



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

GUERRA ÀS DROGAS: PONDERAÇÃO ENTRE BEM JURÍDICO TUTELADO E BENS
JURÍDICOS VIOLADOS

Luís Henrique Ferreira Martins

Rio de Janeiro
2017

LUÍS HENRIQUE FERREIRA MARTINS

GUERRA ÀS DROGAS: PONDERAÇÃO ENTRE BEM JURÍDICO TUTELADO E BENS
JURÍDICOS VIOLADOS

Artigo apresentado como exigência de Conclusão de
Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* da Escola da
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professora
Orientadora:
Ana Lucia da Costa Barros

Rio de Janeiro
2017

GUERRA ÀS DROGAS: PONDERAÇÃO ENTRE BEM JURÍDICO TUTELADO E BENS JURÍDICOS VIOLADOS

Luís Henrique Ferreira Martins

Graduado pela Universidade Candido Mendes.
Servidor Público. Pós-graduado em Direito
Público UCAM/CBEPJUR.

Resumo – na tentativa de reduzir o consumo de drogas pela sociedade, à partir da década de 1970 intensificou-se o que hoje se chama de guerra às drogas. A proibição de determinadas substâncias e a repressão feita pelo sistema penal culminaram no aumento dos índices de uso e da violência na sociedade em decorrência do combate à droga. Portanto, o cerne desse trabalho é demonstrar a necessidade de ponderação entre bem jurídico tutelado e bens jurídicos violados, quando do combate às drogas a fim de aferir a legitimidade deste tipo de legislação no ordenamento pátrio.

Palavras-chave – Direito Penal. Direito Processual Penal. Lei de Drogas. Bem jurídico. Guerra às Drogas.

Sumário – Introdução. 1. Criminalização da posse de drogas para consumo: a questão da ofensividade e do bem jurídico. 2. As consequências da guerra às drogas diante dos custos da criminalização. 3. Legalização como forma de combate às consequências desastrosas da guerra. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A política criminal de drogas é tratada como uma das prioridades quando se fala em segurança pública e sistema penal brasileiro. O presente trabalho visa discutir a questão à luz das consequências produzidas pela guerra. É de incomparável relevância a discussão acerca dos bens jurídicos que entram em conflito quando das guerras produzidas pelo combate às drogas. De um lado, sob influencia da espiritualização do direito penal, decorrente da sociedade de risco, busca-se tutelar o bem jurídico da saúde pública. No entanto, não raras vezes, para garantir a proteção desse bem jurídico, ocorrem confrontos armados entre policiais e traficantes. Confrontos cada vez mais intensos e violentos, que acabam por violar, diversos bem jurídicos importantes, tais como: Liberdade individual, vida, integridade corporal, patrimônio, etc.

O primeiro capítulo trata de discutir as questões polêmicas relacionadas à proibição da posse de drogas para consumo pessoal, sob uma perspectiva do bem jurídico que se busca tutelar e da existência ou não de ofensa a bens jurídicos de terceiros. Além disso, neste capítulo é feita uma abordagem acerca do julgamento dessa questão no Supremo Tribunal Federal.

Já no segundo capítulo, a problemática da atual política de combate às drogas é questionada à luz da influencia de discursos criminalizadores decorrentes de um direito penal máximo, com ideais de lei e ordem, que acabam por gerar os chamados custos da proibição, que se refletem na violação de outros bens jurídicos de indiscutível importância. Restando claro o teor simbólico da lei de drogas, vez que os fins do direito penal não tem sido alcançados diante do crescente aumento dos números de apreensão de drogas, prisões por tráfico, evidenciando a não diminuição da referida criminalidade à níveis aceitáveis.

O terceiro capítulo busca demonstrar que talvez os problemas reflexos decorrentes da guerra às drogas esteja justamente na sua proibição e que a legalização da fabricação, venda e consumo de drogas não significa um incentivo ao uso, mas sim uma maneira de potencializar as medidas de redução de danos, combate à estigmatização do usuário, e diminuição dos índices de violência produzidos pela atual política de combate.

O que se pretende com este artigo é relatar a falência da guerra às drogas, que neste país se promove. O bem jurídico que se busca tutelar com a lei 11.343/06, ou seja, a saúde pública, é alvo de críticas, vez que na tentativa dessa proteção penal, outros bens jurídicos, individuais ou não, são constantemente atacados fomentando a necessidade de um amplo debate sobre o tema.

A pesquisa se embasa no método hipotético-dedutivo, vez que se utiliza um conjunto de proposições hipotéticas, as quais se demonstram viáveis para a análise do objeto da pesquisa.

1. CRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO: A QUESTÃO DA OFENSIVIDADE E DO BEM JURÍDICO.

A justificativa penal da proibição de determinadas condutas humanas se baseia na proteção de bens jurídicos importantes para o convívio em sociedade. A evolução do direito penal à luz do desenvolvimento social, fez com que à partir do século XX, surgisse a ideia de bens jurídicos coletivos. A ciência penal, diante da chamada sociedade de risco passa, portanto, a proteger bens supraindividuais, a exemplo da saúde pública.

A criminalização da produção, comércio e posse para consumo pessoal de drogas

tornadas ilícitas pela Lei n. 11.343/06¹, teria fundamento na proteção da saúde pública. Para Lima², a mera posse de drogas para consumo pessoal coloca em “[...] risco a saúde pública, porquanto representa um risco potencial à difusão do consumo de drogas”. Esse entendimento não parece o mais adequado diante da ofensividade da conduta, além do mais, não se pode ignorar estudos sobre o referido bem jurídico, assim como faz Busato³ quando trata da questão da saúde pública como um bem jurídico que contém apenas uma aparência de coletividade, mas que na realidade tutelam um conjunto de saúdes individuais. Dito de outro modo, não seria a saúde pública um bem coletivo, mas sim um bem jurídico individual, com aparência de coletivo.

O fato de o legislador infraconstitucional tornar crime a mera da posse de drogas para consumo pessoal na forma do art. 28, da Lei 11.343/06, gera uma desconfiança acerca da constitucionalidade do dispositivo, vez que as condutas previstas no tipo penal, não alcançam qualquer lesão ou perigo concreto de lesão a qualquer bem jurídico. Sob a ótica do princípio da lesividade, que atua inclusive no plano da alteridade, entende-se que o Direito Penal deve apenas se ocupar da proibição de condutas que possam violar diretamente bem jurídicos importantes de terceiros. O fato de um indivíduo maior e capaz portar droga para consumo pessoal carece de lesividade, não representando qualquer ofensa a direito de outros. Além do mais, existe flagrante violação do princípio da isonomia quando verificada a proibição de algumas substâncias psicoativas como as contidas na maconha e cocaína e a manutenção da legalidade de também psicoativas, como cafeína ou álcool. Esse tratamento diverso conferido pela lei de drogas torna pessoas que praticam condutas semelhantes em criminosas ou não, a depender da arbitrária seleção feita pelo Estado.

O Estado não estaria autorizado a proteger o indivíduo de si mesmo, substituindo a escolhas que o ser pode ter em relação a si próprio. A criminalização da posse de drogas para consumo pessoal seria uma espécie de crime sem vítima, fato este que por si só já demonstra a falta de legitimidade para a tutela penal da questão. Saúde não se deve tratar através do Direito penal. O abuso do consumo de substâncias psicoativas deve ser tratado no plano da educação e da informação, assim como foi tratado o tabaco no Brasil. A título de exemplo,

¹ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

² LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Bahia: Juspodivm, 2015, p. 712.

³ BUSATO, Paulo César. *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 355.

pesquisas do Ministério da Saúde⁴ demonstram que o número de fumantes caiu 30,7% em um período de nove anos, enquanto dados do Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro apontam para um aumento de 167% de apreensões de drogas em situações definidas como posse para consumo. É o exemplo prático de que a prevenção tem obtido melhores resultados do que a repressão e criminalização.

No sentido de demonstrar a carência de legitimidade Estatal na proibição do uso de drogas como forma de proteção à saúde, é importante a lição de Karam⁵:

o Estado democrático não está autorizado a substituir o indivíduo em decisões que dizem respeito apenas a si mesmo. Em uma democracia, o Estado não pode tolher a liberdade dos indivíduos sob o pretexto de pretender protegê-los. Ninguém pode ser coagido a ser protegido contra sua própria vontade. Intervenções do Estado supostamente dirigidas à proteção de um direito contra a vontade do indivíduo que é seu titular contrariam a própria ideia de democracia, pois excluem a capacidade de escolha na qual esta ideia se baseia.

No Supremo Tribunal Federal encontra-se pendente de julgamento o Recurso Extraordinário n. 635.659⁶, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que discute justamente a questão da constitucionalidade da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Sobre a questão, é preciso destacar o papel da expansão da jurisdição constitucional, que permite a invalidação por parte de agentes políticos não eleitos, de normas produzidas por agentes políticos eleitos. O poder legislativo já demonstrou de maneira inequívoca a intenção de criminalizar tal conduta. Ainda assim, marcado pela dificuldade contramajoritária, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de conferir o maior grau de efetividade aos direitos fundamentais, a exemplo da intimidade e da vida privada, garantidos pelo art. 5º, X, da CRFB/88⁷.

Partindo-se do Neoconstitucionalismo, que marca o pós-positivismo, o referido órgão de superposição possui legitimidade para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo da lei de drogas, no entanto, por tratar de um tema complexo, as medidas não podem ser tímidas,

⁴ BRASIL. Número de fumantes cai 30,7% nos últimos nove anos. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/05/numero-de-fumantes-cai-30-7-nos-ultimos-nove-anos>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

⁵ KARAM, Maria Lucia. *proibição às drogas e violações a direitos fundamentais*, 2013. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br>>. Acesso em 13 jun.2017.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 635659. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul 2017.

pois, deve ser analisada não só a questão sob a perspectiva da posse de drogas, mas também a questão da produção e do comércio de todas as drogas. Por ser a criminalização do tráfico ilícito de entorpecentes um mandado constitucional de criminalização, conforme o art. 5º, XLIII, da CRFB/88⁸, o tema da descriminalização ou legalização será discutido em capítulo adequado.

No entanto, ainda em relação ao RE 635.659, apesar de o julgamento ter sido paralisado, o fato é que o relator, Ministro Gilmar Mendes já se posicionou no sentido de declarar inconstitucional o art. 28 da lei de drogas. Já os Ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Edson Fachin, se restringem a declarar a inconstitucionalidade do dispositivo quando tratar-se de maconha, o que é alvo de críticas.

2. AS CONSEQUÊNCIAS DA GUERRA ÀS DROGAS DIANTE DOS CUSTOS DA CRIMINALIZAÇÃO

Sob o ponto de vista da criminologia, sabe-se que os diversos movimentos de política criminal não buscam a erradicação de crimes, mas a redução a níveis aceitáveis. Nesse sentido, surgiu nos Estados Unidos da América por volta da década de 70, o Movimento da Lei e da Ordem (LAW AND ORDER), que tinha por objetivo combater os altos índices de criminalidade, editando leis duríssimas, que visavam recrudescer o tratamento dado ao criminoso. Tratando da realidade brasileira, resume Almeida⁹:

Destarte, passamos a conviver com algumas leis que representam um verdadeiro retrocesso um verdadeiro retrocesso no que tange aos direitos e garantias individuais, verdadeira concessão aos postulados do movimento da law and order, que defende medidas drásticas no combate à criminalidade, como, por exemplo, penas severas, que deverão ser cumpridas em regime fechado, proibição de liberdade provisória e o desprezo de certos direitos e garantias processuais.

⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 ago 2017.

⁹ ALMEIDA, Gevan. *Modernos Movimentos de Política Criminal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2004, p. 97.

A política de drogas no Brasil, que passa a receber um tratamento mais severo com a lei 6.368/76¹⁰ e posteriormente com a lei 11.343/06¹¹ se alinha à u modelo político-criminal mencionado, sendo iniciada uma verdadeira guerra contra as drogas, como a iniciada na década de 70 nos Estados Unidos da América, presidido à época por Richard Nixon. O movimento da lei e da ordem como política criminal, buscou segregar a sociedade em dois tipos de grupo: um deles é composto por pessoas honestas, pessoas de bem e que merecem toda proteção legal contra os homens maus, delinquentes e criminosos que fazem parte do segundo grupo e que a estes, são direcionados todo o rigor da lei, convencionando-se assim a “indústria da segurança”, que tinha como objetivo final a garantia da sensação de segurança e punição rígida ao infrator, mesmo que fosse necessária a violação de Direitos Humanos, evidenciando assim mais uma vez que este tipo de política criminal muitas vezes cria mais problemas do que resolve.

Desta forma, percebe-se a violação da isonomia já citada quando compara-se um usuário de droga ilícita, com um usuário de álcool, por exemplo. De um lado temos uma pessoa vista como drogada, estigmatizada, criminalizada e do outro lado, uma pessoa comum, do bem, que não causa nenhum mal ao tomar sua cervejinha no fim do expediente, sendo que o mesmo raciocínio vale para os comerciantes e produtores de tais substâncias.

Diante dessa realidade, inúmeros problemas começam a surgir, tais como: Encarceramento em massa; aumento da letalidade violenta; combates promovidos por grupos de facções criminosas entre si, violação à integridade física e mental de pessoas envolvidas direta e indiretamente nesse contexto, incluindo-se moradores de áreas mais carentes, onde se concentram os confrontos. Até mesmo o direito à educação encontra barreiras em áreas conflagradas, pois, não raras vezes escolas são fechadas em razão de confrontos armados e milhares de crianças ficam com o acesso à educação prejudicado. No Município do Rio de Janeiro, conforme a Secretaria Municipal de Educação¹², no ano de 2016 dos 200 dias letivos, em 157 deles, pelo menos uma escola não funcionou em razão da guerra promovida contra as drogas.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6368.htm> Acesso em: 01 Ago 2017.

¹¹ BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 01 Ago. 2017

¹² JANSEN, Roberta. *A violência como parte da rotina de escolas do Rio*. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-violencia-como-parte-da-rotina-de-escolas-do-rio>>. Acesso em: 01 ago 2017.

Alessandro Baratta vê o uso e a criminalização das drogas sob duas perspectivas. Ele afirma existir um efeito primário e um secundário, sendo o primeiro aquele decorrente do uso das drogas, lícitas ou não, e o segundo deriva do processo criminalizador e da reação da sociedade diante do problema. Baratta¹³ ainda afirma que muitas vezes os efeitos secundários são mais danosos que os primários:

nem todos os efeitos das substancias psicotrópicas são negativos, posto que a extensão dos efeitos depende, como se sabe, não apenas da quantidade de entorpecente mas também de uma série de outros fatores como: o tipo de droga, situação do consumidor , meio em que o consumo se realiza, etc.

Conforme já dito, a questão das drogas se resume fundamentalmente à saúde pública. Portanto, há pertinência nas críticas feitas às políticas repressivas e militarizadas, vez que se busca resolver um assunto de saúde com segurança pública, polícia e cárcere. Carece de razoabilidade a lógica criada sobre a questão, senão vejamos: o Estado, responsável pela tutela de bens jurídicos importantes por meio do direito penal, busca proteger a saúde pública com uma política bélica voltada para o combate às drogas. No entanto, os chamados custos da criminalização surgem e inevitavelmente trazem danos que podem ser maiores aos causados pelas próprias drogas. Na realidade, por exemplo, do Rio de Janeiro, quando o Estado através da polícia atua na guerra contra as drogas, é possível que ocorram violações à diversos bem jurídicos, coletivos e individuais, tão importantes quanto à saúde pública.

Muitas vidas são, foram e serão desperdiçadas ao longo dos confrontos armados onde agentes do Estado, marginais da lei e inocentes são atingidos por essa guerra sem vencedores. Logo, em um primeiro momento verifica-se o choque entre saúde pública e vida como bens jurídicos, protegidos e violados, respectivamente. Ainda como reflexo tem-se as pessoas baleadas, mas sobreviventes, com ou sem sequelas sendo, portanto, mais uma ponderação necessária, desta vez entre: saúde pública e integridade corporal. Seguindo nessa linha de proteção *versus* violação de bens jurídicos, é preciso tratar da liberdade.

A liberdade de locomoção, que é um direito fundamental esculpido no *caput* do art. 5º da CRFB/88¹⁴ é um bem jurídico que também sofre violações no panorama que aqui se

¹³ BARATTA apud CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 239

¹⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul 2017.

discute. Existem algumas formas diferentes de violação à esse bem jurídico: Por vezes, pessoas se veem impedidas de sair de suas casas para trabalhar, estudar, se divertir em razão da ocorrência de confrontos armados decorrentes da intervenção policial em áreas dominadas por grupos de traficantes armados, ou ainda, no caso do famoso “toque de recolher”¹⁵ imposto pelo tráfico de drogas e que impõe horários em que é proibida a circulação de moradores, fato comum em áreas mais pobres controladas pelo tráfico, mas que carece de estatísticas acerca da questão, vez que dificilmente os residentes dessas localidades tem coragem para denunciar tais casos.

Dados fornecidos pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro¹⁶ (PMERJ) dão conta de que entre os anos de 2007 e 2016, a instituição teve 3.050 baixas de policiais em serviço, onde deste total, 218 foram mortos. Já conforme informações do Instituto de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro¹⁷ (ISP), no mesmo período 7.882 pessoas morreram em decorrência de oposição à intervenção policial. Além disso, o número de ocorrências envolvendo tráfico de drogas aumentou de 6.913 em 2010 para 15.965 em 2015 e o número de ocorrências relacionadas à posse de drogas para consumo pessoal pulou de 4.459 para 11.943 na mesma faixa de tempo somente no Estado do Rio de Janeiro. Com o aumento da repressão policial às atividades relacionadas ao comércio de drogas, houve também aumento do poderio bélico por parte do crime organizado, gerando aumento das apreensões de armas no Estado do Rio, pois, ainda de acordo com o Instituto de Segurança Pública, entre os anos de 2007 e 2016 foram apreendidos 2.620 fuzis e quase 25 mil pistolas. O número de presos por crimes previstos na lei de drogas aumentou de 31.520 para 182.779 em fevereiro de 2017, representando 32,6% do total de presos em todo o país, conforme divulgação no site de notícias G1¹⁸.

Com base nesses dados, é possível afirmar que a lei de drogas falhou em seus objetivos declarados, pois, não diminuiu o número de usuários e houve aumento na letalidade violenta. O Estado investe muito com a repressão em nome da saúde pública e coloca em

¹⁵ O DIA. *Conjunto é dominado pelo tráfico na Pavuna*. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-05-07/conjunto-e-dominado-pelo-trafico-na-pavuna.html>>. Acesso em: 01 ago 2017

¹⁶ PMERJ. *Análise da vitimização do policial*. Disponível em: <<https://pmerj.rj.gov.br/analise-da-vitimizacao-do-policial/>> Acesso em: 01 ago 2017.

¹⁷ ISP. *Segurança em números*. Disponível em: <<http://www.isp.rj.gov.br/dadosoficiais.asp>> Acesso em: 01 ago 2017.

¹⁸ VELASCO, Clara. *Um em cada três presos no país responde por tráfico de drogas*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>> Acesso em: 01 ago 2017.

xeque outros bens jurídicos de importância extrema. Somente no ano de 2016 foram gastos 76,3 bilhões de reais com segurança pública pela União, Estados e Municípios, conforme o anuário apresentado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública¹⁹. Obviamente os investimentos devem continuar, no entanto, grande parte desses investimentos são direcionados à manutenção da repressão às drogas, o que acaba por potencializar os efeitos lesivos da criminalização, gerando um grande questionamento acerca da legitimidade de tal política diante da ponderação entre os bens jurídicos tutelados e os bem jurídicos violados.

Uma ponderação sobre o tema merece ser feita. A tutela penal da saúde pública por meio da lei de drogas merece ser analisada diante do princípio da proporcionalidade. Este princípio pode ser destrinchado em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Sobre o prisma da adequação a lei de drogas no plano teórico se mostraria apta a alcançar seus fins. Sob a ótica da necessidade, verifica-se que existem na prática, meios menos gravosos que a lei penal que possam também atingir os fins pretendidos pela lei de drogas, como no tratamento dado ao tabaco.

Por fim, analisando a proporcionalidade em sentido estrito, resta evidente o desequilíbrio entre o ônus suportado pelas consequências da proibição e os efeitos benéficos perseguidos pela legislação de drogas. Nessa esteira, através de uma ponderação mostram-se violados os subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

3. LEGALIZAÇÃO COMO FORMA DE COMBATE ÀS CONSEQUÊNCIAS DESASTROSAS DA GUERRA

Diante dos resultados negativos produzidos pela guerra promovida contra as drogas, é preciso que o Estado mude de estratégia e atue de forma a reduzir os atuais custos da criminalização, possibilitando a adoção de medidas que reduzam danos quanto aos usuários de substâncias psicotrópicas. Quando se fala em legalização, deve-se ter a ideia da descriminalização da produção, comércio e posse para consumo pessoal. Defender a legalização nada tem a ver com a apologia, ou incentivo ao uso de drogas. A ideia é que se

¹⁹ FORUM NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Segurança Pública em Números 2016*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/>>. Acesso em 01 ago 2017.

possibilite a regulação estatal sobre a questão de forma a retirar ou reduzir os lucros criminosos do bilionário mercado das drogas.

Conforme já observado, a criminalização das drogas, ou seja, a previsão de tipificação do tráfico é produto do poder constituinte originário na forma de um mandado constitucional de criminalização, de acordo com o art. 5º, XLIII, da CRFB/88. Logo, em se tratando de norma constitucional, é preciso distinguir os tipos de normas constitucionais e a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade destas. O STF no julgamento da ADI 815 rechaçou a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, porquanto essas seriam iniciais, ilimitadas e incondicionadas. Partindo-se desta premissa, conforme explanou Rubens Casara²⁰ só seria possível se falar em declaração de inconstitucionalidade do dispositivo constitucional caso o STF passasse a adotar o entendimento do professor alemão Otto Bachof²¹, fato que é de difícil ocorrência. Outra saída, seria o redimensionamento do crime de tráfico, adequando-o aos direitos fundamentais como a Dignidade Humana, nesse caso, tornando o crime de tráfico somente aplicável à condutas que atentassem contra o interesse de inimputáveis. Ou seja, as condutas proibidas relacionadas a atividades do tráfico só adquiririam a pretensão de relevância quando diante da entrega, venda, ou qualquer outra forma que possibilite que substâncias entorpecentes cheguem ao contato de inimputáveis.

Em relação aos usuários de drogas, não parece haver saída melhor que o investimento maciço do Estado em políticas preventivas, informativas, com fulcro na conscientização e esclarecimento sobre os danos causados pelo abuso das drogas, independente de estarem ou não previstas no rol da Portaria n. 344 da Agência de Vigilância Sanitária²². Junto à informação sobre os danos, deve-se somar a adoção de políticas de redução de danos, que consistem em métodos capazes de evitar a proliferação de doenças decorrentes de uso compartilhado de seringas ou cachimbos, entres outros instrumentos utilizados por consumidores de drogas.

²⁰ Explanção feita por Rubens Casara em evento na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em maio de 2013.

²¹ O professor alemão Otto Bachof, em sua obra *“Normas constitucionais inconstitucionais?”* defende a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias, ainda que sejam iniciais, ilimitadas e incondicionadas, servindo, portanto, como objeto de controle de constitucionalidade utilizando a própria constituição como parâmetro.

²²BRASIL. Portaria 344 da ANVISA de maio de 1998. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf>. Acesso em: 22 ago 2017.

Desta forma, a doutrina de Salo de Carvalho²³ aponta alguns princípios e regras relativas ao tema da redução de danos:

(a) Definir estratégias de assistência ao dependente em dois níveis: terapia, destinada ao auxílio do controle do abuso de drogas [...] tratamento, voltado não à assistência, mas ao melhoramento dos comportamentos dos dependentes sob o ponto de vista físico e social; [...] (e) Fomentar a participação de usuários junto aos conselhos e órgãos estatais deliberativos sobre as políticas públicas na área de saúde, notadamente no que se refere à prevenção, tratamentos e abordagens sobre drogas; [...] (f) Separar os mercados das diversas substâncias de forma a diminuir a possibilidade da passagem do consumo de drogas leves às drogas pesadas;

Há mais de duas décadas alguns países verificando a falência da política de combate às drogas passaram a adotar métodos de redução de danos, como no caso da Suíça, Canadá, Alemanha, Holanda, Espanha e Reino Unido. Esses países apostaram em medidas inovadoras chegando, inclusive, na prescrição de heroína e fornecimento de seringas para os usuários. O resultado, foi positivo, pois, além de retirar os usuários de locais marginalizados e propícios à práticas delituosas, diminuiu índices de criminalidade e possibilitou o uso controlado e menos lesivo à saúde individual. De acordo com Salo de Carvalho²⁴, em relação aos programas de fornecimento de heroína se pode concluir que as intervenções devem ser realizadas de acordo com o panorama cultural para que sejam possíveis resultados efetivos, além de serem efetivas e seguras. Houveram resultados satisfatórios, inclusive, em relação a populações de alto risco e tal intervenção se mostra como um soldado reserva em casos onde tratamentos convencionais não tem efetividade.

Se por um lado se questiona como o Estado seria capaz de atuar de tal maneira diante da falta de estrutura que incide diretamente na prestação de serviços básicos em estado de normalidade, por outro, é preciso assinalar que a regulamentação da venda de substâncias hoje tidas como proibidas pode aumentar a receita a ser destinada para tais fins. Conforme estudo feito pela Consultoria Legislativa da Câmara de Deputados²⁵ sobre o impacto econômico da legalização das drogas no Brasil, a legalização da maconha, cocaína, ecstasy e crack,

²³ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2013. p.279

²⁴ *Ibid.*, p.292.

²⁵ TEIXEIRA, Luciana da Silva. *Impacto econômico da legalização das drogas no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema10/impacto-economico-da-legalizacao-das-drogas-no-brasil>>. Acesso em: 20 ago 2017.

totalizariam uma arrecadação de quase 13 bilhões/ano para os cofres, adequando o preço das substâncias a fim de oportunizar a oferta de preços acessíveis mesmo diante da incidência de tributos como: IRPJ, IPI, Contribuição para PIS/PASEP, CSLL e Cofins.

A tarefa de adequar preço, qualidade da droga e conseqüente enfraquecimento das organizações voltadas para o tráfico de drogas não é simples e merece o mais amplo debate no seio da sociedade. Como já abordado, a defesa da legalização de todas as drogas nada tem a ver com incentivo ou apoio ao uso indiscriminado de drogas. O móvel é justamente o contrário: possibilitar a redução dos danos à pessoa do usuário e os efeitos colaterais que atingem toda a sociedade. Não há razoabilidade em defender a proibição de substâncias que só fazem mal a própria pessoa que decide usar sob o preço da violação dos diversos bens jurídicos tratados anteriormente, e concomitantemente permitir a fabricação, venda e consumo de substâncias igualmente lesivas quando consumidas sem moderação.

Por mais que a regulamentação de tais drogas pareça uma ideia absurda, deve-se frisar que a proibição não reduziu o número de usuários, pelo contrário, aumentou em proporções maiores do que nos tempos anteriores à proibição, ainda de acordo com o estudo feito pela Consultoria Legislativa da Câmara de Deputados²⁶:

Em junho de 2011, a Comissão Global de Política sobre Drogas divulgou o relatório “Guerra às Drogas” que aponta o fracasso das políticas de repressão à produção e oferta de drogas. Segundo o relatório, a repressão às drogas aumentou seu preço, valorizou o tráfico, estimulou o consumo e, mais uma vez, levou ao aumento da repressão. Essa política gerou mais custos de policiamento e para os sistemas legal e prisional do que benefícios em termos de redução do tráfico e do número de usuários.

As políticas de redução de dano demonstram maior aptidão a alcançar os resultados que a lei de drogas não alcançou, qual seja: diminuir a quantidade de consumo de drogas e proteger um conjunto de saúdes individuais. A CRFB/88 em seu art. 196, caput²⁷ trata da saúde e legitima a adoção dessas políticas no Brasil. Buscando conceituar a questão, o Poder Executivo Federal através do site oficial do Ministério da Justiça e Segurança Pública²⁸ define redução de danos como medida voltada para a saúde pública praticada de forma “articulada

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago 2017.

²⁸ MJSP. *Redução de danos*. Disponível em: <<http://justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/prevencao-e-tratamento/reducao-de-danos>>. Acesso em: 22 ago 2017.

inter e intra-setorial, visando à redução dos riscos, as conseqüências adversas e dos danos associados ao uso de álcool e outras drogas para a pessoa, a família e a sociedade.” E estabelece diretrizes para o trato do tema.

Apesar da resistência mostrada por setores mais conservadores da sociedade, por todo o exposto resta evidenciada a necessidade de diálogo e reflexão sobre esse tema tão delicado. Um assunto que envolve uma mentalidade construída ao redor da figura de um inimigo que cada dia está mais armado e mais poderoso no interior de comunidades mais carentes, promovendo sangrentas guerras contra agentes do Estado e entre si. Alguns danos são irreparáveis, como os causados à vítimas fatais da guerra criada contra as drogas. No entanto, outros danos podem ser minimizados, desde que uma política séria e honesta seja adotada nos três poderes da federação.

CONCLUSÃO

Considerando a necessidade de uma efetiva proteção à saúde individual ou pública, é preciso que o Estado invista em programas de prevenção ao uso, no sentido de esclarecimento da população acerca dos malefícios decorrentes do abuso de drogas, sejam drogas tidas como lícitas ou ilícitas na forma da legislação vigente, bem como no incremento de programas de redução de danos para pessoas que já apresentem quadro de tolerância à drogas.

Tutelar penalmente a saúde pública tornando proibidas condutas relacionadas ao porte para consumo pessoal de drogas não tem tido o efeito que é perseguido pela lei, qual seja: a diminuição do consumo. A proibição da produção e do comércio de drogas acaba por entregar um mercado bilionário nas mãos de organizações voltadas para o tráfico que cada vez mais acumulam poder e força bélica para conquista de novos territórios.

A legalização da produção, do comércio e do porte para consumo pessoal somada à regulação estatal e a adoção de programas de prevenção se alinham ao postulado da necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, porquanto desaguaria na oferta de um tratamento menos gravoso para a questão das drogas e um efetivo alcance dos fins pretendidos e possibilitaria a diminuição dos custos da proibição. Sendo considerada de difícil aplicação a teoria da inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias,

demonstra-se mais adequada a solução apresentada acerca de uma verdadeira reforma da lei de drogas, que poderia passar a tutelar apenas bens jurídicos relativos à inimputáveis.

A manutenção da lei de drogas fulcrada no proibicionismo mostra-se inapta à alcançar os fins declarados pelo combate às drogas, como a diminuição do consumo e da venda de determinadas substâncias. A tendência é que seja cada vez maior a população carcerária relacionada aos crimes desta lei e cada vez maiores os custos gerados pela política de guerra às drogas.

Afinal, a ausência de meios legais para a aquisição de certas quantidades de substâncias tratadas como ilícitas não tem diminuído o uso. Justamente o contrário tem ocorrido conforme reconhece a própria ONU, e isto significa que as organizações voltadas para o tráfico irão continuar lucrando, aumentando o poderio bélico, cooptando cada vez mais pessoas para suas atividades ilegais, e aumentando o número de confrontos armados com as forças estatais e com outras “quadrilhas” de traficantes. O resultado dificilmente será benéfico tanto para a população em geral, quanto para o próprio Estado e seus agentes.

A produção legislativa, principalmente relativa à normas que restrinjam direitos deve ser baseada na ponderação entre objetivos e efeitos que da lei irão decorrer. Consequentemente, a lei de drogas mostra-se desproporcional na medida em que os danos sociais são muito superiores aos objetivos buscados pela lei, e ainda, diante da violação de direitos individuais como a intimidade e a liberdade e o princípio da lesividade que norteia a produção da lei penal.

Mais uma vez, merece destaque a afirmação de que a defesa da ideia de legalização das drogas não se trata de apologia ao uso, mas sim de uma forma de possibilitar que o Estado trate da questão de forma menos lesiva para o corpo social. Para que a legalização se torne realidade é preciso um amplo e profundo debate sobre o tema, sem preconceitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gevan. *Modernos Movimentos de Política Criminal*. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris, 2004.

_____. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 ago 2017.

_____. Número de fumantes cai 30,7% nos últimos nove anos. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2015/05/numero-de-fumantes-cai-30-7-nos-ultimos-nove-anos>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. *Impacto econômico da legalização das drogas no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema10/impacto-economico-da-legalizacao-das-drogas-no-brasil>>. Acesso em: 20 ago 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jul 2017.

BUSATO, Paulo César. *Direito Penal Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2017.
CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático da lei 11.343/06*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASARA, Rubens. Evento na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em maio de 2013.

JANSEN, Roberta. *A violência como parte da rotina de escolas do Rio*. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/a-violencia-como-parte-da-rotina-de-escolas-do-rio>>. Acesso em: 01 ago 2017.

KARAM, Maria Lucia. **PROIBIÇÃO ÀS DROGAS E VIOLAÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS**, 2013. Disponível em: <<http://www.leapbrasil.com.br>>. Acesso em 13 jun.2017.

MJSP. *Redução de danos*. Disponível em: <<http://justica.gov.br/sua-protecao/politicas-sobre-drogas/prevencao-e-tratamento/reducao-de-danos>>. Acesso em: 22 ago 2017.

PMERJ. *Análise da vitimização do policial*. Disponível em: <<https://pmerj.rj.gov.br/analise-da-vitimizacao-do-policial/>> Acesso em: 01 ago 2017.

TEIXEIRA, Luciana da Silva. *Impacto econômico da legalização das drogas no Brasil*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema10/impacto-economico-da-legalizacao-das-drogas-no-brasil>>. Acesso em: 20 ago 2017.