

CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO: COMENTÁRIOS A PARTIR DA NOÇÃO DE OFENSIVIDADE EM DIREITO PENAL E DOS CRIMES DE PERIGO

*CRIME OF DRUGS POSSESSION FOR PERSONAL
CONSUMPTION: COMMENTS FROM THE NOTION
OF OFFENSIVENESS IN CRIMINAL LAW
AND DANGER CRIMES*

*Anderson Vieira*¹
PUC-RS

*Isadora Costi Fandelli*²
UFRGS

Resumo

O presente estudo aborda a temática da (i)legitimidade constitucional do crime de posse de drogas para consumo próprio, previsto no artigo 28, da Lei n° 11.343/06, sob a óptica do princípio da ofensividade e dos crimes de perigo em direito penal. Inicialmente, estabeleceu-se a seguinte problemática de pesquisa, mais especificamente, considerando os ditames da ofensividade em direito penal, em que medida é legítima a criminalização da posse de drogas para consumo próprio? Ao término, a hipótese é verificada e tem-se a conclusão de que não é legítima a criminalização da conduta de possuir drogas para uso próprio, pois embora seja um delito de perigo abstrato com presunção de perigo ao bem jurídico, efetivamente não atinge nenhum bem jurídico individual ou coletivo pois o uso de drogas trata-se de autolesão. Para a realização do estudo, utilizou-se a metodologia hipotético-dedutiva, e como técnica de pesquisa, foi utilizada a bibliográfico-exploratória.

Palavras-chave

Artigo 28. Crimes de Perigo. Direito Penal. Drogas. Ofensividade.

¹ Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha. Advogado. Endereço de *e-mail* andersson@fayet.adv.br. Currículo <http://lattes.cnpq.br/0609778558601806>.

² Mestranda em Direito pela UFRGS. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário da Serra Gaúcha. Advogada. Endereço de *e-mail* isadora.costi@gmail.com. Currículo <http://lattes.cnpq.br/8857010088972867>.

Abstract

This study addresses the issue of the constitutional (i)legitimacy of the crime of drugs possession for personal consumption, foreseen in article 28 of the act nº 11.343/06, under the view of the offensiveness's principle and danger crimes in criminal law. Initially, the following research problem was pointed out, more specifically, considering the leadings of offensiveness in criminal law, to what extent is it legitimate the criminalization of drug possession for personal consumption? At the end, the hypothesis is verified and it was concluded that the criminalization of drug possession for personal consumption is illegitimate, because although it is a crime of abstract danger with presumption of danger to legal interest, it effectively does not harm any individual or collective legal interest, since the use of drugs it is a form of self injury. For this study, it was used the hypothetical-deductive methodology, and as search technique, it was used the bibliographical-exploratory.

Keywords

Article 28. Criminal law. Danger crimes. Drugs. Offensiveness.

INTRODUÇÃO

A abordagem sobre o tema das drogas abre escopo para uma série de possibilidades de estudo, que passa por questões de política criminal, saúde pública e, no âmbito jurídico-dogmático, por um sem número de considerações na esfera tanto do direito penal quanto do processo penal. Precisamente, na esfera da dogmática penal, a Lei nº 11.343 de 2006, que trata da política de drogas no país, pode ser analisada de diversas formas, por exemplo, a amplitude textual do artigo 33, a escolha do bem jurídico tutelado, e a criminalização da posse de drogas para consumo próprio, prevista no artigo 28 da referida legislação.

Para a realização deste estudo, elencou-se como objeto de análise o artigo 28, o qual, considerando a concepção da ofensividade em direito penal, pode ter sua legitimidade questionada. Isso porque, conforme o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iuria*), somente condutas que causem um dano/violação ou que coloquem em perigo o bem jurídico, podem ser tipificadas criminalmente, ou seja, sem a presença da ofensa ao objeto digno de tutela, não há que se falar em tipificação penal. Diante dessas breves considerações, traz-se como problema de pesquisa o seguinte questionamento: considerando os ditames da

ofensividade em direito penal, é legítima a criminalização da posse de drogas para consumo próprio?

Ao que tudo indica, a hipótese do problema resulta na afirmação de que, ainda que seja considerado um crime de perigo abstrato, o delito de posse de drogas para consumo próprio não atinge quaisquer bens jurídicos, sendo, portanto, ilegítima a criminalização desta conduta. Falando ainda de forma hipotética, pelo conceito de ofensa em direito penal, a posse de drogas para consumo não afeta nenhum bem jurídico, ou seja, não há, na referida conduta, nenhum concreto dano/violação ou atingimento do raio de manifestação do bem jurídico saúde pública, o qual é considerado objeto de tutela da Lei nº 11.343/06.

Ainda em linhas iniciais, destaque-se que o estudo está dividido em três pontos: no primeiro, é realizada a abordagem sobre a noção de ofensividade em direito penal, considerando, para tanto, as limitações metodológicas de espaço e conteúdo; no segundo ponto, é feito o estudo sobre os crimes de perigo, dando ênfase aos crimes de perigo abstrato, que é o caso do tipo penal do artigo 28 da Lei nº 11.343/06; e por fim, é realizado o estudo do crime em comento e sua possibilidade de legitimação constitucional, considerando os ditames do princípio da ofensividade.

Para a realização do estudo, empregou-se a metodologia hipotético-dedutiva, uma vez que foi formulada hipótese ao problema sugerido, e como técnica de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica-exploratória, porquanto a construção textual ocorreu com base em leituras em obras jurídicas e artigos científicos que abordam o tema pesquisado. Ressalte-se que o estudo pretende contribuir com o debate sobre a criminalização da posse de drogas para consumo próprio, fazendo-o na esfera da dogmática penal, sem olvidar-se, todavia, que o tema em comento dificilmente será esgotado, e ademais, que também merece a atenção de diversas áreas propedêuticas ao direito.

2. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE EM DIREITO PENAL: COMPREENSÃO SOBRE O MODELO DE CRIME COMO OFENSA A BENS JURÍDICOS

A primeira questão que se apresenta ao estudo é a compreensão do princípio da ofensividade, o qual se coloca como um dos pilares da construção do direito penal centrado no modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. O princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) consiste, por projetar o delito como existente apenas a partir da ofensa a bens jurídicos, na concepção, pois, de um direito penal centrado nos valores democráticos de liberdade, na valorização do homem enquanto ser no mundo, e no afastamento da persecução penal que possua cunho moral, ético ou político, ou, ainda, de mera infração de dever (D'AVILA, 2005, p. 48).

Esse modo de compreensão do direito penal está afastado das leituras funcionalistas, que projetam a ordem jurídico-penal a partir das consequências do crime, ou seja, da pena, centrando, assim, a leitura mais nos resultados da violação, do que no instituto do ilícito propriamente dito (D'AVILA, MACHADO, 2010, p. 84). Tais leituras possuem como principais expoentes autores como Jakobs e Roxin, sendo o primeiro conhecido pelo seu funcionalismo sistêmico, que considera ser papel do direito penal a vigência da norma jurídico-penal; enquanto para Roxin, considerado representante do funcionalismo teleológico, de viés moderado, o direito penal tem a finalidade de proteger o bem jurídico, função exercida, no entanto, com base em ditames político-criminais (CALLEGARI; LINHARES, 2017, p. 137). O espaço deste breve escrito não permite, todavia, o aprofundamento sobre as concepções funcionalistas do direito penal, no entanto, é necessário deixar claro que a ofensividade vai no sentido diametralmente oposto a tais correntes, pois, como adiantado, se orienta pela construção normativa do delito, e não por sua consequência, a pena (D'AVILA, MACHADO, 2010, p. 84).

A concepção de ofensividade caminha, portanto, no sentido contrário ao funcionalismo, partindo de um horizonte em

que o ilícito é ponto de projeção do direito penal, concebido a partir da efetiva ofensa ao bem jurídico, bem como no desvalor da conduta que manifesta o pôr-em-perigo o objeto de tutela da norma penal (D'AVILA, 2009, p. 47). Trata-se de compreensão fundada nas relações existentes entre o ser e o cuidado, que, a partir disso, propugnam, no campo do direito penal, a ideia de cuidado-de-perigo, inserida numa rede de relacionamentos coletivos, o que leva ao fundamento do ilícito-típico construído com base no atingimento da relação matricial de cuidado-de-perigo (D'AVILA; MACHADO, 2010, p. 85-87). Dito em termos outros, a fundamentação jus-filosófica do direito penal, de base onto-antropológica, encontra legitimidade material no “cuidado”, isto é, na proteção de bens jurídicos e valores reconhecidos por uma determinada sociedade como sendo seus (BUONICORE, 2013, p. 51). Por conta disso, pode-se referir que o conceito onto-antropológico de direito penal, pretende, a um só tempo, se afastar das teorias funcionalistas, ao conceber materialmente o delito como uma efetiva lesão ao bem jurídico, e ainda, com base nas relações de cuidado-de-perigo, colocar o homem no centro das projeções da ordem jurídico-penal (BUONICORE, 2013, p. 51).

Nessa perspectiva, ao se considerar a necessária proteção dos valores reconhecidos no âmbito social, o ilícito penal, em sua formulação, está centrado nas relações de cuidado-de-perigo, o que lhe acarreta, nos termos de D'Avila, o papel de núcleo fundamental da ordem jurídico-penal (D'AVILA, 2009, p. 49). Dessa forma, a concepção do delito enquanto ofensa a bens jurídicos surge, pois, do intolerável atingimento ao objeto tutelado pela norma penal, considerando, para tanto, a concepção de cuidado-de-perigo que informa a matriz ontológica dessa forma de compreender o direito penal (D'AVILA, 2009, p. 50). Assim, como já adiantado, o ilícito penal assume posição privilegiada, pois é considerado o núcleo central do direito penal de base ontológica, tornando, por consequência, o desvalor do resultado a pedra angular de todo e qualquer ilícito-típico (D'AVILA, 2009, p. 50-51).

Nesse caminhar, compreende-se que a ofensividade representa, portanto, a concepção do modelo de crime como

ofensa ao bem jurídico, sendo fundamental entender, nesse sentido, que o desvalor do resultado causado pela ofensa de perigo é imprescindível à existência do ilícito-típico. Trata-se de limite materialmente imposto ao direito penal, que, pela exigência de ofensa ao bem jurídico, insere barreiras, por assim dizer, limitando as hipóteses de violação ao bem objetivamente tutelado pela norma penal (D'AVILA, 2005, p. 46). No entanto, embora seja considerado pedra angular ao ilícito-típico, não é suficiente à sua plena existência, haja vista que junto ao desvalor do resultado, em um segundo momento de análise, para a plena configuração do ilícito, é preciso verificar também o desvalor da ação (D'AVILA; MACHADO, 2010, p. 88-89).

Ante essas considerações, implica reconhecer que somente pela efetiva lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos, é que será expressada a verdadeira razão de ser do ilícito, haja vista que o resultado juridicamente desvalorado é o que torna possível o seu reconhecimento pelo modelo de crime como ofensa a bens jurídicos (KAZMIERCZAK, 2008, p. 11). Com base nisso, além da análise da existência dos elementos formais do delito, faz-se necessário a verificação de ordem material, isto é, para a configuração do ilícito-típico, é preciso o preenchimento de requisitos materiais, questão que, nas palavras de D'Avila e Machado, é assim expressada (D'AVILA, MACHADO, 2010, p. 89):

O tipo de ilícito apresenta-se como categoria dogmática material e matricial orientada pelo juízo de ilicitude que o intolerável tensionamento da relação primeira de cuidado-de-perigo representa e que se projeta no espaço normativo do Direito Penal, enquanto juízo de ilicitude manifesto pela ofensa a bens jurídicos. Não por outro motivo é que, seguindo essa perspectiva, o juízo de tipicidade não poderá ser considerado pleno enquanto presentes apenas os seus elementos formais. Não bastará para a perfectibilização do juízo de tipicidade a simples análise da dimensão formal desse juízo. Para além desse importante nível de

análise, a fundamentação onto-antropológica do Direito Penal, *i.e.*, uma fundamentação do ilícito penal de base nitidamente material, exige que, para a perfectibilização do juízo de tipicidade, se verifique, no próprio momento de sua análise, o atendimento de requisitos de ordem substancial.

Ademais, destaque-se que a forma de compreender o direito penal com base no princípio da ofensividade expressa uma percepção da ordem jurídico-penal baseada em valores democráticos e em princípios liberais, compatíveis, portanto, com o texto da Constituição Federal (D'AVILA, 2009, p. 51). Implica reconhecer, dessa forma, que pelas exigências da ofensividade, não há como conceber o direito penal sem uma leitura baseada nos ditames constitucionais, porquanto, como destaca Kazmierczak, “*o único modelo de Direito Penal e de delito compatível com a Constituição é, em consequência, de um Direito penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão*” (KAZMIERCZAK, 2008, p. 11).

No âmbito constitucional, pode-se afirmar que o princípio da ofensividade se perfectibiliza em dois pontos, o primeiro, na orientação e limitação do trabalho legislativo em matéria criminal (*de jure condendo*); e o segundo, na interpretação da normal penal, havendo de ser, pois, em acordo com o que requer os ditames da ofensividade (*de jure condito*) (D'AVILA, 2005, p. 49). Significa dizer que o legislador deve estar orientado pelos mandamentos constitucionais na elaboração de normas penais, limitando a incidência do direito penal somente às ações que efetivamente lesionem bens jurídico; e a na esfera de aplicação, que o intérprete deve orientar-se também pelo princípio da ofensividade, utilizando-o como orientador para a utilização do direito penal, restringindo-se, assim, aos fatos que efetivamente atingem o objeto tutelado pela norma penal (D'AVILA; MACHADO, 2010, p. 94).

Essa perspectiva teórica, baseada nos pressupostos de cuidado-de-perigo, assume, assim, uma importante posição de

limite à esfera de atuação do direito penal, tanto no campo legislativo, de elaboração das normas penais, quanto no hermenêutico-aplicativo, de necessária interpretação constitucionalmente orientada para que o direito penal não incida em ações sem efetiva ofensa aos bens jurídicos, sendo aqueles representados por valores socialmente reconhecidos (BUONICORE, 2013, p. 122). Assim, ao tempo em que não é permitido ao legislador criar tipos penais que criminalizem a mera vontade, o modo de ser, de pensar, tampouco a simples desobediência à norma, também é indicado ao intérprete da lei penal que considere atípicas condutas que não tenham causado uma ofensa ao bem jurídico, ainda que preencham os requisitos formais contidos na descrição legal (KAZMIERCZAK, 2008, p. 15). Em outros termos, não basta, à ofensividade, a existência de um bem juridicamente tutelado, mas sim, e de extrema importância, que este mesmo bem tenha sido violado, de forma que se possa verificar a existência de um dano/violação, ou perigo/violação, seja por crimes de dano, seja por de perigo concreto ou perigo abstrato – conceitos que serão estudados no tópico subsequente – (D’AVILA, 2009, p. 54).

Nesse sentido, o direito penal, com base na ofensividade, se encontra materialmente limitado, pois, à sua atuação torna-se necessário, por um lado, que exista um bem jurídico penalmente tutelado e, por outro, que esse mesmo bem sofra, efetivamente, um dano ou perigo de dano concreto ou abstrato (D’AVILA; MACHADO, 2010, p. 90-91). Logo, por força do princípio da ofensividade, a intervenção penal somente estará justificada quando, pela conduta realizada, puder se constar efetivo dano, ou um perigo que seja concreto, real, efetivo e comprovado, ao bem jurídico resguardado pela normal penal (KAZMIERCZAK, 2008, p. 10).

Embora não exista no ordenamento jurídico brasileiro nenhum texto normativo nesse sentido, a perspectiva em estudo, que considera o crime como sendo uma ofensa a bens jurídicos, resulta na conclusão de que não pode haver intervenção jurídico-penal na liberdade do indivíduo sem que exista um desvalor do

resultado obtido pela conduta realizada, isto é, um concreto dano ou perigo-de-dano ao objeto protegido pela norma penal (KAZMIERCZAK, 2008, p. 14). Assim, a ofensividade se coloca como uma concepção de direito penal contrária à intervenção penal pautada por compromissos político-criminais, que não assumem nenhum comprometimento com o texto constitucional, geralmente estruturados com base nas teorias funcionalistas, que propugnam maior importância às consequências do crime, do que ao delito propriamente dito (D'AVILA, 2009, p. 55). Dessa forma, deve-se excluir do âmbito de tutela do direito penal condutas que, ainda que cumpram os requisitos formais de descrição típica, não manifestam nenhum desvalor no resultado, sendo, portanto, inofensivas ao bem jurídico tutelado, por ausência de preenchimento dos requisitos materiais do ilícito-típico (KAZMIERCZAK, 2008, p. 16).

3. CONCEITO DOS CRIMES DE PERIGO EM DIREITO PENAL: A NECESSIDADE DO CONCRETO POR-EM-PERIGO O BEM JURÍDICO

Os crimes de perigo em direito penal são caracterizados pela presença do elemento perigo, pois constituem-se em decorrência do efetivo perigo concreto ou perigo abstrato que a ação do agente pode causar ao bem jurídico tutelado pela norma penal, diferenciando-se, assim, dos crimes de dano, que efetivamente causam uma lesão ao bem jurídico tutelado (TOLEDO, 1994, p. 143).³ Nesse sentido, diferentemente dos crimes de dano, em que a inexistência de lesão ao bem jurídico pode, se muito, conduzir à figura da tentativa, nos crimes de perigo, ao submeter o bem jurídico a perigo, estará configurado o tipo, sendo desnecessária a efetiva lesão (BITENCOURT, 2008, p. 213).

³ Segundo Toledo: “Com vista ao bem jurídico protegido, é que se fala em crimes de dano e em crimes de perigo. Os primeiros causam lesão efetiva, os últimos conduzem uma potencialidade de lesão, realizável ou não, em concreto, que o legislador desejar cortar no nascedouro.” (TOLEDO, 1994, p. 143).

Em tais termos, o perigo se coloca como elemento imprescindível aos crimes de perigo concreto e de perigo abstrato, mormente pelo fato de ser considerado uma categoria autônoma, que existe, na linha do que informa D'Avila, na relação entre a conduta tipicamente descrita e a probabilidade do resultado juridicamente desvalorado (D'AVILA, 2005, p. 99). Por essa razão, o perigo é considerado a previsão da ocorrência de um dano/violação a um bem jurídico tutelado, sendo composto, em tal compreensão, pela probabilidade da realização de uma determinada conduta e o caráter danosa que pode resultar dela (DARCIE, 2010, p. 63). Sobre o perigo, excelente síntese traz Brandão, ao aludir que *“o perigo é a probabilidade de dano, é a situação que se não for elidida traz o dano como consequência necessária”*, deixando claro, assim, que o perigo é uma probabilidade presumida pelo legislador no momento de elaboração do tipo penal (BRANDÃO, 2015, p. 21).

No direito penal brasileiro, os crimes de perigo são divididos em suas figuras distintas: crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato ou presumido (TOLEDO, 1994, p. 143; CALLEGARI, 2009, p. 38-39; BRANDÃO, 2015, p. 21-22; SILVA, 2003, p. 68-72). Nos crimes de perigo concreto, o elemento perigo é uma elementar típica, sendo necessária a comprovação de que o bem jurídico tutelado pela norma efetivamente foi colocado em perigo, ou seja, é preciso que a conduta realizada ocasione um verdadeiro perigo de lesão ao objeto tutelado pela norma penal, que, estritamente falando, atinge a sua íntegra continuidade existencial (D'AVILA, 2005, p. 103).⁴ Todavia, a concepção dos crimes de perigo concreto não deve ficar restrita à simples referência ao perigo na descrição típica, mas também, ao significado material do perigo para o tipo penal, isto é, nos crimes aqui trabalhados, faz-se necessário, como critério de delimitação

⁴ Tem-se, como exemplo, o crime do artigo 134, do Código Penal, que versa sobre a exposição ou abandono de recém-nascido. Para o agente ser criminalmente imputado pela prática deste ilícito-típico, é preciso a comprovação de que o recém-nascido foi concretamente exposto a risco, ou seja, que se criou um concreto perigo de lesão ao bem jurídico (CASARIL, 2015, p. 92).

material, “a presença de um concreto bem jurídico no raio de ação do perigo e a intensa perturbação de sua continuidade existencial” (D’AVILA, DARCIE, 2011, p. 9). Assim, ambos os critérios postos levam ao entendimento de que, sendo o perigo um elemento existente entre a conduta e a probabilidade de lesão ao bem jurídico, nos crimes de perigo concreto deve existir, portanto, uma elevada probabilidade de um resultado danoso, consequência de juízos *ex ante* e *ex post*, como bem explicam D’Avila e Darcie (2011, p. 9):

A verificação da ofensa demandará: em *um primeiro momento*, a emissão de um juízo *ex ante* de base total, no qual uma *elevada probabilidade de dano* deverá ser constatada a partir de uma prognose póstuma (i.e., mediante uma transposição do indivíduo judicante ao momento da conduta); e, em *um segundo momento*, a emissão de um juízo *ex post* de base total (i.e., por meio do efetivo conhecimento do desdobramento causal da conduta *ex ante* tida como perigosa), no qual deverá ser constatada a permanência da elevada probabilidade de dano e a *entrada ou manutenção do bem jurídico no raio de ação do perigo*.

Nos crimes de perigo abstrato, por outro lado, há uma distinção considerável em relações ao perigo concreto, na medida em que não há exigência de que o bem jurídico seja concretamente exposto a perigo, ou, em outros termos, não há imposição de que o bem jurídico esteja, no mínimo, dentro do raio de ação do perigo (D’AVILA, 2005, p. 107-108). Considera-se, assim, que nos crimes de perigo abstrato, o perigo é presumido pelo legislador, sendo um mero elemento de motivação da existência da norma penal (D’AVILA, DARCIE, 2011, p. 8).⁵ No ponto, Toledo explica que “nos de perigo concreto, a realização do tipo exige constatação, caso a caso, de

⁵ Casaril refere que, nos crimes de perigo abstrato, em decorrência da presunção de perigo, o delito do artigo 135, do Código Penal, que versa sobre a omissão de socorro, é um exemplo desta modalidade delitiva. Isso porque, presume-se que, pelo fato de deixar de prestar o devido socorro, a conduta estará consumada (no caso, a falta dela), isto é, o presumido perigo de lesão ao bem jurídico é suficiente (CASARIL, 2015, p. 92).

perigo real, palpável, mensurável. Nos de perigo abstrato, ao contrário, dispensa-se essa constatação, por se tratar de perigo presumido de lesão [...]” (1994, p. 143).

Portanto, a distinção entre os crimes de perigo concreto e de perigo abstrato situa-se em dois pontos: os crimes de perigo abstrato prescindem de exposição do bem jurídico a perigo, ou seja, o objeto tutelado pela norma não precisa ser exposto a lesão (COELHO, 2017, p. 66); e há presunção de perigo, pois, como dito, basta que a conduta seja perigosa, mesmo que não coloque em perigo de lesão o bem jurídico (TOLEDO, 1994, p. 143). Ainda, nas palavras de D’Avila (2005, p. 162):

Diferentemente do concreto pôr-em-perigo – no qual é necessário que um concreto e determinado bem jurídico tenha sofrido uma efetiva afetação em sua normativa intencionalidade –, o ilícito-típico de perigo abstrato se satisfaz com a *mera interferência na esfera de manifestação do bem jurídico* – aqui, não mais concretamente presente na relação de perigo – de forma a retirar deste a *tranquilidade de sua expressão*. Tranquilidade essa que, a nosso ver, traduz satisfatoriamente os elementos necessários para a manutenção da referida tensão primitiva da relação de cuidado-de-perigo.

Nesse íterim, compreende-se que os crimes de perigo abstrato possuem, em relação ao resultado, um acentuado normativismo, pois não há efetivo perigo de dano/violação ao bem jurídico, e somente um atingimento à esfera de tranquilidade do objeto de tutela da norma, suficiente, portanto, a impelir ao entendimento de que o resultado *“consiste na criação de uma situação de instabilidade na esfera de manifestação do bem jurídico”* (D’AVILA, 2005, p. 164). Compreendido o ilícito-típico de perigo abstrato com base nesses termos, a análise deve caminhar à verificação de que, se, pela noção de ofensividade já adiantada no tópico infra, e na medida em que o perigo é um elemento imprescindível à construção do delito de perigo abstrato, é possível reconhecer nesta forma de delito

qualquer desvalor do resultado, isto é, se satisfaz o requisito material em termos de ofensividade (D'AVILA, 2005, p. 166).

Daí que, para atendimento ao requisito de legitimidade constitucional de ofensividade, além do cumprimento dos elementos formais, os crimes de perigo abstrato necessitam, à sua concretização, de uma interpretação, por parte do julgador, que demonstre a efetiva ocorrência de uma tensão na relação de cuidado-de-perigo com a esfera de intersecção do bem jurídico (D'AVILA, 2005, p. 166-167). Em outros termos, na medida em que o bem jurídico é uma categoria normativa, que carrega em si uma determinada noção que lhe faz digno de tutela penal, a ofensa é, dessa forma, a possibilidade uma interferência do raio de ação do perigo na esfera de manifestação do bem jurídico, algo que se busca evitar, pois, com o crime de perigo abstrato (D'AVILA, 2005, p. 173).

Não obstante, é preciso salientar, ainda, que os crimes de perigo abstrato exigem um segundo elemento: a não-insignificância do dano ao bem jurídico, vez que, somente a interferência no âmbito de manifestação do objeto tutelado pela norma penal não é suficiente para dizer que há ofensa (D'AVILA, 2005, p. 173). Noutros termos, significa dizer que o magistrado necessariamente precisa verificar se a possibilidade de dano está situada na esfera de proteção do tipo penal, se o dano não é juridicamente insignificante, levando-se à conclusão de que, somado com o primeiro requisito apresentado – interferência na esfera de manifestação do bem jurídico –, tem-se critérios mínimos à configuração dos crimes de perigo abstrato, e que, em vista disso, a noção de ofensa somente estará satisfeita caso haja preenchimento dos dois requisitos elencados (D'AVILA, 2009, p. 173-174).

Os critérios propostos acima identificados assumem papel de legitimadores dos crimes de perigo abstrato, pois, à medida em que se parte da ofensividade como uma exigência constitucionalmente válida para fins de elaboração de tipos e imputação penal, é necessário, portanto, que haja limitações teóricas à tipificação de condutas, sem possibilitar, com isso, que se

criem normas penais visando coibir condutas que não atendem a meros padrões comportamentais da sociedade – como é o caso, *v.g.*, da criminalização da posse de droga para consumo próprio – (D’AVILA, 2005, p. 175). Ainda que a técnica de tipificação penal utilizada nos crimes de perigo abstrato apresente vantagens, como a possibilidade de amplitude da esfera de proteção jurídico-penal, não se pode desconsiderar, ao mesmo tempo, que há desvantagens na mesma técnica, tais como violação a princípios basilares do direito penal, podendo citar-se, *v.g.*, os princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade, da proporcionalidade, dentre outros (D’AVILA, 2005, p. 177).

Embora sejam considerados legítimos, os crimes de perigo abstrato não podem, considerando o caráter subsidiário do direito penal, serem utilizados para fins que não a proteção de bens jurídicos dignos de tutela, observando-se, para tanto, e como já referido, os critérios que tornam a ofensividade constitucionalmente legítima e os princípios de direito penal, pois, diante dessas considerações, a utilização da técnica de criação de ilícitos-típicos de perigo abstrato deve ficar restrita à excepcionalidade, ou seja, o legislador deve lançar mão desse modo de tipificação somente nos casos em que considere haver uma relevante necessidade de tutela do bem jurídico-penal (D’AVILA, 2005, p. 178). Assim, para lançar mão da criação de crimes de perigo abstrato, não basta, ao legislador, a simples presunção de perigo, pois somente isto não é suficiente aos critérios de ofensa, porquanto é preciso que o perigo seja constatável a partir de uma noção normativa, resultando na conclusão de que há uma possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico, traduzida no pleno desvalor do resultado necessário à existência material do ilícito-típico (D’AVILA, DARCIE, 2011, p. 8).

4. CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO: (IN)EXISTÊNCIA DE LESÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO PELA LEI N° 11.343/06

Pelos argumentos até aqui trabalhados, entende-se que o direito penal pátrio, manifestamente influenciado pela tradição penal de vertentes europeias, repousa sua base na teoria do bem jurídico - cujas raízes encontram-se no direito penal alemão, assim como na doutrina do crime enquanto ofensa a bens jurídicos; ou seja, o crime é considerado fato culpável e ofensivo a bens jurídico-penais (D'AVILA, 2014, p. 6). Entretanto, é de se dizer que modelo de crime como ofensa ao bem jurídico encontra no direito penal contemporâneo um ambiente bastante hostil – o que pode ser reputado, de certo modo, um tanto despropositado, já que este modelo pode ser tido como o mais adequado dentro do quadro jurídico-penal do Estado democrático e social de Direito – sendo, ainda, a ofensa a bens jurídico-penais, como pontua D'Avila, *“exigência indeclinável à legitimação de todo e qualquer ilícito penal”* (D'AVILA, 2014, p. 5).

Nessa esteira, tendo em vista a clássica teoria da proteção dos bens jurídicos, tem-se como preocupação a questão da limitação do poder de intervenção da esfera penal através da teoria do bem jurídico, haja vista que, dentro de seu âmbito de atuação, o direito penal deve ocupar-se, de modo objetivo, tão somente da proteção a bens jurídicos concretos (ROXIN, 2013, p. 39). Desse modo, comportamentos reputados como “ímorais” não devem, portanto, ser objeto de tutela jurídico-penal, justamente em virtude da ausência de lesão a um bem jurídico, tanto é que, na obra de Roxin, o autor chega, inclusive, a problematizar a proteção de bens jurídicos *versus* a liberdade individual, concluindo que, para a configuração de um injusto penal, imprescindível a existência de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico (ROXIN, 2013, p. 40-43).

Nesse sentido, o conceito de bem jurídico parte da ideia de que se trata de um objeto legítimo de proteção normativa jurídico-penal, que atenda às condições necessárias à construção de

um Estado Democrático de Direito, de modo a garantir a proteção estatal requerida pela vivência em sociedade, como também se assegure a menor intervenção na liberdade individual possível⁶: ou seja, as normas jurídico-penais, segundo refere Roxin, “*devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos*” (ROXIN, 2013, p. 17).

Com efeito, nessa linha de argumentação, pode-se dizer que se fundamenta na Constituição a determinação dos bens jurídicos passíveis de tutela penal – cujo papel consiste em reforçar este pensamento de estrita vinculação da atuação do direito penal à ordenação axiológico-constitucional dos bens jurídico. Logo, é no texto constitucional que se fundamenta a exigência de que a função do direito penal seja somente uma função de tutela subsidiária de bens jurídicos e que o conteúdo dos bens jurídico-penais tenha como guia a ordem axiológico-constitucional (BRANDÃO, 2017, p. 239-241). Obrigatoriamente, a Constituição Federal se torna o quadro norteador de qualquer atividade punitiva, contendo as decisões fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico para servir de referência à legislação penal (FELDENS, 2012, p. 61-62). Assim, o fato de estar arrimado à Constituição, impele à conclusão, na esteira do que salienta Greco, que o bem jurídico assume um papel político-criminal, pois, assumindo uma concepção dualista, pode ser definido como dado fundamental para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social (GRECO, 2004, 116).

Nesse passo, é imperativo que os bens jurídico-penais deverão corresponder a direitos ou interesses constitucionalmente protegidos – de forma a balizar a restrição de direitos, liberdades e garantias fundamentais, que só se justifica na medida do necessário para, conforme refere Brandão, “*salvaguardar outros direitos ou interesses*

⁶ O direito penal de um Estado de Direito não pode ser medido tão somente por suas finalidades, mas também, e, principalmente, pelos meios que emprega para alcançá-la; ou seja, “*o direito penal só se constitui como direito penal do Estado de Direito através de princípios normativos que, por meio de critérios que escapam à perspectiva meramente finalística, vão limitar a mobilização de seu instrumentário.*” (NEUMAN; MARINS, 2008, p. 205-206).

constitucionalmente protegidos” (BRANDÃO, 2017, p. 240). Assim, somado ao entendimento da ofensividade, a tipificação penal de uma conduta somente pode ocorrer se houver, concretamente, uma ofensa ao bem jurídico, ou seja, o direito penal não ode criminalizar uma conduta sem que ocorra um dano ou perigo de dano ao bem jurídico-penal (D’AVILA, 2014, p. 22).⁷

Pois bem. Seguindo o raciocínio proposto acima, e fazendo a devida ligação com o objeto de estudo, tem-se que, no caso específico dos crimes previstos na Lei nº 11.343/06, embora sejam considerados crimes de perigo abstrato, estes tutelam um bem jurídico reconhecido constitucionalmente, qual seja: a saúde pública (SILVA, 2016, p. 43). A rigor, o entendimento de que o bem jurídico saúde pública é o tutelado pela Lei de Drogas é pacífico na doutrina, porquanto este bem é considerado de caráter difuso, isto é, supraindividual, a prática dos delitos descritos da legislação de drogas afeta toda a coletividade (SILVA, 2003, p. 129).

Todavia, ainda que seja majoritário o entendimento sobre o objeto tutelado pelos delitos da Lei nº 11.343/06, o crime de posse de drogas para consumo próprio, previsto no artigo 28, possui uma particularidade que o torna diferente dos demais delitos

⁷ No mesmo sentido, merece destaque a seguinte análise: “*A estrita observância ao modelo crime como ofensa a bens jurídicos limita de forma significativa o âmbito das condutas sancionáveis penalmente pelo Estado, através da imposição não só de limites ao objeto de tutela da norma, como também à técnica de tutela, mediante a proposição de dois momentos distintos, embora intimamente ligados, de análise da legitimidade (ou não) do ilícito-típico. Primeiro, se há um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto de proteção da norma. Análise que, por certo, deve partir de uma noção de bem jurídico cujo conteúdo, além de estar em harmonia com a ordem axiológica-constitucional, seja transsistemático em relação à ordem jurídica e concretizável em realidades suscetíveis de viabilizar uma posterior análise de ofensividade. Segundo, se há, no caso concreto, uma efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, o que se percebe através da verificação de um dano ou perigo ao objeto de proteção da norma. Em outras palavras, para a legitimidade do ilícito-típico, além da existência de um bem jurídico de dignidade penal, é necessário, também, a ocorrência da ofensividade, através da consideração dos efeitos da conduta sobre o bem jurídico. Ora, acaso desconsiderado o segundo momento (de constatação da existência de ofensa ao bem jurídico), estaria autorizada a criminalização de condutas não ofensivas a bens jurídicos, o que constitui uma verdadeira subversão da lógica crítico-garantista que deve perpassar a noção jurídico-penal de tutela de bens jurídicos.*” (BEVILAQUA, 2017, p. 61).

da referida legislação: está-se diante de uma autolesão, que ocorre de forma consciente, e não pode ser objeto de tutela jurídico-penal.⁸ Desse modo, não há como postular que a conduta tipicamente descrita de *“adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal”*, seja merecedora de sanção punitiva, já que, de acordo com a teoria de proteção dos bens jurídicos, a proteção refere-se à possibilidade de alguém lesionar outrem, e não a si mesmo.⁹ É justamente neste âmbito que se insere o consumo pessoal de drogas, pois, quando a conduta não traz um risco concreto, direto e imediato a terceiros, ou quando o responsável age de acordo com a vontade do titular do bem jurídico, não está o Estado autorizado a intervir (KARAM, 2014, p. 160).

Tutelar penalmente a posse de drogas para consumo pessoal – conduta que, por si só, é incapaz de lesar qualquer bem jurídico individualizável (KARAM, 2016, p. 19) – é atividade contrária a própria natureza democrática, uma vez que tais intervenções do Estado suprimem a capacidade de escolha do indivíduo, inclusive, nesse sentido vale destacar que, nas palavras de Araújo, *“não vislumbramos constitucionalidade na criminalização do porte de drogas destinadas ao consumo próprio. A uma porque, como já salientado, criminaliza-se a autolesão, a duas porque incriminar tal conduta nada mais é do que a consagração da intervenção penal em um valor exclusivamente moral”* (ARAÚJO, 2009, p. 306).

De certo modo, é possível apontar a existência de um consenso quanto à não criminalização de condutas como a autolesão e a tentativa de suicídio no direito penal brasileiro, mas o

⁸ Em sentido contrário: *“O crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas tem como objetividade jurídica a saúde pública (principal), e a vida, a saúde e a tranquilidade das pessoas individualmente consideradas (secundário). Não está sendo punida a autolesão, mas o perigo que o uso da droga traz para toda a coletividade. Também não está sendo violada indevidamente a intimidade e a vida privada do usuário de drogas, uma vez que esses direitos não são absolutos e podem ceder quando entrarem em conflito com outro direito de igual ou superior valia, como a saúde e a segurança da coletividade.”* (SILVA, 2016, p. 47-28).

⁹ Nesse sentido, seria admissível a intervenção do Direito Penal, só no caso de falta de autonomia na pessoa do afetado (ROXIN, 2013, p. 17).

curioso é que, em relação às drogas ilícitas, o mesmo consenso não se aplica – o que abre espaço para uma densa controvérsia no campo doutrinário e jurisprudencial (D’AVILA, 2014, p. 20):

Uma vez que o legislador penal insiste em criminalizar a posse de drogas para uso, compete ao magistrado analisar a compatibilidade do referido dispositivo com a exigência constitucional de ofensividade. E exatamente aqui se dá a divergência. Seja porque uma tal exigência constitucional não é de todo pacífica, seja porque alguns a consideram derogável, quando diante de interesses político-criminais de grande magnitude, como costuma ser o alegado “combate às drogas”. O entendimento majoritário, como, aliás, não poderia ser diferente, opta por uma leitura meramente formal do art. 28 da Lei de Entorpecentes, desconsiderando toda e qualquer argumentação acerca do seu conteúdo material. Em contrapartida, embora minoritária, uma interessante jurisprudência em favor da inconstitucionalidade do referido dispositivo tem ganhado força, mostrando-se presente tanto nos tribunais brasileiros, como, até mesmo, em julgados monocráticos.

Não obstante, certo é que a política criminal de drogas no Brasil segue o modelo de crime como violação de um dever, característica de ordenamentos penais mais autoritários – o que, inegavelmente, pode ser visto como resultado da expansão do direito penal (D’AVILA, 2014, p. 6). Tal fenômeno é verificável não apenas a nível nacional, uma vez que o desenvolvimento atual do direito penal é mundialmente marcado por uma inegável tendência à sua expansão, principalmente no que diz respeito ao enfrentamento em relação ao problema do uso e do tráfico de drogas (NEUMAN, MARTINS, 2008, p. 205).

Contudo, apesar da política criminal de drogas adota, ainda assim é ilegítima a criminalização de condutas autolesivas – como o crime do artigo 28 –, independentemente dos motivos político-

criminais que lhe deem fundamento (D'AVILA, 2014, p. 22). É que a criminalização de determinadas condutas possui o condão de fazer resultar sérias limitações a direitos, liberdades e garantias daqueles a quem a criminalização é imposta e a ideia de tutela penal do bem jurídico está intrinsecamente vinculada com a dogmática constitucional dos direitos fundamentais, propondo-se, a partir daí, que a legitimidade da intervenção jurídico-penal esteja fundada no princípio constitucional de proteção do bem jurídico, tomando como base as funções do dever de proteção de bens considerados *jusfundamentais* e de defesa dos cidadãos face do Estado (BRANDÃO, 2017, p. 265).

Na medida que se adota a compreensão de que, pelo conceito de ofensividade, uma conduta só pode ser criminalizada quando efetivamente afete um bem jurídico vinculado ou vinculável a direitos individuais concretos (KARAM, 2007, p.195) a questão central do estudo reside, assim, no questionamento sobre a legitimidade do artigo 28 da Lei de Drogas. Como adiantado, pela concepção da ofensividade em direito penal, só são podem ser consideradas passíveis de punição as condutas que lesionem ou coloquem em perigo um bem jurídico penalmente tutelado, o que não parece ser o caso da conduta de possuir drogas para consumo próprio, pois, ainda que o discurso oficial seja tutela da saúde pública, este não parece ser o caso de quem porta drogas para consumo próprio (ARGUELLO; DIETER, 2014, p. 4).¹⁰

Levando-se em conta o conceito de bem jurídico sob uma perspectiva limitadora do poder punitivo estatal, a indicação do bem jurídico saúde pública para justificar a incriminação do uso de drogas é consequência de uma política criminal que acaba por

¹⁰ O panorama sanitário é apenas um dos campos pelo qual o discurso de prevenção geral é discutido. Há, ainda, mais três planos nos quais o discurso oficial proibicionista divide-se: moral, segurança pública e segurança internacional. Contudo, nenhum destes discursos oferece argumentos capazes de sustentar a legitimidade da política proibicionista em relação às drogas (ARGUELLO; DIETER, 2014, p. 15).

mascarar os verdadeiros objetivos da norma penal¹¹ – já que, sabidamente, a chamada “guerra às drogas”¹² tem falhado em erradicar ou ao menos diminuir o consumo destas substâncias (ARGUELLO; DIETER, 2014, p. 16).¹³ Ao contrário de efetivamente proteger o bem jurídico saúde pública, a atual política proibicionista de drogas serve, verdadeiramente, para perseguir outras finalidades ideológicas, como há muito vem sendo destacado pelos estudiosos dessa área (DUMANS, 2014, p. 137).

No caso específico do crime de posse de drogas para consumo próprio, embora seja considerado de menor potencial ofensivo, mesmo que seja um ilícito-típico penal com sanção não privativa de liberdade, entende-se que, por não violar um bem jurídico de terceiro, a autolesão não pode ser punida, isto é, o Estado não pode intervir na autodeterminação do indivíduo (AMARAL, 2018, p. 285).¹⁴ Ademais, a criminalização da posse de

¹¹ No tocante a atender a necessidade de proteger interesses individuais o bem jurídico saúde pública da incriminação dos tipos do artigo 28 e 33 da Lei de drogas não atende a este requisito. *“Em realidade é plenamente possível a construção de um bem jurídico que tenha como fundamento a afetação da saúde pública. Só que estará sempre adstrito aos mandamentos de uma política criminal democrática, isto é, o tipo apenas pode ser de perigo concreto ou dano a um bem jurídico; o bem jurídico deve estar abraçado pela Constituição e leis internacionais de direitos humanos.”* (ARGUELLO; DIETER, 2014, p.17)

¹² O fenômeno da criminalização de certas drogas consideradas ilícitas teve início a partir do século XX; nos anos 1970, a repressão em relação às drogas foi intensificada com o apelo da “guerra às drogas” declarada pelo ex-presidente dos Estados Unidos, Richard Nixon, tendo logo se espalhado a nível mundial (KARAM, 2014, p. 157).

¹³ Apesar de a ONU possuir três convenções acerca da matéria, a saber, a Convenção Única sobre Entorpecentes (1961), o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas (1971) e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988), a própria Organização já reconheceu o fracasso no combate às drogas (KARAM, 2007, p. 190).

¹⁴ De acordo com a Lei 11.343/06, são cominadas as seguintes penas para quem pratica qualquer das condutas previstas no caput do art. 28: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. A despeito da não previsão de pena privativa de liberdade, tais sanções são todas de caráter penal, o

drogas para consumo próprio também viola o princípio da lesividade, em decorrência da violação pelo Estado da individualidade, ao imputar como criminosa uma conduta que é considerada autolesão, e que sequer causa dano ou perigo de dano para bens jurídicos alheios (DUMANS, 2014, p. 145). Nesse sentido, convém ressaltar que a criminalização da posse de drogas para consumo próprio também viola a norma expressa no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, que consagra a cláusula do devido processo legal¹⁵, uma vez que o princípio da lesividade é também expressão do princípio da proporcionalidade - extraído do aspecto de garantia material inerente àquela cláusula fundamental (KARAM, 2007, p. 195-196).

Assim, a conduta de possuir drogas para consumo próprio, como se percebe, não afeta a esfera da manifestação do bem jurídico saúde pública, não causa nenhum dano/violação ou perigo de dano ao objeto de tutela da legislação de drogas, porquanto a conduta é considerada uma autolesão, inadmissível de tutela penal, e, portanto, ausente de legitimidade à luz do conceito de ofensividade em direito penal (COELHO, 2017, p. 135). Ou seja, considerando que o bem jurídico é necessário para legitimar a incriminação de determinada conduta (GRECO, 2004, p. 111), torna-se imprescindível que, além disso, o objeto tutelado sofra um dano/violação ou uma colocação em perigo.

Em termos tais, a conclusão é a de que a conduta merece ser considerada atípica, pois não carrega em si nenhuma ofensa de dano ou perigo de dano ao bem jurídico, tanto é que, sequer é possível considerar que o crime de posse de drogas é um tipo penal de perigo abstrato, uma vez que não preenche, pela conduta tipicamente descrita, nenhum dos requisitos necessários à

que gera os efeitos na condenação, inclusive a reincidência, como prevê o § 4 do referido artigo (MARTINELLI, 2009, p. 17).

¹⁵ Conforme o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – “Artigo 9. 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado da sua liberdade, a não ser pelos motivos e na conformidade dos procedimentos estabelecidos em lei”.

legitimidade dos crimes de perigo abstrato pelo entendimento até aqui esposado: intolerável interferência da conduta do raio de manifestação do bem jurídico e não-insignificância do dano ao bem jurídico (COELHO, 2017, p. 135-136). Ou seja, nessas palavras é possível referir que, embora o perigo de dano seja presumido nos crimes de perigo abstrato, não há nem como falar em perigo presumido no crime de posse de drogas para consumo próprio, em decorrência da clara ausência de tutela da saúde pública neste delito que, a bem da verdade, não pode ser considerado mais do que uma autolesão daquele que compra e usa drogas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Falar sobre o tema drogas nunca é tarefa fácil, pois o assunto, embora seja considerado *cool*, abrange uma infinidade de possibilidades de abordagens, nas mais variadas áreas do conhecimento, o que acarreta, assim, a necessidade de determinada cautela na forma como se coloca e aborda ao assunto. Para o presente estudo, como demonstrado, os autores se propuseram a analisar apenas um pequeno bloco desse grande iceberg que é o tema “drogas”, ficando adstritos à análise jurídico-dogmática do crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, fazendo-o a partir dos conceitos de ofensividade em direito penal e do crime de perigo abstrato.

Conforme o princípio da ofensividade, trabalhado no primeiro tópico, o direito penal deve excluir de seu âmbito condutas que, conquanto cumpram os requisitos formais, não manifestam nenhum desvalor do resultado, sendo, assim, inofensivas ao bem jurídico considerado digno de tutela. Ou seja, em virtude da noção de ofensividade, a esfera de atuação da ordem jurídico-penal se encontra materialmente limitada, uma vez que, para o direito penal intervir, faz-se necessário que, ao mesmo tempo, exista um bem jurídico digno de tutela, e que este bem sofra, efetivamente, um dano ou perigo de dano concreto ou abstrato.

Assim, a primeira conclusão que se tem é de que, considerando a noção de ofensividade em direito penal, que resulta no conceito de crime como ofensa ao bem jurídico, o delito de uso de drogas para consumo próprio, dessa forma, não possui legitimidade constitucional, pois não acarreta em nenhum dano ou coloca em perigo qualquer bem jurídico. Na medida em que no caso da Lei de Drogas, o entendimento é de que o bem jurídico tutelado é saúde pública, conclui-se, portanto, que o crime de posse de drogas para consumo próprio não fere este bem jurídico, haja vista que se trata de uma autolesão, que sequer causa um dano ou perigo de dano à saúde alheia, tampouco da coletividade.

De outro lado, conclui-se que, os crimes de perigo abstrato não possuem problema de legitimidade, pois pelo preenchimento dos critérios de ofensa, isto é, constatação do perigo a partir de uma noção normativa, que leva à conclusão de que há uma probabilidade de dano não insignificante ao bem jurídico, tem-se, assim, a possibilidade e configuração deste ilícito. No entanto, apesar do entendimento de que os crimes da Lei nº 11.343/06 são considerados crimes de perigo abstrato, em virtude do presumido perigo de lesão ao bem jurídico saúde pública, a conduta de possuir drogas para consumo próprio não se enquadra dentro desta classificação. Não há como falar em presunção de perigo à saúde pública no caso em específico do artigo 28, porquanto se trata de uma autolesão, que nem abstratamente coloca em perigo de dano o objeto de tutela da legislação de drogas.

A conjugação de todos esses fatores leva à conclusão final de que o Estado, ao tipificar como criminosa a conduta de possuir drogas para consumo próprio, invade na esfera íntima do indivíduo. Apesar de setores da sociedade criticarem o consumo de drogas, por diversos fatores de ordem criminal e de saúde pública, para ficar apenas nesses exemplos, a bem da verdade, essa atitude diz respeito somente a quem escolhe se prejudicar e fazer o uso de substâncias entorpecentes, não sendo legítima, assim, a intervenção estatal. E talvez seja este o maior problema da criminalização da posse de drogas para consumo próprio: a tipificação criminal de

uma conduta que é autolesiva, mas que, por ser moralmente repudiada por alguns setores, acaba sendo mantida na orbita de atuação do direito penal.

Talvez o leitor coloque objeções às conclusões trazidas no trabalho, no entanto, o mais importante, pensa-se, é abrir mão das certezas e refletir sobre o assunto, seja no âmbito da dogmática penal, como intentado neste estudo, seja em outras áreas do saber. Ademais, parafraseando conclusões já trazidas pelas organizadoras desta obra coletiva, não se pode mais defender uma política de drogas repressiva, que não seja voltada à redução de danos e que mantenha o embate entre Estado e sociedade, pois isso, sem dúvidas, acarreta na manutenção de uma já falida política criminal de drogas (CASTILHOS, POLL, 2018, p. 61-63). Tudo isso, por certo, só acontecerá quando os detentores da caneta, ainda que ela seja uma *bic*, compreenderem que, sem respeito à ciência e aos estudos acadêmicos sobre o tema drogas, a mudança ocorrerá do nada para lugar nenhum.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Rodrigo José dos Santos. **Bem jurídico, autonomia e drogas:** um ensaio para uma interpretação teleológica dos tipos penais de tóxicos. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*, Porto Alegre, ano 6, n. 2, p. 253-297, 2018.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O Princípio da proporcionalidade aplicado ao direito penal:** fundamentação constitucional da legitimidade e limitação do poder de punir. *Revista da EMERJ*, ano 12, n. 45, p. 273-315, 2009.

ARGUELLO, Katie Silene Cáceres; DIETER, Vitor Stegmann. **Política criminal das drogas:** o proibicionismo e seu bem jurídico. Documento eletrônico. 2016. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7a70c831f7cd4077>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BATISTA, Nilo. **Sobre el filo de la navaja.** *Revista EPOS*, Rio de Janeiro, ano 2, n. 1, p. 1-20, jan./jun., 2011.

BEVILAQUA, Victor Matheus. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal:** a afensividade como pressuposto constitucional do jus puniendi. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*, Porto Alegre, ano 5, n. 2, p. 55-74, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral – vol. 1. 13. ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

BOITEUX, Luciana; PÁDUA, João Pedro. **A desproporcionalidade da lei de drogas:** os custos humanos e econômicos da atual política no Brasil. Rio de Janeiro: TNI, 2013.

BRASIL. **Decreto nº 592**, de 6 de julho de 1992. Promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. *Diário Oficial da União*. Brasília. 07 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.343**, de 23 de 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. *Diário Oficial da União*. Brasília. 23 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUONICORE, Bruno Tadeu. **O fundamento ontológico do direito penal em face da sociedade brasileira contemporânea.** *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 11, n. 51, p. 109-124, out./dez., 2013.

CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito e da imputação objetiva.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CASARIL, Letizia. **Um exame dos crimes de perigo abstrato à luz da Constituição de 1988.** *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n. 77, p. 89-106, mai./ago., 2015.

CASTILHOS, Aline Pires de Souza Machado de; POLL, Roberta Eggert. **Ciências criminais:** temas controvertidos na realidade prática brasileira. Florianópolis: Habitus, 2018.

COELHO, Gustavo Tozzi. **Uso de drogas e ofensividade em direito penal.** Curitiba: Juruá, 2017.

D'AVILA, Fabio. **Desafios do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico no direito penal contemporâneo.** *Revista Científica do ISCTAC*, Cidade da Beira/Moçambique, ano 1, n. 01, set., p. 5-25, 2014.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios.** Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal:** escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto; DARCIE, Stephan Doering. **Algumas reflexões sobre os crimes de perigo concreto.** *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 218, p. 8-9, jan., 2011.

D'AVILA, Fabio Roberto; MACHADO, Tomás Grings. **Primeiras linhas sobre o fundamento onto-antropológico do direito penal e sua ressonância em âmbito normativo.** *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 10, n. 37, p. 83-98, abri./jun., 2010.

DARCIE, Stephan Doering. **O perigo na perspectiva do direito penal:** uma análise acerca dos elementos constitutivos da noção penal de perigo. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, ano 10, n. 37, p. 37-65, abr./jun., 2010.

DUMANS, Alexandre Moura. **Nas trincheiras de uma política criminal com derramamento de sangue – 2:** depoimento a Claude Oliveinstein e crítica à lei de drogas. *in*: LOPES, Lucília Elias; BATISTA, Vera Malaguti. [orgs.]. **Atendendo na guerra:** dilema médicos e jurídicos sobre o crack. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 135-155.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal:** a Constituição Penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GRECO, Luís. **“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato:** uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 89-147, jul./ago., 2004.

KARAM, Maria Lucia. **Dez anos da Lei 11.343/2006:** dez anos da falida e danosa política proibicionista de “guerra às drogas”. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 22, p. 19-27, mai./ago., 2016.

KARAM, Maria Lucia. **“Guerra às drogas” e saúde:** os danos provocados pela proibição. *in*: LOPES, Lucília Elias; BATISTA, Vera Malaguti. [orgs.]. **Atendendo na guerra:** dilema médicos e jurídicos sobre o crack. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 157-178.

KARAM, Maria Lucia. **Legislações proibicionistas em matéria de drogas e danos aos direitos fundamentais.** *Revista Verve*, São Paulo, n. 12, p. 181-212, 2007.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Princípio da ofensividade como pressuposto do “jus puniendi”:** enfoque sobre o conceito material do delito à luz da Constituição Federal de 1988. *Revista Lex*, São Paulo, ano 20, n. 22, p. 9-17, fev., 2008.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Paternalismo na lei de drogas.** *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 2, p. 13-25, set./dez., 2009.

MARONNA, Cristiano Ávila. **Nova lei de drogas:** retrocesso travestido de avanço. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 14, n.167, p. 4, out. 2006.

NEUMANN, Ulfrid; MARTINS, Antonio. **O princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena.** *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 16, n. 71, p. 205-232, 2008.

PEDRINHA, Roberta Duboc. **Notas sobre a política criminal de drogas no Brasil:** elementos para uma reflexão crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SANTOS, Daniel Leonhardt dos. **Ofensividade e bem jurídico-penal:** conceitos e fundamentos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 24, n. 121, p. 13-50, jul., 2016.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: APMP, 2016.

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