

A EXISTÊNCIA DO BEM JURÍDICO NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DE SUA APLICAÇÃO NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO¹

THE EXISTENCE OF LEGAL GOODS IN DRUG TRAFFICKING CRIME: AN ANALYSIS FROM ITS APPLICATION TO THE BRAZILIAN CRIMINAL SYSTEM

Bruno Scalabrin²

Paulo Renato dos Santos Ferrony³

RESUMO: A presente pesquisa traz uma abordagem acerca do pensamento crítico em relação à criminalização de determinadas drogas e que tem sido pauta de diversos debates nos dias atuais. Nesse sentido, faz-se necessária a análise com um viés interdisciplinar da dogmática do Direito Penal, com a finalidade de desconstruir as ondas de recrudescimento penal. O assunto em si possui grande relevância, tendo em vista que a cada dia que passa, o sistema, de um modo geral, tem encontrado novos caminhos para punir no ordenamento jurídico, sem analisar se de fato tais bens jurídicos tutelados precisariam ser objeto de aplicação por parte do Direito Penal. Dessa forma, procurou-se destacar a importância da Política Criminal para a garantia de direitos fundamentais os quais são garantidos pelo Estado de Direito, por fim, discutir a respeito do bem jurídico tutelado no crime de tráfico de drogas. Para este estudo, foi utilizado o método de procedimento histórico. Sendo assim, foi possível constatar uma baixa incidência a respeito de uma reflexão crítica e, conseqüentemente, uma discrepância entre as criminalizações e a proposta do uso do Direito Penal para a proteção dos bens jurídicos de maior relevância.

PALAVRAS-CHAVE: Política Criminal, Drogas, Bem Jurídico.

¹ Artigo elaborado na disciplina de Trabalho Final de Graduação II como requisito à obtenção do grau de Bacharel em Direito.

² Estudante do 10º semestre da Universidade Franciscana. Endereço Eletrônico bruno_scalabrin@hotmail.com

³ Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/2004). Graduado em Direito pela Universidade da Região da Campanha (Urcamp/1982). Atualmente é Professor da Universidade Franciscana, nas disciplinas de Negociação, Gestão de Conflitos e Estágio Profissional Simulado I.

ABSTRACT: This research presents an approach about critical thinking in relation to the criminalization of certain drugs and which has been the subject of several debates today. In this sense, it is necessary to analyze with an interdisciplinary bias of the dogmatics of Criminal Law in order to deconstruct the waves of criminal recrudescence. The issue itself is of great relevance, given that with each passing day the system has, in general, found new ways to punish the legal system, without considering whether such legally protected goods really need to be applied. by criminal law. Thus, we sought to highlight the importance of Criminal Policy for the guarantee of fundamental rights which are guaranteed by the rule of law, as well as analyze the legal good, demonstrate its relevance in relation to our order, and finally discuss the respect for the protection of the legal good in the crime of drug trafficking. For this study, the historical procedure method was used. Thus, it was possible to observe a low incidence regarding critical reflection and, consequently, a discrepancy between criminalization and the proposal of the use of Criminal Law for the protection of the most relevant legal assets.

KEY-WORDS: Criminal Law, Drugs, Legal Well.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva contribuir para uma melhor compreensão da temática que envolve a Política Criminal de Drogas, sua construção histórica de proibicionismo, bem como analisar o bem jurídico tutelado, a partir de sua aplicação no crime de Tráfico de Drogas.

O assunto é complexo e envolve fatores legislativos, culturais, e sobretudo como o judiciário se comporta quando da aplicação de suas normas, principalmente no que se refere as garantias de direitos fundamentais assegurados pelo Estado de Direito.

A aproximação sobre o tema o qual aborda a temática das drogas não é simples, em razão da amplitude do devido assunto. No entanto, na medida em que o sistema carcerário sofre com seguidos problemas causados por superlotações, é inegável a prevalência da discussão a respeito, tanto da repressiva política criminal de drogas, quanto do bem jurídico tutelado nessa legislação, no caso a saúde pública. Sendo assim, a questão passa por identificar se a política criminal adotada com a Lei 11.343/06 expressa um punitivismo de guerra as drogas ou visa proteger o bem jurídico tutelado na norma penal.

Para isso, em um primeiro momento, analisar-se-á a própria historicidade da legislação que dispõe sobre o assunto em tela, assim como da narrativa histórica a respeito da origem das relações que se apresentaram na construção da atual política de drogas. Tal análise mostra-se imprescindível ao problematizar e questionar o discurso médico-proibicionista, visto que esse ainda trata tais substâncias como perigosas para a saúde pública e ordem social.

Além do mais, a necessária análise histórica é importante para a compreensão acerca das medidas adotadas pelo país, mormente quanto ao combate as drogas. Nesse sentido, a compreensão histórica, muito mais que uma mera narrativa, tentará abordar a evolução ou não do assunto das drogas e a retribuição penal do Estado Brasileiro.

Em um segundo momento, buscar-se-á trabalhar com a identificação dos movimentos da política criminal de drogas, suas formas e maneiras de legitimação no âmbito da atuação dos agentes responsáveis, os quais possuem o controle das substâncias tratadas como perigosas tanto de forma direta, como aqueles inerentes ao sistema penal, quanto de forma indireta, como a mídia.

Por fim, adentrou-se na questão do bem jurídico, trabalhando com uma ideia a respeito de seu conceito, bem como de sua aplicação no sistema penal brasileiro. Tendo em vista que a Lei 11.343/2006 tem como escopo a proteção do bem jurídico da saúde pública, buscou-se questionar se tal atenção deveria estar voltada a proteção de um bem tão amplo, assim como observar se tal criminalização, que tinha por objeto a manutenção dessa saúde pública, de fato tem cumprido com seu objetivo.

Cabe salientar que, cientificamente, verifica-se que o presente tema, relacionado ao tráfico e consumo de drogas, é pouco abordado no âmbito acadêmico, ainda mais por possuir grande preconceito por parte da sociedade, sendo mais comum trabalhos que exploram questões superficiais, sendo deixado de lado o viés que se busca pesquisar. Assim, na busca por maiores esclarecimentos a respeito do tema, buscou-se desenvolver a presente pesquisa.

Da mesma forma, o tema está relacionado com a linha de pesquisa do curso, qual seja Teoria Jurídica, cidadania e globalização, tendo em vista que a Política Criminal de Drogas, bem como suas ferramentas jurídicas disponíveis e aplicadas aos casos de tráfico de drogas, na maioria das vezes, nos fazem questionar a verdadeira eficácia do atual sistema penal brasileiro.

1 O HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO SOBRE O TRÁFICO DE DROGAS E A ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Compreender a história das legislações que versaram sobre drogas e entorpecentes é bastante importante, justamente por possibilitar a compreensão dos pilares que sustentam a política criminal de uma nação. Nesse sentido, o olhar que se propõe está justamente atrelado à interpretação das ideias precursoras de uma Lei que se propõe proibicionista.

O contexto por trás disso mostra-se de extrema importância, em função de que ao longo dos anos houve um enrijecimento penal, justamente porque se elegeu no Direito Penal, a figura central no combate as drogas.

A política criminal de drogas estabeleceu uma espécie de repressão e de controle em relação ao sistema penal, assumindo um comportamento de demarcação dos horizontes da punitividade.

Nesse sentido Salo de Carvalho (2014, p. 48), cita que o recorrente debate sobre as drogas é recorrente ao longo dos anos pela medicina, psiquiatria, farmacologia, história e sociologia, de modo que se é possível identificar diversas pesquisas dentre tais matérias. No entanto, no direito, a abertura aos demais ramos se encontra atrasada:

[...] as investigações realizadas no direito penal e processual penal das drogas são profundamente limitadas às avaliações exegéticas, meramente descritivas, das Leis em vigor, normalmente a partir da técnica dos comentários de artigos e das variações jurisprudenciais. Os estudos alienígenas no âmbito das ciências jurídicas, quando são realizados, normalmente ocorrem de forma incidental, como justificadores ou interrogadores de determinados posicionamentos político-criminais consolidados. (CARVALHO, 2014, p. 48).

Carvalho (2014) se refere às reconstruções históricas e às relativas ao sistema legislativo penal como complexas de se trabalhar, tendo em vista que os sistemas punitivos atribuíram durante a história certos tipos de penalidade para comportamentos desviantes, sendo assim recorrente a reedição de hipóteses criminalizadoras. Logo, é possível identificar tipos penais históricos os quais pode-se constatar sua origem de determinada lei criminal.

No entanto, assevera Salo de Carvalho (2014, p. 58):

A origem da criminalização (das drogas), portanto, não pode ser encontrada, pois inexistente. Se o processo criminalizador é invariavelmente moralizador e normalizador, sua origem é fluida, volátil, impossível de ser adstrita e relegada ao objeto de estudo controlável.

Sendo assim, busca-se a historicidade da Lei 6386/76 para entender o contexto das drogas e sua criminalização. O cenário por trás da construção de tal lei é a repressão às drogas ilícitas no país. A partir dela se observou a divisão entre usuário/dependente e traficante, de modo que os estereótipos anteriormente utilizados se consolidassem.

O fato é que se consolidou a aplicação de penas rigorosas, sem lançar diferença sobre o nível⁴ de envolvimento no comércio de drogas, tendo assim, sempre como alvo mais visado, o jovem de baixa renda, o qual normalmente ocupa uma função descartável em termos de envolvimento com o tráfico (Zaccone, 2007, p. 10).

Na década de setenta, a fala anteriormente médica deu lugar a política, e desse modo, a ideia de inimigo por parte do estado em relação ao traficante se consolidou e a política de combate às drogas acabou se reforçando. Nesse contexto, a repressão contra às drogas aumentou com a Constituição Federal de 1988, assim passando a equiparar o tráfico de drogas a crimes hediondos, da mesma maneira que fez com os crimes de tortura e terrorismo, conforme se observa em seu Art. 5º, inciso XLIII⁵:

Destaca-se que a Convenção de Viena⁶, a qual teve seu texto aprovado em 1991, confirmou uma política de combate às drogas, o que se evidenciou a partir das razões expostas em seu preâmbulo:

[...] Profundamente preocupadas com a magnitude e a crescente tendência da produção, da demanda e do tráfico ilícitos de

⁴ Sobre nível de envolvimento, trabalha-se com a ideia de que existem aqueles que possuem maior participação e influência, como o chefe das quadrilhas criminosas, bem como aqueles que ocupam posições mais baixas dentro das organizações, como olheiros e fogueteiros.

⁵ Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado 1988.

⁶ A Convenção de Viena aconteceu no ano de 1988, quando os Estados-membros da ONU decidiram reforçar as ações com a finalidade de combater o tráfico de drogas. No Brasil, foi aprovada pelo congresso somente no ano de 1991.

entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, que representam uma grave ameaça à saúde e ao bem-estar dos seres humanos e que têm efeitos nefastos sobre as bases econômicas, culturais e políticas da sociedade.

Nesse contexto, os desajustes da Lei 6368/76, ainda que após trinta anos de vigência, tornaram o sistema de controle às drogas complexo, resultando em uma ideia de reforma nos termos da lei, assim como de um novo estatuto político com a finalidade de repreender o tráfico de ilícitos, e reforçar a questão médica em relação aos usuários. Apesar de verificar-se mudanças com a Lei 11.343/06⁷ no sentido de incriminação, com a descaracterização do porte para uso pessoal, ficou evidente que a base ideológica de repressão permaneceu a mesma.

Cumprido ressaltar que com o advento da Lei 11.343/06, o porte para consumo pessoal de drogas continuou a ser criminalizado, no entanto sua sanção foi alterada, de modo que, mesmo que em caso de reincidência por parte do usuário, este não seria preso.

De acordo com Zaccone (2007, p.12), a respeito da criminalização e da distinção entre traficante e usuário, ao contrário do que a Lei 11.343/06 tinha por objetivo, este cita que tomando como base o Estado do Rio de Janeiro, apesar de a Secretaria de Segurança do Estado admitir a diferença de níveis de delinquência quando se refere ao tráfico, a conduta de quem solta fogos de artifício para alertar a chegada da polícia, ou de quem simplesmente transporta a droga de um lugar ao outro, é tratada da mesma maneira de quem tem o comando da produção e venda de drogas, respondendo desta forma pelo mesmo crime.

Ainda, o mapa de registros do crime de tráfico no Rio de Janeiro demonstra que o número de ocorrências de todas as delegacias da zona sul, um bairro nobre da cidade, reunidas e somadas, representam apenas um terço dos registros realizados nas delegacias de Bangu ou São Cristóvão, bairros conhecidos por serem predominantemente pobres (Zaccone, 2007, p.14).

Diante dessa perspectiva, fica claro que o estado acaba elegendo indivíduos a responderem por tais delitos, na medida em que aqueles que possuem menos condições sempre acabam sendo alvos mais fáceis da polícia. Em outras palavras, o

⁷ Promulgada em agosto de 2006 e também conhecida como Lei de Drogas, esta 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.", conforme seu artigo 1º.

perfil visado pela polícia na maioria dos casos, é formado por jovens de pele escura, de baixa renda e que habitam em favela.

2 A POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA E A CONSTRUÇÃO DE SUA IDEOLOGIA PUNITIVISTA

Os movimentos da política criminal no Brasil se mostram estagnados, de forma evidente, em razão da repressão existente e construída ao longo dos anos e que se faz presente em todos os poderes no país, motivo pelo qual se deve analisar as influências ideológicas que giram em torno de tal política criminal.

Assim, Carvalho (2014, p. 85), afirma que estas influências se amparam através de um tripé formado pelo Movimento de Lei e Ordem (MLO), pela Ideologia de Defesa Social (IDS) e pela Ideologia de Segurança Nacional (ISN).

O Programa de Defesa Social teria uma duplicidade funcional que adquiriu na configuração da ciência penal moderna, através da incidência em campos distintos daquilo que se considera sistema integrado de ciências criminais. (Carvalho, 2014, p. 86).

Do ponto de vista da formação de identidade repressiva, a Defesa Social se apresenta como ideologia em sentido negativo, ou seja, como pano de fundo teórico que conforma o senso comum dos atores do sistema penal. Por outro lado, em sentido positivo, concretiza, no Movimento da Defesa Social (MDS), sujeitos que compartilham o objetivo da transnacionalização de determinados projetos de reforma penal. (CARVALHO, 2014, p. 87)

Desse modo, a partir de tal estrutura de controle social, já incorporada no discurso de combate à criminalidade, a Ideologia de Defesa Social teria como finalidade a centralização no que diz respeito à interpretação do delito e do programa repressivo, bem como a integração da ideia de intervenção punitiva racional e científica.

Ainda em sua análise, Salo de Carvalho identifica o Movimento de Defesa Social com o início da chamada Nova Defesa Social, a qual surge após a Guerra Mundial de 1945. O Movimento, mesmo que negando a concepção retributiva da pena e buscando a união das diversas instituições e leis penais, deu nova visão ao controle social desenvolvido pelos sistema penal.

Em relação à Ideologia de Segurança Nacional, esta tem contribuição no sentido da militarização de instituições de caráter coercitivo, além de fazer uma associação entre o criminoso político e o comum. Assim, como resultado, tem-se o uso da coerção de caráter militar como resposta às condutas desviantes.

O fato é que a ISN se vincula diretamente com a IDS, na medida em que esta identifica tais condutas consideradas desviantes, atuando de forma combativa sobre elas. No entanto, devido ao caráter coercitivo, criou-se uma dificuldade em relação à ressocialização, criando assim uma identidade cultural que contribui para a existência de uma dicotomia social, como apresenta Carvalho (2014, p. 95):

As engrenagens repressivas, emanadas a partir de conceitos vagos, mas com utilidade policialesca inominável (v.g. segurança nacional, inimigo interno, entre outros), moldam intervenções punitivas que invertemos postulados legitimadores do Estado de Direito, pois assentadas na coação direta exercida por três sistemas penais repressivos distintos: o formal, o administrativo e o subterrâneo.

A política de drogas pode ser considerada um dos principais exemplos de política criminal com um viés bélico. Porém, uma vez que criminalizou em grande número os indivíduos envolvidos com drogas ilícitas, sejam comerciantes ou usuários, contribuiu também para o encarceramento em massa, tornando as prisões ambientes propícios para o recrutamento de organizações criminosas como o Primeiro Comando da Capital, em São Paulo, o Comando Vermelho no Rio de Janeiro⁸, e “Os Bala⁹ na Cara”, em Porto Alegre.

Por fim, os Movimentos de Lei e Ordem se apresentam como garantidores do *status quo*. Associado ao IDS, que se relaciona com o desejo e reação da sociedade, e à ISN, que busca militarizar os instrumentos de coerção, os MLOs confirmam a criação de um estado de exceção como uma saída de proteger determinados conceitos atribuídos como fundamentais à manutenção da sociedade, como a moral, a ordem, os bons costumes, entre outros.

Dada a importância de tais conceitos e trabalhando com a ideia de preservá-

⁸ KADANUS, Kadanus. **Como nascem facções como PCC e Comando Vermelho, alvos preferenciais de Moro**. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/como-nascem-faccoes-como-pcc-e-comando-vermelho-alvos-preferenciais-de-moro/>>. Acesso em 05 de dezembro de 2019.

⁹ TORRES, Eduardo. **Quem são e como funciona a quadrilha os Bala na Cara**. Disponível em <<http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2014/09/quem-sao-e-como-funciona-a-quadrilha-dos-bala-na-cara-4588651.html>>. Acesso em 05 de dezembro de 2019.

los, utiliza-se no país uma cultura do medo, a qual se evidencia através dos grandes veículos midiáticos de forma sensacionalista.

Nesse sentido, destaca-se o programa Brasil Urgente, apresentado Por José Luiz Datena, que se encaixa no exemplo de programa brasileiro que tem como foco acontecimentos criminosos com a finalidade de chocar o senso comum, seja pela conduta realizada pelo agente ou da pessoa ofendida, além de incitar aos telespectadores a chamada “sensação de impunidade”, a qual acaba tendo como resultado o clamor da população por um maior rigor penal para o controle de tal criminalidade. Dentre as frases de José Datena, disponíveis no site de seu programa televisivo, destacam-se “bandido tem que aprender a ter medo da polícia” e “bandido tem que ir pra cadeia”.¹⁰

É importante citar ainda, que a política punitiva em relação às drogas tem caráter predominante no ordenamento jurídico. Na Constituição Federal, é possível identificar uma equiparação do tráfico de drogas a crimes como a tortura e o terrorismo, conforme observa em seu Art. 5º, inciso XLIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, **o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

Levando-se em conta o momento histórico em que foi promulgada a Constituição Federal, em um contexto de pós-ditadura civil militar, fica claro o viés punitivo dado em relação ao crime de tráfico de drogas, chegando até mesmo ao ponto de proibição expressa de fiança, graça ou anistia.

Além da previsão proibicionista elencada na Constituição Federal, a nova Lei 11.343/2006, a qual substitui as previsões anteriormente previstas na Lei 6368/76, representou um recrudescimento da política criminal de drogas.

¹⁰ DATENA, José Luiz. Disponível em < <http://noticias.band.uol.com.br/brasilurgente/>>. Acesso em 05 de dezembro de 2016.

Ao problematizar a atual política de drogas e a questão médico-jurídica presente na nova lei, é possível traçar uma analogia em relação a sua elaboração. O Congresso Nacional, ao instituir a Lei 11.343/2006, baseado nas políticas de redução de danos de países como o Canadá, com o propósito de retirar do sistema penal os usuários e reinseri-los na sociedade, bem como discutir a questão da saúde pública, terminou por afirmar um recrudescimento da política de drogas.

O aumento da pena base para o crime de tráfico de entorpecentes, anteriormente prevista no artigo 12 da Lei 6.368/76 em três anos e constando no atual artigo da Lei 11.343/2006 como cinco anos, impediu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos dos acusados condenados.

Em se tratando da despenalização do porte para consumo pessoal, antes previsto no artigo 16 da Lei 6.368/76 e atualmente constando no artigo 28 da legislação vigente, esta manteve a inserção dos usuários no sistema penal. Assim, os critérios que antes diferenciavam usuário e traficante tornaram-se de natureza subjetiva, conforme o artigo 28, §2º da nova Lei, cabendo à polícia a identificação, levando em conta os diferentes ritos procedimentais que tais condutas envolvem.

Ao se referir ao recrudescimento citado anteriormente, Campos (2016) correlaciona tal conceito e elabora uma dicotomia do discurso entre “duas metades”.

A “metade meio cheia”, no caso a matéria criminal, apresenta-se como reflexo dos tratados internacionais já ratificados pelo Brasil e a consequente guerra às drogas.

Já a “metade meio vazia”, aqui relacionada à questão médica, problematiza a ineficiente adoção da política de redução de danos, que se propõe a reduzir os prejuízos de natureza biológica, social e econômica do uso de droga, pautada no respeito ao indivíduo e em seu direito de consumir drogas (NIEL; SILVEIRA, 2008). Defende Campos que a utilização da palavra “prevenção” se apresenta de maneira relacionada a política contra o uso, deixando de apresentar informações sobre comportamentos de risco que respeitem a escolha individual.

Por fim, na parte final de sua análise, aduz Campos (2016):

Logo, é justamente na combinação dessa metade esvaziada de saber e práticas de redução de danos, mas cheia do paradigma proibicionista, que se formou uma política de drogas “à brasileira”, na qual duas metades, uma vazia de saber médico e outra cheia de saber jurídico-criminal, deram ao Congresso Nacional a aceitabilidade de um dispositivo definido pela “média de conhecimento da Casa”. O resultado prático dessa combinação é um dispositivo que teve como

principal mecanismo de agenciamento a prisão pelo encarceramento da pobreza de jovens de até 25 anos, que estudaram até o ensino fundamental e trabalham no mercado informal (setor de comércio e serviços) ou estavam desempregados quando incriminados. Assim, nossa população carcerária dos delitos relacionados às drogas saltou de 32.880 no ano de 2005 para 146.276 presos no final de 2013.

3 A ANÁLISE DO BEM JURÍDICO E SUA APLICAÇÃO NO TRÁFICO DE DROGAS: A INCOMPATIBILIDADE DO BEM JURÍDICO E A POLÍTICA CRIMINAL ADOTADA

A teoria do bem jurídico tutelado decorre do chamado princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio*. Conforme tal princípio, caberia ao Direito Penal somente a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade. Assim, seriam bem jurídicos penalmente relevantes aqueles cuja lesão ocasionasse uma afronta ao convívio social harmônico, pensamento que engloba o raciocínio do monopólio jurisdicional por parte do Estado e a finalidade do Direito como promotor da paz social.

Desse modo, o princípio da intervenção mínima, ao eleger os bens jurídicos penalmente relevantes, adota o raciocínio do Direito Penal como uma ferramenta a qual possibilita a resolução das diversas relações complexas que giram em torno da violação de determinado bem jurídico.

O bem jurídico pode se apresentar de diferentes maneiras, de modo que se torna impossível classificar todas elas. O fato é que tais conceitos representam as finalidades do pensamento jurídico em relação ao conteúdo do injusto e o objetivo das normas. Desta maneira, o conceito de bem jurídico precisa de atenção, tendo em vista que nele se encontra todo o processo de legitimação da norma penal.

A relação entre o bem jurídico e a pena apresenta uma proximidade com o valor do bem jurídico e a função da pena: se de um lado está presente aquilo que se deve tutelar, do outro se faz presente a questão do significado social de tal bem, o qual é protegido através de sua pena estabelecida. Assim, confirmam-se as questões da necessidade de proteção, as quais são exigidas dos bens jurídicos ao prever sua tutela.

Na perspectiva de distinção entre bem jurídico e objeto da ação, ainda que seus conceitos não se conflitem, nem sempre se consegue identificar o que caracteriza cada um deles. Contudo, tal identificação mostra-se de extrema relevância, tendo em vista que os delitos de um modo geral tendem a lesar ou pôr em perigo algum bem jurídico.

O fato é que tais conceitos não podem ser confundidos, visto que o bem

jurídico não deve ser interpretado de forma material, como se fosse algo determinado, como uma pessoa, mas sim nas particularidades desta e de suas relações. Dessa maneira, explica Juarez Tavares (2002, p.202) que a vida humana, assim como é condição de bem jurídico fundamental para o direito penal, também é para os demais ramos do direito, tendo em vista o seu valor, biológico ou material, e sobretudo pelo fato de estar relacionada à pessoa, categoria primária de todo sistema jurídico.

Assim, o bem jurídico se apresenta através de uma necessidade, ou então através de valores de uma coletividade, a qual estabelece que determinados bens sejam considerados, sendo eles materiais ou não.

Nesse sentido (Prado, 2013, p. 51). Logo, considera-se o bem jurídico um valor social material ou imaterial esgotado no contexto social, de titularidade individual, e assim, considerado fundamental para o desenvolvimento da coletividade na sociedade, e por esses motivos, juridicamente protegido.

Posto isso, o fato é de que para que a sociedade compreenda que sua liberdade não será atacada por uma adoção de políticas públicas, é preciso vincular o bem jurídico estatal à sua origem. Assim, julga-se necessário demonstrar que a lesão ou o perigo pode significar um dano aos indivíduos e às suas condições sociais.

Acerca da dificuldade por parte da doutrina na distinção entre bem jurídico e função, assevera Tavares (2002, p. 204)

Os doutrinadores sentem dificuldades de proceder à necessária distinção entre bem jurídico e função. Geralmente, acoplam suas assertivas a um modelo básico de função [...] e daí fazem derivar todas as demais funções como consequência daquelas. Com este critério de derivação, pretendem justificar a validade e a legitimidade das respectivas normas incriminadoras.

O raciocínio se mostra simples: se o direito penal tem como objeto a proteção à administração pública, da mesma maneira podem ser protegidos os atos de controle os quais decorrem dessa administração, mesmo que sendo atos sem repercussão na vida dos indivíduos.

Desse modo, ainda demonstrando a diferença entre bem e função, o autor cita que o principal motivo do conflito entre ambos conceitos está na indefinição do objeto de referência da norma. O bem jurídico constitui, ao mesmo tempo, objeto de preferência, como valor vinculado à finalidade da ordem jurídica em torno da proteção da pessoa humana, e objeto de referência, como pressuposto de validade da norma,

bem como de sua própria eficácia. (Tavares, 2002, p.205)

Nessas circunstâncias, tem-se estudado separadamente tais conceitos, sem a percepção de que um se apresenta de maneira dependente do outro. Assim, é imprescindível trabalhar com a ideia de bem jurídico como objeto de preferência, ligado a um valor que possa torná-lo objeto de garantia, e não somente de incriminação. Dessa maneira, uma vez idealizado como valor, torna-se fundamental o estabelecimento da diferença do seu conceito com o de função.

Assim, fica claro que o direito penal deve ter a interpretação sempre em função do texto constitucional, uma vez que uma teoria do bem jurídico fundamentada através do ordenamento jurídico, estará em sintonia com o Estado.

Sabe-se que a sociedade exige que a legislação vá mudando, levando em conta as demandas existentes no mundo fático, no entanto, o entendimento é de que o estado necessita mudar sua política de punir, seja qual for o ato, de forma arbitrária.

Em se tratando a respeito da aplicação da teoria do bem jurídico no crime de tráfico de drogas, a concepção dos tipos penais incriminadores precisa estar de acordo com a própria lei formal, além de ter seu objeto de tutela ligado ao pressuposto do bem jurídico. Acerca da temática Roxin (1981, p.189) menciona que “um comportamento só deve ser castigado quando lesionar direitos de outras pessoas, impossíveis de serem protegidos de outra maneira, e que não seja simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral. O direito penal só deve assegurar uma pacificidade da sociedade, nada, além disso, é adequado para a educação moral dos cidadãos”.

Neste sentido, deve-se buscar uma resolução jurídica para que a aplicação da matéria, no que diz respeito aos tipos de perigo, em especial no abstrato, possa ser mais que um simples instrumento de aplicação do poder.

A Lei 11.343/06, por sua vez, tem como escopo a proteção do bem jurídico da saúde pública. Em sua exposição de motivos¹¹, fica evidente que tal Lei tem como pretensão apenas a proibição de qualquer conduta relacionada com as chamadas “substâncias e produtos capazes de causar dependência assim especificados em lei

¹¹ BRASIL. **Exposição de motivos do PL da Câmara nº 37/2013**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>>. Acessi em 05 de dezembro de 2019.

ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”¹².

Desse modo, existe a ideia de que tal bem jurídico tutelado se trata de um bem jurídico abstrato e de que a coletividade é considerada como sujeito passivo, entretanto, cabe observar que a atenção do direito penal, como aplicador do direito, não deveria estar voltada a proteção de um bem tão amplo, tendo em vista que essa legitimidade está vinculada a casos em que o bem é ofendido ou colocado em perigo.

Nessa perspectiva, ainda que sendo de interesse de toda sociedade, a saúde pública, assim como necessita ter perigo concreto a fim de que seja tutelada, precisa possuir um grau de lesividade ao indivíduo para que tenha uma relevância no âmbito penal.

Desse modo, deve ser classificado como bem jurídico aquele que pode ser reduzido a um ente próprio do indivíduo, implicando em um interesse individual, sem depender o fato de o indivíduo ser determinado ou não. Nessa mesma linha, é válido ressaltar que só deverá ser considerado como bem jurídico aquilo que possa de fato ser ofendido ou colocado em perigo, e, desta feita, é necessário que se demonstre tais ofensas ou perigo a este bem, e que ele possa ser reduzido à característica de personalidade.

Adentrando à proteção à saúde pública, observa-se que tal política de combate às drogas tem se mostrado falha, visto que, comparado o número de vítimas, seja por overdose ou outra debilitação, com o número de vítimas mortas pelo combate em si, este número se mostra muito maior que aquele. Portanto, se o direito brasileiro procura proteger a saúde pública, deve-se atentar a estes números.¹³

Ademais, a incriminação da preparação, produção e do transporte¹⁴ mostra-se contraditória, tendo em vista que no país existem drogas as quais são lícitas, como o álcool e o tabaco, e que acabam por causar danos até mais lesivos, o que pode se observar através dos dados expostos pela OMS:

Entre os fatores de risco de se adquirir doenças evitáveis, o tabaco figura em quarto lugar, seguido pelo álcool, em quinto. Cigarros e bebidas alcoólicas contribuíram com 4,1% e 4%, respectivamente, para as causas de doença em 2000, enquanto substâncias ilícitas foram associadas a 0,8%.

¹² Art. 1º, Parágrafo Único, última parte, BRASIL, Lei 11.343/2006.

¹³ A violência criada no combate ao crime de tráfico no Rio de Janeiro chegou ao número de 14 mortes em um único só dia, ficando à frente dos Estados Unidos em seu combate no Iraque.

¹⁴ Três dos dezessete verbos transcritos no artigo 33 da Lei 11.343 (Lei de Drogas).

Entretanto, também é evidente que a saúde pública enquanto bem jurídico não corresponde à totalidade dos bens jurídicos individuais. A saúde da sociedade se diferencia da saúde de seus indivíduos. Logo, seria incorreto classificar o ataque às drogas ilícitas com base em uma possível ofensa ou risco que os envolvidos poderiam sofrer, se, do outro lado, uma droga como o álcool, a qual é provocadora de milhares de acidentes quase que diariamente no Brasil, é considerada lícita.

Desta maneira, tal criminalização, a qual originalmente tinha por objetivo a manutenção da saúde pública, estabeleceu uma rotina de punição a indivíduos determinados através de questões não objetivas, e assim, deixando de ser justa. Dessa forma, certos atos acabam sendo considerados como infração, em grande parte das vezes pelas pessoas que a cometem, em parte pela natureza do ato.

Como se pode observar, tais atos citados anteriormente são considerados desviantes, dependendo do indivíduo que os cometeu e do que se sentiu lesado por ele e, em consequência disso, tais regras acabam sendo aplicadas somente para a uma parte da sociedade.

Como exemplificação, podemos citar o caso de pessoas que residem em favelas e outras que residem em áreas de classe média. Enquanto aquelas estão no centro das atenções, estas dificilmente são abordadas pela polícia, e mesmo que isso ocorra, dificilmente serão indiciadas e julgadas. Tal criminalização desigual é exemplo da questão da falta de objetividade, principalmente na lei, e também retrata a seletividade e o preconceito em razão do indivíduo.

Dessa maneira, o tráfico e suas penalizações acabam se baseando não pela proteção à saúde pública, mas sim por questões econômicas, como uma estratégia de poder, controlando as classes mais baixas da sociedade. Conseqüentemente, aqueles envolvidos com as drogas são classificados como inimigos públicos, normalmente através de estereótipos: baixa renda e nível escolar, além de deficiência no núcleo familiar.

Assim, o combate às drogas se transformou na principal ferramenta incriminadora contra as classes mais pobres, mediante argumentos difundidos pelo pânico e pela proposta de lei e ordem. Tal combate deu o ensejo para que as pessoas sem recursos e de classes mais necessitadas fossem apontadas como inimigas para a sociedade.

Diante disso, é possível considerar a política de drogas atual como falha na tentativa de proteger a saúde pública, como era o objetivo, e oculta uma importante função que é a de auxiliar e controlar as classes mais baixas da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em tempos em que o poder punitivo tem se mostrado a cada dia mais ativo no sistema penal brasileiro, buscou-se através deste trabalho, problematizar de maneira ampla as questões inerentes à Lei de Drogas 11343/2006, assim como analisar o bem jurídico tutelado no crime de tráfico de drogas.

Ao abordar a concepção histórico-jurídica das Lei de Drogas, pôde-se perceber o esvaziamento do discurso médico jurídico em relação ao tratamento para usuários e a forte criminalização aos comerciantes vinculados a venda e distribuição. Também foi possível identificar que os movimentos da política criminal de drogas estiveram ligados principalmente aos interesses políticos, utilizando-se da questão moralizante apenas como espécie de escape para sua aprovação.

Em se tratando do aspecto político-criminal, foi possível perceber uma clara ideia opressiva e autoritária na construção da política de drogas, cabendo citar em relação à atual política criminal, a proposta do aumento da pena mínima do crime de tráfico, sendo vedada ao réu via de regra, a substituição por pena de restrição de direitos.

Quanto ao aspecto do bem jurídico tutelado, seja qual for o crime, sabe-se que necessita ser algo de importância e relevância para a sociedade, além de estar previsto no ordenamento jurídico. Além disso, ressalta-se que condutas descritas como ofensivas somente devem ser punidas ao ofender direitos de terceiros.

Dessarte, na medida em que no crime de tráfico de drogas não há a existência de nenhum grau de lesividade ao indivíduo, nem perigo concreto, na medida em que este apenas proíbe a mera conduta, sem fazer referência ao resultado, não se faz presente a relevância penal e logo, não deveria ser penalizado.

Há de se observar que o longo combate às drogas tem causado mais danos à saúde pública e à coletividade do que o consumo de drogas em si. Entre policiais e cidadãos vítimas desse combate, o número de mortes se mostra maior do que as ocasionadas por overdose ou qualquer outro problema causado pelas drogas.

Também se mostra bastante controversa a classificação das drogas no Brasil enquanto lícitas e ilícitas, devido ao fato de que um dos maiores causadores de mortes no país em acidentes de trânsito, o álcool, ser considerado uma droga lícita.

Ainda, foi possível constatar uma baixa incidência a respeito de uma reflexão crítica e, conseqüentemente, uma discrepância entre as criminalizações e a proposta do uso do Direito Penal para a proteção dos bens jurídicos de maior relevância.

Diante disso, mostra-se evidente que a criminalização das drogas não somente não protege a saúde coletiva, como acaba por punir os indivíduos, em grande parte dos casos, por questões de classe e estereótipo. Sendo assim, fica claro que a política de drogas no país se mostra falha no sentido de proteger a saúde pública, bem como oculta uma função importante que é a de auxiliar e controlar as classes mais baixas da sociedade.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis** – drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S.. **O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual**. São Paulo: Revista Liberdades, nº 1, 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

_____. **Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. 1991. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em 28 de setembro de 2019.

DATENA, José Luiz. Disponível em <<http://noticias.band.uol.com.br/brasilurgente/>>. Acesso em 05 de dezembro de 2016.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. **Acionistas do nada**: Quem são os traficantes de droga. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

_____. **Exposição de motivos do PL da Câmara nº 37/2013**. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11343-23-agosto-2006-545399-exposicaodemotivos-150201-pl.html>>. Acesso em 05 de dezembro de 2019

GRECO, Luís. **"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**. São Paulo: Revista do IBCCRIM nº 49, 2004.

KADANUS, Kadanus. **Como nascem facções como PCC e Comando Vermelho, alvos preferenciais de Moro**. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/república/como-nascem-faccoes-como-pcc-e-comando-vermelho-alvos-preferenciais-de-moro/>>. Acesso em 05 de dezembro de 2019.

_____. **Lei de drogas**. 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 30 de setembro de 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 6. ed. rev. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención em derecho penal**. Madrid: Editora Reus, 1981.

ROXIN, Claus. **El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen**. *Traducción de Manuel Cancio Meliá*. Revista Electrônica de Ciencia Penal y Criminologia (em línea), 2013.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.

TORRES, Eduardo. **Quem são e como funciona a quadrilha os Bala na Cara**. Disponível em < <http://diariogaicho.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2014/09/quem-sao-e-como-funciona-a-quadrilha-dos-bala-na-cara-4588651.html>>. Acesso em 05 de dezembro de 2019.