

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**A (IN)ADEQUAÇÃO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343
AOS PRINCÍPIOS PENAIIS DA OFENSIVIDADE E DA
PROPORCIONALIDADE**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Teo Santos Bonilha

**Santa Maria, RS, Brasil
2015**

A (IN)ADEQUAÇÃO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343 AOS PRINCÍPIOS PENAIS DA OFENSIVIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

por

Teo Santos Bonilha

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora Prof^a. Ms. Maria Ester Toaldo Bopp

**Santa Maria, RS, Brasil
2015**

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**A (IN)ADEQUAÇÃO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343
AOS PRINCÍPIOS PENAIS DA OFENSIVIDADE E DA
PROPORCIONALIDADE**

elaborada por
Teo Santos Bonilha

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Profª. Ms. Maria Ester Toaldo Bopp
(Presidente/Orientador)

Prof. Ms. Ulysses Fonseca Louzada
(Universidade Federal de Santa Maria)

Bel. Rodrigo de Freitas Almeida
(Universidade Federal de Santa Maria)

Santa Maria, 30 de novembro de 2015.

*“Todo ato de autoridade
de um homem em relação a outro
que não derive da absoluta necessidade
é tirânico”
(Montesquieu)*

RESUMO

Monografia de Graduação

Curso de Direito

Universidade Federal de Santa Maria

A (IN)ADEQUAÇÃO DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343 AOS PRINCÍPIOS PENAIS DA OFENSIVIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

AUTOR: **TEO SANTOS BONILHA**

ORIENTADORA: **MARIA ESTER TOALDO BOPP**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 30 de novembro de 2015.

O poder de tutela penal do Estado é a forma mais extrema e ofensiva que os entes soberanos possuem para assegurar a ordem social. Por meio da utilização do *jus puniendi* o Estado possui a autorização expressa para limitar ou ofender direitos individuais do cidadão, com o objetivo de assegurar ou garantir direitos de outros. Ocorre que para assegurar a ausência de abuso no uso deste poder por parte do Estado, com base na concepção de Estado Democrático de Direito, faz-se necessária a adequação da tutela penal aos princípios limitadores do poder punitivo estatal. Entre os principais princípios limitadores do poder punitivo do Estado, encontram-se os princípios da ofensividade e da proporcionalidade. Atualmente no Estado Brasileiro, a conduta de posse de substâncias proscritas, para uso pessoal, é tutelada pelo Direito Penal, por meio do art. 28, da Lei nº 11.343. Nesse contexto, este trabalho preocupou-se em analisar a (in)adequação dessa norma aos princípios da ofensividade e da proporcionalidade, com o objetivo de determinar se esta utilização do *jus puniendi* pode ser considerada legítima ou se fere o conceito de Estado Democrático de Direito. Utilizando-se de bibliografia doutrinária e jurisprudencial determinaram-se critérios objetivos, que, por meio do método dedutivo, foram utilizados para analisar a adequação principiológica na norma penal. Concluiu-se que a norma é inadequada pois a conduta criminalizada não ofende o bem jurídico tutelado e o seu tratamento penal é desproporcional.

Palavras-Chaves: princípios limitadores do poder punitivo; princípio da ofensividade; princípio da proporcionalidade; posse de drogas.

ABSTRACT

Graduation Monograph

Law School

Federal University of Santa Maria

THE (IN)ADEQUACY OF ART. 28 OF THE LAW Nº 11.343 TO THE CRIMINAL PRINCIPLES OF OFFENSIVENESS AND PROPORTIONALITY

Author: TEO SANTOS BONILHA

Adviser: MARIA ESTER TOALDO BOPP

Date and Place of the Defense: Santa Maria, November 30, 2015.

The power of criminal tutelage of the State is the most extreme and offensive form that sovereign entities have to ensure social order. Through the use of *jus puniendi* the State possess the express authorization to limit or offend individual rights, with the aim of ensuring or guaranteeing rights of others. It turns out that to ensure absence of abuse in the use of this invasive power by the State, based on the concept of a Democratic State of Law, it is necessary the adequacy of penal law to limiting principles of the state punitive power. Among the main limiting principles of the punitive power of the State, are the underlying principles of offensiveness and proportionality. Currently in the Brazilian State, the conduct of possessing prohibited substances for personal use is protected under criminal law, through art. 28 of Law nº 11.343 In this context, this paper is concerned with analyzing the (in) adequacy of this rule to the principles of offensiveness and proportionality, in order to determine whether this use of *jus puniendi* can be considered legitimate or injures the concept of democratic rule of law. Using the doctrinal and jurisprudential literature were determined objective criteria, which, through the deductive method, were used to analyze the adequacy principled in criminal law. We conclude that the norm is inadequate because the criminalized conduct does not offend the safeguarded legal asset and its criminal treatment is disproportionate.

Key-Words: limiting principles of the punitive power; principle of offensiveness; principle of proportionality; possession of drugs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE	9
1.1 Bem jurídico	12
1.1.1 O bem jurídico tutelado pelo art. 28, da Lei nº 11.343	16
1.2 Lesão, perigo concreto e perigo abstrato	18
1.2.1 O art. 28, da Lei nº 11.343 como um crime de perigo abstrato	20
1.2.2 A adequação dos crimes de perigo abstrato ao princípio da ofensividade	21
1.3 A adequação do art. 28, da Lei nº 11.343 ao princípio da ofensividade	26
1.3.1 Aptidão para induzir terceiros ao uso	27
1.3.2 Aptidão para aumentar a ocorrência de crimes ligados à traficância	30
1.3.2 Aptidão para aumentar a potencialidade lesiva do usuário	31
2 O PRINCÍPIO DA PROPOCIONALIDADE	35
2.1 A subdivisão do Princípio da Proporcionalidade	36
2.1.1 Idoneidade	38
2.1.2 Necessidade	39
2.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito	40
2.2 Adequação do art. 28, da Lei nº 11.343 ao princípio da proporcionalidade .	41
2.2.1 Adequação ao critério da idoneidade	42
2.2.2 Adequação ao critério da necessidade	45
2.2.3 Adequação ao critério da proporcionalidade em sentido estrito	48
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

A tutela penal, desde os tempos mais remotos da vida organizada em sociedade, sempre foi exercida por aqueles indivíduos ou grupos dominantes, como forma de punir condutas e ou ideologias contrárias aos interesses dos governantes e, dessa forma, manter a ordem social.

Ocorre que a ausência de qualquer limite ao poder punitivo estatal acabou por propiciar, ao longo da história, a ocorrência de inúmeros abusos por parte dos governantes, que muitas vezes utilizavam esta prerrogativa para criminalizar condutas e ou ideologias que de qualquer forma ameaçavam a manutenção deste poder dominante. Diante de flagrância dos abusos perpetrados pelos governantes, nasceu o conceito de Estado Democrático de Direito, um Estado onde até mesmo o poder soberano deveria se submeter as leis e, dessa forma, respeitar os direitos individuais e coletivos da população.

É nesse momento, juntamente ao conceito de Estado Democrático de Direito, que nasceram os princípios limitadores do poder punitivo estatal, também conhecidos como princípios penais de um Estado Democrático de Direito. Tais princípios têm como principal objetivo delimitar como, quando e de que forma o Estado soberano pode invadir a esfera de direitos individuais e penalizar os cidadãos.

Estes princípios encontram-se previstos, implícita ou explicitamente em grande parte das constituições dos Estado atualmente constituídos e tem como objetivo legitimar e evitar abusos no uso do *jus puniendi* estatal, delimitando o que pode ser considerado crime, quais penas podem ser aplicadas e como estas podem ser aplicadas. Entre esses princípios encontram-se dois princípios de extrema importância para o Direito Penal e para a aferição de legitimidade do uso do *jus puniendi*, são os princípios da ofensividade, o qual prevê que somente condutas ofensivas podem ser tuteladas penalmente, e o princípio da proporcionalidade, o qual determina a moderação nas ações estatais.

Atualmente, o Estado brasileiro, no art. 28 da Lei nº 11.343, criminaliza a conduta de adquirir, guarda, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 2006). Não obstante a criminalização legal desta

conduta estar prevista no ordenamento jurídico pátrio há quase dez décadas, com algumas modificações operadas ao longo dos anos, o debate acerca da adequação desta criminalização se faz a cada momento mais intenso e pertinente.

Dentro desse contexto, o presente trabalho faz uma análise acerca da adequação da proibição contida no art. 28 da Lei nº 11.343, frente aos princípios penais da ofensividade e da proporcionalidade, sendo estes os mais importantes princípios limitadores do poder punitivo estatal, dentro do âmbito da legitimidade das proibições.

Com o objetivo de permitir uma análise objetiva acerca da adequação dessa norma penal aos princípios em questão, primeiramente buscar-se a determinação de critérios objetivos, com base na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tanto de autores nacionais como internacionais.

Para a determinação destes critérios serão consideradas as perspectivas principiológicas em um plano ideal, desmembrando-se os princípios no maior número de características essenciais.

Após a determinação destas características, as quais serão elaborados separadamente em relação a cada um dos princípios analisados, sendo que no primeiro capítulo é abordado o princípio da proporcionalidade e no segundo capítulo o princípio da proporcionalidade, utilizou-se do método dedutivo partindo-se de conceitos gerais e abstratos que são, posteriormente, utilizados para fazer a análise de adequação frente ao art. 28 da Lei nº 11.343, sendo que, sempre que possível, foram utilizados dados estatísticos e concretos para embasar a análise.

Por fim, então, objetivou-se a obtenção de uma conclusão acerca da (in)adequação do art. 28 da Lei nº 11.343 aos princípios penais da ofensividade e da proporcionalidade, como forma de determinar a legitimidade desta norma penal frente ao conceito de Estado Democrático de Direito.

1 O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O princípio da ofensividade é um dos princípios mais antigos e importantes do Direito Penal, que tem por objetivo proteger as liberdades individuais por meio da concepção externamente legitimadora de que somente aquelas atitudes que sejam em certo grau ofensivas a terceiros podem ser alvo da tutela penal. Prescreve que o Direito Penal não tem o objetivo nem a legitimidade de tutelar qualquer atitude humana que não possua o condão de afetar direitos alheios (FERRAJOLI, 2002).

O princípio da ofensividade, também conhecido por princípio da lesividade, é um princípio garantidor da impossibilidade da construção do ilícito penal senão quando o fato for ofensivo, lesivo, ou simplesmente perigoso, ao bem jurídico tutelado. Impõe, por isso, ao legislador e ao juiz que só sejam incriminados aqueles comportamentos que lesionem ou ameacem de lesão bens jurídicos alheios (LIMA, 2012, p. 81).

Acerca da importância deste princípio e sua longa existência no campo da Filosofia e do Direito Penal, lesiona FERRAJOLI:

Trata-se de um princípio que surge já em Aristóteles e Epicuro, e que é denominador comum de toda a cultura penal iluminista: de Hobbes, Pufendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, que veem no dano causado a terceiros as razões, os critérios e a medida das proibições e das penas (FERRAJOLI, 2002, p. 373).

Dessa forma, pode-se dizer que o princípio da ofensividade é um princípio amplamente reconhecido no Direito Penal e adotado amplamente pelos sistemas jurídicos ao redor do mundo.

Apesar de sua unanimidade, existe certa divergência acerca da própria nomenclatura do princípio, sendo, por vezes, referido como princípio da ofensividade e noutras, como princípio da lesividade. Em que pese o uso corriqueiro desses termos como sinônimos, consideramos importante uma breve explanação acerca do motivo da adoção do termo ofensividade no curso deste trabalho.

O termo lesividade remete à existência ou inexistência de lesão. Por lesão entende-se “ato ou efeito de lesar; dano; prejuízo” (FIGUEIREDO, 2010, p. 1171). Ou seja, este termo remete à ideia de que para que uma conduta seja adequada ao princípio é necessário que ela efetivamente cause dano a algo. Ocorre que o nosso sistema jurídico, como a maior parte dos sistemas ao redor do mundo, não adota a

necessidade absoluta de dano para que uma conduta seja penalmente tutelável, aceitando a penalização de condutas de perigo.

Nesse sentido, o termo ofensividade remete a ofensa, que possui definição mais ampla sendo compreendida como “ato ou efeito de ofender; ato de fazer mal a alguém, por atos ou palavras; menosprezo ou postergação de qualquer preceito ou regra (FIGUEIREDO, 2010, p. 1406)”. Assim, consideramos mais acertada a utilização do termo ofensividade, posição que vai de encontro às palavras de GOMES.

A lesão ao bem jurídico (que é um conceito normativo, ou seja, fruto de uma valoração) não pode ser confundida, logicamente, com o (naturalista) conceito de dano material ou físico ao bem existencial (dano ao objeto material do delito). Algumas vezes os doutrinadores confundem esses dois conceitos (porque confundem os planos naturalísticos e jurídico, o fático e o axiológico). Outras vezes a palavra dano é utilizada conscientemente como sentido de lesão. Ofensividade, portanto, não significa dano material, quer dizer, destruição do objeto material do delito, senão 'afetação' ou ofensa ao bem jurídico (GOMES, 2007, p. 36).

Superado o ponto terminológico, este princípio possui, dentro dos sistemas jurídicos, duas funções primordiais que dizem respeito a diferentes momentos da sua utilização. A primeira delas é a função político-criminal que é que tem por objetivo balizar a política criminal e, conseqüentemente, a atuação legislativa na criação de tipos penais. Essa função diz respeito diretamente a limitação do poder punitivo estatal, pois ela serve de base legitimadora da penalização de condutas: se a conduta proibida cumpre o princípio da ofensividade, a proibição é legítima; caso contrário a proibição não possui legitimidade (DOTTI, 2010).

A segunda função do princípio da ofensividade é a função interpretativa ou dogmática, que se exercita após a etapa legislativa e a ocorrência da ação supostamente delitiva. Essa função do princípio da ofensividade tem como objetivo que no momento da aplicação da norma penal, seja cotejada a adequação da conduta ilícita a ele, ou seja, que seja aferido se a conduta ilícita em concreto realmente ofendeu o bem jurídico tutelado pela norma penal infringida (DOTTI, 2010).

A função que possui pertinência para este trabalho é a primeira, pois a presente exposição não tem como objetivo a análise de um caso concreto no qual far-se-ia um juízo acerca da adequação desta conduta ao princípio em questão, mas sim tem como foco a análise da adequação de uma norma tipificadora penal abstrata

ao princípio da ofensividade. Ou seja, o mérito a ser enfrentado é se a normal penal do art. 28 da Lei nº 11.343, mostra-se adequada ao princípio da ofensividade, ou mais diretamente, se a conduta descrita neste tipo penal realmente possui o condão de ofender um bem jurídico e se sim, em que grau de ofensividade.

De acordo com as lições de BATISTA (2007) o princípio da ofensividade possuiria 4 objetivos: (a) proibir a incriminação de uma atitude interna; (b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; (c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; (d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Do primeiro objetivo extrai-se a necessidade de haver uma atitude externalizada para que haja proibição. Do segundo, a necessidade de que essa atitude afete a esfera jurídica de terceiro, não devendo ser alvo da tutela penal as atitudes que se restrinjam a esfera pessoal do autor. Do terceiro, a necessidade de que esta atitude seja dirigida ao fim lesivo, não sendo viável a incriminação de meras condições pessoais ou estados de ânimo. O último objetivo revela a necessidade de que a conduta afete um bem jurídico penalmente tutelável.

Destes paradigmas podemos extrair os primeiros critérios que serão utilizados para a aferição da adequação do art. 28 da Lei 11.343, quais sejam: (a) alteridade: a conduta descrita no tipo penal afeta terceiros?; (b) existência de bem jurídico: a proibição desta conduta protege um bem jurídico penalmente tutelável?; (c) ofensividade: a conduta realmente é capaz de lesar o bem jurídico tutelado.

O primeiro critério da alteridade pode ser aglutinado ao critério da lesividade, tendo em vista que se a conduta se provar lesiva ao bem jurídico tutelado, considerando que este bem jurídico não é a integridade física do próprio autor, a conduta certamente adentrará na esfera jurídica de outrem. Dessa forma para evitar tautologia na análise destes critérios será feita conjuntamente, de modo que um resultado positivo quanto a lesividade leve à certeza de um resultado positivo quanto a alteridade.

Ainda, para melhor organização dos critérios a serem analisados cabe a determinação de etapas de análise, restando a seguinte organização: (a) bem jurídico; (a1) quais bens jurídicos podem ser penalmente tutelados, (a2) qual o bem jurídico tutelado pelo art. 28 da Lei 11.343; (b) lesividade: (b1) qual grau de ofensividade é necessário para legitimar a tutela penal, (b2) a proibição da conduta descrita no art. 28 da Lei nº 11.343 é capaz de ofender o bem jurídico tutelado;

Após a averiguação destes critérios será possível a conclusão acerca da adequação da proibição contida no art. 28 da Lei nº 11.343 ao princípio da ofensividade, de forma mais objetiva possível.

1.1 Bem jurídico

Para compreendermos profundamente o princípio da ofensividade e tornar possível uma análise objetiva, porém abstrata, quanto a ofensividade de determinada conduta, no caso a conduta de portar substância proscrita destinada ao uso individual, é necessário um estudo acerca do que é bem jurídico e que tipo de bem jurídico pode ser tutelado pela *ultima ratio* do Direito Penal.

Primeiramente, cabe esclarecer acerca das funções desempenhadas pelos bens jurídicos dentro do Direito Penal. PRADO (2007) elenca quatro principais funções para o conceito de bem jurídico dentro do sistema penal: (a) função teleológica; (b) função individualizadora; (c) função sistemática; (e) função de garantia.

Na função teleológica os bens jurídicos são utilizados como critério de interpretação dos tipos penais, condicionando o sentido e o alcance do tipo penal. Ao cumprir a função teleológica os bens jurídicos serviriam como justificadores da norma penal, orientando os julgadores a reconhecer qual o bem jurídico tutelado pela norma penal (PRADO, 2007).

Ao cumprir a função individualizadora, o bem jurídico é utilizado para definir o grau de afetação deste, dentro dos casos concretos. Ou seja, nessa função o bem jurídico é utilizado como um critério de tipicidade da conduta executada, baseando-se na existência ou inexistência de ofensividade a este bem jurídico no caso concreto (PRADO, 2007).

A função sistemática é a utilização dos bem jurídicos como forma de agrupar os tipos penais dentro dos códigos normativos de cada nação (PRADO, 2007). Por exemplo, o Código Penal Brasileiro utiliza esta função para nomear os capítulos, da parte especial, como por exemplo o Capítulo I, do Título I, que é nomeado como “Dos Crimes Contra Vida”.

Por fim, os bem jurídicos possuem a função de garantia, na qual “o bem

jurídico é erigido como conceito-limite na dimensão material da norma” (PRADO, 2007, p. 142). Essa função pode ser classificada como uma função político-criminal, tendo em vista que tem o objetivo de operar como uma limitação ao *jus puniendi* estatal, determinando que o Direito Penal somente pode ser evocado com o objetivo de proteger bens jurídicos e jamais por mero interesse individual ou coletivo.

Essa última função é a que se mostra pertinente ao presente trabalho, tendo em vista que o objetivo deste é exatamente analisar a legitimidade de norma penal, baseando-se em princípios limitadores do poder punitivo estatal. Dessa forma, esta função de bem jurídico vai de encontro à finalidade do princípio da ofensividade abordado neste trabalho.

Compreendendo-se as funções do bem jurídico dentro do âmbito do Direito Penal, faz-se necessária a conceituação deste objeto.

O conceito de bem jurídico, como grande parte dos conceitos jurídicos, sofreu alterações no decorrer do tempo. Inicialmente, na ascensão do pensamento iluminista, defendido por Feuerbach, Bentham, Pagano, entre outros, teve origem o conceito de que bem jurídico seria necessariamente um direito subjetivo natural da pessoa. Ou seja, bem jurídico seria aquele bem fundamental para um indivíduo determinado, do qual este não poderia ser privado sem que houvesse uma lesão à sua dignidade (FERRAJOLI, 2002).

Posteriormente, com a aceitação ampla do conceito de Estado, nasce, fundamentado inicialmente por Hegel, o conceito de que bem jurídico consistiria em qualquer objeto ao qual o Estado possuía o interesse em conservar. Este conceito se desenvolveu fortemente na segunda metade do século XIX, se fortalecendo em tal ponto que o mero interesse estatal passou a ser considerado um bem jurídico penalmente tutelável. Tal concepção acabou sendo utilizada como forma de legitimar diversos movimentos totalitários neste período, tendo em vista que o direito penal foi utilizado vastamente por estes regimes como forma de permitir um controle social forte e efetivo (FERRAJOLI, 2002).

Num terceiro momento, no início do século XX, os bens jurídicos passaram a ser vistos como valores éticos culturais, cujos atos lesivos passaram a ser considerados comportamentos imorais. Nesse momento, como ressalta FERRAJOLI (2002) o conceito de bem jurídico passou a se confundir com os conceitos de moralidade social, o que acabou por causar uma confusão acentuada entre Direito Penal e a moral, tendo em vista que o *jus puniendi* seria uma ferramenta com a qual

se poderia expurgar aqueles que apresentavam condutas divergentes dos valores morais vigentes.

Ciente do contexto histórico evolutivo do conceito de bem jurídico BUSATO (2013) propôs a classificação das correntes jusfilosóficas em duas. A primeira, nomeada de transcendentalista, encontraria os fundamentos para definir bem jurídico além do direito positivo, ou seja, esta corrente jusnaturalista compreenderia que os bens jurídicos seriam algo intrínseco e natural ao ser humano e à vida em sociedade. Dessa forma os bens jurídicos já se encontrariam na natureza e bastaria uma análise do ambiente e da natureza humana para depreender quais bens são passíveis de proteção jurídica e quais são artificiais e não são dignos de sua proteção.

A corrente transcendentalista põe a existência natural e social como base para a concepção de quais seriam os bens jurídicos, sendo que eles poderiam derivar diretamente da natureza biológica, como a integridade física, a saúde, a vida, ou da natureza social do ser humano, como a liberdade sexual, a liberdade religiosa, a honra, entre outros bens jurídicos que podem ser extraídos de uma análise social e antropológica.

Em oposição à corrente transcendentalista está a corrente imanentista, para a qual os bens jurídicos tutelados seriam exatamente aqueles objetos das normas jurídicas. De acordo com essa corrente os bens jurídicos não existiriam em sua forma natural, ou seja, não haveria a possibilidade de se definir que objeto é passível de se enquadrar como um bem jurídico tutelável ou não, sendo suficiente que uma determinada norma afirme a sua existência para que este se enquadre no conceito de bem jurídico tutelável (BUSATO, 2013).

Esta concepção basicamente transfere a possibilidade de enquadramento de um objeto como bem jurídico para a sua própria previsão como bem jurídico tutelado. Ou seja, tenta-se conceituar um objeto utilizando-se sua própria conceituação como fundamento de validade. Por exemplo, de acordo com essa corrente, basta a existência de uma norma que vise proteger o bem jurídico “alma” para que a “alma” seja considerada um bem jurídico tutelável.

Tal concepção foi utilizada amplamente no século XIX, conforme supramencionado, como forma de fundamentar a criação de diversas normas penais utilizadas por estados totalitários, sob o fundamento de que bens como “interesse do Estado”, seriam bens penalmente tuteláveis, pois foram implementadas normas que

previam a sua proteção (FERRAJOLI, 2002).

Diante das divergências destas correntes doutrinárias, as palavras de PRADO oferecem uma visão bastante completa acerca do conceito de bem jurídico:

O conceito material de bem jurídico resina na realidade ou experiência social, sobre a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois do legislador ordinário. Trata-se de conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural [...] para defini-lo, o legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Portanto, encontram-se na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no texto magno, Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva (PRADO, 2007, p. 141).

Tal conceituação mostra-se extremamente sagaz e traz em si duas premissas. Primeiro de que a conceituação de bem jurídico não pode ser considerada de maneira absoluta, pois, levando em conta qualquer das correntes supramencionadas, a valoração como bem jurídico está ligada diretamente aos valores culturais de determinada sociedade, bem como ao seu momento histórico-cultural. Ou seja, determinado valor social, como por exemplo a “alma”, pode ser considerado essencial em determinado momento histórico em dada sociedade, porém esta mesma sociedade com o decorrer do tempo, pode perceber que tal valor não é mais digno da definição de bem jurídico e, portanto, não pode ser objeto de proteção jurídica, especialmente da penal.

FERRAJOLI ao citar BECCARIA, tece comentário conciso, porém pertinente, sobre o tema:

“Quem quer que leia com olhar filosófico os códigos das nações e seus anais [...] verá quase sempre que são trocados os nomes de vício e de virtude, de bom cidadão ou de réu, com as revoluções dos séculos... Verá muitas vezes que as paixões de um século são a base da moral dos séculos que lhe seguem, que as paixões fortes, filhas do fanatismo e do entusiasmo, debilitadas e corroídas (por assim dizê-lo) pelo tempo, que iguala os fenômenos físicos aos morais, vêm, pouco a pouco, a representar a prudência do século, constituindo-se em instrumento útil nas mãos do forte e do prudente” (BECCARIA *apud* FERRAJOLI, 2002, p. 370)

Estas palavras trazem importante ensinamento, pois relevam que para uma conceituação coerente de bem jurídico faz-se imperioso um olhar histórico, para que não se repitam os erros cometidos por outras sociedades em momentos anteriores.

Nesse contexto poder-se-ia dizer que a definição de “interesse do Estado” como um bem jurídico penalmente tutelável deve ser tida com cautela, pois tão definição deu azo para abusos estatais que lesionaram profundamente bens jurídicos individuais de seus cidadãos. Um olhar atento ao passado é necessário para que os mesmos erros não se repitam.

A segunda premissa é de que um parâmetro seguro para quais bens jurídicos podem ser alvo da tutela penal é a previsão de direitos constitucionalmente assegurados. A Constituição serviria como um guia de quais objetos podem efetivamente serem considerados bens jurídicos e quais não fazem parte do rol de bens jurídicos penalmente tutelados.

Ocorre que como o rol constitucional é por vezes muito extenso, e tendo em vista que a tutela penal afronta diretamente alguns desses direitos previstos constitucionalmente, em especial a liberdade, acaba-se por necessitar-se de um sopesamento entre a lesão causada pela conduta e a lesão causada pela pena. Este ponto será abordado mais profundamente no segundo capítulo que trata do princípio da proporcionalidade.

Por fim, extrai-se então como definição de bem jurídico, como sendo “um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou meta individual, reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem” (PRADO, 2007, p. 142).

1.1.1 O bem jurídico tutelado pelo art. 28, da Lei nº 11.343

Compreendendo-se o conceito de bem jurídico tutelável, faz-se necessária a averiguação de qual bem jurídico é tutelado pela norma penal tipificadora do art. 28 da Lei nº 11.343, como forma de permitir uma análise acerca de sua adequação dentro do conceito de bem jurídico, bem como de viabilizar a verificação da ofensividade da conduta tipificada.

Conforme fixou-se em pacífico entendimento jurisprudencial, o crime tipificado no art. 28 da Lei nº 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 determinação legal ou regulamentar,

tem como bem jurídico tutelado a Saúde Pública. Tal compreensão tem como embasamento o fato de que a conduta de portar substância proscrita não somente afeta a saúde pessoal do indivíduo que a porta, mas também afeta a saúde da coletividade, de modo amplo (BRASIL, 2014).

Tal determinação do bem jurídico tutelado teria como base o fato de que o usuário, ao buscar alimentar a sua vontade incontrolável de utilizar a substância proscrita, acaba estimulando o comércio ilegal destas substâncias, bem como os diversos outros delitos relacionados ao narcotráfico, como homicídio, roubo, corrupção, tráfico de armas, etc. (BRASIL, 2014).

GRECO FILHO lança, ainda, um olhar mais profundo acerca do motivo pelo qual o principal bem jurídico tutelado por esta norma penal é a Saúde Pública:

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 ou de seu paraíso artificial ou de seu inferno (GRECO FILHO, 2009, p. 46)

No mesmo sentido discorre GOMES (2011), o qual considera a Saúde Pública como bem jurídico tutelado imediatamente pela norma penal, tendo em vista a possibilidade que a utilização de substâncias altamente viciantes se propague pela sociedade de forma epidêmica, ocasionando um grande prejuízo social. O autor considera, ainda, que a conduta proscrita afeta de forma mediata a vida, a integridade, a saúde física e psíquica das pessoas.

De forma sintética então, concluímos que a conduta tipificada no art. 28 da Lei nº 11.343, visa proteger o bem jurídico Saúde Pública, afetando-o das seguintes maneiras: (a) pelo risco do usuário induzir terceiros a utilizar substâncias proscritas; (b) pelo estímulo do comércio destas substâncias, o que acarretaria um aumento em demais crimes relacionados à traficância; (c) pela possibilidade do usuário, sob efeito de substância proscrita, praticar outros crimes. Estes critérios de afetação ao bem jurídico serão utilizados posteriormente ao fazermos a análise acerca da ofensividade efetiva da conduta tipificada.

Pertinente referir que o dano a saúde pessoal não será adota como um critério, pois, quando se trata da análise do princípio da ofensividade, tem-se a necessidade de que o bem jurídico afetado seja pertencente a terceiro. Em

decorrência desse aspecto de alteridade existente no princípio da ofensividade, as condutas auto lesivas de qualquer espécie não são tuteladas pelo Direito Penal (FERRAJOLI, 2002). Ainda, a saúde pessoal não pode se encontrar entre os critérios, pois não é este o bem jurídico tutelado pela normal penal.

Cabe pontuar que, conforme exposto no item anterior, a Saúde Pública, se entendida como um relevante valor social, intrínseco a natureza social humana, dentro da visão transcendentalista, ou se compreendido meramente como bem jurídico tutelado por uma norma penal, com base na corrente imanentista, pode ser considerada um bem jurídico penalmente tutelável.

No entanto, mostra-se pertinente uma última consideração acerca da utilização de bem jurídicos tão amplos como legitimadores do *jus puniendi*. Conforme eloquente lição de PUIG (2014), a utilização de uma concepção abstrata dos bem jurídicos merecedores da tutela penal encerra um grande perigo, tendo em vista que dentro de um bem jurídico amplamente considerado como a Saúde Pública, não há uma forma concreta de determinar o objetivo a ser protegido. Dessa forma a alusão a gêneros amplos, pouco serve para o Direito Penal, tendo em vista que não permite uma correta aferição da afetação do bem jurídico, que se mostra de difícil determinação.

Determinado o bem jurídico formalmente tutelado pela norma penal do art. 28 da Lei nº 11.343, bem como sua aceitação como bem jurídico legitimamente tutelável, faz-se necessária uma avaliação acerca do nível de afetação do bem jurídico que é pertinente à tutela penal, tendo em vista que o campo de afetação necessário para a tipicidade da conduta varia grandemente dentro dos tipos penais previstos em nosso ordenamento jurídico.

1.2 Lesão, perigo concreto e perigo abstrato

Como referido anteriormente, para que seja possível aferir a adequação de determinada norma penal ao princípio da ofensividade é imperioso delimitar qual grau de ofensividade é necessário para que uma conduta possa ser alvo do *jus puniendi* estatal. Pode o Direito Penal tutelar condutas que não gerem um efetivo dano? Em caso positivo, em que grau a conduta deve oferecer risco de causar dano

para ser considerada ofensiva?

O nosso sistema penal aceita, quanto à ofensividade, três tipos de crimes (PRADO, 2002): os crimes de dano, os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato.

A primeira categoria abarca os crimes de dano, para os quais faz-se necessária a ocorrência de resultado naturalístico danoso para a sua configuração. Ou seja, a conduta é tutelada pelo Direito Penal pois gera uma efetiva afetação lesiva ao bem jurídico penalmente protegido. Quanto a estes crimes não existe nenhuma dúvida acerca da ofensividade da conduta, tendo em vista que a lesão faz parte do próprio tipo penal, como é o caso do crime de homicídio, o qual prevê a tutela penal quando um indivíduo lesiona o bem jurídico, vida, de outro.

Como uma segunda categoria temos os crimes de perigo, os quais se subdividem em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. De modo amplo, os crimes de perigo são aqueles que tornam alvo do *jus puniendi* condutas que oferecem um risco de lesão ao bem jurídico tutelado, havendo uma flexibilização do princípio da ofensividade de modo a garantir a proteção dos bens jurídicos de modo preventivo. Nesse sentido, ROMERO é preciso em descrever que:

Crime de perigo, é, pois, aquele que, sem destruir ou diminuir o bem jurídico tutelado pelo direito penal, representa uma ponderável ameaça ou turbação à existência ou segurança de ditos valores tutelados, uma vez existir relevante probabilidade de dano a estes interesses (ROMERO, 2004).

Os crimes de perigo concreto são aqueles em que o agente assume o risco, de forma consciente, de produzir um resultado danoso, sendo que o dano ao bem jurídico tutelado decorreria logicamente da conduta penalizada concretizada. Ou seja, o perigo é um elemento objetivo da conduta delitiva, sendo que a ocorrência de um dano ao bem jurídico decorre logicamente da ação realizada, sendo altamente provável e previsível a ocorrência do dano (PEREIRA, 2010).

"O perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a real ocorrência para o bem jurídico, isto é, o perigo deve ser efetivamente comprovado" (PRADO, 2007, p. 250). Disso extrai-se que os delitos de perigo concreto, assim como os delitos de dano são crimes de resultado, pois há a necessidade de aferição casuística da ocorrência do perigo (ROMERO, 2004).

Finalmente temos a última categoria dos crimes de perigo abstrato que são condutas que abstratamente consideradas, põe em risco o bem jurídico tutelado pela

norma penal. “Nestes tipos de crime, o perigo não é elementar do tipo, ao contrário dos crimes de perigo concreto, sendo apenas a motivação para sua criação” (BORBA, 2015, p. 4). Ou seja, não é necessária uma averiguação prática da ocorrência do risco, ou mesmo um titular determinado desse direito, considerando-se suficiente a existência de vítimas potenciais. Por este motivo, de modo geral estes delitos têm como objetivo a tutela de bens jurídicos coletivos ou difusos.

1.2.1 O art. 28, da Lei nº 11.343 como um crime de perigo abstrato

O crime descrito no art. 28 da Lei nº 11.343, o qual prevê o tratamento penal daqueles que portarem substâncias proscritas por lei, consideradas drogas, destinadas ao uso pessoal é considerado um crime de perigo abstrato, tendo em vista que não existe necessidade de aferição casuística de risco de lesão ao bem jurídico tutelado para que se configure a conduta delituosa. Para que seja considerada típica a conduta não é exigido qualquer resultado naturalístico, ou seja, não se faz necessária a comprovação da lesão ou mesmo da existência de risco objetivo de afetação ao bem jurídico (BRASIL, 2010).

Apesar de inexisterem maiores divergências acerca da classificação deste delito como crime de perigo abstrato, cabe uma breve análise do que seria necessário para a classificação nesse gênero delituoso.

Como já exposto anteriormente para a configuração dos crimes de perigo abstrato não é necessária qualquer comprovação efetiva do perigo de lesão ao bem jurídico, bastante o exercício meramente lógico de que da conduta proscrita se origina um risco de lesão ao bem. Dessa definição é possível extrair que, para que um crime seja considerado efetivamente de perigo abstrato é necessário que a conduta, considerada *ex ante*, de forma abstrata, porém objetiva, seja apta e idônea a lesionar o bem jurídico, embora efetivamente não chegue a lesioná-lo ou colocá-lo em perigo concreto (BRASIL, 2011).

Ou seja, para que um crime possa ser considerado de perigo abstrato é necessário que a conduta proibida tenha a capacidade de lesionar o bem jurídico tutelado, mesmo que a conduta considerada *in casu* não o faça (BRASIL, 2011).

Ainda, para a melhor compreensão do nível de ofensividade necessário para

a configuração de um crime de perigo abstrato, mostra-se pertinente a distinção entre perigo e risco. O perigo se "concebe como a capacidade intrínseca de uma substância ou de uma conduta para provocar efeitos adversos" e o risco é a "probabilidade de que, no caso concreto, esse efeito adverso ocorra". Dessa forma o perigo seria a consideração em abstrato da potencialidade lesiva de uma determinada conduta, enquanto o risco, seria a probabilidade dessa lesão efetivamente ocorrer (BRASIL, 2011).

Nos crimes de perigo concreto a existência de risco elevado deve ser considerada *in casu*, porém nos crimes de perigo abstrato em nenhum momento faz-se a análise acerca do risco da conduta, bastando a existência de perigo, ou seja, basta que a conduta possua a capacidade de efetivamente gerar lesão.

Dessa forma a adequação do delito tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343 como um crime de perigo abstrato será analisada posteriormente, ao se analisar o potencial lesivo da conduta proscrita em comento em afetar o bem jurídico tutelado pela norma penal, sendo que, em caso de potencialidade de afetação, poderá considerar-se que a conduta realmente pode ser enquadrada como um crime de perigo abstrato, e, em caso de inexistência de ofensividade, esta estaria erroneamente qualificada como um crime de perigo abstrato.

1.2.2 A adequação dos crimes de perigo abstrato ao princípio da ofensividade

Considerando, então, a conceituação vigente de que o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343 é um crime de perigo abstrato, faz-se imperiosa a análise da adequação destes tipos penais ao princípio da ofensividade.

Subsiste na doutrina nacional, bem como na internacional, divergência consistente acerca da possibilidade de se criminalizar condutas baseando-se apenas da concepção abstrata de que determinada conduta ofende, por meio da colocação em risco de dano, determinado bem jurídico penalmente tutelado.

Parte dos doutrinadores compreende como legítima a criminalização de condutas baseadas no perigo abstrato tendo em vista a necessidade do legislador defender determinados bens jurídicos de forma preventiva, reprimindo condutas que se mostram passivas de causar lesão ao bem jurídico, em seu estágio embrionário.

Tal opção político-criminal seria uma demonstração de zelo por parte do Estado em proteger de forma ampla e integral determinados bens jurídicos (ESTEFAM; GONÇALVES, 2012).

ESTEFAM e GOLÇALVES (2012, p. 161) justificam, ainda que "cuida-se de atividade legislativa, decorrente da soberania estatal, que não ofende a dignidade da pessoa humana ou a presunção de não culpabilidade; pelo contrário trata-se de agir de modo preventivo, antes que a lesão ao bem seja consumada."

NUCCI (2008, p. 48), ao defender a existência dos crimes de perigo abstrato, tece importante consideração, afirmando que "a ofensividade ou lesividade deve estar presente no contexto do tipo penal incriminador, para validá-lo, legitimá-lo [...]" sendo que no caso dos crimes de perigo abstrato haveria a legitimação pela própria decorrência lógica de que com a ação proscrita se originaria um risco de lesão ao bem jurídico tutelado.

BUSATO (2013), apesar de reconhecer a existência de certo grau de insegurança na previsão de crimes de perigo abstrato, considera que sua existência não chega ao ponto de atingir os princípios penais de um Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a proibição destas condutas tem extremo valor político-criminal, como forma de propiciar um nível maior de proteção aos bens jurídicos por parte do Estado.

Alguns autores, como SILVA (2003) e CERESO MIR (2006), ao defenderem a legitimidade da penalização de condutas baseando-se apenas na periculosidade em abstrato destas, entendem que determinados bens jurídicos, como o meio ambiente, a economia popular, a fé pública, entre outros, somente podem ser efetivamente protegidos por meio da penalização de condutas de perigo abstrato. Tais autores referem a inviabilidade de se verificar a ocorrência de perigo concreto de dano a estes bens jurídicos, tendo em vista que os bens jurídicos carecem de uma fácil determinação e, portanto, seria de extrema dificuldade a comprovação de um nexo causal de perigo entre a conduta e o bem jurídico penalmente tutelado. Tal dificuldade na aferição do dano e a importância desses bens jurídicos seria suficiente, então, para legitimar os crimes de perigo abstrato.

Além dos autores referenciados, ainda defendem a legitimidade dos crimes de perigo abstrato frente ao princípio da ofensividade Fernando Capez e Victor Eduardo Rios Gonçalves (OLIVEIRA, 2015).

Este posicionamento representa o atual entendimento de nossa Corte

Constitucional que, apesar de até o momento não ter se debruçado especificamente sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, vem aceitando sua existência. Nesse sentido cabe transcrever importante julgado do STF:

[...]CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. **Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.** 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. **Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa [...] (BRASIL, 2012, grifos nossos).**

Entre aqueles autores que reprovam e aqueles que aprovam a existência destes tipos de crimes existem alguns que consideram legítima a existência de crimes de perigo abstrato, no entanto, consideram que para a sua configuração é necessário que haja a comprovação efetiva de perigo na conduta, ou ao menos, que seja possível a comprovação de ausência de perigo, o que levaria a atipicidade da conduta. Com esse posicionamento podem-se citar MIR PUIG (2005), JESCHECK e WEIGEND (2001), os quais defendem que nos crimes de perigo abstrato deve existir uma presunção *juris tantum* de existência de perigo de lesão, sendo admitidas provas contrárias que excluam a tipicidade da conduta.

Sobre este posicionamento cabe a elaboração de uma breve crítica que decorre do princípio da presunção de inocência e que diz respeito ao ônus da prova no Processo Penal. Conforme exposto pelo Ministro Celso de Mello (BRASIL, 1996), em paradigmático julgamento do Supremo Tribunal de Justiça, a comprovação de elementos constitutivos dos tipos penais cabe exclusivamente à acusação, sendo que à defesa cabe somente a comprovação de fatos capazes de excluir a tipicidade da conduta. Tal fundamento, em conjunto com a sabida impossibilidade de se produzir provas negativas, acaba por tornar inócuo tal posicionamento, tendo em vista que, *in concreto*, os crimes de perigo abstrato acabariam ou por se equiparar aos crimes de perigo concreto, com a necessidade de que a acusação comprove a ocorrência do perigo de lesão, ou acabariam por simplesmente ignorar essa necessidade de comprovação, tendo em vista a quase que plena impossibilidade de se criar provas negativas da ocorrência do risco.

Por fim, grande quantidade de doutrinadores tem entendido pela inadequação dos delitos de perigo abstrato ao princípio da ofensividade (dentro outros princípios penais, como o da legalidade e da proporcionalidade), considerando abusivo o tratamento penal dessas condutas.

JESUS (2015) considera que nesse tipo de delito existe um tipo penal incompleto, considerando que para a conduta ser penalizada não é necessário que o agente pratique a ação delitativa de modo integral, sendo que parte da ação ilícita, no caso a lesão ou a concreta imposição do perigo, é presumida pelo legislador. Tal opção legislativa por tornar alvo do *ius puniendi* condutas não plenamente concretizadas pelo autor, seria incompatível com os princípios penais basilares de um Estado Democrático de Direito.

STRECK (2001), igualmente, manifesta-se contrário a legitimidade da previsão de crimes de perigo abstrato, considerando que apenas em casos onde exista a lesão ou a comprovação de perigo concreto de lesão a tutela penal poderia ser invocada. Ressalta, ainda que a previsão de crimes de perigo abstrato faria surgir uma responsabilidade objetiva dentro do direito penal, o que violaria diretamente os princípios basilares de um Estado Democrático de Direito, entre eles o da ofensividade.

GOMES (2002) compara a previsão de crimes de perigo abstrato à configuração de crimes de mera desobediência ou de infrações morais, tendo em vista a ausência de desvalor, consubstanciado na ofensividade a bem jurídico de

terceiro, na conduta proscrita.

No mesmo sentido, cabe transcrever as precisas palavras de FERRAJOLI:

O mesmo pode-se dizer dos denominados “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; dessa forma, nas situações em que, de fato nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos 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 (FERRAJOLI, 2002, p. 383).

Para estes autores a inexigibilidade de qualquer verificação *in casu* do perigo efetivo de lesão gerado pela conduta configuraria a previsão de crimes de mera desobediência ou de reprovação moral. Ocorre que a previsão de crimes destes gêneros afronta aos princípios penais fundadores do Estado Democrático de Direito, entre os quais, um dos mais importante é o princípio da ofensividade. Mesmo fundamentando a existência desses delitos na necessidade do Estado assegurar preventivamente à proteção dos bens jurídicos penalmente tutelados a qualquer custo, o tratamento penal acaba por infringir bens jurídicos mais diretamente do que a própria conduta penalizada. ROMERO tece considerações pontuais acerca da utilização corriqueira destes tipos penais:

Por derradeiro, frise-se que a excessiva tipificação dos crimes de perigo abstrato, em flagrante contradição aos princípios que são vigas-mestras do ordenamento constitucional e penal brasileiro, representa essa exacerbada preocupação prevencionista do direito criminal da sociedade contemporânea, que quer antecipar a punição de condutas, com o fim de prevenir perturbações e garantir segurança, usando, para isso, o recurso do simbolismo da lei penal e da intimidação dos cidadãos com o estigma da punição criminal (ROMERO, 2004).

Ainda, compreendem igualmente pela inadequação dos crimes de perigo abstrato frente aos princípios penais, em especial ao da ofensividade, Rogério Greco e Cezar Roberto Bitencourt (OLIVEIRA, 2015).

Nesse contexto, é possível perceber que atualmente o número de autores que compreendem haver certo nível de inadequação dos crimes de perigo abstrato aos princípios penais vem crescendo, e com esse crescimento, o debate acerca do tema vem se intensificando.

No entanto, apesar da existência destas fortes divergências os tribunais

superiores vêm decidindo reiteradamente pela possibilidade de se penalizar condutas com base apenas da periculosidade em abstrato dessas, sendo que, por vezes, no caso de delito de porte de arma, tem-se decidido pela necessidade de comprovação de que o objeto, a arma de fogo, tenha a capacidade de oferecer risco ao bem jurídico tutelado. Assim, acaba, por vezes, havendo uma certa flexibilização do conceito de perigo abstrato, fazendo com que seja necessário algum grau de concretude deste perigo, consubstanciado na propriedade do objeto em pôr em risco o bem jurídico.

Cabe, ainda, pontuar que apesar das cortes superiores apresentarem esse entendimento ao exercer o controle difuso de constitucionalidade, o mérito da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato ainda não foi alvo de qualquer ação que vise a declaração de sua (in)constitucionalidade pela via do controle concentrado. Diante disso e da extrema complexidade do tema, resta admitir que uma posição definitiva acerca desse tipo de delito está longe de ser alcançada.

1.3 Adequação do art. 28, da Lei nº 11.343 ao princípio da ofensividade

Até o presente momento a nossa análise se ateve aos aspectos integrantes do princípio da ofensividade, os quais foram divididos em bem jurídico e afetação deste bem. Da análise do bem jurídico extraímos que o artigo penal em questão tem como objetivo a proteção, em especial, do bem jurídico Saúde Pública, o qual será nosso objeto de análise acerca da afetação pela conduta prevista no tipo penal em questão. Por sua vez, ao analisarmos o nível de afetação que pode ser considerado aceitável como legitimador da tutela penal, obtivemos o critério de que não há necessidade de comprovação da ofensa concreta ao bem jurídico tutelado pela normal penal, bastando que a conduta descrita possua um perigo intrínseco, ou seja, que possua o potencial de afetar o bem jurídico sob proteção.

A partir destes pontos, formaremos como critérios, com o intuito de tornar a análise mais objetiva possível, aquelas formas que a doutrina e jurisprudência nacional entendem que a conduta descrita afeta o bem jurídico tutelado, com a ressalva de buscarmos apenas a potencialidade lesividade da conduta considera abstratamente: (a) a conduta é apta a induzir terceiros em utilizar substâncias

proscritas; (b) a conduta é apta a aumentar a incidência de outros crimes ligados à traficância; (c) a conduta é apta a aumentar a potencialidade do usuário praticar outros crimes.

Ao propormo-nos a fazer tal análise de adequação da maneira mais imparcial possível, compreendemos que esta tarefa se mostra extremamente árdua, tendo em vista a ausência de dados concretos acerca da afetação do bem jurídico e a impossibilidade de se aferir a efetividade da norma. Sobre tal ponto, mostra-se pertinentes as considerações de FERRAJOLI:

Trata-se de uma questão empírica de tipo sociológico, que deve ser resolvida sobre a base já não do que dizem as normas, senão do que, de fato, ocorre. Tem-se dito que uma investigação deste tipo é mais que problemática, devido à impossibilidade de atestar os êxitos oriundos da utilização do direito penal, isto é, os males que prevê, e não apenas os fracassos, ou seja, os males não evitados e os custos da pena. Em consequência, terá de se servir, onde não se disponha de dados estatísticos coincidentes com as mudanças legislativas, de estudos de direito comparado, ademais de hipóteses oferecidas por investigações psicológicas e sociais de tipo extrapenal. Embora aproximativos e hipotéticos, seus resultados constituem a base de toda aproximação crítica à questão dos bens penais e de qualquer política criminal dirigida à sua tutela (FERRAJOLI, 2002, p. 381).

Dessa forma, para tentar obter respostas aos quesitos supramencionados, utilizaremos os meios estatísticos disponíveis, desde estudos sociológicos até a utilização do direito comparado, tendo em vista a impossibilidade de se realizar uma análise racional com outra metodologia.

1.3.1 Aptidão para induzir terceiros ao uso

Como primeiro critério temos então a aptidão que o porte de substâncias proscrita, destinada ao uso pessoal, tem para induzir outras pessoas ao uso e/ou abuso destas substâncias.

Tendo em vista a impossibilidade de se abordar esse assunto apenas de forma teórica, considerando que isto resultaria em um mero exercício de argumentação vazia, utilizaremos o estudo do direito comparado para aferir a veracidade desta premissa.

Para tanto, pegaremos com base países que tiveram a posse de drogas

penalmente tuteladas e descriminalizada, com o objetivo de compreender se a posse de drogas para uso pessoal tem o condão de induzir terceiros ao seu uso. Ou seja, se após a descriminalização for constatado um aumento no consumo, isso indicará que a penalização possui um efeito positivo sobre a diminuição do consumo de drogas pela sociedade. Em caso contrário, se for constatada uma diminuição no consumo após a descriminalização, isso indicará que o tratamento penal da posse de substância proscrita para uso pessoal não tem influência sobre o uso geral de drogas numa determinada sociedade.

Atualmente os seguintes países, que já abordaram esta conduta penalmente, tratam-na fora do âmbito do Direito Penal: Portugal, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai, Costa Rica, Honduras, Jamaica, México, Alemanha, Bélgica, Espanha, Holanda, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Países Baixos e República Checa (BRASIL, 2015).

A Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador, o Uruguai, a Costa Rica, as Honduras, a Jamaica, o Paraguai, o Peru, o México, a Alemanha, a Itália, a Bélgica, a Lituânia, o Luxemburgo, a Holanda, a República Checa, a Espanha e a Holanda não possuem dados precisos acerca do uso de drogas antes e após a descriminalização ou possuem legislações muito recentes, ou, ainda, apresentam legislações que preveem a descriminalização de apenas algumas substâncias.

Na Argentina, a descriminalização ocorreu em 2009, por decisão de sua Corte Constitucional, sendo que até o presente momento os dados oriundos do Observatório Argentino de Drogas (OAD) permitem comparar a utilização de drogas do ano de 2004 ao ano de 2010. Apesar do curto período desde a implementação da descriminalização os resultados parciais demonstram uma pequena diminuição no uso de drogas, do ano de 2008 ao ano de 2010, com exceção dos tranquilizantes sem prescrição médica, que tiveram um ligeiro aumento no uso (ARGENTINA, 2011).

Por sua vez, Portugal apresenta uma vasta documentação acerca dos efeitos da descriminalização da posse de drogas destina ao consumo pessoal, implementada no ano de 2001, motivo pelo qual se mostra o país com dados mais adequados para a aferição dos resultados da descriminalização e consequentemente da capacidade do uso pessoal influenciar no uso de terceiros, de forma a afetar a Saúde Pública.

Conforme relatório da *Transform Drug Policy Foundation* (MURKIN, 2014) do ano de 2001 ao ano de 2007, houve um aumento de aproximadamente 1%, nas

pessoas que alegavam ter feito uso de drogas no último ano, sendo que, no ano de 2011, este percentual baixou em 2 pontos. Estes dados indicam que após a descriminalização houve um ligeiro aumento na quantidade de pessoas que fizeram uso de drogas no último ano, o que, no entanto, foi revertido nos anos subsequentes.

Ou seja, a longo prazo, houve uma diminuição no número de usuários de drogas após a abolição do tratamento penal da conduta de porte de drogas para consumo pessoal. Tal redução indica que não há uma verdadeira interação no uso de drogas pessoal e no uso por terceiro, pois se houvesse tal correlação, a taxa de uso tenderia sempre a aumentar de acordo com que mais pessoas utilizariam a droga e influenciariam ainda mais pessoas a utilizarem-na, atingindo níveis epidêmicos.

A União Europeia em seu Relatório Anual do Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, reconheceu que a prevalência do consumo de drogas decorre de um conjunto de fatores muito amplo, entre os quais o tratamento penal dos usuários tem mínima interferência (UNIÃO EUROPEIA, 2014). Ou seja, não é possível fazer uma correlação segura entre o uso de drogas para consumo pessoal e a influência em induzir terceiros ao uso.

Ademais mesmo se considerarmos que tais dados não são suficientemente conclusivos acerca da correção do uso pessoal com o uso por terceiros de convivência próxima, os casos de Portugal e Argentina evidenciam que o tratamento penal em nada colaborou para a diminuição no número de usuário de drogas, pelo contrário somente passou a haver uma diminuição significativa após a descriminalização da conduta de posse de drogas. Este raciocínio nos conduz para uma análise acerca da eficiência do *jus puniendi* para a diminuição no número de usuários de drogas, o que será analisado em momento oportuno, dentro da análise de adequação ao princípio da proporcionalidade.

De fato, o uso de drogas destinado ao uso pessoal, conforme descrito no tipo penal em questão, já delimita a utilização da substância no âmbito da intimidade do usuário, ou seja, sem influenciar ou oferecer a terceiro. Tal delimitação da conduta delitiva já espanca qualquer possibilidade de haver a afetação de terceiros pela conduta, portanto esta conduta de fato não possui qualquer potencialidade em afetar a Saúde Pública por meio da indução do uso a terceiros, até mesmo por que o verbo induzir não faz parte do tipo penal em comento.

1.3.2 Aptidão para aumentar a ocorrência de crimes ligados à traficância

Outra forma que a conduta descrita no art. 28, da Lei nº 11.343 afetaria a Saúde Pública seria porque a posse de substância proscrita ou sua aquisição proveria recursos para grupos armados ligados ao tráfico de drogas, o que levaria a um aumento da ocorrência de outros delitos.

Precipuamente, a consideração deste critério, o qual baseia a ofensividade da conduta tendo em vista a potencialidade lesiva de terceiros, vai frontalmente de encontro ao princípio da pessoalidade, o qual prevê que o agente jamais pode ser punido penalmente por fato praticado por terceiro (PRADO, 2007). Tal princípio encontra-se consubstanciado em nossa Carta Magna, onde é previsto que a pena nunca passará da pessoa do condenado e, conseqüentemente, daquele responsável pela ação delitiva.

Somente se aventa a possibilidade de se penalizar alguém por conduta de terceiro quando este agente colaborar diretamente e dolosamente para o resultado criminoso, o que, via de regra, não é o que se pode extrair da conduta de posse de drogas para uso próprio, tendo em vista que no caso a conduta dolosa do agente é exatamente a guarda da substância proscrita para que possa utilizá-la posteriormente.

Conseqüentemente, esta previsão confronta também o princípio da culpabilidade, o qual prevê que o agente somente pode ser punido quando agir com dolo ou culpa na obtenção do resultado ofensivo (PRADO, 2007). Assim uma pessoa que porta substância para uso pessoal, via de regra, não tem a intenção de que àquele com quem ela eventualmente adquirir a substância, pratique outros crimes, salvo comprovação casuística, a qual não se encontra prevista do tipo penal. O dolo da conduta está dirigido à posterior utilização da substância e não a outras condutas delitivas.

Dessa forma, não se vislumbra qualquer razão que justifique o nexos entre a conduta de drogas para consumo pessoal e a prática de eventuais crimes por aqueles que a comercializaram. Ademais, a descrição do tipo penal não prevê somente a tipificação da conduta de adquirir, a qual seria a única que realmente comprovaria o contato do agente com o traficante, mas prevê a penalização de

qualquer tipo de guarda, depósito ou posse.

Caso fosse aceita tal possibilidade de se tipificar condutas meramente pelo potencial lesivo dos agentes ligados de qualquer forma a conduta lesiva, poder-se-ia tipificar uma infinidade de condutas potencialmente não lesivas, como por exemplo a aquisição de qualquer mercadoria sem a exigência de nota fiscal, pois isso geraria recursos não declarados, os quais poderiam ser utilizados para outras práticas criminosas.

Tendo em vista tal afronta flagrante a princípios basilares do Direito Penal, este critério de justificação de ofensividade ao bem jurídico penalmente tutelado não deve ser objeto de análise pormenorizada.

Cabe ressaltar, que, mesmo relevando-se a afronta a estes princípios penais, uma análise acerca da veracidade de tal premissa seria de extrema dificuldade, tendo em vista que a correlação entre a prática de delitos e a quantidade de usuários de drogas em determinada sociedade possui diversos fatores a serem considerados, como sociais, econômicos, geográficos e históricos. Ainda, mesmo havendo a tentativa metodológica de eliminação destes fatores, o nexos entre consumo e violência pode ser facilmente invertido, tornando a violência como causa do alto consumo e não o oposto, ou, ainda, a violência como consequência da utilização de força na aplicação desta lei penal. Por tal dificuldade metodológica e ausência de dados estatísticos precisos no presente momento mostra-se inviável a aferição, com um grau considerável de certeza, acerca desse tipo de ofensividade da conduta.

1.3.2 Aptidão para aumentar a potencialidade lesiva do usuário

Por fim, resta a último critério no qual a ofensividade da conduta delitiva à Saúde Pública estaria baseada no fato de que um usuário de droga está mais propenso a cometer outros delitos e, portanto, afetaria a Saúde Pública de modo amplo, por meio de outras práticas criminosas diretamente lesiva à saúde pessoal da população.

Da mesma forma que o critério supra comentado esta concepção se baseia que o uso de substância proscritas é um fator determinante para a prática de outros

delitos, ou seja, mais uma vez trata-se de uma visão que condiciona a ofensividade de uma conduta à eventual ocorrência de outras práticas criminosas, no entanto, diferentemente do item acima, neste caso trata-se da potencialidade criminosa do próprio agente da conduta proscrita e não de terceiros.

No entanto, mesmo não ofendendo diretamente ao princípio da personalidade pois prevê a periculosidade social do próprio agente e não de outrem, esta concepção também afronta diretamente princípio penal da culpabilidade e entra diretamente na concepção do Direito Penal do Autor.

Primeiramente, acerca do princípio da culpabilidade o qual já foi conceituado no item anterior, mais uma vez a conduta de posse de substância para uso pessoal não tem o dolo dirigido à prática de nenhum outro crime que possa ser diretamente lesivo ao bem jurídico Saúde Pública, ou qualquer outro. De fato, a penalização desta conduta com base na concepção de que o usuário tem o potencial de praticar conduta delitiva não exige nenhuma comprovação de culpabilidade específica, baseando-se apenas em sua própria premissa para justificar-se.

Se tratarmos como possível a penalização do agente baseado apenas em sua potencialidade de cometer atos ilícitos, qualquer pessoa com capacidade motora poderia ser punida pela prática de crimes contra vida, tendo em vista o seu potencial de causar dano físico a outrem, bem como qualquer pessoa com carteira de motorista, poderia ser punida por qualquer crime de trânsito, dado o seu potencial de cometê-los.

Esta concepção, de punir o agente simplesmente pelo seu potencial de delinquência, baseando-se em práticas pessoais, culturais ou ideológicas é consubstanciado no conhecido conceito de Direito Penal do Autor ou Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Autor baseia-se no fato de que determinados agentes possuem uma potencialidade para cometer delitos superior ao homem médio e, portanto, devem ser alvo da tutela penal de forma preventiva, para que não venham a cometer estes delitos. Esta teoria é originária da escola positivista, a qual considerava que a prática de delitos se originava de um estado de periculosidade do agente, estabelecendo, assim, uma patologização do indivíduo desviante que passa a ser tido como um inimigo do Estado e, portanto, deve ser neutralizado, antes mesmo do cometimento de qualquer ato delituoso (BRUNONI, 2007).

Para o Direito Penal do Inimigo, pouco interesse a prática de condutas

delitivas pelo agente, bastando que o autor se enquadre no conceito de sujeito nocivo para a população, pois a prática de condutas delitivas nada mais seria que um reflexo da personalidade do agente e, portanto, este deveria ser punido previamente por possuir tal personalidade. Muitos foram os conceitos utilizados para definir quem seria o agente perigoso socialmente, bruxas, hereges, pobres, judeus, prostitutas, usuários de drogas, sempre ocorrendo uma adaptação do conceito aos interesses dominantes em dado momento histórico (BRUNONI, 2007).

Esse conceito afronta o próprio conceito da dignidade humana, tendo em vista que determinados grupos sociais são considerados seres inferiores, havendo uma negação de sua condição de pessoa. Assim, a punição destes agentes é baseada em conceitos morais, tendo em vista que não dá valor à conduta delitiva praticada por estes e sim, o que estes representam social ou moralmente (FERRAJOLI, 2002).

Ocorre que, conforme lesionada FERRAJOLI (2002), a moral não deve, em nenhum momento, se aproximar do Direito Penal, sendo que a punição de condutas meramente baseado na moralidade afronta diretamente os direitos individuais e dá azo às mais terríveis violações.

Por este motivo que atualmente nosso sistema jurídico, bem como da maior parte dos países, faz uso a teoria do Direito Penal do Fato, a qual, se opondo ao Direito Penal do Autor, considera alvo do *jus puniendi* apenas as condutas efetivamente praticadas pelos agentes, sem levar em consideração sua vida íntima. Com base nesta teoria as características subjetivas do autor de um delito não podem ser levadas em consideração para a sua penalização, salvo quando diretamente ligadas a uma prática delitiva, ou na quantificação da aplicação da pena, tendo em vista obter maior efetividade da pena em seu caráter socializador (BRUNONI, 2007).

Dessa forma, analisar a potencialidade lesiva de uma conduta baseando-se no fato de esta vai elevar ainda mais a potencialidade do agente em cometer outros delitos, confronta o princípio da culpabilidade e se enquadra no ultrapassado conceito de Direito Penal do Autor.

Por tal motivo não se mostra possível aferir a ofensividade de uma conduta baseando-se nesse critério, tendo em vista que não há nenhuma potencialidade de afetação do bem jurídico Saúde Pública e não é legítima a punição do agente meramente por suas condutas íntimas não lesivas, sob o prisma da moralidade.

Mais uma vez, mesmo ignorando-se a afronta direta a princípios penais fundamentais, a determinação da veracidade de tal premissa encontra diversas barreiras, tendo em vista que são inúmeros fatores socioambientais que devem ser considerados para aferir a potencialidade lesiva de determinada pessoa sob efeito de determinada substância. Para que fosse possível um nível de certeza desta afirmação seria necessário a realização de testes clínicos com cada substância proscrita, com diversos biotipos de pacientes em inúmeros situações sociais. Somente dessa forma poder-se-ia atingir um grau de convicção suficiente para justificar a tutela penal, tendo em vista o extremo grau de lesividade concreta desta forma de intervenção.

2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade é um princípio que gere a atuação do Estado em todos os seus aspectos, determinando que o ente soberano ao realizar ações que de qualquer forma lesem ou limitem os direitos individuais dos cidadãos deve fazer isto da forma mais branda possível, dentro dos limites da efetividade da proteção que pretende ser dada a outros direitos individuais ou coletivos (PRADO, 2007).

A base deste princípio é exatamente a busca de uma proporcionalidade legitimadora quando considerado o nível de ofensividade e de proteção aos Direitos Fundamentais causado pelas intervenções do Estado. Nesse sentido pode-se dizer que:

A proporcionalidade/necessidade exige que na realização do fim ou interesse público, seja adotada à medida que tenha a menos ingerência possível nos Direitos Fundamentais. Dessa forma, se o Estado possui dois meios igualmente eficazes para a obtenção de um determinado fim, o cidadão tem direito de exigir do Estado aquele que não vulnere seus Direitos Fundamentais. E se, para realização de um interesse público, só estão presentes dois meios que vulnere Direitos Fundamentais, deve-se proporcionar ao cidadão a menos desvantagem possível, isto é, à escolha do meio menos gravoso. Desta maneira, deve-se exigir a prova de que para obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio menos oneroso para o cidadão (MELLO, 2007, p. 205).

O princípio da proporcionalidade é considerado um dos mais importantes princípios, servindo como base fundamental para o conceito de Estado Democrático de Direito, tendo em vista que é exatamente por meio de seu controle que as ações do Estado serão controladas e limitadas. “O princípio da proporcionalidade é uma consagração do constitucionalismo moderno” (BITENCOURT, 2009, p. 24).

Este princípio gere amplamente a atuação estatal, englobando o Poder Executivo, Judiciário e Legislativo, na implementação de normas ou na execução destas. Ocorre que, tendo em vista que o princípio da proporcionalidade tem o objetivo de limitar a atuação estatal com o objetivo de evitar a lesão a direitos individuais ou coletivos, este princípio tem especial aplicação dentro da área do Direito Penal, pois é este o ramo do direito que legitima o Estado a ferir diretamente direitos individuais com o objetivo de proteger outros (BITENCOURT, 2014).

Dessa forma esse princípio deve pautar qualquer utilização do *jus puniendi* estatal, para que este, na forma de invasão mais gravosa realizada pelo Estado, seja utilizado em situações em que o desvalor da conduta seja proporcional a lesão eventualmente causada pela penalização da conduta proibida.

Nesse viés, para que seja legítima a penalização de uma determinada conduta deve-se auferir realmente se as vantagens oriundas de sua penalização superam as desvantagens. Ao tratar deste tema, referindo a utilização do *jus puniendi* de forma deliberada, sem a obediência ao princípio da proporcionalidade, BECCARIA, expõe com propriedade que:

É ter ainda falsas ideias de utilidade sacrificar mil vantagens reais ao temor de uma desvantagem imaginária ou pouco importante. Não teria certamente ideias justas quem desejasse tirar aos homens o fogo e água, porque esses dois elementos causam incêndios e inundações, e quem só soubesse impedir o mal pela destruição. [...] Essas leis são simplesmente o ruído das impressões tumultuosas que produzem certos fatos particulares; não podem ser o resultado de combinações sábias que pesam numa mesma balança os males e os bens; não é para prevenir os delitos, mas pelo vil sentimento do medo, que se fazem tais leis (BECCARIA, 2001, p. 62).

Ou seja, para a aferição de adequação de determinada proibição ao princípio da proporcionalidade devem ser considerados de forma objetiva os fatores positivos e negativos de sua aplicação, sob pena de se penalizar condutas meramente com o objetivo de criar mais proibição, desvirtuando a utilidade social do Direito Penal.

A nós interessa a utilização do princípio da proporcionalidade como limitador da atuação do Legislativo, tendo em vista ser este o poder responsável pela criação de normas incriminadoras que legitimam a utilização do *jus puniendi* estatal.

Nessa senda, na esfera legislativa, o princípio da proporcionalidade impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir aferindo a legitimidade destes últimos, de forma que somente presentes estas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual (PRADO, 2007).

2.1 A subdivisão do princípio da proporcionalidade

Para uma melhor compreensão do princípio da proporcionalidade propõem-se a sua divisão em três subprincípios. Nesse sentido lesiona BITENCOURT (2014), ao invocar os ensinamentos do Direito Constitucional:

O modelo político consagrado pelo Estado Democrático de Direito determina que todo o Estado — em seus três Poderes, bem como nas funções essenciais à Justiça — resulta vinculado em relação aos fins eleitos para a prática dos atos legislativos, judiciais e administrativos. Em outros termos, toda a atividade estatal é sempre vinculada axiomáticamente pelos princípios constitucionais explícitos e implícitos. As consequências jurídicas dessa constituição dirigente são visíveis. A primeira delas verifica-se pela consagração do princípio da proporcionalidade, não como simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, deparamo-nos com um vínculo constitucional capaz de limitar os fins de um ato estatal e os meios eleitos para que tal finalidade seja alcançada. Conjuga-se, pois, a união harmônica de três fatores essenciais: a) adequação teleológica: todo ato estatal passa a ter uma finalidade política ditada não por princípios do próprio administrador, legislador ou juiz, mas sim por valores éticos deduzidos da Constituição Federal — vedação do arbítrio (*Übermassverbot*); b) necessidade (*Erforderlichkeit*): o meio não pode exceder os limites indispensáveis e menos lesivos possíveis à conservação do fim legítimo que se pretende; c) proporcionalidade “*stricto sensu*”: todo representante do Estado está, ao mesmo tempo, obrigado a fazer uso de meios adequados e de abster-se de utilizar meios ou recursos desproporcionais (BITENCOURT, 2014, p. 66/67)

Nesse viés o princípio da proporcionalidade subdivide-se nos seguintes subprincípios: (a) adequação/idoneidade; (b) necessidade; (c) proporcionalidade em sentido estrito. Para permitir uma melhor sistematização deste princípio e a determinação de critérios objetivos para que se possa aferir a adequação de determinada proibição ao princípio, faz-se necessária uma análise mais detida de cada um desses subprincípios.

No presente trabalho a utilização do termo adequação será substituído pelo termo sinônimo idoneidade, com o objetivo de evitar sua confusão com o termo adequação, utilizado para referir a conformidade de uma norma criminal frente aos princípios penais analisados.

Importante referir que a subdivisão do princípio da proporcionalidade nestes três subprincípios ou critérios obedece uma ordem predeterminada conforme exposto acima e este estabelecimento possui uma importante função dentro da análise da adequação de uma ação estatal ao princípio da proporcionalidade. Os critérios são elencados dessa forma pois existe um liame de subsidiariedade entre eles, ou seja, os três critérios possuem uma interdependência entre si e não podem se valorados de forma isolada (SILVA, 2002).

Para realizar a análise de adequação obedecendo tal ordem de subsidiariedade deve-se primeiramente fazer a análise da idoneidade do meio, após a análise da necessidade e por fim a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Isso quer dizer que para que uma ação seja considerada inadequada ao princípio da proporcionalidade basta que essa seja inidônea, fazendo desnecessária a avaliação da sua necessidade ou proporcionalidade estrita. Da mesma forma, caso a norma seja idônea, basta a sua desnecessidade para que seja considerada desproporcional, sem a obrigatoriedade da análise quanto a sua proporcionalidade em sentido estrito (SILVA, 2002).

Com isso se tem que a análise de proporcionalidade de uma determinada ação estatal pode-se esgotar simplesmente na análise de sua idoneidade, sendo que, somente nos casos mais complexos realmente far-se-ia necessária a análise de sua proporcionalidade em sentido estrito.

Ocorre que no presente trabalho, por questões metodológicas e tendo em vista o objetivo de esgotar a análise de adequação aos princípios em questão de modo mais amplo possível, será feita a análise de todos os critérios, mesmo levando em conta que um se conclua pela inadequação a um dos primeiros critérios.

2.1.1 Idoneidade

A primeira das vertentes do princípio da proporcionalidade é o subprincípio da adequação, também conhecido como subprincípio da idoneidade. Este subprincípio determina que as ações intentadas pelo Estado devem ser adequadas para atingir a finalidade a que se destina tal ação. Ou seja, a ação estatal deve estar apta a atingir o fim a que se destina, sendo considerado desproporcional ou inidônea a realização de ação que, apesar de formalmente destinarem-se a proteção de um bem jurídico, não possui o condão de realmente protegê-lo (PRADO, 2007).

Este subprincípio é considerado por muitos doutrinadores como a mais importante das vertentes do princípio da proporcionalidade, sendo que a sua análise deve ser a primeira a ser realizada quando se busca uma conclusão acerca da adequação de determinada conduta estatal ao princípio da proporcionalidade (DIDIER JR., 2007).

Mais especificamente dentro do âmbito do Direito Penal, a idoneidade determina que o Estado somente pode aplicar leis penais que sejam instrumento apto ou capaz de proteger o bem jurídico tutelado pela norma. Dessa forma a proibição de determinada conduta deve ser um meio adequado e idôneo de proteger o bem jurídico tutelado por esta norma penal.

Além de ser necessário que a utilização do *jus puniendi* seja apta a proteger o bem jurídico tutelado pela norma penal, mostra-se importante que esta tutela protetiva seja feita de forma eficaz, ou seja, que o principal resultado da tutela penal seja a proteção do bem jurídico protegido pela norma e não apenas um efeito colateral do meio empregado para sua proteção.

Cabe pontuar, também, que a avaliação da idoneidade não deve levar em conta de forma definitiva a aptidão para a ação estatal realmente atingir o objetivo pretendido, mas deve-se levar em conta a capacidade desta ação fomentar a obtenção do resultado, tendo em vista que certos resultados são inalcançáveis fora do plano das ideias, o que poderia, caso considerado apenas a obtenção definitiva do resultado, levar a consideração de quase todas as ações estatais são inadequadas (SILVA, 2002).

2.1.2 Necessidade

Outra vertente do princípio da proporcionalidade é o subprincípio da necessidade. Este subprincípio determina que para que uma ação seja considerada proporcional ela deve ser necessária, não bastando que ela seja um meio apto a atingir o fim a que se destina, mas também que seja imprescindível. Esta necessidade da ação deve ser valorada por meio da análise dos outros meios aptos a defenderem o mesmo fim, ou seja, somente haverá a justificação plena do meio utilizado quando não houver outro meio que possa atingir o mesmo fim. Caso exista outro meio apto a atingir o mesmo fim, deve-se realizar a análise das limitações proporcionadas por estes meios em comparação com o meio efetivamente empregado (SILVA, 2002).

Dessa forma, a necessidade, diferentemente do exame de idoneidade que é

absoluto, é relativa, podendo ser entendida não apenas como a imprescindibilidade do meio, mas também como uma aferição da eficácia do meio empregado em contraposição a outros meios possíveis de serem utilizados para atingir o mesmo fim (SILVA, 2002).

Dentro do âmbito do Direito Penal esse critério mostra-se ainda mais pertinente tendo em vista que o Direito Penal é a *ultima ratio*, por ser o meio mais invasivo que o Estado possui para adentrar na esfera dos bens jurídicos pessoais, e portanto, a necessidade deve ser sempre atentada levando em conta outras possibilidades de proteção ao bem jurídico tutelado pela normal penal. Nesse sentido, o critério da necessidade em certo ponto se confunde com o próprio quesito da *ultima ratio*.

2.1.3 Proporcionalidade em sentido estrito

Por fim, a última das vertentes do princípio da proporcionalidade é a proporcionalidade em sentido estrito, que determina que toda a ação estatal deve guardar uma proporcionalidade entre o bem jurídico tutelado por sua ação e eventuais lesões que esta mesma ação possa causar a outros bens jurídicos. Esse subprincípio determina que haja uma valoração entre o valor do bem jurídico tutelado por uma determinada ação estatal e o valor do bem jurídico tutelado pela ação soberana (PRADO, 2007).

Nesse sentido, pode-se dizer que a proporcionalidade em sentido estrito implica num confronto entre direitos fundamentais, sendo que, de modo abstrato deve-se valorar esses direitos com o objetivo de possibilitar uma comparação entre estes, avaliando-se se o bem jurídico protegido tem um maior valor que o bem jurídico afetado pela ação estatal. Esta avaliação não se limita apenas ao valor dos bens jurídicos de modo abstrato, mas também deve guardar relação com o grau de afetação de cada bem jurídico no caso concreto.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito, exige um liame axiológico e, portanto, graduável, entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso. Nessa linha de pensar, afirma-se que o mandato de proporcionalidade implica um juízo lógico ou ponderação que compara,

valorativamente, a gravidade do fato antijurídico e a gravidade da pena, a entidade do injusto e a sua punição. A proporção se torna uma verdadeira conditio da legalidade. (PRADO, 2007, p. 146).

Desse forma, como exemplifica BARROSO (2010), caso o Estado pretenda proteger um determinado monumento, tutelando o bem jurídico patrimônio público, e para isso instale um dispositivo de eletrificação deste monumento, em potência suficiente para ser letal, e um jovem que pretenda pichar ele monumento venha a ser morto por este dispositivo, o Estado não agiu com proporcionalidade em sentido estrito, tendo em vista que o bem jurídico tutelado pela ação estatal, patrimônio público, possui um valor menor do que o bem jurídico afetado pela mesma ação, vida.

No caso específico de análise quanto a proporcionalidade sem sentido estrito aplicada ao Direito Penal, deve-se analisar que de modo geral a utilização do *jus puniendi* sempre afeta o bem jurídico liberdade, tendo em vista que é exatamente por meio do Direito Penal que o Estado tem o direito de afetar esse bem jurídico. Cabe ressaltar que a afetação à liberdade ocorre sempre que um sujeito é alvo da tutela penal, mesmo quando não há a previsão de pena privativa de liberdade, pois a própria obrigatoriedade do sujeito a cumprir certas determinações judiciais, como por exemplo a prestação de serviços comunitário ou o comparecimento a palestras, conforme é previsto no art. 28, da Lei nº 11.343, afeta o direito à livre determinação.

Por fim, cabe ressaltar que para que uma conduta seja considerada desproporcional no sentido estrito, não se faz necessário que a ação estatal fira diretamente algum direito fundamental, mas sim, basta que a defesa do direito pretendido pela ação estatal não seja tão essencial quanto a limitação imposta ao direito afetado, nem que seja de forma indireta, pela ação estatal (SILVA, 2002).

2.2 A adequação do art. 28, da Lei nº 11.343 ao Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade pode ser compreendida como uma relação entre meio e fim e, portanto, a análise de todos os critérios será dada pela verificação dos fatores empíricos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade frente as pretensões teóricas da norma e suas consequências práticas em território nacional ou por meio

da utilização do direito comparado.

Então, com o objetivo de analisar a adequação da proscricção prevista no art. 28, da Lei nº 11.343, faz-se necessária a criação de critérios objetivos para analisar a sua adequação. Os critérios utilizados no presente trabalho serão as próprias subdivisões do princípio da proporcionalidade, sendo que, ao analisar cada critério isoladamente serão complementados os fatores metodológicos utilizados.

2.2.1 Adequação ao critério da idoneidade

Para se analisar a idoneidade da previsão do art. 28, da Lei nº 11.343, faz-se necessária a determinação de qual é o objetivo desta norma penal, para que só depois, seja possível aferir o objetivo realmente pode ser alcançado ou fomentado por esta previsão normativa.

Com a lei nº 11.343 institui-se o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD), o qual constitui a base das políticas relacionadas ao uso, a produção e ao comércio de substâncias proscritas, e entre essas políticas encontra-se a criminalização da conduta de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas, destinadas ao consumo pessoal, tipificada no art. 28 da mesma Lei. Assim, pode-se concluir que os objetivos da criminalização da conduta supra referida se confunde com os objetivos do SISNAD.

Nesse viés, o art. 3º, da Lei nº 11.343, prevê que o SISNAD tem como finalidade a prevenção do uso indevido, a atenção e a reinserção social de usuários e dependentes de drogas e a repressão da produção não autorizada e do tráfico ilícito de drogas. Ainda, o art. 5º da mesma lei coloca os seguintes objetivos ao SISNAD: contribuir para a inclusão social do cidadão, visando a torná-lo menos vulnerável a assumir comportamentos de risco para o uso indevido de drogas, seu tráfico ilícito e outros comportamentos correlacionados; promover a construção e a socialização do conhecimento sobre drogas no país; promover a integração entre as políticas de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à sua produção não autorizada e ao tráfico ilícito e as políticas públicas setoriais dos órgãos do Poder Executivo da União,

Distrito Federal, Estados e Municípios (BRASIL, 2006).

Analisando os objetivos do SISNAD, pode-se concluir que a criminalização da conduta prevista no art. 28, da Lei nº 11.343, tem como objetivos a diminuição no número de usuários de drogas e a diminuição da quantidade de drogas em circulação.

Delimitados os objetivos da norma penal em comento, passa-se para a análise de sua idoneidade na obtenção ou fomento destes objetivos.

De acordo com o Relatório Nacional sobre Drogas de 2015, elaborado pelo *United Nations Office on Drugs and Crime*, em 2006, 208 milhões de pessoas haviam experimentado drogas ilícitas no último ano, sendo que no ano de 2013 esse número subiu para 246 milhões. Levando em conta a variação da população mundial tem-se que, em 2006, 4.9% da população utilizou drogas ilícitas no último ano e em 2013, esse número subiu para 5.2%. Ou seja, não obstante a política global de repressão às drogas, instituída na maior parte dos países, salvo aqueles supramencionados no item 1.3.1 desse trabalho, o consumo pessoal de drogas sofreu uma elevação (NAÇÕES UNIDAS, 2015).

No mesmo sentido aponta estudo realizado pelo *Internacional Centre for Science in Drug Policy*, o qual refere que nas últimas duas décadas (1993-2013) não houve diminuição no suprimento de drogas ao redor do mundo, em especial nos Estados Unidos e na Europa, sendo que, os estudos demonstram, ainda, que houve um pequeno aumento no suprimento de cannabis e opiáceos. Além de apontar a existência de um pequeno aumento no suprimento de drogas, este estudo refere que ao longo das duas últimas décadas houve uma grande diminuição no preço das drogas ilícitas, bem como, um aumento proporcional em sua pureza. Estes dados demonstram que além de não influir na diminuição do suprimento de drogas, a política de criminalização das drogas, de modo geral, tem promovido uma especialização do mercado, com a produção de drogas mais potentes, e ainda facilitado a circulação de drogas ilícitas, como se pode perceber pelo decréscimo no preço dessas substâncias (WERB; et al., 2013).

Um importante estudo holandês comparou o uso da droga cannabis nas cidades de Amsterdã, Holanda, onde esta droga é descriminalizada dentro da regulamentação dos *coffee shops*, e de São Francisco, Estados Unidos da América, onde vigora uma política de criminalização ao usuário de drogas, em sintonia com a política nacional da Lei nº 11.343. Este estudo tinha o objetivo de averiguar se a

política repressiva ao usuário de drogas coibia o uso ou ao menos retardava o início de seu consumo, e os dados angariados demonstraram que a criminalização da posse de drogas para consumo pessoal, como ocorre na tipificação do art. 28. da Lei nº 11.343, não afeta de qualquer conforma o consumo, que se mantém estanque (REINARMAN, 2004).

Em âmbito nacional, o único estudo de ampla abrangência existente é o Relatório Brasileiro sobre Drogas, realizado em 2009, porém com dados de referência correspondentes aos anos de 2001 a 2005. Cabe ressaltar que apesar dos dados deste estudo serem anteriores a implementação da Lei nº 11.343, de 2006, no período referido conduta de posse de drogas destinada ao consumo pessoal era tutelada penalmente de forma ainda mais rígida da que a prevista na legislação a que versa esse trabalho, sendo que a tipificação se encontrava no art. 16 da Lei nº 6.368, de 1976.

O Relatório Brasileiro sobre Drogas revela que de 2001 a 2005 houve um aumento considerável no número de usuários das drogas, cannabis, solventes, benzodiazepínicos, cocaína, estimulantes, barbitúricos, esteroides, alucinógenos e crack e uma pequena diminuição no uso de orexígenos, opiáceos e anticolinérgicos (BRASIL, 2009).

Os dados nacionais, assim como os demais dados internacionais e mundiais relevam que as políticas proibicionistas, dentro do qual se enquadra o critério de criminalização da conduta de porte de drogas para consumo pessoal, conforme tipificado em nível nacional pelo art. 28, da Lei nº 11.343, não possui o condão de coibir que indivíduos façam o uso de substâncias consideradas drogas. A penalização dessa conduta não demonstrou afetar em nenhum nível o consumo pessoal de drogas que mantém um crescimento homogêneo.

Os dados relevam que, de fato, a criminalização da conduta de portar drogas destinadas ao consumo pessoal não está nem ao menos freando o aumento no consumo de drogas, tendo em vista que países que não adotam a mesma política penalizadora possuem índices de crescimento similares ou mesmo menores.

Da mesma forma, os estudos demonstram que a criminalização não afeta de nenhuma forma a quantidade de drogas em circulação na sociedade, agindo, ainda, de forma contrária, tendo em vista que mesmo após anos de criminalização desta conduta, as drogas continuam disponíveis em larga escala, sendo que atualmente estão ainda mais baratas e mais puras, o que indica, a partir de uma análise da

oferta e da demanda, que existem ainda mais drogas em circulação ao redor do mundo.

Por todo o exposto pode-se concluir que a penalização da conduta descrita no art. 28, da Lei nº 11.343, não se mostra um meio idôneo para atingir os seus objetivos, tendo em vista que não demonstra ter efeitos positivos sobre o número de usuários de drogas ou sobre a quantidade de drogas em circulação da sociedade. Ressalta que os dados angariados demonstram, ainda, que esta utilização do *jus puniendi* nem mesmo fomenta os objetivos determinados pela normal, tendo em vista que não há nenhuma diferença entre uso e suprimento de drogas em sociedade que não fazem uso da tutela penal desta forma.

2.2.2 Adequação ao critério da necessidade

Para analisar a adequação de determinada norma penal em face do critério da necessidade, como uma vertente do princípio da proporcionalidade, é necessária uma averiguação dos outros meios existentes para se atingir o mesmo objetivo intentado pela normal em questão, buscando, então, sopesar a eficiência desses meios e a limitação que estes propõem aos direitos fundamentais da sociedade. Somente dessa forma é possível aferir se uma norma penal é realmente necessária, tendo em vista que, caso seja constatado que existem outros meios aptos a fomentar ou atingir os objetivos normativos, e estes meio forem menos limitadores de direitos, a norma penal será considerada desnecessária.

Conforme exposto no item anterior, o objetivo da norma penal inculpada no art. 28, da Lei nº 11.343 é a diminuição no número de usuários de drogas bem como da quantidade de drogas em circulação na sociedade.

Primeiramente faz-se necessária uma breve exposição acerca das possibilidades de tratamento jurídico que podem ser dadas às condutas descritas no tipo penal em questão, quais sejam: proibição, descriminalização e legalização (BRASIL, 2015).

A proibição permite o estabelecimento de sanções criminais em relação às práticas em comento. É o termo utilizado pelo regime internacional de controle de

drogas, fundado nas Convenções capitaneadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) e utilizado em mais de 180 países. O tratamento jurídico dado pela proibição é essencialmente estruturado por meio de normas penais, como é o atual caso brasileiro, com o art. 28, da Lei nº 11.343 (BRASIL, 2015).

A descriminalização é a ausência de tutela penal para a conduta de posse de drogas para consumo pessoal. Neste caso, embora não haja a previsão de tratamento penal do agente que for pego com drogas para consumo, existe comumente a imposição de medidas de caráter administrativo (BRASIL, 2015).

Essa é a uma forma de tratamento jurídico que vem crescendo ao redor do mundo, especialmente em virtude de decisões de cortes superiores que entendem pela inconstitucionalidade de normas que tratem penalmente o usuário de drogas. A própria corte suprema nacional atualmente encontra-se julgando a constitucionalidade da norma a que se refere este trabalho, no Recurso Extraordinário nº 635.659/SP.

Em grande parte dos países onde a descriminalização vem sendo adotada está ocorrendo a implementação de políticas públicas, especialmente da área da saúde pública, com o objetivo de minimizar as consequências sociais negativas decorrente do consumo de substâncias que possam causar dependência. A esta prática tem se atribuído a denominação de políticas de redução de danos e de prevenção de riscos (BRASIL, 2015).

Quando se cogita, portanto, do deslocamento da política de drogas do campo penal para o da saúde pública, está se tratando, em última análise, da conjugação de processos de descriminalização com políticas de redução e de prevenção de danos, e não de legalização pura e simples de determinadas drogas, na linha dos atuais movimentos de legalização da maconha e de leis recentemente editadas no Uruguai e em alguns Estados americanos (BRASIL, 2015).

Por fim temos a prática de legalização que de modo geral somente é adotada em relação a algumas drogas, em especial a cannabis. A legalização é o processo no qual não é previsto qualquer tipo de pena aqueles que utilizarem dentro das regulamentações legais e além do mais torna também permita a venda dessas substâncias.

Apesar da legalização operar-se, até hoje, de forma restritiva quanto as substâncias e não levando em conta o caráter da conduta de portar drogas, mas sim da definição do que seria droga, os dados relativos ao consumo ainda permanecem

importante pois esse é exatamente o objetivo da norma penal a que nos referimos.

Utilizando-se da importante ferramenta do direito comparado analisaremos então se realmente o modelo da criminalização da conduta de posse de drogas para consumo pessoal é mais eficiente para atingir os objetivos da norma do que outros modelos adotados mundialmente.

Portugal adota um modelo de descriminalização no qual é prevista a imposição de tratamento administrativo para a posse de droga destinada ao consumo pessoal. Quando o agente é pego nesta situação a droga é apreendida e a pessoa é notificada para comparecer a uma das Comissões para a Dissuasão da Toxicodependência, de abrangência nacional, vinculadas ao Ministério da Saúde. Estas comissões são integradas por profissionais da saúde, assistência social, psicologia e direito, e são responsáveis por fazer uma análise multidisciplinar do usuário de drogas e determinar a necessidade de aplicação de penalidade administrativa, como multa (BRASIL, 2015).

Dez anos após a aplicação deste regime de descriminalização Portugal atingiu um número recorde de pessoal em tratamento contra a dependência de drogas, sendo que estas pessoas não procuravam atendimento antes da descriminalização especialmente em virtude do estigma envolto na criminalização da posse de drogas para consumo pessoal (BRASIL, 2015). Ressalta-se que se o objetivo da norma é diminuir o número de usuários de drogas a quantidade de pessoas em tratamento contra a dependência é um importante critério de eficiência.

Ainda, Portugal, em 2014, treze anos após a descriminalização, apresentava uma taxa de uso de drogas inferior à média Europeia, um declínio no uso precoce de drogas, uma diminuição do número de pessoas que fizeram uso de drogas no último ano, uma redução no abuso de drogas e um aumento na taxa de descontinuação de uso (MURKIN, 2014).

Na Argentina, um ano após a descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal houve uma pequena redução no uso de drogas, com exceção dos tranquilizantes sem prescrição médica, que tiveram um ligeiro aumento (ARGENTINA, 2011).

A cidade de São Francisco, nos Estados Unidos da América, onde vigora uma política de criminalização ao usuário de drogas, em comparação com Amsterdã, na Holanda, onde há uma legalização relativa da cannabis, apresentaram a mesma variação no consumo de cannabis num dado período, demonstrando uma eficiência

semelhante das duas medidas, sendo que esta última sem a restrição de direitos fundamentais (REINARMAN, 2004).

Da mesma forma a União Europeia em seu Relatório Anual do Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência, reconheceu que a prevalência do consumo de drogas decorre de um conjunto de fatores muito amplo, entre os quais o tratamento penal dos usuários tem mínima interferência (UNIÃO EUROPEIA, 2014).

Ao fazer uma análise de todas as políticas públicas dispensadas para a posse de drogas destinada ao consumo pessoal, ROSMARIN e EASTWOOD (2012), concluem que a proliferação de políticas de descriminalização ao redor do mundo demonstra que a descriminalização é viável e bem-sucedida. Ressaltam, que os dados analisados evidenciam que a rigidez da criminalização não afeta o uso de drogas, sendo que alguns países com as penas mais rígidas possuem os maiores níveis de uso e abuso de drogas, enquanto países com sistemas de descriminalização tem os menores níveis.

Essa ampla gama de dados permite perceber que políticas de descriminalização e de legalização podem oferecer resultados melhores do que a política de proibição penal. Levando em conta que existem diversos fatores socioeconômicos e culturais que podem influenciar na diminuição da taxa de uso em alguns países, os dados demonstram que no mínimo a efetividade dessas políticas mais brandas é similar à da criminalização.

Cabe pontuar que para a análise da necessidade, exige-se uma comparação entre a efetividade das demais alternativas jurídicas, levando em conta os resultados e o grau de limitação de direitos individuais. Por tal motivo, mesmo considerando a similaridade de efetividade entre a criminalização e as outras políticas, esta primeira afeta muito mais gravemente os direitos individuais.

Dessa forma, não resta dúvida que o tratamento penal dessa conduta não é necessário, pois existem outras alternativas jurídicas que possuem a mesma efetividade e restringem em menor grau as garantias individuais.

2.2.3 Adequação ao critério da proporcionalidade em sentido estrito

A análise da proporcionalidade em sentido estrito é feita com base na comparação entre o valor da limitação das garantias individuais e o valor da proteção dessas garantias providas pela norma. Esta análise deve ser feita de modo concreto, ou seja, analisando-se as reais limitações e resultados da aplicação da norma e não levando em conta apenas o valor abstrato dos bens jurídicos protegidos e limitados. Ou seja, a análise da proporcionalidade em sentido estrito opera basicamente como uma valoração das vantagens e desvantagens da aplicação normativa.

Conforme profundamente exposto no item 1.1.1, o tipo penal previsto no art. 28, da Lei nº 11.343 tem como bem juridicamente tutelado a Saúde Pública. Ocorre que os dados angariados ao longo deste trabalho revelam que, efetivamente, a proibição não oferece uma proteção eficiente ao bem jurídico tutelado, tendo em vista que não fomenta a diminuição do número de usuários de drogas ou da quantidade de drogas em circulação.

Os dados são claros, o número de usuários ao redor do mundo se mantém relativamente estável (NAÇÕES UNIDAS, 2015), incluindo no Brasil (BRASIL, 2009), sendo que os poucos países que tem apresentado redução no número de pessoas que utilizaram drogas no último ano (o que indica uma redução no número total de usuários a longo prazo), são aqueles que não adotam políticas criminais para os usuários que portarem droga (ARGENTINA, 2011 e MURKIN, 2014). Além da não afetação no número de usuários de drogas durante a vigência da política proibicionista as drogas ficaram mais baratas e mais puras ao redor do mundo (WERB; et al., 2013). Ou seja, a ineficiência para proteger o bem jurídico tutelado e atingir os objetivos propostos é flagrante e não pode ser ignorada na análise da proporcionalidade em sentido estrito.

Por sua vez, as limitações aos direitos individuais impostas pela penalização das condutas tipificados no art. 28, da Lei nº 11.343 são extensas, levando em conta tanto as limitações impostas formalmente pela própria norma como as limitações que decorrem da aplicação do *jus puniendi*.

Ironicamente, uma das limitações que são impostas na prática pelo tratamento penal da conduta de posse de drogas para uso próprio é a de ter acesso ao tratamento de saúde pública necessário para levar a descontinuidade do abuso de drogas. O tratamento penal do usuário acaba criando uma estigmatização quanto ao uso de drogas que leva os usuários a se afastarem da convivência social e não

tratarem com terceiro sobre seus eventuais problemas relativos ao abuso de drogas.

Na prática, porém, apesar do abrandamento das consequências penais da posse de drogas para consumo pessoal, a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobre drogas em relação a usuários e dependentes, em sintonia com políticas de redução de danos e prevenção de riscos já bastante difundidas no plano internacional (BRASIL, 2015, p. 18)

No Brasil não existe nenhum tipo de estudo acerca da parcela de usuários de drogas que procuram tratamento e nem a evolução do número de usuários em decorrência de mudanças normativas. Diante disso tem especial atenção o caso de Portugal, onde dez anos após a descriminalização houve um número recorde de pessoas em tratamento, sendo que em 18% o tratamento era relativo ao uso de cannabis, situação que não ocorria antes da descriminalização (BRASIL, 2015).

Dessa forma, além de não promover uma diminuição no número de usuários a proibição coíbe que estes mesmos usuários procurem tratamento em caso de abuso de drogas, limitando assim o acesso ao direito básico à saúde.

Outro direito fundamental afetado pela tutela penal da conduta descrita no art. 28, da Lei nº 11.343 é a intimidade ou vida privada e os derivados direitos ao desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação (BRASIL, 2015). Estes direitos são afetados diretamente pela proibição em questão tendo em vista que, conforme demonstrado no decorrer deste trabalho, a conduta descrita no tipo penal não possui capacidade de afetar terceiros sendo que os efeitos lesivos se limitam à esfera pessoal do agente. Ao se limitar o direito individual a tomar determinada atitude que não possui o caráter de alteridade lesiva, está-se afrontando diretamente o direito a autodeterminação dessa pessoa e, conseqüentemente, o seu direito a desenvolver sua personalidade da maneira que melhor lhe couber.

A proteção do indivíduo contra interferências que se estimem indevidas por parte do Estado pode ser atalhada, dessa forma, com a invocação do princípio da liberdade geral, que não tolera restrições à autonomia da vontade que não sejam necessárias para alguma finalidade de raiz constitucional, e mesmo pelo apelo ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o reconhecimento de uma margem de autonomia do indivíduo, tão larga quanto possível, no quadro dos diversos valores constitucionais (BRASIL, 2015, p. 35).

Nesse viés, o Estado possui a obrigação de permitir a maior margem de autonomia aos indivíduos, dentro dos limites do necessário para proteger o bem

jurídico penalmente tutelado. Não restando comprovado que as limitações de direitos impostas pela norma são aptas a proteger o bem jurídico tutelado, resta claro que a ação estatal afeta o direito fundamental à autonomia da vontade e à dignidade humana.

O direito à vida privada e à intimidade, é uma peça fundamental do conceito de Estado Democrático de Direito e por isso possui um especial valor social:

A garantia traduz-se na previsão de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares o tratamento de sujeito e não de objeto de direito, respeitando-lhe a autonomia, pela sua simples condição de ser humano. Assim sendo, incumbe ao Estado garantir aos indivíduos a livre busca de suas realizações de vida pessoal, por ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio. A funcionalização é uma característica típica das sociedades totalitárias, nas quais o indivíduo serve à coletividade e ao Estado, e não o contrário (GARCIA, 2012).

Ressalta-se que o tratamento penal dessa conduta, a qual justifica abordagens policiais de determinados grupos sociais, leva a estigmatização dos indivíduos, que permanecem com sua ficha criminal marcada pela incidência neste tipo penal, expondo-os a diversos tipos de preconceito, tanto na obtenção de emprego, quanto no próprio tratamento dado pelos agentes de segurança pública, o que vem a causar danos de grande relevância ao direito à intimidade, à vida privada e, conseqüentemente, à dignidade humana.

A quase que total ausência de vantagens oriundas da criminalização da posse de drogas para consumo pessoal assomado das diversas restrições causadas a diversos direitos fundamentais não deixa qualquer dúvida de que a norma penal contida no art. 28, da Lei nº 11.343, é inadequada ao critério da proporcionalidade em sentido estrito, sendo que sua implementação possui mais desvantagens do que vantagens concretas.

CONCLUSÃO

O art. 28, da Lei nº 11.343 tipifica a conduta de adquirir, guarda, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 2006). Ocorre que atualmente exsurge denso debate acerca da constitucionalidade desse artigo e sua adequação aos princípios penais constitucionais.

Nesse contexto, o presente trabalho ocupou-se de analisar a adequação da referida figura penal criminalizadora em face dos princípios penais da ofensividade e da proporcionalidade tendo em vista serem esses os princípios penais de maior importância dentre os princípios limitadores do poder punitivo estatal, servindo como bases do conceito de Estado Democrático de Direito. Tal análise se deu de forma independente para cada um dos princípios penais em questão, sendo que para a aferição de (in)adequação da norma em face desses princípios foram elaborados critérios objetivos os quais permitiram a obtenção de diversas conclusões parciais.

Primeiramente a partir da conceituação do princípio da ofensividade extraiu-se como critérios de análise da adequação: (a) o bem jurídico; (b) o grau de ofensividade necessário; (c) a efetiva ofensividade da conduta.

Quanto ao bem jurídico, a pesquisa permitiu aferir que o bem jurídico supostamente tutelado pela norma penal é a Saúde Pública, sendo que este bem mostra-se apto a figurar como um bem jurídico penalmente tutelado. Nesse ponto não houve divergências, pois ambas as correntes que buscam delimitar o conceito de bem jurídico permitem o enquadramento da Saúde Pública nessa categoria. Apesar da ausência de divergências quanto a aptidão para figurar como bem jurídico penalmente tutelado, é importante fazer a ressalva de que a utilização de bens jurídicos tão abstratos gera extrema dificuldade para a determinação da efetiva ofensividade da conduta o que, por sua vez, acaba por causar insegurança jurídica e dar azo à abusos no uso do *jus puniendi*. Por este motivo, compreende-se que somente em casos de extrema necessidade, onde o bem jurídico à ser protegido é de extremo valor e inexistem outras formas eficientes de protegê-lo, é que bens jurídicos difusos podem ser utilizados como legitimadores da tutela penal.

Em relação ao grau de ofensividade necessário para justificar a tutela penal de determinada conduta, concluiu-se que o art. 28, da Lei nº 11.343 é classificado

como um crime de perigo abstrato. Este conceito é amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, bem como a utilização desse gênero de crime vem crescendo no sistema jurídico brasileiro. No entanto, mesmo inexistindo celeuma acerca da existência desse gênero de delito que somente torna necessária a periculosidade abstrata da conduta para justificar a sua proscrição, existe um crescente número de autores que compreendem pela inadequação dos crimes de perigo abstrato. Tal posição é de extrema pertinência pois bota em jogo a legitimidade da proibição de condutas baseando-se apenas numa hipotética periculosidade que seria consequência lógica da perpetração da conduta proibida. A utilização irrestrita desse gênero de delitos levaria a uma hiperinflação penal e a uma utilização do *jus puniendi* de forma abusiva, sendo que não se faz necessária qualquer comprovação efetiva da ofensividade da conduta. Nesse viés, considera-se que, apesar de haver uma aceitação implícita por parte da jurisprudência, os crimes de perigo abstrato mostram-se inadequados frente ao princípio da ofensividade, tendo em vista que a ofensividade da conduta é presumida de forma absoluta e em nenhum momento, seja legislativo ou judicial, tal ofensividade é posta à prova.

Por fim, se analisou o efetivo grau de ofensividade da conduta de portar drogas destinadas ao consumo pessoal, tendo-se elencados as formas que a doutrina entende que a conduta afeta a Saúde Pública: (a) pela indução de terceiros a usar drogas; (b) pelo fomento a ocorrência de delitos ligados a traficância; (c) pelo aumento da periculosidade do agente.

Quanto à primeira forma, os dados coletados levam a crer que o consumo pessoal de drogas não possui grande capacidade de induzir terceiros ao uso, tendo em vista que, se fosse esse o caso, o número de usuários de drogas seria sempre crescente, o que não ocorre em países que vem adotando métodos de descriminalização desta conduta, onde vem ocorrendo uma redução no número de novos usuários de drogas.

A forma de ofensividade ligada à capacidade de fomentar a ocorrência de delitos ligados a traficância mostra-se totalmente dissociada de diversos princípios que regem a aplicação do Direito Penal nacional. Considerar como justificável a ofensividade da conduta, baseando-se no fato de que essa conduta está de alguma forma ligada a possíveis condutas delitivas que venha a ser praticadas por terceiros, ofende diretamente os princípios da personalidade, que determina que a pena não pode passar da pessoa do agente delitivo, da culpabilidade, que preceitua a

necessidade de dolo ou culpa no resultado lesivo. Dessa forma esta suposta forma de ofensividade da conduta tipificada no art. 28, da Lei nº 11.343 mostra-se totalmente inadequada aos preceitos básicos do Direito Penal pátrio, motivo pelo qual não está apta a justificar a efetiva ofensividade da conduta.

Da mesma forma ocorre com a suposta ofensividade fundada no aumento da periculosidade social do agente, tendo em vista que tal concepção afronta diretamente o princípio da culpabilidade, levando em conta que o dolo está dirigido ao uso da droga e não a possível prática delitiva que venha a ser praticada posteriormente. Ainda, esta forma de justificação da ofensividade afronta o conceito do Direito Penal do fato, adotado por nosso sistema nacional, o qual leva em conta apenas as ações efetivamente praticada pelo agente como fundamento da aplicação da norma penal, e vai de encontro ao conceito de Direito Penal do autor, que é uma doutrina ultrapassada, limitadora das liberdades individuais, desigual e fundada na moral como base justificadora do uso do *jus puniendi*.

Dessa forma, conclui-se que a norma penal contida no art. 28, da Lei nº 11.343 mostra-se inadequada ao princípio da ofensividade, tendo em vista que nos filiámos ao posicionamento de que os crimes de perigo abstrato são uma afronta ao princípio da ofensividade, e que os dados atualmente disponíveis levam a crer que a conduta de posse de drogas para consumo pessoal não afeta o bem jurídico Saúde Pública de forma que se faça justificável a tutela penal.

Em relação ao princípio da proporcionalidade a análise conceitual deste princípio permitiu verificar a existências de três subprincípios, idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, os quais foram utilizados como critérios para a análise da (in)adequação principiológica.

Ao analisarmos o critério de idoneidade, os dados revelaram que a aptidão para a norma atingir os objetivos pretendidos, quais sejam a diminuição no número de usuários de drogas e a diminuição na quantidade de drogas em circulação na sociedade, não é inexistente. Tal conclusão tem como base o fato de que, mesmo imperando uma política “global” de criminalização, a quantidade de usuários de drogas permanece crescente, bem como a quantidade de drogas em circulação permanece estagnada, porém, mais pura e mais barata com o passar do tempo. Ainda, a comparação entre países onde a criminalização da posse de drogas ocorre e países onde há a descriminalização da conduta, não deixa qualquer dúvida de que a tutela penal não possui idoneidade para atingir os objetivos propostos.

O critério da necessidade é aferido por meio da comparação com outras formas de tutela que sejam aptas a atingir o objetivo da norma e proteger o bem jurídico de forma suficiente, sendo que se deve dar preferência àquelas ações estatais que limitem mais brandamente os direitos individuais. Nesse sentido, os dados não deixam dúvida de que o tratamento penal da conduta de posse de drogas para consumo pessoal é menos eficaz para atingir os objetivos da norma do que outros métodos de abordagem estatal. A descriminalização e mesmo a legalização são forma mais eficientes de se diminuir a quantidade de usuários de drogas na sociedade, protegendo de forma mais eficaz a Saúde Pública, sem impor grandes limitações às garantias individuais, diferentemente do que ocorre com o uso do *jus puniendi*.

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito uma análise das consequências práticas da aplicação da norma penal contida no art. 28, da Lei nº 11.343 revela que a criminalização dessa conduta não possui nenhum efeito benéfico no atingimento dos objetivos propostos pela norma, bem como não protege de forma adequada o bem jurídico tutelado. Ainda, além de não haver pontos positivos nessa utilização do *jus puniendi*, esta prática afeta diretamente o direito à saúde, à autodeterminação, à intimidade, à vida privada, ao desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana. Nessa senda, os malefícios efetivamente causados pela tutela penal da posse de drogas para consumo pessoal superam largamente os benefícios desta.

Dessa forma, conclui-se que a proibição contida no art. 28, da Lei nº 11.343 mostra-se inadequada aos princípios penais da ofensividade, por não existirem provas conclusivas da ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, e ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a norma é inidônea a atingir os objetivos, ineficaz frente às outras possibilidades de tutela jurídica menos restritivas de direitos e, na prática, causa mais lesões aos direitos individuais do que efetivamente protege o bem jurídico tutelado.

Por ofender aos princípios limitadores do poder punitivo estatal esta proibição não pode ser considerada legítima frente ao conceito de Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Observatorio Argentino de Drogas. **Tendencia em el consumo de substancias psicoativas em argentina 2004 – 2010**. Argentina: Secretaria de Programación para la PRevención de la Drogadicción y la Lucha conta el Narcotráfico, 2011. Disponível em: <<http://scripts.minplan.gob.ar/octopus/archivos.php?file=5429>>. Acesso em: 05 out 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Brasil: EbooksBrasil, 2001. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_08/e-books/dos_delitos_e_das_penas.pdf>. Acesso em: 5 out 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral 1**. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BORBA, Maurício. **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. UNIFACS: 2015. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAAahUKEwiN-eb14ZfJAhXCfpAKHUw8AUk&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2FREVISTA JURIDICA%2FARQUIVO%2Fedicao_agosto2005%2Fdiscente%2Fdisc_02.doc&usg=AFQjCNGSaDTzOTtrRtKlpNvmptHoiGavjg&sig2=bKaQPS4szqHOM3IM7MHbLQ&bv m=bv.107467506,d.Y2l&cad=rja>. Acesso em 10 de nov 2015.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 12 out 2015.

BRASIL. **Relatório Brasileiro sobre Drogas**. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2009. Disponível em: <<http://www.obid.senad.gov.br/portais/OBID/biblioteca/documentos/Relatorios/328379.pdf>>. Acesso em: 02 nov 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que nega provimento a Agravo de**

Instrumento interposto em face de sentença negatória da aplicação do princípio da insignificância ao delito previsto no art. 28, da Lei nº 11.343, justificando a lesividade desta conduta típica. Agravo de Instrumento AI: 805728/RS, Marlon Fontoura da Silveira e Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relatora, Ministra Cármen Lúcia. 02 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15448217/agravo-de-instrumento-ai-805728-rs-stf>>. Acesso em: 20 out 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que nega provimento a habeas corpus que postula a soltura do impetrante em face da atipicidade de portar arma de fogo desmuniada, com fundamento na classificação de crime de perigo abstrato e sua conformidade com os princípios constitucionais.** Habeas Corpus HC: 104.410/RS, Aldori de Lima e Relator do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 984616 do Superior Tribunal de Justiça. Relator, Ministro Gilmar Mendes. 06 de março de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1851040>>. Acesso em: 22 out 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão que dá provimento parcial a habeas corpus que postula a soltura do impetrante em face da ausência de provas de menoridade da vítima em crime de corrupção de menores, tendo como fundamento a distribuição do ônus da prova dentro do processo penal.** Habeas Corpus HC: 73.338/RS, José Carlos Martins de Filho e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator, Ministro Celso de Mello. 13 de agosto de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=74424>>. Acesso em: 23 out 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão que nega provimento a habeas corpus que postula a soltura do impetrante tendo em vista a atipicidade da conduta descrita no art. 28, da Lei nº 11.343, com fundamento na inaplicabilidade do princípio da insignificância a este delito.** Habeas Corpus HC: 35.920/DF, Claudio Silva Júnior e Ministério Público do Distrito Federal. Relator, Ministro Rogerio Schietti Cruz. 20 de maio de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/decisao-stj-relatada-ministro-rogerio.pdf>>. Acesso em: 20 out 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto favorável do relator em recurso extraordinário que postula o reconhecimento da inconstitucionalidade do delito tipificado no art. 28, da Lei nº 11.343, com base na afronta ao direito constitucional à intimidade.** Recurso Extraordinário RE: 635.659/SP, Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator, Ministro Gilmar Mendes. 20 de agosto de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 20 out 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão que nega provimento a apelação criminal que postula a absolvição tendo em vista a atipicidade da conduta de portar arma de fogo desmuniada, com o fundamenta na classificação do crime como de perigo abstrato, sendo suficiente a**

potencialidade lesiva da arma de fogo. Apelação Criminal AC: 70039663992, Pedro Moacir de Oliveira e Ministério Público do Rio Grande do Sul. Relator, Desembargador Odone Sanguiné. 17 de março de 2011. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70039663992%26num_processo%3D70039663992%26codEmenta%3D4076307+70039663992++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70039663992&comarca=Comarca%20de%20Itaqui&dtJulg=17/03/2011&relator=Odone%20Sanguin%C3%A9&aba=juris. Acesso em: 21 out 2015.

BRUNONI, Nivaldo. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade.** Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4^o Região, 2007. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm. Acesso em: 28 out 2015.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CEREZO MIR, José. **Obras completas: otros estudios.** Lima: Ara Editores, 2006.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento.** 7^a Edição. Salvador: JUSPODIVM, 2007.

DOTTI, René Ariel. **Curso de direito penal: parte geral.** 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução: ZOMER, Ana Paula; et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, de Cândido. **Novo dicionário da língua portuguesa.** 2010. Disponível em: http://www.gutenberg.org/files/31552/31552-pdf.pdf?session_id=b2b718c4a1ab5a0f5ba1e012c05967a44fd8ea0b. Acesso em: 15 set 2015.

GARCIA, Roberto Soares. A inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas. In: **Boletim Biênio 2011/2012 – Ed. Especial Drogas.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Criminologia, 2012. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4740-A-inconstitucionalidade-do-art-28-da-Lei-de-Drogas. Acesso em: 15 out 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade do fato. In: SHMITT, Ricardo Augusto. **Princípios Penais Constitucionais: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal.** Bahia: Juspodivm, 2007. p. 33-51.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova Lei de Drogas comentada artigo por artigo**: Lei 11.343/06 de 23.08.2006. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Lei de Drogas anotada**: Lei n. 11.343/2006. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

JESUS, Damásio. **Crimes de perigo abstrato e o STF**. Disponível em: <http://www.mpba.mp.br/atuacao/criminal/material/ARMA_DE_FOGO_DESMUNICIA_DA_-_Damasio_de_Jesus.pdf>. Acesso em: 15 nov 2015

LIMA, Alberto Correia C. de Barros. **Direito penal constitucional**: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. O princípio da proporcionalidade no direito Penal. In: SHMITT, Ricardo Augusto. **Princípios Penais Constitucionais**: Direito e Processo Penal à luz da Constituição Federal. Bahia: Juspodivm, 2007. p. 191-227.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 7 ed. Buenos Aires: Euros Editores, 2005.

MURKIN, George. **Drug decriminalization in Portugal**: setting the record straight. Reino Unido: Transform Drug Policy Foundation, 2014. Disponível em: <http://www.tdpf.org.uk/sites/default/files/Portugal_0.pdf>. Acesso em: 22 out 2015.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório Mundial sobre Drogas**. Viena: United Nations Office on Drugs and Crime, 2015. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/wdr2015/World_Drug_Report_2015.pdf>. Acesso em: 20 out 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Annelise Freitas Macedo. Crimes de perigo abstrato: inconstitucionalidade. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4219, 19 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/31075>>. Acesso em: 25 out. 2015.

PEREIRA, Antonio Jose Lima. Crimes abstratos face ao princípio da ofensividade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7511>. Acesso em: 25 out 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, volume 1**: parte geral, arts. 1º a 120. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PUIG, Santiago Mir. Concepto de Bien Jurídico-Penal como Limite del Ius Puniedi. In: MACIEL, Adhemar Ferreira, et al. **Estudos de direito penal, processual e criminologia em homenagem ao Prof. Dr. Kurt Madlener**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/outras-publicacoes-1/homenagem-dr-kurt-madlener-1>>. Acesso em: 25 out 2015.

REINARMAN, C.; et al. **The Limited Relevance of Drug Policy**: Cannabis In Amsterdam and in San Francisco. Estados Unidos: American Journal of Public Health, 2004, p. 836-842.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. In: **Jus Navigandi**, ano 8, n. 439, 19 set 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5722/reflexoes-sobre-os-crimes-de-perigo-abstrato>>. Acesso em: 20 out 2015.

ROSMARIN, Ari; EASTWOOD, Niamh. **A quiet revolution: drug decriminalization in practice across the globe**. London: Release Drugs, 2012.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. In: **Revista dos Tribunais** 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf>. Acesso em: 29 set 2015.

STRECK, Lênio Luis. O "Crime de Porte de Arma" à Luz da Princiologia Constitucional e do Controle de Constitucionalidade: Três Soluções à Luz da Hermenêutica. In: **Revista De Estudos Criminais do ITEC**, Ano 1 – 2001, n.º 01, p. 52/63.

UNIÃO EUROPEIA. Observatório Europeu da Droga e da Toxicodependência. **Relatório Europeu sobre Drogas 2014**: Tendências e evoluções. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. Disponível em <http://www.emcdda.europa.eu/attachements.cfm/att_228272_PT_TDAT14001PTN.pdf>. Acesso em: 10 out 2015.

WERB, Dan; et al. **The temporal relationship between drug supply indicators: an audit of international government surveillance systems**. BMJ Open, 2013. Disponível em <https://d3n8a8pro7vhm.cloudfront.net/michaela/pages/50/attachements/original/1431530908/BMJO_2014_Study.pdf?1431530908>. Acesso em 10 out 2015.