

## A (in)constitucionalidade do artigo 28 da lei nº 11.343/06 sob a ótica da teoria do bem jurídico

*Gabriela Mendes Machado*

*Luiza Luz Soares Neuenschwander Magalhães*

*Mateus Vaz e Greco*

**Como citar este artigo:** MACHADO, Gabriela Mendes; MAGALHÃES, Luiz Luz Soares Neuenschwander; GRECO, Mateus Vaz e. A (in)constitucionalidade do artigo 28 da lei nº 11.343/06 sob a ótica da teoria do bem jurídico. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 35-56, 2020. DOI: [10.46274/1809-192XRICP2020v5p35-55](https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v5p35-55).



# A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/06 SOB A ÓTICA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO

*THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF THE CRIME TYPIFIED ON THE ARTICLE 28 OF LAW 11.343/06 FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF THE PROTECTED LEGAL INTERESTS*

Gabriela Mendes Machado

*Mestranda em Direito Processual pela PUC Minas  
Especialista em Direito Processual pelo IEC – PUC Minas*

Luiza Luz Soares Neuenschwander Magalhães

*Bacharel em Direito pela UFMG*

Mateus Vaz e Greco

*Mestrando em Direito Penal pela PUC Minas*

**Recebido em:** 06/02/2020

**Aprovado em:** 10/04/2020

**Última versão do autor em:** 29/04/2020

**Área:** Direito Penal

**Resumo:** O presente estudo trata da (in)constitucionalidade do crime de porte de drogas para consumo pessoal, tipificado no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06. Por meio dele, demonstra-se que a criminalização de tal conduta, além dos já sabidos gravosos danos sociais causados, também se respalda em um bem jurídico incerto e abstrato, qual seja a Saúde Pública. Propõe-se assim uma análise crítica a respeito da utilização de bens jurídicos coletivos, como a saúde pública que o delito em tela busca tutelar, para contenção do poder punitivo. Por fim, aponta-se o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal da pertinência do tema no RE 635659/SP – que teve sua tramitação sus-

pensa, sem previsão de retorno – tendo alguns ministros apresentado sua decisão a respeito do tema.

**Palavras-Chaves:** Direito Penal. Lei de Drogas. Bem Jurídico. Inconstitucionalidade.

**Abstract:** *The present study deals with the (un)constitutionality of the crime of having drugs for personal consumption, typified on the article 28 of Law 11.343/06. It intends to demonstrate that the criminalization of this conduct not only causes vast and known social damage, but also is justified by an uncertain and abstract legal interest, namely Public Health. Therefore, a critical analysis is proposed regarding the use of collective legal interests, such as Public Health, to limit the punitive power. Finally, we point out that the Supreme Court in Brazil (Supremo Tribunal Federal) acknowledged the relevance of the issue in RE 635659/SP - that at the time had its processing suspended by the court with no expected date to restart – when some ministers already expressed their decisions on the matter.*

**Keywords:** *Criminal Law. Drug Law. Legal Property. Unconstitutionality.*

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Apontamentos sobre bem jurídico. 2.1. A expansão do Direito Penal - Surgimento dos Bens Jurídicos coletivos. 2.2. As Teorias do Bem Jurídico. 2.3. O Dualismo e o Monismo-pessoal. 2.4. A (im)pertinência da Saúde Pública como bem jurídico. 3. A tipificação penal do porte de droga para consumo pessoal no Brasil e a tramitação do recurso extraordinário 635.659/SP. 4. Conclusão.

## 1. Introdução

A discussão referente à (in)constitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º 11.343/06 é de extrema importância, não só pelas questões jurídico-constitucionais a ela atinentes, que necessariamente perpassam pela análise do bem jurídico tutelado, como também por se tratar de assunto que transita pela seara social, envolvendo também questões afetas a políticas criminais atuais.

A pauta em discussão envolve análise histórica e política que, por inviabilidade metodológica, não serão objeto do presente estudo. Todavia, faz-se necessário, para ambientação, trazer que o uso de drogas não é algo inédito ou um fenômeno recente, sendo tão antigo quanto nossa própria sociedade<sup>1</sup>. Entretanto, a sua proibição como atualmente é feito no Brasil é o que interessa para a presente abordagem.

<sup>1</sup> Recomenda-se, aqui, a leitura do livro “O Direito Penal da Guerra às Drogas”, de Luís Carlos Valois.

Na legislação brasileira, encontram-se criminalizadas as condutas previstas no artigo 28 da Lei de Drogas, quais sejam: adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. É justamente esta proibição que se mostra questionável, do ponto de vista jurídico, eis que esbarra em garantias fundamentais do indivíduo, além de pautar-se na proteção de bens jurídicos coletivos incertos e abstratos.

Assim, traçando ponderações teóricas que julgamos relevantes, promoveremos uma análise acerca da constitucionalidade – ou não – do tipo previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, analisando as teorias do bem jurídico e, em especial, ponderações a respeito da Saúde Pública como bem coletivo, e por fim, far-se-á uma análise da tramitação do Recurso Extraordinário 635.659/SP, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, que versa acerca da tipicidade do porte de drogas para consumo pessoal.

## **2. Apontamentos sobre bem jurídico**

### **2.1. A expansão do Direito Penal - Surgimento dos Bens Jurídicos coletivos**

A tipificação dos chamados crimes contra a saúde pública, cuja previsão estava contida no Título III da Parte Especial (Dos crimes contra a Tranquilidade Pública) surgiu com a edição do Código Penal de 1890, em um contexto no qual a proteção dos bens jurídicos relacionados à coletividade representava um processo de significativa expansão e modernização do Direito Penal.

Esse processo pode ser associado ao desenvolvimento das sociedades complexas, em especial a partir da passagem do Estado Liberal para o Estado Social, prevalecendo uma noção de que eram objeto da tutela penal não apenas os bens jurídicos propriamente ditos, mas, também a promoção de valores ético-sociais.

Wessels, adepto à teoria ético-social do bem jurídico, afirma que *“as raízes do Direito Penal se situam nas representações ético-sociais de valor da comunidade jurídica; elas constituem a base para o aparecimento dos bens jurídicos, das normas jurídicas e dos tipos penais”* (WESSELS, 1976, p. 04).

Segundo Welzel, a função do Direito Penal seria essencialmente ético-social, de modo que serviria para a proteção de valores considerados relevantes para a sociedade, tais como *“a existência do Estado, a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc.”* (WELZEL, 1956, p. 02).

Para perspectiva, todos esses valores seriam por ele convertidos a bens jurídicos, a partir de uma norma que tornasse possível a tutela. Em outras palavras, seria a partir da tipificação e da superveniente punição que a proteção dos valores ético-sociais estaria resguardada (MIRANDA, 2018, p. 52).

Vale dizer que o relevante para o Direito Penal seria a conduta, em detrimento de uma efetiva lesão a um bem jurídico. Afinal, é evidente que a intenção de Welzel seria assegurar os valores da sociedade mediante a proibição (criminalização) de condutas indesejadas, ainda que não houvesse qualquer resultado que causasse dano ou lesão aos bens jurídicos<sup>2</sup>.

Nessa concepção, a relevância dada para a proteção de valores ético-sociais acaba abrindo indevido espaço para a criminalização de tudo aquilo que pudesse ser tido como valor para a sociedade, em verdadeira (e repetida) confusão entre Direito e moral. Veja-se o seguinte escrito de Juarez Tavares:

Regressa-se a uma fase anterior a Christian Thomasius, confunde-se a proteção jurídica com a proteção moral, travestida, agora, de valores ético-sociais, de conteúdo ontológico, que dizer, retirados não de um ato de vontade individual, ou de vontade do legislador, mas de uma refinada elaboração mental daqueles que o descobriram e desbravaram. (TAVARES, 2000, p. 178)

Nessa toada, em vez de punir apenas a lesão a bens jurídicos, o Direito Penal seria instrumento de punição a ações infieis, indisciplinadas, desonestas ou desleais, de modo a assegurar a observância real dos valores ético-sociais (BAPTISTA, 2016, p. 43).

Essa função desenvolvida por Welzel e atribuída ao Direito Penal teve impactos significativos na teoria do delito, inclusive no que diz respeito à teoria do bem jurídico. Embora essa corrente tenha encontrado um substrato favorável após a Segunda Guerra na Alemanha, ela se tornou alvo de intensas críticas, isso porque além do risco de sua instrumentalização por ideologias autoritárias, em uma sociedade que

---

<sup>2</sup> “Resulta claro que la seguridad de todos sólo se garantiza suficientemente cuando se asegura el respeto por la vida ajena, con independencia del valor actual de ese bien jurídico individual. El valor del acto es relativamente independiente del valor material o valor del resultado (bien jurídico). Solamente sobre el aseguramiento de los valores elementales ético-sociales de la acción, puede lograrse un amparo amplio y duradero de los bienes jurídicos”. (WELZEL, 1956, p. 04-05)

se pretenda democrática o Direito Penal não deveria incidir na esfera interna do indivíduo, modificando seus esquemas de valores. Em vez de limitar a atuação do Direito Penal, essa concepção favoreceria a criação de mecanismos de atuação para além do que deveria ser objeto do poder punitivo do Estado, isto é, além da estrita proteção dos bens jurídicos (PAPA, 2013, p. 40).

## **2.2. As Teorias do Bem Jurídico**

Embora a teoria de Welzel tenha o mérito de retomar o conteúdo material do delito, novas correntes político-criminais surgiram, sobretudo no pós-guerra, com o fim de reestruturar a noção de bem jurídico.

O fim da Segunda Guerra desencadeou um movimento nos sistemas constitucionais, bem como no próprio direito, de tal sorte que na segunda metade do século passado a cultura jurídica passou a redefinir o papel da Constituição na organização política de um Estado Democrático de Direito.

Como resposta e superação da carga autoritária que precedia historicamente, o Brasil, assim como diversos outros países (Alemanha, Itália, Portugal, Espanha etc.) introduziu em seu texto constitucional elementos relacionados a valores e a opções políticas fundamentais. Segundo Barros, nesse contexto

tem-se que os ordenamentos democráticos e constitucionalizados contemporâneos, fundamentam-se numa necessária conexão entre direito e moral, o que permite compreender o que se convencionou denominar de *neoconstitucionalismo ideológico*, consubstanciado na obrigação moral de obedecer a Constituição e as leis que são conformes a Constituição. (PAPA, 2013, p. 46)

Na seara penal, as tendências do constitucionalismo trouxeram reflexos substanciais na legitimação da criminalidade de condutas, notadamente com o fim de tutelar aqueles valores expressos na Constituição de 1988. Dessa forma, o conceito de bem jurídico passa a carregar um viés político-criminal, na medida em que visa a limitar o arbítrio do legislador ao criar bem jurídicos, uma vez que estes devem ser vinculados aos princípios, garantias e valores explícitos ou implícitos na Constituição.

Segundo Luiz Regis Prado:

O conceito de bem jurídico deve ser inferido na Constituição, operando-se uma espécie de normatização de diretivas

político-criminais. Podem ser agrupadas em teorias de caráter geral e de fundamento constitucional estrito. A divergência entre ela é tão somente quanto à maneira de vinculação à norma constitucional. (PRADO, 2011, p. 62)

Veja-se que na esteira da referida constitucionalização, os ordenamentos jurídicos penais devem ser derivados dos bens jurídicos implícita ou explicitamente preconizados pela Constituição, de modo que limitaria a atuação punitiva estatal. Dentro dessa teoria surgem duas correntes, uma estrita outra ampla. Em síntese, a primeira, que é considerada rígida, consiste na ideia de que a tutela penal somente pode incidir sobre aqueles bens de expressa relevância constitucional (BAPTISTA, 2016, p. 66). Nessa perspectiva, apenas aqueles bens taxativamente elencados na Constituição seriam objeto de tutela penal.

Embora essa corrente tenha a vantagem de que o conceito de bem jurídico acabe antecedendo a atividade do legislador penal, bem como vinculando a sua atividade valorativa, o critério referido não conduz necessariamente a um programa criminal mais enxuto. Nas palavras de Tatiana Baptista:

Em primeiro lugar, o texto constitucional está repleto de expressões abertas e abstratas, tais como “dignidade da pessoa humana”, “moralidade” e “justiça social”, que conferem ao intérprete significativo espaço de discricionariedade. Em segundo lugar, a existência de valores constitucionais como a “correta utilização dos recursos naturais”, a “livre concorrência no mercado de consumo” e a “garantia da política de assistência social por meio de impostos” pode levar à utilização do Direito Penal como instrumento de políticas estatais, voltado à solução de problemas sistêmicos. (BAPTISTA, 2016, p. 67)

E mais:

Por outro lado, a teoria constitucional estrita é criticada por privar da tutela penal bens tradicionais que não possuem relevância constitucional explícita, como, por exemplo, a fé pública. Ademais, a rigidez da presente perspectiva faz com que dependa de reforma constitucional a atualização do Direito Penal para acompanhar a emergência de novas modalidades delitivas, como aquelas decorrentes do desenvolvimento tecnológico e científico, a exemplo da criminalidade genética. (BAPTISTA, 2016, p. 67)

Por outro lado, a segunda corrente, a ampla, aumenta o espaço no qual o bem jurídico estaria circunscrito. Consoante esse entendimento, a referência feita à Constituição é genérica e ampla, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida, aos princípios que inspiram a norma fundamental e com base nos quais se constrói o sistema punitivo (PRADO, 2003, p. 63).

Roxin, de certa forma, aproxima-se da corrente ampla na medida ao acolher a noção de que o bem jurídico-penal é valor não vedado pela Constituição, tomando esta mais como limite do que como fundamento do conceito (BAPTISTA, 2016, p. 68).

Embora essa teoria comporte vários adeptos e talvez seja, de certa forma, o que há de mais moderno sobre a teoria do bem jurídico, não se pode negar que há evidente abertura desse conceito que se pretende limitar, especialmente no que diz respeito aos bens jurídicos coletivos, visto que o único limite imposto é a vinculação à Constituição. Todavia, essa vinculação acaba por ser óbvia, uma vez que, como bem pontua Baptista, “a não contrariedade aos princípios constitucionais é exigência geral imposta a todo o ordenamento jurídico infraconstitucional” (BAPTISTA, 2016, p. 69).

Sob um viés de limitação do *jus puniendi* estatal, é possível dizer que a maioria das críticas pertinentes à teoria constitucional do bem jurídico convergem em um ponto em comum: o bem jurídico deve ter pressupostos ainda mais restritivos do que a simples vinculação às diretrizes preconizadas pela Constituição, sejam elas explícitas ou implícitas.

### **2.3. O Dualismo e o Monismo-pessoal**

Uma outra leitura relevante sobre o bem jurídico é a desenvolvida por Hassemer, a partir da qual será analisada a (im)pertinência da saúde pública enquanto bem jurídico.

Esta supõe que a concepção de bem jurídico deve anteceder a atividade legislativa, sendo emanado de fontes extrajurídicas ou pré-positivas. A função atribuída ao bem jurídico seria a de “possibilitar um parâmetro corretivo da política criminal adotada, impondo a exigência de que o bem jurídico seja retirado da relação social concreta e descrito de maneira precisa pela lei penal” (BAPTISTA, 2016, p. 49)

Segundo essa linha, o direito penal deve ser restrito aos interesses do indivíduo, priorizando-os diante do conflito entre o Estado, sociedade e ser humano.



Portanto, em vez de servir como justificativa para criminalizar condutas, o instituto do bem jurídico deveria servir a função de limitar esse poder punitivo (HASSEMER, 2016, p. 12). Os bens jurídicos, por sua vez, seriam extraídos das relações sociais concretas, sendo que o escopo da proteção penal seria os interesses humanos.

Veja-se que nessa perspectiva o cerne da proteção penal é a pessoa humana. Logo, o legislador penal, para criminalizar, deve levar em conta se aquela conduta seria capaz de ameaçar o interesse pessoal protegido por lei<sup>3</sup>. Da mesma forma, a punição deve ter como pressuposto a constatação de ofensa ao bem jurídico da vítima – ou risco real de lesão<sup>4</sup>. Não basta a alegação de ofensa a uma entidade incerta e abstrata.

Diante disso, pode-se dizer que Hassemer tinha como preocupação ainda os demais princípios do direito penal, notadamente a lesividade.

Salienta-se que na perspectiva dos bens jurídicos individuais “a teoria formulada por Hassemer é bastante clara, se a responsabilidade penal é pessoal, também será pessoal a violação produzida pela conduta” (MIRANDA, 2018, p. 65). Contudo, não é excluída a existência de bens jurídicos coletivos.

Assim, a existência de um conceito pessoal de bem jurídico não impede o reconhecimento daqueles ditos coletivos, mas, é exigido que eles sejam funcionalizados e tenham um substrato real e signifiquem uma utilidade ao ser humano:

Para esta teoria, os bens jurídicos da comunidade só podem ser reconhecidos na medida em que – mediatamente – sejam também interesses da pessoa. Assim, por ex., reconhece as falsidades documentais não como delitos contra a segurança do tráfico jurídico, senão como delitos contra a totalidade dos

<sup>3</sup> “La función fundamental de la doctrina de los bienes jurídicos era y es – con todas las diferencias de origen y concepto – negativa y de crítica de derecho (aun cuando la negatividad constituía ya una condición de la potencia crítica): El legislador debía castigar solo aquellos comportamientos que amenazaban un bien jurídico; los actos que solo atentaban a la moral, a valores sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos; el concepto de bien jurídico (para que pudiese discriminar verdaderamente) debía ser lo más preciso posible: así por ejemplo en el derecho penal sexual no debía indicarse <> sino autodeterminación, salud y protección de la juventud”. (HASSEMER, 1991, p. 31)

<sup>4</sup> “La amenaza de pena y la pena sólo se legitiman en función de la protección de bienes jurídicos y en la medida en que la pena sea un medio idóneo, necesario y proporcional. Este concepto ofrece dos características fundamentales: la orientación hacia el autor potencial del delito y la limitación del control jurídico penal”. (HASSEMER, 1990, p. 245)

participantes nesse tráfico e, portanto, dos interessados nos meios probatórios; o falso testemunho ou a acusação e denúncia falsas como delitos contra uma Administração da Justiça concebida como uma função para investigar ordenadamente os assuntos que incumbem às pessoas relacionadas com ela; o meio ambiente no delito ecológico como o conjunto das condições vitais das pessoas e não como a pureza da água ou do ar como tais.<sup>5</sup>

Juarez Tavares ensina que somente pode ser considerado bem jurídico aquilo que pode ser reconhecido como um ente próprio da pessoa humana, isto é, de que aquele determinado valor possa, direta ou indiretamente, implicar um interesse pessoal, ainda que esse interesse seja de um indivíduo ou de um grupo de pessoas indistintas (TAVARES, 2004, p. 71). Assim, o conceito de bem jurídico acaba sendo mais restrito por um substrato de requisitos para a atividade legislativa.

Pela síntese de algumas importantes correntes que orientam a teoria do bem jurídico, é possível perceber que nenhuma descarta a existência de bens jurídicos supraindividuais. Contudo, certo é que com a modernização da sociedade e o surgimento de conflitos sociais novos e mais complexos, o direito penal sofreu fortes influências. Afinal, alguns riscos já pré-existentes foram ampliados em significativa escala e outros foram incrementados.

Como bem salienta Luís Greco:

Novos perigos do mundo industrial-global são cada vez mais objeto de normas penais: drogas, terrorismo, tráfico internacional de armas e pessoas, transplante de órgãos e tecnologia genética, comportamentos socialmente lesivos praticados pelas classes mais elevadas (criminalidade de colarinho branco, criminalidade do estado, crimes of the mighty). (GRECO, 2011, p. 01)

A transformação do direito penal na sociedade pós-industrial consistiu em uma atuação como “gestor de riscos, antecipando a sua

---

<sup>5</sup> No original: “Para esta teoría, los bienes jurídicos de la comunidad solo se pueden reconocer en la medida en que – mediatamente – sean también intereses de la persona. Así, por ej., reconoce las falsedades documentales no como delitos contra la seguridad del tráfico jurídico, sino como delitos contra la totalidad de los participantes en ese tráfico y, por tanto, de los interesados en los medios probatorios; el falso testimonio o la acusación y denuncia falsas como delitos contra una Administración de Justicia concebida como una función para investigar ordenadamente los asuntos que incumben a las personas relacionadas con ella; el medio ambiente en delito ecológico como el conjunto de las condiciones vitales de las personas y no como la pureza del agua o del aire como tales.” (HASSEMER, 1989, p. 109)

tutela, e conseqüentemente, inexigindo a lesão a bens jurídicos, assim como acontece no direito administrativo no qual a análise da lesividade é desnecessária (MIRANDA, 2018, p. 88-89)”.

Como resultado dessa nova sociedade complexa e de riscos, há um excesso de tipificação como uma antecipação de tutela, no qual a lesão ou o perigo real de lesão se torna indevidamente prescindível. Ainda, há um processo de criação de bens jurídicos supraindividuais, algumas vezes manifestando um resgate da teoria de Welzel.

As novas nuances do direito penal na chamada pós-modernidade acabaram por colocar em xeque as noções de bem jurídico, mormente porque a preocupação com os riscos das sociedades, inclusive em âmbito global, reforçou uma necessidade de criminalização de condutas vagas, colocando a coletividade como objeto do crime. Assim, o bem jurídico em vez de restringir o poder punitivo do Estado, passou a servir como indevida justificativa<sup>6</sup>.

Diante do alargamento do alcance do direito penal e da criação de novos tipos penais, importante definir a forma a partir da qual é possível conceber os chamados bens jurídicos supraindividuais, que ganharam destaque na pós-modernidade. Sendo assim, a polêmica é direcionada para a identificação do bem jurídico-penal, se deveria ter por referência as necessidades do indivíduo, da coletividade, ou de ambos (BAPTISTA, 2016, p. 138).

Partindo das teorias desenvolvidas sobre os bens jurídicos propriamente ditos, existem duas importantes correntes que sustentam a temática no âmbito daqueles tidos como coletivos ou supraindividuais: o dualismo e o monismo-pessoal.

A teoria dualista é amplamente trabalhada e sustentada no Brasil e envolve a defesa de que existem duas classes de bens jurídicos, sendo uma de caráter individual, outra coletiva. Assim, nenhuma dessas classes podem ser reduzidas a outra, não havendo qualquer vínculo ou referencial para identificação.

Nessa perspectiva, é desconsiderada a base personalista que envolve os bens individuais e coletivos, em uma distinção falaciosa que coloca em oposição o indivíduo e a sociedade (BAPTISTA, 2016, p. 139). Há então uma autonomia entre os bens coletivos e individuais.

---

<sup>6</sup> Para Hassemmer “*La protección de bienes jurídicos se ha transformado de un principio negativo a uno positivo de criminalización . Lo que se formulaba clásicamente como una crítica al legislador de que no podía crear delitos donde no existiera un bien jurídico, se ha transformado en una exigencia de que criminalice determinadas conductas. Con ello se cambia de forma subrepticia el principio de protección de bienes jurídicos*”. (HASSEMER, 1991, p. 239)

Luís Greco, adepto da teoria dualista, aduz:

Para dar um exemplo: a pretensão de arrecadar os impostos devidos continua a ser um bem jurídico, ainda que o dinheiro obtido seja utilizado para comprar tanques de guerra e não para a construção de jardins de infância. Da mesma forma, e agora o exemplo é meu, pouco importa que nenhum interesse individual seja afetado pela conduta do particular que, em segredo, gratifica o funcionário público para que este realize, já depois do expediente, um ato vinculado a que o particular tinha de qualquer forma direito, mas que só seria praticado bem depois. Se ainda assim, apesar de ausente qualquer referência a interesses individuais, os defensores da teoria pessoal-monista quiserem admitir a punibilidade nesses dois casos (alegando, que por ex., a arrecadação de imposto ou a honestidade da administração afetam, bastante indiretamente, interesses individuais), então acabam por trabalhar com uma noção de referência dualista no que se refere à terminologia. Ou seja: temos de partir de uma teoria dualista do bem jurídico. (GRECO, 2011, p. 87)

Lado outro, a teoria monista-pessoal é aquela desenvolvida por Hassemer, cujos principais pontos já foram apontados. Em síntese, apenas para fins de distinção em relação à teoria dualista, ela rechaça a autonomia entre bens jurídicos coletivos e individuais, sendo que os primeiros devem ser funcionalizados a partir dos últimos.

Em outras palavras, a proteção dos bens jurídicos supraindividuais seria justificada pela identificação da proteção do indivíduo e do seu desenvolvimento em sociedade.

Juarez Tavares, por exemplo, sustenta essa teoria:

Por outro lado, a inserção de bens jurídicos coletivos ou do Estado não desnatura o conteúdo estritamente pessoal desses bens. É possível por exemplo, que o interesse fiscal do Estado seja erigido em bem jurídico, não simplesmente, por causa do poder público, mas como condição de sobrevivência ou melhor padrão de vida da pessoa humana. (TAVARES, 2000, p. 182)

Assim, a vinculação do bem jurídico coletivo à sua origem e finalidade pessoal, pode servir como garantia do indivíduo de que sua liberdade será preservada e não molestada em face de adoção de políticas públicas, administrativas, econômicas ou sociais (TAVARES, 2000, p. 182). Ademais, é necessária a demonstração de que a lesão do bem jurídico considerado coletivo enseje um dano à pessoa.

Finalmente, relevante trazer o as contribuições de Hefendehl para uma teoria do bem jurídico. Ao propor uma sistematização na estrutura dos bens jurídicos supraindividuais, o autor demonstra ser adepto a uma terceira via, na qual o conceito de bem jurídico deve ser visto sob um enfoque social e político, diferentemente do visto até então.

Em linhas gerais, os bens jurídicos individuais são aqueles que servem ao interesse de uma pessoa ou de um determinado grupo de pessoas, ao passo em que os supraindividuais serviriam aos interesses gerais de uma comunidade. Logo, o principal critério diferenciador entre os bens jurídicos individuais ou coletivos seria exatamente na identificação de quem poderia desfrutar daquele bem.

Especialmente no tocante aos bens jurídicos coletivos, Hefendehl entende que deve haver uma legitimação especial, visto que não haveria qualquer bem jurídico coletivo inato, sobretudo porque decorre de uma decisão positiva e muitas vezes instável da sociedade ou do Estado (HEFENDEHL, 2010, p. 112). Daí a dificuldade em determinar e identificar os bens jurídicos coletivos legítimos.

Sendo assim, é necessário sistematizar os bens jurídicos supraindividuais de modo a excluir aqueles que não o são de fato, levando, com isso, ao reconhecimento da legitimidade (ou não). Vale dizer, o fato de identificar se determinado bem jurídico serve para interesses gerais não basta para legitimá-lo como tal, especialmente coletivo.

Em razão disso, Hefendehl elabora uma matriz conceitual do bem jurídico coletivo, que é definida de acordo com os critérios de: a) não exclusividade de uso; b) não rivalidade de consumo; c) não distributividade conceitual, fática ou jurídica (HEFENDEHL, 2007, p. 182).

O critério da não exclusividade do uso pode ser traduzido como a identificação de que nenhum indivíduo da sociedade pode ser excluído do gozo de um bem jurídico coletivo. Logo, não haveria nenhum indivíduo que não pudesse tirar proveito do bem jurídico “saúde pública”, por exemplo – esse ponto será retomado.

O segundo critério, da não rivalidade de consumo, é diretamente relacionado ao primeiro, sobretudo porque pressupõe que o uso de um bem jurídico por um indivíduo não afete o uso por outras.

O terceiro e último critério supõe que o bem jurídico seja realmente coletivo. Isto é, “quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e adscrever cada uma delas a indivíduos diversos” (HEFENDEHL, 2016, p. 83-84).

Em síntese, os bens jurídicos seriam divididos em três categorias distintas, sendo os primeiros aqueles criados pelo Estado e para o Estado, os segundos aqueles criados para a proteção do meio ambiente e, por fim, os terceiros, considerados “clássicos”, que criam espaços de liberdade para os indivíduos (HEFENDEHL, 2016, p. 74).

Os bens criados para o Estado são aqueles que possuem a função de protegê-lo. Aqui, o titular do bem jurídico não deve ser confundido com a sociedade, uma vez que o próprio Estado seria titular de bens jurídicos próprios, e não simples gestor de bens jurídicos alheios (HEFENDEHL, 2010, p. 116).

Com a aplicação desses critérios, seria possível identificar os bens jurídicos coletivos legítimos e, por consequência, levar a descoberta daqueles falsos bens jurídicos supraindividuais, certamente presentes e até mesmo enraizados no Direito Penal brasileiro.

#### **2.4. A (im)pertinência da Saúde Pública como bem jurídico**

Independentemente da teoria que se adote, a construção de uma teoria do bem jurídico deve ser resgatada de modo a reforçar a sua aplicação enquanto instrumento restritivo do poder punitivo. Todavia, na contramão do que se espera dentro da dogmática penal, esse instituto acaba sendo utilizado apenas com finalidade de interpretação dos tipos penais, ou, simplesmente, como um pressuposto para proteção.

Em outras palavras, são criados tipos penais que tem por escopo “tutelar” e “proteger” bens jurídicos despidos de conteúdo real, sem qualquer semântica material. Como bem pondera Juarez Tavares, “inserir a proteção de um bem jurídico como pressuposto do tipo significa uma opção por uma política criminal puramente sistêmica, de tomar o tipo não como instrumento de garantia, mas sim como instrumento de manutenção e reprodução da ordem” (TAVARES, 2000, p. 180).

E nessa perspectiva, destaca-se a criação de tipos penais que supostamente tutelam a “saúde pública” com o fim de proibir determinada conduta repudiada pelo Estado, notadamente aquelas que são meros desvios morais de comportamento. Retorna-se aqui à adoção de teorias que já deveriam, há muito, ter sido superadas.

Novamente é escancarada a sobreposição do direito e da moral, desvirtuando a natureza do bem jurídico que desde seu nascedouro tem o escopo de limitar o poder punitivo estatal.

Assim, o melhor entendimento sobre o bem jurídico é aquele traçado sob a base monista-pessoal, bem sintetizado por Luiz Miranda:

bens jurídicos são interesses humanos cuja satisfação é imprescindível ao desenvolvimento e estruturação da personalidade individual, retirados da realidade concreta, referíveis a pessoas individuais e descrita de maneira precisa pela lei penal. (MIRANDA, 2018, p. 99)

E, diga-se de passagem, é necessário que o bem jurídico, para ser considerado como tal, deve ser recepcionado pela Constituição, isto é, não deve contrariar as diretrizes preconizadas constitucionalmente – assim como todo o ordenamento jurídico, e como pressuposto de qualquer teoria que se adote.

Traçadas as diretrizes para a identificação do bem jurídico, em especial aquela fomentada pelo discurso monista-pessoal, questiona-se, afinal, a saúde pública pode ser considerada um bem jurídico legítimo tutelado pela Lei n.º 11.343/06.

Consoante já delineado anteriormente, no âmbito do contexto de política de drogas, a saúde pública é considerada bem jurídico tutelado desde o Código Penal de 1890. Todavia, é de se perceber que o legislador não se ocupou de definir e conceituar o que seria a referida saúde pública e, igualmente, de que forma ela seria legitimada como um bem jurídico.

Diante da ausência de uma definição clara e satisfatória no âmbito penal, Luiz Miranda recorreu a três conceitos “jurídicos” expostos, dos quais destacamos a definição de Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Vicente Cernicchiaro e o conceito elaborado por Renato Mello Jorge Silveira (MIRANDA, 2018, p. 163).

Segundo o Ministro, a saúde pública seria “interesse do Estado de preservação e normal funcionamento do organismo dos membros da sociedade” (CERNICCHIARO, 1974, apud D’ELIA FILHO, 2007, p. 36), enquanto para Renato Mello Jorge da Silveira, seria um “conjunto de condições que garantam a saúde de uma pluralidade de indivíduos” (SILVEIRA, 2003, p. 130).

Veja-se que ambas as definições trazem de certa forma uma referência à coletividade, afinal, apenas é possível falar em bens jurídicos supraindividuais se eles de fato remetem ao coletivo. Contudo, ambos os conceitos são suscetíveis a pertinentes críticas – tendo em vista o propósito de enquadrá-los como bem jurídico supraindividual.

O conceito desenvolvido por Cernicchiaro vincula o conceito de saúde pública a um interesse do Estado, o que de certa forma teria o condão de legitimá-lo como bem jurídico. No entanto, essa abordagem abre uma inaceitável margem para que o legislador tome como bem jurídico tudo aquilo que pudesse ser considerado interesse do Estado. Ainda, é possível destacar provável confusão feita com a noção daquilo que seria a função estatal: com a criminalização das condutas previstas no art. 28 da Lei n.º 11.343/06, por exemplo, estaria o Estado protegendo a saúde de cada indivíduo membro da sociedade? Evidente que não.

Diante disso, segundos os critérios estabelecidos por Hefendehl, não estaria presente o critério da “não distributividade”, porquanto não há razões para criar um bem jurídico coletivo que pode ser protegido individualmente.

Um conceito amplo de tal forma acaba esvaziando o sentido material de bem jurídico que deveria ser atribuído e reforçado, de tal forma que acabaria servindo como uma mera legitimação para criminalização, em vez de um requisito restritivo e necessário para o poder punitivo.

Renato Mello Jorge Silveira, por outro lado, toma o conceito de saúde pública com um pouco mais de sofisticação, já que o condiciona a um “conjunto de condições”. Todavia, pertinente o questionamento acerca da qualificação desse “conjunto”. Afinal, seriam condições de higiene, saneamento, habitação etc.? Ou o conceito parte do pressuposto de que o Estado, por meio de suas instituições sanitárias é objeto de proteção jurídica? (MIRANDA, 2018, p. 164-165)

Se verdadeira a primeira hipótese, estaríamos diante de uma pluralidade de bens individuais, o que não o torna suscetível ao reconhecimento enquanto coletivo. Se verdadeira a segunda, haveria evidente incompatibilidade com a Constituição da República de 1988 bem como com a teoria personalista adotada.

A violação à Constituição se dá na medida em que o pretendido bem jurídico estaria, em verdade, restringindo direitos constitucionais do indivíduo sob o pretexto de proteger o Estado mediante suas instituições sanitárias. Assim, a própria proibição de condutas relacionadas a substâncias tidas como ilícitas – como é o exemplo do art. 28 da Lei n.º 11.343/06 – , acaba impondo uma restrição da liberdade individual de dispor do próprio corpo, a toda sociedade.

Já foi ressaltado e não é demais frisar que o instituto do bem jurídico não deve servir como meio para legitimar criminalizações demasiadas,



mormente aquelas que reduzem do indivíduo sua própria autonomia privada para o fim de proteger o Estado e suas instituições.

Retomando os critérios de Hefendehl, a saúde pública tomada enquanto um “conjunto de várias integridades físicas individuais” deve ser reconhecida como um “pseudobem” jurídico supraindividual. Isso porque não preenche o requisito da não distributividade, uma vez que cada indivíduo possui sua própria integridade física, não havendo, com isso, uma indivisibilidade do bem entre os diversos titulares (BAPTISTA, 2016, p. 160).

E, como bem pontua Tatiana Baptista, a desconstrução do bem jurídico aparentemente coletivo tem duas principais vantagens. A primeira seria a de desvelar o conteúdo paternalista da criminalização, que proíbe autolesões ainda que praticados por sujeitos no exercício da sua autonomia, enquanto a segunda seria o reconhecimento desses crimes como de perigo abstrato contra bem individual, o que evidencia a discrepância e desproporcionalidade com a pena prevista para o tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão, além de multa) e à pena imposta ao crime de lesão ao mesmo bem jurídico (2 a 8 anos, para o crime de lesão corporal gravíssima) (BAPTISTA, 2016, p. 160)

Sendo assim, para além da teoria adotada como paradigma neste trabalho, a proteção da saúde nos moldes em que pretendida na Lei de Drogas acaba por ferir a intimidade e autonomia privada do indivíduo, princípios caros ao Estado Democrático de Direito, cuja opção e valia foi explicitada pela constituinte de 1988.

Há ainda outro aspecto relevante a ser suscitado sob o enfoque do princípio da lesividade. Somente pode ser alçado a bem jurídico aquilo que é de fato posto em perigo ou lesionado, sendo certo que essa premissa é aplicada a todos os casos.

Ensina Maria Lúcia Karam:

A afetação de um bem jurídico, ponto que está na base do princípio da exigência de lesividade da conduta proibida, naturalmente, diz respeito a bens jurídicos de terceiros. Não apenas por decorrência do princípio da legalidade, mas também pelo próprio sentido de bem jurídico, que se identifica ao direito que cada indivíduo tem de dispor certos objetos, como a vida, a saúde, o patrimônio, a honra etc. (KARAM, 2009, p. 29)

Dessa forma, dentre as atribuições do direito penal está a proteção dos bens jurídicos, que só se faz necessária e legítima quando houver lesão real ou perigo àquele bem.

Na mesma toada do que ensina Juarez Tavares, é possível concluir que a proibição contida no tipo do art. 28 da Lei de Drogas constitui verdadeira deturpação do instituto do bem jurídico, que uma vez vinculado à pessoa, deveria servir como uma garantia, e não como uma violação:

A necessária vinculação de um bem jurídico estatal a sua origem e finalidade pessoal constitui uma garantia do indivíduo de que sua liberdade não será molestada por supostas adoções de políticas públicas, em âmbitos administrativos, econômicos ou sociais, ou para finalidades eleitorais. Será preciso demonstrar, para tornar válida a eleição dessa categoria de bem jurídico, que sua lesão signifique um dano tanto a pessoa como a suas condições sociais. (TAVARES, 2004, p. 53)

Sendo assim, seja qual for sob qual enfoque que se enxergue, é impossível pensar a legitimidade da “saúde pública” enquanto bem jurídico, sobretudo no que diz respeito ao art. 28 da Lei n.º 11.343/06.

### **3. A tipificação penal do porte de droga para consumo pessoal no Brasil e a tramitação do recurso extraordinário 635.659/SP**

Em uma breve análise da evolução legislativa atinente ao tema, observamos que o *Decreto-Lei 385/68*, modificando o artigo 281 do Código Penal (hoje revogado), estabeleceu tratamentos equânimes àquele que comercializasse entorpecentes e ao usuário.

Alguns anos depois, a Lei n.º 6.368/76, estabeleceu a diferenciação entre as condutas de comercialização, tráfico de drogas, e a de porte para consumo próprio.

O artigo 12 da norma revogada trazia o delito de Tráfico de Drogas, hoje previsto no artigo 33 da Lei n.º 11.343/06, enquanto o artigo 16 tipificava a conduta de porte para consumo pessoal.

Todavia, na Lei n.º 6.368/76, o crime de porte de drogas para consumo, havia pena de detenção cominada, de 06(seis) meses a 02(dois) anos, acrescido de pagamento de multa.

No atual contexto legal, com o advento da Lei n.º 11.343/06, como já relatado, houve a despenalização do crime, todavia o legislador optou por manter a criminalização da conduta.

Atualmente, conforme prevê o artigo 28 da lei em questão, aquele que porta drogas para consumo pessoal, pode ser condenado a penas restritivas de direito, e não mais a pena de reclusão ou detenção como anteriormente.

Assim, trata-se de uma hipótese anômala de crime que apesar de não impor penas privativas de liberdade, impõe sanções administrativas diversas, como: *advertência, prestação de serviço a comunidades e medida educativa de comparecimento a curso educativo*.

Por mais que não se trate, há alguns anos, de crime com imposição de sanção penal, o tema se mostra extremamente conturbado e polêmico ao analisarmos questões políticas que se mostram como pano de fundo à presente discussão e, também, perquirições atinentes ao bem jurídico tutelado pelo crime hoje disposto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06.

Todavia, antes de adentrar nestas questões, é necessário estabelecer o atual panorama da discussão nos Tribunais Superiores.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo, interpôs Recurso Extraordinário (RE n.º 635.659/SP, Rel. Min Gilmar Mendes) no ano de 2011, em um caso em que o réu fora condenado pelo delito previsto no artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, por portar 3 (três) gramas de maconha para seu próprio consumo.

Sustentou-se, no recurso, a inconstitucionalidade do dispositivo, argumentando que este viola a intimidade e a vida privada do indivíduo, em afronta ao que dispõe o art. 5º, inciso X, da Constituição da República.

No mesmo ano foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a repercussão geral ao tema discutido no recurso, sendo o primeiro voto proferido, pelo Ministro Relator Gilmar Mendes, em sessão de julgamento no dia 20/08/15, oportunidade em que o Ministro votou pelo provimento do recurso para se reconhecer a inconstitucionalidade do artigo.

O Ministro entendeu que a tipificação do porte de droga para consumo pessoal como crime afronta patentemente o livre desenvolvimento, autodeterminação e autopreservação do indivíduo. Traz ainda em seu voto, a impossibilidade de se responsabilizar o usuário pelos maléficis danos causados pelas drogas, cabendo ao Estado o desenvolvimento de políticas públicas suficientes.

Conclui o relator pela necessidade de descriminalização de todos os tipos de entorpecentes para próprio consumo, não se limitando somente a maconha (substância analisada no caso concreto).

Ao contrário do Min. Gilmar Mendes, os Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, entenderam pelo parcial provimento do recurso, também considerando inconstitucional o que dispõe o artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, todavia, limitando tal declaração de inconstitucionalidade ao material entorpecente objeto do caso em análise, maconha.

O Ministro Luís Barroso esboçou em seu voto alguns critérios objetivos a serem seguidos, como por exemplo, a limitação de seis plantas por usuários (como é feito no Uruguai) e o limite de porte para consumo pessoal de até 25 gramas de maconha.

No atual momento, aguarda-se manifestação do Ministro Alexandre de Moraes, sendo que, o que se pode concluir dos votos já proferidos, é que o Tribunal tem seguido uma tendência menos expansionista no tocante às demais substâncias entorpecentes, limitando a discussão à descriminalização do porte de “maconha” para consumo pessoal, dentro das diretrizes estabelecidas (quanto à quantidade, etc).

Portanto, a necessidade de discussão acerca do tema é mais do urgente, sendo que um maior aprofundamento de questões relativas ao bem jurídico, o princípio da lesividade e o pano de fundo político, são de extrema relevância.

#### **4. Conclusão**

O estudo ora realizado demonstra que é necessário rever tipificações penais feitas no Brasil, com urgência. Isso porque o direito penal acaba, por muitas vezes, tornando-se um subterfúgio para encobrir interesses meramente morais do legislador, que, no caso do tipo penal ora estudado, positivou um valor moral na norma penal incriminadora ao argumento de tutelar bens jurídicos coletivos, quando, o que parece, é que se trata de falsos bens jurídicos coletivos.

Tal conduta, além de inadequada – porque vai de encontro aos parâmetros adotados pela Constituição para a realização de um processo legislativo adequado – possui efeitos drásticos na sociedade, ao reforçar uma punibilidade seletiva.

O Supremo Tribunal Federal mostrou que entende que se trata de uma questão complexa, tanto pela perspectiva penal, quanto pela

perspectiva social, ao reconhecer a repercussão geral ao RE n.º 635659/SP, interposto pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

No entanto, ao que tudo indica, da análise da decisão dos ministros que já anteciparam seus votos, o STF tende a corrigir uma atecnia com outra: alguns ministros, ao defender inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei n.º 11.343/06, criam novo conteúdo ao definir quais drogas podem ter seu uso liberado e em quais moldes, imiscuindo-se, destarte, no papel de legislador.

Todas essas atecnias poderiam ser sanadas sem maior dificuldade com o simples cumprimento da Constituição da República pelo Judiciário e pelo Legislativo, ao atuar nos limites de seus lugares constitucionalmente demarcados.

## Referências

BAPTISTA, Tatiana Maria Badaró. *Bem jurídico penal supraindividual: novos e velhos desafios da teoria do bem jurídico*/ Tatiana Maria Badaró Baptista. Belo Horizonte, 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, 2016.

D'ELIA FILHO, Orlando Zaccone. *Acionistas do nada: quem são os traficantes de droga*. – Rio de Janeiro: Renavan, 2007.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crime de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Consideraciones sobre la víctima del delito*. Anuario de derecho penal y ciencias penales, Madrid, v. 43, n. 1, p. 241-259., jan./abr. 1990.

HASSEMER, Winfried. *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*. Pena y Estado: revista hispanolatinoamericana, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991.

HASSEMER, Winfried. Linhas Gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. In: GRECO, Luis. *O bem jurídico como limitação do Poder Estatal de incriminar?*. / Luís Greco, /Fernanda Lara Tórtima (Organizador) ... [et al.]. – 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HASSEMER, Winfried. *Rasgos y crisis del derecho penal moderno*. In: Conferencia realizada en la UAB, 1991.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. *El bien jurídico como eje material de la norma penal*. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. *O bem jurídico como pedra angular da norma penal*. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *O bem jurídico como limitação do poder Estatal de incriminar?* 2. Ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 87, p. 103-120, 2010.

KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRANDA, Luiz Henrique Nogueira Araújo. *Saúde pública: um falso bem jurídico coletivo*/ Luiz Henrique Nogueira Araújo Miranda. Belo Horizonte, 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

PAPA, Douglas de Barros Ibarra. *O bem jurídico-penal como padrão crítico legitimador das incriminações ambientais*/ PAPA, Douglas de Barros Ibarra. São Paulo, 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. Ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TAVARES, Juarez. *Bien Jurídico y función en Derecho Penal*. / Juarez, Tavares./ Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal: Parte geral - Aspectos fundamentais*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1976.