



**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ**  
**CURSO DE DIREITO**

**HELIANA XAVIER TAVARES DE MELO**

**O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA  
LESIVIDADE**

**Recife**

**2022**

HELIANA XAVIER TAVARES DE MELO

**O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA  
LESIVIDADE**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientadora:** Simone de Sá

**Recife  
2022**

Catálogo na fonte  
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Melo, Heliana Xavier Tavares de.  
M258p O porte de drogas para consumo pessoal e o princípio da lesividade /  
Heliana Xavier Tavares de Melo. - Recife, 2022.  
46 f.

Orientador: Profa. Dra. Simone de Sá.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade  
Damas da Instrução Cristã, 2022.  
Inclui bibliografia.

1. Direito penal. 2. Bem jurídico. 3. Princípio da lesividade. 4. Porte  
de drogas para consumo pessoal. I. Sá, Simone. II. Faculdade Damas da  
Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.)

FADIC (2022.2-033)

Heliana Xavier Tavares de Melo

**O PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E O PRINCÍPIO DA  
LESIVIDADE**

Monografia apresentada à Faculdade  
Damas da Instrução Cristã como requisito  
parcial para obtenção do título de Bacharel  
em Direito.

Aprovado em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ 2022

---

Profa. Dra. Simone de Sá Rosa Figueiredo – FADIC **(Orientadora)**

---

Profa. Dra. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX – (Membro)

---

Prof. Dr. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX – (Membro)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, à Rosana, minha mãe, por me proporcionar financeiramente o acesso a mais uma graduação em instituição particular de alta qualidade e renome.

Ao meu pai, Hélio, e ao meu irmão, Helinho, por todo apoio e força para não desistir de meu objetivo, mesmo em momentos difíceis.

Agradeço também à minha querida prima Jhosy Ramos, funcionária desta faculdade, que tanto me ajudou em questões procedimentais e burocráticas durante todo o período do curso.

Agradeço ao meu primo, chefe e grande advogado, Roberto Xavier e à sua esposa e Sócia Larissa Lins, por toda compreensão e flexibilidade para conciliar o trabalho com os estudos e também por me transmitirem boa parte do meu atual conhecimento na área jurídica.

Retribuo de igual modo o meu grande amigo e também chefe Victor Gomes Sampaio, pelos conhecimentos transmitidos e por toda paciência, flexibilidade e orientações inesquecíveis.

Satisfaço da mesma maneira minha madrinha Rosângela e meu primo Bruno Abreu, que sempre reconheceu e elogiou meus esforços e meus conhecimentos, assim como toda minha família; primos, cunhada, padrinho e agregados.

Conjuntamente, meus francos agradecimentos a minha orientadora e professora Simone de Sá, por toda disponibilidade, orientação e também palavras de incentivo, sem as quais eu jamais conseguiria chegar ao momento final de apresentação e depósito do presente trabalho.

Por fim, agradeço e dedico este feito à minha amada avó, Iolanda, que veio a falecer no curso do presente semestre e que, mesmo não mais presente fisicamente, meu deu, por intermédio do divino, forças para não desistir mesmo diante da dor de sua perda, mantendo-me em orações sempre conectada com meu propósito e com a realização do sonho de me tornar advogada. Sonho que é tão meu quanto dela, sonho que sonhamos juntas e que agora se concretiza.

Vó, eu te amo e te amarei para sempre.

*Não me deixe reza por proteção contra perigos, mas pelo destemor em enfrentá-los.*  
*Não me deixe implorar pelo alívio da dor, mas pela coragem de vencê-la.*  
*Não me deixe procurar aliados na batalha da vida, mas a minha própria força.*  
*Não me deixe suplicar com temor aflito para ser salvo, mas esperar paciência para merecer a  
liberdade.*  
*Não me permita ser covarde, sentindo sua clemência apenas no meu êxito, mas me deixe  
sentir a força da sua mão quando eu cair.*

*Rabindranath Tagore*

## RESUMO

O presente trabalho possui como objeto o porte de drogas para consumo pessoal, conduta tipificada no artigo 28 da Lei. 11.243/06, e sua adequação ao que é preconizado por um dos princípios mais quantiosos e avultados do Direito Penal: o princípio da lesividade. Utiliza-se da análise a respeito de qual bem jurídico a conduta do porte de drogas para consumo pessoal vem a ameaçar, assim como da existência de real e concreto perigo de lesão, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio não costuma criminalizar condutas cuja lesão orbite apenas o âmbito pessoal do agente, ou seja, não confere punição às condutas autolesivas. Para alcançar o tema pretendido, comenta-se primeiramente a respeito da evolução histórica do conceito de bem jurídico e também do princípio da lesividade. Em seguida, discorre-se sobre os interesses essenciais ao indivíduo e à sociedade que fazem por merecer a tutela penal. Ademais, há explanação no que concerne às inúmeras diretrizes desempenhadas pela exigência da lesividade, assim como a consequência da ausência de violação ao bem jurídico e o teor de complexidade e forte impacto social que circundam a conduta de porte de drogas para consumo pessoal, chegando, por derradeiro, ao entendimento não de sua inconstitucionalidade ou atipicidade, tampouco que seja ela qualificada como contravenção penal; o que se defende é a categorização da conduta em epígrafe como infração penal de caráter *sui generis*, por força de seus evidentes atributos, facetas e idiosincrasias. Por meio dos métodos indutivo, observacional e histórico, assim como a pesquisa bibliográfica, as presentes laudas almejam expor a importância da lesividade do bem jurídico como premissa indeclinável para justificar a incidência do *jus puniendi* em um Estado Democrático de Direito, sem deixar, contudo, de conferir a conduta do porte de drogas para consumo pessoal um devido lugar dentro do Direito Penal.

**Palavras-chave:** direito penal; bem jurídico; princípio da lesividade; porte de drogas para consumo pessoal.

## ABSTRACT

This following article carries as its main goal, the analysis of drug possession for personal using, which is sanctioned under the law, on the act. 28 11.243/06, and its compatibility also advocated in one of the most large and valuable views over criminal law: The principle of harmfulness. It works about on questioning of which rights personal using tries to frighten and to bring out the existence of real and concrete danger of breaking the law, since the country's legal system does not usually criminalize conduct whose injury orbits only the personal scope of the agent, that is, it does not punish self-injurious conduct. In order to reach our goal, it is first commented on the historical evolution of the concept of legal interest and also on the principle of harmfulness. Then, it discusses the essential interests of the individual and society that deserve criminal protection. To reach the intended theme, it is first commented on the historical evolution of the concept of legal interest and also on the principle of harmfulness. Then, it discusses the essential interests of the individual and society that deserve criminal protection. Therefore, there is an explanation regarding the numerous guidelines carried out by the requirement of harmfulness, as well as the consequence of the absence of violation of the legal interest and the level of complexity and strong social impact that goes around the conduct of possession of drugs for personal consumption, reaching, finally, the understanding not of its unconstitutionality or atypicality, nor that it is qualified as a criminal misdemeanor. What it's been defended here is the categorization of the aforementioned conduct as a criminal offense of a sui generis nature, by virtue of its evident attributes, facets and idiosyncrasies. Through inductive, observational and historical methods, as well as bibliographical research, these pages aim to expose the importance of the harmfulness of the legal interest as an indeclinable premise to justify the incidence of *jus puniendi* in a Democratic State of Law, without leaving, to give the conduct of possession of drugs for personal using a due spot within Criminal Law.

**Keywords:** Criminal Law; Legally protected interest; Principle of the Injuryness; Drug possession for personal using.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>DO BEM JURÍDICO PENAL .....</b>	<b>10</b>
2.1	Aspectos Históricos do Bem Jurídico .....	10
2.2	O Bem Jurídico e o Estado Democrático de Direito .....	14
2.3	Delimitações a respeito do Bem Jurídico Penal .....	16
2.4	Teorias do Bem Jurídico-Penal .....	19
2.5	Funções do Bem Jurídico .....	23
<b>3</b>	<b>PRINCÍPIO DA LESIVIDADE .....</b>	<b>25</b>
3.1	Nullum Crimen Sine Injuria .....	25
3.2	Nomenclatura .....	26
3.3	Corolário da subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal.....	27
3.4	O princípio da lesividade e o ordenamento jurídico brasileiro .....	28
3.5	Diretivas do Princípio da Lesividade.....	30
3.6	Os delitos de perigo abstrato e o princípio da lesividade.....	33
<b>4</b>	<b>ASPECTOS SOBRE O ARTIGO 28 DA LEI 11.243/06 .....</b>	<b>37</b>
4.1	O bem jurídico tutelado pelo art.28 da Lei nº11.343/2006 .....	37
4.2	Paralelo entre o artigo 28 e o princípio da lesividade.....	39
4.3	Nem crime, nem contravenção: infração penal sui generis.....	42
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>44</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>45</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa conjecturar a respeito do porte de drogas para consumo pessoal, positivado no art. 28 da Lei 11.343/06 (Lei de Drogas) e sua adequação ao direito penal pátrio, sobretudo com o princípio da lesividade, o qual funciona como um dos pilares dentro do Estado Democrático de Direito.

A referida temática merece destaque pois vultoso é o debate a seu respeito, tanto no âmbito doutrinário quanto na esfera dos tribunais. Destarte, as presentes laudas ambicionam discorrer, primeiramente, acerca do conceito de bem jurídico e sua evolução histórica, assim como sua importância e funções dentro do âmbito do direito penal e da teoria do crime.

No segundo capítulo, a proposta é explanar sobre o princípio da lesividade, cuja essência goza de profunda conexão com o conceito delineado no capítulo vestibular. Ademais, discorre-se de igual modo sobre os aspectos históricos do princípio em liça, assim como suas bases preceituais e diretrizes normativas.

Por fim, no último capítulo deste feito, destaca-se a simetria entre o entendimento a respeito do bem jurídico e a incidência do princípio da lesividade por ocasião da análise da conduta do porte de drogas para consumo pessoal. Não obstante a profunda relevância e o inquestionável impacto social que circunda a questão, propõe-se que a conduta tipificada no art. 28 da Lei de Drogas deve, a bem da verdade e em razão das suas peculiaridades, ser elencada não como crime, nem como contravenção penal, ou conduta atípica, e sim como infração penal de caráter *sui generis*.

## 2 DO BEM JURÍDICO PENAL

### 2.1 Aspectos Históricos do Bem Jurídico

No império Romano, os delitos de natureza pública eram encarados como infrações atentatórias à coletividade, cuja persecução se dava através da *provocatio ad populum*, com execução pública da sanção cabível. As infrações de ordem privada, por outro lado, eram categorizadas como de cunho mais brando, onde a pena ficava a cargo do particular.

Adiante, no período conhecido como alta idade média, nasceram as chamadas escolas dos glosadores e, contemporaneamente, as primeiras obras sobre o ramo do direito penal de que se tem conhecimento. Esse momento histórico é fortemente marcado pela inquisição católica e pela fusão entre crime e pecado, com sanções manifestamente desproporcionais, onde o Direito Penal funcionava como ferramenta de controle religioso.

Em 1779, a partir da derrocada do absolutismo francês, iniciou-se uma notável fase de transformação histórica e científica, por meio da disseminação dos ideais revolucionários de Liberdade, Fraternidade e Solidariedade, influenciando as obras de diversos pensadores da época, dentre eles, Montesquieu e Rousseau, solenes referências do Iluminismo.

Acorde aduz Yuri Coelho (2003, p. 34):

Encontra-se clara, conseqüentemente, que a base do conceito de crime no período iluminista funda-se na lesão de direitos subjetivos, direitos estes inatos ao indivíduo ou à comunidade, de natureza pré-jurídica, em que a sua violação representaria a violação ao contrato social, elemento necessário à proteção das liberdades individuais em um período de posições filosóficas marcadamente individualistas.

Notório, portanto, que a Revolução Francesa e o pensamento Iluminista separaram o crime da religiosidade, como sabiamente assevera Luiz Regis Prado (1997, p. 27). “Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de

ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva.”

O conceito de Feuerbach, por sua vez, não se distancia muito da óptica iluminista. Não obstante tenha ele tentado se aprofundar um pouco mais na temática do bem tutelado pela norma penal. Para o filósofo alemão, o crime também representa atentado a um direito de cunho essencialmente subjetivo.

O parecer crítico a Feuerbach é coerentemente avultado por Yuri Coelho (2003, p.38):

No entanto, em que pese a forte contribuição de Feuerbach, com a sua teoria da lesão de direitos subjetivos, e com a qual se iniciou a procura de um substrato material para o conceito de delito, não se pode encerrar, no conceito de direito subjetivo, toda a noção de bem jurídico. Ademais, não contemplou Feuerbach na sua construção teórica a existência de bens jurídicos coletivos ou supra-individuais, o que é natural, em face das condições socioculturais da época e da influência privatística- que determinava fosse o indivíduo o único objeto de proteção e preocupação do Estado – sobre a teoria do crime.

Assim sendo, seria inviável, por força da latente influência do individualismo e do Direito Privado à época, entrever bens de ordem coletiva dignos do amparo penal. E é justamente nesse ponto que reside a crítica doutrinária no que tange à visão do delito como indocilidade ao direito subjetivo.

Por consequência, é possível inferir que existem, sim, crimes em que não se vislumbra ferimento a um direito subjetivo, mas que também não deixam de lesionar ou ao menos colocar em risco de lesão outros bens jurídicos, alheios ao terreno privatístico.

Em sequência, chega-se ao universo de Birnbaum, filósofo responsável pela real concepção da expressão “bem jurídico”.

Para Birnbaum, os bens jurídicos antecedem à norma, incumbindo à figura do legislador apenas o seu reconhecimento. Em nítido quebranto à visão de Feuerbach, ele afirma ser o delito conduta capaz de ferir interesses de ordem holística, deixando

para trás, destarte, o pensamento iluminista, segundo o qual e conforme alhures citado, a prática delitiva representa ofensa a direito fundamental e essencialmente individual e egocêntrico.

O maior questionamento à lição do teórico em baila reside, entretanto, na noção do delito não apenas como lesão a um direito subjetivo. Segundo ele, há que se falar em uma concepção mais generalista, sendo o crime, desta feita, atentado a um bem mais superabundante e difuso.

Birnbaum não mencionou de forma direta a expressão “bem jurídico”, muito embora seja indiscutível o fato de ter sido ele o primeiro autor a introduzir no Direito Penal a noção de “bem”. Um bem de teor material, em total contraposição à doutrina iluminista, segundo a qual os fundamentos da punição estatal repousavam tranquilamente na danosidade social e na violação de direitos. (Luiz Flávio Gomes, 2002).

Para Birnbaum, os bens jurídicos antecedem à norma, incumbindo à figura do legislador apenas o seu reconhecimento. Em nítido quebranto à visão de Feuerbach, ele afirma ser o delito conduta capaz de ferir interesses de ordem holística, deixando para trás, desta forma, o pensamento iluminista, segundo o qual e conforme alhures citado, a prática delitiva representa ofensa a direito fundamental e essencialmente individual e egocêntrico.

Com o advento do Positivismo, o bem jurídico passa a ser visto como fonte intrínseca da lei. Em outros termos, à luz da óptica positivista, uma conduta delituosa só existe, e é categorizada como tal, não em caso de ofensa a esta ou àquela modalidade de bem jurídico, mas pelo simples fato de assim estar normativamente apontado, previsto, positivado.

Aqui, surge o nome de Binding, que teoriza possuir a figura do legislador “carta branca” para elencar qualquer bem que entenda como relevante para a tutela penal.

À este respeito, Yuri Coelho (2003, p. 44) sustenta que:

Para Binding a fonte de legitimação do direito penal encontra-se em seu próprio seio, no âmbito puramente normativo, que poderia ser tomado pelo Estado, já se vê, para legitimar a si próprio e a toda sua

produção legislativa. Buscar-se a legitimação do direito penal fora do direito positivo seria regredir (...). Por consequência, o bem jurídico será conhecido a partir da norma, e com ela manterá uma relação de dependência; tudo dentro de seu pensamento positivista, que, de certa forma, não impunha limites ao legislador na sua tarefa de criminalização de condutas.

É inteligível, por conseguinte, que o teórico Binding confere ao delito uma visão visceralmente normativista.

Franz Von Liszt, por sua vez, em que pese concepção do bem jurídico também à luz da óptica positivista, reconhece a existência de um interesse a ser protegido, interesse este que, segundo ele, precede à norma.

Relativamente, aduz Luiz Régis Prado (1997, p.32):

(...) Como reação contrária ao tratamento científico formal da norma, origina-se a dimensão material do conceito de injusto penal e o bem jurídico desenvolve toda sua capacidade de limite à ação legiferante, com os estudos de Franz Von Liszt. O bem jurídico – ponto central da estrutura do delito- constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente). Contrariamente ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra.

É possível notar na concepção de Liszt certo teor sociológico, tendo em vista que, ao falar sobre interesses preexistentes, os bens jurídicos são por ele observados doravante acontecimentos sociais.

A partir do início do séc. XX surge o Neokantismo, fortemente ligado à chamada Escola de Mamburgo e Escola de Baden. Prontamente, de acordo com a análise de Yuri Coelho (2003, p.56) o bem jurídico é entendido como um valor abstrato, com a finalidade de verificar a *ratio essendi* do tipo penal.

Reflete Luiz Regis Prado (1997, p. 34) que: “[...] conforme a diretriz do neokantismo, é o bem jurídico entendido como valor cultural, sendo que sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo “valorativo” (...).”

Ponderando a respeito da visão neokantiana, Juarez Tavares (2003, p.189) explica que:

Com o neokantismo se inaugura, porém, outra fase de evolução política, em que a medida individual cede lugar as posições ou situação preferenciais. Elimina-se definitivamente o sujeito e se trabalha com a noção de totalidade, decorrente de um puro juízo normativo, aparentemente neutro, mas em geral de perfil autoritário, que obtém seu coroamento com a definitiva substituição da noção material do bem pela noção do valor, não de um valor individual, mas de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma.

O aludido autor também manifesta que as normas de cultura apadrinham um valor específico e, posteriormente, tal valor passa a receber o amparo da norma jurídica. Emerge, aqui, a visão ontológica de Hans Welzel, considerada um braço da visão neokantiana.

Ainda acorde Juarez Tavares (2003, p.191) “[...] o bem jurídico conserva seu sentido de objeto de proteção da norma, tal como no neokantismo, mas se vê substituído, em grau de preferência, pelos chamados valores “éticos-sociais”

Considerando que, para Kant, a persecução da *ratio essendi* normativa acarreta a concordância com a atuação do legislador, uma crítica plausível a seu pensamento encontra-se, por conseguinte, no não refreio ao *jus puniendi* estatal.

## **2.2 O Bem Jurídico e o Estado Democrático de Direito**

A República Federativa do Brasil consubstanciou-se normativamente em Estado Democrático de Direito a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Já no preâmbulo, a Carta Magna delimita seus principais pilares, asseverando que o país se compromete categórica e taxativamente com a preservação dos direitos sociais e individuais, com a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Todos como valores primordiais e superlativos, inerentes, portanto, a qualquer sociedade que se proponha a disseminar o pluralismo político e a fraternidade, sem preconceitos.

A noção de Estado Democrático de Direito se faz viva a partir do momento em que o ordenamento jurídico pátrio assim o estabelece, positivado. Trata-se de um sistema organizado em prol de toda uma coletividade, almejando resguardar e garantir direitos de natureza individual e coletiva.

Lado outro, o Estado Democrático de Direito pode ser entendido como uma organização fruto do coletivo, cujos representantes da sociedade, devidamente legitimados mediante sufrágio universal, formam uma unidade composta por diversas ideologias e pensamentos. Tendo em vista ser o cidadão o centro do panorama jurídico, depreende-se, assim, que o Estado deve existir em prol do homem, e não o contrário.

Outro ponto importante reside no fato de o princípio da dignidade da pessoa humana figurar como um dos fundamentos abarcados pela Carta Maior, ao qual cabe moldar e guiar todo o ordenamento jurídico, bem como todas as decisões proferidas pelo ente estatal, norteando, assim, o desempenho dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Neste viés, cumpre destacar também que, no aludido modelo de estado, o Direito Penal se mostra fragmentário e garantista, funcionando como *ultima ratio*. Isto quer dizer que o Direito Penal deve ser usado para fim específico e exclusivo, tão-somente para a proteção de bens jurídicos, jamais como forma de controle da liberdade pessoal dos cidadãos por parte do Estado.

Luiz Regis Prado (1997, p. 59-60), a este respeito, afirma de maneira bastante lúcida e coerente:

Em um Estado de Direito democrático e social, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária. Isto vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade.

Por conta de tal percepção, os doutrinadores apontam a proteção dos bens jurídicos como incumbência essencial do Direito Penal. Insta salientar, entretanto, que não se trata de abolicionismo penal, mas da defesa de um Direito Penal mínimo, cuja

atuação limita-se ao âmbito do estritamente necessário, posto que tal atuação, por si só, costuma cercear direitos de máxima importância, tais como liberdade e patrimônio.

Nessa perspectiva, convém atentar para o ensinamento de Luiz Flávio Gomes (2002, p. 98):

Considerando o elevadíssimo valor da liberdade individual, assim como suas gravíssimas consequências para o “ser”, não tanto (ou não necessariamente) para o “ter” da pessoa, por razões de proporcionalidade, razoabilidade e equilíbrio só resulta legitimada a privação da liberdade quando estão em jogo ofensas concretas para outros bens de igual ou equivalente valor (e, mesmo assim, de outras pessoas; nunca a proteção dos próprios bens jurídicos pode fundamentar a intervenção penal)

Desemboca-se, por fim, na correlação entre bem jurídico e Estado Democrático de Direito, que se entrevê da seguinte forma: esse Estado garantista de direitos individuais e coletivos, que preza fortemente pela proteção à dignidade humana e à liberdade do seu cidadão, só deve fazer uso de sua mão punitiva caso seja esta a última possibilidade.

Nada obstante é preciso atentar para o fato de que o Direito Penal não figura simplesmente como instrumento de proteção de bens juridicamente tutelados, mas também como um mecanismo de motivação do comportamento humano na sociedade, posto que a sanção serve para motivar (ou repelir) o comportamento dos indivíduos. (MUNHOZ CONDE, 2004, p. 61).

Diante do exposto, é natural que surja a indagação a respeito daquilo que, de fato, funciona como aspecto constitutivo do bem jurídico, sobretudo o bem jurídico penal. É justamente o que será delineado e melhor explorado nos tópicos a seguir.

### **2.3 Delimitações a respeito do Bem Jurídico Penal**

A doutrina brasileira costuma sempre circundar o estudo da chamada Parte Especial do Código Penal pátrio destrinchando os crimes nela previstos e explanado

qual valor juridicamente relevante encontra-se ali tutelado. A partir daí, pode-se aferir que o bem jurídico funciona como ponto central e indelével de todos os tipos penais.

Lado outro, tendo em vista a já mencionada característica de *ultima ratio* é importante atentar para o fato de que nem todo bem jurídico clama pela tutela penal. Vide lúcida lição de Santiago Mir Puig (2006, p. 88): para que um bem jurídico possa ser considerado como bem jurídico-penal duas condicionantes se fazem necessárias: importância social e necessidade de proteção pelo Direito Penal.

Ainda de acordo com a sábia visão do supra citado doutrinador espanhol, apenas aquelas proibições e mandamentos essenciais à vida social merecem bravatear o teor de norma penal. Destarte, somente as condutas manifestamente atentatórias à tais normas merecem ostentar o status de *crime*.

Por dedução, é mais que notória a dificuldade da doutrina em concatenar uma definição para o bem jurídico-penal.

Vale observar aqui a posição de Juarez Tavares (2003, p.181):

Embora no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.

É possível notar que a noção a respeito do bem jurídico progrediu ao longo dos anos, desde os primórdios, quando o delito era considerado uma afronta ao divino, até a conjuntura do estado dogmático atual.

A doutrina contemporânea, todavia, afirma que o intérprete deve extrair o conceito de bem jurídico engendrado na própria Constituição, ao passo que o legislador infraconstitucional deve considerar os mandamentos e as diretrizes preconizadas na Carta Maior para chegar à noção de bem jurídico. Trata-se das teorias constitucionais, as quais, sem grandes pormenores, firmam o entendimento

de que o conteúdo do bem jurídico penal deve ser extraído da Magna- Carta de seu Estado.

É evidente também que o alcance de uma exata concepção do que seja o bem jurídico penal representa algo bastante complexo, uma vez que são inúmeros os fatores que exercem influência nessa delimitação, como o posicionamento dos indivíduos que integram o estado, a evolução histórica e também o desenvolvimento social, tecnológico e científico.

Alice Bianchini (2002, p. 49) ensina que: “[...] um Estado do tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. A dificuldade encontra-se, exatamente, na identificação dessa classe de bens.”

Outro ponto importante apontado pela doutrina atual é que a tutela penal nunca pode ter por objeto a moral, a ética, a religião e a ideologia, em virtude desses valores não serem encarados como indispensáveis ao desenvolvimento humano e, sobretudo, social e coletivo.

No que concerne essencialmente à dogmática penal, a doutrina brasileira é harmoniosa ao apontar que o bem jurídico penal não se confunde com o objeto material dos tipos penais. O objeto material é a coisa ou pessoa sobre a qual pesa a conduta delituosa, podendo ser facilmente confundido com o sujeito passivo da ação ou omissão punível.

Neste viés, é acertado afirmar que o objeto material é a coisa ou pessoa sobre a qual recai a conduta criminosa, podendo ser confundido com o sujeito passivo da ação ou omissão punível.

Neste viés, Magalhães Noronha (1998, p.115): “São aqueles que suportam a ação do delinquente. Objeto material do delito é, pois, o homem ou coisa sobre que incide a conduta do sujeito ativo. Mais adequado seria, talvez, chamá-lo *objeto da ação*.”

Para o professor Enrico Ferri (1996, p. 382): “O direito subjetivo ou bem jurídico, que é violado pelo crime, concretiza-se sempre num objeto material (pessoa viva ou morta, animal, coisa móvel ou imóvel, coisa não tangível).”

Desta feita, ao falar de bem jurídico, fala-se de algo que ultrapassa a esfera do indivíduo e o campo pessoal. Algo cuja violação até possa restar concretizada por meio de algo material, mas que o transcende.

Não obstante as inúmeras controvérsias, há também quem advogue pela possibilidade de existência de crime sem objeto material, tendo como justificativa os crimes de mera atividade ou mera conduta. Contudo, uma coisa é certa: não há que se falar em crime sem objeto jurídico, posto que este, sim, é o próprio bem jurídico tutelado, sem o qual o Direito Penal perderia sua própria essência.

## **2.4 Teorias do Bem Jurídico-Penal**

Atualmente, duas importantes correntes visam conceituar o bem jurídico penal, a teoria constitucional e a teoria sociológica. A primeira, pode ser subdividida em seu aspecto amplo e restrito, ao passo que a segunda se desdobra na teoria funcionalista-sistêmica e na teoria do conflito, conforme será exposto a seguir.

As teorias sociológicas sustentam que o crime representa uma espécie de dano à coletividade. Isto significa dizer que defendem o conceito de delito como uma conduta socialmente reprovável e prejudicial. As citadas teorias também advogam que cabe ao Direito Penal amparar e proteger os sistemas sociais.

Luz Regis Prado (1997, p. 39) afirma que, para as teorias sociológicas, “[...] o Direito é tido como um subsistema do sistema social geral”. E o delito vem a ser um comportamento disfuncional, ou seja, um obstáculo ao funcionamento do sistema social”

Nesta esteira, cumpre citar a chamada teoria “funcionalista-sistêmica”, segunda qual o delito é encarado como uma disfuncionalidade, também acorde lição de Luiz Regis Prado (1997, p. 39):

A doutrina sociológica funcionalista, originada com a obra de Durkheim, desenvolveu-se, especialmente, com Parson, Merton e Luhmann. A sociedade é compreendida como um sistema global ou de interação – formado sobretudo por normas de organização – ao qual se vinculam todos os fatores sociais (sociedade/indivíduo), sendo a funcionalidade o critério principal de exame de qualquer conduta.

Na visão de Yuri Coelho (2003, p. 65):

As teorias do funcionalismo sistêmico partem, unanimemente, das formulações teóricas de Parsons e Luhmann, que descrevem o sistema social enquanto um sistema que agrega funções para sua auto-sobrevivência, funções estas que devem ser realizadas de forma adequada. Ocorrendo o fenômeno da disfuncionalidade, surge a necessidade de se corrigir a conduta disfuncional e reorientá-la para uma condição de funcionalidade sistêmica. A forma mais grave de disfuncionalidade é aquela que implica na prática de uma conduta típica para o direito penal.

Isto posto, é coerente conceber o sistema social como um plexo de funções, onde o crime nada mais seria do que uma anomalia. Também de acordo com o entender de Yuri Coelho (2003, p. 70), a análise crítica a teoria em baila reside na evidente confusão entre “a realidade fática e a realidade normativa (...) em nenhum momento é tratado como elemento de limitação do poder de punir do Estado e verdadeiro alicerce do sistema penal dentro de um Estado Democrático de Direito”

Cumprir atender que, sinceramente, nenhuma teoria sociológica é suficientemente clara em afirmar qual o bem jurídico tutelado e porque ele assim foi escolhido pela figura do legislador.

Inobstante, nasceu ainda a teoria do conflito, também de cunho sociológico, onde o foco era compreender os conflitos sociais, sendo o Direito Penal um mecanismo de controle. Yuri Coelho (2003, p. 71) abrevia que tal teoria “[...] vislumbrava que o direito penal era um subsistema fundamental para o controle social e manutenção das estruturas socioeconômicas de uma dada sociedade, estruturada sob os pilares da divisão econômica e política, com a coexistência de castas sociais”

Na lição de Luiz Regis Prado, as teorias sociológicas sofrem críticas por não delimitar um conceito de bem jurídico e não explica o porquê da eleição deste ou daquele bem. Desta forma, o referido autor (1997, p. 40-41) explana que:

Nenhuma teoria sociológica conseguiu formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar não só o que lesiona uma conduta delitativa, como também responder, de modo convincente, porque que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros.

É consabido, no entanto, que as teorias que vêm ganhando maior número de adeptos são as de teor constitucional, tendo em vista a harmonia com a Lei Maior, assim como o caráter de alicerce a ela conferido.

Concebidas na doutrina italiana, as chamadas teorias constitucionais possuem como marco indelével para análise do bem jurídico a Lei Maior. Trata-se de um viés de pensamento que sustenta a noção de que a figura do legislador deve ter sempre como norte os valores afamados pela constituição funcionarão como parâmetro e referência.

É de óbvia inferência, portanto, que se o maior referencial de um estado democrático de direito é a sua Carta Magna, lá estarão os valores essenciais a serem preservados e tutelados em prol da paz e do bem estar coletivo e social. Nem todos os valores, seguramente, são dignos de ostentar a proteção penal, tendo sempre em mente os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade que traspassam o Direito Penal.

Ao discorrer a respeito das teorias constitucionais, Prado (1997, p. 51) assevera que, nessa seara, “[...] o conceito jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas político-criminais.”

Em síntese, as teorias constitucionais defendem que os bens jurídicos dignos da tutela penal são aqueles elencados na sistemática do texto constitucional, existindo duas correntes de pensamento: a corrente constitucional ampla e a restrita.

De acordo com a corrente ampla, o legislador possui maior liberdade no engendramento dos tipos penais, posto que, para a criminalização, não é necessário

que os valores protegidos pelo Direito Penal estejam previstos de maneira expressa no texto constitucional, sendo possível a tutela, também, daqueles bens cuja previsão se dá de maneira implícita.

Nesta toada, Alice Bianchini (2002, p. 44), ensina que: “[...]nesta perspectiva, outros, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser criminalizados. Para tanto, exige-se, como condição, a inexistência de antagonismo entre o bem protegido e a ordem constitucional.”

Lado outro, a corrente constitucionalista restrita advoga que o legislador infraconstitucional só pode tutelar os bens que estejam agasalhados no texto da Carta Magna. “Assim, apenas na Constituição poderiam ser buscados os bens jurídico-penais, os quais, por conseguinte, haveriam de representar os bens relevantes socialmente, já que contidos na Carta Maior”, consoante lição de Bianchini (2002, p. 48).

Nota-se, por conseguinte, uma margem mais estreita no que tange à atuação do legislador criminal. Na lição de Regis Prado (1997, p. 53):

As teorias constitucionais estritas orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas (explícitas ou não), a partir das quais se encontram os objetos de tutela e a forma pela qual deve se revestir, circunscrevendo dentro de margens mais precisas as atividades do legislador infraconstitucional.

A crítica feita pela doutrina com relação à concepção ampla está no fato de que tal corrente falha ao não expor em seu âmago o teor limitar do jus puniendi estatal, conferindo, de certa forma, “carta branca” à figura do legislador. Doutra banda, a corrente estrita é criticada pelo fato de ignorar a possibilidade de as Constituições se tornarem obsoletas com o passar do tempo. Desta forma, estaria o legislador atravancado, impedido de se alinhar às constantes e imperiosas transformações sociais.

Inobstante, no Brasil, país cuja carta maior pode ser vista como extensa e até mesmo verborrágica, ocorre a nítida submissão as recorrentes Emendas

Constitucionais. Isto posto, parece ser a corrente restritiva a mais condizente e harmoniosa, designadamente para a defesa do direito penal mínimo.

De mais a mais, aquela suposta restrição à que o legislador estaria aprisionado pode ser perfeitamente cingida através de uma acertada e coerente exegese sistemática dos valores preconizados na Constituição, levando em conta que as premissas basilares para o desenvolvimento do indivíduo e para a coletividade estão devidamente elencadas na Carta Maior.

## 2.5 Funções do Bem Jurídico

É consuetudo que a função primordial do bem jurídico consiste na fundamentação da atuação do Direito Penal, como amplamente afirmado nas linhas ao norte. Uma vez que o Direito Penal só encontra sua razão de ser na proteção dos bens jurídicos – *nullum crimen sine injuri*, Alice Bianchini (2002, p. 50) sustenta que:

À medida que o direito penal somente está autorizado a intervir quando sua ação estiver voltada para a proteção de bens jurídicos, torna-se imperioso, no momento da elaboração da lei, recorrer à teoria do bem jurídico, a fim de se estabelecer o que pode e o que está excluído do âmbito de abrangência de um tipo penal.

Contudo, a doutrina vem apontando diversas e distintas funções a serem desempenhadas pelo bem jurídico, o que torna possível compreender e afirmar que os bens jurídicos são a base da estrutura e da interpretação dos tipos penais. (JESCHECK, 2002, p. 275-277).

Na sequência, o aludido mestre alemão amalha as seguintes funções para o bem jurídico: a) o bem jurídico é o conceito central dos tipos de acordo com o qual são determinados todos os seus elementos objetivos e subjetivos e, com ele, simultaneamente, vem a ser um importante meio de ajuda para a interpretação; b) como peça básica da estrutura do tipo seria um ponto de vista decisivo para a classificação em distintos grupos de tipos penais ( ex: crimes contra a vida, crimes contra a honra, e etc); c) o bem jurídico teria relevância ainda para o conceito de continuidade delitiva e para a determinação do ofendido, para efeitos no campo do processo penal.

Na doutrina pátria, por sua vez, são clássicas as funções conferidas ao instituto em epígrafe, acorde delineado por Luiz Regis Prado (1997, p. 48-49), ao dispor que ele ostenta as seguintes funções: a) função de garantia pois o legislador não pode tipificar senão aquelas condutas que lesionem ou exponha à perigo concreto os bens jurídicos; b) função teleológica, eis que os bens jurídicos servem para a interpretação dos tipos; c) função individualizadora, para a fixação da pena ante o caso concreto, tendo em vista a lesão produzida ao bem jurídico; d) função sistemática, para classificação dos tipos penais em grupos, na parte especial do Código.

Já para Nilo Batista (2005), o bem jurídico desempenha cinco funções, quais sejam: a) função axiológica indicadora das valorações que presidiriam a seleção do legislador; b) sistemático-classificatória, no sentido de classificação dos tipos penais em grupos, na parte especial do Código; c) exegética, consubstanciando-se em importante instrumento metodológico na interpretação das normas jurídico-penais; d) dogmática, pois o bem jurídico se apresenta com teor epistemológico para a teoria do crime; e) crítica, pelo fato de sua indicação conferir margem de análise das concretas e reais opções e finalidades do legislador.

Na mesma esteira, Luiz Flávio Gomes (2002,) afirma que o bem jurídico exerce: a) função fundamentadora do injusto, pois o injusto (tipicidade valorada pela antijuridicidade) orbita o bem jurídico; b) função sistemática, pois norteia a classificação dos tipos penais; c) função interpretativa; d) função de garantia, posto que o poder punitivo só possui o condão de censurar conduta que lesiona ou coloque em risco de perigo um bem juridicamente substancial e considerável.

### 3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

No presente tópico analisar-se-á o princípio da lesividade, também conhecido como princípio da exclusiva proteção aos bens jurídicos ou da ofensividade. Primeiramente, a partir da terminologia, dos corolários da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal e da respectiva previsão constitucional, que se dá de maneira implícita. Em seguida, serão explanadas as diretrizes do princípio em epígrafe, bem como as consequências da ausência de lesão ao bem jurídico, as teorias da tipicidade conglobante e da imputação objetiva. Por derradeiro, a respeito da coexistência dos crimes de perigo com o princípio da lesividade no direito penal contemporâneo.

#### 3.1 Nullum Crimen Sine Injuria

De plano, merece destaque a existência das três concepções referentes à práxis do Direito Penal na vida dos indivíduos.

Maiormente adotada nos países norte-americanos, a chamada corrente “Lei e Ordem” bravateia o juízo de atuação máxima do Direito Penal, com aplicação de sanções exacerbadamente severas, ao passo que a corrente abolicionista clama pela extinção do Direito Penal, uma vez que a defesa de bens jurídicos poderia ser, segundo ela, concretizada por meio de ramos menos austeros do direito. A última e intermediária corrente é a do Direito Penal Mínimo, cujo cerne reside na noção do Direito Penal como sendo um mal necessário e irremissível na tutela dos bens de maior relevância e importância social.

No Direito Penal Brasileiro vigora a concepção minimalista, a qual sustenta que, para racionalizar e minimizar a execução do sistema repressivo por excelência é que foi confabulada a Teoria do Bem jurídico Penal, de modo que o Estado só adquire o condão de exercício do *jus puniendi* quando se depara com uma conduta que tenha, de fato, causado lesão a um bem jurídico ou ao menos o tenha colocado em situação de perigo.

### 3.2 Nomenclatura

A investigação terminológica do princípio *sub oculis* engloba, a priori, os já citados termos: lesividade, ofensividade e exclusiva proteção de bens jurídicos. Lado outro, há quem milite pela diferenciação dos termos, asseverando ser a ofensividade distinta ideia de lesividade, que também difere, por seu turno, da concepção de exclusiva proteção de bens jurídicos. Em uma terceira óptica, há quem assemelhe a lesividade com a ofensividade, deixando apenas a exclusiva proteção dos bens jurídicos como uma elaboração à parte.

Há também quem opte pura e simplesmente pelo vocábulo “princípio da lesividade”, como Rogério Greco, Ferrajoli e Yuri Coelho. Em troca, há quem utilize apenas a expressão “princípio da ofensividade”, como Damásio, Alice Bianchini, Cezar Bitencourt, Luiz Flávio Gomes, dentro outros.

Neste viés, Mir Puig (2006, p. 266-267) afirma que: “o princípio da lesividade correlaciona-se ao da exclusiva proteção de bens jurídicos, indicando, destarte, uma diferenciação entre ambos.”

Já para Luiz Flávio Gomes, que o princípio da ofensividade não pode ser confundido com o da exclusiva proteção de bens jurídicos. Acorde o citado autor (2002, p. 43-44):

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, de outro lado, justamente porque nos revela uma forma de Direito penal, tem a preocupação de responder entre outras, questões como. O que deve ser protegido? Qual o objeto da proteção? O que se entende por bem jurídico? Quais são suas características? Etc. São questões que corporificam o conteúdo do bem jurídico. Já o princípio da ofensividade tem outros tipos de preocupação: Que contribuição pode dar para definir materialmente o bem jurídico? Como deve o legislador contemplar a redação de um tipo penal? Que se entende por lesão ou perigo ao bem jurídico? Quais são os limites da antecipação da tutela penal? Etc.

É o mesmo entendimento de Cezar Bitencourt (2006, p. 22) ao afirmar que: “[...] no princípio da exclusiva proteção de interesses, há uma séria limitação aos interesses que podem receber a tutela do Direito Penal”. Já no que tange ao princípio da ofensividade, segundo mesmo Autor: “[...] somente se admite a configuração da

infração penal quando já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano.”

Nesse interim, cumpre salientar, com a devida vênia que, com o pesar das aludidas distinções terminológicas, uma coisa é certa: o Direito Penal só ampara bens jurídicos imperiosos e essenciais à coletividade. Assim sendo, não há que se falar em atuação do Direito Penal sem necessidade, de sorte que a necessidade emerge justamente da ofensa grave ao bem jurídico, logo, nas palavras de Luiz Régis Prado (2002, p. 18): “[...] a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da necessidade).”

Dessa forma, Ferrajoli (2002, p. 372) aduz que: “[...] justamente porque a intervenção punitiva é a técnica de controle social mais gravosamente lesiva da liberdade e da dignidade dos cidadãos, o princípio da necessidade exige que se recorra a ela somente como remédio extremo.”

### **3.3 Corolário da subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal**

O princípio da lesividade pode ser visto como racional decorrência dos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade do Direito Penal. Alice Bianchini (2002, p. 52) leciona que “[...] a preocupação com a ofensividade decorre do caráter fragmentário do direito penal que, por sua vez, advém do entendimento que propugna o seu uso mínimo “

A bem da verdade, os três princípios estão intimamente conectados, de modo que caberá ao intérprete, no momento de aplicação da lei penal, atentar para os seus imperativos, pois é desta maneira que deve proceder o operador do direito em um estado onde se prega a noção de Direito Penal Mínimo.

Enunciando a respeito da fragmentariedade, de forma evidente e coesa, Damásio (2001, p.10) explica que o Direito Penal “[...] intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um fragmento dos interesses jurídicos. Por isso é fragmentário.”

Insta ressaltar que a tarefa para elencar os bens dignos de ostentar a proteção penal não pode ser feita sem a rígida observância dos valores previstos na

Constituição, sempre atentando para o fato de que “[...] a seleção de bens jurídicos varia de sociedade para sociedade. O critério de seleção será valorativo-cultural, de acordo com a necessidade de cada época, de cada sociedade.” (GRECO, 2005, p.76).

Uma vez amealhados os bens jurídicos a serem tutelados pelo sistema repressivo, cabe aferir se não existem outros meios menos agressivos (uma vez que o Direito Penal cerceia a liberdade do agente). De tal modo, no intento de frear a fúria do legislador, muitas vezes influenciado pela opinião pública frente aos inúmeros crimes bárbaros que tomam incontroláveis proporções midiáticas e sociais, a fim de evitar a inflação 13ª de normas penais é que nasce o raciocínio da intervenção mínima.

Nilo Batista (2005, p.87) sintetiza a noção da subsidiariedade afirmando que o Direito Penal: “[...] deve ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele insuficiente; sua intervenção se dá ‘unicamente quando fracassarem as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito”. Pelo princípio da intervenção mínima, no entendimento de Luiz Luisi (2003, p. 39) “[...] se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta.”

Por conseguinte, sucede que, diante de uma conduta agressiva a um bem jurídico, deve-se primeiramente examinar se esse bem é de suma e primorosa importância e se ostenta o status de bem jurídico penal e, após, verificar se não é possível ampará-lo por meio de outra esfera jurídica, assim como o direito civil, administrativo, processual, etc.

### **3.4 O princípio da lesividade e o ordenamento jurídico brasileiro**

No Direito Brasileiro não é possível encontrar uma norma expressa a respeito do princípio em baila. Nem na constituição vigente, tampouco nas anteriores. Damásio (2001, p.10) aponta que “[...] entre nós, esse princípio pode ser extraído do art.98, I, da Constituição Federal, que disciplina as infrações penais de menor potencial “ofensivo.”

A bem da verdade, o princípio da lesividade encontra-se previsto de maneira implícita no texto constitucional, já que possui embasamento no princípio da dignidade

da pessoa humana (art.1º, III, CF-88) – o Direito Penal só pode atuar na vida das pessoas quando for estritamente necessário, uma vez que o sistema de caráter repressivo assola a liberdade do ser humano e a liberdade é indispensável à já citada dignidade humana.

Quer dizer, Luiz Luisi (2003, p. 40), ao comentar sobre o princípio em epígrafe assevera que, levando em conta o fato de que na Carta Magna Brasileira, em decorrência do art. 5º, *caput*, que dita a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, e que tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana (art 1º, III), “[...] a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo bens instrumentais indispensáveis a sua realização social.” O referido entendimento mostra-se bastante acertado e razoável, sobretudo para corroborar a noção de que o princípio da lesividade funciona como um garantidor do Direito Penal mínimo.

Em razão disso, a doutrina advoga que, defronte as garantias constitucionais, “[...] o único modelo de Direito Penal e de delito compatível com nossa Constituição, em consequência, é o de um Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão.” (GOMES, 2002, p. 59).

Nesta esteira, é curioso atentar para a lição de Ferrajoli (2002, p.380), a qual frisa a inexistência, ao menos na Constituição de seu país de origem (Itália) uma norma constitucional que narre expressamente a garantia da lesividade. Contudo, ele também assevera que “[...] seria ilógico, no entanto, entender que admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional”

Deste modo, é acertado afirmar que o princípio da lesividade está implicitamente previsto no sistema da Constituição Cidadã brasileira. No que concerne à legislação infra constitucional pátria, assim como no Código Penal Italiano, nomeadamente nos arts.43 e 49, que vindicam “um resultado danoso e perigoso”, nosso Código Repressivo, especialmente no art.13, afirma que “[...] o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.”

Em continuidade, falando agora especialmente a respeito do resultado, emergem duas teorias que tencionam tornar clara a sua natureza: a teoria naturalística e a teoria jurídica.

De acordo com a teoria naturalística, o resultado constitui uma modificação causada no mundo exterior, de modo que, à luz de tal visão, existem crimes sem resultado (os chamados crimes de mera conduta), assim como crimes que não exigem resultado para restarem consumados, como é o caso dos crimes formais.

Na doutrina nacional, Damásio e Flávio Augusto Monteiro de Barros são exemplos de adeptos dessa teoria. Porém, mesmo para eles, é impossível a existência de crime sem ofensa a um bem jurídico. Damásio (2001, p. 246) acautela que “[...] o que não existe é infração sem evento jurídico, consistente no dano efetivo ou potencial, porque todo delito deve causar ameaça ou ofensa de um interesse ou bem jurídico”

Já no âmbito da teoria jurídica, o resultado é visto como lesão ou situação de perigo de lesão à qual a conduta humana expôs o bem jurídico. Deste modo, é presunção para que o crime resta devidamente configurado a clara violação do bem jurídico. Essa é a teoria venerada por Luiz Flávio Gomes.

Ora, considerando que a composição do art.13 do Código Penal Brasileiro afirma que não existe crime sem resultado, aparenta que o legislador aderiu a teoria do resultado jurídico, sendo factível, portanto, afirmar que o princípio da lesividade está expressamente corporificado no aludido dispositivo legal. De acordo com Luiz Flávio Gomes (2002, p. 62), “[...] nosso sistema penal é tendencialmente objetivista e resta agora à doutrina adequar-se a essa realidade, partindo-se da premissa (estampada no art.13) de que não há crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma”

Por consequência, o princípio da lesividade encontra-se sob custódia implícita da Carta Magna de 1988, ao passo que encontra amparo expresso na parte geral do Decreto Lei Nº 2.848/1940.

### **3.5 Diretivas do Princípio da Lesividade**

Aqui serão analisados os preceitos basilares do princípio da lesividade e suas respectivas repercussões no ordenamento jurídico pátrio.

Ferrajoli (2002, p. 382-384) cauciona que o princípio da lesividade “[...] atua como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas”. O referido doutrinador também impõe três restrições ao princípio em liça.

De acordo com o mestre italiano, a primeira restrição possui teor quantitativo, de modo que deveriam ser expurgados da tutela penal todos os chamados delitos de **bagatela**, assim como os crimes de pena meramente pecuniária ou, alternativamente, com outra pena privativa de liberdade.

Presentemente, “[...] se o legislador configura um delito contravencional e/ou prevê para ele uma sanção desse tipo, coloca de manifesto que não considera que a conduta ilícita seja lesiva de bens fundamentais e que o direito penal é desproporcional para preveni-lo.” (FERRAJOLI, 2002, p. 382).

A segunda restrição apontada, por sua vez, é de cunho qualitativo, segundo Ferrajoli (2002, p. 282) “[...] nosso princípio da lesividade permite considerar “bens” somente aqueles cuja lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso.”

Por fim, a última restrição vem acompanhada de um aspecto estrutural. Por esse ângulo, tecem-se críticas à estrutura penal dos delitos de atentado, posto que a modalidade tentada, salvo raras exceções, é aplicável a todos os delitos. O autor também critica os crimes de perigo presumido ou de perigo abstrato (2002, p. 383):

O mesmo pode-se dizer dos “delitos de perigo abstrato” ou “presumido”, nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como “perigo” que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo.

No âmbito jurídico brasileiro, Nilo Batista foi o precursor no estudo das diretrizes apontadas pelo princípio da lesividade, elencando, por seu turno, quatro funções essenciais.

De acordo com o autor em epígrafe, o princípio da lesividade traz consigo a vedação a incriminação de uma atitude interna; apontando também que “[...] as ideias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientem para a prática de um crime”

Destarte, a cogitação de um delito não pode ser punida (*cogitationis poenam nemo patitur*), de maneira que o pensamento, por si só, não possui o condão de lesar nenhum bem juridicamente amparado.

A segunda função apontada por Nilo Batista é que não incumbe ao legislador incriminar uma conduta que não ultrapasse o âmbito do próprio auto. Aqui, é fundamental atentar para os chamados atos preparatórios, os quais não são puníveis, vide art.14, II, do CP.

Há também quem sustente que, esporadicamente, o legislador confere punição a atos preparatórios como por exemplo no crime de petrechos para falsificação de moeda, previsto no art.291 do Código Penal Brasileiro, o qual configuraria ato preparatório para o delito previsto no art.289 do mesmo diploma (moeda falsa)

Data vênia, afirma-se ser impunível o ato preparatório, assim como também constitui equívoco afirmar, ainda que em caráter extraordinário, que o legislador confere sanção aos chamados atos preparatórios. O que está sob punição é o fato típico e não o ato preparatório; uma vez que cada tipo independente possui seu *iter* peculiar, de modo que o fundamento da tentativa encontra repouso justamente no perigo para o bem juridicamente tutelado. Deste modo, o autor só estará sofrendo punição, ao menos na forma tentada, caso tenha este dado inicio a execução da conduta incriminada, mas jamais pelos atos de preparação.

Assim sendo, aquelas condutas que por si só configurariam atos preparatórios de um determinado tipo penal, são punidas, sim, mas pelo fato de constituírem um tipo penal distinto e autônomo.

### 3.6 Os delitos de perigo abstrato e o princípio da lesividade

Insta delinear, de plano, que a classificação dos tipos penais à luz da intensidade do mal engendrado na conduta enseja duas modalidades: os crimes de perigo e os crimes de dano.

É evidente dentro da discussão nas presentes laudas proposta que uma reflexão importantíssima e complexa repousa na legitimidade conferida aos chamados “crimes de perigo abstrato”.

Já no que concerne aos crimes de dano, é possível afirmar que se faz imprescindível uma lesão concreta e efetiva ao bem jurídico. De acordo com a visão de Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 129), “[...] os crimes de dano ou de lesão são os que só se consumam com a perda real do bem jurídico. Exemplo: homicídio, lesão corporal, furto, dano, etc.”

Lado outro, os tipos penais também podem ser categorizados como tipos de perigo, cujo gênero se desdobra nas espécies denominadas de perigo concreto e de perigo abstrato.

Damásio (2001, p.189) ensina que o crime de perigo concreto “[...] é o que precisa ser provado (...). O perigo, no caso, não é presumido, mas, ao contrário, precisa ser investigado e comprovado.”

Na mesma toada, encontra-se a visão de Luiz Regis Prado (2002, p. 210), ao preceituar que, nos crimes de perigo concreto, “[...] o perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência para o bem jurídico, isto é, o perigo deve ser efetivamente comprovado”. É adequado afirmar, portanto, que nos crimes de perigo concreto a lei deve impetrar de maneira expressa a existência de uma factual e palpável situação de perigo.

No que tange à modalidade de delito em epígrafe, Luiz Regis Prado (2002, p. 210) ensina que: “[...] o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, inerente à ação, não necessitando de comprovação”.

Juarez Cirino (2005, p. 40) advoga que, nos tipos de perigo abstrato, “[...] a presunção de perigo da ação para o objeto de proteção é suficiente para a sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido”.

Nota-se aqui, uma visão mais maleável e menos garantista a respeito da temática *sub óculis*.

Neste viés, muito esclarecedora é a lição de Mir Puig (2005, p. 234) que propõe a distinção entre os tipos penais de perigo concreto e abstrato. Segundo o aludido autor, “[...] nos delitos de perigo concreto o tipo requer como resultado da ação a proximidade de uma concreta lesão”, quer dizer, que a ação estava na iminência de atentar contra um bem juridicamente amparado. Na sequência o mesmo autor explana a respeito dos delitos de perigo abstrato, afirmando, com relação a eles, que “[...] não se exige tal resultado de proximidade de uma lesão de um concreto bem jurídico, bastando a periculosidade da conduta”

A bem da verdade, é lúcido asseverar que os delitos de perigo funcionam como mecanismo de antecipação da tutela penal. Ou seja, considerando o alto grau de relevância de determinados bens, o legislador procura antever a devida proteção.

Diante do alhures exposto, é notória a existência na doutrina penal moderna de três correntes de pensamento no que tange a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, posto que a controvérsia se encontra justamente no contexto de que, nos referidos tipos penais, a punição se ampara na periculosidade da conduta, sem afetar, todavia, o bem jurídico protegido. Eis que surge o questionamento: haveria então ofensa ao princípio da lesividade?

Uma abalizada corrente doutrinária advoga pela inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, como por exemplo o porte de drogas para consumo pessoal, que constitui objeto central do presente trabalho. Nesta toada, como já ressaltado anteriormente, Ferrajoli (2002, p. 383) aponta que: “[...] estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto”

Por força do princípio da lesividade, Cezar Roberto Bitencourt (2006, p. 22) é categórico ao lecionar que “[...] são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato”. De acordo com ele, só é admissível a existência de infração penal diante do ativo e palpável perigo de lesão a um bem jurídico específico.

Na mesma esteira, Luiz Flávio Gomes (2002, p. 35), também considerando como parâmetro o princípio da lesividade, afirma que “[...] está vedada a possibilidade

de o legislador configurar delito como uma mera desobediência ou simples infração da norma ou mesmo como simples desvalor da ação (é o que se dá no perigo abstrato).”

Obstinada e rigorosa também é a análise crítica feita por Alice Bianchini (2002, p. 64-72), no sentido de que os delitos de perigo abstrato ferem não apenas o princípio da lesividade como também os da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade. Acorde visão da autora, “[...] na medida que o direito penal somente se deve reservar as condutas que mais gravemente ofendam bem de fundamental importância para a coexistência humana, a punição a título de perigo encontra-se ameaçada”. A autora ainda expõe a seguinte conclusão (2002, p. 68):

A existência concreta de perigo é, minimamente, o que se deve exigir da conduta criminalizada. Além disto, somente bem jurídico de elevada dignidade penal pode ser objeto de punição a tal título, sob pena de a criminalização da conduta representar um ato atentatório à dignidade do agente que eventualmente venha a sofrer a imposição da sanção por tê-la praticado.

Doutra banda, existe colocação favorável à tipicidade dos delitos de perigo abstrato, notadamente, para tutela de bens jurídicos que ultrapassam o âmbito da individualidade, tais como saúde pública, ordem econômica, meio ambiente e etc.

Em resguardo dos tipos de perigo abstrato, podemos citar a lição de Cerezo Mir (2006, p. 484), por defender que se castigam certos tipos de conduta geralmente pelo fato das mesmas colocarem em perigo um bem jurídico. Segundo o autor, se mantêm, portanto, uma conexão, ainda que em menor grau, com o princípio da lesividade. Ainda segundo ele, não faz sentido que o Direito Penal proteja, por exemplo, um bem como o patrimônio e deixe sem amparo a ordem econômica. Para mais, também é incoerente tutelar a vida e a integridade física e, inobstante, não amearhar os delitos de tráfico de drogas e contra o meio ambiente.

Ainda na defesa dos delitos de perigo abstrato, notadamente nos crimes ambientais, Luiz Regis Prado (2005, p.140) afirma que: “[...] tem-se como preferível a conformação dos preceitos penais ambientais, mormente os tipos básicos, como infrações de perigo abstrato”

De acordo com a visão do aludido autor, por meio da utilização dos tipos de perigo abstrato, oculta-se, assim, o problema da causalidade dos comportamentos, o qual emerge por ocasião da prova, evitando em muitos casos desarrazoadas absolvições, amparadas pela noção do *in dubio pro reo*, cujos reflexos se fazem claros na eficácia da lei penal.

Há ainda na doutrina penal moderna uma terceira via que, em que pese a defesa dos tipos de perigo abstrato, milita pela existência de atipicidade da conduta caso reste comprovada, no caso concreto, a imperiosa e peremptória incoerência de perigo ao bem jurídico.

Nessa linha de pensamento, é certo atentar para a lição de Mir Puig (2005, p. 234), ao afirmar que: “[...] deixa de ter sentido castigar uma conduta cuja relevância penal provém da periculosidade que se supõe dela, quando tal periculosidade aparece como inexistente desde o primeiro momento”.

Desta maneira, é coerente caucionar que a tentativa de justificar os crimes de perigo abstrato só se faz viável mediante efetiva colocação em perigo de um bem jurídico, por isso Mir Puig afirma que “[...] se a razão do castigo de todo delito de perigo (seja abstrato ou concreto) é a sua periculosidade, sempre deverá exigir que não desapareça neles todo o perigo.”

O referido pensamento é também assistido por Jescheck (2002, p. 283), ao afirmar que:

[...] apesar de que a existência de um perigo concreto não pertença aos tipos de perigo abstrato, de conformidade com uma ampla opinião da doutrina, decai sua punibilidade se o perigo para o objeto jurídico estava absolutamente excluído. Por consequência, havendo prova contrária que evidencie a inocuidade da conduta, não há, portanto, que se falar em delito.

É perceptível que, à luz da corrente em epígrafe, a presunção de perigo nos tipos abstratos é dita *juris tantum* e não *juris et de jure*, já que incumbem ao julgador mergulhar no caso concreto e analisar se, de fato, a conduta colocou em perigo um bem jurídico penalmente protegido. Tal corrente aparenta ser a mais oportuna e adequada às exigências do princípio da lesividade, o qual prega a atuação do Direito Penal única e exclusivamente em caso de ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico.

#### 4 ASPECTOS SOBRE O ARTIGO 28 DA LEI 11.243/06

O presente capítulo presta-se a refletir sobre a legitimidade da tipificação do porte de drogas para consumo pessoal, prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, como conduta criminosa.

É consabido que muito se questiona a respeito da existência ou não de lesão a um bem jurídico penalmente amparado. Considera-se também a não punibilidade da autolesão e sua irrelevância à luz do ordenamento penal pátrio.

Ademais, não há que se afastar a possibilidade de a aludida conduta gozar de tipificação diferenciada e específica, por forças das razões de ordem fática e jurídica a seguir delineadas.

##### 4.1 O bem jurídico tutelado pelo art.28 da Lei nº11.343/2006

A partir da noção de bem jurídico tutelável, já explanada no primeiro capítulo, surge a necessidade de analisar qual bem jurídico é protegido pela norma penal tipificadora do art.28 da Lei de Drogas, a fim de averiguar sua adequação dentro do citado conceito, bem como verificar a ofensividade da conduta que constitui o cerne do tipo.

Para parte da doutrina, o crime do art.28 da Lei 11.343, o qual prescreve como crime a conduta de *adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar*, tem a Saúde Pública como bem jurídico tutelado.

A referida gnose possui como fundamento o fato de que a conduta de portar substância proscrita não afeta apenas a saúde pessoal do indivíduo que a porta, mas também e, de modo geral, o restante da coletividade.

O citado desígnio teria como base o fato de que, ao buscar alimentar a sua vontade incontrolável de utilizar a substância ilícita, o usuário acaba estimulando o comércio ilegal de tal substância.

Greco Filho lança inveterada e profundamente sua visão a este respeito:

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo droga para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. 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. O toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição da droga, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilhem de seu paraíso artificial ou seu inferno. (GRECO FILHO, 2009, p.46).

Na mesma esteira, enuncia GOMES (2001), ao considerar a Saúde Pública como bem jurídico imediatamente tutelado pela norma penal em questão, levando em conta a possibilidade de que o uso de substâncias de alto teor viciante se prolifere pela sociedade de forma epidêmica, causando, portanto, um grande prejuízo social. O aludido autor considera, ainda, que a conduta proibida afeta de forma mediata a vida, a integridade, assim como a saúde física e psíquica das pessoas.

Em suma, é possível inferir, com segurança, que a conduta tipificada no art.28 almeja proteger o bem Saúde Pública, seja em virtude do risco de o usuário induzir terceiros a fazer o mesmo que ele, seja pelo estímulo ao comércio ilegal de tais substâncias – o que ocasionaria, sob tal óptica, uma elevação no número de delitos relacionados à traficância, levando também em conta a possibilidade de o usuário, uma vez sob efeito da droga, praticar outras modalidades de crime.

Não se encontra, desta feita, muita dúvida a respeito da tentativa de tutela da saúde pública pelo artigo em liça. Entretanto, o que emerge de sua análise é: trata-se de uma exegese extensa e fantasiosa daquilo que pretendia o legislador? Para mais: considerando todo avanço social das políticas não proibicionistas e contra o encarceramento, somado a tudo quanto aqui esposado a respeito das noções de *ultima ratio*, fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal em um estado democrático de direito: é razoável fazer ilações e desdobramentos que existem unicamente no plano do imaginário quando falamos de delito?

Por mais que reste afastada a possibilidade de privação da liberdade, ainda enfrenta-se a categorização de uma conduta como criminosa, situação que enseja, no mínimo, maiores avanços e digressões a respeito.

## 4.2 Paralelo entre o artigo 28 e o princípio da lesividade

Sabe-se que a mera subsunção formal não é suficiente para se assentar uma conduta, seja ela omissiva ou comissiva, a um determinado tipo penal. É de extrema necessidade dimensionar a compleição valorativa da conduta, quer dizer, verificar *in concreto* se esta de fato viola o bem jurídico naquele tipo protegido. Cuida-se, portanto, do juízo de valoração realizado para averiguar a tipicidade da conduta.

Por conseguinte, em que pese se amolde a conduta em comento perfeitamente a um tipo penal e posto que a função basilar dos tipos penais é justamente a proteção dos bens tidos como imperiosos e essenciais, é possível falar em fato típico se não houve lesão ou exposição de lesão do bem jurídico amparado pelo dispositivo?

Sempre em evidência, tanto no âmbito dos tribunais quanto da academia, o imbróglio a respeito da constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal pode aqui partir da análise da despenalização do delito, considerando a abolição da pena privativa de liberdade ao usuário surpreendido na posse de drogas.

No que se refere essencialmente à noção de lesividade, retoma-se o questionamento: ao falar em ameaça de lesão a um bem jurídico, cabe tamanha expansão e andejo para justificar a criminalização de uma conduta?

É primoroso relembrar que o crime de porte de drogas para consumo pessoal é de perigo abstrato, assim como também é acertado ter em mente que o princípio da lesividade almeja, sobretudo, evitar a incriminação de uma atitude interna ou de conduta que não extrapole o âmago do próprio autor, bem como afastar também a possibilidade de conferir pena a meras questões subjetivas e existenciais e a comportamentos que não representem sólido, material e verdadeiro perigo ao bem jurídico resguardado.

Assim sendo, entende-se que tudo que orbitar pela seara própria do agente deverá ser respeitado pela coletividade e, sobretudo, pelo Estado. Em outros termos, as proibições penais apenas se justificam em casos de grave ofensa a direitos de terceiros.

Exemplificando, é viável citar a não punibilidade da autolesão e a tentativa de suicídio. Logo, a mesma inteligência deve recair sobre a imputação de pena – ainda que não restritiva de liberdade – àquele que porte droga para consumo pessoal, tendo em vista que tal conduta não lesiona de maneira concreta e palpável quaisquer bens de indivíduos alheios à situação central.

Nesta toada, assim com Nilo Batista e Zaffaroni, concebe-se que a proibição da posse ou porte de entorpecentes para consumo próprio, atenta, sim, contra um dos pilares do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito, qual seja o princípio da lesividade.

Além do mais, no Recurso Extraordinário n.635.659/São Paulo, referente à constitucionalidade do artigo 28 da Lei n,11,343/06, o Ministro Gilmar Mendes, ora relator, em sede de repercussão geral, deu provimento ao recurso para declarar a inconstitucionalidade de tal dispositivo, asseverando que:

O tipo penal previsto no artigo 28 da Lei n.11.343/06 viola o direito à privacidade e à intimidade, bem como os princípios da proporcionalidade, da ofensividade e da lesividade, haja vista que não ostenta aptidão para proteger os bens jurídicos declarados como tutelados, quais sejam a saúde e a segurança públicas. (BRASIL).

Tendo como parâmetro as premissas de cunho garantista, contundentemente relacionadas aos princípios do Direito Penal, inaceitável é a existência de tipos que contenham banal previsão de crimes de perigo abstrato. Acorde alhures mencionado, tais crimes são uma presunção da colocação em perigo de um jurídico, o que quer dizer que, independente do risco concreto, uma vez praticada a referida conduta, estaria consubstanciada, portanto, uma infração de caráter *sus generis*.

É também notória a proposta branda trazida pela Lei 11.343/2006, em total desacordo e rompimento com a linha proibicionista e repressiva adotada anteriormente. Agora, a prisão deixou de ser vista como solução mais adequada para a situação fática em epígrafe.

Neste viés, o legislador orientou-se por uma tendência internacional e fez com que o Estado fornecesse ao usuário um tratamento preventivo e terapêutico em substituição à caduca e obsoleta lógica encarceradora.

Nada obstante, ainda que com as penas diversas da restrição da liberdade, a legislação não deixou de penalizar aqueles que se encontram na situação de portar drogas para consumo próprio.

Mesmo com a existência de forte corrente advogando pela Inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, este posicionamento não é uníssono.

Os que militam pela criminalização costumam encontrar respaldo no fato de a conduta de portar drogas não representar mera violação à saúde individual do agente, o que já afasta o questionamento a respeito de se estar punindo a autolesão. Para muitos e como já citado, o bem jurídico em perigo é a saúde pública, sob a óptica de que o porte para consumo enseja uma série de comportamentos e práticas que favorecem o tráfico e prejudicam um bem jurídico tutelável e de teor coletivo.

Nesta esteira, é essencial atentar para a lição de Vicente Greco Filho ([2009]):

[...] a punição do simples porte se insere, como parte no todo, no quadro geral e no ciclo operativo completo, da luta, com meios legais, em todas as frentes, contra o alto poder destrutivo do uso de estupefacientes e contra a difusão do seu contágio que alcançam nível de manifestações criminosas tais que suscitam, em medida cada vez mais preocupante, a perturbação da ordem.

E ainda continua o Autor:

A razão jurídica da punição daquele que adquire, guarda, ou traz consigo para uso próprio é o perigo social que sua conduta representa. Mesmo viciado, quando traz consigo drogas, antes de consumi-la, coloca a saúde pública em perigo, porque é fato decisivo na difusão dos tóxicos. Já vimos ao abordar a psicodinâmica do vício que o toxicômano normalmente acaba traficando, a fim de obter dinheiro para aquisição de drogas, além de psicologicamente estar predisposto a levar outros ao vício, para que compartilho ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno. (GRECO FILHO, [2009]).

Data vênia, não parece adequado falar em atentado contra a saúde pública até que se comprove de fato qual é o perigo concreto causado à terceiros em razão de tal conduta. O crime até pode ser de perigo abstrato, mas essa abstração não pode extrapolar os limites tão sólidos e tão bem engendrados no direito penal pátrio.

Para mais, estamos discorrendo a respeito de mera presunção, hipótese que também pouco se alinha com o necessário refreio conferido pelo Direito Penal à chamada mão punitiva do estado. Criminalizar quem porta entorpecentes pela possibilidade de levar outras pessoas ao uso ou pelo fato de muitos usuários se envolverem com o tráfico para conseguir mais droga é penalmente incoerente, para não falar inaceitável.

Muitos defendem a complexidade e o cunho social que envolve a defesa da criminalização do porte. Alvitra-se, todavia, o fato de ser justamente o teor social um dos responsáveis pelo questionamento e pela militância a favor da não tipificação da conduta.

De certo modo, constitui visão elitista e preconceituosa enxergar o consumo de drogas apenas com foco nas fatias mais desprivilegiadas da sociedade, quando o que se observa é justamente o oposto: o vício não escolhe raça, tipo físico, idade ou classe social, mas a criminalização do porte para consumo, tendo em vista a discrepância social exacerbadamente evidente no Brasil, escolhe, sim, tudo isso.

#### **4.3 Nem crime, nem contravenção: infração penal sui generis**

Na Lei n.6.368/1976 o artigo que versava sobre o uso de entorpecentes culminava pena de detenção cumulada com aplicação de multa às condutas de “adquirir, guardar, trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”

Dúvidas não planam com relação a categorização do referido comportamento como crime, considerando a previsão de pena de detenção. Assim como não pairam

também a respeito da já citada evolução trazida pela atual lei a respeito da matéria. Mas afinal, qual seria a real natureza da conduta aqui analisada?

A priori, parece razoável atentar para Lei de Introdução ao Código Penal, cujo artigo 1º assim dispõe:

Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente a pena de multa; contravenção, a infração penal que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas alternativas ou cumulativamente. (BRASIL, 2004).

Desta feita, infere-se que não há como categorizar o porte de drogas para consumo pessoal como conduta criminosa, nem como contravenção penal, uma vez que não mais prevê qualquer hipótese de reclusão, detenção, ou mesmo prisão simples. Já que as penas cominadas para posse destinada ao consumo pessoal são exclusivamente distintas, não há que se falar em “crime” ou em contravenção penal, logo, o artigo 28 contempla uma infração penal sui generis, que seria uma terceira categoria, não se confundindo com as demais. (GOMES 2006).

Insta salientar que as aludidas penas alternativas quase que se equiparam às medidas sócio educativas elencadas no Estatuto da Criança e do Adolescente cujo teor reveste-se de evidente proposta pedagógica e educativa, em detrimento do caráter punitivo.

Em suma, por força das particularidades ligadas à natureza das sanções cabíveis, assim como à abstração referente ao perigo de lesão e à repercussão social e salutar da conduta, há que se entender o porte de drogas para consumo pessoal como uma modalidade extraordinária, distinta das categorizações clássicas; uma infração penal sui generis.

## 5 CONCLUSÃO

Com base no trabalho apresentado, constatou-se que, em um Estado Democrático de Direito, garantidor dos direitos individuais e coletivos, guiado na tutela da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da liberdade, entre outras garantias, só deve incidir o *jus puniendi* estatal na defesa de bens jurídicos verdadeiramente tuteláveis.

Depreende-se, então, que o princípio da lesividade figura como importante instrumento na garantia do direito penal mínimo, posto que afasta a repressão estatal em sede de aplicação de sanção. Para mais, o referido princípio aponta diversas diretrizes, as quais devem ser levadas em conta tanto pelo legislador quanto pelos operadores do direito, em respeito, sobretudo, a não punibilidade da auto lesão.

Nessa senda, a conduta do porte de drogas para consumo pessoal é analisada sob um olhar crítico e minucioso, uma vez que muito se questiona a respeito de sua harmonia com o princípio da lesividade, assim como sua paridade com a concepção de *ultima ratio* conferida ao ramo do direito penal, dentro do já citado Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, é plausível a proposta da classificação da referida conduta como infração penal de cunho extraordinário e inato, não apenas em virtude das suas características à luz da teoria do crime, mas considerando de igual modo o vício social e coletivo que abarca a conduta em comento.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.
- BRASIL. **Código Penal. Código de Processo Penal. Constituição Federal**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm). Acesso em: 25 out 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 635659**. Recurso extraordinário, em que se discute, à luz do art. 5º, X, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, do art. 28 da Lei 11.343/2006, que tipifica o porte de drogas para consumo pessoal, com os princípios constitucionais da intimidade e da vida privada. Relator(a): Min. Gilmar Mendes
- COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.
- GOMES, Luís Roberto. **Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos**. *Paper* apresentado no Mestrado em Direito Penal na Universidade Estadual de Maringá-PR, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 8. ed. [S. l.]: [s. n.]. [2009].

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução: Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. rev. e ampl. Granada: Comares, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7. ed. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideú: B de F, 2005.

MIR PUIG, Santiago. **Estado, pena y delito**. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideú: B de F, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 6 ed. rev. e atual. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v.1.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.1.

PRADO, Luiz Regis.. **Direito penal do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.