



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O USO DAS DROGAS E O SISTEMA PENAL . A RELAÇÃO
ENTRE A PROIBIÇÃO E A REDUÇÃO DE DANOS

ANNECY LOURINHO DA SILVA FERREIRA

RIO DE JANEIRO
2009

ANNECY LOURINHO DA SILVA FERREIRA

O Uso da drogas e o sistema penal. A Relação entre a proibição e a redução de danos.

Artigo científico apresentado à Escola de
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro,
como exigência para obtenção do título de
Pós-Graduação

Orientadores: Prof.: Marcelo Pereira
Prof.; Neli Fetzer
Prof.: Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2009

O USO DAS DROGAS E O SISTEMA PENAL. A RELAÇÃO ENTRE A PROIBIÇÃO E A REDUÇÃO DE DANOS.

Annecy Lourinho da Silva Ferreira
Graduada pela Universidade Gama Filho
Advogada

Resumo: O presente trabalho pretende demonstrar que a sociedade contemporânea sofre com a toxicomania que, nos dias atuais, é um sintoma social, que vem aumentando gradativamente. Objetiva comprovar que, não só a saúde pública é atingida, mas também a segurança pública. Diante desse contexto, faz-se do Direito Penal um aliado, coibindo as principais condutas. Apresenta a evolução das legislações que se adaptam à realidade. Além disso, possui feições transdisciplinares no intuito de que a questão das drogas seja examinada não exclusivamente pela visão jurídica criminal. Traz noções imprescindíveis de psicanálise e sociologia para que se faça entender de maneira ampla acerca do uso de drogas e a toxicomania.

Palavras-chave: Crime, Entorpecente, Tóxico

Sumário: Introdução; 1 - Lei Antidrogas; 2 - As Drogas; 3 - A Realidade Social; 4-A prevenção na prática; 5- A redução de danos e a Justiça Terapêutica; Conclusão; Bibliografia

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enfoca o crescimento do uso e o comércio de drogas. Sustenta que a nova legislação penal, a despeito da despenalização do consumo, mantém a índole proibicionista da Lei 6.368/76. Dentre as alterações ocorridas com a nova legislação, existem duas que são as principais: A descaracterização do porte para consumo próprio e o aumento da pena mínima para o tráfico das substâncias entorpecentes.

Além dessa análise, faz uma análise do impacto social, tendo em vista o aumento da violência decorrente do tráfico ilícito dessas substâncias. Questiona-se a Lei 11.343, que

altera o tratamento penal relacionado as duas principais condutas, aumenta a pena do tráfico e reduz a pena do uso.

Demonstra que a nova legislação, ao prever punição mais branda para aqueles que praticam a conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/06, não aplica mais a pena de prisão. Agora as penas previstas são : a advertência sobre os efeitos das drogas , prestação de serviços a comunidade e medidas educativas de comparecimento a programas ou curso educativo.

Das reflexões propostas, ressalta a necessidade que há de conscientizar que a prisão é a maior e, mais violenta de todas as punições penais e, entretanto a nova lei ao permitir o encaminhamento coercitivo à chamada Justiça Terapêutica (tratamento) sem fazer diferenciação entre usuários e dependentes, sem voluntariedade viola a própria Constituição.

Além dessas reflexões, o presente estudo apresenta alguns resultados obtidos com a adoção de políticas de redução de danos no Brasil, nos Estados Unidos e em países Europeus.

A presente pesquisa reflete a importância existente com a aplicação da Justiça Terapêutica, os resultados obtidos com a manutenção do proibicionismo e a expansão do modelo sanitaria.

Para tanto o trabalho foi dividido em 5 tópicos: O primeiro tópico trata da evolução da legislação, o segundo define o que seria a droga no contexto jurídico e social, o terceiro tópico relata a realidade social e o impacto na segurança pública; o quarto tópico trata da prevenção; e o quinto e último tópico traça um perfil da Justiça Terapêutica no Brasil, mais precisamente no Estado de Porto Alegre, demonstrando que manutenção do proibicionismo e a expansão do modelo sanitaria, na realidade, prejudicam a efetivação de políticas reducionistas. Assim, mesmo sendo a Justiça Terapêutica um modo alternativo ao processo penal convencional , é ilusório como política reducionista de danos.O tratamento é coercitivo, sob pena de ser restaurado o processo penal, o que viola um dos principais requisitos da política de redução de danos que é o respeito à vontade do sujeito.

Busca-se responder, com as reflexões, se a Justiça Terapêutica é efetiva na redução de danos, e se há falácia da tutela ao Bem Jurídico Saúde Pública.

1 – LEI ANTIDROGAS

A Lei 11.343/2006 revogou a antiga Lei 6.368 /1976 e a ainda a mais recente 10.409/2002. A grande questão que vem sendo discutida é se houve ou não a descriminalização do porte de entorpecentes. A grande novidade da nova Lei é o caráter social da questão, dando um enfoque maior nas políticas públicas de saúde.

A primeira legislação especial sobre o tema foi a Lei 5.726/1971, ela fazia previsão tímida sobre a dependência das drogas , em seu capítulo II que tinha como título: “Da recuperação dos infratores viciados“.

Verifica-se que a legislação era muito atécnica e carregada de preconceito, principalmente comparando-se ao novo diploma. Não diferenciava os dependentes dos usuários, fato que gerava constrangimentos e fortes estigmas; referia-se aos dependentes como seres incapazes de compreender seus atos, merecendo sofrer tratamento hospitalar sem indicar como.

A Lei 5.726/1971 tratava o dependente químico como criminoso, só com ele se preocupando quando sujeito ativo de algum crime.

A Lei 6.368/1976 deu um tratamento maior aos dependentes, fazia a previsão da obrigatoriedade da existência de locais próprios para o tratamento dos dependentes tanto nos Estados , quanto no Distrito Federal. Ou seja, o legislador já demonstrava uma preocupação maior com os dependentes.

A Lei 10.409/2002 previa uma preocupação maior com os danos causados pelos entorpecentes, prevendo que empresas privadas que se engajassem em projetos de reinserção

social aos usuários ou dependentes de drogas receberiam benefícios da Administração Pública. Apesar de seus inúmeros vetos, a Lei 10.409 de 2002 foi a que mais se preocupou com o tema de atenção ao dependente.

Nesse estudo convém diferenciar as figuras do usuário, do dependente e a do traficante. O usuário ou experimentador é, segundo as lições de Edvaldo Alves da Silva (1979, p.45), todo aquele que usa a droga sem obsessão; o dependente é aquele que se encontra destituído de vontade própria e de forças capazes de iniciarem, de per si, a ação. O usuário faz o uso da droga, sem necessidade física ou psíquica, compreende que pratica um ato ilícito. Já o dependente tem uma necessidade orgânica e, na maioria das vezes, não compreende o ato ilícito praticado. O traficante pode ser um dependente ou não, pode inclusive nunca ter usado, ou pratica o tráfico para sustentar seu vício.

Existem ainda legislações de ordem terapêutica, como art. 101 e 112 da Lei 8.069 de 1990; os artigos 89 e 76 da Lei 9.099 que prevêm a suspensão condicional do processo nos Juizados Especiais Criminais e a transação penal; a suspensão condicional da pena - *sursis*- do artigo 77 do Código Penal, o livramento condicional do artigo 85 e a limitação de fim de semana do artigo 43 como pena restritiva de direitos, todos estes últimos também do Código Penal.

No capítulo III, a Lei 11.343 de 2006 estabelece os Crimes e as Penas. Ele inicia com o artigo 27 que trata da questão da droga quando não presente a situação de tráfico, e é composto por outros dispositivos (art. 28, 29 e 30). Estes dispositivos permitem ao Juiz que aplique as penas isoladas ou cumulativamente, a depender de cada caso, de acordo com a conduta praticada dentre outros aspectos.

A matéria revogou completamente a Lei anterior, merecendo assim uma maior atenção no presente estudo.

O art. 28 “caput” dispõe que “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”.

O §1º, do art. 28 prevê igual penalidade para “quem , para seu consumo pessoal , semeia ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substâncias ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.”

O §2º do art. 28 tem o escopo de, criando critérios, auxiliar o magistrado a apurar o destino da droga, verificar se é referente a consumo pessoal ou não. Para tanto, determina que se verifique a quantidade da droga, o local da apreensão, as condições em que foram apreendidas, as questões de caráter pessoal do agente assim como a conduta e os antecedentes.

O art. 28 trata da situação do indivíduo que tem prova de que a substância é para uso pessoal e, em hipótese alguma de situação de tráfico. O tipo tem como sujeito ativo qualquer pessoa, observados os impedimentos do art. 27 do CP. O elemento subjetivo é sempre doloso, consiste em praticar qualquer das condutas, tendo como intuito o uso próprio.

O bem jurídico tutelado é a saúde pública de forma imediata e o usuário de forma mediata. É crime de mera conduta , sendo que a consumação se dá com a simples prática do ato. A tentativa é difícil de ser caracterizada, havendo quase nenhuma relevância penal por não haver pena privativa de liberdade que possa ser reduzida na forma do art. 14, II do CP. Diante da nova legislação muito se discute se houve descriminalização ou despenalização.

O art. 28§1º aproxima-se mais da despenalização pela qual vem passando o direito penal nos últimos anos, principalmente com o advento da Lei 9.099/90. Uma análise mais

profunda do tema nos levará a perceber que permanece a ilicitude da prática do ato. Para Souza Nucci (2007, p.762) “o legislador, ao usuário de drogas, possivelmente sem ousar a ponto de descriminalizar ou despenalizar o delito, preferiu estabelecer medidas de caráter puramente educativo ou recuperador, como se observa nos incisos I a III do art. 28”

Então, há de ser feita uma análise passando-se pelo art. 1º da Lei de Introdução ao código penal.

“Considera-se crime a infração penal que a Lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa ; contravenção , a infração penal a que a Lei comina , isoladamente , pena de prisão simples ou de multa , ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

Parte da doutrina (Flávio Gomes, 2006) entende que o art. 1º da Lei de Introdução ao código penal seria o embasamento técnico para a tese da descriminalização. Ali só há previsão de crime aquela conduta cuja Lei estabelece pena de reclusão ou de detenção, isolada, alternada ou de forma cumulativa.

Entretanto, o art. 1º não trata somente do conceito de crime , como também o conceito do que é contravenção. A contravenção é a infração penal na qual a Lei comina pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, de forma alternada ou cumulativamente.

Com efeito, não há um conceito absoluto e imodificável de crime, e sim uma diferenciação do que seria contravenção. Ambos os conceitos encontram-se em um mesmo dispositivo.

Contudo, não se pode olvidar que houve um abrandamento perigoso na legislação ao ponto do autor Flávio Gomes (2006) defender, com argumentos fortes, que houve a descriminalização.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que não houve descriminalização, *abolitio criminis*, e sim “despenalização”. Assim já decidiu a 1ª. Turma o Supremo Tribunal Federal , sob os seguintes argumentos:

O art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal- que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção- não obsta que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção , ou estabeleça para a determinação de crime – como fez o art.28 da Lei 11.343 de 2006 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade a qual constitui somente uma das opções constitucionais possíveis de adoção pela Lei incriminadora (CRF de 1988 , art.5º , XLVI e XLVII). Não se pode , na interpretação da Lei 11.343 de 2006 , partir de um pressuposto despreço do legislador pelo ‘ rigor técnico’ , que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado ‘Dos crimes e da penas’ só a eles referentes (Lei 11.343 de 2006 , Título III, Capítulo III, arts. 27 a 30).

Ao uso da expressão reincidência , não se pode emprestar um sentido popular, especialmente, partindo-se do princípio de somente disposição expressa em contrário na Lei 11.343 de 2006 afastaria a regra geral do Código Penal , art. 12.

Soma-se a tudo a previsão , como regra geral , ao processo de infrações de menor potencial ofensivo, possibilitando , até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena que de que trata o art. 76 da Lei 9.099/95 (art. 48§ 1º e 5º) , bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do Código Penal. Ocorrência pois , de ‘despenalização ‘, entendida como exclusão para o tipo , das penas privativas de liberdade. Não houve *abolitio criminis*.

2 – AS DROGAS

O Direito como ciência social que é, não pode se esquivar de fazer uma análise social do tema, sendo necessário um raciocínio intenso para compreender que esse assunto deve ser tratado com muita seriedade, e livre de qualquer idéia pré-concebida, baseando-se em aspectos científicos. Dessa forma ter-se-á uma base adequada para que se compreenda a questão do uso de substâncias entorpecentes, abuso, causas, dependência, relacionamento dos dependentes e seus familiares, ambiente social, efeitos e conseqüências do uso. Assim, livre de preconceito, será criada uma forma de compreensão real do problema que as famílias, a sociedade, e os operadores do direito vêm enfrentando.

Desde o nascimento até a morte, o ser humano adquire hábitos e manias, vícios e por vezes, dependência de drogas, como um processo em série. Todavia, nos primeiros anos de vida, o indivíduo forma hábitos saudáveis para toda sua vida, e, portanto, a prevenção contra uso de drogas se faz tão importante. Essa prevenção tem seu início com a família, devendo ser observado desde a vida intra-uterina, isto é, um ambiente saudável e seguro.

Segunda a Organização mundial de Saúde (OMS), droga é toda e qualquer substância que, introduzida no organismo, seja possível de produzir alguma alteração. Pode ser uma substância de origem natural ou mesmo sintética que, administrada por qualquer via no organismo, afete sua estrutura ou função, ou substâncias que quando administradas no organismo provocam alterações no sistema nervoso central, e leva a uma modificação no estado físico e psíquico do indivíduo.

Usualmente, o conceito de droga que segundo Greco Filho e Rassi (2006, p. 10), é de substância capaz de criar dependência, isto é, tornar viciante. A droga em contato com organismo vivo modifica o comportamento, podendo, por vezes causar uma vontade incontrolável de usá-la de maneira contínua e periódica. O objetivo do usuário é experimentar os efeitos do uso das substâncias ou, quando se trata do dependente, evitar o mal estar que a ausência da droga provoca no organismo.

Culturalmente sempre existiu a tentativa por parte do ser humano, de mudar o humor, as percepções e as sensações por meio de substâncias psicoativas, quer seja com finalidade religiosa, cultural ou curativa, e por vezes até relaxante.

Ao longo da história, o uso de substâncias foi motivado em diversos grupos sociais e serviram para dar prazer, alívio da dor, busca de algo fora do ser. Esses hábitos faziam parte da sociedade, inclusive, auxiliavam na integração do indivíduo na comunidade, seja por meio de cerimônias, rituais ou festividades. No mundo atual isso não de faz mais necessário, as mudanças sociais e econômicas, a modernidade, alta concentração urbana, excluem socialmente as pessoas. Ademais o consumismo capitalista, a exclusão social, a corrupção do poder público, a falta de religião, a falta de valorização na juventude, ausência de atividades culturais, alteraram substancialmente as relações sociais.

Nesse contexto fático, observou-se a intensificação do uso de drogas.

Estudos da Organização Mundial de Saúde – OMS, mostram que existem quatro etapas até a dependência das drogas. Uma primeira fase apresenta-se como aquela em que a experimentação é o primeiro passo, logo após, segue-se o uso ocasional, fase um do uso regular, até que, enfim a dependência.

Em alguns indivíduos os fatores de risco relacionados ao uso de drogas são maiores que em outros: pessoas sem informação adequada sobre os efeitos das drogas, com problemas psicológicos, saúde deficiente, aquelas insatisfeitas com a qualidade de vida e com fácil acesso as drogas.

Ainda segundo a OMS alguns fatores, observados em conjunto em um mesmo indivíduo provocam rupturas que levam mais facilmente a dependência. São eles: o contexto sócio-cultural e econômico com suas pressões e contradições, a personalidade do indivíduo, seus problemas pessoais, seus problemas pessoais e a droga com seus efeitos.

O consumo da droga não se afasta da procura do prazer, e por isso, torna-se problemático, porque prazeroso. As sensações de euforia, força, poder, leveza, serenidade ou até mesmo ausência de dor ou de memória.

Segundo o art.66 da Lei 11.343 a definição de substâncias entorpecentes encontra-se juridicamente, assim definida: “Para fins do disposto no parágrafo único do art.1º desta Lei, até que seja atualizada a terminologia da lista mencionada no preceito, denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da portaria SVS-MS nº 344, de 12 de maio de 1988”.

A Lei 11.343 e a Lei 6368 são, na verdade, normas penais em branco. Norma penal em branco é aquela que não traz em seu bojo todo o conteúdo necessário para a sua compreensão e aplicação, vez que depende de conceituação e definição oriundas de um órgão especializado.

Leis elaboradas pelo legislador, mas que dependem de outra fonte formal complementar para atingir sua plena praticabilidade, são chamadas Leis penais em branco. Podemos classificá-la, ainda em: normas penais em branco propriamente dita e normas penais em branco impropriamente dita. As normas penais em branco propriamente ditas são aquelas que possuem complementariedade penal ao passo que, as normas penais em branco impropriamente ditas são aquelas que possuem complementariedade não penal.

A norma penal em branco de que trata o presente tema, é a propriamente dita, em razão de possuir termos técnico-sanitários emanados pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde do Governo Federal. Com efeito, denomina-se norma penal em branco propriamente dita em razão de que, para seja atingida a plena eficácia normativa, no contexto jurídico, a complementação é feita, heterogeneamente, por um órgão legiferante diverso daquele que elaborou a norma.

A complementação legal da norma penal em branco é regra provisória, tendo vigência por período determinado, podendo até ser alterada. Ressalte-se que, a modificação da norma pode ocorrer para adequar-se ao momento social conforme a sua necessidade.

O art.66 deixa claro o caráter provisório da portaria, fato que, para a teoria da norma penal em branco, revela outros dois aspectos: Ao utilizar a expressão “até que seja atualizada a norma no preceito” demonstra que a lista que complementa a legislação está desatualizada. Desse modo, não atende as necessidades sociais, dificultando a repressão da criminalidade ; o outro aspecto é que com a elaboração da portaria do Ministério da Saúde atualizando a portaria existente (nº 344), o art.66 perderá vigência, por ter sido a norma que o regulamenta, superada.

Outra questão a ser pensada é: Se o complemento da norma penal em branco heterogênea pode ter origem uma outra fonte, não sendo esta outra fonte uma lei em sentido estrito, haveria ofensa ao princípio da legalidade?

Existem dois entendimentos para essa indagação: Um primeiro entendimento no sentido de que haveria ofensa a legalidade, em razão do conteúdo da norma penal em branco poder ser modificado sem as formalidades exigidas à qualquer outro projeto de lei. Ou seja, apreciação pelas duas Casas do Congresso, observando o comando Constitucional que orienta levar-se em consideração a vontade do povo, representado por seus Deputados, bem como a vontade emanada dos Estados representados por seus Senadores. Ademais, o sistema orienta ser necessário o controle a ser exercido pelo Poder Executivo , no exercício do sistema de freios e contrapesos(Grecco, 2006). A norma Penal em Branco é uma alma errante em busca de um corpo (Binding, 2008).

Outros, em posição diametralmente oposta, sustentam majoritariamente, que não há que se falar em ofensa ao princípio da legalidade. Segundo esse entendimento, a norma penal em branco prevê aquilo que se denomina, núcleo essencial da conduta. E da mesma forma,

não haveria ofensa ao princípio da taxatividade, em razão de que, enquanto a norma não for complementada, não possuirá exequibilidade. Com efeito, não haveria inconstitucionalidade alguma (Bitencort, 2007).

3 - A REALIDADE SOCIAL

A política de segurança pública, é classista, ou seja, um usuário de comunidade é classificado como um criminoso, enquanto que, aquele que reside em bairros abastados do Rio de Janeiro é um simples usuário, o que se percebe é uma criminalização da pobreza. A nova Lei de drogas flexibiliza os critérios para punição dos usuários, mas ainda criminaliza o uso de drogas. Facilmente se percebe que é uma falácia o uso do Direito Penal como uma alternativa para essa crise social na qual se encontra a sociedade brasileira. Conclui-se que “usar pode, mas vender não”. Vejamos:

São três as penas aplicadas àqueles que praticam a conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343: advertência sobre os efeitos da droga; prestação de serviços à comunidade que será aplicada pelo prazo de 5 meses, se primário, 10 meses se reincidente. Será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou Assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou, da recuperação de usuários e dependentes de drogas; e ainda cabe a medida educativa de comparecimento a programas ou curso educativo que será aplicado pelo prazo de 5 meses se primário e, 10 meses se reincidente.

As Leis demoram um pouco para fazer efeito. Na verdade, o usuário não foi descriminalizado, as penas é que foram reduzidas. O que acontecia é que, por causa de outras Leis, o usuário já não era preso, pois usar drogas é considerado crime de menor potencial

ofensivo. O problema então está em como definir o critério de distinção entre o que é comércio e o que é uso próprio.

Segundo o Ministro Gilson Dipp a quantidade da droga é um fator importante , mas não exclusivo para a comprovação da finalidade do uso. Deve-se considerar o conjunto de circunstâncias previstas no art. 28 e seus parágrafos da Lei 11. 343. Verifica-se, que o critério adotado foi o do reconhecimento judicial e não o critério da quantificação legal. Assim, segundo o Ministro, compete ao magistrado diante da situação concreta , avaliar se a droga destina-se ou não ao consumo pessoal , não se levando em conta somente a quantidade da droga , mas também outros fatores.(5ª Turma HC17.384-SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ 3-6-2002), DJ 13-9-2004)

Ainda segundo o Superior Tribunal de Justiça , a pequena quantidade de droga apreendida não descaracteriza o delito do tráfico de entorpecentes , se existentes outros elementos capazes de orientar a convicção do julgador, no sentido da ocorrência de referido delito.(STJ 5ª Turma , RHC 16.133-MG, Rel. Ministro Felix Fisher)

Conforme assinala Luiz Flávio Gomes a nova Lei pressupõe Juizados ou Juízes de plantão, vinte e quatro horas. E isso seria o ideal . Sabemos , entretanto, que na prática nem sempre será possível . Conclusão: Na prática o agente flagrado com drogas para consumo pessoal normalmente será apresentado para a autoridade policial , que vai lavrar o termo circunstanciado e liberar o agente capturado.(Luiz Flávio Gomes- Nova Lei de Drogas Comentada , pag. 216).

O art. 33 caput da Lei 11.343 de 2006 descreve 18 formas de se praticar o tráfico ilícito de entorpecentes. Inclusive observa-se que para a existência do delito não há necessidade de ocorrência de dano. Para configurar o crime basta que a conduta seja subsumida em um dos verbos previstos. Sendo o delito de mera conduta, para a configuração

ou caracterização da figura típica torna-se necessária mera prática do fato, sem necessidade de causar perigo concreto ou dano efetivo a interesse da sociedade. ~

A legislação prevê ainda uma alteração na sanção mínima para a pena do tráfico, que na lei anterior era de 3anos, passando agora para 5 anos, não modificando a pena máxima que continua a ser de 15 anos.

4-A PREVENÇÃO NA PRÁTICA

O melhor combate ao uso das drogas é a prevenção. Prevenção significa dispor com antecipação, é tudo aquilo que pode ser feito ou compreendido, antes que a droga chegue.

Os adolescentes preparados lidam com mais capacidade com os resultados e com as razões para existência de Leis e os impactos das drogas para os sistemas de saúde e a segurança pública.

A mera previsão de medidas é insuficiente para que sejam efetivas , levando-se ao descrédito do conteúdo legal, sem a obtenção de qualquer resultado. É o que ocorre com o direito penal, as leis são duras, com previsão de penas enormes , mais isso não reduz a criminalidade. Por quê? A principal razão é a certeza da impunidade, os criminosos tornam-se mais destemidos do que nunca (Beccaria, 1.764). É o que vem ocorrendo com a nossa legislação penal; a lei prevê alguns princípios , diretrizes , políticas protetivas e reeducadoras sérias destinadas a toxicômanos , que seriam eficazes , mas na prática não se implementam.

O art. 47 da Lei 11.343, prevê que na sentença condenatória , o juiz com base em avaliação que ateste a necessidade de encaminhamento do agente para tratamento, realizado por profissional de saúde com a competência específica na forma da lei, determinará que a tal se proceda , observado o disposto no art. 26 da mesma lei.

O Art. 26 determina que, tanto o usuário quanto o dependente de drogas que estiverem cumprindo pena privativa de liberdade, ou estejam sob medida de segurança tenham garantidos serviços de atenção à saúde. Seriam os art. 26 e 47 indicativos de um direito colocado à disposição do sentenciado, ou uma imposição a ele? Fazendo-se uma análise conjunta dos dispositivos, chega-se a conclusão que o tratamento deve ser um direito colocado à disposição do sentenciado, não sendo uma imposição.

Infelizmente na prática, o que se vê é um poder público desorganizado, despreparado, inerte na efetivação da prevenção de dependentes e usuários. A legislação deve ter um caráter preventivo, deverá focalizar-se menos nas drogas e no seu uso e mais nas maneiras pelas quais as drogas afetam a sociedade. Difundir a educação preventiva é essencial para assumir responsabilidades por escolhas que afetam a responsabilidade social. Os cidadãos são responsáveis pelas comunidades em que vivem, responsáveis em transformá-las em lugares melhores e mais seguros para se viver.

O que se verifica, é a inércia do governo em suas diferentes esferas para certificar-se basta acessar as páginas eletrônicas de diversos órgãos que cuidam da prevenção. Há muita teoria, muitas propostas, mas pouca atualização, pouca efetividade (www.senad.gov.br/fale_com_senad/fale_com_senad.html; www.prefeitura.sp.gov.br/portal/a_cidade/.../index.php?p... r).

O art. 20 da Lei Antidrogas prevê que constituem atividades de atenção ao usuário e o dependente de drogas e respectivos familiares, para efeitos da referida lei, aquelas que visem à melhoria da qualidade de vida e redução dos riscos e dos danos associados ao uso de drogas. O sentido da lei é o de buscar a atenção a reinserção social do usuário ou dependente, que sendo caso de encarceramento não seria estimulado a abandonar o uso das drogas.

Considerando-se que há muito, se aceita a tese de que o direito penal deve tutelar bens jurídicos, sendo certo que a maioria dos valores se encontram limitados por razões de

ordem puramente subjetivas ou de cunho moral, não se deve aceitar a reprovação penal por condutas unicamente imorais (Roxim, Claus, *Derecho Penal*. Parte geral, 52).

Tratando-se de delitos cujo bem tutelado é a saúde pública, convém destacar, conforme assevera Carvalho (Carvalho, *A Política Criminal*, pág.38) , ser a principal manipulação interpretativa no campo dos entorpecentes. Isso em razão de que se trata de conduta auto-lesiva , aquela de adquirir ou ter em posse a substância para uso próprio.Se é para uso próprio não há lesão a saúde da coletividade.Torna-se mais grave ainda em razão de que no Brasil, não se pune a auto-lesão, o suicídio. Na verdade , o Estado resolve interferir penalmente, sob o argumento de tutela da saúde pública, que é um bem não protegido por excelência (Carvalho , *A Política Criminal*, pág. 155).

O resultado da falta de objetividade é o efeito reverso, atinge-se a Segurança Pública e a saúde individual, pois com a ilegalidade privilegia-se a falta de controle das substâncias, o consumidor não sabe ao certo o que está consumindo, arrisca-se para conseguir a droga desejada.

O que ocorre é que, em nome desses bens jurídicos universais, descritos de maneira vaga, capazes de justificar a aplicação da pena (Azevedo, *Visões da Sociedade Punitiva*, pág. 53), os direitos individuais é que são agredidos atuando- se conforme a lógica do direito penal do autor, em que todo o usuário torna-se traficante em potencial.

5 – A REDUÇÃO DE DANOS E A JUSTIÇA TERAPÊUTICA

Enquanto em usuários não dependentes de drogas, a Redução de Danos vai agir principalmente no sentido de evidenciar os riscos presentes no uso, e orientá-los no sentido de tanto os danos físicos quanto os danos sociais relacionados ao uso de drogas. Em usuários dependentes a situação torna-se mais complicada: trata-se de usuários que não têm controle

sobre seu uso da substância, portanto, a ação da Redução de Danos deve ser orientada no sentido de restabelecer o controle do sujeito sobre seu uso de drogas, bem como auxiliar na formulação de uma eventual demanda de tratamento.

A história da redução de danos (Caroline Brasil,2003) tem como marco inicial uma decisão tomada na Inglaterra, em 1926, de utilizar opiáceos para auxiliar no tratamento de dependentes de ópio, sendo esse o primeiro passo na direção da construção de uma estratégia de redução de danos. Primeiro passo porque, pela primeira vez na história moderna se vê a dependência de drogas desde uma outra perspectiva que trata a dependência como problemática complexa devendo ser abordada através de estratégias múltiplas e singulares. Muito tempo depois, nos anos 80 é que vai se retomar o movimento de revisão na maneira de enfrentar o uso de drogas.

É na Holanda, com o problema da transmissão de doenças como a Hepatite B e a AIDS através de seringas compartilhadas por usuários de drogas injetáveis, que se forma uma estratégia já melhor sistematizada de redução de danos, por conta da instrução dos usuários de drogas de como se prevenir de doenças ao usar drogas e da troca de seringas apoiada pelo governo. O primeiro programa de troca de seringas do governo holandês foi implantado em 1984, e logo depois se espalhou pelo resto do continente europeu. Desde um meio de controlar epidemias até chegar a ser uma forma de evidenciar a demanda de um grupo até então marginalizado - o dos usuários de drogas, principalmente injetáveis - a redução de danos evoluiu através de uma intensificação da força política envolvida no combate ao modelo higienista vigente, propiciada pelo espaço aberto aos usuários para se organizar e reivindicar seus direitos.

A política da redução de danos vai se intensificando ainda mais ao longo dos anos 90 com as conferências mundiais de Redutores de Danos, realizadas anualmente em diversos países.

No Brasil, em 1998, foi criada a secretaria nacional antidrogas (SENAD), ligada diretamente ao gabinete militar e adotando uma abordagem baseada na guerra às drogas proposta pelo governo estadunidense em 1989, em uma convenção sobre entorpecentes proposta pela ONU.

Desde antes mesmo da criação da SENAD, a Redução de Danos no Brasil não tem tido muito espaço frente à política orientada para a abstinência como único caminho, objetivando a erradicação das drogas. No entanto alguns setores, como a coordenação nacional DST/AIDS já buscam uma organização maior a fim de implantar programas de Redução de Danos no país desde 1989, mas é só em 1995, em Salvador (BA) que é efetivamente implantado o primeiro Programa de Redução de Danos (PRD) do país, que passa então a realizar a troca de seringas para usuários de drogas injetáveis.

Nos últimos anos a força de resistência política da Redução de Danos vem aparecendo nas modificações à Lei brasileira de drogas, que caminha para uma flexibilização cada vez maior e progressivo distanciamento do moralismo. Observa-se que pouco tem se desenvolvido em projetos de redução de riscos pelo uso de substâncias entorpecentes .

Diante deste contexto de pouco desenvolvimento de projetos de redução dos riscos pelo uso de drogas , surge no Brasil como alternativa ao processo penal a política de Justiça Terapêutica de Redução de danos, que foi pensada levando-se em consideração a ausência de resultados positivos do sistema tradicional prisional, para promover a recuperação do infrator e os danos causados à vítima.

As experiências ainda são tímidas porém, vem sendo flexibilizada quanto às políticas proibitivas. Há alguns anos foram levados a cabo projetos que tem por escopo a redução dos riscos .

O primeiro programa ocorreu em Santos , litoral de São Paulo, onde é grande o uso de cocaína injetável. Porém o Ministério Público considerou a iniciativa um estímulo ao uso de substâncias psicotrópicas, em razão da distribuição gratuita de seringas.

Em Porto Alegre a idéia , a Justiça Terapêutica estabelecia vínculo com uma Instituição para a qual o jurisdicionados fossem encaminhados para tratamento através da Justiça Terapêutica. O projeto estava diretamente ligado ao CIARB, Centro de Apoio e encaminhamento para a Rede Biopsicossocial, desse modo , na prática fazia-se sessões com grupos de auto-ajuda.

Esse projeto surgiu de um convênio firmado com o Juizado de Violência Doméstica de Porto Alegre e contava com a colaboração de técnicos. O objetivo principal era auxiliar os Juízes dos Juizados, no encaminhamento dos jurisdicionados que se encontravam em situação decorrente do porte de entorpecentes para uso pessoal , ou aqueles cujas condutas decorreram do uso de bebida alcoólica.As situações descritas , enquadravam-se nos delitos de menor potencial ofensivo, sendo certo que nem sempre as pessoas envolvidas com drogas , estavam no âmbito do Juizado Criminal, mas estavam na infância e Juventude e Varas de família.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul implantou um projeto (Relatório anual do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pág.87) que estabelecia convênios com instituições que ofereciam internação, psicoterapia, terapia de família , de casal etc., colocados à disposição da Justiça de Porto Alegre. O referido projeto em seu Termo de Convênio continha uma cláusula na qual comprometia-se avaliações psicossocial dos jurisdicionados, esclarecendo-os à respeito dos tratamentos indicados a cada caso, assim como as Instituições que compõem a rede de tratamento biopsicossocial , terapias existentes, valores aproximados do tratamento por sessão e planos de saúde conveniados dentre aqueles que não forneciam tratamento gratuito, no intuito de colocar à disposição do jurisdicionado a

oportunidade de escolha que entender mais adequada (Relatório anual do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pág.87).

Entretanto, o modelo não funcionou.As pessoas que chegavam ao CIARB tinham baixíssimo padrão socioeconômico, o que tornava o modelo inviável; muitas vezes as pessoas se quer tinham dinheiro para pagar o seu deslocamento para o local de tratamento ou das consultas.

A Justiça Terapêutica no Brasil tem como principal problema o seu caráter coercitivo,tiram do sujeito o direito de optar pelo tratamento que entenda lhe ser mais adequado. O indivíduo tem o direito de recusar o procedimento, investigações de diagnósticos ou qualquer conduta terapêutica. Essa imposição significa violar o direito do paciente e infringir a deontologia jurídica (Arus, Consentimento informado, pág.88).

E segue a controvérsia. Deve-se proibir ou liberar as drogas? E as drogas lícitas, o que fazer?

Na Suécia, por exemplo, recentemente tem sido usado um discurso no qual a propaganda de cigarros seria uma ofensa à liberdade individual. Deixar crianças e adolescentes serem expostos à propaganda mentirosa do fumo seria uma forma bárbara de primitivismo social.

Tanto a intensidade deste debate quanto o clima ideológico advém do fato de que utiliza-se pouca informação objetiva para avaliar a política a ser seguida. Os dois lados do debate usam informações de fontes muito duvidosas e muitas vezes completamente fora de contexto.

Os que defendem a proibição total do uso de drogas acreditam que o controle ideal do uso de drogas seria a proibição total pois não causaria nenhum dano social, ou seja se a droga fosse legalizada, o dano social aumentaria. O grande argumento contra este modelo foi a própria Lei seca americana que produziu um aumento considerável da violência devido ao

crime organizado. Muito tem sido escrito sobre este período da história americana e enfatizado este lado do custo social da Lei seca, no entanto, do ponto de vista do consumo de álcool a Lei foi um sucesso, pois diminuiu consideravelmente o consumo de álcool global. Entretanto, houve um aumento do consumo de álcool de péssima qualidade e um número considerável de pessoas teve problemas sérios de saúde. De qualquer forma uma simples análise de custo benefício mostra que esta foi uma experiência que nenhum país ocidental quer repetir novamente, embora os países islâmicos ainda adotem este tipo de controle social rígido.

Do outro lado do debate há quem defenda a legalização total das drogas, onde este modelo de proibição total levaria a um grande nível de dano, principalmente pelo crime que estaria associado com o uso ilegal de uma substância, a maior corrupção social, o nível mais impuro da droga no mercado negro, e à dificuldade das pessoas buscarem ajuda em relação a um comportamento ilegal.

Argumenta-se que a proibição total causaria mais dano do que mesmo a legalização total da droga. A grande fraqueza deste tipo de argumento é que não leva em consideração que a legalização de uma droga produz uma maior oferta desta droga, e portanto exporia um número maior de pessoas ao consumo e às suas complicações. Enfatiza-se que em demasia, o comportamento individual do uso de drogas e não se leva em consideração o nível agregado de dano. Por exemplo, se legalizássemos completamente a maconha uma das possibilidades seria um maior consumo global desta droga, e possivelmente um maior consumo na população mais jovem, pois é isto que ocorre com as drogas lícitas como o álcool e o cigarro.

Portanto, com a legalização teríamos por um lado, talvez menor número de crimes mais violentos, mas por outro a população mais jovem teria maiores complicações na escola, e talvez até aumentasse um tipo de criminalidade menos violenta para conseguir um pouco de dinheiro para consumir drogas.

Existe ainda um modelo intermediário de política que é o baseado na reunião de todas as drogas lícitas ou não. Neste modelo percebe-se que a proibição total de uma droga produz dano, e à medida que a droga progride na escala de legalidade. Portanto a sua disponibilidade social aumenta, o número de usuários aumenta, aumentando também o nível global de dano. As drogas lícitas oferecem as maiores evidências para este modelo. No caso do álcool, por exemplo, centenas de pesquisas mostraram que quanto menor o preço e maior a disponibilidade num país, maior é o número de pessoas com problemas relacionados com o uso de álcool. A consequência de se adotar o modelo de política de drogas a ser seguido é que devemos, em primeiro lugar, diminuir o consumo global de todas as drogas. A estratégia para atingirmos esta diminuição é que pode variar de droga para droga e depender do momento histórico que uma sociedade vive.

CONCLUSÃO

Von Liszt(Liszt1899) , desvinculou-se da idéia de repressão pura e simples, e foi além, apresentando um diferencial às noções dogmáticas ou criminológicas. Conforme afirmava, afastando-se da ciência dogmática pura, que deve possuir um caráter político criminal e ter a visão dos ideais fundamentas de punir . Sua posição , foi abandonada e rejeitada por anos, retornando somente como Projeto Alternativo.

Para Von Liszt a política criminal possui caráter duplo , quer seja como ciência social , quer como ciência jurídica , e somente assim ela pode ser percebida.

A política criminal deve ter em mente uma transformação social e institucional em sentido amplo, ao passo que a política penal visa unicamente as respostas do Estado à questão Criminal , adstrita ao exercício de punir. Assim , enquanto uma cuida de aumentos e diminuição de penas , a outra se preocupa com o fenômeno social.

O mais importante no presente estudo é demonstrar que despenalização tem um efeito maior nas pessoas que comumente não consomem drogas, potencialmente levando um maior número de pessoas a experimentarem e a tornarem-se usuários regulares ou esporádicos. Por outro lado o estudo mostra que quanto maior o compromisso em reprimi-las menor será o impacto à Segurança Pública. No entanto a Lei serve para deter um número substancial de pessoas de usar as drogas. Esse estudo mostra que qualquer efeito dramático no status legal de uma droga é desaconselhável pois as consequências são literalmente imprevisíveis com uma nítida tendência a um aumento do consumo devido à falta de controles sociais disponíveis na falta de Leis muito claras.

É um desafio para uma política de drogas buscar o equilíbrio para cada droga, sempre visando uma diminuição global do consumo. A melhor caminho a seguir talvez fosse uma tolerância contrariada com as drogas, sem um fervor ideológico mas com um pragmatismo afiado e persistente. Corre o risco que no Brasil o debate da legalização de drogas venha ocultar as reais questões relacionadas com uma política de drogas racional e balanceada. Podemos ficar anos num debate ideológico improdutivo onde as pessoas defenderão a favor ou contra a legalização de uma droga específica com grande paixão e pouca informação como o que ocorre hoje.

Tais questões permeiam , os atuais estudos de ética e da bioética, indo muito além do Direito, e ainda mais do Direito Penal. Este fato por si só, demonstra a impossibilidade de qualquer conclusão fechada, nos exatos limites do ramo jurídico.

Bibliografia

BITENCOURT, Cezar Roberto. Novas penas alternativas. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
_____. Tratado de direito penal. São Paulo: Saraiva, 2009

BRASIL, Caroline Schneider: A perspectiva da redução de danos com usuários de drogas: Um olhar sobre os modos éticos de existência, 2003. Disponível em:

<http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000462878&loc=2005&l=12c44c7b40b8ef>
Acesso em: 21/11/2009.

BRASIL, Lei nº 8080 de 19 de Setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm.
Acesso em: 21/11/2009

BRASIL, Lei nº 11.343 de 23 de Outubro de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm
Acesso em: 21/11/2009

DELMATO, Roberto. Leis penais especiais comentadas. 1. Ed. Rio de Janeiro: renovar, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. Penas e medidas alternativas à prisão. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GUIMARÃES, Marcello Ouvideo Lopes, Nova Lei Antidrogas. São Paulo: Quater Latin, 2007

Luiz Paulo Guanabara: Do antiproibicionismo à legalização, (2008)
Disponível em: http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/cidade/conteudo_272408.shtml
Acesso em: 21/11/2009

NUCCI, Guilherme de Souza: Código Penal comentado, 7 ed., Rio de Janeiro, RT, 2007

RIGONI, Rafaela de Quadros: Assumindo o controle: Organizações, práticas e experiências de si em trabalhadores da Redução de Danos na região metropolitana de Porto Alegre, 2006. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000557118&loc=2006&l=d222effd069cc8b1>
Acesso em: 21/11/2009

<http://www.reporterbrasil.com.br/exibe.php?id=173>

<http://www.cinform.com.br/noticias/37686>

<http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/cidade/>