

A POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS E O PRINCÍPIO DA ALTERIDADE: UMA ANÁLISE JUS-SOCIOLÓGICA

Luiz Felipe Florêncio Aguiar¹

Prof.^a Dr.^a Clarissa Chagas Monassa²

Resumo

Considerando o atual cenário proibicionista de combate as drogas, cumpre analisar o conceito do Princípio da Alteridade e às possibilidades de melhoria de todo o sistema. A metodologia utilizada foi dedutiva e investigativa, observou-se que a liberdade individual (art.28, lei 11.343/06) é desconsiderada, à medida que não há critérios claros quanto a razão da liberação de substâncias muitas vezes mais nocivas ao indivíduo e a coletividade do que outras proibidas. Conclui-se que se deve reavaliar a criminalização das drogas, propondo soluções educativas e de controle do Estado para possível redução do impacto social do tráfico e da marginalização do usuário.

Palavras-chave: Lei 11.343/06. Criminalização das Drogas. Princípio da Alteridade. Políticas Públicas sobre Drogas. Tráfico de Drogas.

Abstract: Considering the current scenario of combating drugs, it is necessary to analyze the concepts of alterity, and the possibilities of improving the system as a whole. The methodology used was deductive and investigative, it was observed that individual freedom (art.28, law 11,343/06) is disregarded as there are no clear criteria as to the reason for the release of substances more harmful than another prohibited, to the individual and the collectivity. It is concluded that we must reassess the criminalization of drugs, proposing educational and state control solutions for possible reduction of the social impact of trafficking.

Keywords: Law 11.343/06. Criminalization of Drugs. Principle of Alterity. Public Policy on Drugs. Drug trafficking.

¹ Aluno do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

² Professora Doutora do Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como base o trabalho de conclusão de curso apresentado na Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha - UNIVEM, para obtenção do grau de bacharel em Direito.

O artigo consiste em estudo de doutrinas, dados estáticos e da lei, com o objetivo de realizar uma análise jus-sociológica a respeito da Lei n.º: 11.343/06, em especial, do artigo 28 e sua ligação com o Princípio da Alteridade. O intuito é propor uma reflexão sobre a questão das drogas e sua criminalização no sistema penal brasileiro.

Inicialmente será abordado sobre o Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas - SISNAD (Lei n.º: 11.343/06), também será realizado um apanhado histórico sobre as mais importantes legislações já existentes que abordam a criminalização das drogas, bem como o contexto de sua criação, seus objetivos e seus impactos sociológicos.

Logo em seguida será dissertado sobre os princípios limitadores da atuação estatal: Intervenção Mínima, Insignificância, Proporcionalidade E Em Especial O Princípio Da Alteridade.

Para finalizar serão abordadas as diferentes correntes de posicionamento a respeito da constitucionalidade do artigo 28, bem como uma análise crítica sobre a ofensa ou não ao Princípio da Alteridade.

1. A QUESTÃO DA TIPIFICAÇÃO DAS DROGAS E SEU REFERENCIAL HISTÓRICO: DO SISTEMA NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE DROGAS LEI N.º:11.343/06

Ao analisar as características de um fato considerado criminoso, deve-se conhecer o caráter social, material e formal da sanção penal, para se chegar a tais conteúdos, é necessário a realização de um apanhado histórico com menção aos principais acontecimentos que marcaram o pensamento jurídico-penal ao longo da história.

No cenário internacional, um dos grandes marcos no controle de drogas ocorreu no ano de 1912, com a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo suplementar

de assinaturas de encerramento, ocorrido em Haia, promulgado pelo Decreto n.º: 11.481 de 10 de fevereiro de 1915, sancionado pelo Decreto n.º: 2.861 de 8 de julho de 1914 que buscava determinar medidas para impedir o abuso crescente do ópio, da morfina e seus derivados, bem como da cocaína. RODRIGUES (2006, p. 38), afirma:

A 1ª Convenção sobre Ópio da Haia, realizada em 1912, foi mais uma vez incentivada pelos EUA, pressionando pela implementação de sua política a nível internacional, e culminou com a elaboração de um documento de grande impacto, que explicitamente exigia a limitação da produção e venda de ópio e opiáceos (morfina), incluindo pela primeira vez a cocaína, que eram as substâncias de maior visibilidade nas sociedades americana e europeia do início do século XX. Estabeleceu-se a necessidade de cooperação internacional no controle dos narcóticos, restringindo-se seu uso lúdico, apenas permitido o uso médico. A Convenção da Haia representa a consolidação da postura proibicionista dos Estados Unidos no âmbito mundial, em especial com a ampliação do rol de substâncias proibidas.

No entanto, a proposta para coibir o consumo, a produção e o comércio de drogas consideradas ilegais, está baseado em três tratados firmados no âmbito da Organização das Nações Unidas e ratificados pelo Brasil (UNODC, 2022)

- O primeiro tratado é a **Convenção Única sobre Entorpecentes**, de 1961, que teve como um de seus resultados a listagem de narcóticos sob controle internacional, consolidados na chamada Lista Amarela (*Yellow List*). A referida Convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto n.º: 54.216, de 27 de agosto de 1964. As drogas tratadas nessa convenção foram divididas em quatro listas de controle conforme o potencial de uso para fins médicos e científicos e com o nível de rigidez das medidas de fiscalização;

- O segundo tratado é a **Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas**, de 1971. Esse acordo estabeleceu um sistema de controle internacional para substâncias psicotrópicas e correspondeu uma resposta à expansão e diversificação do espectro do abuso de drogas naquele período;

- O terceiro tratado, a **Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**, de 1988, essa convenção foi a mais abrangente acordo acerca das drogas.

Essa incluiu medidas contra a lavagem de dinheiro e fortalecimento do controle de precursores químicos; além disso, dispôs sobre a cooperação internacional em questões como extradição de traficantes de drogas, seu transporte e procedimentos de transferência. (UDOC, 2022)

Como resultado dessa convenção foi elaborada a lista vermelha (*Red List*) com as drogas abordadas no âmbito desse tratado. Sua promulgação no Brasil foi realizada por meio do Decreto n.º: 154, de 26 de junho de 1991.

O ano de 1998 é outro marco na discussão internacional acerca da política sobre drogas, com a realização da “XX Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU (UNGASS, na sigla em inglês)”, foi a oportunidade na qual os países estabeleceram uma nova agenda internacional para tratar do problema das drogas e reafirmaram os compromissos das três convenções internacionais, o que resultou na assinatura de outros três documentos pelos seus países membros, segundo informa UNODC (2002): “uma declaração política, uma declaração sobre os princípios orientadores da redução da demanda por drogas e uma resolução com medidas para reforçar a cooperação internacional.”

Em 2016, houve nova sessão especial da Assembleia Geral da ONU em que se discutiu a política sobre drogas, sendo aprovada a resolução intitulada “Nosso compromisso conjunto de abordar e neutralizar de maneira eficaz o problema mundial das drogas”. Essa resolução aprovou uma série de recomendações sobre prevenção, tratamento de usuários, reabilitação, recuperação e reinserção social³.

Por fim, é relevante destacar a existência de uma normativa internacional para o Controle do Tabaco (CQCT/OMS). Ao contrário das três convenções sobre drogas, esta se vincula à Organização Mundial da Saúde, tendo sido o primeiro tratado internacional de saúde pública da história desta organização.

A CQCT/OMS foi adotada pela Assembleia Mundial da Saúde em 21 de maio de 2003 e entrou em vigor em 27 de fevereiro de 2005. Desde então é o tratado que agregou o maior número de adesões na história da Organização das Nações Unidas. Até 20 de julho de 2021, 182 países ratificaram sua adesão a esse tratado. (INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER, 2022)

NO tocante ao cenário nacional, é possível perceber que o início da preocupação da legislação brasileira com o problema de tóxicos foi na data de 1870 com base nas Ordenações Filipinas que em seu Título LXXXIX mencionava: “Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem a venda, nem outro material venenoso”. (GRECO, RASSI; 2020)

O Código Penal Brasileiro de 1890 considerou crime em seu artigo 159, contido no Capítulo III (Dos crimes contra a saúde pública), do Título III (Dos crimes contra a

³ Matéria publicada no site do jornal “O Globo” em 20 de junho de 2016, sob o título: Nações Unidas aprovam nova política de drogas. Líderes assinam declaração que pode mudar viés de combate ao uso de entorpecentes.

“Colocar as pessoas em primeiro lugar”. A frase do diretor-executivo do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), Yury Fedotov, durante seu discurso na Sessão Especial da Assembleia Geral da ONU (UNGASS) sobre drogas, em Nova York, expressou o tom que será adotado pela organização em relação às políticas sobre o tema a partir de agora.

tranquilidade pública) “expor à venda, ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”. (GRECO, RASSI; 2020)

Sob a influência da Convenção da Haia sobre Ópio, de 1912, ocorreu no Brasil o que Nilo Batista chama de “modelo sanitário”, pois preconizava a criminalização dos entorpecentes e assim prevaleceria por meio século (1998, p. 79, apud RODRIGUES, 2006, p. 137). O Decreto 4.294/1921 revogou o artigo 159 do Código Penal de 1890.

“Pela primeira vez no Brasil, fez-se referência a uma substância entorpecente, com citação expressa da cocaína, do ópio e seus derivados: a partir de então, todo aquele que vendesse, expusesse à venda ou ministrasse tais substâncias, sem autorização, e sem as formalidades prescritas, estaria sujeito à prisão de um a quatro anos. (RODRIGUES, 2006)

Diante dos precários resultados da repressão às drogas, editou-se o Decreto 20.930/1932, que previu expressamente o rol das substâncias tidas como entorpecentes, incluindo o ópio, a cocaína e a cannabis, dentre outras. “Em seu artigo 25 foram tipificadas as várias ações de vender e induzir ao uso, no mesmo tipo, e incluídos diversos verbos ao tipo básico do tráfico, sancionado com pena de um a cinco anos de prisão e multa”. (RODRIGUES, 2006)

Segundo Rodrigues (2006), pelo detalhamento de tais decretos da década de 30, nota-se a grande influência dos médicos na sua elaboração, e o aumento do controle médico-sanitarista sobre a vida da população.

“A intensificação da repressão no período pode ser identificada pela previsão legal (artigo 26) da posse ilícita de entorpecentes sem receita médica, ou em quantidade superior à terapêutica determinada, com penas de três a nove meses de prisão, além da prevista inafiançabilidade do tráfico e da importação irregular (art. 33). (RODRIGUES, p. 138, 2006)

Em 1932 foi feita outra importante modificação na legislação com a edição da Consolidação das Leis Penais (CLP).

O artigo 159 da CLP previa como crime “ter em casa, ou sob sua guarda, qualquer substância tóxica de natureza analgésica ou entorpecente, sem prescrição médica. Pena de prisão de 3 a 9 meses”. No que lhe concerne o § 7º do mesmo artigo, previa a “exclusão e

trancamento da matrícula pelo tempo da pena, e mais um ano, de alunos de qualquer estabelecimento de ensino, condenado pela prática de entorpecente”.

A tentativa era equiparada ao crime consumado (§ 8º) e as penas seriam aplicadas em dobro em caso de reincidência (§ 9º) (RODRIGUES, p. 159, 2006).

O Código Penal de 1940, artigo 281, proibia: “importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, ministrar, guardar ou, de qualquer maneira, entregar a consumo substância entorpecente, sem autorização legal ou regulamentar”. Posteriormente, em 1964, a Lei n. 4451 incluiu ao tipo do artigo 281 a ação de plantar.

Em 1971 a Lei n.º: 5.726 que deu nova redação ao artigo 281 do Código Penal e alterou o rito processual para o julgamento dos delitos previstos nesse artigo. De acordo com Vicente Greco Filho a Lei n.º: 5.726/71 continha 27 artigos e estava dividida em três capítulos: I – Da Prevenção; II – Da Recuperação dos Infratores Viciados; III – Do Procedimento Judicial. O projeto original, enviado ao Congresso Nacional, previa um quarto capítulo, “Das Disposições Gerais”, de modo que não se englobassem no Capítulo III, que tem por título “Do Procedimento Judicial”, normas não processuais como foi feito no texto final. Assim, em linhas gerais, procurava a Lei 5.726/71 ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos, único instrumento realmente válido para se obter resultados no combate ao vício, representando, como já dissemos, a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial na sua época. (GRECO e RASSI, 2020)

A Lei 5.726/71 foi substituída em 21 de outubro de 1976 pela Lei n.º: 6.368 para “ressaltar a importância da educação e da conscientização geral na luta contra os tóxicos, único instrumento realmente válido para se obter resultado no combate ao vício” (GRECO e RASSI, 2020).

Entretanto, a Lei n.º: 6.368, manteve o histórico discurso médico-jurídico com a diferenciação tradicional entre consumidor (dependente e/ou usuário) e traficante, e com a concretização moralizadora dos estereótipos consumidor/doente e traficante/delinquente.

Com a Constituição Federal Brasileira de 1988, percebe-se um movimento de política criminal de endurecimento das penas, com a inclusão no texto constitucional do conceito de crime hediondo, em seu artigo 5º, inciso XLIII declara o tráfico de entorpecentes como crime inafiançável “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins [...]”.

A constituição determina ainda em seu artigo 5º, inciso LI que o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;”.

Os assuntos tratados na Constituição Federal são considerados os mais importantes e são os que dão margem para a elaboração de outras leis, dessa forma o artigo 5º, incisos XLII e LI e artigo 243 trouxe fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico.

A “Lei dos Crimes Hediondos”, n.º: 8.072/90, aprovada em 15 de julho de 1990, equiparou o delito de tráfico de entorpecentes a esse rol. Acerca disso, Rodrigues leciona que:

Passados quatro anos, com o retorno da democracia e a edição da Constituição Democrática de 1988, paradoxalmente percebe-se um movimento de política criminal de endurecimento das penas, com a inclusão no texto constitucional do conceito de crime hediondo, no mesmo capítulo dedicado aos direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º., XLIII). Logo a seguir, em uma onda de criminalização crescente, diversas leis foram editadas, reduzindo garantias processuais e criando novos tipos penais, com redações altamente defeituosas. Dentre estas, chama a atenção a “Lei dos Crimes Hediondos”, n.º: 8.072/90, que equiparou o delito de tráfico de entorpecentes a esse rol, restringiu garantias, aumentou penas e fez com que presos passassem mais tempo nas prisões brasileiras (RODRIGUES, p. 155, 2006)

A estreita vinculação entre a severidade da legislação de drogas e o grande aumento da população carcerária é facilmente percebido pelos sistemas oficiais do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) que apontam que, nas últimas décadas, a população carcerária triplicou, saltando de 232.755 pessoas em 2000 para 773.151 em 2019. Sendo este número ainda mais exponencializado pela Pandemia e em maio de 2022 batemos um triste recorde histórico de 919.651 presos ⁴.

Atualmente a Lei n.º: 11.343/06 que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) para o enfrentamento da questão das substâncias de uso proscrito (proibido) no Brasil. Entre elas estão a prevenção do uso indevido dessas substâncias, as bases da política de assistência social aos dependentes químicos e normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas.

A principal mudança da Lei de Drogas, como ficou conhecida a Lei 11.343, foi a eliminação da pena de prisão para o usuário ou aquele que detém a droga para consumo pessoal e a distinção entre o traficante profissional do traficante ocasional em seu artigo 33, §4º:

“Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

⁴ Trecho de Reportagem extraída da página do site do “O Globo” de 05 de junho de 2022, sob o título: Pandemia pode ter levado Brasil a ter recorde histórico

“A combinação de desemprego e fome, que se agravaram com a pandemia de Covid, pode ser um dos principais motivos de um crescimento expressivo da população carcerária brasileira. Em dois anos, o total de presos no país

aumentou o equivalente a um município de 61 mil habitantes, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em abril de 2020, eram 858.195 pessoas privadas de liberdade contra 919.651 em 13 de maio deste ano, um salto de 7,6%. (O GLOBO, 2022)

Outra mudança trazida pela Lei foi a eliminação da pena de prisão para o usuário de drogas, ao mesmo tempo em que aumentou o tempo mínimo de prisão para tipo penal do tráfico de drogas. A nova lei buscou tratar o tema com um olhar mais sociológico do que penalista, o legislador aborda não só a ideia de coerção, mas também a de que o problema está diretamente ligado a assistência social, economia e políticas públicas.

Dentre os princípios que permeiam o sistema de combate as drogas, destaca-se o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade. No entanto, a Lei 13.840/19, em seu art.23, §3, II, traz a possibilidade de internação involuntária do usuário de drogas, o que foi motivo de controvérsias; bastando para tanto um pedido formalizado do médico responsável pelo dependente químico.

Pela nova lei, a família ou o representante legal também podem pedir a internação, assim como a interrupção a qualquer momento, devendo ocorrer uma avaliação sobre o tipo de droga utilizada, o padrão de uso e na hipótese comprovada da impossibilidade de utilização de alternativas terapêuticas previstas na rede de atenção à saúde.

Lei 13.840/19, em seu art.23,

§ 3º São considerados 2 (dois) tipos de internação:

I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do dependente de drogas;

II - internação involuntária: aquela que se dá, sem o consentimento do dependente, a pedido de familiar ou do responsável legal ou, na absoluta falta deste, de servidor público da área de saúde, da assistência social ou dos órgãos públicos integrantes do SISNAD, com exceção de servidores da área de segurança pública, que constate a existência de motivos que justifiquem a medida.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL: INTERVENÇÃO MÍNIMA, PROPORCIONALIDADE, INSIGNIFICÂNCIA E ALTERIDADE.

Após a análise histórica do pensamento jurídico penal no Brasil e no mundo, busca-se entender os princípios que limitam o poder punitivo que permeiam o universo jurídico e sua finalidade social.

Antes de conceituar a respeito dos princípios que estão diretamente ligados ao artigo 28 da Lei n.º: 11.343/06, deve-se lembrar que os princípios constitucionais são o ponto mais importante de todo o sistema normativo. Segundo Nunes (2002) “(..) estes são os alicerces sobre os quais se constrói o ordenamento jurídico. São os princípios constitucionais que dão estrutura e coesão ao edifício jurídico”.

Os princípios que serão abordados no presente artigo, quais sejam: Alteridade, Intervenção Mínima, Insignificância e Proporcionalidade, tem como função limitar a atuação estatal. Nery (2009) afirma que:

Com a criação do Estado democrático de direito houve a elevação e aplicação de alguns princípios que valorizavam sobremaneira o indivíduo. Tais princípios tiveram como norte o princípio maior da dignidade da pessoa humana, que serviu de parâmetro para o surgimento de outros princípios limitadores do poder punitivo. Essa limitação busca o caráter social e humanitário da aplicação da pena, sendo direcionado principalmente para os elaboradores das leis e seus respectivos aplicadores. Ressalta-se ainda que a característica de tais princípios é a relevância social, ou seja, ao se elaborar e aplicar a lei é necessário analisar os anseios e a valorização social.

2.1 Princípio da Intervenção Mínima

O Princípio da Intervenção Mínima está atrelado a ideia de que o Direito Penal não deverá ser a primeira esfera de coerção estatal, o legislador deverá encontrar outras fontes primárias para o controle social de condutas indesejadas, a criminalização deverá ocorrer apenas quando não houver êxito em outras formas de proteção e deve ser a única forma de proteger o bem jurídico tutelado.

O direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do Direito, segundo Capez (2011) “fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens Jurídicos tutelados”.

Desta forma, o Estado, por meio do Direito Penal, não deve interferir em demasia na vida do indivíduo, tirando-lhe a liberdade e autonomia, devendo somente fazê-lo quando efetivamente necessário.

2.2 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade atua como limite à aplicação de qualquer medida limitativa de direitos fundamentais.

A proporcionalidade vale-se da “teoria do sacrifício”, segundo a qual, no caso concreto, deve prevalecer aquele princípio que parece ser o mais importante.

Havendo proporção torna-se possível agradar ao indivíduo e a sociedade, criando uma balança entre o interesse individual e o bem comum dos demais, não desrespeitando os direitos fundamentais. Segundo ALEXY, necessidade, adequação e proporcionalidade são “parcelas” do princípio da proporcionalidade (ALEXY, 2001. p.161).

Atualmente, há tribunais que entendem a não aplicação da relação entre a quantidade da droga apreendida e o princípio da insignificância ao artigo 28 da lei de drogas, visto que, faz parte da ideia de porte para uso a pequena quantidade, pois caso a quantidade fosse exorbitante, a possibilidade de caracterização do artigo 33 seria maior.

Entretanto, uma segunda corrente entende que quando há pouquíssima quantidade de droga, haveria a aplicação do princípio, pois o crime protege a saúde pública e quantidade é tão ínfima e pequena que não há que se falar em risco a saúde pública.

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados promover o fim, for menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. Ávila(2007, p. 158)

Este foi o entendimento da decisão de novembro de 2019 do Habeas Corpus 127573/SP quando a segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria absoluta, decidiu pela anulação da condenação por tráfico de drogas imposta a uma mulher flagrada com 1g de maconha, além de considerar a aplicação do princípio a insignificância, o ministro Gilmar Mendes em seu voto, referiu também a necessidade de aplicação do Princípio da Proporcionalidade afirmando a que “no âmbito dos crimes de tráfico de drogas, uma solução possível para a desproporcionalidade entre a lesividade da conduta e o jus puniendi estatal estaria galgada na adoção do princípio da insignificância” (BRASIL, 2001).

O Princípio da Proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsprinzip) pode atingir, como objeto de seu controle, tanto uma norma em abstrato e sua própria validade, como, de forma mais específica, determinada interpretação da norma em um caso concreto. Isto significa que qualquer medida concreta que afete garantias fundamentais, no momento de aplicação da norma, deve ser compatível com o Princípio da Proporcionalidade. Um juízo sobre a proporcionalidade, nesse sentido, deve resultar de uma rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido (pena) e os objetivos perseguidos pelo legislador (proteção do bem jurídico).

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada, mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o Princípio da Proporcionalidade. Como venho afirmando em âmbito doutrinário, o Princípio da Proporcionalidade, em linhas gerais, se divide em dois subprincípios e, ainda, em um terceiro nível de ponderação em que se aprecia a proporcionalidade em sentido estrito. O subprincípio da adequação (Geeignetheit) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da necessidade (Notwendigkeit oder Erforderlichkeit) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos. (BRASIL, 2001)

2.3 Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância, segundo Ackel Filho (1998), pode ser conceituado como “aquele que permite infirmar a tipicidade de fatos que, por sua inexpressividade, constituem ações de bagatela, despidas de reprovabilidade, de modo a não merecerem valoração da norma penal, exurgindo, pois como irrelevantes”.

Segundo Bitencourt (2012) “a tipicidade penal exige ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico”.

“É necessária uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Frequentemente, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material, por não produzirem uma ofensa significativa ao bem jurídico tutelado. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado. (BITENCOURT, 2012)

Desta forma, em síntese, o princípio da insignificância, ou princípio da bagatela, é um princípio de direito penal que afasta a punição de condutas tipificadas como criminosas quando, no caso concreto, tais condutas geraram uma ínfima ofensa ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal. Diante disso, deve-se lembrar a questão suscitada no início deste tópico, qual bem jurídico está sendo ofendido e qual o grau de ofensa a este bem.

Imprescindível observar nestes casos se a conduta delituosa praticada chegou a gerar uma relevante ofensa ao bem jurídico tutelado que o tipo penal visa proteger, de maneira que a condenação do autor a uma pena de prisão, com o cerceamento de sua liberdade, não seja uma medida mais grave que o próprio delito por praticado.

Ainda mencionando o Habeas Corpus 127573/SP quando a segunda turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria absoluta, decidiu pela anulação da condenação por tráfico de drogas imposta a uma mulher flagrada com 1g de maconha. Para o relator do caso, o ministro Gilmar Mendes o princípio da insignificância é aplicável ao caso em questão, pois do conteúdo dos autos não se poderia inferir que a conduta da condenada lesionasse ou colocasse em perigo a paz social, a segurança e/ou a saúde pública:

No caso em comento, não existem óbices para que se aplique o princípio da insignificância, já que a ofensividade da conduta da paciente é tão irrisória, que fica descartada a possibilidade de um risco de dano ao bem jurídico tutelado pela norma jurídico-penal. O comportamento da paciente não é capaz de lesionar ou colocar em perigo o bem jurídico protegido pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/2006.

A quantidade de 1 grama de maconha é tão pequena, que a sua comercialização não é capaz de lesionar, ou colocar em perigo, a paz social, a segurança ou a saúde pública, sendo afastada a tipicidade material do tipo penal de tráfico de entorpecentes. Trata-se de um caso exemplar em que não há qualquer demonstração da lesividade material da conduta, apesar da subsunção desta ao tipo formal. Ante o exposto, nos termos do art. 192 do RISTF, concedo a ordem para considerar a atipicidade material da conduta. (BRASIL, 2001)

2.4 Princípio da Alteridade

O Princípio da Alteridade é um princípio do direito penal que visa limitar o poder punitivo do Estado a bem jurídico próprio.

Capez (2011) ensina que “o Princípio da Alteridade, também chamado de transcendentalidade, proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico”. Segundo o autor:

“O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse do outro. Ninguém pode ser punido por ter feito mal a só a si mesmo. Não há lógica em punir um suicida frustrado ou pessoa que se açoita, na lúgubre solidão de um quarto. Se a conduta se esgota na esfera do próprio autor, não há fato típico” (CAPEZ, 2011).

Para que haja a caracterização de fato típico, deverá haver perigo de lesão a um jurídico tutelado, sendo assim, o Direito Penal somente será aplicado como instrumento de controle social, quando o indivíduo tiver uma conduta que exceda a esfera do próprio patrimônio, não havendo possibilidade de punição contra autolesão. De acordo com o entendimento de Nucci (2011):

Bem jurídico, é o bem escolhido pelo ordenamento jurídico para ser tutelado e amparado. Quando se constituir em bem jurídico deveras relevante, passa ao âmbito de proteção penal, permitindo a formação de tipos criminalizadores, coibindo as condutas potencialmente lesivas ao referido bem jurídico penal.

O pressuposto norteador do Princípio da Alteridade é de que o Direito Penal não deve ter interferência em condutas que, mesmo sendo consideradas inaceitáveis pela sociedade, não lesionam o bem jurídico de outros, sendo assim, não ultrapassam a disponibilidade do próprio agente, ofendendo, assim, exclusivamente o seu próprio bem jurídico.

Para melhor compreensão do que é um bem jurídico tutelado pelo Estado, nos ensinamentos do doutrinador BITENCOURT (2011): “O bem jurídico pode ser definido como todo valor da vida humana protegido pelo Direito, e, como o ponto de partida da

estrutura do delito é o tipo de injusto, representa a lesão ou perigo de lesão do bem juridicamente protegido”.

No direito penal brasileiro para a ocorrência da atuação coercitiva estatal através de norma penal, devem estar presentes os seguintes elementos: conduta típica, antijurídica e culpável, observa-se que é necessária que ofenda um bem jurídico alheio e não de si próprio.

3. O ARTIGO 28 DA LEI N.º:11.343/06 FERE O PRINCÍPIO DA ALTERIDADE?

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (BRASIL, 2006)

Como já mencionado, o artigo 28 da lei 11.346 é considerado um tipo penal em branco.

O tipo penal em branco é dividido em heterogêneo e homogêneo, no primeiro, o complemento vem por um dispositivo legal que não tem origem na mesma instância legislativa. Já no segundo, a complementação advém de um dispositivo legal com a mesma natureza jurídica e a mesma fonte legisladora.

O artigo 28 é um tipo penal em branco heterogêneo, no visto que, para complementar seu entendimento, há a portaria n.º: 344 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde para determinar quais são as substâncias consideradas como “drogas”.

Nucci, por exemplo, posiciona-se favorável a existência desta espécie normativa, ressaltando inclusive sua segurança jurídica.

Parece-nos razoável a existência das normas penais em branco. Lembremos que o branco da norma, dependente de complemento, pode ser integralmente preenchido por meio de consulta a outra norma vigente, em textos de conhecimento público. Ademais, a norma em branco pode ser muito mais segura do que tipos penais excessivamente abertos. A expressão ato obsceno, prevista no artigo 233, do Código Penal, exige maior preocupação, quanto ao seu alcance, do que o termo drogas, estampado nos tipos incriminadores da lei n.º: 11.343/2006. A consulta à lista de drogas proibidas fornece maior segurança do que a interpretação que se pode fazer, advinda de fatores puramente culturais, da expressão obsceno. (NUCCI, 2008,p. 93.)

Os verbos do artigo 28, estão no infinitivo (portar, guardar, etc.), sendo assim, é um artigo caracterizado como uma norma incriminadora, é uma norma de conduta e não imperativo moral, ou seja, analisando este tipo penal, a tutela recai ao bem jurídico que é a saúde pública. Trata-se de delito de perigo, no qual basta expor a saúde pública a risco para ele se consumir.

Para CAPEZ (2009) a conduta de “usar a droga” é um ato subjetivo do agente, e que a Lei 11.343/06 não tipifica o uso da droga e sim seu porte, pois o “seu objetivo [...] é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal [...]”.

Todo tipo penal tutela um ou mais bens jurídicos. A exemplo, o crime de homicídio, disposto no artigo 121, do Código Penal, o bem jurídico tutelado é a vida, já no artigo 155, do Código Penal, que dispõe sobre o crime de furto, tutela o patrimônio. Percebe-se que a tutela deve ser de vida alheia, de patrimônio alheio, jamais de si próprio, ou seja, só viola uma norma penal quem ofende a vida, patrimônio, integridade, liberdade alheios e não de si mesmo. Não há crime atentar contra a própria vida (não incidirá no artigo 121) até mesmo o suicida que sobreviva a tentativa, não será penalizado pelo artigo 129 do Código Penal, “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”, o legislador deixa evidente que é punido lesionar terceiro, não si próprio; não há crime danificar seu próprio patrimônio (não incidirá no artigo 163 do Código Penal). Dessa discussão nasce a pergunta: por que criminalizar o uso de drogas? Qual o bem jurídico que uma pessoa que usa droga estará a ofender?

Justamente pelo fato de não ser possível a punição da lesão a bem jurídico próprio, o legislador, não tipificou a conduta de utilizar substância entorpecente, para assim, não haver ofensa direta ao Princípio da Alteridade, podendo ser arguido o fundamento do perigo a saúde pública, devido a circulação da droga.

O argumento da constitucionalidade é semelhante ao do uso do capacete e cinto de segurança obrigatórios, estes, visam proteger exclusivamente a saúde do indivíduo que os utiliza, visto que, são equipamentos para prevenção a lesões mais graves em caso de acidente, ou seja, protegem de forma implícita, a “autolesão”, em prol da saúde pública, pois um cidadão gravemente ferido poderá ficar invalido gerando custas ao estado (INSS).

Há grande discussão acerca da compatibilidade do tipo penal previsto no art. 28 da Lei de Drogas com a Constituição Federal. A questão está na pauta do Supremo Tribunal Federal desde 2011 no julgamento do Recurso Extraordinário 635.659 (ainda em julgamento), o qual

se questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas, à luz do direito à intimidade e aos princípios da ofensividade e Alteridade.

Para Luiz Flávio Gomes, que defende a inconstitucionalidade, a intervenção do Direito Penal deve ocorrer apenas quando houver lesão concreta ou real, transcendental, grave ou significativa e intolerável ao bem jurídico tutelado.

“ sob a ótica do princípio da ofensividade, não existe crime sem lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado, sendo inconstitucionais os crimes de perigo abstrato (GOMES,2013).

O II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas, produzido em 2012 pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP) é um dos estudos mais recentes sobre o consumo de drogas no Brasil e, segundo o relatório LENAD (p. 54, 2012), “o Brasil foi apontado como uma das nações emergentes onde o consumo de estimulantes como a cocaína – seja na forma intranasal (“pó”) ou fumada (crack, merla ou oxi) – está aumentando, enquanto na maioria dos países o consumo está diminuindo”.

O estudo separou os dados por dois grupos etários: adolescentes (14 a 17 anos) e adultos (18 anos ou mais). Conforme a pesquisa, a maconha foi a droga ilícita mais consumida no mundo. (LENAD, p. 54, 2012)

O Relatório aponta ainda um grave problema a ser enfrentado pelo Estado diante deste cenário: o desconhecimento real deste cenário.

Embora a sociedade brasileira esteja ciente deste importante problema de saúde pública, seu conhecimento acerca dos padrões de consumo, da dependência, bem como dos problemas associados ao uso de cocaína, ainda é incipiente. (LENAD, p. 54, 2012)

Os dados levantados pelo Relatório (LENAD, p. 56, 2012) apontam que “do total da população adulta, 5,8% declararam já ter usado maconha alguma vez na vida – ou seja, 7,8 milhões de brasileiros adultos já usaram maconha pelo menos uma vez na vida. Entre os adolescentes esse número é de 597 mil indivíduos (4,3%) dentre quase 14 milhões de adolescentes brasileiros”.

O dado é ainda mais alarmante quando se analisa o uso nos últimos 12 meses: “2,5% dos brasileiros adultos declaram ter usado e 3,4% dos adolescentes – representando mais de 3 milhões de adultos e 478 mil adolescentes em todo país” (LENAD, p. 56, 2012).

Uma publicação recente do Conselho Federal de Medicina, oito anos depois de sua última orientação sobre o uso do canabidiol, busca, por meio de uma resolução, orientar como

os médicos devem tratar o tema, o tema foi manchete nos principais jornais do país abordaram o assunto ⁵. o que aponta a reportagem publicada no portal G1, na internet.

A ideia de que o Princípio da Alteridade está diretamente atrelado ao presente artigo 28 se dá pelo fato de que a sociedade e seus membros usam drogas há muitos anos, como foi possível observar no contexto histórico supra escrito, porém, cada indivíduo deve ser livre, dentro de uma noção mínima de letalidade e dependência de drogas recreativas, qual ele pode usar ou não. É certo que as drogas causam efeitos ao indivíduo que a utiliza e a sociedade a sua volta, porém não está esclarecido ainda se a proibição de certas drogas, ou seja, seu caráter ilícito, se dá pela cultura ou pela real impacto desta.

As drogas ilícitas mais populares atualmente, já eram conhecidas e consumidas pelo homem há séculos. A utilização de plantas psicoativas e alucinógenas pelos nativos em cultos indígenas e pagãos era comum nos primórdios da colonização, tanto nas Américas como na Europa. Segundo observa Rodrigues (p. 27, 2006)

“Com a colonização do “Novo Mundo” sob forte influência da Igreja Católica, a proscrição das “plantas sagradas” passou a fazer parte da imposição da cultura do descobridor-colonizador, e da afirmação do catolicismo como religião oficial, por meio da “catequese” dos índios, habitantes nativos das terras americanas”.

Não há como se deixar de analisar o quadro dentro de um contexto mais amplo, que leva, na atualidade, à coexistência de drogas proibidas e drogas lícitas, que mais que comprovadamente afetam também a saúde não só do indivíduo que a consome, como do indivíduo que com este convive.

No estudo apresentado abaixo, realizado na Inglaterra, membros do Comitê Científico Independente sobre Drogas, incluindo dois especialistas convidados, se reuniram em um workshop interativo de 1 dia para pontuar 20 medicamentos em 16 critérios: nove relacionados aos danos que um medicamento produz no indivíduo e sete aos danos a outros.

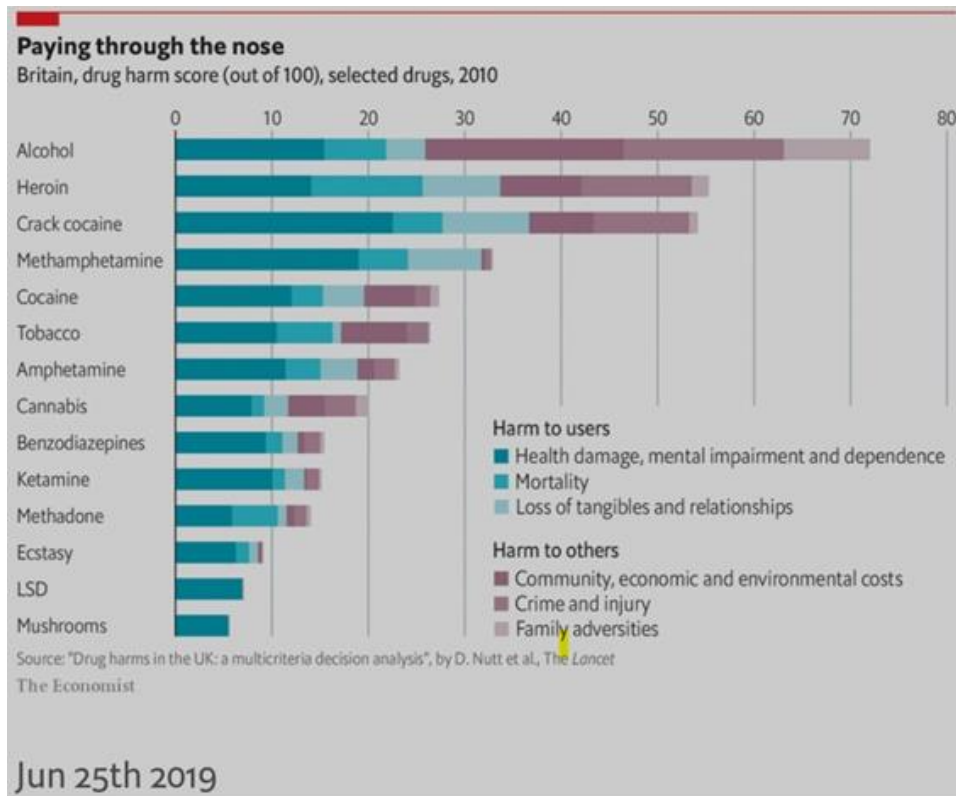
Os medicamentos foram pontuados em 100 pontos e os critérios foram ponderados para indicar sua importância relativa. O gráfico ilustra potenciais danos causados pelas drogas aos indivíduos e danos aos outros (sociedade). A modelagem mostrou que a heroína, o crack e a metanfetamina são as drogas mais prejudiciais para os indivíduos (escores de parte 34, 37 e

⁵ Trecho de Reportagem do portal G1 em 14 de outubro de 2022, sob o título: Conselho Federal de Medicina muda resolução que orienta médicos sobre uso de canabidiol; especialistas apontam retrocesso.

“Sem avanços e mais restritiva, a resolução CFM n.º: 2.324 autoriza que produtos de cannabis sejam usados apenas para tratar alguns quadros de epilepsia. O texto ainda proíbe a prescrição de “quaisquer outros derivados (da cannabis sativa) que não o canabidiol”.

Além disso, a resolução apresenta um novo artigo no qual diz que é “vedado” aos médicos prescrever o canabidiol para outras doenças, exceto se o tratamento fizer parte de estudo científico” G1(2022).

32, respectivamente), enquanto o álcool, a heroína e o crack são as drogas mais prejudiciais para os outros (46, 21, e 17, respectivamente). No geral, o álcool foi a droga mais prejudicial (escore geral de danos 72), com heroína (55) e crack (54) em segundo e terceiro lugares. (THE ECONOMIST, 2019)



(THE ECONOMIST, 2019)

Ainda falando em uso não moderado, uma pesquisa feita pela Secretaria Nacional Antidrogas (SENAD) em 2007 e divulgada no “I Levantamento Nacional sobre os Padrões de Consumo de Álcool na População Brasileira”, observou que:

Cerca de dois terços dessa população (indivíduos adultos que dirigem alcoolizados) já beberam após consumir 3 doses de álcool ao menos 2 ou 3 vezes no último ano. Ou seja, daqueles que declararam ter dirigido sob o efeito do álcool, a maioria bebeu mais do que o limite legal definido no Brasil nessas ocasiões. Portanto, não é que as pessoas bebem em pequenas quantidades antes de dirigir, mas sim que bebem acima do limite legal, aumentando o risco de acidentes. (SENAD, p. 32, 2007)

Ainda de acordo com o Relatório (SENAD, p. 29, 2007) 12% da população brasileira tem algum problema com o álcool - um índice significativo em termos de saúde pública para se dimensionar o custo social do álcool.

Do total da população com 18 anos ou mais, 3% faz uso nocivo e 9% é dependente de bebidas alcoólicas que tanto o uso nocivo quanto a dependência predominam entre os homens, sendo em média quatro vezes mais comum (SENAD, p. 29, 2007).

Dados divulgados em julho deste ano pelo IBGE (p.2, 2021) estimam a população total do país em 213,31 milhões em 2021, assim em números atuais, caso a projeção apresentada do SENAD fosse mantida, 12% da população, equivale a 25,5 milhões de pessoas com algum problema com álcool, problemas esses que vão além de doenças decorrentes do próprio alcoolismo, como a cirrose, são vários os danos sociais, como acidentes, atropelamentos, casos de agressão, violência doméstica, etc.

Esse número alarmante pode ser ainda maior segundo aponta a Organização Pan-Americana da Saúde (Opas), já que o consumo de bebidas alcoólicas cresceu 93,9% durante a pandemia. (Portal PEBMED, 2021)

Um ponto extremamente preocupante já que o álcool não é considerado uma droga ilícita no Brasil e pode ser facilmente adquirido por qualquer pessoa maior de 18 anos, e conforme o Levantamento Nacional sobre o uso de Drogas pela População Brasileira, os menores de 18 anos, também estão tendo fácil acesso ao álcool.

Desde 17 de março de 2015, a Lei 13.106 alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tornando crime "Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica". Apesar destas condutas estarem previstas anteriormente, como contravenção penal, no ECA, aproximadamente sete milhões (34,3%) dos indivíduos menores de 18 anos reportaram ter consumido álcool na vida, e 22,2% consumiram nos últimos 12 meses. O consumo nos últimos 30 dias, foi reportado por 8,8% dos adolescentes de 12 a 17 anos. (LNUD,p.91,2017)

No Recurso Extraordinário (RE) 635659 a Defensoria Pública de São Paulo questiona a constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006. Para a requerente, o dispositivo contraria o princípio da intimidade e vida privada, pois a conduta de portar drogas para uso

próprio não implica lesividade, princípio básico do direito penal, uma vez que não causa lesão a bens jurídicos alheios.

A Defensoria Pública argumenta que:

“o porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada saúde pública (objeto jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário. No RE, a requerente questiona acórdão do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível de Diadema (SP) que, com base nessa legislação, manteve a condenação de um usuário à pena de dois meses de prestação de serviços à comunidade” (BRASIL, 2022)

No Recurso Extraordinário (RE) 635659 ainda em julgamento, o Ministro Edson Fachin em seu voto, cita Carlos Santiago Nino, segundo o qual invocam-se, em geral, três argumentos independentes para punir o consumo pessoal de drogas: um argumento perfeccionista, um argumento paternalista e, por fim, um argumento de defesa da sociedade (NINO, 1989).

O perfeccionista baseia-se na reprovabilidade moral da conduta, visto que, usar droga é considerado um comportamento moral reprovável; o paternalista tem sua base na reprovação, no desincentivo e na prevenção geral que as respostas penais deveriam gerar, proteger as pessoas contra os danos que o consumo de drogas pode causar a elas; por fim, o argumento de defesa da sociedade, quando justifica o tratamento penal do consumo baseado na proteção dos demais cidadãos, que podem sofrer os efeitos ou consequências dos atos de quem usa drogas (BRASIL, 2015).

Aqueles que entendem pela inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas argumentam que o comportamento previsto no tipo não transcende a esfera pessoal do usuário, ou seja, não viola, sua intimidade (vida íntima) e privacidade (autonomia privada), ferindo, dessa forma, o princípio da transcendência ou Alteridade e entendem ainda que não há lesão ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado, esta é a posição de Lima:

Prevalece a orientação no sentido de que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não é incompatível com a CF. Por mais que o agente traga a droga para consumo pessoal, não se pode perder de vista que sua conduta coloca em risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas. De mais a mais, mesmo que indiretamente, outros bens jurídicos além da saúde pública são lesionados em virtude dessa conduta. Com efeito, não é incomum que o usuário-dependente pratique outros crimes para sustentar seu vício. Ademais, a aquisição de drogas por parte do usuário serve como forte estímulo para a prática do tráfico de drogas. Noutra giro, por mais que seja verdade que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não venha surtindo o efeito desejado, nem por isso se pode cogitar da possibilidade de renunciarmos à tutela do direito penal para coibir tal conduta. Fosse assim, condutas delituosas diversas como homicídios, latrocínios e roubos também deveriam ser descriminalizadas, porquanto a utilização do direito penal como instrumento para coibir tais condutas delituosas também não vêm surtindo os efeitos desejados, infelizmente. (LIMA, 2020)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita a análise quanto evolução em torno do proibicionismo sobre as drogas, observa-se que em defesa da saúde física e moral da humanidade, é que foram definidas inúmeras ações no sentido de orientar uma política global de drogas.

Sob esta ótica, despojado de qualquer julgamento ou preconceito, o fato se concentra em termos as drogas lícitas e as drogas ilícitas, se firma na distinção entre direito e moral. A questão de proibição do uso de drogas remete a motivações econômicas, sociais, culturais, religiosas e moralistas. Fato é que ainda não existe o consenso nem mesmo entre a população e desta forma o que parece mais facilmente aceitável por quem defende a proibição, é substituir o argumento moral por argumentos de “questão de saúde pública”.

Num primeiro plano, é perfeitamente plausível a proibição das drogas, já que realmente cabe ao Estado proteger a saúde pública, mas, como constatado, as drogas lícitas (como álcool e tabaco), abrangem uma parcela enorme de usuários, estas drogas, apesar de lícitas, fazem um grande mal à saúde pública, ao usuário e seus familiares, gerando um custo enorme para o Estado, em decorrência do vício e das consequências prejudiciais à saúde do indivíduo viciado. Desta forma, é frágil o argumento de proibição das drogas ilícitas, em prol do controle ou preservação da saúde pública.

Apesar de proibidas, as drogas ilegais parecem cada vez mais acessíveis, abundantes, diversificadas e potentes. O proibicionismo, por sua vez, tem como consequência o encarceramento em massa, já que o usuário além de praticar o crime do artigo 28, ainda estimula a prática do artigo 33 do Código Penal (tráfico), visto que, onde tem quem compra, tem quem vende, mantendo-se há anos nesta guerra que parece sem fim.

Desta forma, parece que o cerne do problema está na junção e na ponderação de todos os princípios abordados - Alteridade, Intervenção Mínima, Insignificância, Proporcionalidade, haja visto que um dos principais desafios, é equalizar os padrões morais e de saúde, de forma mais plausível do que a atual, para assim, definir a licitude ou ilicitude das substâncias taxadas como drogas, sistematizando o conhecimento sobre essas substâncias, seus usos e impactos sociais, com base em evidências científicas, pois aparenta ser inviável, por exemplo, a legalização do crack, uma droga que causa lesões gravíssimas a saúde mental e física do usuário em pouquíssimo tempo, já que o indivíduo perde a capacidade de tomar decisões e conviver de forma harmônica e normal em sua família ou em sociedade.

Os formuladores de políticas sobre drogas a nível nacional e internacional devem pensar em alternativas mais eficientes e humanas, como a sistematização das drogas por seus

impactos e danos físicos, psicológicos e sociais, incluindo aqueles causados a não usuários, como crime e desagregação familiar.

Da mesma maneira que, penalizar um indivíduo que tenta cometer suicídio não teria eficácia repressiva a este, e repressiva a terceiros, por se tratar de uma doença, o mesmo se aplicaria a um dependente químico.

Assim, possivelmente, a presença do Estado para regulamentar impostos sobre drogas como a cannabis seria muito mais eficiente para o controle do consumo, além da reinserção social do usuário, principalmente, aqueles que fazem o uso recreativo de forma consciente, de forma a não afetar sua saúde e a sociedade.

Diante do exposto, observou-se que o artigo 28 da lei 11.343/06 fere o Princípio da Alteridade, além dos outros princípios já analisados, quando pune o porte para consumo pessoal de entorpecentes, por este comportamento ser uma autolesão.

REFERÊNCIAS

ABBUD, Bruno. Pandemia pode ter levado Brasil a ter recorde histórico de 919.651 presos. **O Globo**. 05 de junho de 2022. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/06/pandemia-pode-ter-levado-brasil-a-ter-recorde-historico-de-919651-presos.ghtml>. Acesso em: 20 out. 2022.

ACKEL FILHO, Diomar. **O princípio da insignificância no direito penal**. Revista de jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, v. 94, p. 72-77, abr-jun. 1988 apud Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Princípio da Insignificância no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**, 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 12 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º: 828**, de 29 de Setembro de 1851. Decreta o Código Penal de 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-828-29-setembro-1851-549825-publicacaooriginal-81781-pe.html>. Acesso em 18 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º: 11.841**, de 10 de fevereiro de 1915. Promulga a Convenção Internacional do Ópio e o respectivo Protocolo de Encerramento, assignados na Haya, a 23 de Janeiro de 1912. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-11481-10-fevereiro-1915-574770-republicacao-98061-pe.html>. Acesso em 18 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º: 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Decreta o Código Penal de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em 18 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º: 154**, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 18 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.537**. São Paulo. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 24 ago. 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º: 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD. Brasília, DF, mar 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm#:~:text=Institui%20o%20Sistema%20Nacional%20de,crimes%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em 12 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º: 5.912**, de 27 de Setembro de 2006 - Regulamenta a Lei no 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5912.htm. Acesso em 15 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Porte de droga para consumo próprio é tema de repercussão geral**. 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2976501/porte-de-droga-para-consumo-proprio-e-tema-de-repercussao-geral#:~:text=A%20Defensoria%20P%C3%ABlica%20argumenta%20que,sa%C3%BAde%20pessoal%20do%20pr%C3%B3prio%20usu%C3%A1rio>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 635.659**. Tema 506 - Tipicidade do porte de droga para consumo pessoal. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 20 out. 2015 . Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4034145>. Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 143798 MC / SP**, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, Data de julgamento: 18 de maio de 2017. Acesso em: 20 de jun. de 2022.

BRASIL. **Lei no 13.840 de 5 DE JUNHO DE 2019**. Esta Lei altera a Lei n.º: 11.343, de 23 de agosto de 2006, para tratar do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, definir as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e tratar do financiamento das políticas sobre drogas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13840.htm. Acesso em 15 mar. 2022.

BRASIL, Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, **Análise Executiva da Questão de Drogas no Brasil - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD**. Junho de 2021. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/arquivo-manual-de-avaliacao-e-alienacao-de-bens/aeqdb___analise-executiva-da-da-questao-de-drogas-no-brasil___versao-final.pdf. Acesso em 15 jun. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. volume 4: Legislação Penal Especial**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**, 7ª ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118

COSTA, José Francisco de Faria. **O Perigo em Direito Penal**. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmática. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FUCILINI, Diego Castilho. **Aplicabilidade do princípio da insignificância no crime de tráfico de drogas**. Canal de ciências criminais. 23 set. 2020, 19:42. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/aplicabilidade-do-principio-da-insignificancia-no-crime-de-traffic-de-drogas/>. Acesso em 19 jun. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Insignificância: e outras excludentes de tipicidade**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. Histórico-drogas. **Enciclopédia jurídica da PUCSP - PUC - Pontifícia Universidade Católica**, Tomo Direito Penal, Edição 1, Agosto de 2020. Tóxicos: prevenção e repressão: comentários à Lei 5.726, p. 34. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/428/edicao-1/historico-drogas>. Acesso em: 19 jun. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DO CÂNCER – Ministério da Saúde. 04 de outubro e 2022. O que é a Convenção-Quadro para o Controle do Tabaco? Disponível em: <https://www.inca.gov.br/observatorio-da-politica-nacional-de-controle-do-tabaco/convencao-quadro#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o,da%20Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20da%20Sa%C3%BAde>. Acesso em: 20 de out. 2022

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. ESTIMATIVAS DA POPULAÇÃO RESIDENTE NO BRASIL E UNIDADES DA FEDERAÇÃO COM DATA DE REFERÊNCIA EM 1º DE JULHO DE 2021. Disponível em:

https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2021/estimativa_dou_2021.pdf
Acesso em 24 out 2022.

LENAD - II Levantamento Nacional de Álcool e Drogas. – 2012. Ronaldo Laranjeira (Supervisão) [et al.], São Paulo: Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia para Políticas Públicas de Álcool e Outras Drogas (INPAD), UNIFESP. Disponível em: <https://inpad.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Lenad-II-Relat%C3%B3rio.pdf>. Acesso em 02 set. 2022.

LNUD - III Levantamento Nacional sobre o uso de Drogas pela População Brasileira– 2017. Fundação Oswaldo Cruz. Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde. Disponível em: <https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/34614>
Acesso em 02 set. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada.** Juspodivm. 2ª ed. P. 693, 2020

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Insignificância no Direito Penal: Análise a luz da lei 9.099/95 juizados especiais criminais e da jurisprudência atual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

MATSUURA, Sérgio; Paula FERREIRA. Nações Unidas aprovam nova política de drogas. **O Globo.** 20 de abril de 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/nacoes-unidas-aprovam-nova-politica-de-drogas-19129673>. Acesso em: 20 out. 2022.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentado artigo por artigo.** 3. Ed. São Paulo: Método, 2012. p. 34-36. 51 CARVALHO, Salo de. A Política Criminal de Drogas no Brasil. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINAGÉ, Thiago M. **A criminalização do uso de drogas na transformação legislativa sobre o tema.** Canal Ciências Criminais. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/206759248/a-criminalizacao-do-uso-de-drogas-na-transformacao-legislativa-sobre-o-tema>. Acesso em 01 out. 2022.

NERY, Kedma Carvalho Varão. **Características Intrínsecas do Poder Punitivo Estatal,** 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/caracteristicas-intrinsecas-do-poder-punitivo-estatal/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

NEVES Úrsula. **Portal PEBMED** - Consumo de bebidas alcoólicas cresce 93,9% na quarentena. 20 de setembro de 2021. Disponível em: <https://pebmed.com.br/consumo-de-bebidas-alcoolicas-cresce-939-na-quarentena/>. Acesso em 25 out 2022.

NINO, Carlos Santiago. **Ética y Derechos Humanos: un ensayo de fundamentación.** Buenos Aires: Ariel, 1989. p. 423.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral e Parte Especial. E-book.** 7 ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral Parte Especial**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 93.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.

PEIXOTO Roberto, **Conselho Federal de Medicina muda resolução que orienta médicos sobre uso de canabidiol; especialistas apontam retrocesso, G1**. 14 out. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/saude/noticia/2022-out-14/conselho-federal-de-medicina-muda-resolucao-que-orienta-medicos-sobre-uso-de-canabidiol-especialistas-apontam-retrocesso.ghtml>. Acesso em: 20 out. 2022.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **O Princípio da Alteridade em face da Lei 11.343/2006 e seus reflexos sobre os usuários ou dependentes de drogas**. Maringá – PR: 06 maio 2008. Disponível em: <https://infodireito.blogspot.com/2008/05/artigo-o-principio-da-Alteridade-em-face.html>. Acesso em 02 jun. 2022.

RELATÓRIO DA COMISSÃO GLOBAL SOBRE POLÍTICAS DE DROGAS, Junho 2011. Disponível em: http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/uploads/2017/10/GCDP_WaronDrugs_PT.pdf. Acesso em 20 nov. 2022.

RELATÓRIO MUNDIAL SOBRE DROGAS. UNODC - Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html> Acesso em: 30 set 2022.

RIBEIRO, Mateus de Lima Costa. O caso das drogas: Uma análise do RE 635.659 a partir dos princípios da proporcionalidade, lesividade e subsidiariedade do direito penal. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5508, 31 jul. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60231>. Acesso em: 20 out. 2022.

RODRIGUES, Luciana Boiteux. **Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2006.

SENAD - Secretaria Nacional Antidrogas. I Levantamento Nacional sobre os Padrões de Consumo de Álcool na População Brasileira. 2007. Brasília – DF, ISBN: 978-85-60662-00-5 Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_padroes_consumo_alcool.pdf. Acesso em 02 set. 2022.

SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2934, 14 jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19551>. Acesso em: 20 jun. 2022.

THE ECONOMIST, What is the most dangerous drug? 25 de junho de 2019 Disponível em: <https://www.economist.com/graphic-detail/2019/06/25/what-is-the-most-dangerous-drug>. Acesso em 13 out. 2022

UNODC - Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. Drogas: marco legal. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>. Acesso em: 30 set 2022.