da própria organização e formação de cada sujeito que a compõe (GOFFMAN, 2004).

No capítulo seguinte, traz-se para a construção da análise discursiva da descriminalização do usuário de drogas que é flagrado em seu porte, alguns elementos que caracterizam a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas – Lei Nº 11.343/2006. Com o objetivo de aprofundar tais elementos que favorecem espaço para o desrespeito aos princípios e direitos fundamentais do cidadão.

4 ALGUNS ELEMENTOS CARACTERIZADORES DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 – LEI DE DROGAS

A partir deste ponto, a presente pesquisa dispõe-se a discutir acerca do tratamento conferido, perante lei, ao usuário de drogas. Vale retomar que, historicamente, por muito tempo, a concepção de confrontar os uso e consumo indevidos de drogas era baseado, apenas, pela proibição. Entendia-se que estratégias e ações punitivas seriam capazes de desencorajar os usuários, inibindo o tráfico.

Partindo da constitucionalidade, reflete-se que a criminalização da conduta do usuário de drogas se deve ao risco, ainda que potencial, à coletividade trazido pelas substâncias entorpecentes. Entende-se que não há proibição quanto vício, uma vez que o art. 28 não trata da conduta de “usar”, mas sim a repreensão quanto a difusão das drogas e dos usuários.

Com o passar do tempo, a prática apresentou-se mais complexa, revelando os altos índices de dependência química, violência, desigualdade social, fragilidades nas áreas da educação, saúde, esfera penal, entre outros fatores que trouxeram à tona a necessidade de entendimento de que o enfrentamento às drogas vai além da qualificação penal (MENDES, 2007). Trazendo à tona a discussão sobre a legitimidade da criminalização do porte de drogas para uso pessoal.

As políticas de proibição são caracterizadas pela intervenção na vida privada e na moralidade do indivíduo. Tendo como objetivo restringir suas ações, através de ações punitivas. Porém, estas não podem tornar-se invasivas, pois, podem acarretar violações a preceitos e garantias fundamentais constitucionalmente adquiridos (KARAM, 2014).

O tratamento prestado, por exemplo, ao usuário de drogas sofreu uma mudança significativa quanto à sua abordagem. Passou a ser tratado como alguém que precisa de auxílio para ser inserido na sociedade, deixou o posto de infrator e passou a ser tratado como uma questão de saúde pública (KARAM, 2014).

Conferindo assim, ao usuário de droga, um tratamento legal dissociado do julgo pessoal de seu “delito”, que passa a ser tratado com o mote de dependência química, requerendo do Estado um posicionamento quanto à inclusão desse indivíduo, na sociedade, partindo de sua inserção em programas de saúde pública que visem promover sua reabilitação.

4.1 As alterações significativas da Lei de Drogas Nº 11.343/2006 no contexto penal ao usuário de drogas

Esta lei complementa e reformula preceitos registrados nas leis anteriores a mesma, no que diz respeito a organização e caracterização do uso e da classificação de drogas quanto às suas legalidade ou ilegalidade. As alterações mais significativas trazidas pela Lei 11.343/2006 dizem respeito ao tratamento penal do usuário e dependente químico.

O art. 28 da atual Lei de Drogas, em substituição ao art. 16 da Lei 6.368/1976, determina que aquele que porta droga para consumo pessoal, ficará submetido às seguintes sanções: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e/ou medida educativa, além da convocação de comparecimento à programa ou curso educativo. “Diante disso, houve a supressão da antiga previsão de pena privativa de liberdade acerca da natureza do novo dispositivo” (BACH, 2017, p. 41).

Percebe-se que o tratamento legal ao indivíduo que porta a droga é criminal. Uma vez que as sanções preveem penalidades que não levam em consideração os direitos de liberdade, nem é reconhecido o princípio fundamental de privacidade. O porte da droga para uso individual, por si só, não configura crime contra ordem pública e não garante perturbação de terceiros.

Destaca-se que, para fins legais, é considerado droga todo material que se configura como base natural para produzir dependência química (SILVA, 2017). Na Lei de Drogas, não são encontradas distinções entre substância e produto – o que deixa lacunas para interpretações além do alcance da Lei.

Analisando o art. 2º, a Lei determina a proibição da cultura e exploração de vegetais e/substratos que possam servir de base para a produção de drogas ilícitas para comercialização, ressalvando as autorizações legais e regulamentares para, por exemplo, tratamentos de doenças degenerativas (BRASIL, 2006).

Através das mudanças vivenciadas ao longo do tempo pela sociedade brasileira, pode-se afirmar que a estruturação jurídica para a criminalização do uso de drogas apresenta identificação com a corrente adotada pela América do Norte que prevê, também, a punição (PEDRINHA, 2020).

O próprio regimento do SISNAD explicita os princípios contidos no art. 4º, que relacionam os direitos fundamentais do cidadão diretamente ligados em suas

autonomia e liberdade. Bem como, prevê abordagem multidisciplinar no sentido de reconhecer a independência e a natureza das atividades de prevenção e uso indevidos de drogas.

Continuando as investigações, encontra-se o art. 5º da Constituição Federal de 1988, que traz, a complementação outros objetivos do referido sistema, tais como: incluir socialmente o indivíduo usuário dependente de drogas, integrando as políticas de prevenção ao uso, afastando-o dos comportamentos de risco (tráfico, roubo), bem como, promover a repressão à produção e tráfico ilícito das drogas (BRASIL, 2020).

Partindo do trecho parafraseado, é possível perceber que a Lei Nº 11.343/2006 prevê a criminalização da posse de droga ilícita para uso pessoal, o que ela promove é o afastamento da previsão de pena privativa de liberdade.

Redirecionando o flagrante para advertência, para a possibilidade de prestação de serviços comunitários, participação em programas ou cursos sócio educativos e, para acaso de descumprimento, o pagamento de multa (PEDRINHA, 2020). Porém, promove a estigmatização (Goffman, 2004) do sujeito que passa a ser visto como criminoso. Infringindo diretamente seu direito à liberdade e individualidade.

Mantendo a criminalização da posse para uso pessoal, a Lei 11.343/2006 repete as violações ao princípio da lesividade e às normas que, assegurando a liberdade individual e o respeito à vida privada, estão ligadas ao próprio princípio da legalidade, que, base do Estado de direito democrático, assegura a liberdade individual como regra geral, situando proibições e restrições no campo da exceção e condicionando-as à garantia do livre exercício de direitos de terceiros (PEDRINHA, 2020).

Para Miranda (2020), a posse para uso pessoal de drogas ilícitas, ou seu consumo em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, são condutas que não afetam nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo, à sua intimidade e às suas opções pessoais.

Trata-se, aqui, de um indivíduo quem tem liberdade e direito de escolha assegurados, pela Constituição Federal, porém quando o mesmo, é flagrado portando drogas para consumo próprio, é enquadrado como criminoso, tendo tais liberdade e direitos violados¹.

¹Toffoli, Dias. 2019. Julgamento no STF sobre porte de droga. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-28/decisao-porte-droga-stf-adiada-conta-instancia>. Acesso em: 05 jun. 2020.

Vale retomar que Goffman (2017), destaca que a estigmatização de um comportamento, característica pessoal de um sujeito pode tornar-se uma marca negativa que este levará por toda sua existência e que os efeitos dessa estigmatização podem se refletir de maneira negativa e imprevisíveis, na formação da personalidade deste.

A criminalização, neste sentido, fere os direitos fundamentais, presentes na Constituição, e pode levar a uma estigmatização negativa do indivíduo consumidor pessoal de drogas ilícitas.

Uma das principais mudanças introduzidas pela Lei de Drogas foi no aspecto do usuário destas substâncias. Antes, a pena cominada pela lei nº. 6.368/76 incluía a restrição da liberdade, o que foi suprimido com a nova legislação. Destaca-se, aqui, que o tratamento do usuário de forma criminosa, não cumpria a função reeducadora da pena.

As prisões brasileiras não cumpriam o processo de ressocialização do usuário, que tornava a utilizar as mesmas substâncias ou até mesmo aprofundava-se no universo das drogas (MIRANDA, 2020). O art. 28 da nova legislação deu lugar ao art. 16 da lei anterior, com as mudanças que seguem relacionadas a adquirir, manter em depósito, transportar consigo para consumo pessoal, ilicitamente será submetido às penas: “I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo” (BRASIL, 2020).

Comparando-se com o art. 16 da lei anterior, temos as seguintes mudanças: introdução, no tipo, das condutas de “ter em depósito” e “transportar”; o tipo penal equivalente previsto pelo §1º; inexistência de pena privativa de liberdade, previstas apenas agora a advertência, a prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento ao programa ou curso educativo.

Estas, portanto, são as principais mudanças trazidas pela legislação em relação ao usuário. No capítulo subsequente a este, traz-se um delineamento sobre os Princípios Fundamentais reconhecidos na Constituição Federal que apoiam as mudanças supracitadas na legislação e combate ao porte de drogas.

4.2 Tratamento dispensado ao traficante e penas cominadas

Ainda no rol das principais alterações, menos profundas que aquelas realizadas na figura do usuário, temos a mudança no conceito e nas penas cominadas aos traficantes.

O art. 33 da nova lei substitui o art. 12 (Brasil, 2020) da legislação anterior, assim dispondo:

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:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Desta forma, percebe-se que as mudanças relativas à figura do traficante, ao contrário do que aconteceu com o usuário, não foram abrandadas, mas tornaram-se mais severas. Posto que, o mesmo, passa a ser tratado com maior legal e as multas sofreram prolongamento da extensão do prazo para seu cumprimento, devidamente julgado.

Isto é explicado em razão da natureza do crime de tráfico que se atenta além o fato de ser um comércio ilegal, seu enfoque é na relação ao perigo trazido à coletividade pela ação do traficante de drogas, que dissemina na sociedade as substâncias entorpecentes combatidas pela lei (GOMES, 2011). Favorecendo a inserção de outrem nesse comércio, que vai desde o consumo até sua estruturação humana e produtiva, para sua manutenção.

Reflete-se que, ainda que o tratamento ao usuário tenha sido abrandado, sendo abordado de posse de droga ilícita, independente do fim a que se destina, o dolo é considerado fator decisivo para o flagrante e, mais uma vez, o usuário é estigmatizado como criminoso, juridicamente. Passível de pena, inserção em programas de saúde que visam resgatar os indivíduos do mundo da droga. Em caráter proibicionista, a Lei reflete os parâmetros sociais estigmatizantes.

Retoma-se, aqui, o conceito de estigma já abordado em outras seções deste estudo, abordado por Goffman (2017, p. 16): "(...) erros menores ou enganos incidentais podem, sente ele, ser interpretados como uma expressão direta de seu atributo diferencial estigmatizado."

Mesmo que o indivíduo, portador de droga, a utilize para fins recreativos, em seu âmbito pessoal, legalmente, sua defesa precisará pautar-se no direito

fundamental à liberdade de escolha, posto que a configuração do ato como dolo, viola essa liberdade. Ressaltando que essa defesa precisa ter como critério para recorrer à de despenalização o fato de o indivíduo não ter cometido crime contra a ordem social ou patrimonial e, ainda não ter cometido nenhuma infração de qualquer natureza, antes do flagrante de porte de droga.

4.3 As novas figuras típicas previstas na Lei nº 11.343/2006

A Lei Nº 11.343/2006 abre espaço para a tipificação dos sujeitos flagrados com droga, destacando suas características no sentido de favorecer a identificação legal para fins processuais, legitimando sua possível criminalização:

Art. 36. Financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 20 (vinte) anos, e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 37. Colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e pagamento de 300 (trezentos) a 700 (setecentos) dias-multa.

Art. 39. Conduzir embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da apreensão do veículo, cassação da habilitação respectiva ou proibição de obtê-la, pelo mesmo prazo da pena privativa de liberdade aplicada, e pagamento de 200 (duzentos) a 400 (quatrocentos) dias-multa (BRASIL, 2020, p. 32).

Estes são os três novos tipos penais previstos na Lei, o que a tornam, de forma consolidada, uma verdadeira inovação legislativa. Aqui, analisa e reconhece-se a evolução no que diz respeito ao entendimento e abrangência legal da tipificação criminal das condutas relacionadas à ligação direta com o tráfico de drogas. Bem como, representa um avanço significativo, do ponto de vista histórico na distinção da condição de usuários e dependentes de drogas.

Existe uma polêmica em torno da existência, ou não, de *abolitio criminis* em relação à conduta do usuário. O que houve, na verdade, foi um processo de, em linguagem comum, quase-despenalização, o que não implicou na despenalização da conduta, aplicando-se ao usuário de drogas medidas como advertência e inscrição em cursos.

A Lei também aborda de forma extensa, as atividades de prevenção ao uso indevido de drogas, destacando a atenção à saúde dos usuários e dependentes

químicos e sua reinserção social. Além de estabelecer penas alternativas ao crime definido como porte de drogas para uso pessoal.

Tais critérios são de política criminal, mas não significam necessariamente uma abolitio criminis. No Habeas Corpus do art. 16 da Lei Nº 6.368/76, superveniência da Lei Nº 11.343/2006, sobre a inexistência/ extinção da punibilidade não ocorrida, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – acerca da situação jurídica do crime previsto no referido artigo, rejeita a tese de abolitio criminis ou infração sui generis:

1. (...) para afirmar a natureza de crime da conduta do usuário de drogas, muito embora despenalizado (RE 430.105 QO/RJ, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJe de 26/04/2007).
2. Extinção da punibilidade não configurada.
3. Ordem denegada. (STJ - HC: 171727 SP 2010/0082524-0, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/11/2010, T5 - QUINTA TURMA. Data de Publicação: DJe 06/12/2010).

Algumas outras alterações foram introduzidas pela lei: tipificação da conduta de “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”; introdução, no art. 34 (que remete ao art. 13 da lei anterior), das condutas típicas de oferecer, distribuir e entregar objeto destinado à fabricação, preparação, produção ou transformação de drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; aumento da pena de associação para o tráfico, passando a ser cominada de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa (GOMES, 2011).

Ao confrontar as duas legislações, percebe-se alterações e inovações significativas, em especial no tocante à postura do legislador que passa a demonstrar maior preocupação com o aspecto sociológico do tema. Configurando o sujeito da ação como indivíduo com características pessoais próprias e direitos assegurados pela Constituição que devem ser reconhecidos e preservados.

Percebeu-se que o problema não era apenas de direito penal: envolvia assistência social, economia, critérios criminológicos, políticas públicas e uma série de fatores que contribuem para a disseminação, em todo o território nacional, de substâncias entorpecentes. E, para tanto, reconheceu-se a necessidade de ampliar as discussões para outros níveis judiciais e estendê-lo a toda a sociedade.

4.4 A (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº. 11.343/2006

A Lei nº 11.343, publicada em 23 de agosto de 2006 e passou a vigorar em 08 de outubro de 2006, o que gerou a revogação total das Leis nº 6.368/1976 e 10.409/2002, trazendo uma nova disciplina acerca da questão relativa ao uso e ao tráfico de drogas, além de trazer significativas mudanças em relação às sanções penais para os crimes nela contidos (BRASIL, 2006).

Entre suas principais inovações, em um comparativo com as legislações anteriores, foi a imposição de medidas de prevenção ao uso indevido, bem como medidas para a reinserção social dos usuários e dependentes.

Tão logo, o advento da referida Lei, levantou-se uma “pulsante divergência doutrinária, sendo ela, a respeito de ter ocorrido uma despenalização, ou até mesmo, uma descriminalização da conduta de portar drogas, destinadas ao consumo próprio” (CARNEIRO, 2016, p.14).

Em meio à discussão de tal controvérsia, surgiram correntes doutrinárias favoráveis e, também contrárias à ideia da ocorrência de despenalização do delito. A primeira corrente, foi liderada por Gomes (2011, p.109), o qual entendia que “[...] o delito se trata de infração *sui generis*, inserida no âmbito do Direito judicial sancionador, não sendo norma administrativa, nem penal”, uma vez que, de acordo com a Lei de Introdução ao Código Penal, artigo 1º, só há crime se for prevista pena privativa de liberdade, alternativa ou cumulativamente, o que não ocorre no artigo 28 da Lei Nº 11.343/2006.

Desse modo, em seu entendimento, a conduta, havia perdido o caráter delitivo. Ao realizar um comparativo entre o artigo 16 da revogada Lei Nº 6.368/1976 e o artigo 28 da Lei Nº 11.343/06, em vigência, é possível perceber a clara mudança de tratamento prestado ao usuário de drogas, ao deixar de abordá-lo como, tão somente, um infrator da lei, mas sim como alguém que necessita, em um primeiro momento, auxílio para ser reinserido na sociedade. Contudo, sem retirar da conduta o caráter criminoso, que libertaria o usuário, das sanções punitivas do Estado (GOMES, 2011).

A defesa da ocorrência de mera despenalização da conduta, por não mais haver previsão de pena restritiva de liberdade, emergiu de forma majoritária, afastando de pronto, o questionamento a respeito da descriminalização, firmando entendimento de que o legislador manteve o caráter delitivo da posse de drogas para

consumo próprio, amparado pelo perigo abstrato da conduta, mas concordou, com a tese levantada pela corrente minoritária, a respeito da despenalização do delito.

Destaca-se que tais reconhecimentos não implicam abolitio criminis do delito de posse de drogas para consumo pessoal. Na prática legal, a mudança foi no reconhecimento da despenalização.

Assim, entende-se que a questão a respeito da descriminalização restou superada, visto o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o qual acolheu a ocorrência da despenalização, mas manteve o caráter delitivo da conduta, ou seja, insistiu na aplicação de uma política proibicionista e repressiva, mesmo que tenha, retirado do ordenamento, a hipótese de punir o usuário, na forma de restringir sua liberdade (KARAM, 2014).

Contudo, após o posicionamento da Turma do Supremo, que firmou entendimento de que a conduta prevista no artigo 28 da Lei Nº 11.343/2006, não deixará de ser crime, restou, em aberto, a questão de maior relevância, no âmbito nacional das políticas de enfrentamento às drogas, sendo ela, a respeito da arbitrariedade da ação do Estado, que pune o usuário, pela conduta de portar drogas destinadas ao seu próprio consumo, embasada tal teoria, na violação de princípios constitucionais garantidores, previstos na Lei Maior de 1988.

Para Bonavides (2014, p. 396) “A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades, porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades.”

Conforme visto nas seções anteriores do presente artigo, no transcorrer dos últimos dois séculos, várias foram as alterações normativas, relativas ao combate a disseminação do uso de drogas, tanto no âmbito internacional, quanto nacional, utilizando-se, como principal método, a abordagem repressiva e proibicionista, método este, que evidentemente fracassou, haja vista o cenário nacional atual.

Atualmente, muitos são os defensores da implantação de uma política que descriminalize as drogas no país, visto que as políticas anteriormente e atualmente aplicadas, se demonstraram ineficazes e inadequadas aos objetivos buscados.

Entre os grupos que defendem essa ideologia, destaca-se o jurista José Henrique Torres, o qual é membro e porta voz da Associação dos Agentes da Lei contra a Proibição, que defende a legalização, regulação e controle da produção, do comércio e do consumo de todas as drogas no território nacional (KARAM, 2014).

O Ministro Gilmar Mendes, ao analisar a finalidade da Lei de Tóxicos, destacou a inexistência de qualquer referência a dados técnicos quanto à correlação entre o porte para o uso pessoal e a proteção aos bens jurídicos que se pretendia tutelar. Argumentou, que o próprio Relatório, ao reconhecer o usuário como vítima do tráfico, pessoa em estado de vulnerabilidade, que merece, para si e para sua família, atenção à saúde e oportunidade de reinserção social, tornou evidente, a nítida contrariedade entre meios e fins (MENDES, 2007).

Isto é, não há conformidade entre a finalidade do dispositivo e os meios buscados para alcançá-la, visto que, se pune o usuário, que necessita de atenção e de reinserção social, sob o prisma do Direito Penal, oferecendo a ele, tratamento coincidente ao de qualquer outro ilícito, apesar da impossibilidade de pena privativa de liberdade.

Em consequência da criminalização da conduta, obtém-se, como resultado, o exato oposto dos objetivos almejados. Karam (2014, p. 08), destaca: “nota-se, haver, uma sucessão de fatores, da criminalização vem a marginalização do usuário e seu afastamento do sistema de saúde e imediata inserção no ciclo de reincidência criminal”.

Ao realizar um comparativo entre o artigo 16 da revogada Lei nº 6.368/1976 e o artigo 28 da Lei nº 11.343/06, em vigência, é possível perceber a clara mudança de tratamento prestado ao usuário de drogas, ao deixar de abordá-lo como, tão somente, um infrator da lei, mas sim como alguém que necessita, em um primeiro momento, auxílio para ser reinserido na sociedade. Contudo, sem retirar da conduta o caráter criminoso, que libertaria o usuário, das sanções punitivas do Estado.

Ainda sob o aspecto doutrinário, a corrente que defendia a ocorrência de mera despenalização da conduta - por não mais haver previsão de pena restritiva de liberdade, emergiu de forma majoritária, afastando o questionamento a respeito da descriminalização, firmando entendimento de que o legislador manteve o caráter delitivo da posse de drogas para consumo próprio.

Estando, o Legislador, amparado pelo perigo abstrato da conduta, mas concordou, com a tese levantada pela corrente minoritária, a respeito da despenalização do delito (KARAM, 2016). Reconhecendo o não cometimento de delitos, anterior à abordagem legal.

4.5 Entendendo a violação do Princípio da Proporcionalidade

Sobre a violação ao princípio da proporcionalidade, o art. 28º da Lei de Drogas, traz a premissa de que a proporcionalidade tem relação estreita com a racionalidade, “a imposição de que atos estatais não sejam desprovidos de um mínimo de sustentabilidade” (TAVARES, 2013, p. 626).

Destaca-se que tal princípio não é expresso na Constituição Federal de 1988, devido ao processo legal de isonomia (princípio geral que prega a igualdade de todos, perante a Lei).

A violação do princípio da isonomia estampada na proibição criminal das condutas de produtores, comerciantes e consumidores de drogas ilícitas demonstra incompatibilidade das convenções internacionais, no que diz respeito às normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e constituições democráticas (TAVARES, 2013).

Retomando a historicidade, a doutrina alemã dividiu-o em três elementos: adequação (correlação entre meios e fins para atingir o fim determinado), necessidade (melhor escolha possível para atingir os fins) e proporcionalidade (balanceamento dos valores do ordenamento jurídico para atingir a relação entre meios e fins para garantir os direitos dos cidadãos em situações concretamente relacionadas) (TAVARES, 2013, p. 634-636).

Continuando a análise do art. 28, o Título III registra as “atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção dos usuários e dependentes de drogas” (BRASIL, 2006). Em sua estruturação, os Capítulos I e II, trazem medidas acerca da prevenção de riscos por meio de atuações que visem o respeito ao usuário de drogas.

Entre elas, cita-se as diretrizes presentes no art. 22º que são: respeito e reinserção social ao usuário e ao dependente de drogas; definição de projeto terapêutico individualizado; atenção ao usuário ou dependente de drogas e aos respectivos familiares; orientações e normas do CONAD e o alinhamento às diretrizes dos órgãos de controle social de políticas setoriais específicas (IBDEM, 2006).

Apesar de tais diretrizes, a criminalização da conduta destoava do que a Lei preconiza. O que não se nega os riscos promovidos nas esferas física e psíquica do sujeito, a questão em discussão é a da criminalização que não se adequa à postura do consumo individual.

De acordo com Tavares (2013, p. 635), “não está em concordância com a otimização das possibilidades fáticas”. Destaca-se que a realização dos direitos fundamentais não é compatível com a obstrução e impedimentos dos desejos dos indivíduos. A racionalidade é indispensável aos atos estatais.

Na Constituição não há amplitude de entendimento em empoderar o Estado a tolher as liberdades individuais e decisões que dizem respeito ao próprio indivíduo, desde que não interfira diretamente no meio social. Neste caso, a imposição de ônus a um direito individual pode gerar vantagens, apenas no patamar jurídico de caráter coletivo. Pois, na esfera individual o que incorre, de fato, é a imposição legal de força coercitiva em detrimento ao respeito constitucional aos direitos do sujeito.

4.6 Como ocorre a violação do Princípio da Lesividade /ofensividade

Para Torres (2014), o Princípio da Lesividade relaciona-se a autolesão. A configuração criminal diz respeito quando imputa crime ao patrimônio ou físico a terceiros. A autolesão, aqui, confere um caráter de dualidade, uma vez que, ao promover atos ilícitos, o indivíduo atenta contra si mesmo. Já que, terá que assumir sua ilicitude e se arcar com as consequências geradas pelo ato.

É importante destacar que o Direito Penal não pode punir condutas que afetem apenas e tão somente o próprio autor daquela conduta, ele não serve para punir a autolesão, se o indivíduo com sua conduta lesiona ou põe em risco de lesão apenas a si próprio, ele não poderá ser punido por isso. No âmbito pessoal incorre o direito à liberdade, reconhecido pela Constituição, e que confere ao indivíduo a plenitude de escolha.

O princípio da lesividade ou da ofensividade não encontra previsão expressa na Constituição, mas detêm base constitucional, mesmo que de forma implícita. O artigo 13 do Código Penal Brasileiro determina que “o resultado de que depende a existência de um crime somente é imputável a quem lhe deu causa”. Isto é, para que haja desvalor da conduta, se exige, por força legal, desvalor do resultado, ou seja, sem resultado, não há ofensa, nem prejuízo a bens jurídicos (BRASIL, 1988).

Segundo Ferrajoli (2016, p. 427-429), apenas as proibições podem ser: “instrumentos de minimização da violência e de tutela dos mais fracos contra os ataques arbitrários dos mais fortes, no marco de uma concepção mais geral do direito penal como instrumento de proteção dos direitos fundamentais”.

O Direito Penal deve limitar sua atuação a real necessidade, não deve se abster de seu papel sancionatório, responsável por gerar sentimento de segurança à sociedade, contudo, deve ser dispensado aos casos em que não houver qualquer espécie de detrimento que vitime a população.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão problemática do consumo de substâncias entorpecentes se perpetua nas sociedades através da história das sociedades. No Brasil, o consumo de drogas tem ligação estreita com seu uso recreativo; embora a questão da dependência química seja muito séria e é um problema de saúde pública, existe uma crescente movimentação de adeptos ao uso pessoal.

Durante os anos a ilicitude dessas substâncias e a manutenção de políticas proibitivas, mostra-se é ineficiente aos fins a que se destina. Pelo contrário, intensifica os danos relacionados ao consumo de drogas. O insucesso deste tipo de política proibicionista é evidente, por esta razão, se faz necessária uma nova abordagem, que se busque por outras alternativas, que venham a potencializar e tornar eficaz o enfrentamento aos malefícios causados pelas drogas.

Uma questão que chama a atenção é o fato de que o uso pessoal de entorpecentes, e que se fez presente no desenvolvimento deste trabalho, muitas vezes, é tratado pela sociedade com estranheza e levando à estigmatização do sujeito, usuário dessas substâncias. Sobre a temática do estigma, o autor Goffman foi ponto de apoio para demonstrar que a criminalização do usuário de drogas, portador da substância, favorece uma marca social profunda no sujeito.

No Brasil, desde o princípio, apostou-se em uma política baseada na repressão, no sentido de inibir usuários e traficantes, impondo-lhes duras sanções penais, como a criminalização. As demais legislações pátrias que vieram a seguir, mantiveram a criminalização ao consumo de drogas. Atualmente, a Lei Nº 11.343, de 2006, é a norma vigente, relativa às ações relacionadas às drogas. E encontra-se em constante debate no Supremo Tribunal de Justiça.

O artigo 28, desta, prevê como crime as condutas de: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Submetendo os usuários e/ou portadores penas restritivas de direito e advertência, adversas de qualquer tipo de penas privativas de liberdade, conforme, anteriormente, previstas. Tipificando como crime, passível de processo, mesmo que seja para uso pessoal.

Refere-se aqui, ao uso de drogas na esfera pessoal, sem prejuízos materiais para o patrimônio público ou privado. Ou ainda, não a não interferência na vida de outras

peças. É o princípio fundamental de liberdade e autonomia do sujeito humano que está em violação, neste momento.

As lacunas deixadas pela disposição do artigo 28, bem como, a indevida e ineficaz criminalização do usuário de drogas, esbarra e causa violação a preceitos e garantias fundamentais consagradas pela Constituição Federal de 1988, sendo este o fundamento e o amparo basilar da tese que entende o dispositivo como inconstitucional.

A referida controvérsia chegou ao Supremo Tribunal Federal pela via do Recurso Extraordinário 635.659/SP que levou a questão para apreciação da Corte, sob o argumento que o tipo penal disposto no artigo 28 viola o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal. Desse modo, os ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin e Luís Barroso, os quais já apreciaram a questão, entenderam, que de fato, o tipo penal se tratava de uma ingerência que havia culminado em uma inconstitucionalidade.

A título de argumentação, a primeira violação suscitada foi o princípio da lesividade, uma vez que, o Direito Penal não deve punir condutas que afetem apenas o agente, caso contrário, estaria punindo a autolesão, o que não é admitido no ordenamento jurídico pátrio. O dispositivo viola também, os princípios da dignidade humana, direito à vida privada e à intimidade, visto que a Constituição assegura aos indivíduos a soberania de tomarem as decisões que julgarem adequadas, desde que não atinjam o direito alheio.

Os princípios da igualdade e da proporcionalidade também são violados, à medida em que a lei falha ao estabelecer critérios controversos de diferenciação entre usuário e traficante – incorrendo a ambas tipificações, o caráter de crime e registro em processo. Não sendo levada em consideração a questão de que o usuário de droga está de posse, da mesma para uso individual.

Em contrapartida, o traficante promove a comercialização e estoque, em quantidades significativas. Além do fato que a determinação se esta ou aquela droga é ilícita decorre, unicamente, de decisão arbitrária do legislador, a exemplo do álcool e do tabaco, fato que não deveria ocorrer em um Estado Democrático de Direito.

Em suma, registra-se que a inconstitucionalidade do artigo 28 foi defendida no presente trabalho, em consonância com as decisões dos Ministros no Recurso Extraordinário nº. 635.659/SP, que também reconheceram as violações constitucionais presentes no dispositivo. Aguarda-se que o julgamento do Supremo Tribunal Federal prossiga no sentido de descriminalizar a conduta de posse de drogas

para consumo pessoal, e faça cessar essa constante violação aos preceitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal.

Cumprе ressaltar, por fim, que a descriminalização é o passo inicial para a criação de políticas mais humanas e menos danosas, que sejam realmente eficazes, e tenham como objetivo norteador, o respeito aos direitos dos usuários, tratando-os de maneira adequada e que torne possível sua recuperação e consequente ressocialização.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINI, Leonardo. **Autonomia: fundamento da dignidade humana em Kant**. Dissertação (Mestrado em Filosofia). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: Acesso em: 09 mai. 2020.
- BACH, Marion. **O encarceramento do usuário de droga e a miopia dos tribunais**. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/encarceramento-usuario-droga/> Acesso em: 02 abr. 2020.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BIANCHINI, Alice. **Lei de Drogas comentada**. Coordenador: Luiz Flávio Gomes. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 agosto 2006**. Institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas – SISNAD; prescreve medidas para prevenção de 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, p. 2, 24 ago. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 430105 RJ. Ministro Relator Sepúlveda Pertence, 13 fev. 2007. Posse de droga para consumo pessoal: art. 28 da Lei 11.343/06 - nova lei de drogas. Natureza jurídica de crime. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/informativo/documento/informativo465.htm>. Acesso em: 24 mar. 2020.
- CARNEIRO, Priscila Vasconcellos. **(In)constitucionalidade da posse de droga para o consumo próprio: Uma análise jurisprudencial da última década na cidade do Rio de Janeiro**. PUC, Departamento de Direito, 2016.
- CARVALHO, Salo de. **A Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- COELHO, Luís Fernando. **Teoria crítica do direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2006.
- GOFFMAN, E. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada**. Tradução de Mathias Lambert. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Drogas Comentada artigo por artigo: Lei 11.343/2006**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2011.

KARAM, Maria Lucia. **Escritos sobre a Liberdade**, vol.1: Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

KARAM, Maria Lucia. **Escritos sobre a Liberdade**, vol.3: Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional** – JusPodivm, 2016.

MELO, Whemerson Roger Fontes. **A Política Criminal Das Drogas**. Campinas, SP, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2007.

MIRANDA, Gustavo Senna. Primeiras impressões sobre a nova lei de drogas (Lei n. 11.343/2006). **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 2, out. 2006, p. 92-124. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em: 06 abr. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria Geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 3ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. **Mutação constitucional: interpretação evolutiva da constituição na democracia constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PEDRINHA, Roberta Duboc, **Notas sobre a Política Criminal de Drogas no Brasil: Elementos Para Uma Reflexão Crítica**. Disponível em: http://www.cnpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/roberta_duboc_pedrinha.pdf, Acesso em: 10 fev. 2020.

SILVA, Amaury. **Lei de drogas anotada**. Leme, São Paulo: J.H. Mizuno, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOFFOLI, Dias. 2019. **Julgamento no STF sobre porte de droga**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-out-28/decisao-porte-droga-stf-adiada-conta-instancia>. Acesso em: 05 jun. 2020.

TORRES, José Henrique. **A inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas**. (2014).

VICENTE, Paulo, ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. São Paulo, Método, 2018.