

O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E A TUTELA DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL

CRIME OF DRUG POSSESSION FOR PERSONAL CONSUMPTION AND THE PROTECTION OF LEGAL GOODS BY CRIMINAL LAW

Marcos Wesley Brandinho Ribeiro

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da tutela de bens jurídicos pelo direito penal; 2. Do princípio da lesividade do direito penal; 3. Dos crimes de perigo; 4. Do crime de porte de drogas para consumo pessoal; 5. Do bem jurídico tutelado pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal; Conclusão.

RESUMO: O presente artigo analisa o crime de porte de drogas para consumo pessoal, considerando a tutela de bens jurídicos realizada pelo direito penal. Busca-se identificar em que medida o referido crime é compatível com o princípio da lesividade, nos termos do qual a intervenção penal apenas se justifica em face de uma lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos. Por meio de revisão bibliográfica, é possível determinar que os bens jurídicos representam objetos e valores que são legislativamente reconhecidos, considerando os limites constitucionais ao processo legislativo. Assim, afirma-se que a saúde pública representa bem jurídico tutelado pelo citado crime. Desse modo, conclui-se que o tipo penal, em abstrato, é compatível com o mencionado princípio, sendo que a aplicação da norma penal que o fundamenta pode ser afastada quando, no caso concreto, não se verificar potencial de lesão que ultrapasse a esfera individual do usuário de drogas.

Palavras-chave: porte de drogas. consumo pessoal. lesividade. bem jurídico.

ABSTRACT: This article analyzes the crime of possession of drugs for personal consumption, considering the protection of legal goods carried out by criminal law. It seeks to identify in what extent the crime is compatible with the principle of harmfulness, according to which criminal intervention is justified only against an injury or danger of injury to legal goods. Through a bibliographical review, it is possible to determine that legal goods represent objects and values that are legally recognized, considering the constitutional limits to the legislative process. Thus, it affirms that public health represents a legal good protected by said crime. Thus, it is concluded that the criminal type, in the abstract, is compatible with the aforementioned principle, and the application of the criminal law can be removed when, in the specific case, there is no potential for injury beyond individual sphere of drug users.

Keywords: drugs possession. personal consumption. harmfulness. legal goods.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.343/2006 instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas com o fim de reprimir a circulação de drogas ilícitas no Brasil, tendo optado pela manutenção da criminalização do porte de drogas para realização de tráfico, bem como do porte de drogas para consumo próprio. Ocorre que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal passa a ser questionada em face dos princípios do direito penal, em especial pelo princípio da lesividade.

Considerando esse pressuposto, o presente artigo se volta à análise da conformidade do crime de consumo de drogas ao ordenamento jurídico e visa a determinar em que medida se pode conciliar o crime de porte de drogas ilícitas para consumo pessoal e o princípio da lesividade.

Em relação a isso, há o posicionamento de que o crime de porte de drogas para uso próprio não tutelaria nenhum bem jurídico, de modo que não seria compatível com a lógica do direito penal e, portanto, com o ordenamento jurídico brasileiro. Por outro lado, há doutrinadores que defendem que o crime de porte de drogas para uso próprio se voltaria à tutela de determinado bem jurídico, de modo que seria plenamente compatível com o princípio da lesividade e com o sistema jurídico do direito penal.

Assim, há relevante controvérsia jurídica e acadêmica, a qual justifica o presente estudo, que tem por finalidade, identificar a efetiva existência de um bem jurídico tutelado pelo crime de porte de drogas para consumo próprio, bem como sua compatibilidade como o princípio da lesividade.

Ademais, o tema assume relevância política e acadêmica, uma vez que permite a análise da política de repressão às drogas e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico e se volta a solucionar ponto de conflito existente entre os doutrinadores brasileiros, como acima indicado.

Inicialmente, diante do problema exposto, pode-se afirmar que o porte de drogas para consumo pessoal não possui ofensividade social, razão pela qual não pode ser tipificado pelo direito penal. Isso porque o referido ramo do direito é regulado por princípios jurídicos limitadores da intervenção estatal, entre os quais o princípio da lesividade.

Visando a testar o que foi enunciado, primeiramente deve-se analisar a proteção de bens jurídicos pelo direito penal, considerando o ordenamento jurídico brasileiro tal como se apresenta atualmente. Posteriormente, será possível verificar as definições do princípio da lesividade, por meio da análise de seu conceito e seu fundamento jurídico no direito penal brasileiro.

Na sequência, a fim de permitir uma melhor compreensão da proteção de bens jurídicos realizada pelo direito penal, serão analisadas as diferentes formas de dano e de perigo de dano que são objetos da tutela penal, por meio dos crimes de dano e dos crimes de perigo.

Por fim, promover-se-á análise bibliográfica sobre o crime de porte de drogas, a fim de determinar os elementos utilizados para a configuração da conduta punível pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, bem como a eventual existência de um bem jurídico tutelado pelo referido tipo penal.

1. DA TUTELA DE BENS JURÍDICOS PELO DIREITO PENAL

Desde suas origens, o direito penal, cumprindo sua função de definir infrações penais e suas correspondentes sanções, acaba promovendo a tutela de bens e interesses da coletividade, ainda quando esta não seja sua finalidade. Assim como leciona Liszt, mesmo nas sociedades de estrutura familiar, que precederam o Estado, havia o estabelecimento de penas como reação a ações individuais que ofendessem, direta ou indiretamente, os interesses comuns do grupo¹.

Contudo, ainda que o direito penal, desde a antiguidade, tenha sido utilizado como ferramenta de proteção de bens e interesses de indivíduos ou de uma coletividade, é correto afirmar que essa proteção não era inicialmente uma preocupação direta do direito penal. O uso da coerção ocorria para assegurar a observância das normas jurídicas estabelecidas pelo

¹ LISZT, Fraz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. 1 v. p. 5-7.

Estado ou mesmo pelas civilizações primitivas, de modo que a proteção de bens e interesses acabava sendo uma questão secundária².

Somente a partir das ideias iluministas, verifica-se o questionamento da criminalização de condutas que não possuíssem ofensividade. Nesse sentido, Ferrajoli atribui grande importância ao princípio de “utilidade penal”, formulado por Grócio, Hobbes, Pufendorf, Thomasius, Beccaria e Bentham, o qual poderia ser utilizado para afirmar que as proibições penais apenas seriam justificáveis em relação a ações reprováveis por seus efeitos lesivos a terceiros³.

Nada obstante, a partir do século XIX, surge a tese de que o direito penal teria por função a tutela de “bens jurídicos”. Nesse sentido, Feuerbach, valendo-se da teoria do contrato social, indicava os bens jurídicos como elementos da tutela penal. Isso porque, para o referido autor, o Estado, criado para garantir a coexistência social, poderia criminalizar apenas as condutas humanas que representassem ofensa ou lesão a um direito subjetivo derivado do contrato social⁴.

Em razão da afirmação de Feuerbach, os bens jurídicos ganham importância frente ao direito penal, tendo surgido debate, em especial na doutrina alemã, acerca da utilidade do bem jurídico para o direito penal, bem como do conceito que poderia ser dado aos bens jurídicos no âmbito do direito penal.

Nesse sentido, contrapondo-se ao caráter subjetivo do conceito dado aos bens jurídicos pelo referido autor, Birnbaum indicou que o bem jurídico tutelado pelo direito penal não corresponderia a direitos subjetivos dos indivíduos, mas a direitos, objetivamente considerados, garantidos pelo Estado⁵.

Cabe menção também a Von Liszt, para quem os bens jurídicos seriam interesses juridicamente protegidos, criados pela própria convivência humana e reconhecidos pelo

² PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 29-30.

³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 372.

⁴ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritten von. **Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania**. Trad. Eugênio Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires; Hammurabi, 1989. apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 131.

⁵SILVEIRA. op. cit. p. 131.

legislador. Desse modo, o direito penal seria o meio em que o legislador reconheceria a importância de determinados bens da vida, atribuindo-lhe juridicidade⁶.

Assim, com base nesses autores e em especial em Von Liszt⁷, desenvolveu-se a teoria do bem jurídico no sentido de estabelecer a proteção de bens jurídicos como fundamento legitimador da intervenção penal. Essa teoria se desenvolve, sendo que, como afirma Roxin⁸, o bem jurídico passa a ser indicado como critério limitador da legislação penal após a Segunda Guerra Mundial por alguns doutrinadores.

Importante pontuar, contudo, que não há consenso entre os doutrinadores internacionais de direito penal sobre a teoria do bem jurídico. No processo de evolução do debate sobre essa teoria, muitos autores inclusive negaram o dever de proteção de bens jurídicos pelo direito penal.

Seguindo essa diretriz, os autores da Escola de Kiel, influenciados pelas ideias de Carl Schmitt, afirmaram que as infrações penais corresponderiam à violação de um dos deveres de observância do Estado estabelecidos pelas normas de direito público, emanadas do povo, independente de eventual ofensa ou ameaça a bens jurídicos⁹.

Também negando a necessidade de proteção de bens jurídicos pelo direito penal, Antolisei entendia que a ordem jurídica penal não se voltava necessariamente à proteção de bens jurídicos, de modo que as penas poderiam ser utilizadas com uma finalidade propulsora ou evolutiva, a fim de incentivar a adoção de condutas determinadas, ainda que sem relação com um bem jurídico específico¹⁰.

Ademais, mesmo na doutrina moderna, há autores do direito penal que atribuem à proteção de bens jurídicos um caráter acessório e não necessário. Nesse sentido, Jakobs afirma que a finalidade do direito penal estaria pautada na própria eficácia da norma, sendo a intervenção penal necessária sempre que houvesse uma danosidade social. Para o referido autor, a pena seria a resposta necessária ao descumprimento da norma, tendo por função

⁶ LISZT, Fraz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Volume 1. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. p. 93-96.

⁷ *Ibid.*

⁸ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 182-183.

⁹ ISHIDA, Válter Kenji. **Bem jurídico penal moderno**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 25.

¹⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 34.

garantir a configuração da sociedade e do Estado ainda que não houvesse a proteção de bens jurídicos¹¹.

Em que pese a influência da Escola de Kiel, de Antolisei e de Jakobs para a doutrina internacional, a concepção segundo a qual o direito penal apenas poderia atuar na promoção de bens jurídicos tem se manifestado em expressiva parte da doutrina brasileira¹². O reconhecimento dessa concepção é inclusive citado por Regis Prado, que afirma que “na atualidade, o postulado de que o delito constitui lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico não encontra praticamente oposição, sendo quase um verdadeiro axioma [...]”¹³.

Contudo, mesmo sendo possível afirmar que, no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção de bens jurídicos é fundamento do direito penal, faz-se necessário compreender a definição dos bens jurídicos, que podem ser protegidos pelo direito penal, bem como da forma em que essa proteção se apresenta no ordenamento jurídico.

No que tange ao conceito dos bens jurídicos, há divergência entre os autores do direito penal. Nesse sentido, Binding indica um conceito normativo, segundo o qual os bens jurídicos seriam criados pelo legislador e decorreriam da própria elaboração da norma penal, o que foi posteriormente contraposto com a visão transcendental de Liszt, para quem os bens jurídicos seriam preexistentes à norma e apenas reconhecidos pelo legislador¹⁴.

Essa divergência se verifica inclusive na doutrina brasileira. Nessa linha, Toledo define bens jurídicos como “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”¹⁵. Por sua vez, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que “bem jurídico

¹¹ JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2008, p. 19-21 e 61-65.

¹² Nesse sentido, vide: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42-43; DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 146-147; QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 59-61; JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 46; ZAFFARONI Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro, volume 1, parte geral**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.415-416.

¹³ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 33.

¹⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

¹⁵ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 16.

é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam¹⁶.

Cabe destacar que não há uma definição de bem jurídico que permita identificar todos os bens e valores que poderiam ser tutelados pelo direito penal. Isso ocorre porque cada sociedade estabelece proteção jurídica a determinados bens jurídicos próprios, o que permite concluir que houve acerto na posição adotada por Liszt, para quem os bens jurídicos têm aspecto dinâmico, decorrem da convivência humana e são apenas reconhecidos pelo direito.

Seguindo essa posição teórica, Regis Prado indica que os bens jurídicos decorrem das necessidades do homem surgidas na experiência concreta da vida e variam no espaço e no tempo, de modo que cada sociedade, em cada período histórico, atribui importâncias diferentes aos bens da vida em razões de seus valores sociais¹⁷.

Além disso, o próprio aspecto subjetivo dos bens jurídicos foi alterado ao longo do tempo, sendo que, assim como indica Ishida, o direito penal inicialmente se voltava apenas aos direitos individuais, sendo que atualmente é possível afirmar a existência de bens jurídicos coletivos¹⁸.

Dessarte, a Constituição Federal reconhece, em seu art. 129, III, a existência de bens jurídicos difusos e coletivos, sendo que determina, em seu art. 225, §3º, a adoção de medidas penais e administrativas contra ações lesivas ao meio ambiente¹⁹. De mais a mais, existe um microsistema, composto por leis como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, o qual consagra, no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção de direitos coletivos.

Além disso, convém indicar que, no Brasil, o termo “bem jurídico” é utilizado em outros ramos do direito, em especial no direito civil, para se referir aos bens que existem na

¹⁶ ZAFFARONI Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro, volume 1, parte geral**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 416.

¹⁷ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 51

¹⁸ ISHIDA, Válter Kenji. **Bem jurídico penal moderno**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 103

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 maio 2017.

convivência humana, e em face dos quais se projetam os interesses dos indivíduos, que são reconhecidos pelo ordenamento jurídico²⁰.

Portanto, os bens jurídicos podem ser entendidos como bens e valores, individuais e coletivos, existentes na realidade e reconhecidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, Prado ensina que bem jurídico pode ser entendido como “ente (dado ou valor social) material ou imaterial extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, considerado essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem”²¹.

Contudo, ainda que se possa afirmar que qualquer bem da vida pode ser tutelado pelo direito, há um diferencial na tutela exercida pelo direito penal, que impõe a tutela de bens jurídicos específicos. Nessa perspectiva, afirma-se a existência de limites relativos aos bens jurídicos que seriam próprios da tutela penal, como se verifica na seguinte lição de Mir Puig:

Que o direito penal só deva proteger “bens jurídicos” não significa que todo “bem jurídico” tenha que ser protegido penalmente, nem que todo ataque a bens jurídicos penalmente tutelados deva determinar a intervenção do Direito penal. [...]. O conceito de “bem jurídico” é, pois, mais amplo do que o de “bem jurídico-penal”²².

A limitação dos bens que são tutelados pelo direito penal se justifica em razão da forma em que essa tutela é feita. Inicialmente, o direito penal é aplicado por meio da pena de morte e dos suplícios, afetando a vida e a integridade física dos cidadãos²³. A partir do século XIX, quando a prisão passa a ser a principal pena aplicada, há a privação do direito de liberdade de locomoção das pessoas²⁴.

Mesmo no atual panorama do direito penal brasileiro, em que a pena privativa de liberdade não é a única resposta penal ao cometimento de infrações pelos indivíduos, verifica-se a existência de sanções que limitam a esfera de liberdades do indivíduo e a aplicação de sanções que afetam seus direitos.

²⁰ Nesse sentido, vide: GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, volume 1: parte geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 301-303.

²¹ PRADO, Luiz Régis et al. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 115

²² SANTIAGO, Mir Puig. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução por Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Pornciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 95.

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 578

²⁴ *Ibid.*, p. 592.

Desse modo, a limitação dos bens jurídicos que são tutelados pelo direito penal se justifica na medida em que a intervenção penal acaba afetando os direitos e liberdades individuais. Nesse sentido, Ferrajoli afirma que:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua "absoluta necessidade" são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal²⁵.

Dessarte, diversos autores passaram a indicar que os bens jurídicos penais seriam limitados. Nessa linha, surge a teoria constitucional de bem jurídico, segundo a qual o conceito de bem jurídico se encontraria inserido na própria Lei Maior dos Estados²⁶, de modo que os legisladores ficariam restritos à proteção dos bens jurídicos nominados constitucionalmente quando da elaboração das normas de direito penal.

Seguindo esse posicionamento, Roxin, fundamentando-se no Estado constitucional europeu, afirma que os bens jurídicos que poderiam ser tutelados pelo direito penal seriam apenas aqueles necessários para assegurar uma coexistência livre, pacífica e socialmente segura, bem como as instituições estatais que fossem imprescindíveis para esse fim, na medida em que esta seria a finalidade do Estado Democrático de Direito²⁷.

Dessa maneira, segundo Roxin, o direito penal não deveria punir casos em que falta intervenção em bens jurídicos de outra pessoa, sendo, portanto, ilegítima a punição da autolesão consciente, de sentimentos cuja manifestação não importasse em ameaças a terceiros e dos atentados contra a moral²⁸.

Na mesma linha, Prado²⁹ indica que, em um Estado Democrático de Direito, pautado na promoção da dignidade da pessoa humana e na proteção da liberdade dos indivíduos, o

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 371.

²⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012. p. 133-134.

²⁷ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 184/185.

²⁸ *Ibid.*, p. 186/187.

²⁹ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 139.

Estado, ao estabelecer a tutela penal, deveria se limitar aos valores constitucionalmente previstos. Segundo o autor:

O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal³⁰.

Por seu turno, Pacelli e Callegari indicam que os bens jurídicos penais não se encontram necessariamente arrolados na Constituição Federal, na medida em que isso acarretaria restrição dos bens jurídicos aos valores adotados inicialmente pelo Poder Constituinte Originário, a despeito das mudanças operadas na sociedade após a elaboração da Lei Fundamental, o que dificultaria o reconhecimento da existência de novos bens jurídicos decorrentes do desenvolvimento da sociedade³¹.

Dessa forma, a concepção de bens jurídicos vinculados aos valores constitucionais afetaria o caráter dinâmico dos bens jurídicos, considerando a rigidez constitucional, que impõe uma série de restrições formais e materiais para a manifestação do poder constituinte derivado, por meio da qual ocorrem as alterações constitucionais.

Segundo os citados doutrinadores, o limite dos bens jurídicos se daria por meio da ordem constitucional na qual se legitima a elaboração das normas penais³². Veja-se o que expõem os autores:

[...] a única alternativa que se oferece para a minimização dos excessos legislativos é a otimização dos direitos fundamentais assegurados na ordem constitucional e nos tratados internacionais sobre direitos humanos. Somente assim se poderá recusar validade a determinadas incriminações abusivas, além de se reduzir o espectro de umas tantas outras, por ocasião de sua aplicação³³.

Assim, mostra-se mais adequada a concepção apontada por Pacelli e Callegari, a qual reconhece a função do Poder Legislativo de reconhecimento de bens jurídicos, devendo-se considerar como limite para o reconhecimento de bens jurídicos, o devido processo legislativo, os princípios do Estado Democrático de Direito e os limites formais e materiais

³⁰ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 139

³¹ PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 25-30.

³² *Ibid.*, pág. 26-29.

³³ *Ibid.*, pág. 27.

estabelecidos na Constituição Federal, que limitam não apenas o direito penal, mas toda a produção legislativa.

Em suma, é possível afirmar que os bens jurídicos se apresentam como valores reconhecidos pelo legislador ordinário, atentando-se aos valores e princípios constitucionais, sendo que o direito penal se justifica apenas pela tutela de bens jurídicos relevantes e essa proteção, no ordenamento jurídico brasileiro, se dá por meio do princípio da lesividade, que será objeto de breve análise.

2. DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE DO DIREITO PENAL

O direito penal, enquanto sistema jurídico, é composto por normas jurídicas próprias. Algumas normas se apresentam por meio de comandos normativos que se direcionam à conduta humana, estabelecendo direitos e obrigações, enquanto outras se referem à produção e interpretação do direito penal pelo Estado.

Entre as normas jurídicas direcionadas à atuação do Estado, existem princípios jurídicos – entendidos como mandamentos de otimização que podem ser satisfeitos em graus variados a depender das possibilidades jurídicas e fáticas³⁴ – que decorrem dos textos de lei que compõem o direito penal.

Alguns desses princípios se fundamentam no Código Penal e na legislação especial penal, como o princípio da consunção, utilizado no conflito aparente de normas incriminadoras, e o princípio da territorialidade, utilizado para a configuração da eficácia espacial do direito penal brasileiro.

Na medida em que a Constituição Federal estabelece direitos e obrigações aos indivíduos e define limites de atuação do Estado e que é possível dela retirar princípios a serem observados no direito penal, também se afirma a existência de princípios penais constitucionais. Esses princípios se qualificam uma vez que, assim como indica José Afonso da Silva, a Lei Maior é a “lei fundamental e suprema do Estado brasileiro”³⁵, de modo que eventuais normas infraconstitucionais apenas serão válidas se não os confrontarem.

³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90.

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 48.

Considerando que a proteção de bens jurídicos constitui elemento de grande importância para o direito penal moderno, verifica-se, dentre os princípios adotados pelo direito penal, o princípio da lesividade e o princípio da intervenção mínima³⁶, que se relacionam com a tutela de bens jurídicos pelo direito penal e orientam a produção e aplicação da lei penal.

Por meio do princípio da lesividade, o bem jurídico se torna o núcleo central da conduta penalmente proibida. Isso porque o princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade, se apresenta como limitador do direito penal, condicionando a configuração de delitos apenas às condutas que lesem ou configurem perigo a um determinado bem jurídico³⁷.

Esse princípio se alinha, portanto, com as concepções liberais e utilitaristas, em maior medida de John Stuart Mill, segundo as quais o Estado apenas estaria legitimado a intervir nas condutas humanas e, portanto, a restringir as liberdades individuais para evitar danos a outrem³⁸.

Nessa mesma perspectiva, Ferrajoli, na sua teoria de garantismo penal, pautada em ideias iluministas e utilitaristas de proteção do indivíduo frente ao poder do Estado, estabelece também, por meio do axioma “nulla necessitas sine iniuria”, que as leis penais apenas se fazem necessárias quando há a lesividade a terceiros nos atos proibidos³⁹, de modo que não seria possível afirmar a existência de pena, crime ou lei penal sem a existência de ofensa a terceiros.

Nesse sentido, com fundamento nesse princípio, não seria admissível a criminalização de condutas que não ultrapassem a esfera privada do indivíduo que as realizasse, ainda que

³⁶ O direito penal realiza a proteção de bens jurídicos, intervindo na liberdade individual por meio de proibições e intervindo nos direitos individuais por meio das sanções que utiliza, entre as quais a pena privativa de liberdade e as penas restritivas de direitos. Nesse cenário, o princípio da intervenção mínima define um caráter subsidiário ao direito, indicando que o direito penal apenas pode ser utilizado quando outros ramos do direito não se mostrarem suficientes para a tutela de bens jurídicos entendidos como essenciais. Nesse sentido, vide: JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52; PRADO, Luiz Régis et al. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.115; FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 372-373.

³⁷ PRADO, op. cit., 2014. p. 113.

³⁸ ISHIDA, Válter Kenji. **Bem jurídico penal moderno**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 20-21.

³⁹ FERRAJOLI, op. cit., p. 373.

essas condutas refletissem lesão a bens jurídicos do próprio indivíduo, a exemplo do que ocorre na autolesão ou na má-gestão de bem jurídico⁴⁰.

Igualmente, afirma-se que, conforme esse princípio, não poderia ocorrer a criminalização de condutas meramente imorais⁴¹, sendo que Greco afasta a incidência penal de condutas que são reprovadas sob o aspecto moral, mas não repercutem diretamente sobre bens jurídicos de terceiros⁴². Outrossim, segundo Greco, também não poderiam ser punidos os atos preparatórios antecedentes à execução do crime, bem como os pensamentos e sentimentos pessoais dos indivíduos, quando não exteriorizados⁴³.

Contudo, se o princípio da ofensividade estabelece a necessidade de uma ofensa a bem jurídico, existe uma divergência, na doutrina brasileira, acerca dos tipos de ofensa abrangidos pelo referido princípio. Isso porque existem, no ordenamento jurídico, crimes de dano e crimes de perigo que indicam diversas gradações de ofensa a bens jurídicos.

Para Bitencourt, o princípio da lesividade exigiria a existência de uma lesão ou um perigo real, efetivo e concreto a um bem jurídico como fundamento dos tipos penais, razão pela qual não seria admissível o estabelecimento legal de presunções de perigo por meio de crimes de perigo abstrato⁴⁴.

Por outro lado, há autores que defendem que o princípio da ofensividade abrangeria os crimes que punissem lesões e as ameaças a bens jurídicos, incluindo as ameaças presumidas por meio dos crimes de perigo abstrato. Nesse sentido, Queiroz defende que o princípio da ofensividade abrangeria as lesões e os perigos de lesão, incluindo condutas que a lei atribui presunção de dano ou de perigo de dano, desde que essas presunções não sejam absolutas⁴⁵.

Em sentido análogo ao que apresentado por Queiroz, Bottini afirma que a lesividade se apresenta em diversos níveis e pode ser representada por meio de presunções legais de perigo, desde que haja descrição minuciosa da conduta, sendo que pode ser afastada, no momento da

⁴⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 96.

⁴¹ JESUS. Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

⁴² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Niterói, Impetus, 2014. p. 57.

⁴³ *Ibid.*, p. 55-56.

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 59.

⁴⁵ QUEIROZ, op. cit., p. 96

aplicação da norma, se, diante das circunstâncias concretas, inexistir potencialidade lesiva na conduta⁴⁶.

Ainda nessa perspectiva, Silva defende a compatibilidade dos crimes de perigo abstrato com o princípio da lesividade, em casos específicos para a proteção de bens que, diante de suas características, precisem de tutela penal antecipada, desde que a conduta que apresente potencialidade lesiva seja precisamente especificada pela lei e a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados⁴⁷. Segundo o autor:

O princípio da lesividade ou da ofensividade é, portanto, observado, sempre que o tipo penal tiver por finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns, por suas características, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública, entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em determinadas circunstâncias ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal⁴⁸.

Assim, em que pesem as considerações de Bitencourt⁴⁹, mostra-se acertado o entendimento de que o princípio da lesividade abrangeria as condutas a que lei atribui presunção de lesividade. Isso porque, por meio dos crimes de perigo abstrato, o direito penal apenas antecipa sua tutela, prevenindo efetivas lesões, como se verificará em momento oportuno.

Estabelecidas essas premissas quanto à definição do princípio da lesividade e passando-se à análise do fundamento jurídico desse princípio, verifica-se que ele não decorre de previsão normativa expressa, seja da Constituição Federal, seja das leis infraconstitucionais. Contudo, o Código Penal, em sua parte especial, apresenta os diferentes tipos penais a partir dos bens jurídicos por eles tutelados, o que já indica uma relação do direito penal com o referido princípio.

⁴⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 202.

⁴⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 92-101.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 101.

⁴⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Para Paulo Queiroz, o princípio da lesividade é um princípio implícito da Constituição Federal, resultando dos valores por ela estabelecidos⁵⁰. Segundo o referido autor, o direito à intimidade e à vida privada é um direito negativo, constitucionalmente previsto, que poderia ser oposto contra o Estado, impedindo sua intervenção nas condutas que não tivessem potencialidade lesiva⁵¹.

Os arts. 3º e 5º da Constituição Federal estabelecem que a construção de uma sociedade livre é fundamento do Estado, sendo invioláveis a liberdade, a intimidade e a vida privada⁵². Considerando isso, Paulo Queiroz entende que “nenhum ato de constrição à liberdade pode ser tolerado, salvo quando, em virtude do abuso no seu exercício, resultar dano/lesão à liberdade de outrem”⁵³.

Em sentido análogo, Dotti sustenta que a exigência de que se criminalizem condutas que ofendam ou representem perigos a bens jurídicos inerentes aos indivíduos e à coletividade decorreria de diversas normas, em especial dos arts. 5º, 6º, 14, 144, 170 e ss. da Constituição Federal⁵⁴.

Mesmo que não se tenha a previsão específica do referido princípio, é correto afirmá-lo como princípio constitucional. Isso porque a tutela penal de uma conduta humana que não oferece lesividade aos bens jurídicos de terceiro acaba restringindo a liberdade e a vida privada dos indivíduos, por meio da proibição, bem como os direitos fundamentais da pessoa humana, como a liberdade de locomoção e a propriedade, por meio das sanções impostas.

Em razão disso, atribui-se, ao referido princípio, uma função político-criminal, uma vez que, ao decorrer da Constituição Federal, representa limite material ao processo legislativo, de modo que não podem ser elaboradas leis infraconstitucionais que violem seus preceitos. Assim, o referido princípio orienta o legislador para, no momento da elaboração da lei penal, analisar a existência e a intensidade da lesividade a bens jurídicos dos indivíduos e

⁵⁰ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p.74.

⁵¹ *Ibid.*, p.96.

⁵² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 maio 2017.

⁵³ QUEIROZ, op. cit., p. 97.

⁵⁴ DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 147.

da coletividade como fatores para criminalização de condutas, bem como para o estabelecimento de limites mínimos e máximos das penas⁵⁵.

Considerando esse princípio como um princípio constitucional implícito, atribui-se a ele também uma função limitadora, que se verifica após a elaboração da lei penal. Isso porque se houver a proibição penal de uma conduta sem que esta apresente lesividade a bens jurídicos de terceiros, haverá inconstitucionalidade material da norma por violação dos limites materiais estabelecidos pela Constituição Federal, consistentes nos direitos à liberdade, à intimidade, à vida privada e, dependendo da sanção prevista, da liberdade de locomoção.

Por fim, também se reconhece, a esse princípio, uma função interpretativa, por meio do qual se impõe ao intérprete a verificação, em cada caso concreto, da existência e da intensidade da lesividade ao bem jurídico protegido⁵⁶. Essa questão se explica pelo fato de que, ainda quando a norma penal proíba certas condutas em razão de sua lesividade, podem existir casos em que as mencionadas condutas não apresentem lesividade relevante para ser tutelada pelo direito penal.

Nessa perspectiva, o juiz deve considerar atípica a conduta praticada que não ofender bem jurídico de terceiro, ainda quando ela se encontrar penalmente tipificada e, abstratamente, refletir a proteção de um bem jurídico. Isso porque os tipos penais devem ser interpretados considerando a lesividade das condutas humanas, a fim de afastar a aplicação da norma penal em condutas sem potencial lesivo. Além disso, o juiz deve considerar a intensidade do dano ou do perigo causado por cada conduta típica no momento de individualização da pena⁵⁷.

Desse modo, verifica-se a importância do referido princípio para fins de identificação dos bens jurídicos que reclamam a tutela excepcional do direito penal, bem como para aplicação do direito penal em conformidade com as liberdades individuais constitucionalmente asseguradas.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 61.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 61.

⁵⁷ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 96.

3. DOS CRIMES DE PERIGO

Para além do estudo do princípio da lesividade, há que se dar destaque simultâneo ao fato de que o direito penal não promove a proteção de bens jurídicos apenas quando estes são violados. Em determinados casos, o direito penal antecipa a lesão, voltando-se às condutas que tenham aptidão de lesionar os bens jurídicos de terceiros.

Essa atuação do direito penal que antecede a lesão não é algo novo, sendo que Silva indica que já na Roma Antiga havia a criminalização de condutas que oferecessem risco à sociedade, ainda que não se verificasse a efetiva lesão⁵⁸. Contudo, na sociedade moderna, verifica-se um aumento da atuação do direito penal de forma antecipada, com a criminalização de condutas que supostamente ameaçam bens jurídicos de terceiros.

Essa expansão do direito penal em parte se justifica em razão do atual modelo econômico da sociedade, que, pautado pela inovação tecnológica, acaba gerando novos tipos de riscos à sociedade⁵⁹. Nessa linha, Bottini leciona que:

A criação de novas técnicas de produção não é seguida pelo desenvolvimento de instrumento de avaliação e medição dos potenciais resultados de sua aplicação. Do descompasso entre surgimento de inovações científicas e o conhecimento das consequências de seu uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva. O risco, fator indispensável ao desenvolvimento de livre mercado, passa a ocupar papel central no modelo de organização social⁶⁰.

Assim como indica Bottini, o manejo de produtos químicos, incluindo os utilizados em serviços nucleares, o desenvolvimento dos meios de comunicação, o aprimoramento do transporte e a massificação da produção em larga escala possibilitam o acontecimento de danos, cuja causa ou extensão material, territorial ou espacial é difícil de precisar pelo nível científico atual, o que demanda por vezes medidas de precaução pelo Estado⁶¹.

Considerando que o direito penal se apresenta na forma de uma resposta repressiva a uma lesão a bens jurídicos de terceiros, bem como na forma de elemento de proteção contra ameaças indevidas, a doutrina brasileira diferencia os tipos penais estabelecidos pelo direito

⁵⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 51.

⁵⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 118.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 33-34

⁶¹ *Ibid.*, p. 35-39

penal a partir da relevância da lesão a bens jurídicos, distinguindo-os em crimes de dano e crimes de perigo.

Os crimes de dano, ou crimes de lesão, seriam aqueles que criminalizariam condutas que, quando praticadas, provocam um dano concreto a um bem jurídico de terceiro⁶², assim como ocorre no crime previsto no art. 121 do Código Penal, cuja consumação importa necessária violação à vida da vítima.

Por outro lado, os crimes de perigo poderiam ser identificados como os tipos penais que proíbem condutas que não implicam dano efetivo a bens jurídicos, mas representam perigo a esses bens⁶³. Nada obstante, para uma melhor definição desses crimes, impõe-se a definição da noção de perigo, que constitui núcleo desses tipos penais.

Inicialmente, o perigo é entendido com um caráter subjetivo e corresponde a uma representação mental humana da possibilidade de dano, oriunda do temor ou da ignorância, de modo que não existe concretamente⁶⁴. Posteriormente, atribui-se um caráter objetivo ao perigo, de modo que este passa a ser considerado não como mero ente da imaginação, mas algo real, que pode ser valorado a partir da probabilidade ou da possibilidade de que um dano efetivamente aconteça⁶⁵.

Entre essas teorias, a doutrina reconhece também a existência de uma tese intermediária, que indica que o perigo assumiria um caráter objetivo e um caráter subjetivo, de modo que existiria na realidade, mas seria representado por meio de probabilidade ou uma possibilidade, subjetivamente considerada⁶⁶.

Ademais, há debate, na doutrina, se o perigo se caracterizaria diante da mera possibilidade de a conduta provocar dano a bens jurídicos. Nessa linha, a doutrina penal

⁶² PRADO, Luiz Régis et al. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 62.

⁶³ *Ibid.*, p. 62.

⁶⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 53.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁶ Nesse sentido, vide: SILVA, op. cit. p. 53-54; NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do. **O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 69.

inicialmente identifica o perigo como aptidão de um fenômeno para promover um efetivo dano a um bem jurídico⁶⁷.

Contudo, assim como afirma Silva, parte considerável da doutrina indica o perigo por meio de uma efetiva probabilidade de se causar um dano a bens jurídicos, o que teria um nível mais intenso que a possibilidade⁶⁸. Nessa perspectiva, o perigo não se configuraria sempre que uma conduta pudesse causar um dano, de modo que seria necessária uma efetiva probabilidade de ocorrência do dano⁶⁹. Considerando esse posicionamento, assim como leciona Walter Coelho, o perigo pode ser entendido como uma ponderável ameaça ou turbacão à existência ou segurança de bens jurídicos, com relevante probabilidade de dano⁷⁰.

Haja vista que atualmente os crimes de perigo nem sempre exigem a demonstração de um perigo concreto para sua caracterização, os autores nacionais diferenciam os tipos penais que punem condutas que oferecem perigo a bens jurídicos, indicando a existência de crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Os crimes de perigo concreto são aqueles cujo tipo penal, ao criminalizar a conduta, estabelece o perigo como elemento normativo, de modo que o crime apenas se consuma com a efetiva existência de perigo a bem jurídico⁷¹, a qual deve ser comprovada em juízo. Já os crimes de perigo abstrato caracterizam os tipos penais que proíbem determinadas condutas por considerá-las perigosas a determinados bens jurídicos, estabelecendo em relação a elas presunção absoluta de perigo.

Segundo Silva, nos crimes de perigo abstrato, ou de perigo presumido, o perigo é ínsito à conduta e presumido “juris et de jure”⁷². De acordo com o autor, por meio do crime de perigo abstrato, há a proibição de condutas que, em si, são danosas a determinados bens

⁶⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 54.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 54.

⁶⁹ Nesse sentido, vide: DOTTE, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 432; BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 282.

⁷⁰ COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Safe, 1991, 1 v., p. 99. apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 55.

⁷¹ PRADO, Luiz Régis et al. **Curso de direito penal brasileiro**. 13 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 62.

⁷² SILVA, op. cit., p. 72.

jurídicos ou que devem ser consideradas perigosas na medida em que não é possível medir o dano efetivo que a conduta causa aos bens jurídicos⁷³.

De modo diverso, Nascimento afirma que não haveria necessariamente um perigo real nos crimes de perigo de abstrato, sustentando que esses crimes incidem sobre “a prática de conduta geralmente considerada perigosa, segundo um juízo ‘ex ante’ de periculosidade, sem que haja um efetivo risco de lesão ao bem jurídico tutelado”⁷⁴.

Tendo em vista que o direito penal deve se pautar na proteção de bens jurídicos, mostra-se mais escorreita a posição defendida por Silva, vez que não seria admissível a criação de crimes sem que não existisse perigo à sociedade. Ao caracterizar um crime de perigo abstrato, o legislador não penaliza condutas independentemente de sua potencialidade lesiva, mas criminaliza condutas que são em si perigosas.

Na realidade pátria, como adverte Silva, o legislador acaba tipificando, como crime de perigo abstrato, condutas que não trazem um perigo ínsito, casos em que se deve considerar a existência de uma presunção relativa de perigo, que, portanto, pode ser desfeita mediante prova que demonstre a inexistência de perigo⁷⁵.

Nessa linha Zaffaroni assinala que todos os crimes de perigo devem apresentar potencialidade lesiva, sendo que a diferença entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto tem consequência apenas processual⁷⁶. Para ele, nos crimes de perigo concreto se exige a prova efetiva do perigo submetido ao bem jurídico, porquanto no caso dos crimes de perigo abstrato, há uma inversão do ônus da prova⁷⁷.

Considerando esses apontamentos sobre as diferentes formas de perigo em que se apresentam a tutela de bens jurídicos pelo direito penal e sobre os contornos do princípio da lesividade, mostra-se possível analisar o crime de porte de drogas para consumo pessoal, a fim de identificar em que medida esse princípio auxilia a tutela de bens jurídicos.

⁷³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 72-73.

⁷⁴ NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do. **O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 76.

⁷⁵ SILVA, op. cit., p. 78.

⁷⁶ ZAFFARONI Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro, volume 1, parte geral**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 504-505.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 504-505.

4. DO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA COSUMO PESSOAL

Durante o século XX, desenvolve-se, no cenário internacional, intenso debate sobre a repressão da posse e da venda de produtos que causam dependência. Esse debate acaba levando à celebração de tratados internacionais visando à repressão da venda e da posse de produtos entorpecentes⁷⁸.

O Brasil, perante o cenário internacional, ratifica a Convenção Única sobre entorpecentes de 1961 e o Convênio sobre substâncias psicotrópicas de 1971, os quais recomendam a adoção de medidas contra o tráfico de drogas e a criminalização da posse de entorpecentes. Ainda na perspectiva do direito internacional, o Estado brasileiro ratifica a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico de entorpecentes e substâncias psicotrópicas de 1988, promulgada pelo Decreto 154/91, obrigando-se a punir a posse, a aquisição e o cultivo de drogas, na seguinte forma:

2 - Reservados os princípios constitucionais e os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Parte adotará as medidas necessárias para caracterizar como delito penal, de acordo com seu direito interno, quando configurar a posse, à aquisição ou o cultivo intencionais de entorpecentes ou de substâncias psicotrópicas para consumo pessoal, contra o disposto na Convenção de 1961, na Convenção de 1961 em sua forma emendada, ou na Convenção de 1971⁷⁹.

No âmbito do direito interno, o Brasil já se manifestava no sentido de repreender a posse e venda de produtos que causassem dependência desde o Período Colonial, por meio das Ordenações Filipinas⁸⁰. Contudo, o ato de possuir droga com a intenção de usá-la apenas foi apresentado como crime de forma concreta a partir do Decreto nº 385/68, o qual, alterando o então art. 281 do Código Penal, equiparava, de forma expressa, o porte de drogas para uso próprio ao crime de tráfico.

Em 1976, com a publicação da Lei nº 6.368/76, há a efetiva separação dos referidos crimes, uma vez que a lei promoveu tratamento penal diferenciado para aquele que porta entorpecente para consumo próprio, conferindo uma punição menos rigorosa ao porte de drogas quando este não é intencionalmente direcionado à circulação e disseminação.

⁷⁸ FILHO, Vicente Greco; Rassi, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7-10.

⁷⁹ BRASIL. **Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 18 maio 2017.

⁸⁰ GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada artigo por artigo**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 110.

Atualmente, o crime de porte de drogas para consumo pessoal se encontra tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/2006, norma que acentua a diferenciação entre o referido crime e o tráfico de drogas, na linha do que já havia sido feito pela Lei nº 6.368/76.

A criminalização da conduta em análise se fundou, inicialmente, na necessidade de impedir a circulação da droga, já que, de modo diverso, poder-se-ia reduzir a ineficácia da criminalização do tráfico de drogas. Nesse sentido, verifica-se que o direito penal pune todas as condutas humanas que se inserem no processo de circulação de drogas, incluindo a posse da substância ainda que por aqueles que pretendem utilizá-la, já que mesmo estes podem permitir ou promover a sua circulação.

Especificamente no que tange ao crime do porte de drogas para consumo próprio, há a criminalização da conduta de exercer a posse sobre drogas com o fim de consumi-la, como demonstra o art. 28 da Lei nº 11.343/2006, que se apresenta nos seguintes termos:

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

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

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

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

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

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade 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.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado⁸¹.

Assim, conforme se verifica pelo referido tipo penal, pune-se as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo substância que seja considerada pela lei como droga com o fim de realizar o consumo pessoal da mesma substância. Nos moldes do parágrafo primeiro do artigo em análise, pune-se de igual maneira quem semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência.

Cabe indicar que o crime de porte de drogas se diferencia do crime de tráfico em razão do elemento subjetivo necessário para a configuração daquele crime, qual seja a intenção de realizar o consumo próprio da substância. Essa intenção é analisada, no caso concreto, pelo juiz, considerando as circunstâncias em que o fato ocorre, não havendo um critério objetivo de distinção entre os referidos tipos penais.

Para essa distinção, a quantidade de droga é um dos critérios utilizados, devendo, contudo, ser considerada juntamente com as demais circunstâncias que envolvem o delito, como o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, bem como a conduta e os antecedentes do agente⁸².

Isso porque pequenas quantidades de drogas podem ser mantidas sob a posse de quem pretende promover a circulação dessas substâncias, sendo que algumas pessoas podem possuir grandes quantidades de drogas para seu próprio uso, de modo que se deve analisar o caso concreto a fim de identificar a real intenção do agente.

Ademais, a atual tipificação do porte de drogas destinado a consumo pessoal é realizada por meio de norma penal que não encerra todos os elementos necessários à sua aplicação, haja vista que o conceito de drogas não é apresentado pelo mesmo art. 28, sendo que a Lei nº 11.343/2006 delega a definição do que seria droga para fins de aplicação da norma penal em exame para outro ato normativo aprovado para esse específico fim.

⁸¹ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 6 fev. 2017.

⁸² FILHO, Vicente Greco; Rassi, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49-50.

Atualmente, considerando o art. 66 da Lei de Drogas, como não foi elaborado o referido ato normativo, a definição do conceito de drogas ocorre por meio de análise técnica, realizada pelo Ministério da Saúde, por meio da Agência de Vigilância Sanitária, das substâncias que podem causar dependência e são identificadas como entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial pela Portaria da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde nº 344, de 12 de maio de 1998.

Além disso, a forma de criminalização da conduta adotada pela Lei nº 11.343/2006 estabelece a tentativa de adoção de um tratamento adequado ao infrator, que geralmente é usuário de drogas, uma vez que se veda a utilização de prisão para esse crime, cominando as penas restritivas de direitos como pena principal aplicável àquele que pratica as condutas em análise.

As medidas previstas na lei são advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, sendo possível a aplicação de admoestação verbal ou multa a fim de garantir o cumprimento das medidas, bem como a internação do agente infrator considerando o caso concreto.

Trata-se, portanto, de inovação no direito brasileiro, haja vista que as normas penais, antes da promulgação da lei em questão, cominavam a aplicação de pena restritiva de liberdade como sanção principal pela prática de crimes, de modo que a pena restritiva de direitos se afigurava apenas como pena alternativa e substitutiva.

Considerando esse desprendimento dos conceitos definidos pela Lei de Introdução às Normas do Direito Penal, alguns autores afirmaram que a Lei de Drogas teria promovido a descriminalização⁸³ do porte de drogas para consumo penal, de modo que o mencionado art. 28 não teria caráter penal. Mesmo aqueles que reconhecem o caráter penal do mesmo artigo afirmam que teria ocorrido a despenalização⁸⁴ ou desprisionalização⁸⁵ do referido crime, em razão da inexistência de previsão de prisão para o mencionado tipo penal, atribuindo à norma um caráter específico.

⁸³ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 48-53.

⁸⁴ QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à lei de drogas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 17-20.

⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed, v.1. Rio de Janeiro: GEN, 2014.

Em que pesem as mudanças realizadas, há reconhecimento de intervenção penal no porte de drogas para consumo pessoal, o que inclusive fundamenta a afirmação de que há estigmatização dos usuários de drogas, os quais precisam de tratamento, mas, por vezes, acabam sendo afetados por medidas de repressão do Estado contra o crime em questão⁸⁶.

Tendo em vista que essa norma se caracteriza como norma penal incriminadora e que a Lei nº 11.343/2006 comina sanção para a conduta de portar droga para consumo pessoal, mostra-se relevante a análise dos eventuais bens jurídicos que podem ser tutelados pelo citado crime.

5. DO BEM JURÍDICO TUTELADO PELO CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL

Inicialmente, verifica-se que as substâncias que causam dependência geram danos aos indivíduos, uma vez que seus compostos provocam modificações no organismo de quem os consome, em maior medida no sistema nervoso central⁸⁷. Soma-se, a isso, a potencialidade de dependência, que agrava os efeitos químicos das substâncias, provocando, por vezes, efeitos danosos à vida e saúde dos indivíduos, a exemplo do que ocorre nos casos de overdose.

Considerando a aptidão de circulação dessas drogas, há autores que sustentam que o crime de porte de drogas para uso próprio tutelaria a saúde pública, indicando que a conduta criminalizada acaba tendo efeitos que ultrapassam a esfera do indivíduo que usa a substância⁸⁸. Um dos pressupostos dessa posição relaciona o porte de drogas para consumo pessoal com o tráfico de drogas, indicando que a livre circulação de substâncias, ainda que por um usuário, tem potencial de circular e, dessa forma, oferece riscos à sociedade.

⁸⁶ Nesse sentido, no dia 21/05/2017, o Município de São Paulo e o Estado de São Paulo interviram em área utilizada para venda de drogas, Cracolândia, porém sem adotar medidas suficientes para promover o tratamento e reinserção dos usuários de drogas, de modo que muitos deles apenas foram expulsos da área. Fonte: VERPA, Rogério Pagnan Danilo. Polícia faz megaoperação de combate ao tráfico na cracolândia. **Folha de São Paulo**. Disponível em: <<http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,policia-faz-operacao-para-prender-trafficantes-na-cracolandia,70001801582>>. Acesso em; 14/06/2017.

⁸⁷ NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do. **O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 88.

⁸⁸ Nesse sentido; MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.363, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69-70; ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 229; GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada artigo por artigo**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 152.

Nesse sentido, Greco Filho e Rassi indicam que o bem tutelado no porte de drogas para consumo pessoal seria o mesmo protegido pelo tráfico, sendo que, naquele crime, haveria uma brandura na pena, considerando que o perigo social causado é menor, e que as condutas punidas pelo tipo penal são praticadas geralmente por pessoas, que mesmo imputáveis e responsáveis, são impulsionadas ao delito em razão da dependência⁸⁹.

Nessa perspectiva, os referidos autores afirmam que “mesmo o viciado, quando traz consigo a droga, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fator decisivo na difusão dos tóxicos”⁹⁰. Igualmente, Capez indica que o crime em questão se volta a repreender a detenção ilegal das drogas considerando “a possibilidade de circulação da substância com a conseqüente disseminação, ainda que a finalidade [daquele que porta a substância] seja apenas a de consumo pessoal”⁹¹.

Além disso, Mendonça destaca relação entre a disseminação de drogas e a propagação de doenças, uma vez que os usuários de drogas estariam mais sujeitos aos riscos de transmissão e complicação de doenças, em maior medida considerando a circulação de drogas injetáveis, em que os usuários compartilham seringas⁹².

Dessarte, segundo Silva, as condutas tipificadas pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal acabam afetando o sistema público de saúde, em maior medida em caso de disseminação em larga escala, uma vez que o Estado deve prestar assistência aos usuários de drogas no tratamento da dependência e de outros problemas à saúde causados pela droga⁹³.

Desse modo, em razão da aptidão de causar dependência, haveria um perigo social consistente na disseminação dessas substâncias na sociedade, sendo que há problemas específicos causados pelo consumo em larga escala de cada substância. Para Mariano da Silva, há danos irreparáveis à saúde pública nos casos em que ocorre a reprodução de problemas de saúde específicos causados por uma mesma substância, que deveria estar submetida ao controle da vigilância sanitária⁹⁴.

⁸⁹ FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46-47.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 46-47.

⁹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 4 v. p. 670-672.

⁹² MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2012. p. 61.

⁹³ SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 25.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 25.

Demais disso, nessa linha, é recorrente a afirmação de que o porte de drogas teria efeitos sociais negativos na medida em que a disseminação de drogas seria um fator para a prática de novos delitos pelos usuários, seja para obter dinheiro para aquisição da droga, seja para compartilhar a experiência que possui com a substância⁹⁵.

Contrapondo-se a essa concepção, alguns autores indicam que, pelo crime de porte de drogas, haveria apenas a proteção da saúde individual das pessoas que usam drogas, de modo que não se poderia afirmar que a saúde pública seria um bem jurídico tutelado pelo referido crime⁹⁶.

Inicialmente, afirma-se que o mencionado tipo penal configura a proibição do uso de drogas, vez que se direciona ao usuário ao estabelecer a finalidade de consumo pessoal como elemento subjetivo do tipo, e criminaliza condutas necessárias para o uso da droga, como o porte⁹⁷. Nesse sentido, Reghelin apresenta o seguinte comentário: “Ora, evidentemente soa estranho dizer que o uso de drogas não é punido, porque todas as condutas que tornam possível essa prática são incriminadas”⁹⁸.

Além disso, Queiroz e Lopez questionam a pretensão da referida norma em proteger a saúde pública, indicando que a proibição indiscriminada acaba por inviabilizar um controle do Estado sobre a qualidade das substâncias produzidas, e afirmando que os usuários não têm, em geral, um mínimo de informação sobre os efeitos nocivos das drogas⁹⁹.

Bottini¹⁰⁰ e Queiroz e Lopez¹⁰¹ indicam também que a criminalização acaba falhando na proteção da saúde pública e contribuindo para intensificar o dano à saúde individual dos usuários, uma vez que promove uma estigmatização das referidas pessoas, que passam a ser

⁹⁵ Nesse sentido, vide: FILHO, Vicente Greco; RASSI, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 46-47; SILVA, op. cit., p.25.

⁹⁶ Nessa linha, GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Niterói, Impetus, 2014. p. 56; BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 91; CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 409.

⁹⁷ QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à lei de drogas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 22.

⁹⁸ REGHELIN, Elisangela Melo. **Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 172.

⁹⁹ QUEIROZ, op. cit., p. 15.

¹⁰⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crime de porte de drogas para uso próprio: com a palavra, o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Viva Rio, 2016. p. 29-30.

¹⁰¹ QUEIROZ, op. cit., p. 15.

tratadas como delinquentes, bem como impede o desenvolvimento de políticas públicas que permitam o acesso do usuário ao sistema de saúde.

De forma análoga, Queiroz pontua que as drogas, sejam elas lícitas ou ilícitas, não são em si mesmas prejudiciais à saúde, sendo que o dano à saúde depende da forma como cada indivíduo utiliza cada uma das substâncias, sendo possível afirmar casos de uso em que não há efetivo dano¹⁰².

Ademais, Bottini¹⁰³ também se contrapõe ao argumento de que a criminalização do consumo seria utilizada como estratégia de inibição do tráfico de drogas, uma vez que, segundo ele, não há estudos que demonstrem que a repressão do consumo é o instrumento mais eficiente para o combate ao tráfico de drogas, sendo que não se pode punir o cidadão em razão do comportamento dos traficantes.

Outrossim, Bottini¹⁰⁴ e Reghelin¹⁰⁵ acentuam que não se poderia punir o consumo de drogas, em razão da suposição de que o usuário tende a praticar outras condutas punitivas, uma vez que eventuais crimes posteriores devem ser considerados e punidos de forma autônoma e independente.

Não fosse isso, a alegação de que a criminalização se pautaria na redução dos efeitos causados pelas substâncias não seria coerente com a existência de drogas legalmente permitidas. Nessa linha, Nascimento aponta a existência de drogas sem utilidade médica, cujo uso é legalmente permitido, como o tabaco e o álcool, que têm aptidão de causar dependência e causam danos sociais¹⁰⁶ – v.g., a poluição atmosférica, os acidentes de trânsito causados por pessoas sob o efeito do álcool e a própria disseminação dessas substâncias à população.

Desse modo, afirma-se que o referido crime, em verdade, se fundamentaria na preservação da integridade física e psíquica do indivíduo e puniria a consciente autolesão¹⁰⁷,

¹⁰² QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à lei de drogas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 16.

¹⁰³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crime de porte de drogas para uso próprio: com a palavra, o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Viva Rio, 2016. p. 27-28.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 31.

¹⁰⁵ REGHELIN, Elisangela Melo. **Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 172.

¹⁰⁶ NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do. **O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 95-96.

¹⁰⁷ BOTTINI, op. cit., p. 21.

bem como não ultrapassaria a esfera individual dos usuários, que, pertencente a seu âmbito de autonomia, não constituiria bem jurídico¹⁰⁸. Considerando isso, Queiroz e Lopez afirmam que a saúde pública seria pretexto para legitimar uma política criminal fortemente paternalista, em que o Estado passa a intervir na autonomia do indivíduo contra suas próprias decisões, visando a proteger os interesses e valores do próprio indivíduo¹⁰⁹.

Em que pesem os argumentos utilizados para afirmar a inexistência de um bem jurídico tutelado pelo crime em questão, verifica-se que há efetiva proteção da saúde pública pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal, uma vez que esse tipo penal, ainda que proíba de forma indireta o uso de drogas, visa a impedir a circulação de substâncias químicas em desacordo com os procedimentos sanitários.

Inicialmente, verifica-se a possibilidade de se definir a saúde pública como um bem jurídico coletivo passível de tutela pelo direito, haja vista que os bens jurídicos podem ser transindividuais. Especificamente quanto à tutela da saúde pública, verifica-se que a Constituição Federal, em seu arts. 196 e 200, estabelece a saúde como um direito de todos e reforça o aspecto também coletivo desse direito, impondo que o Estado atue na proteção da saúde coletiva, em maior medida em relação ao saneamento básico e o controle de doenças e substâncias nocivas à população¹¹⁰.

Igualmente, Dallari indica que, em uma visão contemporânea, o Estado passa a ter que intervir na proteção da saúde de toda a população, ainda que, para tanto, tenha que restringir a liberdade dos indivíduos, no que se verifica a existência de uma perspectiva coletiva do direito à saúde¹¹¹. Segundo a autora:

A saúde não tem apenas um aspecto individual, e, portanto, não basta que sejam colocados à disposição das pessoas todos os meios para a promoção, proteção ou recuperação da saúde para que o Estado responda satisfatoriamente à obrigação de garantir a saúde do povo. Hoje os Estados são, em sua maioria, forçados por disposição constitucional a proteger a saúde contra todos os perigos. Até mesmo contra a irresponsabilidade de seus próprios cidadãos. A saúde ‘pública’ tem um caráter coletivo. O Estado

¹⁰⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crime de porte de drogas para uso próprio: com a palavra, o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Viva Rio, 2016. p. 21-23;

¹⁰⁹ QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à lei de drogas**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 17.

¹¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 maio 2017.

¹¹¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: Marcio Iorio Aranha (org.). **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Educação, 2003. p. 48-49.

contemporâneo controla o comportamento dos indivíduos no intuito de impedir-lhes qualquer ação nociva à saúde de todo o povo¹¹².

Convém, ainda, destacar que a Lei nº 11.343/2006 proíbe a livre circulação de substâncias capazes de causar dependência física ou psíquica considerando a aptidão dessas substâncias de promover dano à saúde da população em razão de sua disseminação descontrolada na sociedade.

Em consonância com o art. 66 da Lei nº 11.343/2006, a análise da aptidão de as substâncias causarem dependência, a qual é técnica e considera os efeitos químicos das substâncias no sistema nervoso humano, foi atribuída à Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Fazenda, que exerce este mister por meio da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Portanto, há presunção legal e técnica de que as substâncias definidas como drogas são capazes de causar dano às pessoas de um modo geral.

Associando-se a possibilidade de causar dependência e a facilidade de disseminação das drogas, pode-se compreender que sua livre circulação acaba gerando efetivo perigo à saúde de uma indeterminada parcela da população. Ainda que não seja possível precisar qual a extensão da população que pode ser afetada em decorrência de cada substância, nas diversas quantidades que elas podem se apresentar, é possível afirmar que após a circulação da substância há prejuízo de considerável parte da sociedade.

Portanto, mesmo sendo impossível antever, de forma concreta, a extensão dos efeitos causados pelos diversos tipos de substâncias, é possível prever a existência de um dano que se apresenta, no mínimo, na forma da dependência química ou psíquica de parte da população. Há, portanto, previsibilidade de dano à saúde, enquanto bem-estar físico e mental, de uma extensão incalculável de pessoas.

Nessa linha, verifica-se que parte dos autores que defendem a inexistência de um bem jurídico tutelado pelo crime de porte de drogas sustenta que o tráfico de drogas ofenderia a saúde pública, justamente considerando a possibilidade de a livre circulação destas substâncias causar danos de grandes proporções à saúde de expressiva parte da população¹¹³.

¹¹²DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: Marcio Iorio Aranha (org.). **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Educação, 2003. p. 48-49.

¹¹³ Nesse sentido, vide PACHELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 32.

Contudo, é possível afirmar que o crime de porte de drogas protege o mesmo bem jurídico tutelado pelo crime de tráfico de drogas, tendo em vista que o objetivo de ambos os tipos penais é evitar a livre circulação na sociedade de substâncias capazes de causar dependência.

Assim, a intenção de consumo pessoal daquele que porta a droga representa indício de que não ocorrerá a circulação da substância e, assim, apenas impõe o reconhecimento de uma menor nocividade dessa conduta em relação ao tráfico de drogas. Isso porque não há garantias de que o indivíduo que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo droga, ainda que com a finalidade de usá-la, irá consumir efetivamente a substância, impedindo sua circulação.

Nesse sentido, o crime de tráfico de drogas e o crime de porte de drogas para consumo pessoal representam crimes de perigo abstrato na medida em que existe presunção, decorrente de definição por órgão técnico, de que as substâncias definidas como drogas causam dependência, de modo que sua circulação coloca em risco a sociedade.

Portanto, afastar a existência de proteção de um bem jurídico pelo crime de porte de drogas para consumo pessoal seria afastar também a proteção de bem jurídico pelo crime de tráfico. Ocorre que isso não se mostra adequado, uma vez que a Constituição Federal, em seu arts. 5º, XLIII, e 114, §1º, II, impõe ao legislador ordinário a criminalização da circulação de entorpecentes e drogas afins¹¹⁴.

A fim de promover uma compatibilização entre os referidos mandados de criminalização que atribuem fundamento constitucional ao crime de tráfico de drogas e o princípio da lesividade, é possível afirmar a existência de um bem jurídico tutelado pelo referido crime, que pode ser estendido ao crime de porte de drogas considerando a identificação entre as condutas criminalizadas por ambas as normas.

Convém destacar que o tipo penal acaba promovendo a proibição do uso de drogas pelos indivíduos. Contudo, essa restrição à liberdade individual se justifica em razão do direito sanitário, que restringe a circulação de substâncias que tem finalidade medicinal, como a morfina, e proscreeve a circulação de substâncias que não tem finalidade medicinal, como a

¹¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 maio 2017.

maconha, considerando, em ambos os casos, que essas substâncias podem causar dependência.

Outrossim, no que tange à permissão de drogas lícitas, cabe reconhecer que elas representam perigo social. Contudo, a legalização da circulação dessas substâncias se justifica por motivos sociais, como a herança cultural e o caráter econômico da venda dessas substâncias, assim como afirma Nascimento¹¹⁵, e não descaracteriza o perigo também causado pelas substâncias sujeitas ao controle da vigilância sanitária.

Igualmente, a argumentação de que o crime em questão promove uma tutela insuficiente não afasta a pretensão da norma de proteção de um bem jurídico, sendo que nesse caso apenas seria cabível analisar se essa proteção se justifica dentro do direito penal, considerando eventuais imperativos de eficiência.

Nesse prisma, a criminalização considera o perigo causado pela circulação indevida de substâncias químicas no território nacional, de modo que criminaliza condutas que caracterizam necessário perigo à saúde de toda a sociedade, justificando-se em face do princípio da ofensividade.

Nada obstante, é possível afirmar a existência de casos específicos em que se verifique a inexistência de potencialidade lesiva da conduta criminalizada, hipóteses em que, em razão da função interpretativa do princípio lesividade, será possível afastar a aplicação do tipo penal. Nesse sentido, Thums e Pacheco, mesmo defendendo a lesividade à saúde pública do crime de porte de drogas para consumo pessoal, sustentam a atipicidade do porte pretérito ao consumo, uma vez que, nesse caso, o efetivo uso elimina a possibilidade de circulação da droga e, assim, a potencialidade lesiva da substância¹¹⁶.

¹¹⁵ NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do. **O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 95-96.

¹¹⁶ THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. pag. 54-59.

CONCLUSÃO

Com base no exposto, a proteção de bens jurídicos assume relevância no direito penal moderno, de modo que passa a ser utilizada como elemento limitador da intervenção do Estado, havendo entendimento de que o direito penal passa a se justificar apenas para a tutela de bens jurídicos relevantes.

Além disso, há debate sobre a definição de bens jurídicos, sendo que, no ordenamento jurídico brasileiro, os bens jurídicos podem ser entendidos como objetos ou valores, materiais ou imateriais, individuais ou coletivos, que são definidos pelo legislador em observância aos limites formais e materiais previstos na Constituição Federal.

Associado à compreensão do conceito e papel dos bens jurídicos no direito penal, o princípio da lesividade se apresenta como o princípio constitucional implícito que limita a criminalização apenas às condutas que configurem lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos de terceiros.

Assim, não seria possível a criminalização de condutas que se limitem à autolesão do agente, à má-gestão de bem jurídicos, bem como condutas meramente imorais, fazendo-se necessária, para a configuração do tipo penal, de uma lesão concreta ou potencial a bem jurídico de terceiro.

Em razão desses aspectos do referido princípio, atribui-se a ele a função político-criminal, por meio da qual se limita a produção legislativa em matéria penal apenas às condutas potencialmente lesivas, sendo possível utilizar o princípio como parâmetro para controle de constitucionalidade se houver a criação de tipos penais em afronta ao referido enunciado.

Reconhece-se, também, uma função interpretativa desse princípio que atribui ao juiz o dever de analisar, no caso concreto, a ofensa a bens jurídicos pela prática de condutas que se encontram penalmente tipificadas, seja para realizar a individualização da pena em razão da dimensão da lesão, seja para afastar a aplicação da pena nos casos em que se comprovar inexistência de lesão ou perigo ao bem jurídico a que a norma penal busca proteger.

Na sociedade moderna, o direito penal acaba tendo de antecipar a tutela de bens jurídicos, considerando a complexidade da sociedade e a aptidão de determinadas condutas,

de novas substâncias e tecnologias de promover impactos de larga escala, notadamente em bens de caráter difuso como o meio ambiente, ainda que não seja possível determinar a extensão do dano de forma imediata.

Nesse sentido, o direito passa a promover tutela contra perigos de lesão a bem jurídico, circunstância que se incorpora no princípio da lesividade e se manifesta por meio dos crimes de perigo, que criminalizam condutas que não manifestam dano efetivo a bem jurídico mas possuem relevante aptidão para causar dano.

No ordenamento jurídico brasileiro, a proteção de ameaças contra bens jurídicos se manifesta pelos crimes de perigo concreto e pelos crimes de perigo abstrato, sendo que nos primeiros, o tipo penal impõe, para a configuração da tipicidade, a demonstração do perigo, e nos crimes de perigo abstrato, o perigo é presumido e entendido como inerente à conduta tipificada.

No que tange ao crime de porte de drogas, especificamente, verifica-se que esse tipo penal se diferencia do crime de tráfico em razão do elemento subjetivo do tipo, caracterizado pela intenção do agente de fazer o consumo pessoal da droga, a qual é analisada pelo juiz, considerando as circunstâncias em que o crime é cometido.

Ademais, tem-se que a intervenção penal, no ordenamento jurídico brasileiro, frente ao porte de drogas se justifica na medida em que o Estado brasileiro se comprometeu internacionalmente a criminalizar essa conduta, ainda que esta seja realizada para consumo pessoal.

Convém indicar, contudo, que o tipo penal tenta promover um tratamento diferenciado àquele que pratica esse crime, adotando sanções menos rigorosas que as estabelecidas para o tráfico de drogas, vedando a imposição de medida privativa de liberdade e estabelecendo penas restritivas de direito como sanção principal.

No direito moderno, considerando os postulados garantistas da Constituição Federal e o princípio da lesividade, há debate acerca da existência de um bem jurídico protegido pelo referido tipo penal. Por um lado, há aqueles que defendem que o crime de drogas protege a saúde pública e, por outro, há aqueles que entendem que o tipo penal acaba penalizando o uso e, assim, tutela, na prática, a autolesão.

Em defesa dos argumentos usados para afirmar a existência de um bem jurídico tutelado pelo crime de drogas para consumo pessoal, é possível afirmar que o mencionado crime pune a circulação de substâncias que causam dependência, ainda quando em posse de quem pretende utilizá-las, o que acaba, de forma indireta, gerando a proibição de uso das referidas substâncias.

Dessarte, mostra-se adequado o entendimento de que o crime de drogas protege a saúde pública, considerando que esse crime tutela o mesmo bem jurídico protegido pelo crime de tráfico de drogas, uma vez que em ambos os casos há a criminalização da circulação da substância, ainda que, no caso do crime de porte de drogas para o consumo pessoal, a conduta possua uma menor potencialidade lesiva.

Assim, também se mostra correto afirmar que o porte de drogas não caracteriza lesão a bem jurídico de terceiro, mas apresenta perigo efetivo de dano a saúde pública, considerando a capacidade das drogas de causar dependência e a possibilidade de sua circulação em larga escala na sociedade, sendo meio recorrente de difusão de doenças.

Além disso, considerando que a aptidão de causar dependência é analisada por meio de procedimento técnico realizado pela Agência de Vigilância Sanitária e indicada por meio de portaria específica, há a presunção de que as substâncias definidas como drogas são capazes de causar dependência e, portanto, causar dano a toda a sociedade.

Nada obstante, considerando a função interpretativa do referido princípio, o juiz, na análise do caso concreto, deverá afastar a aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 quando verificar, com base no conjunto probatório, que a substância portada não possui aptidão de causar dependência e, assim, perigo à sociedade.

Em face disso, tem-se que o referido crime se configura como crime de perigo abstrato que pune condutas que, em si, refletem perigos a saúde pública e, portanto, é, em abstrato, compatível com o princípio da lesividade, razão pela qual a hipótese inicialmente levantada quanto à compatibilidade entre os referidos crime e princípio não teve resultado positivo.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008.

- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1v.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e o princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **Crime de porte de drogas para uso próprio: com a palavra, o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Viva Rio, 2016.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 maio 2017.
- _____. **Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991**. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 18 maio 2017.
- _____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad. Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 6 fev. 2017.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 4 v.
- CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Vicente Greco; Rassi, João Daniel. **Lei de drogas anotada**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1v.

GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de drogas comentada artigo por artigo**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Niterói, Impetus, 2014.

ISHIDA, Válter Kenji. **Bem jurídico penal moderno**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

JAKOBS, Günther. **Tratado de Direito Penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes; Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2008.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte geral**. 35 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1 v.

LINS, Emmanuela Vilar. A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. In: NERY FILHO, Antônio, et al. (orgs.). **Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas**. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009.

LISZT, Fraz Von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, 2006. 1v.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos: Lei n. 11.363, de 23 de agosto de 2006: nova lei de drogas**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de; CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. **Lei de Drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006 – Comentada artigo por artigo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2012.

NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do. **O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: GEN, 2014. 1 v.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis et al. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo; LOPES, Marcus Mota Moreira. **Comentários à lei de drogas**. Salvador: JusPodivm, 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal: parte geral**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REGHELIN, Elisangela Melo. **Redução de danos: prevenção ou estímulo ao uso indevido de drogas injetáveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Glacomori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luis. **O bem jurídico como limitação ao poder de incriminar?**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SANTIAGO, Mir Puig. **Direito penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução por Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Cesar Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Bem jurídico-penal: leituras conflituosas. In: SAADDINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). **Teoria da pena, bem jurídico e imputação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

THUMS, Gilberto; PACHECO, Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. pag. 48-53.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 1994.

ZAFFARONI Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 1 v.